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

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المنازعات الأسرية في القانون الدولي الخاص

(دراسة مقارنة)

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالبة :

زيدون بختة

تحت إشـــــراف:

أ.د. يوسف فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة:

د. بن عصمان جمال	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. يوسف فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفة ومقررة
د. صاري نوال	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة سيدي بلعباس	مناقشة
د.كريم زينب	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة سيدي بلعباس	مناقشة

السنة الجامعية : 2019 -2020

بسم الله الرحمن الرحيم

"قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ"

سورة البقرة الآية 32

تشكرات

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير

- بعد حمدي وشكري لله -عز وجل-

إلى الأستاذة الدكتورة "يوسف فتيحة"

على قبولها الإشراف على هذه الرسالة وعلى نصائحها القيمة وتوجيهاتها السديدة

التي أفادتني بها طيلة فترة إنجاز هذا العمل، فجزاها الله عنا خير الجزاء.

- كما أتقدم بخالص الشكر وعظيم الإمتنان إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة

على قبولهم مناقشة هذه الرسالة.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

- روح أبي الطاهرة رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

- إلى أمي الغالية أطال الله في عمرها

- إلى زوجي الكريم وأبنائي حفظهم الله "دعاء- محمد الأمين"

- إلى إخوتي وأخواتي

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

-ج: جزء.

-ج.ر: جريدة رسمية.

-ص: صفحة.

-ط: طبعة.

-د.س.ن: دون سنة النشر.

-د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

-غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

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

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

-ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

-ق.م.ف: قانون مدني فرنسي.

-ق.م: قانون مدني.

-م.ق: مجلة قضائية.

ثانيا: باللغة الفرنسية

-Al :alinéa.

-Art :article.

-D:dalloz.

-Cass.Civ :Cassation civil.

-C.Civ.F :code civil francais.

-éd :édition.

-L.G.D.J : librairie générale de droit et de jurisprudence.

-N :Numéro.

-OP.cit: Ouvrage précité.

-O.P.U:office des publications universitaires.

-P:page.

-T:tome.

-V : Voir.

المقدمة

الزواج كعقد رضائي بين الرجل والمرأة له أهداف ومقاصد سامية، أهمها تكوين أسرة، هذه الأخيرة التي تعد أولى لبنات المجتمع البشري.

يقول عز وجل:" **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**"[1].

ويقول سبحانه وتعالى أيضا:" **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِن أَنْفُسِكُم أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِن أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً...**"[2].

نظرا لأهمية الزواج، فقد عكفت جل الأنظمة القانونية- وقبل ذلك الشريعة الإسلامية- على إحاطته بضوابط لا يتم إلا من خلالها، كما رتبت عليه آثار أهمها، حسن المعاشرة بين الزوجيين، تبادل المودة والإحترام والحقوق والواجبات والمحافظة على الروابط الأسرية ،تقاسم الأعباء...

وهكذا، فإن السير على منهاج الشريعة الإسلامية، والتقيد بالضوابط القانونية في مسائل الزواج من شأنه أن يرقى بالعلاقة الزوجية إلى بناء أسرة متماسكة بعيدة عن الخلافات والنزاعات، وأما القول بخلاف ذلك من شأنه أن يجعلها عرضة للتفكك والإنهيار، وهو للأسف ما نشهده في الوقت الحالي من إنزلاقات في إبرام عقود الزواج، وإرتجالية في إنهائها دون مبالات بالأضرار الخطيرة التي قد تلحق بالأسرة والمجتمع جراء تلك المنازاعات التي أضحت اليوم تغزو المحاكم.

وعليه، ونظرا لتعدد صور المنازعات الأسرية، وخطورتها إرتأينا الخوض في هذا الموضوع وقصرنا دراستنا على جانب هام يتعلق بالمنازعات الأسرية ذات الطابع

[1]- سورة الروم، الآية: 21

[2]-سورة النحل، الآية : 72

الدولي والتي باتت تفرض نفسها في الوقت الراهن، خصوصا في ظل إتساع حركية الأفراد عبر الحدود، نظرا للتطور المذهل لوسائل الإتصال والمواصلات.

كما أن هذه المنازعات تطرح العديد من الإشكالات لإرتباطها بقوانين عدة دول، خلافا للمنازعات الوطنية المحضة التي لا مناص من خضوعها لأحكام القانون الوطني دون تدخل أي سلطة أجنبية.

ومن أبرز المشاكل التي تثيرها المنازعات الأسرية ذات العنصر الأجنبي، مشكلة تنازع القوانين، فإذا ثار النزاع مثلا، بشأن صحة زواج سوريين متوطنين في الجزائر كان لهذا النزاع إتصال بالقانون الجزائري بوصفه قانون موطن الزوجين وبالقانون السوري بوصفه قانون جنسيتهما، وهنا يثور التساؤل عن أي من القانونين يكون أنسب لحكم هذا النزاع؟

إن القاضي المعروض عليه النزاع لا يستطيع أن يرجح تطبيق قانونه كما هو الشأن في العلاقات الوطنية المحضة، لأن ذلك من شأنه الإضرار بمصالح الأفراد الخاصة وبمقتضيات المعاملات الدولية، بل يقتضي منه الأمر المفاضلة بينهما لإختيار أنسبهما لحكم النزاع. وتعرف هذه المشكلة بمشكلة تنازع القوانين أو تنازع الإختصاص التشريعي.

وفي سبيل حلها عكفت جل الدول على سن قواعد لإسناد العلاقة ذات الطابع الدولي لقانون دولة من الدول التي تتنازع قوانينها لحكم العلاقة، وتعرف هذه القواعد بقواعد الإسناد.

وهذا الأسلوب المعتمد لحل التنازع، لم يتبع إلا منذ عهد حديث، ذلك أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الدولي كان يتم عن طريق وضع مبدأ

عام تخضع له كل العلاقات، وكان هذا المبدأ يقوم تارة على إقليمية القانون بصفة عامة، والذي يعني خضوع كل ما يتم داخل إقليم الدولة لقانون هذه الدولة، ويقوم تارة على أخرى على شخصية أو إمتداد القوانين، والذي يعني خضوع كل شخص لقانون دولته أينما كان. غير أن هذا الأسلوب المتبع لفض التنازع كان محل إنتقاد على أساس أن حل التنازع لم يكن في ضوء معطيات العلاقة القانونية التي ثار بشأنها التنازع، وإنما عن طريق فكرة بعيدة عن العلاقة تكمن في الإقليمية أو الشخصية[1]، وذلك خلافا لأسلوب قاعدة التنازع الذي يشكل منهجا أصيلا لتنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، كونه يعتمد في إختيار وإنتقاء القانون الملائم للتطبيق على ضوابط محددة مستمدة من عناصر العلاقة القانونية ذاتها.

فبالنسبة للمنازعات الأسرية مثلا، لما كان عنصر الأطراف يمثل مركز الثقل فيها فقد كرسته مختلف الأنظمة القانونية مع إختلاف فيما بينها، منها من إتخذت من جنسية الشخص ضابطا لإختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاته الأسرية وهو حال التشريعات العربية، ومنها من تبنت ضابط الموطن وهو حال الدول الأنجلوسكسونية.

إنطلاقا مما تقدم، تتضح الأهمية التي يتبوؤها أسلوب أو منهج التنازع بإعتباره منهجا خاصا غير موضوعي، حيث وجدت فيه الدول ضالتها لتحديد القانون المطبق على المنازعات ذات الطابع الدولي التي أضحت اليوم تعج بها ساحات القضاء. وذلك على الرغم من الإشكالات التي يواجهها القاضي عند إعماله، سواء عند تطبيق الضابط الشخصي- بإعتباره قطب قواعد الإسناد المتعلقة بالمنازعات الأسرية- أو عند تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير هذه القواعد بإختصاصه نظرا لطابعها المزدوج.

[1]- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، 2005، الإسكندرية، ص 34-35

هذا، والفصل في أي نزاع أسري مشتمل على عنصر أجنبي لا يقتصر على تحديد الإختصاص التشريعي فقط، بل يستلزم بداءة أن يكون هذا النزاع معروض أمام جهة قضائية مختصة، وتعرف هذه المشكلة ،بمشكلة تنازع الإختصاص القضائي الدولي.

فلو عرض مثلا، نزاع يتعلق بطلاق زوجين مغربيين متوطنين بالجزائر أمام القضاء الجزائري، فإن هذا الأخير وقبل التصدي لمشكلة تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع، يتعين عليه أولا تحديد ما إذا كان مختصا بالنظر فيه أم لا؟ ذلك أنه من غير المتصور أن تختص المحاكم الوطنية بالنظر في مختلف المنازعات الأسرية التي تطرح أمامها سواء كانت وطنية أم دولية؟

وهكذا يبدو إذن، أن مشكلة تنازع الإختصاص القضائي الدولي سابقة على مشكلة تنازع القوانين وتؤثر فيها.ذلك أن القاضي المعروض أمامه النزاع لا يستطيع إثارة تطبيق قواعد الإسناد المقررة في قانونه لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع إلا بعد أن يكون الإختصاص ثابتا لمحاكمه.

ويتحدد إختصاص المحاكم في كل دولة بناء على قواعد مادية تسمى بقواعد الإختصاص القضائي الدولي، تنفرد كل دولة بوضعها مراعية في ذلك أهدافها الإقتصادية والإجتماعية التي ترمي إليها سياستها التشريعية.

ويقتصر دور هذه القواعد على تحديد إختصاص المحاكم الوطنية دون سواها، وهذا ما يميزها عن قواعد تنازع القوانين. إذ بينما تتكفل هذه الأخيرة ببيان القانون المختص بصورة مجردة سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي، فإن قواعد الإختصاص القضائي تقتصر على تحديد ما إذا كانت محاكم الدولة مختصة أم لا، وذلك بناء على معايير محددة.

ويلحق تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مسألة في غاية الأهمية تتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات الأسرية. ذلك أن ثمرة أي نزاع أسري دولي مطروح أمام جهة قضائية مختصة هو صدور حكم قضائي فاصل في الموضوع. فهذا الأخير قد يتمسك به من صدر لمصلحته طالبا تنفيذه في دولة أخرى غير التي أصدرته. ففي هذه الحالة يثور التساؤل عن مدى إمكانية ذلك؟

لا شك أن إنكار القوة التنفيذية على الحكم الأجنبي من شأنه الإضرار بمصالح الأفراد الخاصة وزعزعة إستقرار العلاقات الدولية، لذلك وفي سبيل تيسير المعاملات الدولية وبعث الثقة في نفوس الدائنين ظهرت ضرورة السماح بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، وهذا ما كرسته مختلف التشريعات– بما فيها التشريع الجزائري– غير أنها لم تجعل ذلك يتم تلقائيا، بل وضعت ضوابط وشروط لا يقبل تنفيذ الحكم الأجنبي على أراضيها إلا بتوافرها.

من خلال ما تقدم، يتضح أن موضوع البحث يعد من أكثر المواضيع بحاجة للدراسة والتحليل، وذلك لأهميته خاصة من الناحية العملية، نظرا للتزايد المستمر للمنازعات الأسرية ذات العنصر الأجنبي المطروحة أمام القضاء الوطني وللإشكالات القانونية المتعددة التي يواجهها القاضي عند فضه لهذه المنازعات.

لذلك فإن معالجتنا لهذا الموضوع ستكون من خلال التطرق إلى مختلف المراحل التي يمر بها النزاع الأسري المشتمل على عنصر أجنبي. ولا يتأتى ذلك إلا ببحث أهم مواضيع القانون الدولي الخاص والمتمثلة أساسا في مسألة تنازع الإختصاص التشريعي وتنازع الإختصاص القضائي وكذا تنفيذ الأحكام الأجنبية، وذلك في التشريعات المقارنة، مع عرض المواقف الفقهية، وذلك نظرا لتعدد التوجهات الفقهية خصوصا في المسائل

التي لم يفصل فيها التشريع والقضاء مع توضيح وجهة نظرنا بين الحين والآخر معززين توجهاتنا بأسانيد منطقية.

بالإضافة إلى ذلك، فقد حرصنا وفي سبيل إثراء البحث على عرض المواقف القضائية رغم ما واجهناه من صعوبات في سبيل الحصول على الأحكام القضائية الفاصلة في المنازعات الأسرية ذات الطابع الدولي.

وعليه، فإن إشكالية البحث تدور أساسا حول دور قواعد القانون الدولي الخاص في فض المنازعات الأسرية، ويندرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية العديد من الإشكالات الفرعية تتمثل في:

ماهو دور قواعد التنازع في حل مشكلة تنازع القوانين في المنازعات الأسرية ؟ وماهي الإشكالات القانونية التي يواجهها القاضي عند تطبيقه لهذه القواعد؟ وماهي الحلول التشريعية والقضائية والفقهية المكرسة لتذليل هذه الصعوبات؟

كيف تتحدد ولاية القضاء الوطني بالنظر في هذه المنازعات؟

وإذا ما أفضى الفصل في أي نزاع أسري إلى صدور حكم قضائي، فما هي الضوابط القانونية المتطلبة لقبول تنفيذه خارج الدولة التي صدر فيها؟

للإجابة على الإشكالات المطروحة، تمت معالجة الموضوع بالإعتماد أساسا على المنهج التحليلي والمنهج المقارن. وذلك للوقوف وبدقة على دور قواعد القانون الدولي الخاص في مجال المنازعات الأسرية وتحليلها وعرض الإشكالات التي يواجهها القاضي عند إعمالها للوصول إلى الحلول التي تشكل نقاط إلتقاء أو إفتراق بين التشريعات، خصوصا بين التشريع الجزائري والفرنسي وبعض التشريعات العربية.

وعليه، وللإلمام بما سبق، تمت معالجة الموضوع وفق خطة ثنائية مشتملة على بابين، خصصنا الباب الأول لدراسة مشكلة تنازع الاختصاص التشريعي في مجال المنازعات الأسرية وذلك في فصلين، تناولنا في الفصل الأول، قواعد التنازع التي تحكم المنازعات الأسرية، وعالجنا في الفصل الثاني الإشكالات القانونية التي تعترض القاضي عند تطبيقها.

أما الباب الثاني، فتناولنا فيه تنازع الاختصاص القضائي الدولي وإشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية، عالجنا في الفصل الأول، تنازع الإختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات الأسرية وتناولنا في الفصل الثاني تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات الأسرية.

الباب الأول

تنازع الإختصاص التشريعي في مجال المنازعات الأسرية

تعد مشكلة تنازع الإختصاص التشريعي من أبرز وأهم المشاكل التي تطرح أمام القاضي عند النظر في المنازعات ذات الطابع الدولي بوجه عام ،والمنازعات الأسرية على وجه الخصوص، وذلك نظرا لإتصال هذه المنازعات بأكثر من نظام قانوني، وظهور أكثر من قانون واجب التطبيق عليها، الأمر الذي يقتضي منه المفاضلة بينها لإختيار أنسبها لحكم النزاع.

هذا، ومسألة المفاضلة، وإختيار القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة لا تطرح إلا إذا كانت هذه القوانين متباينة فيما بينها، وكان هناك نوع من التسامح داخل كل دولة بتطبيق القوانين الأجنبية[1].

وهذا ما نلمسه في مختلف الأنظمة القانونية لإستحالة وجود دولة واحدة تأخذ بمبدأ الإقليمية بصورة مطلقة بل أن كل الدول تأخذ قليلا أو كثيرا بمبدأ إمتداد القوانين [2].

وعليه، ولما كانت مشكلة تنازع القوانين مطروحة في مختلف الدول لاسيما في مجال المنازعات الأسرية –وذلك نظرا للإختلاف الجوهري بين الدول في تنظيم المسائل المتعلقة بها– فقد سعت الدول جاهدة إلى إيجاد حلول لها. فكان ذلك عن طريق وضع قواعد قانونية أصطلح على تسميتها بقواعد التنازع. وهذه الأخيرة هي عبارة عن قواعد إرشادية لا تتكفل بإعطاء حل موضوعي للنزاع بل مهمتها فقط إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق والذي قد يكون إما قانونه أو قانون أجنبي آخر.

---

[1] –أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 46.

[2] – علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 25.

وتتركب قاعدة الإسناد من عنصرين هما، الفكرة المسندة وتضم مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة، وضابط الإسناد وهو المعيار الذي يتحدد بموجبه القانون المختص.

وقد نظم المشرع الجزائري هذه القواعد في المواد من09 إلى 24 من ق.م.ج [1] وأخضع المنازعات الأسرية لضابط الجنسية على غرار التشريعات العربية، وخلافا لما إنتهجته الدول الأنجلوساكسونية التي إعتدت بضابط الموطن كالولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا...

هذا، وعلى الرغم من أهمية منهج قواعد الإسناد كآلية لفض مشكل تنازع القوانين، إلا أن القاضي وهو بصدد تطبيقه قد تعترضه العديد من الإشكالات .

لذلك، وللوقوف وبدقة على مشكلة تنازع الاختصاص التشريعي في مجال المنازعات الأسرية ستنصب دراستنا في هذا الباب على تحديد مضمون قواعد التنازع التي تحكم المنازعات الأسرية مع إبراز دورها في فض مشكل تنازع القوانين وذلك في الفصل الأول، أما الفصل الثاني سنعالج فيه الإشكالات القانونية التي قد تعترض القاضي عند تطبيقه لهذه القواعد.

[1]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج .ر العدد 44 سنة 2005.

الفصل الأول: قواعد التنازع التي تحكم المنازعات الأسرية

تعد المنازعات الأسرية المجال الخصب لإثارة مشكل تنازع القوانين، وذلك نظرا لإختلاف التشريعات في تنظيم المسائل المتعلقة بها.

ويرجع هذا الإختلاف أساسا إلى إرتباط مسائل الأحوال الشخصية بالدين، فالدول عادة تتولى تنظيم هذه المسائل وفقا للديانة المتبعة. كما هو الشأن بالنسبة للدول الإسلامية إذ تعد الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لقوانين الأسرة فيها.

وتبدأ هذه المنازعات عادة من فكرة الزواج المختلط، فقد يكون هذا الأخير معيبا منذ إنعقاده لتخلف ركن أو شرط من شروط صحته ،كما قد ينعقد صحيحا ومع ذلك قد تثار منازعات بشأن آثاره أو بخصوص إنحلاله.

وعليه، ولما كان الزواج المختلط هو أساس قيام هذه المنازعات فقد عكف المشرع الجزائري –وعلى غرار مشرعي الدول الأخرى– على سن قواعد إسناد لتحديد القانون المطبق على المنازعات المتعلقة به، سواء تعلق الأمر بالإنعقاد أو الآثار أو الإنحلال.

هذا، وإذا كان دور هذه القواعد يتجلى في إسناد الاختصاص لقانون دولة معينة، فإن ذلك لا يتم إلا بعد تكييف النزاع المطروح ويكون ذلك طبقا لقانون الدولة المعروض أمامها النزاع. وهي قاعدة عامة مستقرة في فقه القانون الدولي الخاص منذ أمد بعيد،

ومكرسة في تشريعات مختلف الدول دون منازع وقد نص عليها المشرع الجزائري صراحة بموجب المادة 09ق.م.ج التي قضت بإخضاع التكييف للقانون الجزائري[1].

إستنادا إلى ذلك، فإن أي نزاع يطرح أمام القاضي الجزائري يكيفه طبقا لقانونه، إذا اتضح له أنه نزاع أسري يثير تطبيق قواعد التنازع المتعلقة بالمنازعات الأسرية ،وذلك حسب طبيعة هذا النزاع.

وعليه ،وللوقوف على ذلك بشيء من الإفاضة، سنتولى دراسة هذا الفصل في مبحثين، نخصص المبحث الأول لدراسة قواعد التنازع المتعلقة بتكوين عقد الزواج وآثاره، والمبحث الثاني لقواعد التنازع المتعلقة بإنحلاله.

[1]– تنص المادة 09 على أنه : " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة لقانون الواجب تطبيقه " ويقابل هذا النص في التشريعات العربية المادة 10 ق.م. مصري، المادة 11 ق.م. سوري، المادة 10 ق.م ليبي، المادة 17 /1 ق.م. عراقي، المادة 11 ق.م أردني.

المبحث الأول: قواعد التنازع المتعلقة بتكوين عقد الزواج وآثاره

تختلف الأنظمة القانونية فيما بينها حول الأحكام المنظمة للرابطة الزوجية. فمثلا يعتبر الزواج في الدول الإسلامية رابطة مدنية في حين تعتبره دول أخرى رابطة دينية، تستلزم لإنعقاده طقوس دينية[1]، وأيضا بالنسبة لتعدد الزوجات، فبينما هو مباح في الدول الإسلامية نجد دول أخرى لا تعترف إلا بالزواج الأحادي، بل وتعتبر التعدد جريمة معاقب عليها، وكذلك الأمر بالنسبة لزواج المسلمة بغير المسلم بينما تمنعه الدول الإسلامية، تقره التشريعات الغربية. وكذلك هناك من الدول من ترتب على الزواج آثار مالية كالتشريعات الغربية، في حين لا أثر للزواج على الذمة المالية للزوجين في التشريعات العربية.

إن هذا الإختلاف من شأنه أن يطرح مشكلة تحديد القانون المطبق على المنازعات المتعلقة بتكوين عقد الزواج (المطلب الأول) وكذا المنازعات المتعلقة بآثاره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المنازعات الخاصة بتكوين عقد الزواج

من المسلم به أن عقد الزواج في مختلف التشريعات لا يتم إلا بإستيفاء شروط معينة. وإذا تخلف شرط من هذه الشروط ،كأن يتم دون مراعاة إحدى الشروط الموضوعية مثلا، أو دون التقيد بالضوابط الشكلية المقررة، فإنه يصبح حينئذ مثار

[1]– ومن أمثلة ذلك، جمهورية السرب، حيث ينص قانونها المدني لسنة 1884 في المادة 60 على زواج الأرتدوكس بقوله: "إن حقوق الزوجين وواجباتهما تنتج عن الزواج الذي يجب أن يبرم بين شخصين من جنس مختلف، والذي يجب أن يتم على يد قس طبقا للشكليات التي تتطلبها الكنيسة الأرتدوكسية بعقد التصريح بالموافقة أمام شاهدين أو ثلاثة" ثم جاء بعد ذلك قانون 1953 ونص على الزواج المختلط للرعايا السربيين، حيث يكون أحد الأطراف أرتدوكسيا، فإشترط لصحة الزواج أن يتم في الكنيسة وأن يسجل في سجلات الزواج التي تمسكها.أنظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، ط1، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2006، ص 30.

لمنازعات عدة تزداد حدتها لا سيما في حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة. الأمر الذي من شأنه أن يطرح مشكلة تحديد القانون المختص بحكم هذه المنازعات؟

هذا ما سنعمل على توضيحه في هذا الإطار من خلال التعرض لأهم المنازعات التي قد تثور بشأن تكوين عقد الزواج وتحديد القانون المطبق عليها.

غير أنه يقتضي منا الأمر وقبل شرح ما تقدم إلقاء الضوء على القانون المختص بتكوين عقد الزواج.

الفرع الأول: القانون المختص بتكوين عقد الزواج

يشتمل عقد الزواج على شروط موضوعية (البند الأول) وأخرى شكلية (البند الثاني) ويرجع في تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة في التكييف.

البند الأول: الشروط الموضوعية للزواج

الشروط الموضوعية للزواج، هي تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج ويدخل ضمن هذه الشروط طبقا للقانون الجزائري، رضا الزوجين، أهلية الزواج، الصداق، الولي ،الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية [1].

[1]- أنظر، المادتين 9، 9 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 سنة 2005.

أما بالنسبة للقانون الذي يحكم هذه الشروط فقد إتجهت غالبية التشريعات إلى إسنادها لقانون جنسية كل من الزوجين[1]، وقد أخذ بذلك كل من القانون البولوني، القانون الألماني، القانون السويسري، القانون الفرنسي [2].

وفضلا عن ذلك، فقد أخذت به التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري حيث نصت المادة11ق.م.ج على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"[3].

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنه ليس في إخضاع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين أية صعوبة في حالة إتحاد جنسية الطرفين، فقانون جنسيتهما وقت الزواج هو الذي يسري على زواجهما، ولكن الصعوبة تظهر في حالة اختلاف جنسيتهما، فهل يطبق قانون جنسيتهما تطبيقا جامعا ،بمعنى أن تتوافر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية زوجته كما يجب أن تتوافر في الزوجة أيضا كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها

[1]– وذلك خلافا لبعض الدول، حيث أسندها البعض لقانون موطن الزوجين، كالقانون الانجليزي والقانون الدنماركي والنرويجي ومعظم دول أمريكا اللاتينية، وبعض قوانين الدول الاسكندنافية.

Gutmann daniel, droit international privé,3 éd, dalloz, paris, 2002, p 143

في حين اتجه جانب آخر إلى إسنادها لقانون محل إبرام الزواج دون تمييز بين الشكل والموضوع، وهو ما إتجه إليه كل من القانون الأمريكي وكذا بعض دول أمريكا اللاتينية. أنظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 161.

[2]–عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط2،منشورات زين الحقوقية ، 2011، ص 155 هامش رقم 63.

[3]– لقد تم ضبط صياغة هذه المادة بموجب التعديل الجديد حيث أصبحت خاصة بالشروط الموضوعية للزواج فقط. ويقابل هذا النص في التشريعات العربية، المادة 12 ق.م مصري، المادة 13 ق.م أردني، المادة 1/19 ق.م عراقي.

وكذا الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجها. أم أنه يكفي التطبيق الموزع، بمعنى أن تتوافر في كل منهما الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط[1].

إتجه بعض الفقه إلى القول بالتطبيق الجامع، أي ضرورة تحقق جميع الشروط التي يقتضيها القانونان معا، وذلك حتى لا يكون لأحد القانونين إمتياز على القانون الآخر.

غير أن هذا الاتجاه قد إنتقد على أساس أنه عسير التطبيق عمليا إذ يؤدي إلى التضييق من الحالات التي ينعقد فيها الزواج المختلط صحيحا [2].

لذلك فقد إستقر الرأي الراجح على الأخذ بالتطبيق الموزع، أي أنه يكفي لإنعقاد الزواج صحيحا أن تتوافر في كل زوج من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته فقط دون تلك التي يقضي بها قانون دولة الزوج الآخر[3].

ويبرر هذا الحل على أساس أن القانون الوطني في كل دولة قد وضع ليحمي مصالح افراده فقط دون سواهم، ولا يرمي إلى حماية الأسرة أو علاقة الزوجية ذاتها حتى يسري على غير الوطنيين[4].

---

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

[2]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 161.

[3]– جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 281، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية،ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2008 ص 848، الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 161.

[4]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 848.

هذا، ولا يستثني من التطبيق الموزع سوى بعض الشروط الجوهرية، كموانع الزواج التي ينبغي اتباع بشأنها التطبيق الجامع وذلك نظرا لخطورتها [1].

وفي هذا الشأن نجد المشرع التونسي قد نص صراحة على تطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين تطبيقا موزعا، وذلك من خلال الفصل 45 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية[2]، الذي جاء فيه " تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فالواضح أنه هو الآخر قد أخذ بالتطبيق الموزع فيما يخص الشروط الموضوعية للزواج ويتضح ذلك من خلال المادة 97 من ق.ح.م[3]، حيث إشترط بموجبها أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج[4].

مع الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري قد أورد إستثناءا هاما على قاعدة خضوع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين، يتمثل في تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج وذلك بإستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون جنسية كل من الطرفين.وقد كرس

---

[1]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69، جمال محمود الكردي، ص 281،أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص848.

[2]– القانون رقم 97–98 لسنة 1998، المؤرخ في 27 نوفمبر 1998، المتضمن صدور مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

[3]– الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، ج.ر، العدد 21 سنة1970.

[4]– تنص المادة 97 ق.ح.م على أنه: " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج..."

هذا الإستثناء في المادة 13ق.م.ج حيث جاء فيها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج"[1].

إستنادا إلى هذا النص، فإن الزواج الذي يتم بين جزائري وأجنبية أو بين أجنبية وجزائري يخضع للقانون الجزائري فيما عدا أهلية الزوجين.

رغم أن هذا الإستثناء يهدف إلى حماية الرابطة الزوجية من الخضوع للقوانين الأجنبية، إلا أنه يبقى قليل الفعالية نظرا لتكريسه من قبل غالبية التشريعات، فالحماية المقررة للعنصر الوطني تبقى مقيدة فقط بحالة إبرام الزواج في الجزائر وتتلاشى بمجرد تجاوز الحدود الإقليمية[2].

البند الثاني: الشروط الشكلية للزواج

تختلف الأنظمة القانونية فيما بينها فيما يعتبر من الشروط الشكلية وما يعتبر من الشروط الموضوعية، وهذا الإختلاف هو الذي يثير بحدة مشكل تنازع القوانين، فمثلا بعض الدول تعتبر شهر الزواج في الشكل الديني شرطا شكليا، في حين تعتبره دول أخرى شرطا موضوعيا. وهذا التباين ينجر عنه تضارب في الحلول.

وعلى كل فإن المشرع الجزائري قد حسم هذا الأمر، إذ يرجع لتحديد طبيعة الشرط هل هو شكلي أو موضوعي لقانون القاضي طبقا للمادة9 ق.م.ج.

---

[1]– يقابل هذا النص في التشريعات العربية، المادة 14 ق.م مصري، المادة 15، ق.م سوري، المادة 14، ق.م ليبي.

[2]– لمزيد من التفاصيل حول الإنتقادات الموجهة لهذا الإستثناء أنظر، زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 51.

وطبقا للقانون الجزائري، يعد من الشكل كل الإجراءات المتعلقة بتسجيل الزواج والجهات المختصة بإبرامه و إعلام الغير به وإثباته[1].

وأما بخصوص القانون الواجب التطبيق، قد أخضع المشرع الجزائري شكل الزواج لذات القاعدة التي تحكم شكل التصرفات القانونية في جانبها الشكلي[2]، وهي قاعدة"Locus" التي تضمنتها المادة19ق.م.ج والتي تقضي بأن تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أن تخضع أيضا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

وإلى جانب ذلك فإن المواد 95-97 من ق.ح.م.ج[3]، كلها تخص الشكل وتقضي بإختصاص قانون محل الإبرام .

---

[1]- الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 168.

[2]- وذلك خلافا لبعض التشريعات حيث خصت شكل الزواج بقاعدة إسناد مستقلة عن القاعدة التي تحكم شكل التصرفات القانونية، كالتشريع التونسي، حيث نص هذا الأخير في الفصل 1/46 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه:" تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج... "، ومن ذلك أيضا القانون القطري، حيث نصت المادة 14 من القانون المدني على أنه: " يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو لقانون جنسية كل من الزوجين أو قانون موطنهما المشترك "، وأيضا المادة 2/12 من القانون الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 والتي تقضي بإسناد الزواج شكلا لقانون محل الإبرام أو قانون جنسية كل من الزوجين.

[3]- تنص المادة 95 ق.ح.م على أنه: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد"، وتنص المادة 97 من نفس القانون على أنه : " ان الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين وبين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج..."

هذا، وقد تبنت هذا الضابط العديد من التشريعات كالقانون المصري[1]، القانون العراقي[2]، القانون الأردني[3]، وكذلك أخذت به كل من السينغال، الطوغو، ساحل العاج، إيطاليا واليونان والنمسا وتشيكوسلوفاكيا وألبانيا ويوغوسلافيا وبلغاريا وكذلك فرنسا وألمانيا وأمريكا[4].

كما كرسته أيضا اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والإعتراف بصحته المؤرخة في14 مارس1978 في مادتها الثانية[5].

هذا، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن غالبية الدول تقر لرجال السلك الدبلوماسي والقنصلي بصلاحية إبرام عقود الزواج.

ففي مصر مثلا، يسمح للهيئات الدبلوماسية المصرية الموجودة بالخارج تحرير زواج رعاياها المصريين أو إذا كان أحدهما مصريا شريطة الحصول على ترخيص بالزواج من وزير الخارجية[6].

وفي فرنسا، يشترط لصحة الزواج المبرم فيها أمام الهيئات الدبلوماسية والقنصلية الأجنبية إتحاد جنسية الزوجين و إنتمائهما إلى بلد الهيئة القنصلية المحررة للعقد، والأمر نفسه بالنسبة الفرنسيين في الخارج طبقا للشكل الفرنسي، غير أنه بعد صدور قانون 19 نوفمبر 1901 الذي عدل المادة170 مدني فرنسي فأباح للهيئات الدبلوماسية الفرنسية في

---

[1]– المادة 20 ق.م مصري.

[2]– المادة 19 /2 ق.م عراقي.

[3]– المادة 2/13 ق.م أردني.

[4]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 240.

[5] -Arti 2- 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 ».

[6]– الطيب زروتي ،المرجع السابق،ص 167.

الخارج عقد زواج الفرنسي بأجنبية في بعض البلدان المحددة بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية[1].

أما في الجزائر، فبموجب المادة 96 وكذلك المادة97 من ق.ح.م.ج نجد أن المشرع الجزائري هو الآخر قد خول لرجال السلك الدبلوماسي والقنصلي صلاحية إبرام عقود الزواج، فقد نصت المادة 96 من ق.ح.م على أنه" ان كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية" وقضت المادة2/97 من نفس القانون على أنه:" ...و يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية"[2].

وفضلا عما سبق، فقد أقرت هذا الإختصاص أيضا بعض المعاهدات الدولية من ذلك، إتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والإعتراف به،

[1]–وقد صدر ذلك المرسوم في 26 أكتوبر 1939 محددا بعض الدول التي يجوز فيها للسلك القنصلي الفرنسي أن يعقد زواجا أحد طرفيه فرنسيا، أنظر، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 167، هامش رقم 44.

[2]– الجدير بالذكر في هذا الإطار أن المشرع الجزائري قد خول للأعوان الدبلوماسيين أو القناصلة صلاحية إبرام عقود الزواج إذا كان الزوجين كلاهما من جنسية جزائرية وكذلك إذا كان الزوج جزائري والزوجة أجنبية من جنسية البلد المضيف، أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بمرسوم (المادة 3/97).

أما عن زواج الجزائرية بأجنبي فهو مسكوت عنه، وإن كان ذلك مرده التخوف من إقدام الجزائريات على إبرام زواجهم في الخارج تهربا من القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم. إلا أن ذلك لا يمكن التسليم به لأن المشرع الجزائري فرض إحترام الشروط الأساسية لعقد الزواج بموجب المادة 97 ق.ح. م وهذا النص من شأنه أن يمنع التحايل على القانون.

V.Mohand Isaad, droit international privé, les régles conflits, O.P.U, Alger, 1980, p 243.

وكذلك إتفاقية فينا الخاصة بالعلاقات القنصلية المبرمة في 24 أبريل 1963 [1]، وأيضا الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي1974[2].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنازعات المترتبة على تكوين عقد الزواج

لإنعقاد الزواج صحيحا يستلزم توافر جملة من الشروط وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يثور التساؤل حينئذ عن القانون الذي يتحدد وفقه مصير هذا الزواج؟ (البند الأول).

كما أنه من ناحية أخرى قد يتم إبرام عقد زواج في الشكل العرفي، فيثور التساؤل أيضا في هذا الإطار عن القانون الذي يتم وفقه إثبات هذا الزواج؟ (البند الثاني).

البند الأول: القانون الذي يحكم الجزاء المترتب على تخلف ركن أو شرط من شروط صحة عقد الزواج

إذا كان المشرع الجزائري- وعلى نحو ما رأينا- قد حدد القانون الذي يحكم شروط صحة عقد الزواج إلا أنه لم ينص وكما هو واضح من خلال قواعد الإسناد الوطنية على القانون الذي يحكم الجزاء المترتب على مخالفة أحد هذه الشروط، وذلك خلافا لما اتجهت إليه بعض القوانين المقارنة حيث وضعت قواعد الإسناد خاصة تبين القانون الواجب التطبيق كالقانون اليوغسلافي لسنة 1983 حيث نص هذا الأخير في المادة 34 على أن عدم صحة الزواج (إنعدامه أو بطلانه) يحكمه القانون الذي يخضع له إنعقاد الزواج[3].

---

[1]- صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64-85 المؤرخ في 02 مارس 1964، ج.ر عدد 34 سنة 1964.

[2]- صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 74-75 المؤرخ في 12 يوليو 1974، ج.ر عدد 62 سنة 1974.

[3]- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 309.

هذا، وقد أيد الفقه الراجح[1]، هذا الحل حيث أخضع البطلان لنفس القانون الذي يحكم شروط إنعقاد الزواج، فالقانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج هو الذي يبين الجزاء المترتب في حالة مخالفة هذه الشروط والقانون المختص بحكم الشروط الموضوعية هو الذي يبين طبيعة الجزاء المقرر عند تجاهل هذه الشروط.

ومن جهتنا، وفي غياب قاعدة إسناد نميل إلى الأخذ بهذا الحل، لأن بطلان عقد الزواج أو فسخه ما هو إلا نتيجة لتخلف ركن أو شرط من شروط صحته، فلو تم زواج مثلا بين جزائرية ومصري في الجزائر وتم الطعن في صحة هذا الزواج على أساس إختلال ركن الرضا ، فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق في هذه الحالة باعتباره هو المطبق على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج إستنادا إلى نص المادة 13 ق.م.ج، ويستتبع ذلك تطبيق نص المادة33 من ق أ.ج التي تقضي بأن يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا.

البند الثاني: القانون الذي يحكم إثبات عقد الزواج

تعتبر مسألة إثبات الزواج العرفي المختلط من المشاكل العويصة التي قد تطرح أمام القضاء. ولم ينص المشرع الجزائري وعلى غرار العديد من مشرعي الدول الأخرى على القانون الذي يحكم إثبات الزواج وذلك بإستثناء بعض التشريعات كالتشريع الكويتي الذي نص في المادة 38 من القانون رقم 05 لسنة1961 على أنه "يرجع في إثبات الزواج إلى القانون الذي خضع له الزواج في أوضاعه الشكلية".

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 868، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 309.

وقد أيد الفقه الراجح[1]، هذا الحل حيث إتجه إلى إخضاع إثبات الزواج إلى القانون الذي يحكم شكله. أي أن القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج هو الذي يختص بحكم مسائل إثباته وذلك بناء على الصلة التامة بين إنشاء العقد وكيفية إثباته[2]. وهو حل منطقي ندعو المشرع الجزائري إلى الأخذ به.

وإستنادا إلى ذلك، إذا تم الزواج مثلا بين شخصين من جنسية سورية في الجزائر طبقا للشكل العرفي المقرر في القانون الجزائري، فإن هذا الأخير يكون هو المختص بتبيان كيفية إثبات هذا الزواج.

المطلب الثاني: المنازعات الخاصة بآثار عقد الزواج

عقد الزواج وكغيره من العقود إذا إنعقد صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته ترتبت عليه آثار كثيرا ما تطرح بشأنها منازعات أمام القضاء خاصة في حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة الزوجية.

وعليه سنخصص هذا الفرع لدراسة مضمون آثار عقد الزواج (الفرع الأول) لنتطرق بعد ذلك إلى تحديد القانون الذي يحكم المنازعات المتعلقة بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون آثار عقد الزواج

يترتب على الزواج آثار شخصية وأخرى مالية:

[1]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون، دراسة مقارنة، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 110، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول،تنازع القوانين،الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية،2010، ص 277، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 224.

[2]– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 110.

البند الأول: الآثار الشخصية لعقد الزواج

تتمثل الآثار الشخصية لعقد الزواج في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، وهي العشرة الزوجية وطاعة الزوجة لزوجها والتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحق الزوجة في النفقة والمهر والعدل في حالة التعدد[1].

وقد نص القانون الفرنسي على هذه الحقوق و الواجبات في المواد من212 إلى226 حيث نجد المادة 213 تحث الزوجين على العمل معا من أجل إدارة وتسيير شؤون الأسرة والحرص على مصلحة الأولاد[2].

كما نص القانون الجزائري أيضا على جملة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين من خلال المادة 36 من ق.أج التي نصت على أنه:" يجب على الزوجين:

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،

2-المعاشرة بالمعروف وتبادل الإحترام والمودة والرحمة،

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه وإحترامهم وزيارتهم،

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف،

[1]- الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 170.

[2] -Art 213, du C.Civ.fr (l.n° 70-459 du 4-6-1970) : « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille, ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه وإستضافتهم بالمعروف".

كما نص المشرع المغربي على هذه الحقوق والواجبات من خلال المادة51 من مدونة الأسرة[1]، التي نصت على أن :" الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

1-المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل،

2-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة،

3-تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال،

4-التشاور في إتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل،

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف،

6-حق التوارث بينهما".

أما المشرع التونسي فقد نص على ذلك في الفصل 23من مجلة الأحوال الشخصية[2]، حيث جاء فيه "على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به.

ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة، ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر

[1]- قانون رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، منشور في ج.ر عدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004.

[2]- الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 (13 أوت 1956) المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

والمعاملات المالية، وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

هذا، ويدخل ضمن الآثار الشخصية لعقد الزواج- إلى جانب الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين- مسألة النسب وكذا مدى تأثير الزواج على إسم الزوجة وعلى أهليتها و على جنسيتها.

البند الثاني: الآثار المالية لعقد الزواج

يقصد بالآثار المالية لعقد الزواج، تلك الآثار التي يرتبها عقد الزواج على أموال الزوجين بعد الزواج [1]، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، نجد أنها لا ترتب على الزواج أي أثر مالي، إذ يبقى كل من الزوجين محتفظا بحرية التصرف في أمواله، وهو ما يعرف "بنظام فصل الأموال" والذي تبناه المشرع الجزائري صراحة من خلال المادة 37 من ق.أ.ج [2].

وذلك خلافا لما هو معمول به في التشريعات الغربية التي ترتب على الزواج آثار مالية. حيث توجد بها عدة أنظمة تحكم العلاقة المالية بين الزوجين، بعضها إتفاقية يختار

[1]- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 129.

[2]- أنظر المادة 37 ق.أ.ج التي تنص على أنه :" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر..." وقد جاءت هذه الفقرة مطابقة للفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية.

مع الملاحظ في هذا الإطار أن المشرع الجزائري وإن كان قد أقر نظام فصل الأموال صراحة كقاعدة عامة، إلا أنه وعلى غرار غالبية التشريعات قد أورد إستثناء على هذه القاعدة أجاز بموجبه للزوجين الإتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل منهما (المادة 2/37 ق.أ.ج).

منها الزوجان النظام الذي يلائمهما حسب إتفاقهما وذلك بمقتضى عقد مستقل[1]، في شكل مشارطة زواج، يتفق فيه الزوجان على القواعد التي تحكم أموالهما من حيث ملكيتها والإنتفاع بها وإيراداتها[2].

وهناك أنظمة مالية قانونية وهي تشمل عدة نظم أهمها:[3]

1-نظام الإشتراك القانوني:

وبموجب هذا النظام تكون أموال الزوجين مملوكة على الشيوع بينهما بنسبة النصف، وتخصص هذه الأموال لإشباع حاجات الأسرة و الوفاء بالديون الناشئة عن هذه الحاجات. وفي هذا النظام يتمتع الزوج بصلاحية إدارة هذه الأموال ويظهر بمظهر المالك وله أيضا أن يتولى إدارة أموال زوجته التي إحتفظت بها لنفسها وعند إنتهاء العلاقة الزوجية يقسم المال المشترك بينهما أو بين ورثتهما. ولهذا النظام القانوني ثلاث صور:

الصورة الأولى: هي نظام الإشتراك العام، بموجبه تكون كل أموال الزوجين مشتركة بينهما.

الصورة الثانية: هي نظام الإشتراك في المنقولات والمكاسب، وبموجبه تكون كل الأموال المنقولة المملوكة للزوجين عند الزواج مشتركة بينهما، وتكون كل الأموال التي تؤول إليهما بعد إنعقاد الزواج مشتركة بينهما سواء كانت عقارات أو منقولات.

الصورة الثالثة: هي نظام الإشتراك المخفض، بموجبه يبقى كل من الزوجين محتفظا بأمواله المملوكة عند إبرام عقد الزواج سواء كانت عقارية أو منقولة ،ولا

---

[1]- وهذا العقد حتى يكون صحيحا ينبغي أن يكون مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته، كما يتعين شهره حتى يتسنى للغير العلم به وذلك نظرا لأهميته سواء فيما يخص الشروط المالية أو سلطة الزوجين على هذه الأموال. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006، ص 219.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 859.

[3]- أنظر الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 175، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 74-75.

يشتركان إلا فيما يكتسبانه بعد الزواج ،وهذا النظام القانوني هو النظام المقرر في فرنسا للزوجين اللذين لم يختارا نظام آخر عند الزواج.

2-نظام الانفصال المالي:

وبمقتضاه يستقل كل من الزوجين بأمواله الخاصة من حيث التصرف والإدارة والإستغلال ولكن تقسم مصاريف الأسرة وأعبائها بينهما .وهذا النظام معمول به في الدول الأنجلوسلكسونية.

3-نظام الدوطة أو البائنة:

وبمقتضاه كانت الزوجة تقدم لزوجها أموالا في شكل مهر ليتولى إدارتها وإستغلالها والإنتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة وهذا النظام قد ألغي في فرنسا بموجب قانون13-07-1965من خلال الإصلاح الذي قام به المشرع في مجال نظام الأموال.

وعلى كل مهما تعددت آثار الزواج وتباينت التشريعات حولها فإن الإشكال الذي يبقى مطروح حول القانون الذي يحكمها في حالة تنازع القوانين؟

الفرع الثاني: القانون المختص بحكم المنازعات المتعلقة بآثار عقد الزواج ومجال تطبيقه

سنخصص هذا الفرع لدراسة القانون المختص بحكم المنازعات المتعلقة بآثار عقد الزواج (في البند الأول) وتحديد نطاقه (في البند الثاني).

البند الأول: تحديد القانون المختص بحكم المنازعات الخاصة بآثارعقد الزواج

لقد إختلفت التشريعات فيما بينها حول القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج، فمنها من إنتهج مذهب إزدواجية القانون الواجب التطبيق، كما هو الحال بالنسبة للقانون الدولي الخاص النمساوي الجديد، حيث أخضع الآثار الشخصية للقانون الوطني المشترك

للزوجين، بينما أخضع الآثار المالية خصوصا النظام المالي للزوجين للقانون الذي يختاره الأطراف، وكذلك القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 والقانون الدولي الخاص البيروني لعام1984 والقانون الدولي الخاص السويسري لعام1987[1].

وبالنسبة للقانون الفرنسي، فقد كان في السابق يخضع آثار عقد الزواج لقانون جنسية الزوج باعتباره رب الأسرة وذلك من خلال المادة213 ق.م.ف سابقا ،غير أنه وبعد تعديل هذه المادة في 7 جويلية 1970 اخذ بمبدأ مساواة الزوجين في إدارة وتسيير شؤون الأسرة وعلى ذلك فقد كرس تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين وفي حالة إختلافهما في الجنسية أو كان أحدهما فرنسيا ومتوطنان بفرنسا يطبق قانون الموطن[2].

أما بالنسبة للآثار المالية أو النظم المالية، فقد كان القانون الفرنسي يخضع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة في حالة وجود عقد يحدد نظامها المالي[3]، وفي حالة عدم وجود نظام مالي إتفاقي للزوجين يخضعه لقانون الإرادة الضمنية ويطبق في ذلك قانون الموطن الأول المشترك للزوجين على إفتراض إنصراف إرادتهما إلى تركيز ذلك النظام في مكان الإقامة[4]، غير أن الفقه الفرنسي الحديث يميل إلى إخضاع النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج[5].

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 860.

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

[3]– أنظر حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 01-02-1972 الذي جاء فيه ما يلي: " يخضع إختيار نظام الزوجية المالي لإرادة الزوجين الصريحة أو الضمنية ولا يجوز أن يحيل الزوجان إلا على القانون الداخلي للبلاد المعنية بصرف النظر عن قواعد تنازع القوانين المقررة فيها " أورده، أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، د.ب.ن،د.س.ن، ص 226.

[4]– وهو الرأي الذي أفتى به الفقيه ديمولان في قضية الزوجين "دو جاني" (Epoux de Ganay) وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين لم يسبق لهما إختيار القانون الذي يحكم نظامهما المالي، ولما عرض هذا الإشكال على الفقيه الفرنسي "ديمولان" إرتأى إخضاع النظام المالي غير الإتفاقي لهذين الزوجين لعرف مدينة باريس مستندا في ذلك إلى أن الزوجين "دوجاني" بإختيارهما مدينة باريس أول موطن لهما بعد الزواج فإن إرادتهما تكون بذلك قد اتجهت إلى إخضاع نظامهما المالي للعرف السائد فيها. أنظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 54.

[5]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 176.

أما بالنسبة للتشريعات العربية بما في ذلك التشريع الجزائري، فقد إنتهجت مذهب وحدة القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج، حيث أسندت هذه الآثار دون تفرقة بين الآثار الشخصية والآثار المالية لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 12 ق.م.ج حيث جاء فيها: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج"[1]

هذا، ويعزي إخضاع آثار عقد الزواج لقانون جنسية الزوج لإعتبارات عديدة منها كون الزوج رب الأسرة وكون المرأة في غالب الأحيان تكتسب جنسية زوجها[2].

ومما هو جدير بالذكر أن تطبيق قانون جنسية الزوج على آثار الزواج يبقى مقيدا بما تمليه المادة 13 ق.م.ج والتي تعطي الإختصاص للقانون الجزائري وحده كلما كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج.

وتطبيقا لذلك، فإن أي نزاع يتعلق بآثار عقد الزواج يخضع للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، حتى ولو غير أحدهما أو كلاهما جنسيته، وهذا الأمر بدوره يطرح العديد من المشاكل خصوصا في الحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية والزوج أجنبي وتكتسب جنسية زوجها بعد الزواج. إذ بإعماله سوف ننتهي إلى تطبيق القانون الجزائري على أجانب لم تعد لهم أي صلة بالإقليم الجزائري.

---

[1]–ويقابل هذا النص التشريعات العربية ،المادة 1/13 ق.م. مصري، المادة 14 /1 ق.م سوري، المادة 2/19 ق.م عراقي، المادة 1/14 ق.م أردني. أما بالنسبة للقانون التونسي فقد نص على أن تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك وفي حالة إختلاف جنسية الزوجين يطبق قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة (الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية).

[2]– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 111.

في حين لو تم الزواج بين أجنبيين مثلا، وإكتسب أحدهما أو كلاهما الجنسية الجزائرية فلا تخضع آثار عقد زواجهما للقانون الجزائري رغم أن أطراف النزاع كلاهما أو أحدهما من جنسية جزائرية[1].

البند الثاني: نطاق القانون الذي يحكم المنازعات الخاصة بآثار عقد الزواج

إذا كانت هناك بعض الآثار لا تثير أي إشكال من حيث خضوعها للقانون المختص بحكم آثار عقد الزواج، فإنه وفي المقابل من ذلك هناك بعض الآثار تثير صعوبة في تكييفها كونها تعرف مزاحمة عدة قوانين لحكمها مما يطرح التساؤل حول مدى خضوعها للقانون الذي يحكم آثار عقد الزواج؟

ومن ذلك حق الزوجة في النفقة، شرعية البنوة، أثر الزواج على إسم الزوجة وعلى أهليتها وكذا على جنسيتها.

أولا: نفقة الزوجة

توجب مختلف التشريعات المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية على الزوج أن ينفق على زوجته سواء كانت غنية أو فقيرة، وذلك نظير إحتباسها في مسكن الزوجية لرعاية شؤونه[2]، وعدم إنشغالها بأي أمر آخر إلا برضاه وموافقته بإستثناء التكاليف والواجبات الشرعية[3].

[1]– لمزيد من التفاصيل حول الإنتقادات الموجهة لهذا الإستثناء، أنظر، زيدون بختة، المرجع السابق، ص 53–54.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 862.

[3]– محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المعدل بالأمر 02–05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 449.

وتشمل نفقة الزوجة كل ما تحتاج اليه لإقامة حياتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزمها في معيشتها[1].

هذا، وتثير مسألة النفقة صعوبة في تحديد القانون الذي يحكمها لاسيما مع وجود قاعدة إسناد تتعلق بالنفقة بين الأقارب تختلف في حكمها عن القاعدة المقررة لحكم آثار عقد الزواج.

فهل تعتبر كأثر من آثار عقد الزواج، وبالتالي تسري عليها المادة 12 ق.م.ج أي قانون جنسية الزوج وقت الزواج، أم أنها تدخل في نطاق النفقة بين الأقارب وتسري عليها المادة14 ق. م.ج[2]، أي القانون الوطني للمدين بها؟

لقد إتجه الرأي الراجح [3] –والذي نؤيده– إلى إعتبار نفقة الزوجة من صميم الآثار الشخصية لعقد الزواج وبالتالي يسري عليها القانون المختص بحكم آثار عقد الزواج أي قانون جنسية الزوج وقت الزواج، وذلك على أساس أن الزوجين أجنبيين عن بعضهما قبل الزواج وأن الزواج هو الذي أنشأ هذا الإلتزام[4].

وفي هذا الصدد نجد المشرع الكويتي قد نص صراحة في المادة 39 من القانون رقم05 لسنة 1961 على أن النفقة تعتبر من آثار عقد الزواج ويسري عليها قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج .

---

[1]– رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 373.

[2]– تنص المادة 14 على أنه: " يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

[3]– جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 295، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 862، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 252، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 119.

[4]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 252.

وإلى جانب ذلك فقد كرس القضاء الفرنسي أيضا هذا الحل وذلك قبل دخول إتفاقية لاهاي حيز التنفيذ وذلك في قضية شموني[1]، حيث إعتبر النفقة من آثار عقد الزواج.

غير أنه بدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ المنعقدة في 2 أكتوبر 1973 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة، تبنت هذه الأخيرة في هذا الشأن قانون مكان الإقامة الإعتيادي لمن وجبت له النفقة، وإذا كان هذا القانون لا يعترف بها للزوجة فيحق لها المطالبة بتطبيق القانون المشترك للزوجين أو قانون المحكمة التي تنظر في النزاع إذا كان أي منهما يمنحها هذه النفقة[2].

ثانيا: النسب

يعد النسب من المسائل التي كثيرا ما تطرح بشأنها منازعات أمام القضاء لا سيما في حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة. الأمر الذي يقتضي تحديد القانون الذي يحكمه(1) وكذا تحديد القانون يحكم الآثار المترتبة على ثبوته(2).

1-القانون الذي يحكم النسب:

على الرغم من أن النسب يعتبر من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج، إلا أن المشرع الجزائري قد أخرجه من نطاق قاعدة الإسناد التي تحكم آثار عقد الزواج وخصه بقاعدة إسناد مستقلة، تضمنتها المادة13مكررق.م.ج التي جاء فيها:" يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

[1]- حيث طبقت محكمة النقض الفرنسية في 19 فيفري 1963 القانون الفرنسي على النفقة باعتبارها أثر من آثار عقد الزواج بين زوجين تونسيين متوطنين بفرنسا، تجنس أحدهما بالجنسية الفرنسية وبقي الآخر محتفظا بجنسيته، وبررت ذلك بأنه لا يصوغ تطبيق قانون الجنسية المشتركة السابقة على آثار عقد الزواج المستقبلية. أنظر، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 170 هامش رقم 52.

[2]- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان،2009،ص139.

يبدو جليا من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري قد أخضع النسب لقانون جنسية الأب، غير أنه إذا كان الأب مجهول فإنه يرجع في تحديد نسب الطفل لقانون جنسية الأم [1].أما إذا تعلق الأمر بالتبني فيسري قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى وقت الإجراء، أما الأمور المتعلقة بآثاره فيسري عليها قانون جنسية المتبني[2].

أما بالنسبة لموقف التشريعات العربية، فالملاحظ أنها لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالنسب ولا بالتبني وذلك بإستثناء البعض منها كالقانون الكويتي رقم05 لسنة 1961 حيث نصت المادة 41 منه على أنه:" يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والإعتراف بالبنوة وإنكارها ،إذا مات الأب قبل الميلاد يسري قانون جنسيته قبل الوفاة" وأضافت المادة42 منه على أنه:" في تقرير النسب بالزواج يسري قانون الأب وقت تصحيح النسب".

وإلى جانب ذلك ،فقد عكف المشرع التونسي أيضا على تنظيم هذه المسألة وذلك بموجب قاعدة إسناد راعى بموجبها مصلحة الطفل حيث خول القاضي صلاحية تطبيق القانون الأفضل لإثبات بنوة للطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره[3].

---

[1]– ميكالي الهواري، أبعاد وإنعكاسات ضوابط الإسناد في الزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2010–2011، ص 277، هامش رقم 03.

[2]– نصت المادة 13 مكرر1 ق.م.ج على أنه : " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ،ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل، وتطبق نفس الأحكام على التبني".

[3]– جاء في الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية ما يلي: " يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين:

القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره.

القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.

وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه ".

وبخصوص التبني فقد أخضعه[1]، وعلى غرار التشريع الإماراتي[2]، لقانون جنسية كل من المتبني والمتبنى و لقانون جنسية المتبنى بالنسبة لآثاره.

أما القانون الفرنسي فبموجب صدور القانون المؤرخ في03 جانفي1972 ساوى بين النسب الشرعي غير الشرعي وأخضعه بنوعيه تطبيقا لنص المادة14/311 ق.م.ف[3]، لقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل وفي حالة عدم معرفة الأم يطبق القانون الشخصي للطفل[4].

2- القانون الذي يحكم الآثار المترتبة على ثبوت النسب

من الآثار المترتبة على ثبوت النسب، والتي كثيرا ما تطرح بشأنها منازعات أمام القضاء، التوارث، النفقة، وآثار أخرى تتصل بالولاية على النفس وعلى المال.

أ-التوارث:

من أهم الآثار المترتبة على ثبوت النسب التوارث، والذي يعني إنتقال التركة التي يتركها المورث إلى شخص أو عدة أشخاص[5]، وذلك لإرتباطهم بالمورث إما بصلة القرابة أو الزوجية[6].

---

[1]- أنظر الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص.

[2]- أنظر المادة 44 من القانون رقم 05 لسنة 1961.

[3]-Art 311 al14 du c.civ.f : « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

[4]- تجدر الإشارة إلى أن التشريع الفرنسي قبل قانون 03 جانفي 1972 كان يعتبر النسب من آثار الزواج ويخضعه لنفس القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 147.

[5] -Ghaouti Benmelha, les successions en droit algerien, O.P.U , Alger, p11.

[6]- نصت المادة 126 ق.أ.ج على أن: " أسباب الإرث: القرابة والزوجية" كما نصت المادة 07 من قانون الميراث المصري على أنه : " أسباب الإرث الزوجية والقرابة والعصوبة السببية..." أنظر بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 78.

وهو بهذه المثابة يتعلق بخلافة أسرية[1]، لذلك كثيرا ما يكون مثار لمنازعات عدة بين أفراد الأسرة الواحدة. ولا إشكال إذا اتحدت جنسية أفراد الأسرة وكانت التركة بالجزائر إذ يكون القانون المختص هو القانون الجزائري. بل أن الإشكال يثور في حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة،كما لو توفي فرنسي مثلا في الجزائر وكان أحد ورثته جزائريا... وهو الأمر الذي يقتضي تحريك آلية التنازع للوصول إلى القانون المطبق من بين القوانين المتنازعة.

بإعتبار أن الميراث لا يتقرر إلا بعد موت المورث، فقد أخرجه المشرع من نطاق قاعدة الإسناد التي تحكم إنحلال الزواج وخصه–وعلى غرار التشريعات العربية الأخرى– بقاعدة إسناد مستقلة أخضعه بموجبها لقانون جنسية الهالك وقت موته[2] .

وذلك خلافا لبعض الدول الغربية كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، فرنسا التي سلكت إتجاه مغاير حيث فرقت بين العقارات والمنقولات، فأخضعت الميراث في العقار لقانون موقعه وأخضعت الميراث في المنقول لقانون آخر موطن للهالك.

وهذا التميز مرده التأثر بالأفكار التي كانت سائدة خلال القرون الوسطى في أوربا، حيث كانت الثروة العقارية مفضلة على المنقولات.[3]

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، ا المرجع السابق، ص 899.

[2]– أنظر المادة 16 ق.م.ج التي تنص على أنه : " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته..." ويقابل هذا النص في التشريعات العربية، المادة 1/17 ق.م. مصري، المادة 1/18 ق.م. أردني، 1/17 ق.م ليبي.

[3]– وقد تعرض هذا الإتجاه لإنتقادات حادة من قبل بعض الفقه كونه يؤدي إلى تقسيم التركة الواحدة بين عدة قوانين مع أنها تمثل ذمة مالية واحدة وقد إستدل هؤلاء الفقهاء في ذلك على قضية حفيدة جورج الصائد التي أوصت بمنزلها الموجود بفرنسا وما يوجد فيه من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسية ولكنها توفيت في إيطاليا مما أدى إلى خضوع الوصية لقانونيين، القانون الفرنسي بالنسبة للمنزل والقانون الإيطالي بالنسبة للأثاث الموجودة فيه. أنظر الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 196.

هذا، ويختص قانون جنسية الهالك وقت الوفاة بحكم كافة الشروط الموضوعية في الميراث كما لو تعلق الأمر بشروط استحقاق الإرث، تحديد الأنصبة، موانع الإرث، حالات الحجب، مصير الملكية الشاغرة.. أما المسائل الإجرائية المؤقتة الهادفة إلى المحافظة على التركة كتعيين الحارس القضائي وتعيين المصفى، تحديد إختصاصاتهما وكذلك بيان إجراءات القسمة بين الورثة ،فتخضع لقانون القاضي[1]، كما قد يتدخل أيضا قانون جنسية الموصي وقت موته إذا ما طعن أحد الورثة في صحة الوصية فيما لو تمت لوارث مثلا.

ب-النفقة:

من بين الآثار المترتبة على ثبوت النسب، النفقة بين الأقارب ،وتختلف التشريعات فيما بينها حول القرابة الموجبة للنفقة كما تختلف أيضا في تحديد شروط إستحقاقها وأسباب سقوطها، وهذا التباين بين التشريعات يوجب تحديد القانون الذي يحكمها في حالة تنازع القوانين بين دول مختلفة.

فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أسندها -وعلى غرار العديد من مشرعي الدول الأخرى- إلى القانون الوطني للمدين بها[2].

في حين أسندتها تشريعات أخرى إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها طالب النفقة بجنسيته، ونذكر من ذلك كل من التشريع المجري و البولندي. بينما إتجه جانب آخر إلى إخضاعها لقانون القاضي على أساس أنها من الإجراءات التي يفصل فيها بالتبعية لقضايا أصلية وهذا ما يسود في كل من انجلترا والو.م.أ وأستراليا وكندا. في حين فضل جانب

---

[1]- الطيب زروتي ،نفس المرجع ، ص 197.

[2]- تنص المادة 14 ق.م ج على أنه:" يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها". ويقابل هذا النص في التشريعات العربية المادة 15 ق.م. مصري، المادة 16 ق.م. سوري، المادة 16 ق.م. أردني، المادة 15 ق.م. ليبي، أما القانون التونسي فقد أخضعها للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره وخول للقاضي صلاحية تطبيق القانون الأفضل للدائن. (الفصل 51 من مجلة القانون الدولي الخاص).

آخر إخضاعها لقانون محل الإقامة العادية لطالب النفقة وقد أخذ بهذا الإتجاه القانون الألماني لسنة1986، والقانون الإسباني لعام 1974 إذا إختلفت جنسية الأطراف أو لم يستطع طالب النفقة الحصول عليها طبقا للقانون الوطني المشترك[1].

أما بالنسبة للنفقة المؤقتة التي يحكم بها القاضي خلال نظر الدعوى كتدبير مؤقت لحين الفصل في موضوع النزاع الأصلي ،فتخضع لقانون القاضي[2].

ج- الولاية

الولاية نوعان، ولاية على النفس وولاية على المال، فبالنسبة للولاية على النفس، نظرا لتعلقها بالتنظيم العائلي فقد أخضعها الفقه الراجح[3]، للقانون الذي يحكم آثار عقد الزواج، فهذا القانون هو الذي يبين من هو صاحب الحق فيها ومدتها..

أما الولاية على المال، فيسري عليها قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته طبقا للمادة 15 ق.م.ج[4]، وهو الحل المعمول به لدى غالبية التشريعات[5].

ويختص هذا القانون بحكم كافة الجوانب الموضوعية المتعلقة بالولاية كبيان طرق تعيين الأولياء، الأوصياء القيمين، تحديد مهامهم...

أما التدابير الإستعجالية فتخضع طبقا لنص المادة2/15ق.م.ج لقانون القاضي[6].

---

[1]- أنظر في عرض هذه الإتجاهات د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 893-894. وقد فضل هذا الأخير إسنادها إلى قانون محل الإقامة العادية للدائن لإعتبارات عدة أهمها، أنه الطرف الضعيف الذي يحتاج إلى الحماية، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع، ص 895.

[2]- حبار محمد، المرجع السابق، ص 138، علي علي سليمان، ص 78.

[3]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 225، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 150.

[4]- تنص المادة 15 ق.م.ج على أنه : " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته..."

[5]- كرست هذا الحل العديد من التشريعات منها القانون المصري، المادة 16 ق.م.مصري، القانون الليبي، المادة 16، ق.م.ليبي، القانون السوري، المادة 17 ق.م.سوري.

[6]- تنص المادة 15/ 2 ق.م.ج على أنه: " ...غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر" لمزيد من التفاصيل حول هذا الاستثناء أنظر، زيدون بختة، المرجع السابق، ص 25-27.

ثالثا: إسم الزوجة

توجب بعض التشريعات الغربية على المرأة حمل إسم زوجها كأثر من آثار عقد الزواج، في حين توجد تشريعات أخرى لا ترتب هذا الأثر كما هو الحال بالنسبة للدول الإسلامية[1].

وهذا الإختلاف فيما بين الدول من شأنه أن يثير التساؤل حول القانون الذي يخضع له إسم الزوجة، هل يخضع لقانونها الشخصي، أم أنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار عقد الزواج؟

في هذا الإطار نجد الفقه الراجح[2]، يتجه نحو إخضاعه للقانون الذي يحكم آثار عقد الزواج، فهذا الأخير هو الذي يبين ما إذا كان للزواج أثر على إسم الزوجة أم لا؟

إستنادا إلى ذلك، إذا ثبت الإختصاص لصالح القانون الجزائري فإن الزواج في الجزائر لا أثر له على إسم الزوجة إذ تظل محتفظة بإسمها[3].

رابعا: أهلية الزوجة

قد يؤثر الزواج لدى بعض التشريعات على أهلية الزوجة، بحيث يمتنع عليها التصرف بغير إذن زوجها، وذلك خلافا لما هو مستقر عليه في الشريعة الإسلامية إذ لا أثر للزواج على أهلية الزوجة[4].

إن هذا التباين بين الأنظمة القانونية يطرح التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تثور بهذا الشأن؟

---

[1]– من ذلك التشريع العماني الذي نص صراحة في المادة 37 من القانون رقم 32 لسنة 1987 على إحتفاظ الزوجة بإسمها العائلي.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 253، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 174.
Yvon Loussouam, Pierre Bourel, droit internationel privé, 6éme éd, Dalloz, Paris, 1999, p366.

[3]– تشوار حميدو زكية، الحق في الإسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 6، سنة 2008، ص 146.

[4]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 863.

هل هو قانون جنسية المرأة أم القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج؟

إتجه جانب من الفقه إلى إعتبار المسألة تتعلق بالأهلية، وبالتالي يحكمها القانون الذي يحكم الأهلية وهو قانون الجنسية، بينما إتجه جانب آخر إلى القول بوجوب التفرقة بين الحالة التي يكون فيها القيد عاما أي شاملا لجميع التصرفات، فيعد حينئذ كأثر من آثار عقد الزواج، وبين الحالة التي يكون فيها القيد خاصا أي قاصرا على بعض التصرفات فقط، فنكون حينئذ بصدد حالة من حالات عدم الأهلية الخاصة يحكمها القانون الذي يخضع له التصرف ذاته[1].

وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه يتعين على القاضي أن يستأنس في تكييفه لهذه المسألة بالقانون الأجنبي المحتمل التطبيق، فإذا تبين له أن نقص أهلية المرأة وفقا لهذا القانون الغرض منه حماية الأسرة فلا شك أن المسألة تعد من آثار الزواج، أما إذا تبين له خلاف ذلك أي أن نقص أهلية المرأة الغرض منه حمايتها بالنظر إلى جنسها، فالأجدر أن يكون قانون جنسيتها هو المختص في هذه الحالة[2].

إلى جانب ما سبق ،إتجه الفقه الراجح[3]، إلى إخضاع نقص أهلية الزوجة- في جميع الأحوال- لذات القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج بإعتبار أن نقص أهلية المرأة المتزوجة مقرر لمصلحة العائلة[4].

وبتلك المثابة يبقى قانون جنسية الزوج وقت الزواج هو المنوط به بيان مدى لزوم حصول الزوجة على إذن من زوجها لمباشرة التصرفات القانونية كما يبين هذا القانون أيضا الجزاء المترتب على تخلف الإذن.

---

[1]- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 293.

[2]- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 288-289، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 293.

[3]- الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 173، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 863.

[4]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 863.

خامسا: جنسية الزوجة

قد يؤثر الزواج المختلط أيضا على جنسية الزوجة لدى بعض التشريعات، وذلك بدخولها تلقائيا في جنسية زوجها، وذلك خلافا لتشريعات أخرى التي لا ترتب هذا الأثر، والواقع من الأمر أن هذا التباين مرده إختلاف الأحكام المنظمة للجنسية من دولة لأخرى، وما يهمنا في هذا المقام هو بالنسبة للتشريعات التي ترتب على الزواج أثر مباشر في إكتساب الزوجة لجنسية زوجها فإن ذلك يؤدي إلى تغيير القانون الذي يحكم الحالة الشخصية للزوجة في الدول التي تعتد بضابط الجنسية. مما ينجر عنه مشاكل جمة أبرزها، مشكل التنازع المتحرك، تعدد الجنسيات...وهو ما سنتولى بحثه بشيء من الإفاضة لاحقا.

المبحث الثاني: قواعد التنازع المتعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية

إن كان الغرض من الزواج تكوين أسرة أساسها المحبة والتعاون بين الزوجين، إلا أنه قد يحدث وأن تعترض الحياة الزوجية عقبات تحول دون تحقيق الأهداف المرجوة، من ذلك كثرة الخلافات والمشاكل بين الزوجين التي تعكر صفو الحياة الزوجية بل وقد تجعل كلا الزوجين أو أحدهما يقدم على إنهاء هذه الرابطة المقدسة، وهو الأمر الذي قد يفضي إلى نزاعات عدة تزداد حدتها لاسيما بوجود العنصر الأجنبي في العلاقة الزوجية وإختلاف التشريعات في تنظيم طرق فك الرابطة الزوجية ،وكذا الآثار المترتبة عن ذلك .

لذلك سنعكف في هذا المبحث على تحديد القانون المختص بحكم المنازعات المتعلقة بإنحلال الزواج (المطلب الأول) وكذا تحديد القانون المختص بشأن المنازعات التي قد تثور بشان آثار هذا الإنحلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المنازعات الخاصة بإنحلال عقد الزواج

تختلف طرق فك الرابطة الزوجية من دولة لأخرى، فمثلا، هناك دول لا ينحل فيها الزواج إلا بالوفاة في حين هناك دول أخرى تجيز إنحلال عقدة النكاح عن طريق الطلاق ،وسواء كان بطلب الزوج أو بطلب من الزوجة أو بالتراضي بينهما... كما أن هناك دول تعرف ما يسمى بنظام الإنفصال الجسماني في حين هناك دول أخرى لا تقر هذا النظام...

إن هذا الإختلاف من شأنه أن يطرح العديد من المنازعات على صعيد العلاقات الخاصة الدولية تستدعي البحث عن القانون الذي يحكمها؟

على هذا الأساس سنتناول في هذا المطلب، القانون المختص بإنحلال الزواج (في الفرع الأول) و تحديد مجال تطبيقه (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون المختص بإنحلال عقد الزواج

تختلف الرؤى التشريعية حول القانون الذي يحكم المنازعات المتعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية، حيث نجد بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية والدنمارك تسنده لقانون القاضي، وهذا الأخير غالبا ما يكون قانون موطن الزوجين وذلك تأسيسا على أن حل الرابطة الزوجية يمس النظام العام والآداب العامة. وهناك دول أخرى تعتد بضابط الجنسية كالقانون اليوناني الذي أخذ بآخر جنسية مشتركة وإلا قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وكذلك القانون البولوني الذي أسنده لقانون الجنسية المشتركة وإلا فقانون الموطن المشترك وإلا فقانون القاضي[1].

[1]–الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 178–179.

أما في فرنسا، فقد كان القضاء الفرنسي هو الآخر يتبنى ضابط الجنسية، حيث طبق كمرحلة أولية قانون الجنسية المشتركة للزوجين، مع الأخذ بالتطبيق الموزع في حالة إختلاف جنسيتهما وإذا كان قانون جنسية أحد الزوجين يبيح الطلاق بينما يحضره قانون جنسية الطرف الآخر فكان يقضي بالطلاق لصالح الزوج الذي يبيحه قانونه كما حصل في قضية "فيراري"[1]، والتي تتلخص وقائعها في أن شابة فرنسية تزوجت بالسيد فيراري إيطالي الجنسية، وإكتسبت جراء زواجها به الجنسية الإيطالية،غير أن النجاح لم يكن حليف هذا الزواج فسرعان ما حصل بينهما إنفصال جسماني، فأرادت الزوجة تحويله إلى طلاق طبقا للقانون الفرنسي فرفض طلبها أخذا بقانون الجنسية، فإستردت جنسيتها الفرنسية ولجأت إلى القضاء الفرنسي من جديد وطلبت الطلاق مباشرة، فإستجابت المحكمة لطلبها عملا بفكرة التطبيق الموزع لقانون جنسيتهما، رغم أن القانون الإيطالي وهو قانون جنسية الزوج كان يمنع الطلاق آنذاك.

ما يلاحظ على هذا الحل، أنه يؤدي إلى نتائج غريبة، فالسيدة فيراري طلقت طبقا لقانون جنسيتها وأصبح بإمكانها الزواج ثانية، بينما بقي السيد فيراري مقيدا بهذا الزواج.

لذلك ولتلافي مثل هذه الصعوبات، فقد عمد القضاء الفرنسي إلى ضرورة تبني ضوابط إسناد أخرى فطبق قانون الموطن المشترك للزوجين وذلك في قرار "ريفير" الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 17افريل1953[2].

---

[1] Yvon loussouarn, Pierre Bourel, op, cit, p 373.

علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 76.

[2] La cour de cassation a décidé que si deux époux ont une nationalité différente (en l'espéce le mari était équatorien, la femme naturalisée francaise) mais sont domiciliés l'un et l'autre en équateur, leur divorce est régi par la loit du domicile qui se trouvait au surplus identifique à la loi personnelle du mari et à la loi du for. Yvon loussouwarn, Pierre bourel, op, cit, p 374.

غير أنه قد ثار جدلا حول ما إذا كان إختصاص قانون الموطن المشترك يترك المجال لتطبيق القانونين الوطنيين للزوجين عندما يكونان رغم إختلاف جنسيتهما متطابقين فيما يخص جوهرهما كأن يمنع الطلاق كل منهما .

في هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار "كاركوس" الصادر في 22 فيفري1961، بأن طلاق زوجين مختلفي الجنسية إذا كانت مقتضيات القانونين الذين ينظمان أحوالهما الشخصية متطابقة يخضع لقانون موطنهما الفعلي المشترك[1].

ويقصد بالموطن الفعلي المشترك، إقامة الزوجين فعلا في مكان واحد، فإذا كانا مفترقين في الموطن والجنسية يطبق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وهذا ما تكرس في قرار "تاروید" الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15ماي 1961.[2]

وقد إستقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي إلى أن تدخل المشرع مكرسا بذلك الإجتهادات القضائية السابقة فوسع مجال تطبيق قانونه حيث نص على تطبيق القانون الفرنسي في حالة تمتع الزوجين بالجنسية الفرنسية، إذا كان لهما موطن بفرنسا وكذلك في الحالة التي يمتنع فيها القانون الأجنبي عن إعلان إختصاصه[3].

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد ميزت في معظمها بين الطلاق وبين التطليق والإنفصال الجسماني فأسندت الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت النطق به وأسندت

---

[1]– السعدية بلمير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، ط2،منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائيةد.ب.ن، 1988، ص 70.

[2] -Arrét tawrid du 15 mai 1961 : mari polonais domicilié en angleterre et femme francaise domiciliée en France ; application de la loi francaise par le juge francais. Jean Derrupe, droit internationel privé, 14éme éd, Dalloz, paris , 2001,p 135.

[3]-Art , 309 du c.civ.fr : (inséré pour l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 art 2 journal officiel du 6 -07- 2005 en vigueur la 1^{ér} juillet 2006) qui dispose : « le divorce et la séparation du corps sont régis par la loi française :

-lorsque les époux ont de nationalité française.

-lorsque les époux ont. Lun et autre leur domicile sur le territoire français.

-lorsque aucune loi étrangère ne se reconnait compétence alors que les tribunaux français sont compétents pour connaitre du divorce ou de la séparation de corps ».

التطليق والانفصال الجسماني لقانون جنسيته وقت رفع الدعوى[1]. وذلك خلافا للتشريع الجزائري، حيث أسند كل طرق فك الرابطة الزوجية لقانون واحد، وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وذلك بموجب المادة2/12ق.م.ج التي نصت على أنه:".. .ويسري على إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[2].

ما يلاحظ على موقف المشرع الجزائري من خلال هذا النص، أنه ساوى بين التطليق والانفصال الجسماني اللذان لا يتقرران إلا بحكم وبين الطلاق الذي قد يقع قبل رفع الدعوى. ولعل هذا ما يؤكد موقف المشرع الجزائري الرافض للطلاق بالإرادة المنفردة الذي تقره الشريعة الإسلامية[3]، مسايرا بذلك ما جاء به في نص المادة49 من ق.أ.ج[4].

وفضلا عما سبق، فإن الإعتداد بقانون جنسية الزوج لحكم المنازعات المترتبة على إنحلال الزواج هو إختيار تعسفي يتعارض –وكما نوه البعض–[5] مع مبدأ المساواة بين الجنسين، كما أنه ينطوي على ظلم وإجحاف في حق الزوجة التي قد تتزوج في ظل

---

[1]– أنظر المادة 2/14 من ق.م. سوري، المادة 2/14 من ق.م.أردني، المادة 2/13 من ق.م. ليبي، المادة 1/13 من ق.م. مصري.

[2]– تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص على نظام الانفصال الجسماني بموجب التعديل رغم أنه غير معروف في التشريع الجزائري والتشريعات العربية، وذلك فقط حتى يسهل على القاضي تكييفه لتحديد القانون الواجب التطبيق.

[3]– وقد برر الدكتور "علي علي سليمان" موقف المشرع الجزائري الرافض للطلاق الإرادة المنفردة بقوله، أن الشريعة الإسلامية وإن كانت قد أقرت الطلاق بالإرادة المنفردة إلا أنها قد أحاطته بجملة من القيود التي قد يهملها الرجل المسلم عند استعماله لهذه الرخصة، لذلك الأجدر أن يتم أمام المحكمة حتى يتحقق القاضي من توافر تلك القيود. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 76.

[4]– أنظر المادة 49 ق.أ.ج التي تنص على أنه : "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى
يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين
تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

[5]–هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 298، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 233.

قانون لا يجيز الطلاق ثم يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية دولة تجيز الطلاق فيرفع الدعوى طبقا لقانون جنسيته الجديدة فيحكم له بالطلاق مما يؤدي إلى مفاجأتها بقانون لم تكن تتوقعه أثناء الزواج[1].

كما قد يحدث وأن لا يغير الزوج جنسيته بل ديانته ويعتنق الإسلام للإستفادة من إمتيازات يقررها القانون الإسلامي، ففي هذه الحالة تعوض الجنسية كضابط للإسناد بالديانة[2]، وهو الأمر الذي من شانه أيضا الإضرار بالمرأة التي تظل على ديانتها لأنها ستخضع لأحكام لم تكن تتوقعها.

ولتلافي هذه الإنتقادات فقد إتجه بعض الفقه[3]، إلى المناداة بتطبيق بقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج بإعتباره القانون المعلوم لدى الطرفين، في حين فضل البعض الآخر[4]، الإعتداد بقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين بإعتباره القانون الذي تكون الزوجة على بصيرة به ولا يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين.هو الحل الذي تبنته العديد من التشريعات، كالتشريع الكويتي بموجب المادة 40 من القانون رقم05 لسنة1961[5]،

---

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 256، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 142، بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة2005، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2008-2009، ص 93، صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 419.

[2] -Layachi messoudi, La discrimination à légard de la femme en droit international privé marocain, R.I.D.C . 1992 , p 933.

[3]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 234.

[4]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 257.

[5]– أنظر قرار محكمة الاستئناف العليا للكويت الصادر بتاريخ 30 ماي 1973 الذي صرحت فيه بما يلي: " إذ نصت المادة 40 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على أن يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال، وكان لا خلاف بين الطاعن والمطعون ضدها على أنهما سودانيا الجنسية وأن المذهب المعمول به في جمهورية السودان الديموقراطية في مواد الأحوال الشخصية هو مذهب مالك، فإنه يكون بهذه المثابة هو القانون الواجب التطبيق في الطلاق الذي أوقعه الطاعن" أورده أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص 247، الهامش رقم 3.

والتشريع التونسي من خلال الفصل49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية[1]، وكذا التشريع البولوني بموجب المادة18 من القانون المؤرخ في12 نونبر1965[2].

هذا، وتجدر الإشارة أخيرا إلى أنه وتطبيقا لنص المادة 13 ق.م.ج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج فإن القانون الجزائري يكون هو المختص بشأن المنازعات المتعلقة بإنحلال الزواج حتى ولو غير أحد الزوجين أوكلاهما جنسيته بعد انعقاد الزواج، وهذا الأمر بدوره يطرح العديد من المشاكل خصوصا إذا كانت الزوجة جزائرية والزوج أجنبي وإكتسبت جنسية زواجها بعد الزواج، إذ يبقى القانون الجزائري مختصا بشأن مختلف المنازعات المتعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين رغم عدم وجود أي صلة تربطهم بالإقليم الجزائري[3].

الفرع الثاني: تحديد نطاق القانون المختص بإنحلال الزواج

يسري القانون المختص بإنحلال الزواج على جميع المنازعات المترتبة على فك الرابطة الزوجية، وعلى هذا الأساس إذا تقرر تطبيق القانون الجزائري[4]، فإن أحكام قانون الأسرة الجزائري المنظمة لإنحلال الرابطة الزوجية هي التي تسري. وطبقا لهذا القانون، فإن المشرع الجزائري يعترف بالطلاق والذي قد يكون إما بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة[5] .

---

[1]– جاء في الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية: "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى وعند إختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجدا وإلا تطبق المحكمة قانونها..."

[2]– تنص المادة 18 من القانون البولوني المؤرخ في 12 نونبر 1965 على أنه: "يخضع الطلاق لقانون البلاد التي ينمتي إليها الزوجان في تاريخ رفع دعوى الطلاق" أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص 247.

[3]– لمزيد من التفاصيل حول الإنتقادات الموجهة لهذا الإستثناء أنظر، زيدون بختة، المرجع السابق، ص 53–54.

[4]– وذلك سواء بموجب القاعدة العامة، أي في حالة كون الزوج جزائري وقت رفع الدعوى (المادة 12 ق.م.ج) أو بموجب الاستثناء، أي في حالة كون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج (المادة 13 ق.م.ج).

[5]– المادة 48 ق.أ.ج: "... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة..."

فبالنسبة للطلاق الحاصل بإرادة الزوج، ينبغي طبقا لقانون الأسرة الجزائري أن يكون مؤسسا على مبررات شرعية وإلا اعتبر الزوج متعسفا في إستعماله ووجب عليه التعويض تطبيقا لنص المادة52ق.أ.ج[1].

أما الطلاق بالتراضي، وهو الطلاق الذي يتم بناءا على إتفاق الطرفين وقد نص عليه المشرع في ق.أ.ج كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، وعكف على تنظيم أحكامه في ق. إ.م. إ.ج [2]، وطبقا لهذا القانون، فإن هذا الطلاق يجب أن يتم عن طريق تقديم طلب مشترك في شكل عريضة واحدة موقعة من الزوجين تتضمن جميع البيانات، ليقوم القاضي بعد ذلك بالإستماع إليهما، على إنفراد ثم مجتمعين ليتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما، وفي حالة فشل محاولات الصلح، له أن ينظر في الشروط المتفق عليها ،إذ له أن يلغيها أو يعدل منها، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو كانت مخالفة للنظام العام.

أما الطلاق بطلب من الزوجة، فقد يكون إما عن طريق الخلع، أو التطليق. فالخلع يكون بناءا على طلب من المرأة التي كرهت زوجها ولم تطق العيش معه، وذلك في مقابل مالي يتفق عليه الطرفان، وفي حالة الإختلاف يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.

[1]– تنص المادة 52 ق.أ.ج:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[2]– أنظر المواد من 427 إلى 435 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج.ر، العدد 21 لسنة 2008.

أما التطليق فيكون بناءا على طلب من الزوجة التي تضررت من سلوك زوجها، وإستطاعت أن تثبت أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53ق.أ.ج[1].

وتخضع القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات لذات القانون الذي يحكم إنحلال الزواج، فهذا الأخير هو الذي يحدد محل الإثبات ومن يقع عليه عبء الإثبات، والأدلة التي تقبل في الدعوى ومدى قوتها[2].

وأخيرا، تجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أنه إذا كان القانون المختص بإنحلال الزواج يسري على جميع الجوانب الموضوعية الخاصة بطرق فك الرابطة الزوجية، فإنه يستثنى من ذلك إجراءات الطلاق، التطليق.. التي تبقى خاضعة لقانون القاضي وذلك طبقا للمادة21مكررق.م.ج التي نصت على أنه" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

وهو نفس الحل كرسه المشرع المصري بموجب المادة 22ق.م.مصري التي جاء فيها " يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

---

[1]– تنص المادة 53 ق.أ.ج على أنه :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

–عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،

–العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ،

–الهجر في المضجر فوق أربعة أشهر،

–الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة لعشرة والحياة الزوجية،

–الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

–مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،

–إرتكاب فاحشة مبينة،

–الشقاق المستمر بين الزوجين،

–مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

–كل ضرر معتبر شرعا".

[2]– هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 299.

وفضلا عما سبق، فإن الإجراءات الوقتية التي تتخذ أثناء سير الدعوى للمحافظة على مصالح كل من الزوجين وكذا الأولاد – مثل تحديد نفقة مؤقتة، الإذن للزوجة بالإقامة في مسكن الزوجية، تسليم الأثاث الضروري لها للإستعمال اليومي..–فكل هذه الإجراءات تخضع لقانون القاضي[1]. وقد نص المشرع التونسي على ذلك صراحة بموجب المادة49 من مجلة القانون الدولي الخاص التي جاء فيها:" الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند إختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها، وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى."

المطلب الثاني: المنازعات الخاصة بآثار إنحلال عقد الزواج

يترتب على إنحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو بالوفاة جملة من الآثار، كثيرا ما تطرح منازعات بشأنها، وقد إقتصرت غالبية التشريعات على تحديد القانون الذي يحكم إنحلال الرابطة الزوجية دون أن تتعرض لبيان القانون الذي يحكم الآثار الناجمة عنها[2].

أمام هذا الوضع، يمكننا تصنيف آثار إنحلال الزواج إلى آثار شخصية وأخرى مالية وذلك للوقوف وبدقة على تحديد القانون الذي يحكمها معتمدين في ذلك على الإجتهادات القضائية المكرسة في هذا الشأن.

---

[1]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 259، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 184.

[2]– وذلك باستثناء بعض التشريعات التي خصتها بقاعدة إسناد مستقلة، نذكر منها القانون الدولي الخاص النمساوي الذي نص في البند 18 على أنه : " تخضع... آثار الطلاق للقانون الذي كان واجب التطبيق في تاريخ الطلاق على الآثار الشخصية للزواج" وكذلك القانون التركي حيث نصت المادة 13 على أنه: " تخضع...آثار الطلاق والفصل الجسماني للقانون الوطني المشترك بين الزوجين، إن الطلبات الخاصة بالنفقة والمتعلقة بالطلاق والفصل الجسماني التي لا تخضع لتدابير مؤقتة يسري عليها القانون الذي يحكم الطلاق والفصل الجسماني " أنظر، أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص 260.

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية

تشمل الآثار الشخصية ما هو خاص بالحالة الشخصية للمطلقين كالعدة (البند الأول) ومنها ما هو خاص بعلاقة المطلقين بأبنائهما كالحضانة (البند الثاني).

البند الأول: العدة

يقصد بالعدة ذلك الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بعد الدخول بها أو توفى عنها زوجها سواء قبل الدخول أو بعده.

والحكمة من وجوب العدة، هي التأكد من براءة الرحم منعا لإختلاط الأنساب وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما وإصلاح شؤونهما، بعيدا عن الإنفعالات والمشاكل التي أدت بهما إلى الطلاق، كما أنها تعتبر كفترة للحداد لمن توفى عنها زوجها[1].

وبإعتبار أن مسألة العدة من المسائل الشرعية الهامة المترتبة على إنحلال الزواج فقد كرستها مختلف التشريعات العربية المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية وذلك خلافا للتشريعات الغربية التي لا تعرف هذه المسألة، ولعل هذا ما يطرح وبحدة مشكلة تنازع القوانين أي تحديد القانون المختص.

أمام غياب قاعدة إسناد بهذا الشأن فقد إتجه غالبية الفقه[2]، إلى إعتبارها من المسائل المتعلقة بالحالة وأخضعها لقانون الجنسية، كما أخضع لذات القانون أيضا كافة الآثار المتعلقة بحالة الطرفين كإمكانية إعادة الزواج، وشروط ذلك[3]، أما بالنسبة لمسألة مدى

---

[1]– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1،دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 224.

[2]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 231، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 872، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 184، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 161.

[3]–وقد كرس هذا الحل القضاء المغربي، أنظر القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 24 مارس 1937 الذي قضى: "بأن الزوج الجزائري المسلم الذي طلق زوجته طلاق الثلاث لا يحق له طبقا للشريعة الاسلامية أن يرتجعها إلا إذا نكحت رجلا غيره ثم طلّقت منه". أشار إليه أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص 264.

إحتفاظ الزوجة بإسم زوجها بعد إنحلال الزواج، فيختص بها القانون الذي يحكم الطلاق، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[1].

البند الثاني: الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم مسائل الأحوال الشخصية، إذ تهدف إلى الحفاظ على الأطفال ومن في حكمهم وتنشئتهم التنشئة الفاضلة[2]، لذلك أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة كما عكفت مختلف التشريعات على تنظيمها تنظيما محكما وذلك نظرا لما تخلفه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع كونها تتعلق بالطفل الصغير اللبنة الأساسية التي تتكون منها الأسرة ومن خلال الأسرة المجتمع[3].

هذا، ولا تطرح الحضانة أي مشكل في حالة قيام العلاقة الزوجية، إذ يبقى الطفل في كنف والديه وتكون المسؤولية مشتركة بينهما في تربيته وتنشئته تنشئة صحيحة. غير أنه خلافا لذلك في حالة إنفصام العلاقة الزوجية، فإن مشكلة الحضانة تطرح وبحدة إذ تضحى مثار لمنازعات عدة لا سيما في حالة وجود عنصر أجنبي.

ولعل أغلب المنازعات التي قد تطرح بشأنها تتعلق أساسا بمن له الحق فيها وحق الزيارة، إصطحاب المحضون للعيش في بلد أجنبي، النفقة الغذائية للمحضون... وهنا تظهر مشكلة تحديد القانون المطبق نظرا لتنازع قوانين عدة دول.

الواضح من هذا القرار أن المحكمة أخضعت حالة الزوج بعد طلاقه لقانون جنسيته وهو القانون الجزائري.

[1]–الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 184، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 260.

[2]–صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 9.

[3]–بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 253.

بالرجوع للتشريعات المقارنة نجد أن غالبيتها[1]، لم تتضمن قاعدة إسناد صريحة تحدد وبدقة القانون الواجب التطبيق على الحضانة ،الأمر الذي جعل المسألة محل اجتهادات فقهية وقضائية متباينة.

حيث أخضعها جانب من الفقه، للقانون الذي يحكم آثار عقد الزواج على أساس أنها تتعلق بالبنوة[2]. وقد لقي هذا الإتجاه قبولا في بعض الإجتهادات القضائية المصرية[3]، إلا أنه مع ذلك إنتقد على أساس أنه لا يمكن الحديث عن آثار عقد زواج بعد إنتهائه[4].

---

[1]– وذلك باستثناء التشريع الكويتي حيث نصت المادة 43 من القانون رقم5لسنة1961 على أنه : "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة " وكذلك التشريع التونسي حيث خص الحضانة بالفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي جاء فيه: " تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو للقانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ،

ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".

[2]– أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص31–32.

[3]– اتجهت محكمة الاسكندرية الابتدائية في حكم لها بتاريخ 26 فيفري 1952 إلى اعتبار الحضانة من آثار عقد الزواج. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 556، هامش رقم 1.

غير أن الملاحظ حول القضاء المصري أنه لم يستقر على هذا الحل بل تراجع عنه فيما بعد وقابله بنقد لاذع وذلك من طرف محكمة القاهرة الابتدائية في حكم لها بتاريخ 2 فيفري 1954 جاء في إحدى حيثياته ما يلي:" وحيث أنه فيما يتعلق بالحضانة فإنه لا شأن لعقد الزواج بها حتى تعتبر أثرا من الآثار المترتبة عليه، ذلك أنه يرجع عند بحث أمر الحضانة وصاحب الحق فيها إلى أمور أخرى متعددة بعيدة كل البعد عن عقد الزواج نفسه، من هذه الأمور سن الصغير ومصلحته وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع فيها، وعلى ذلك فإنه لا يصح أن ينظر إلى الحضانة باعتبارها أثر من الآثار التي يرتبها عقد الزواج وبالتالي لا يصح أن تطبق في خصوصها وفي خصوص صاحب الحق فيها قاعدة الإسناد الواردة في الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون المدني المصري المنصوص فيها على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك أثره بالنسبة إلى المال" أوردته، جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط ط1، دار القلم للطباعة والنشر،2010، ص 26.

الواضح من خلال هذا الحكم أنه استبعد إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار عقد الزواج ومنح القاضي السلطة التقديرية في تحديد القانون المطبق آخذا بعين الاعتبار مجموعة من الاعتبارات منها: سن الطفل ومصلحته وصلته بطالب الحضانة.

[4]–صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 294.

في حين إتجه جانب آخر من الفقه[1]، إلى إخضاعها للقانون الذي يحكم النسب بإعتبارها التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه. غير أن هذا الإتجاه هو الآخر إنتقد على أساس أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد أو ثبوت نسبهم ولا علاقة له برعايتهم[2].

وخلافا لما سبق إتجه فريق آخر من الفقه[3]، إلى القول بإخضاعها للقانون المطبق على آثار إنحلال الزواج، وهذا هو الحل الأنسب برأينا لأن المنازعات المتعلقة بالحضانة تثور عادة عند إنحلال الرابطة الزوجية، ولا مجال للحديث عن نزاع يتعلق بحضانة طفل يعيش في كنف والديه .

وفضلا عن ذلك، فإعمالا بنص المادة09 ق.م.ج التي تخضع التكييف لقانون القاضي، نجد أن المشرع الجزائري قد إعتبر الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية وتناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بآثار الطلاق[4]، لذلك فباعتبارها من آثار الطلاق فهي تخضع لذات القانون الذي يحكم الطلاق، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى مع إنفراد القانون الجزائري بحكمها في حالة كون أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج إستنادا لنص المادة 13ق.م.ج.

---

[1]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 556.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 296.

[3]–الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 185

Mohand Issad, op cit, p 248.

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

والجدير بالذكر في هذا الإطار أن المشرع الجزائري- وعلى غرار العديد من التشريعات-[1] قد حرص على مراعاة مصلحة الطفل المحضون عند إسناد الحضانة إذ جاء في المادة 64 ق.أ.ج على أن " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..." كما نصت المادة 69 من ذات القانون على أنه:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ".

وهو ما سار عليه القضاء الجزائري في العديد من المناسبات، إذ جاء في قرار للمحكمة العليا أنه:" من المقرر شرعا وقانونا، أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

وفي قرار آخر لها قضت أن: "من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، إقامة الأم بفرنسا وإقامة الأب

[1]-نذكر من ذلك التشريع المغربي، حيث نصت المادة 171 من مدونة الأسرة على أنه : " تخول الحضانة للأم ثم للأب ثم لأم الأم، إن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة" ونذكر من ذلك أيضا التشريع التونسي حيث نص في الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه : " إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما وعلى القاضي عند البث في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون ...".

[2]-المحكمة العليا، ملف رقم 59013، قرار صادر عن غ.أ.ش بتاريخ 19-02-1990، م.ق العدد 4 سنة 1991، ص 116.

بالجزائر الأمر الذي يتعذر معه في هذه الحالة إشراف الأب على أبنائه المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة"[1].

وعلى ذات النهج سار القضاء التونسي، حيث جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية "أن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة "[2]، وفي قرار آخر جاء فيه" أن المعتبر في إسناد الحضانة مصلحة المحضون لا مصلحة الحاضن"[3].

هذا، ورغم حرص مختلف التشريعات على مراعاة مصلحة المحضون وجعلها الهدف الأسمى في إسناد الحضانة-على نحو ما رأينا- إلا أن عجزها عن وضع تعريف دقيق لهذه المصلحة جعل المسالة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي نظرا لإختلاف مفهومها من قانون لآخر الأمر الذي طرح العديد من المشاكل.

في سبيل حل هذه المشاكل ووعيا منها بضرورة توفير حماية فعالة للطفل المحضون سعت الدول جاهدة إلى إبرام العديد من الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف والثنائية.

من أهم الإتفاقيات المتعددة الأطراف المبرمة في مجال الحضانة، نجد إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[4]، وإتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية للإختطاف الدولي للأطفال

---

[1]-المحكمة العليا، ملف رقم 111048، قرار صادر عن غ.أ.ش بتاريخ 21-11-1995، ن.ق، العدد 52، ص 102-104.

[2]- قرار تعقيبي مدني عدد 1875 بتاريخ 24-غشت 1966، أوردته جليلة دريسي، المرجع السابق، ص 37.

[3]- قرار تعقيبي مدني عدد 2717 بتاريخ 02 يناير 1979، أوردته جليلة دريسي، نفس المرجع، ص 37، الهامش رقم 2.

[4]- صادقت عليها الجزائر مع التحفظ بموجب المرسوم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، ج.ر 23 ديسمبر 1992، العدد 91. فهذه الاتفاقية إلى جانب تحديدها لمختلف الحقوق المعترف بها للطفل سعت لمكافحة ظاهرة إختطاف الأطفال، فنصت في مادتها 11 الفقرة 01 على ضرورة إتخاذ كل الاجراءات لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة.

الموقعة في 25 أكتوبر1980[1]، وكذا الإتفاقية الأوربية المتعلقة بالإعتراف بالأطفال وتنفيذ الأحكام الصادرة في الحضانة الموقعة في مدينة"Luxembourg" بتاريخ20 ماي1980.

أما بالنسبة للإتفاقيات الثنائية، أهمها الاتفاقية المغربية الفرنسية المبرمة بتاريخ 10اوت 1981[2]، والاتفاقية المغربية الإسبانية المبرمة بتاريخ 30ماي1997[3]، والإتفاقية الفرنسية التونسية بتاريخ 18مارس1982 والمتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق الحضانة وحق الزيارة والإلتزام بالنفقة وأهم ما جاءت به هذه الإتفاقية، التعاون للقضاء على النقل غير المشروع للأطفال والنص على نظام خاص لتنفيذ الأحكام الأجنبية وحماية حق الزيارة[4].

[1]– قد تضمنت هذه الاتفاقية العديد من الاجراءات التي من شأنها تأمين إرجاع الأطفال الذين نقلوا أو تم إحتجازهم بطريقة غير مشروعة في إحدى الدول المتعاقدة، مع ضمان الحماية الفعلية لحقوق الحضانة والزيارة والاتصال المنصوص عليها في قوانين تلك الدولة، وقد عرفت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا، ولها تطبيقات قضائية عديدة نذكر من ذلك، القرار الصادر عن محكمة استئناف "روين" في 09 مارس 2006 الذي طبقت فيه مقتضيات هذه الاتفاقية بعدما رفعت إليها دعوى من قبل السلطات المكسيكية تتعلق بإرجاع الطفل إلى مكسيك بعدما تم نقله نقلا غير مشروع من طرف والدته الفرنسية. وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية اتجهت فيه إلى عدم الاعتداد بطلب الأب الكرواتي الجنسية الرامي إلى الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع من طرف أمه الفرنسية إستنادا إلى نص المادة 13 من الاتفاقية على أساس أن الأب لم يكن يقوم بواجبات الحضانة وما يفرضه ذلك من إلتزامات يومية سواء مادية أو معنوية وإعتبرت قرار محكمة الاستئناف القاضي برفض الرجوع الفوري للطفل إلى ألمانيا مكان تواجد بيت الزوجية قرارا معللا. أنظر جليلة دريسي، المرجع السابق، ص 88.

[2]– تمت المصادقة عليها بمقتضى الظهير الشريف رقم 83/117 بتاريخ 14-11-1986.

[3]– تكريسا لما جاءت به هذه الاتفاقية وعلى وجه الخصوص مقتضيات الفصل 7 من الاتفاقية، صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 23 يوليو 1998 قررت فيه عدم مشروعية نقل طفلة من إسبانيا إلى المغرب، إذ جاء في إحدى حيثيات هذا الحكم: " وحيث تأسيسا على مقتضيات الفصل 7 من إتفاقية التعاون القضائي وعلى اعتبار أن نقل الطفلة من جانب والدها بالمغرب قد تم خرقا لمقرر قضائي لاختلاف جنسيتي الأب والأم ولكون الحضانة مقررة لفائدة الأم وهي إسبانية الجنسية، فإن نقل البنت إلى المغرب يعتبر غير مشروع، ويتعين القضاء بإرجاعها فورا إلى والدتها الاسبانية" أوردته جليلة دريسي، المرجع السابق، ص 104.

[4]– أنظر، يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 196.

إلى جانب ذلك الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة بتاريخ 21جوان1988[1]، وهذه الأخيرة تضمنت أحكاما تهدف كلها إلى حماية الطفل المحضون دون إهتمام بشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية[2]، كما أنها وضعت نظاما فعالا لتسهيل حق الزيارة وذلك لتفادي إختطاف الأطفال من قبل آبائهم أو أمهاتهم[3].

كما حرصت الاتفاقية أيضا على ضرورة تنفيذ الأحكام بمجرد صدورها، ويعد ذلك بمثابة رخصة للخروج من التراب الوطني و رتبت عقوبات جزائية في حالة الإخلال بذلك[4].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية

تشمل الآثار المالية المترتبة على إنحلال عقد الزواج، النفقة وكذا التعويضات المالية المستحقة للزوج المضرور.

البند الأول: النفقة

نفقة الطلاق هي تلك النفقة التي تستحقها الزوجة بعد طلاقها أو تطليقها، وقد إتجه الفقه الراجح[5]، إلى إخضاعها للقانون الذي يحكم إنحلال الرابطة الزوجية، فهذا الأخير هو الذي يحدد مدى إستحقاقها وكيفية تقديرها وحالات سقوطها...

---

[1]– صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988 .

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

[3]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 244.

[4]– تجدر الإشارة إلى أنه، رغم أهمية هذه الاتفاقية من خلال حرصها على مصلحة الطفل، إلا أنها مع ذلك لا تخلو من المشاكل خاصة فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الذي أسندته لمسكن الزوجية والذي غالبا ما يكون بفرنسا مما يعني أنها بطريقة غير مباشرة خولت الاختصاص التشريعي للقضاء الفرنسي الذي يأخذ بالمصلحة المادية للمحضون. معوان مصطفى، المرجع السابق، ص 139.

[5]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 260، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 184، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 151.

هذا، ويسري ذات القانون أيضا على نفقة المنفصلة جسمانيا عن زوجها[1]، فهذا القانون هو الذي يحدد ما إذا كانت الزوجة تستحقها أم لا، وكما يبين كيفية تقديرها...

أما بالنسبة للنفقة المؤقتة– وهي تلك النفقة التي يقضي بها القاضي لصالح الزوجة وأولادها كتدبير مؤقت مستعجل ريثما يفصل في دعوى الموضوع– فقد إتجه جانب من الفقه[2]، إلى إخضاعها للقانون المختص بإنحلال الزواج وآثاره، وذلك على اساس أن ذلك القانون معروفة أحكامه للقاضي الذي يفصل في الدعوى، كما أن التدابير المستعجلة على صلة وثيقة بموضوع دعوى التطليق أو الإنفصال .

وعلى خلاف ما سبق، إتجه الفقه الراجح[3]، إلى إخضاعها لقانون القاضي الذي ترفع أمامه الدعوى، بإعتبارها إجراء مؤقت يتعلق بالأمن العام في الدولة.

البند الثاني: الإلتزام بالتعويض

التعويض لغتا يعني البدل، أما إصطلاحا فهو عبارة عن عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة إستعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع[4].

[1]– جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 318.
[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 874.
[3]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 78، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 194، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 287، حبار محمد، المرجع السابق، ص 138.
[4]– جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، 2009، ص 208.

والتعويض عن الطلاق التعسفي أمر مقرر في غالبية التشريعات[1]، بما فيها التشريع الجزائري، حيث أقر هذا الأخير –وبموجب المواد52[2]، 53مكرر[3]، 55[4]، من قانون الأسرة الجزائري– للزوج المتضرر جراء إنفصام العلاقة الزوجية سواء بالطلاق أو التطليق الحق في التعويض.

غير أنه، ونظرا لإختلاف التشريعات في تنظيم هذه المسألة فإن الأمر يطرح وبحدة مشكلة تحديد القانون الذي يحكمه في حالة تنازع القوانين.

---

[1]–نذكر من ذلك التشريع التونسي، حيث نص في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه : " يحكم بالطلاق:
1–بتراضي الزوجين.
2–بناءا على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.
3–بناءا على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.
ويقضي لمن تضرر به الزوجين في تعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين في الفقرتين الثانية والثالثة أعلاه...".
وكذلك التشريع الأردني حيث نصت المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة، ويدفع هذا التعويض جملة أو قسطا حسب مقتضى الحال، ويراعى في ذلك حال الزوج يسرا وعسرا ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة"
كما نص على ذلك أيضا قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 117 حيث جاء فيها: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسفا في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال" جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 226–227.
كما نصت المادة 148 من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني على أنه :" للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق، ويقدر القاضي قيمة التعويض مراعيا في ذلك حالة الزوج ومقدار الضرر الذي وقع على المطلقة دون أن يؤثر ذلك على الحقوق الزوجية الأخرى شريطة أن لا يقل هذا التعويض على سنة ولا يزيد على نفقة خمس سنوات..." أنظر،خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق، دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2012، ص 142.

[2]– تنص المادة 52 ق.أ.ج على أنه : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"

[3]– تنص المادة 53 مكرر ق.أ.ج على أنه:" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[4]– تنص المادة 55 ق.أ.ج على أنه :" عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

إتجه جانب من الفقه[1]،إلى إخضاعه لذات القانون الذي يحكم إنحلال الزواج، في حين اعتبره جانب آخر من الفقه[2]والذي نؤيده، خطأ تقصيريا وأخضعه لقانون البلد الذي وقع فيه.

البند الثالث: النزاع حول متاع البيت

كثيرا ما تطرح نزاعات بين الزوجين بعد الطلاق حول أمتعة البيت الزوجي، كالأثاث والأفرشة والأغطية والأجهزة... وهو الأمر الذي يطرح التساؤل حول القانون المطبق في هذه الحالة اذا ما إشتمل النزاع على عنصر أجنبي؟

أمام غياب قواعد إسناد تنظم المسألة في غالبية التشريعات، يجري الفقه الراجح[3]، إلى إخضاع هذه النزاعات لذات القانون الذي يحكم الطلاق ،وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وعليه، لو ثبت الإختصاص للقانون الجزائري ،تطبق أحكام المادة73ق.ا.ج[4]، و بناءا على ذلك، فعلى من يدعي ملكية شيء من الأشياء أن يثبت ذلك بكافة الوسائل المقررة شرعا كالكتابة وشهادة الشهود... وفي حالة إنعدام البينة، فالقول للزوجة مع اليمين في المعتاد للنساء،[5] والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال[6]، والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين [7].

---

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 260، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 318.

[2]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 232، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 182.

[3]– عليوش قربوع كمال، نفس المرجع، ص 232.

[4]– تنص المادة 73 ق.أ.ج على أنه: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

[5]–كملابس النساء، الحلي، أدوات الزنا.... وكل ما يخص عملها إذا كانت موظفة. أنظر بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 568.

[6]– كملابس الرجال، وكل مستلزمات عمله أو حرفته...بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 568.

[7]– كالمفروشات، الأجهزة، الأواني... والجدير بالذكر أن تحديد نوعية المتاع هو مسألة وقائع يختص بتقديرها قضاة الموضوع ومن ثم تخرج عن مجال رقابة المحكمة العليا. بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 568.

الفصل الثاني: الإشكالات القانونية التي تعترض القاضي عند تطبيق قواعد التنازع التي تحكم المنازعات الأسرية

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى كيفية حل مشكل تنازع القوانين في المنازعات الأسرية وذلك من خلال تحديدنا الدقيق والمفصل لقواعد الإسناد بإعتبارها آلية رصدتها التشريعات لفض هذه المنازعات. خلصنا إلى أن القاضي وهو بصدد تطبيقها قد تعترضه العديد من العقبات، بعضها قد تعترضه عند تطبيق القانون الشخصي بإعتباره الضابط المعول عليه في مجال المنازعات الأسرية، وبعضها قد تعترضه عند تطبيق القانون الأجنبي الذي قد تشير قواعد التنازع وبالنظر– لطابعها المزدوج – إلى تطبيقه.

لتوضيح هذه العقبات، والحلول المكرسة لمعالجتها سنتناول هذا الفصل في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: المشاكل التي تعترض القاضي عند تطبيق الضابط الشخصي على المنازعات الأسرية.

المبحث الثاني: المشاكل التي تعترض القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي على المنازعات الأسرية.

المبحث الأول: المشاكل التي تعترض القاضي عند تطبيق الضابط الشخصي على المنازعات الأسرية

على الرغم من الأهمية التي يتبوؤها الضابط الشخصي في المجال الدولي لاسيما في مجال تنازع القوانين، بإعتباره المعيار الذي تتبناه الدول في إسناد الإختصاص التشريعي بالنسبة للمنازعات الأسرية، إلا أن القاضي وهو بصدد إعماله قد تعترضه العديد من المشاكل، أبرزها مشكلة تنازع الجنسيات، والتي تثور على وجه الخصوص في الدول التي تعتد بضابط الجنسية .

إلى جانب ذلك قد تعترضه صعوبة أخرى، تثور في حالة تغيير الضابط الشخصي وذلك كأن يتضح للقاضي وهو بصدد إعمال هذا الضابط أن أحد أطراف العلاقة القانونية أو كلاهما قد قاما بتغيير قانونهم الشخصي.

فكيف يتوصل إذن إلى تحديد القانون المختص سواء في حالة تنازع الجنسيات أو في حالة تغيير الضابط الشخصي؟

للإحاطة بما سبق، سنقف في المطلب الأول من هذا المبحث على مشكلة تنازع الجنسيات ونقف في المطلب الثاني منه على مشكلة تغيير الضابط الشخصي.

المطلب الأول: مشكلة تحديد القانون المختص في حالة تنازع الجنسيات

تثور مشكلة تنازع الجنسيات في حالة حمل الشخص لأكثر من جنسية(الفرع الأول) أو في حالة كونه عديم الجنسية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعدد الجنسيات

لبحث مشكلة تعدد الجنسيات سنتطرق إلى تحديد ماهية التعدد(في البند الأول) ثم إلى تحديد القانون المختص في حالة تعدد الجنسيات وذلك في (البند الثاني).

البند الأول: ماهية تعدد الجنسية

يعرف تعدد الجنسية، على أنه وضع قانوني يكون فيه لشخص معين جنسية دولتين أو أكثر بحيث يعتبر قانونا رعية لكل دولة يتمتع بجنسيتها، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت الجنسيات التي يحملها قد تعددت بإرادته أو رغما عنه[1].

من خلال هذا التعريف، يمكن القول بأن الشخص يكون متعدد الجنسية عندما تثبت له في وقت واحد وبصورة قانونية جنسية دولتين أو أكثر.

ويمكن تقسيم أسباب تعدد الجنسية، إلى أسباب تتوافر منذ الميلاد وأسباب تتحقق في تاريخ لاحق على الميلاد.

فبالنسبة للتعدد المعاصر للميلاد، يتحقق نتيجة إختلاف الأسس التي تأخذ بها التشريعات في منح جنسيتها، ومن ذلك كأن يولد طفل لأب تأخذ دولته بحق الدم من جهة الأب على إقليم دولة تعتد بحق الإقليم، فإن هذا الطفل سيكون متعد الجنسية منذ ميلاده ،إذ

[1]– الطيب زروتي ، الوسيط في الجنسية الجزائرية، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 179.

ستثبت له جنسية الأب بناءا على حق الدم وجنسية الدولة التي ولد فيها على أساس حق الإقليم[1].

وأيضا قد يتحقق التعدد المعاصر للميلاد، حتى ولو توحدت أسس منح الجنسية ،مثال ذلك أن يولد طفل لأبوين مختلفي الجنسية يقر قانونهما مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية على أساس الدم[2]، فإن هذا الطفل سيولد بجنسيتين جنسية دولة الأب وجنسية دولة الأم.

وكذلك قد يثبت التعدد المعاصر للميلاد، بسبب مشكلة التعدد ذاتها، وذلك كأن يولد طفل لشخص مزدوج الجنسية، وتأخذ الدول التي يحمل الأب جنسيتها بحق الدم من ناحية الأب، فيكون الطفل مثل والده مزدوج الجنسية، وهو نفس الأمر يحدث بالنسبة للأم[3].

أما بالنسبة للتعدد اللاحق على الميلاد قد يتحقق غالبا في حالة التجنس، وذلك كأن يتجنس شخص بجنسية دولة معينة دون أن يتخلى عن جنسيته الأصلية فيصبح مزدوج الجنسية [4].

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 94 ،هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،1999،ص276.

[2]- الجدير بالذكر في هذا الإطار، أن مبدأ المساواة بين الجنسين في منح الجنسية الأصلية قد تبنته العديد من التشريعات الحديثة، من ذلك التشريع الايطالي، الألماني، الفرنسي. أنظر الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 285، هشام علي صادق،حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 277. كما كرس المشرع الجزائري أيضا هذا المبدأ بموجب المادة 6 من قانون الجنسية الجزائرية الصادر بالأمر رقم 70-86 بتاريخ 15 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[3]- الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 180.

[4]- ذلك أن هناك العديد من التشريعات لا تشترط لاكتساب الأجنبي لجنسيتها التخلي عن جنسيته السابقة، من ذلك التشريع الجزائري الذي ألغى المادة 03 من ق.ج.ج التي كانت تشترط لاكتساب الجنسية الجزائرية تقديم تصريح بالتخلي عن الجنسية الأصلية. ومن التشريعات العربية نذكر، التشريع المصري، التشريع البحريني، التشريع السوري، التشريع التونسي، التشريع اللبناني... لمزيد من التفاصيل أنظر الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 352-353.

كما قد يتحقق التعدد اللاحق على الميلاد، أيضا في حالة الاسترداد، وذلك كأن يسترد الشخص جنسيته التي فقدها دون أن يتخلى عن جنسيته المكتسبة فيصبح مزدوج الجنسية[1].

وكذلك قد يثبت التعدد اللاحق على الميلاد، في حالة الزواج المختلط وذلك كأن تتزوج إمرأة من شخص ينتمي إلى دولة اخرى ويكون قانون هذه الدولة يرتب على الزواج دخول المرأة في جنسية زوجها بقوة القانون أو حتى بناء على طلب، ويكون قانون دولتها في المقابل لا يرتب على مجرد زواجها زوال جنسيتها فتضحي بذلك متعددة الجنسية[2] .

وفضلا عما سبق، قد يتحقق تعدد الجنسية بالتبعية العائلية، وذلك كأن يتجنس الشخص بجنسية دولة معينة ويكون قانون تلك الدولة يلحق الأولاد القصر للمتجنس بجنسية أبيهم عملا بمبدأ "التبعية العائلية" وهنا يصير هؤلاء الأولاد متعددي الجنسية إذا كان قانون جنسية أبيهم الأصلية يحتفظ لهم بتلك الجنسية[3].

وأخيرا، قد يتحقق تعدد الجنسية أيضا في حالة الضم الإقليمي، فإذا ضمت الدولة إلى إقليمها جزء من إقليم دولة أخرى ولم يتم الإتفاق بين الدولتين–الدولة الضامة والدولة المتنازلة عن الإقليم– على تبادل الوطنيين فيما بينهما وكان تشريع الدولة الضامة يفرض

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، الرمرجع السابق، ص 181.

[2]– هشام علي صادق،حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق،ص278،أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 85.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع ، ص 85.

على سكان الإقليم المضموم جنسيته بحكم القانون، فإن سكان الإقليم المضمون يصبحون بذلك متعددي الجنسية[1].

وعلى كل أي كان سبب التعدد، فإنه يثير في الدول التي تعتد بضابط الجنسية في مجال الأحوال الشخصية مشكلة تحديد أي من الجنسيات التي يحملها الشخص يعتد بها لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.

البند الثاني: القانون المختص في حالة تعدد الجنسيات

لتحديد الجنسية المعول عليها لفض مشكلة التنازع الإيجابي للجنسيات، يجري الفقه الغالب على التمييز بين فرضين، الفرض الأول عندما تكون جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، والفرض الثاني عندما لا تكون جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة.

فبالنسبة للفرض الأول، يذهب الإتجاه الغالب في القانون المقارن إلى تطبيق قانون جنسية دولة القاضي وصرف النظر عما سواه وذلك سواء كانت هي الجنسية الأصلية أو المكتسبة وسواء كانت إقامته داخل إقليم الدولة أو خارجها[2].

ويجد هذا الحل تبريره في أن قانون الدولة لما يعتبر الشخص من مواطنيها فإنه لا يمكن لأي سلطة فيها قضائية كانت او إدارية إنكار عليه هذه الصفة، لأنها هي نفسها تستمد سلطانها من ذات النظام القانوني الذي أضفي على الشخص الصفة الوطنية[3]، وكذلك من دواعي إقرار هذا الحل، هو أن الجنسية تعد من المسائل المتعلقة بالسيادة

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع ، ص 85.

[2]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، ط5، دار هومة، الجزائر،2008، ص 166، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 101.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 166.

وداخلة في الإختصاص القاصر لكل دولة لذلك فلا يعقل أن يترك أمر تحديدها لدولة أخرى[1].

وقد أخذ المشرع الجزائري صراحة بهذا الحل في المادة 2/22 ق.م.ج حيث جاء فيها: "...غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة لدولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

وعليه، يترتب على إعمال هذا الحل إسناد الإختصاص التشريعي بالنسبة للمنازعات الأسرية للقانون الجزائري كلما أشارت قاعدة التنازع الوطنية إلى تطبيق قانون جنسية الشخص وكان هذا الأخير يحمل إلى جانب الجنسية الجزائرية جنسية دولة أو عدة دول أجنبية.

وقد أخذت اتفاقية لاهاي المبرمة في 12 أفريل 1930أيضا بهذا الحل في مادتها الثالثة[2]، كما تبنته غالبية التشريعات[3]، وتواترت عليه أحكام القضاء في العديد من الدول[4].

---

[1]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 192.

[2]-Art 3 du convention de lahay qui dispose : « …un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considérer par chacun des états dont il a la nationalité comme son ressortissant ».

[3]–أخذت به التشريعات العربية منها، التشريع المصري، المادة 2/25 ق.م مصري التي نصت على أن: " ... الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه"، التشريع العراقي في المادة 2/33 ق.م عراقي التي نصت على أن : " الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك دول، فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه"، كما أخذ به التشريع الليبي أيضا في المادة 25 ق.م ليبي، التشريع السوري المادة 27 ق.م سوري . كما أخذت بنفس الحل العديد من التشريعات الغربية، كالقانون الألماني (المادة 1/5 من القانون الدولي الخاص لسنة 1986)، والقانون البرتغالي (المادة 27 من قانون الجنسية البرتغالية لسنة 1981)، القانون السويسري (المادة 1/23 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987). أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 102،الطيب زروتي، المرجع السابق،ص193.

[4]–أخذ بهذا الحل القضاء اللبناني في العديد من المناسبات، من ذلك حكم لمحكمة التمييز اللبنانية قررت فيه الهيئة العامة : " أن التفضيل بين الجنسيتين اللتين قد تكونان للزوجة يبقى للجنسية اللبنانية حفاظا على سيادة القانون الوطني " قرار رقم 6 بتاريخ 18–03–1971. وفي حكم آخر لذات المحكمة قضت فيه بأن : "التنازع الحادث في المسألة المثارة بين القانون اللبناني والقانون اليوناني يقتضي على القاضي أن يطبق قانونه، أي القانون اللبناني فيما يخص الجنسية المتنازع عليها" قرار رقم 10 بتاريخ 29–03–1973. كما جرى القضاء الفرنسي أيضا على إعمال هذا الحل حيث قضى بأن : "المرأة الفرنسية التي تتزوج من شخص يجمع في وقت واحد بين الجنسيتين الفرنسية والسويسرية لا

غير أنه مع ذلك، قد تعرض هذا الحل لعدة إنتقادات، على أساس أنه يعطي الهيمنة والغلبة لقانون دولة القاضي دون النظر عما إذا كان الشخص مرتبطا بهذه الدولة بصورة فعلية أم لا.

إضافة إلى ذلك، أن هذا الحل يجعل المركز القانوني لمتعدد الجنسية مدموغا بالإضطراب لأن الجنسية التي سيعتد بها سوف تختلف بإختلاف الدولة التي يثور أمامها النزاع[1].

فهذه الإنتقادات، أدت ببعض الفقه –والذي نؤيده–إلى القول بضرورة تطبيق قانون الجنسية الفعلية حتى ولو كان التزاحم بين جنسيات من بينها جنسية دولة القاضي.

والجنسية الفعلية، هي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، وقد عرفها الدكتور"عز الدين عبد الله" بأنها جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعتها وعاش في كنفها واستعمل فيها حقوقه وتحمل إلتزاماته، يحددها القاضي وهو يدور في ميدان الواقع وليس في ميدان القانون، ويتخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيات المتنازعة على الأخرى [2].

من خلال هذا التعريف، يتضح أنه يمكن للقاضي أن يستعين في سبيل الكشف عن الجنسية الفعلية، بجملة من العناصر كموطن الشخص، محل إقامته، لغته، مكان ممارسة حقوقه السياسية، أدائه للخدمة العسكرية...

يعد زواجا مبرما مع أجنبي، وأن تلك الرابطة تعد رابطة وطنية خالصة ولا محل من ثم في أن تتمسك بالحكم المتولد عن نص المادة 94 من قانون الجنسية الذي يعطي للفرنسية التي تتزوج من أجنبي الحق في التخلي عن الجنسية الفرنسية بقصد الدخول في جنسية زوجها بفعل هذا الزواج" عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان،2001،ص174-175. كما قرر القضاء الفرنسي أيضا أن: " الفرنسي الذي يحمل في ذات الوقت الجنسية الجزائرية يعد وطنيا خالصا ويحرم عليه الزواج بأخرى ولو كان قانونها الشخصي يجيز لها ذلك، وإن تزوج فإن زواجه يكون باطلا ويعد مرتكبا لجريمة تعدد الزوجات". عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 668.

[1]– عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية... المرجع السابق، ص 178.

[2]– محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات،ط1، دار هومة، 2006، الجزائر، ص 62.

كما قد يستدل في سبيل الكشف عنها بالحالة الظاهرة وتتكون هذه الأخيرة من الإسم، الشهرة، المعاملة[1] .

غير أن هذا الاتجاه على الرغم من أنه قد لاقى تأييدا كبيرا من قبل بعض الفقه، إلا أنه مع ذلك لم يسلم من النقد، ففكرة الجنسية الواقعية أو الفعلية نظرا للإختلاف الشديد حول مفهومها وعدم وضوح عناصرها، قد تكون كما نوه البعض مبعثا لوجود نوع من عدم الأمان القانوني،فقد تختلف في تقديرها للجنسية الفعلية الأمر الذي يستتبعه إختلاف في الحل المعطى للنزاع،وهذا من شأنه أن يطرح مشاكل فيما يتعلق بإمكانية بتنفيذ الأحكام الأجنبية[2].

فلو إفترضنا مثلا، أن جزائريا كان يحمل في ذات الوقت الجنسية المصرية،وقدر القاضي الجزائري –وهو بصدد تحديد القانون المطبق على نزاع يتعلق بطلاقه مثلا–أن الجنسية الجزائرية هي الجنسية الفعلية،في حين قدر القاضي المصري أن جنسيته هي الفعلية،فإن هذا التباين في الحل سوف يشكل عقبة أمام تنفيذ الحكم الصادر عن القضاء الجزائري في مصر والعكس صحيح.

لذلك أخذ على هذا المعيار بأنه يفتقر إلى الموضوعية والتحديد[3].

إنطلاقا من هذه الإعتبارات، فضّل بعض الفقه له وزنه إعمال ما يعرف بالحل الوظيفي، ومؤدى هذا الحل أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق قانون الجنسية وكان الشخص يحمل عدة جنسيات من بينها جنسية دولة القاضي، فإنه يتعين على القاضي أن لا يتقيد بالحل العام المقرر تطبيق قانون القاضي وغض النظر عما سواه. بل يجب عليه أن ينظر إلى المسألة الخاصة بتنازع الجنسيات على أنها مسالة

[1]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 189، محمد طيبة، المرجع السابق، ص 64.
[2]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 184.
[3] - Jean Dérruppé, op cit, p 125.

أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية والتي هي في هذا الفرض مسألة تنازع القوانين فيتم حلها على ضوء هذه الأخيرة من خلال إجراء تحليل دقيق ومنطقي لقاعدة الإسناد بالوقوف على طبيعتها والغاية منها[1].

فهذا الإتجاه، إلى جانب التأييد الكبير الذي حضي به من قبل الفقه، له تطبيقات قضائية في العديد من الدول[2].

---

[1]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص186وص196.

[2]– فقد أخذ به القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات، من ذلك، قضية تتلخص وقائعها في أن إمرأة من أرجوان تزوجت من فرنسي ودخلت على إثر هذا الزواج في الجنسية الفرنسية ولم يدم هذا الزواج طويلا إذ سرعان ما عادت إلى مسقط رأسها وحصلت على الطلاق – من محاكم أرجواي بموجب تطبيق أحكام قانون الجنسية الأرجوانية وبالمخالفة لأحكام القانون الدولي الخاص الفرنسي– ثم تزوجت مرة أخرى بعد طلاقها فمثلت أمام القضاء الفرنسي بتهمة إقترافها لجريمة التعدد لكونها قد تزوجت من آخر على الرغم من أن عقد زواجها من الزوج الفرنسي كان ما يزال قائما تحت ناظري القانون الفرنسي، فقضت محكمة إستئناف باريس مؤيدة في ذلك حكم محكمة جنح السين ، بأنه لا محل لمتابعتها قضائيا وأنه يلزم تبرئتها على أساس حسن نيتها بما ينتفي معه الركن المعنوي لديها وأسست المحكمة قضاءها على أنه لما كانت الزوجة قد بقيت في ناظري قانونها الأجواني محتفظة بجنسيتها وأنها قد اعتقدت بصحة طلاقها الذي حصلت عليها بمقتضى الحكم الصادر من قضاء دولتها وبالتطبيق لقانون جنسيتها، كما اعتقدت في صحة زواجها الثاني بعد هذا الطلاق، فإنه لا محل لمتابعتها جنائيا عن الفعل الذي نسب إليها. حكم محكمة إستئناف باريس بتاريخ 30–10–1964 .

الواضح من خلال هذا الحكم أن القضاء الفرنسي لم يتبنى الحل القاضي بترجيح الجنسية الوطنية إذا كانت من بين الجنسيات المتنازعة وذلك لكونه قد اعترف بالحكم الذي صدر والذي تم فيه ترجيح الجنسية الأرجوانية. وكذلك قضت بهذا الحل في حكم آخر لها وهو حكم dujaque بتاريخ 18–07–1985 حيث إعترفت بالحكم الأجنبي الصادر من المحاكم البولندية والذي يقر بحق الأم في حضانة إبنها تطبيقا للقانون البولوني وأحكام الإتفاقية الفرنسية البولونية. رغم أن الطفل مزدوج الجنسية كوالديه، والقانون الفرنسي مختص حسب قواعد التنازع فيه وأحكام الإتفاقية أيضا ورغم أن القضاء الفرنسي كان قد أصدر حكما بذات الموضوع طبقا للقانون الفرنسي ليقضي بالطلاق بين الزوجين وإسناد حضانة الطفل لأبيه.

والحل نفسه كرسه القضاء الألماني، إذ وعلى الرغم من وجود نص المادة 1/05 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة1986 الذي يوجب الإعتداد بالجنسية بالجنسية الألمانية إذا كانت من بين الجنسيات التي يحملها الشخص، إلا أن محكمة إستئناف "Hamm" قررت عدم تطبيق قانون الجنسية الألمانية بوصفها جنسية دولة القاضي وطبقت القانون الأمريكي بوصفه قانون الجنسية التي يحملها الشخص إلى جانب الجنسية الألمانية وذلك في قضية تتلخص وقائعها، في أن طفل غير شرعي مولود لأب أمريكي وأم ألمانية وكان يحمل في وقت واحد الجنسيتين الألمانية والأمريكية، وكان أفراد الاسرة جميعا الأب والأم والإبن يعيشون قبل الانفصال في ولاية نيوجرسي بأمريكا، وفي إطار سلسلة النزاعات التي دارت بين الأبوين بشأن حضانة الطفل صدر حكم من ولاية نيوجرسي يقضي بالحضانة للأب وعلى الرغم من ذلك دأبت الأم على اصطحاب إبنها معها إلى ألمانيا لأكثر من مرة، وعلى إثر ذلك تقدم الأب إلى المحاكم الألمانية طالبا الاعتراف وتنفيذ الحكم الصادر له من المحكمة العليا في نيوجرسي، والقاضي بإرجاع الإبن إلى كنفه، فرأت المحكمة الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه في ألمانيا، على الرغم من أنها هي الأخرى مختصة بالفصل في هذا النزاع كون أن الإبن ألماني الجنسية. ولكنها قرر ذلك لإعتبار أن الشخص يرتبط بالجنسية الأمريكية أقوى من إرتباطه بالجنسية

أما بالنسبة للفرض الثاني، حيث تكون كل الجنسيات المتنازعة أجنبية ،لا توجد من بينها جنسية دولة القاضي. ومثال ذلك أن يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع أسري كالطلاق مثلا ويكون الزوج يحمل الجنسية الفرنسية والجنسية اللبنانية في آن واحد، فباعتبار أن المشرع الجزائري قد أخضع الطلاق -وعلى نحو ما رأينا- لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فما هو القانون الذي سيطبقه القاضي، هل يعتد بالجنسية الفرنسية ويطبق القانون الفرنسي أم يعتد بالجنسية اللبنانية فينتهي إلى تطبيق القانون اللبناني.

لمعالجة تلك المشكلة وتحديد الجنسية المعتمدة لفض النزاع ظهرت عدة إتجاهات[1].

حيث إتجه البعض، إلى القول بتطبيق قانون الجنسية التي إكتسبها الشخص أولا، أي ترجيح الجنسية السابقة على غيرها من الجنسيات إحتراما للحقوق المكتسبة. وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يتناقض مع مبدأ حرية الشخص في تغيير جنسيته[2]، كما أنه يعجز عن مواجهة الفرض الذي تثبت فيه للشخص جنسيتان أصليتان منذ الميلاد[3]. لذلك فضل جانب آخر من الفقه الإعتداد بالجنسية الأحدث إكتسابا على أساس أنها تمثل إرادة الشخص ورغبته الصادقة في الإرتباط بها، غير أن هذا الاتجاه هو بدوره تعرض للنقد على أساس انه وإن كان يقبل في الحالة التي يكتسب فيها الفرد الجنسية بإرادته إلا أنه لا يمكن التسليم به عندما تكون الجنسية قد فرضت عليه، كالزوجة مثلا التي تدخل بقوة

الألمانية، فهو ولد بأمريكا ولا زال يعيش في ربوعها ومن ثم يكون القضاء الأمريكي في هذا الفرض أقدر على الفصل في المنازعة من القضاء الألماني بحكم مجاورته واقترابه من معطيات المنازعة، لذلك يتعين أن يكون حكمه هذا مشمولا بالنفاذ والفعالية كونه الأكثر ملائمة في هذا الفرض بالنسبة للطفل.

راجع تفاصيل هذه القضايا، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 196-203.

[1]- لتفاصيل أكثر حول هذه الاتجاهات، أنظر عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 217، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 202، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 105-106.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 218، عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 276.

[3]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 170، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 190.

القانون في جنسية زوجها دون إرادتها[1]، فضلا عن ذلك فهو كسابقه يتجاهل الحالة التي تثبت فيها للشخص جنسيتين في وقت واحد[2].

إلى جانب ما سبق، فقد إتجه بعض الفقه إلى تفضيل الجنسية الأقرب إلى أحكام جنسية دولة القاضي، وهذا الرأي هو بدوره لم يسلم من النقد على أساس أنه يجعل قانون دولة القاضي النموذج الأمثل لباقي القوانين ويضعه بذلك معيارا تتحدد به الجنسية المعتمدة، في حين أن ذلك القانون قد لا تكون له أي صلة بموضوع النزاع[3].

كما إتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بوجوب منح الشخص حرية اختيار أي من الجنسيات التي يحملها يريد أن يعامل وفقا لها. ولكن هذا الرأي هو الآخر إنتقد على أساس أن الجنسية من روابط القانون العام فلا يصح ان تكون محلا للإختيار على هذا النحو، فضلا عن أن الشخص قد تلحقه الوفاة قبل الإفصاح عن إختياره فكيف يتحدد القانون المطبق على تركته مثلا[4].

أمام هذه الإنتقادات، إتجه الرأي الراجح[5]، إلى الإعتداد بالجنسية الفعلية أي الجنسية التي يعيش الشخص في كنفها ومتعلق بها أكثر من غيرها[6]، ويتمتع فيها القاضي بسلطة التقدير إذ يستطيع إستظهارها بالإعتماد على جملة من العناصر كمحل ميلاد الشخص، محل إقامته، موطنه، ممارسة حقوقه السياسية...كما له أن يعتمد على عناصر ذات طابع شخصي قوامها شعوره وإنتمائه النفسي وسلوكه في حياته العائلية والإجتماعية

[1]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 170.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 202، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 105، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 170.

[3]– عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص276.

[4]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 105.

[5]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص171، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 110.

[6]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 106.

والإقتصادية، بما يفيد إرتباطه وإندماجه في دولة معينة على نحو أكثر توثقا وفاعلية بالمقارنة بالدول الأخرى التي يحمل جنسيتها[1].

فإذا ثبت من تلك الظروف إرتباطه بدولة من الدول التي يحمل جنسيتها وإندماجه فعلا في جماعتها كانت جنسية تلك الدولة هي التي يعتد بها دون غيرها.

هذا الحل لقي تأييدا من قبل الفقه ،كما قننته غالبية التشريعات[2]، بما فيها المشرع الجزائري، حيث نص صراحة على الأخذ به بموجب المادة1/22ق.م.ج حيث جاء فيها:" في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

إلى جانب ذلك، تواترت على إعماله أحكام المحاكم في العديد من الدول[3].

---

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 110.

[2]– أخذت به التشريعات العربية، المادة 1/25 ق.م مصري، المادة 1/24 ق.م ليبي، المادة 1/26 ق.م سوري، المادة 1/32 ق.م عراقي، وبالنسبة للتشريعات الغربية، أنظر القانون الألماني، المادة 05 من القانون الدولي الخاص لسنة 1986، القانون البرتغالي المادة 28 من قانون الجنسية لسنة 1981، القانون البولوني، المادة 2/2 من قانون 1965. كما أخذ به القانون السويسري، حيث نصت المادة 2/23 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 على أنه : " ...إذا كان للشخص عدة جنسيات فإن جنسية الدولة التي تكون للشخص أوثق الروابط بها هي التي يعتد بها لتحديد القانون الواجب التطبيق، إلا إذا كان قانون هذه الجنسية يقرر خلاف ذلك". أنظر في موقف التشريعات، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 209، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 225–226.

[3]–أخذ به القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، من ذلك،حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15–05–1974 بموجبه أيدت ما قضت به محكمة الموضوع بشأن نزاع يخص تحديد القانون المختص بانحلال الزواج عملا بالمادة 310 مدني فرنسي، بين زوجة تونسية اكتسبت الجنسية الإيطالية بزواجها من إيطالي طبقا لقانون الجنسية الإيطالية لسنة 1912، وقد استخلصت المحكمة من واقع حال تعاملها، أن جنسيتها الواقعية هي الجنسية الإيطالية وليس التونسية. أنظر،الطيب زروتي المرجع السابق،ص211هامش رقم2. كما أخذ القضاء اللبناني أيضا بهذا الحل– بالرغم من عدم نص يحدد معيارا للترجيح بين الجنسيات المتراكمة– وذلك في حكم لمحكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 03–07– 1968 قالت فيه : " أن للمحكمة في حالة تنازع جنسيتين أن تأخذ في معرض المفاضلة بالتي يبدو من واقع الحال أن الشخص المعني قد تصرف وفقا لها في حياته العملية ،وبما أن تحديد هذه الجنسية الفعلية المستند على ظروف واقعية، يعود لتقدير محكمة الموضوع المطلق ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز، وبما أن محكمة الإستئناف عندما إستخلصت من كون المتوفاة التي كانت رومانية قد إختارت الجنسية الأمريكية وتزوجت من أمريكي وأقامت في أمريكا حيث توفيت، أن جنسيتها الفعلية عند وفاتها كانت الجنسية الأمريكية ،قد مارست حقها المطلق في تقدير الوقائع" عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 226.

من خلال ما تقدم، نخلص إلى القول بأنه يتعين على للقاضي الجزائري إذا ما تبين له عند إعمال قواعد الإسناد المتعلقة بالمنازعات الأسرية أن الشخص الواجب تطبيق قانون جنسيته متعدد الجنسيات، أن يعتد بالجنسية الجزائرية وحدها إذا كانت من بين الجنسيات التي يحملها، وتطبيق قانون الجنسية الفعلية إذا كانت كل الجنسيات التي يحملها أجنبية.

الفرع الثاني: إنعدام الجنسية

لعرض المشكلة، سنتطرق إلى تحديد ماهية التعدد(البند الأول) ثم للحول المكرسة لعلاج هذه المشكلة(البند الثاني).

البند الأول: ماهية إنعدام الجنسية

يعرف إنعدام الجنسية بأنه ،وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق[1].

إستنادا إلى ذلك، يمكن القول بأن عديم الجنسية هو الشخص الذي لا يحمل جنسية أية دولة،

وقد أوردت إتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954 والمتعلقة بحالة ووضع عديمي الجنسية[2]، في مادتها الأولى تعريفا لعديم الجنسية بقولها: "أنه شخص لا تعتبره أية دولة رعية لها بالتطبيق لتشريعها".

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

[2]– إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم 64-173 المؤرخ في 08-06-1964، ج.ر، العدد 15 بتاريخ 17-07-1964.

كما عرّفه بعض الفقه، بأنه الشخص الذي يعتبر أجنبيا من وجهة نظر قوانين الجنسية في جميع الدول[1].

وينتج إنعدام الجنسية عن أسباب متعددة منها ما يرجع إلى وقت ميلاد الشخص، ومنها ما يرجع إلى ما بعد الميلاد.

فمن أسباب إنعدام الجنسية المعاصرة للميلاد، ما يتحقق نتيجة إختلاف أسس منح الجنسية الأصلية في الدول، كأن يولد طفل لأبوين تأخذ دولتهما بحق الإقليم على إقليم دولة تأخذ بحق الدم، فإن هذا الطفل سيكون حتما عديم الجنسية[2].

كذلك قد يتحقق الإنعدام، حتى ولو توحدت أسس منح الجنسية الأصلية، كأن تأخذ دولتان بحق الدم من ناحية الأب وحده، ويولد في أي منهما طفل غير شرعي[3].

وأيضا من الأسباب التي قد تجعل الشخص عديم الجنسية منذ ميلاده ،أن يولد من أبوين عديمي الجنسية فيكون مثلهما[4].

أما عن الإنعدام اللاحق عن الميلاد، فيتحقق في جميع الفروض التي تزول فيها عن الفرد جنسيته الأولى دون أن يتمكن من إكتساب جنسية دولة أخرى، ولهذه الحالة أسباب عديدة، منها تجريد الشخص من جنسيته[5]، إذ قد يترتب على التجريد أن يصبح هذا الشخص عديم الجنسية إذا لم يكن يحوز على جنسية دولة أخرى.

---

[1]–بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري،دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر،2005، ص 220.

[2]– هشام علي صادق،حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 284، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 228.

[3]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 228 .

[4]–الطيب زروتي ، نفس المرجع، ص 228.

[5]– حبار محمد، المرجع السابق، ص 265، بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 221.

كذلك قد يؤدي الزواج المختلط إلى إنعدام الجنسية، وذلك في الفرض الذي يكون فيه قانون جنسية المرأة المتزوجة من أجنبي يفقدها جنسيتها بقوة القانون بمجرد الزواج، بينما لا يكسبها قانون جنسية زوجها جنسيته[1].

ومن ذلك أيضا أن يرغب الشخص في إكتساب جنسية دولة معينة فيتخلى عن جنسيته الأصلية بمجرد تقديم الطلب فإذا رفض طلب تجنسه يضحى عديم الجنسية[2].

هذا ويثير إنعدام الجنسية–وكما هو الشأن بالنسبة للتعدد– مشكلة تحديد القانون الذي يحكم المنازعات الأسرية، بالنسبة للدول التي تسندها لقانون الجنسية، فكيف يكون الحل إذن لتحديد هذا القانون من أجل الفصل في هذه المنازعات.

البند الثاني: تحديد القانون الشخصي لعديم الجنسية

لحل هذه المعضلة القانونية وتحديد القانون الأكثر إتصالا بعديم الجنسية ليقوم مقام قانون الجنسية ظهرت عدة إتجاهات فقهية: [3]

حيث ذهب الإتجاه الأول، إلى أن حل مشكل تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية لعديم الجنسية، يكون بتطبيق قانون آخر جنسية كان يتمتع بها المعني.

---

[1]– هشام علي صادق،حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 284.

[2]– الجدير بالذكر في هذا الإطار أنه نظرا لخطورة هذه الظاهرة نجد بعض الدول قد حرصت على تلافيها،من ذلك المشرع الجزائري وذلك بإلغائه لنص المادة 03 من قانون الجنسية التي كانت تشترط للحصول على الجنسية الجزائرية تقديم تصريح للتخلي عن الجنسية الأصلية، وكذلك المشرع المصري إذ لا يشترط للدخول في الدخول للجنسية المصرية فقد الجنسية الأصلية (المادة 10 من قانون الجنسية).

[3]– أنظر في عرض هذه الإتجاهات، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص263–266، عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 263.

غير أن هذا الإتجاه أنتقد، على أساس أنه يقيم وزنا لقانون دولة لا يرتبط بها الشخص لحظة النزاع، فضلا عن كونه يعجز عن مواجهة فرض إنعدام الجنسية المعاصر للميلاد [1].

كما إقترح جانب آخر من الفقه، إسناد الاختصاص القانوني في حالة إنعدام الجنسية لقانون الدولة التي ولد فيها الشخص إذا تحدد مكان ميلاده، فإذا لم يتحدد ذلك المكان، يسند الإختصاص إلى قانون الدولة التي يقيم فيها. غير أن هذا الرأي هو بدوره أنتقد على أساس أن واقعة الميلاد قد تكون عرضية لا تعكس أي إرتباط بين الشخص والدولة[2]، كما أن الدولة التي ولد فيها قد تكون هي التي حرمته من الجنسية[3].

وفضلا عما سبق، إقترح جانب فقهي آخر، تطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، غير أن هذا الإتجاه هو الآخر أنتقد على أنه يفتح المجال لتطبيق قانون القاضي في كل مرة يتعذر فيها تطبيق القانون الأجنبي، وهذا الأمر لا يمكن التسليم به ،لأن تطبيق قانون القاضي مشروط بعدم وجود حل آخر أكثر ملائمة لطبيعة العلاقة المطروحة[4].

وأخيرا، إتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بتطبيق قانون الجنسية التي جرد منها الشخص تعسفا. بيد أن هذا الإتجاه هو الآخر أنتقد على أساس أن المرجع في تحديد ما إذا كان نزع الجنسية الأجنبية قد تم بصورة تعسفية أم لا هو قانون الجنسية المعنية،إضافة إلى أن هذا الحل يتكلم عن القانون الواجب التطبيق في حالة واحدة وهي تلك التي يتم فيها التجريد تعسفيا ولا يمكن تطبيقه على حالات الإنعدام المعاصرة للميلاد[5].

---

[1]– عكاشة محمد عبد العال،المرجع السابق،ص 263، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،ص135، أعراب بلقاسم، المرجع السابق،ص176.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 265.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 176.

[4]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 266.

[5]– عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 264.

لهذه الإعتبارات، إستقر الرأي الراجح فقها وقضاءا، على إعتماد معيار يؤكد الإنتماء الواقعي لعديم الجنسية، وذلك بتطبيق قانون دولة موطنه أو قانون مكان محل إقامته .

هذا الحل إعتمدته صراحة إتفاقية نيويورك المؤرخة في 1954/09/28 الخاصة بالحالة الدولية لعديمي الجنسية حيث نصت على ذلك المادة 1/12 التي جاء فيها: "الحالة الشخصية لعديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه وإذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته".

كما أخذت بهذا الحل العديد من التشريعات[1]، بما فيها التشريع الجزائري[2]، حيث نص صراحة على الأخذ بضابط الموطن أو الإقامة العادية في حالة إنعدام الجنسية وذلك من خلال المادة 3/22 حيث جاء فيها:"...وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن او قانون محل الإقامة ".

[1]– من تلك التشريعات نذكر، القانون المدني الإسباني المعدل في سنة 1974،(المادة 09 منه)، القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 (المادة 02/05 منه)، القانون المدني الإيطالي لسنة 1942 (المادة 29 منه)، القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 (المادة 24 منه)، أشار إلى ذلك الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 242، هامش رقم 2. أما بالنسبة للتشريعات العربية، فمنها من تركت للقاضي السلطة التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق، كالتشريع المصري (المادة 1/25 ق.م مصري)، التشريع الأردني (المادة 26 ق.م أردني)، ومنها من قضى بإعمال قانون القاضي كما هو الحال بالنسبة للتشريع المغربي (الفصل 05 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب و المادة 02 من مدونة الأسرة المغربية)، وقد إتجه القضاء المغربي إلى تطبيق هذا الحل في العديد من المناسبات من ذلك، حكم محكمة الإستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 16 دجنبر 1980، أسندت بموجبه التركة الخاصة بهالك عديمي الجنسية لقانون الأحوال الشخصية المغربي إعمالا بما جاء في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب. أنظر، أحمد عوبيد، الروابط الشخصية والمالية بين الزوجين في القانون الدولي الخاص المغربي والمقارن، ط1، مكتبة دار السلام، الرباط، 2012 ص 98.

[2]– وذلك بعد أن كان في ظل القانون السابق يترك للقاضي السلطة التقديرية في تحديد القانون الذي يطبقه على عديم الجنسية.

من خلال هذا النص يكون المشرع الجزائري قد إتخذ من الموطن أو محل الإقامة العادية كضابط بديل لتحديد القانون الذي يحكم المنازعات الأسرية الخاصة بعديم الجنسية.

هذا وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أن مشكلة التعدد والإنعدام قد يواجهها القاضي أيضا عند إعمال ضابط الموطن، إذ قد يحدث وأن يكون للشخص المعتد بقانون موطنه أكثر من موطن، كما قد يثبت وأن لا يكون له أي موطن على الإطلاق، ففي هذه الحالة يثور التساؤل أيضا عن كيفية تحديد القانون المختص؟

فبالنسبة لتعدد المواطن، يتجه الفقه الراجح بهذا الخصوص إلى تبني تقريبا ذات الحل المكرس لعلاج مشكلة تعدد الجنسيات، بحيث يميز بين فرضين:

أولهما: إذا كان أحد تلك المواطن إقليم دولة القاضي فإن هذا الموطن هو الذي يرجح على غيره ويعتد به.

ثانيهما: إذا لم تكن دولة القاضي من بين الدول التي يتوطن بها الشخص فهنا يتم الأخذ بفكرة الواقعية وتفضيل أكثر المواطن يرتبط بها الشخص وتتركز بها مصالحه.

أما بالنسبة لحالة الإنعدام، فيميل الرأي الراجح إلى ضرورة اللجوء إلى مكان وجود الشخص أو مكان سكنه، وإن تعذر ذلك فيمكن الإستعانة بضابط الجنسية كبديل للموطن[1].

[1]-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 497-498.

المطلب الثاني: مشكلة تحديد القانون المختص في حالة تغيير الضابط الشخصي

تختلف التشريعات –وعلى نحو ما رأينا– في تحديد المقصود بالضابط الشخصي منها ما تأخذ بضابط الجنسية ومنها ما تأخذ بضابط الموطن.

وعلى العموم، سواء تعلق الأمر بالجنسية أو بالموطن فبإعتبارهما من الضوابط القابلة للتغيير قد يحدث وأن يغير الشخص جنسيته أو موطنه، فعلى الرغم من أن الأمر مشروع بحد ذاته إلا أنه في إطار تنازع القوانين قد يجعل القاضي يواجه بعض الصعوبات في مرحلة الإسناد، وذلك سواء تم ذلك التغيير بحسن نية أو بسوء نية، حيث يفضي تغيير الضابط الشخصي في الحالة الأولى إلى ظهور مشكلة يصطلح على تسميتها بالتنازع المتحرك(الفرع الأول) وفي الحالة الثانية يفضي التغيير المفتعل للضابط الشخصي إلى ظهور مشكلة يصطلح على تسميتها بالغش نحو القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنازع المتحرك

الضابط الشخصي بإعتباره الضابط المعتمد لفض مشكل تنازع القوانين في مجال المنازعات الأسرية، قد يطرأ عليه تغيير بين نشوء العلاقة القانونية ووقت الفصل في المنازعة، مما يجعل العلاقة محكومة بقانونيين متعاقبين القانون القديم والقانون الجديد، فما هو القانون الذي يعتد به القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق ؟

فلو تزوج شخصان مثلا، في ظل قانون دولة تحضر الطلاق ثم إكتسبا جنسية دولة تجيزه كالجزائر مثلا، ثم بعد ذلك نشب خلاف بينهما ورفع الزوج دعوى طلاق، فهل

يفصل القاضي في النزاع طبقا لقانون جنسيتهما القديمة فيرفض طلبها أم أنه يفصل طبقا لقانون جنسيتهما الجديدة فيقضي لهما بالطلاق؟

هذا النوع من التنازع أصطلح على تسميته بالتنازع المتحرك، ولعرض هذا المشكل يقتضي منا الأمر الوقوف على ماهيته (البند الأول) ثم توضيح الحلول المكرسة لعلاجه (البند الثاني).

البند الأول: ماهية التنازع المتحرك

عرفه جانب من الفقه[1]، على أنه التنازع الذي يحدث نتيجة تغيير يلحق ضابط الإسناد، بالنسبة لرابطة قانونية تخضع لنظامين قانونين مختلفين .

وهناك أيضا من عرفه على أنه التزاحم القائم في نظر قانون القاضي بين نظامين قانونين مختلفين حول رابطة قانونية تخضع لهما على وجه التتابع، نتيجة تغيير إرادي طرأ على ظرف من ظروف الإسناد في الرابطة المذكورة [2].

كما أن هناك من عرفه بأنه ذلك التنازع الذي ينشأ بين قانونين متعاقبين صادرين عن مشرعي دولتين مختلفتين لحكم موضوع واحد[3].

من خلال هذه التعاريف، نخلص إلى القول، بأن التنازع المتحرك ينشأ نتيجة تغيير ضابط الإسناد الذي من شأنه أن يجعل العلاقة القانونية محكومة بقانونين مختلفين في أحكامهما الموضوعية.

---

[1]- Henri Batiffol, Paul Lagarde, droit international privé, tome 1, 6éme éd, L.G.D.J, paris, 1976, p 371.

[2]– أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص 156.

[3] -Nouhad riskallah, droit international privé, M.A.J.D, entreprise université d'étude et de la publication (S.A.R.L) 1ére éd, Beyrouth, liban, 1985, p 75.

هذا، ويعد مجال الأحوال الشخصية المجال الخصب لإثارة هذا المشكل نتيجة تغيير الشخص لجنسيته أو موطنه، فضلا عن كون روابط الأحوال الشخصية تعد من الروابط المستمرة التي تمتد في الزمان بشكل قد يستغرق سنين طويلة كما هو الحال بالنسبة للزواج، النسب... لذلك يكون من الوارد جدا حدوث تغيير على الرابطة أو على أي عنصر من عناصرها خلال الفترة الفاصلة ما بين نشوء هذه الرابطة وتاريخ قيام النزاع بشان أي عنصر من عناصرها [1].

البند الثاني: حل مشكل التنازع المتحرك

لحل مشكل التنازع المتحرك ظهر إتجاهان، إتجاه يقوم على فكرة الحقوق المكتسبة، وإتجاه آخر يقيس التنازع المتحرك على التنازع الزمني، ويقترح إعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد.

يقوم الإتجاه الأول، على التمييز بين الإعتراف بآثار الحق المكتسب في الخارج وبين تطبيق القانون الأجنبي الذي إكتسب الحق في ظله. إذ يرى أنصار هذا الإتجاه أنه إذا إكتسب الحق إكتسابا صحيحا طبقا لقانون مختص ينبغي إحترامه لضمان إستقرار المعاملات الدولية، ويستند هذا الرأي إلى مبدأ المجاملة ومبادئ القانون الدولي العام التي تفرض على الدولة أن تحترم سيادة الدول الأخرى ومن مظاهر ذلك الإحترام، إحترام الحقوق المكتسبة الناشئة في ظل سلطان هذه السيادة[2].

وتطبيقا لذلك، فإن أي عنصر من عناصر الحالة الشخصية تم تكوينه في ظل القانون القديم يبقى نافذا في دائرة سلطان القانون الجديد، فالنسب الثابت وفقا لأحكام القانون القديم

[1]– أحمد عوبيد، المرجع السابق، ص 88.

[2]– أنظر الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين... المرجع السابق، ص 128.

يكون حقا مكتسبا يتعين احترامه، وكذلك الأمر بالنسبة للزواج الذي ينشأ صحيحا وفقا لقانون الدولة التي أبرم فيها يتعين أن يحضى بالإحترام تحت سلطان القانون الجديد[1].

غير أنه مع ذلك، قد تعرض هذا الإتجاه للنقد على أساس أنه يحول التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت، إذ بإعمال هذا الحل تبقى المسألة خاضعة للقانون الأصلي رغم التطورات التي تعرضت لها في الزمان[2].

فكيف يعقل مثلا أن يكون للإسباني – الذي تزوج في ظل قانونه الأصلي وتجنس بالجنسية الجزائرية–حقا مكتسبا في عدم قابلية إنحلال زواجه. وعلى هذا لا يمكن الحديث عن حقوق مكتسبة في حال تعديل تشريعي أو في حالة تغيير الجنسية [3].

ومن بين الإنتقادات أيضا التي وجهت لفكرة الحق المكتسب، أنها فكرة غامضة من شانها أن تجعل الشخص خاضعا لأحكام قانون دولة لم يعد له أي إرتباط بها[4].

أما بالنسبة للإتجاه الثاني، يذهب أنصاره إلى تطبيق ذات الحل المطبق على تنازع القوانين من حيث الزمان على التنازع المتحرك نظرا لتشابههما [5]، أي إعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، ويكون ذلك عن طريق تحليل الرابطة القانونية، والفصل في نطاقها بين شروط التكوين والإنشاء وبين الآثار المترتبة عنها، بحيث تظل هذه الرابطة خاضعة للقانون القديم بالنسبة لشروط صحتها وكذلك بالنسبة للآثار التي تحققت من قبل، في حين يسري القانون الجديد على ما سوف ينشأ عنها من آثار في المستقبل [6].

---

[1]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 448.

[2]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين...ص 134.

[3] -Mohand Issad, op cit ,p 167.

[4]–حبار محمد، المرجع السابق، ص 87.

[5] - Yvon Loussouwam, Pierre Bourel, op cit, p 261.

[6]–أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص 188.

بناء على ذلك، لو إفترضنا أن القانون الوطني الذي كان يحكم الروابط الشخصية بين الزوجين، كان يفرض على الزوجة بعض القيود–كاستئذان زوجها لممارسة بعض المهن كالتجارة مثلا، وحدث وأن إكتسبا الزوجان جنسية دولة معينة لا تقر هذا القيد . فإنه في هذه الحالة وإعمالا بالأثر المباشر للقانون الجديد يصبح من حق المرأة ممارسة أي نشاط تجاري، وبذلك تتحرر من القيود التي كانت تفرض عليها قبل تغيير الجنسية.

وكذلك الحال، فيما لو كان القانون الوطني للزوجين يحضر الطلاق ثم إكتسبا جنسية دولة أخرى يجيز قانونها ذلك، فطبقا للأثر المباشر والفوري للقانون الذي أصبح مختصا بعد تغيير ضابط الإسناد يكون بإمكانهما طلب الطلاق والحصول عليه.

غير أن هذا الإتجاه هو الآخر تعرض للنقد نظرا للإختلاف الجوهري بين التنازع المتحرك والتنازع الزمني للقوانين. ذلك انه في إطار التنازع المتحرك نكون أمام قانونين صادرين من دولتين مختلفتين وأما في التنازع الزمني فالقانونين صادرين في نفس الدولة[1].

إضافة إلى ذلك أن هذا الإتجاه يؤدي تطبيقه إلى تجاهل كل الحقوق التي تتقرر في بلد الإنشاء لهذا الحق إذا كان قانون بلد النفاذ لا يعترف بها[2].

بالرغم من هذه الإنتقادات فقد إعتنقه غالبية الفقه[3]، كما أخذ به القضاء الفرنسي حيث إتجه هذا الأخير إلى إعتماد قانون الجنسية اللاحق وإقرار حق الزوجين في الطلاق رغم أن قانون جنسيتهم السابق كان يحضر عليهم الطلاق[4].

[1]– حبار محمد، المرجع السابق، ص 86.

[2]–حبار محمد، نفس المرجع ، ص 86.

[3] - yvon Loussouwam, pierre bourel, op cit, p 261.

[4]– عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 310.

وكذلك أخذ به القضاء المصري، حيث إتجه هذا الأخير إلى أن عقد الزواج لا يكسب الزوجين فيما يخص التطليق والطلاق حقا مستقرا، عما يطرأ بعد إبرامه من تغيير ينتج عنه سريان قانون آخر[1].

كما سار على ذات النهج القضاء المغربي أيضا، حيث قررت لمحكمة الإستئناف بالرباط في حكم لها بتاريخ14 نونبر1939 "تطبيق القانون الفرنسي على دعوى طلاق أقامها زوج كان ينتسب إلى الجنسية اليونانية ثم إكتسب الجنسية الفرنسية عن طريق التجنس"[2].

أما بالنسبة للتشريعات، فبإستقرائنا لقواعد التنازع في بعض الدول إتضح لنا أنها قد إنتهجت ما توصل إليه الفقيه الفرنسي" بارتن" هذا الأخير الذي نادى بضرورة النظر في كل حالة على حدى لإختيار أنسب الحلول للحالة المعروضة طبقا لطبيعة النظام القانوني الذي تندرج تحته هذه الحال. إذ لا يكفي أن تنص القاعدة على تطبيق قانون جنسية الزوج مثلا بل لا بد من تحديد الوقت[3].

هذا ما كرسه المشرع الجزائري وغالبية التشريعات، حيث حدد الوقت الذي يعتد به. فبالنسبة لآثار الزواج مثلا، ضبطها بقانون جنسية الزوج وقت إنعقاده (المادة 1/12ق.م.ج) و الميراث بقانون جنسية المورث وقت الوفاة (المادة 1/16ق.م.ج) وبالنسبة للطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (المادة 2/12ق.م.ج) ...

[1]– عبد الرسول الأسدي، نفس المرجع ، ص 310.

[2]–أحمد عوبيد، المرجع السابق، ص 94.

[3]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 453.

ونجد ذات الحل تكرس في العديد من التشريعات، من ذلك التشريع المصري حيث أخضع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج (المادة 1/13ق.م.مصري)[1]، والطلاق لقانون جنسيته وقت النطق به والتطليق والانفصال الجسماني لقانون جنسيته وقت رفع الدعوى، (المادة 13ق.م.مصري)[2]،كما أخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة (المادة17ق. م. مصري)[3].

ومن أمثلة ذلك أيضا، ما نصت عليه المادة18 من التقنين المدني الإيطالي الذي جاء فيها" أن العلاقات الشخصية بين الزوجين المختلفي الجنسية تخضع لآخر قانون وطني كان مشتركا بين الزوجين أثناء قيام الزوجية، وعند إنتفائه فللقانون الوطني الجاري على الزوج في تاريخ إشهار الزواج".

وأيضا نصت المادة 3 من مشروع القانون الدولي الخاص الموحد بين دول البنلوكس على أنه: "تحدد حقوق واجبات كل من الزوجين بمقتضى القانون الوطني المشترك بينهما. وفي حالة تغيير الجنسية أثناء قيام الزوجية فبموجب آخر قانون وطني كان مشتركا بين الزوجين، وإذا لم تكن للزوجين جنسية مشتركة طيلة فترة الزواج، فإن هذه الحقوق والواجبات تتحدد وفقا للقانون الوطني الجاري على الزوج في تاريخ الزواج"[4].

وكذلك ما نصت عليه المادة 14 من التقنين المدني اليوناني التي جاء فيها: "تخضع العلاقات الشخصية بين الزوجين لقانون آخر جنسية مشتركة كانت للزوجين أثناء قيام

---

[1]– ويقابل ذلك المادة 1/13 ق.م ليبي، المادة 2/19 ق.م عراقي.

[2]– ويقابل ذلك المادة 2/13 ق.م ليبي، المادة 2/19 ق.م عراقي.

[3]– ويقابل ذلك المادة 17 ق .م ليبي، المادة 22 ق. م عراقي.

[4]– أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص 208.

الزوجية، وعند إنتفاء مثل هذا القانون يسري قانون الجنسية التي كان يحملها الزوج في تاريخ إبرام الزواج" [1].

الفرع الثاني: الغش نحو القانون

لما كان الضابط الشخصي هو المعيار الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على المنازعات الأسرية فانه قد يعمد أطراف العلاقة القانونية إلى تغييره للتهرب من أحكام القانون المختص و إقرار الإختصاص لصالح قانون آخر، وهذا هو" الغش نحو القانون".

البند الأول: مفهوم الغش نحو القانون

درج بعض الفقه على تعريف الغش نحو القانون في إطار تنازع القوانين على أنه:" تغيير ذوي الشأن عمدا لضابط الإسناد بغرض الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم المركز القانوني"[2].

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه:" التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا" سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي[3].

من خلال ما سبق، يتضح أن الغش نحو القانون يحصل نتيجة التغيير العمدي لضابط الإسناد بنية التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة، وإعطاء الإختصاص لقانون آخر ما كان ليختص لولا هذا التغيير .

---

[1]– أحمد زوكاغي، نفس المرجع ، ص 208.

[2]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 289.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 754.

ولما كان الأمر كذلك، فإنه من المتصور أن تثار مشكلة الغش نحو القانون وبحدة في مجال المنازعات الأسرية، وذلك لكون أن الضابط المعول عليه لفض هذه المنازعات من الضوابط المتغيرة فبتغيير الشخص لجنسيته أو موطنه يتغير القانون المختص.

ولعل ما يدفع أطراف العلاقة إلى هذا التحايل، هو إما الحصول على مزايا يقرها القانون الجديد أي القانون الذي ثبت له الإختصاص بواسطة الغش أو للهروب من إلتزامات يفرضها القانون القديم المختص أصلا بحكم العلاقة.

ومثال ذلك، أن يكون قانون جنسية الزوج من القوانين التي تحضر الطلاق، فيعمد الزوج إلى تغيير جنسيته باكتساب جنسية دولة تجيزه، أو كأن يكون قانون جنسية الزوجة يقيد من حريتها بعد الزواج فتكتسب جنسية دولة معينة للتخلص من القيود المفروضة عليها.

وفضلا عما سبق، قد يحصل الغش أيضا في مسائل الأحوال الشخصية نتيجة تغيير الديانة، فقد يغير الشخص ديانته للحصول على مزايا معين خاصة في الدول الإسلامية التي تضع شرط الإسلام في مسائل معينة كالإرث، الزواج...

هذا، وقد عرفت فكرة الغش نحو القانون منذ عهد بعيد[1]، إلا أنها لم تتبلور قضائيا إلا في أواخر القرن التاسع عشر بمناسبة قضية شهيرة تدعى بقضية "الأميرة بوفيرمون" وتتلخص وقائعها، في أن أميرة فرنسية تدعى بوفيرمون وهي سيدة بلجيكية الأصل تزوجت بأمير فرنسي واكتسبت جراء هذا الزواج الجنسية الفرنسية، ولما رغبت التطليق

[1]– وذلك في فرنسا منذ أن كانت مقسمة إلى مقاطعات تطبق كل منها عرفا خاصا بها، وكان العرف السائد في مقاطعة "نورماندي" يقضي بأن النظام المالي بين الزوجين هو النظام "الدوطة" بينما كان النظام السائد عرفا في مقاطعة باريس هو نظام الاشتراك القانوني، لذلك كان المقبلان على الزواج ينتقلان إلى باريس ويتزوجان هناك حتى يخضع نظامهما المالي للإشتراك القانوني، ثم يعودان إلى "نورماندي". علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 159.

منه بغية الزواج من الأمير الروماني "بيبيسكو" لم تستطع لأن القانون الفرنسي الذي كان ساري آنذاك كان يمنع الطلاق، فقامت بتغيير جنسيتها فتجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق، فتحصلت عليه وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، وتزوجت بالأمير الروماني بيبيسكو، ثم رجعت رفقته إلى فرنسا للإقامة هناك ،فرفع الزوج الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي مطالبا ببطلان الزواج الثاني، فإستجابت المحكمة لطلبه وقضت في حكمها الصادر بتاريخ 18مارس 1878 بعدم الإعتراف بالتطليق الذي تم في الخارج وبطلان الزواج الثاني الذي تم بناءا عليه، وقد استندت في ذلك على فكرة الغش نحو القانون[1].

وقد لاقت هذه النظرية ترحيبا وقبولا من قبل بعض الفقه[2].كما أخذت به العديد من التشريعات[3]، بما فيها المشرع الجزائري الذي إعتمد هذه النظرية بموجب التعديل الذي مس

[1]–أنظر ، هشام صادق،عكاشة محمد عبد العال،القانون الدولي الخاص... المرجع السابق، ص 224، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 755.

Pierre Mayer, vincent heuzé, droit international privé, 8éme éd, L.G.D.J , montchrestien, paris, 2005, p 188.Yvon Loussouwan , Pierre Pourrel, op cit, p 319.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 758، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1... المرجع السابق، ص 189.

[3]– من ذلك مجموعة القانون المدني لدولة الجابون الصادرة عام 1972 حيث نصت المادة 31 منها على أنه : " لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ بتطبيق قانون أجنبي لم يكن مختصا إلا بطريق الغش نحو قانون الجابون"، وكذلك مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 التي تنص في المادة 1/8 على أنه : "لا محل لتطبيق القانون الأجنبي الذي يستند إختصاصه إلى عنصر أجنبي خلقه الأطراف على نحو إصطناعي أو صوري تحايلا على الحكم التشريعي الذي يحكم عادة الحالة المعروضة"، كما نص على ذلك أيضا القانون الإسباني في المادة 4/12 من القانون الدولي الخاص، وكذلك القانون اليوغسلافي سابقا في المادة 5 من القانون الدولي الخاص لسنة 1983، كذلك القانون الروماني، المادة 8/ب من القانون الدولي الخاص الروماني لسنة 1992. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 756. وفي التشريعات العربية، أنظر الفصل 30 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الذي جاء فيه : " يتكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة، وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغير عنصر الإسناد".

القانون المدني الجزائري في 2005، فنص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي متى ثبت له الإختصاص عن طريق الغش نحو القانون[1].

البند الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون شرطان، شرط مادي ويتمثل في التغيير الإرادي لضابط الإسناد، وشرط موضوعي يتمثل في نية الغش نحو القانون.

أولا:التغيير الإرادي لضابط الإسناد

للدفع بالغش نحو القانون ينبغي أن يكون هناك تغيير لضابط الإسناد، وأن يكون هذا التغيير إراديا[2]، أي أن تكون لإرادة الاطراف دور في قلب الإختصاص وتحويله من قانون إلى آخر[3].

لذلك، فلا يتحقق الغش إلا بشأن الضوابط القابلة للتغيير كالجنسية، الموطن...فقد يعمد الشخص إلى تغيير جنسيته أو موطنه أو حتى ديانته من أجل التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة كونه يفرض عليه إلتزاما أو يحرمه حقا...

ثانيا: توافر نية الغش نحو القانون

لا يكفي للدفع بالغش نحو القانون أن يكون الشخص قد قام بتغيير ضابط الاسناد بإرادته ،بل ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة[4].

---

[1]– أنظر المادة 24 ق.م.ج التي تنص على أنه : " 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..."

[2]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 189.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 160.

[4]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 191.

ورغم صعوبة الكشف عن نية الغش والتحايل بإعتبارها مسألة نفسية داخلية[1]، الا انه يمكن للقاضي التقصي عنها وإستظهارها من خلال الوقائع المطروحة أمامه[2].

ومن القرائن التي يمكن للقاضي أن يستخلص منها نية الغش، التلازم الزمني بين الإجرائين، أي بين تغيير ضابط الاسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد[3] ، كما لو تجنس الشخص بجنسية دولة ما وقام فور تجنسه برفع دعوى للمطالبة بحق لا يقره قانون جنسيته السابقة.

وكذلك من أهم القرائن التي تفيد توافر نية الغش أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات إستثنائية للأفراد [4].

هذا، وتجدر الاشارة إلى أنه إلى جانب هذين الشرطين المتفق عليهما فقها وقضاءا، إتجه بعض بعض الفقه إلى إضافة شروط أخرى، وهي أن يكون القانون الذي تهرب الشخص من أحكامه هو قانون القاضي[5]، وأن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة على أساس أن القواعد المكملة يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها[6].

---

[1]–سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 215.

[2]–حفيظة سيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 317.

[3]–نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص 80.

[4]–نادية فضيل، نفس المرجع، ص 81.

[5]–وقد كرست هذا الشرط بعض التشريعات صراحة من ذلك التشريع الجابوني (في المادة 10 من ق.م السابق الإشارة إليها) وذلك خلافا للتشريع الجزائري، حيث جاء النص عاما، لم يقصر بموجبه المشرع مجال إعمال الغش على حالة التحايل على القانون الجزائري فقط.

[6]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 194.

البند الثالث: أثر ثبوت الغش نحو القانون

إذا إتضح للقاضي أن القانون الواجب التطبيق قد ثبت له الإختصاص عن طريق الغش تعين عليه إستبعاده ويتمثل هذا الإستبعاد في عدم نفاذ أي أثر له.

أما فيما يتعلق بضوابط الإسناد (الجنسية، الموطن) التي عمد الأطراف إلى تغييرها كوسيلة للتوصل إلى إستبعاد قانون لصالح آخر. فقد إختلف الفقه حول ما إذا كان الغش يشملها أم لا؟

حيث إتجه البعض، إلى القول بعدم إمتداد جزاء الغش إلى الوسيلة المستعملة وقصره على الغاية فقط، وذلك على أساس أن الوسيلة قد تمت بطريقة قانونية[1].

غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أنه يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثارا متناقضة، فالغاش الذي يتجنس بجنسية دولة جديدة يبقى خاضعا للقانون الذي تهرب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بتغييره لضابط الإسناد، وفي الوقت نفسه يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى، وهذا الأمر من شأنه أن يهدد إستقرار المراكز القانونية[2].

لذلك فقد إتجه الفقه الغالب[3]، إلى القول بإنصراف جزاء الغش إلى الوسيلة فضلا عن الغاية وذلك على أساس أن ضابط الإسناد وان كان قد استوفى الشروط اللازمة لصحته، إلا أن الباعث على القيام به لم يكن مشروعا لذلك يتعين عدم إعتداد القاضي به.

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 765، هشام صادق،عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 234.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 198.

[3]- Yvon Loussouwan, Pierre Bourel, op cit, p 324.

المبحث الثاني: المشاكل التي تعترض القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي على المنازعات الأسرية

من الخصائص المميزة لقواعد التنازع، أنها قواعد مزدوجة، قد تعطي الإختصاص لقانون القاضي أو لقانون أجنبي آخر، فإذا كان الأمر لا يطرح أي إشكال في الحالة الأولى فإن الأمر بخلاف ذلك في الحالة الثانية. ذلك أن القاضي وهو بصدد تطبيقه للقانون الأجنبي قد تعترضه العديد من المشاكل سواء في الحالة التي يقبل فيها هذا الأخير الإختصاص المخول له (المطلب الأول)، أو في الحالة التي يتنازل فيها عن الإختصاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المشاكل التي تعترض القاضي عند قبول القانون الأجنبي الإختصاص المسند إليه

من المسلم به أنه في حالة قبول القانون الأجنبي الإختصاص المخول له تعين على القاضي تطبيق أحكامه الموضوعية للوصول إلى الحل النهائي للنزاع. غير أن الأمر لا يطرح دوما بهذا القدر من البساطة، فالقانون الأجنبي كونه صادر عن سلطة أجنبية قد يصطدم القاضي وهو بصدد تطبيق أحكامه الموضوعية بالعديد من العقبات، من ذلك أن يتعذر على القاضي التعرف على أحكامه (الفرع الأول) وحتى ولو تمكن من ذلك قد يتخللها غموض أو لبس يقتضي الأمر منه تفسيرها (الفرع الثاني) كما قد يجدها مخالفة لمقتضيات النظام العام في دولته فيقتضي منه الأمر إستبعادها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إثبات أحكام القانون الأجنبي

تختلف النظم القانونية فيما بينها حول الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، فهناك من إعتبر القانون الأجنبي كقانون، وهناك من أنكر عليه الطبيعة القانونية واعتبره مجرد عنصر من عناصر الواقع.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري،نجد أن المشرع الجزائري يعتبر القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة كقانون وهو ما يستشف من نص المادة 6/358 ق.إ.م.إ[1]، والتي إعتبر من خلالها القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة في نفس مرتبة القانون الداخلي من حيث رقابة المحكمة العليا على تطبيقهما وتفسيرهما.

ويترتب على إعتبار القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة كقانون، أنه متى أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي بشأن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية. فإن القاضي يكون ملزما بالبحث عن مضمونه وتطبيقه على المنازعة. وهذا بخلاف القوانين غير المرتبطة بالأحوال الشخصية إذ يعاملها معاملة الواقعة[2].

هذا، وتعد مسألة إثبات مضمون القانون الأجنبي من المسائل العويصة التي قد يواجهها القاضي، إذ قد يحدث وان يتعذر عليه الكشف عن مضمونه رغم الإستعانة بكل الطرق والوسائل.

فهل يستسلم القاضي لهذه الصعوبات ويتخلى عن الفصل في النزاع؟ أم أنه يفصل فيه بموجب قانون آخر، وإذا كان الأمر كذلك فأي من القوانين يكون الأجدر بالتطبيق ؟

---

[1]–تنص المادة 6/358 ق.إ.م.إ على أنه: "... لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:... مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة...".

[2]–ميكالي الهواري، المرجع السابق، ص 162.

إتجه جانب من الفقه، إلى القول بأنه يتعين على القاضي إذا ما تعذر عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي أن يرفض الفصل في النزاع[1]. غير أن هذا الحل لم يؤيده غالبية الفقه وقابله بعاصفة من النقد وذلك على أساس أن القاضي الذي يرفض الفصل في النزاع رغم إختصاصه يعد منكرا للعدالة، لاسيما وان هناك وسائل قانونية أخرى توصله إلى إقرار الحماية المطلوبة ،كالرجوع إلى المصادر الإحتياطية في القانون في حالة عدم وجود نص تشريعي[2].

وإتجه جانب آخر، إلى القول بتطبيق المبادئ العامة في الأمم المتقدمة[3]. وقد أخذت بعض الأحكام الأمريكية بهذا الحل مفترضة تطابق أحكام القانون الأجنبي الذي تعذر إثباته مع بعض المبادئ السائدة في الدول المتقدمة[4].

بيد أن هذا الإتجاه هو الآخر انتقد لعدم تأسيسه لسند قانوني، فضلا عن كونه يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة[5]، إذ تنتهي به في الأخير إلى تطبيق قانونه الوطني على أساس أنه المستمد منطقيا من هذه المبادئ[6].

كما إتجه فريق آخر، إلى القول بتطبيق القانون الاكثر إقترابا في أحكامه من القانون الواجب التطبيق أصلا[7]، وهذا القانون الأقرب يكون إما القانون الذي ينتمي إلى نفس

---

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق،ص770.

[2]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 258، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال،المرجع السابق، ص 177.

[3]– أنظر،محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994، ص 98.

[4]–أنظر،هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني،دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية،1968، ص228.

[5]– سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تعدد وتطور طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 219.

[6]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 150.

[7]– إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، د.د.ن، 1997، ص 82.

العائلة ،كإحلال القانون الإنجليزي مثلا محل القانون الأمريكي، وإما القانون الأقرب إتصالا بالعلاقة بعد القانون الذي تعذر إثباته كإحلال قانون الموطن محل قانون الجنسية إذا تعذر إثبات هذا الأخير[1].

غير أنه مع ذلك من الصعوبة إعمال هذا الحل نظرا لإستحالة التحقق من التشابه بين التشريعات المتعددة [2]، كما انه حتى ولو إفترضنا أن القاضي نجح في الكشف عن ذلك القانون فقد تواجهه مشكلة أخرى اذ قد يستعصى عليه إثباته هو الآخر.

خلافا للآراء السابقة اتجه الفقه الغالب إلى القول بتطبيق قانون القاضي[3]. إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي. وقد أخذت بهذا الحل العديد من التشريعات[4]، بما فيها المشرع الجزائري حيث أقر تطبيق قانونه لما له من إختصاص إستثنائي وذلك لحكم كافة المسائل – بما فيها مسائل الأحوال الشخصية –كلما تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي صاحب الإختصاص الأصيل.

---

[1]–عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص،ط1،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2008،ص161.

[2]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 151.

[3]– غير أن الجدير بالذكر، أن دعاة هذا الحل قد اختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه، حيث اتجه البعض إلى أن تطبيق القاضي يقوم على أساس افتراض التماثل بينه وبين القانون الأجنبي المختص، في حين اتجه البعض الآخر إلى تبريره إستنادا إلى كونه صاحب الاختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص. أما الفقه الراجح فقد اتجه إلى تبرير تطبيق قانون القاضي بما له من اختصاص احتياطي في الأحوال التي يتعذر فيها الكشف عن أحكام القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل. لمزيد من التفاصيل أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 151–152.

[4]– نذكر من ذلك القانون الإماراتي (المادة 28 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 5 لسنة 1985)، القانون التونسي (الفصل 4/32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية)، القانون البولندي (المادة 7 من القانون الدولي الخاص البولندي لسنة 1965)، القانون السويسري (المادة 2/16 من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1987، القانون التركي (المادة 2/2 من القانون الدولي الخاص لسنة 1982)، القانون الروماني (المادة 3/7 من القانون الدولي الخاص لسنة 1992)، القانون المجري (المادة 3/5 من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1979). أنظر الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 259، هامش رقم 240.

وقد نص على هذا الحل في المادة 23مكرر ق.م.ج التي جاء فيها ما يلي: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

إستنادا إلى ذلك، لو عرض أمام القاضي الجزائري نزاع أسري مثلا، وكان القانون الواجب التطبيق بموجب ضابط الجنسية هو قانون دولة أجنبية وتعذر على القاضي إثباته تعين عليه تطبيق قانونه محله أي تطبيق قانون الأسرة الجزائري.

غير أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد ،إلى أنه على الرغم من أهمية هذا الحل كونه قانون المحكمة الناظرة في النزاع. إلا أن إعماله في مجال المنازعات الأسرية قد يؤدي إلى نتائج شاذة .

فلو تعلق الأمر مثلا، بأجانب وتقرر بموجب قاعدة الإسناد الجزائرية تطبيق قانون جنسيتهما وتعذر على القاضي إثبات مضمونه فهل يعقل أن يطبق القانون الجزائري وبالضبط قانون الأسرة المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية على هؤلاء الأجانب خاصة إذا كانوا لا يدينون بالإسلام أصلا .

لذلك فالأجدر تطبيق قانون القاضي متى كان هو الأقرب في أحكامه من القانون الذي تعذر إثباته.[1]

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي

قد يتوصل القاضي إلى التعرف على قواعد القانون الأجنبي إلا انه مع ذلك تعترضه صعوبات أخرى، وذلك كأن تكون تلك القواعد يشوبها غموض أو لبس، الأمر الذي يقتضي منه القيام بتفسيرها.

[1]– لمزيد من التفاصيل، أنظر زيدون بختة، المرجع السابق، ص 130–132.

فهل يتقيد في تفسيره للقاعدة الأجنبية بالتفسير السائد في الدول التي صدر فيها، أم يتبع ذات الأسلوب المعتمد في تفسير قانونه الوطني؟

يرى جانب من الفقه، أن القاضي يفسر القانون الأجنبي كما يفسر قانونه بنفس الأسلوب، أي يلتزم بالبحث عن نية المشرع من وراء إقرار تلك القواعد، لأن القانون الأجنبي- حسب هذا الرأي- قد إندمج في القانون الوطني وأصبح جزء منه، وبالتالي يسري عليه ما هو مقرر في تفسير القانون الوطني[1].

بينما إتجه جانب آخر في الفقه، وهو الراجح إلى وجوب تفسير القانون الأجنبي وفقا لمبادئ وقواعد التفسير المعمول بها في النظام القانوني الأجنبي، والقول بخلاف ذلك طبقا لأنصار هذا الإتجاه من شأنه أن يؤدي إلى تشويه القانون الأجنبي ومخالفة الحل الذي يقرره فعلا وبالتالي مخالفة قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها والتي أشادت بإختصاصه[2].

وقد نصت على ذلك العديد من التشريعات، من ذلك القانون البرتغالي حيث نصت المادة 1/23منه على أنه:" يتم تفسير القانون الأجنبي في إطار النظام الذي ينتمي إليه، ووفقا لقواعد التفسير التي يحددها هذا النظام[3].

وكذلك، القانون التونسي حيث نص على ذلك في المادة 1/34 من مجلة القانون الدولي الخاص حيث جاء فيها:"...القاضي يطبق القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه..."

[1]-الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 264.

[2]-جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 169.

[3]- جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص 170.

هذا، وتجدر بنا الإشارة في هذا الصدد إلى أن القاضي وهو بصدد تفسير القانون الأجنبي قد يصيب وقد يخطئ فهل يخضع خطؤه لرقابة المحكمة العليا؟

ففي فرنسا، رفضت محكمة النقض بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي ،وإتخذت نفس الموقف العديد من الدول الأوربية ألمانيا، إسبانيا، سويسرا، بلجيكا، هولندا[1].

وقد حاول بعض الفقه تبرير موقف محكمة النقض الفرنسية على أساس أن مهمة محكمة النقض السهر على وحدة تطبيق القانون الفرنسي وتحقيق الإنسجام بين أحكامه، وليس من وظيفتها الإشراف على تنسيق أحكام القوانين الأجنبية، فتلك مهمة المحكمة العليا في الدولة الأجنبية. وفضلا عن ذلك فإن موقف محكمة النقض يستجيب لضرورات عملية ذلك أن تصدي المحكمة لمهمة تفسير القانون الأجنبي يعرضها لتحريات واقعية في سبيل البحث عن مضمون ذلك القانون وهو أمر يخرج عن إختصاصها. كما أن التعرض لتفسير القانون الأجنبي قد يوقع المحكمة في الخطأ والإنحراف عن فهم المضمون الحقيقي لذلك القانون [2].

غير أن هذا الإتجاه أنتقد على أساس أنه يفتح المجال للقضاة بتفسير وتطبيق القوانين الأجنبية على أهوائهم دون الخضوع لأي رقابة [3].

في مقابل هذا الإتجاه القاضي برفض بسط الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية، هناك موقف آخر يسمح بهذه الرقابة ويسود في العديد من الدول من ذلك إيطاليا، اليونان،

[1]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 155.

[2]–أنظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 174.

[3]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 266، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 152.

تركيا، لبنان، المغرب[1]، كما تبناه المشرع التونسي صراحة بموجب الفصل 34/ 2 الذي جاء فيه:"...و يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب".

كما أن محكمة النقض الفرنسية هي الأخرى قد حاولت التصدي في أحكامها الحديثة لرقابة تفسير القوانين الأجنبية بطريقة غير مباشرة، وذلك بالسير وراء أفكار أخرى، كفكرة الرقابة على مسخ القانون الأجنبي[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فالواضح من خلال نص المادة 358 من ق.إ.م.إ أنه ساوى بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي المتعلقة بالأسرة من حيث رقابة المحكمة العليا، مما يفيد أن الخطأ في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية يخضع لرقابة المحكمة العليا.

الفرع الثالث: مخالفة أحكام القانون الأجنبي النظام العام

سنتناول في هذا الفرع مضمون فكرة النظام العام (البند الأول) ثم شروط الدفع بالنظام العام (البند الثاني) ثم الآثار المترتبة هذا الدفع (البند الثالث)، لنتطرق بعد ذلك إلى تطبيقاته في مجال المنازعات الأسرية (البند الرابع).

البند الأول: مضمون فكرة النظام العام

تثور مشكلة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية عموما، وفي مجال المنازعات الأسرية على وجه الخصوص، عندما يتضمن القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي أحكاما تتعارض تعارضا جوهريا مع الأسس السائدة في دولة القاضي. الأمر الذي يقتضي إستبعاد تطبيق هذا القانون.

[1]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 156.

[2]– جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 177.

وقد ظهرت فكرة النظام لأول مرة في نطاق القانون الدولي الخاص لدى الفقهاء الايطاليين وعلى رأسهم الفقيه "بارتول" "Partole" هذا الاخير الذي ميز بين نوعين من الأحوال، الأحوال البغيضة أو المستهجنة والأحوال المتحسنة حيث رأى أن الأحوال المتحسنة تتبع الشخص أينما ذهب حتى ولو خارج إقليم دولته، أما الأحوال البغيضة فلا يتصور تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه إذ تبقى حبيسته[1].

هذه التفرقة ،كانت النواة الأولى لظهور هذه الفكرة التي أصبحت اليوم مقررة في مختلف النظم القانونية كوسيلة لاستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية ومنع عبورها متى كانت تمس المبادئ الأساسية السائدة فيها.

وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 24 ق.م.ج:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون... "[2].

يبدو جليا من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري كرس هذا الدفع دون أن يحدد المقصود بالنظام العام الذي بموجبه يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي، مما يعني انه ترك للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما يعتبر مخالف للنظام العام وفقا للمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع.

---

[1]– نادية فضيل، تطبيق قانون القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2001، ص 113.

[2]–ومن التشريعات التي كرست فكرة الدفع بالنظام العام نذكر، التشريع الايطالي بموجب المادة 3 من القانون المدني لسنة 1942، التشريع اليوناني بموجب المادة 33 من التقنين المدني لسنة 1946، التشريع البولندي بموجب المادة 6 من القانون الدولي الخاص لسنة 1965، ومن التشريعات العربية نذكر، التشريع المصري بموجب المادة 28 من القانون المدني، التشريع السوري بموجب المادة 30 من القانون المدني، التشريع العراقي بموجب المادة 32 من القانون المدني، التشريع الليبي بموجب المادة 28 من القانون المدني... لمزيد من التفاصيل حول موقف القانون المقارن أنظر، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 269–270.

وذلك خلافا لتشريعات أخرى كالتشريع الألماني الذي عرفه في المادة 30 من القانون المدني الألماني بأنه" تلك القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد، وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة إنتهاكها تهديد النظام العام وتصديعه"[1].

كما عرفته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ22مارس1944كالاتي :"النظام العام يرتبط بالمفهوم الموسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين"[2].

أما بالنسبة للفقه، فقد بذلت عدة محاولات لتعريفه.

حيث عرفه بعض الكتاب الانجليز، بأنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الانجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في انجلترا أو مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها[3].

وعرفه الفقيه كابتان" 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"[4].

كما عرفه الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة على أنه: "دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، إذا

[1]–حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 184، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 112.

[2]-Cass.CIV, 22-03-1944, V. Yvon Loussouwarn, Pierre Bourel, op cit, p 308-309.

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

[4]–نادية فضيل، المرجع السابق، ص 112.

كان حكمها يرتطم ويتعارض مع المبادئ و القيم العليا الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي[1].

وعرفه الدكتور غالب علي الداوودي بأنه:" المصالح الجوهرية والأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أم إجتماعية أم إقتصادية أم خلقية أم دينية، والإخلال بها يعرض كيان الجماعة للتصدع والإنهيار "[2].

الملاحظ من خلال هذه التعاريف، أنها لم تحدد وبدقة المقصود بالنظام العام ويرجع ذلك إلى كونه فكرة وطنية نسبية[3]. تستعصى على التحديد. فما يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة معينة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، فتعدد الزوجات مثلا، يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي[4]، في حين لا يعتبر كذلك في الدول العربية، وما يعتبر مخالفا للنظام العام في وقت معين في بلد ما قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر، فبينما كان الطلاق محظورا في فرنسا قبل سنة 1884 أصبح مباحا وغير مخالف للنظام العام.كذلك بالنسبة لإثبات النسب غير الشرعي فبعد أن كان محظورا في فرنسا أصبح بعد سنة1912 يسمح به ولا يتعارض مع مقتضيات النظام العام الفرنسي[5].

---

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 774.

[2]–غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة،ط4، دار وائل للنشر، الأردن، عمان، 2005، ص 236.

[3]–وذلك خلافا لمفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية، إذ يعتبر مفهوما ثابت غير قابل للتغيير، كونه يرتكز على دعامة قانونية وهي الدين الإسلامي. أنظر بليعقوبي بلخير، فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 5، سنة 2008، ص 207، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 121.

[4] -Bourdrlois Béatrice, le mariage polygamique en droit international privé francais, thése doctorat, d’état, T1, université de pantheon, Assas (paris 2) ,1991, p 145.

[5]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 148.

هكذا إذن تظهر صعوبة تحديد وضبط فكرة النظام العام، الأمر الذي يجعل القاضي يتمتع بالسلطة التقديرية في هذا المجال، فهو الذي يقدر ما إذا كان القانون الأجنبي المختص متعارضا مع النظام العام في دولته أم لا. غير أن ذلك لا يعني ترك الأمر لتقديره الشخصي أو لمعتقداته وقناعته الذاتية. بل يتعين عليه أن يقدره على أسس موضوعية[1]، وحالة بحالة[2]، خاضعا في ذلك لرقابة المحكمة العليا[3].

وقد نبهت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إلى هذه المسألة وأشارت إليها بالنص على أنه: "يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام والآداب، فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة لا مذهبا خاصا فرديا خاصا[4].

البند الثاني: شروط الدفع بالنظام العام

لإثارة الدفع بالنظام العام وإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق لا بد من توافر الشروط التالية:

أولا: أن يكون الإختصاص ثابتا للقانون الأجنبي:ومقتضى هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد في دولة القاضي.

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 171، هشام صادق،عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 208.

[2] -Yvon loussouarn, Pierre bourel, op cit, p 303.

[3]–حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 298.

[4]–الطيب زروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج1، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1990–1991، ص 327، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 171.

وتأسيسا على ذلك، لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الأجنبي يمكن إستبعاده لأسباب أخرى كالإحالة مثلا...[1]

ثانيا: أن يتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام: ومعنى ذلك أن يكون القانون الأجنبي متعارضا في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد هذه المقتضيات وتقديرها، معتمدا في ذلك على معيار موضوعي يقوم على وجود تعارض حقيقي بين القانون الأجنبي و المباديء الأساسية العليا السائدة في مجتمعه[2].

فمثلا، يعتبر مخالفا للنظام العام القانون الأجنبي الذي لا يمنح للزوجة تعويض مالي عند الطلاق[3]، وكذلك القانون الأجنبي الذي يقر بالتوارث بين المسلم وغير المسلم، والقانون الأجنبي الذي يحرم البنات من الميراث...

ثالثا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية: أي وقت الفصل في النزاع[4].فلو كان القانون الأجنبي مثلا، يتعارض مع مقتضيات النظام العام وقت نشوء العلاقة وقبل المنازعة ثم زال ذلك التعارض على إثر تعديل تشريعي قبل الفصل في النزاع، فلا مجال لإثارة هذا الدفع وإستبعاد هذا القانون.

---

[1]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 152.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 782.

[3] -Patrick Courbe, divorce et séparation de corp, Rep, inetrnational, Dalloz, paris, 1998, p13

[4]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 780، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 174، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 187.

البند الثالث: آثار الدفع بالنظام العام

للحديث عن آثار الدفع بالنظام العام، يقتضي منا الأمر أن نميز بين آثاره فيما يخص إنشاء الحقوق وبين أثره بالنسبة للحقوق المكتسبة.

فبالنسبة للحالة الأولى ،فإنه يترتب على إعمال فكرة النظام العام إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله،وهذا الإحلال قد يتم بطريقة إيجابية وقد يتم بطريقة سلبية[1].

فهو يتم بطريقة إيجابية، إذا كانت قاعدة النظام العام فيه آمرة، ومثال ذلك ،أن يتقدم زوجان مختلفي اللون بطلب عقد زواجهما ويكون قانونهما الوطني لا يسمح الزواج بين مختلفي اللون فيستبعد القاضي تطبيق ذلك القانون لمخالفته للنظام العام ويطبق قانونه الذي يجيز هذا الزواج.

أو كأن يكون القانون الأجنبي يمنع النفقة لبعض الأقارب، ففي هذه الحالة أيضا يستبعده ويطبق قانونه الوطني الذي يقر ذلك[2].

ويتم بطريقة سلبية عندما تكون قاعدة النظام العام في بلد القاضي ناهية، فيقتصر دور القاضي على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ورفض الطلب ،مثال ذلك أن يطالب فرنسي مسيحي أمام القضاء الجزائري بنصيبه في الإرث من قريبه الفرنسي المسلم، فيرفض القاضي الجزائري طلبه لعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم وهي قاعدة من النظام العام في الجزائر.

[1]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 154، الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص،ج1،تنازع القوانين...المرجع السابق، ص 281.

[2] -Mohand Isaad, op cit, p 200.

وكذلك لو رفعت دعوى إثبات البنوة ناجمة عن الزنا وكان القانون الأجنبي يقبل ذلك، ففي هذه الحالة أيضا يستبعد ويحل محله القانون الوطني الذي يتدخل لرفض الطلب[1].

من خلال ما تقدم يتضح أنه في كلتا الحالتين ترتب على إستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام تطبيق قانون القاضي.

وقد أخذت بهذا الحل العديد من التشريعات[2]. بما فيها المشرع الجزائري حيث نص المادة 24 من ق.م.ج على أنه:"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 أو الآداب العامة."

كما لاقى هذا الحل تأييدا كبيرا من قبل الفقه، وذلك على أساس انه معلوم لدى القاضي مما يجنبه الصعوبات التي قد تعترض سبيله عند تطبيق القانون الأجنبي[3]. فضلا عن كونه يتلاءم مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية [4].

أما عن نطاق تدخل النظام العام، فقد إتجه جانب من الفقه إلى انه ينبغي أن يكون تدخلا كليا ولو كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام في دولة القاضي في جزء منه

---

[1] -Mohand Isaad, op cit , p 200.

[2]–من تلك التشريعات نذكر، التشريع التونسي (بموجب الفصل 5/36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية)، القانون الكويتي (بموجب المادة 73 من القانون رقم 5 لسنة 1961)، القانون النمساوي (بموجب المادة 2/6 من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1979)، القانون المجري (بموجب المادة 3/7 من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979). أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 787.

[3]–عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين،... المرجع السابق، ص 620.

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

فقط، وقد إستند أصحاب هذا الرأي على أساس ان الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرعه[1].

غير أن الفقه الراجح ،اتجه إلى القول بوجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط دون بقية الأجزاء الأخرى التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي. إذ بذلك نكون قد إحتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية[2].

وقد قنن المشرع التونسي هذا الحل صراحة في المادة 4/36 التي نصت على أنه:"...ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي...".

ونحن من جهتنا، نميل إلى الأخذ بهذا الحل القاضي بالإستبعاد الجزئي، غير أنه إذا كان الجزء المخالف للنظام العام يرتبط إرتباطا وثيقا بالأجزاء الأخرى فلا مناص في هذه الحالة من إستبعاده كليا.

أما عن أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة ، من ذلك أن ينشأ حق في دولة أجنبية مخالفا للنظام العام في دولة القاضي ويراد التمسك بآثاره في دولة القاضي .

طبقا للرأي الراجح، فإن المسألة تختلف باختلاف مدى تعارض الأثر ذاته مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي. فإذا كانت هذه الآثار على الدرجة نفسها من الإستهجان والشذوذ تعين التمسك بالنظام العام لمنع سريانها، أما إذا لم تصل لهذه الدرجة

[1]–أنظر،أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 177.

[2]–فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد،الوسيط في القانون الدولي الخاص،ج2، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974،ص199.

فلا مناص من الإعتراف بها[1]. وهذا ما يعرف ب "الأثر المخفف للنظام العام"، ومن أمثلة ذلك ،الاعتراف بآثار الزواج المتعدد في دولة لا تجيزه .

ويستند الفقه المؤيد لهذه الفكرة في تبرير موقفهم على عدة حجج أهمها:

-أن الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز أو علاقة قانونية تم إنشائها في الخارج بقدر ما يتأثر إذا ما أريد إنشاء نفس المركز داخل دولة القاضي[2].

-أن الأخذ بهذه الفكرة خصوصا في مجال الأحوال الشخصية يسمح بدوام حالة الشخص وإحترام المراكز الواقعية التي تكونت بالفعل والتي لا يجب إهدارها[3].

-أن الأخذ بهذه الفكرة يتفق مع الطابع النسبي للنظام العام، فالقاضي الوطني لا يعمل بالدفع بالنظام العام بالنسبة للمراكز القانونية التي نشأت بالخارج لأن نشأة هذه المراكز لا صلة لها بالنظام القانوني الوطني[4].

-أن الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام هو أمر يقتضي إضطرار المعاملات الدولية، ذلك أن الأخذ بالأثر الكامل من شأنه الحد من العلاقات القانونية التي تمتد عبر الحدود[5].

هذا، و فضلا عن التأييد الفقهي الذي حضيت به هذه الفكرة قد قننتها صراحة بعض التشريعات من ذلك التشريع التونسي حيث نص في الفصل 37 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أنه :"يتم الإعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي ".

---

[1]-الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 285.

[2]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 182.

[3]-صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة... المرجع السابق، ص 356.

[4]-صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 356.

[5]- صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص 356-357.

هذا، وتجدر الإشارة أن الحق الناشئ عن طريق إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام يحتج به في دولة القاضي، بينما يكون عديم الأثر في البلد المستبعد قانونه. أما الإحتجاج به في دولة ثالثة فهو يتوقف على مدى مطابقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي[1]، وهذا ما يعرف "بالأثر الإنعكاسي للنظام العام".

ومثال ذلك، لو أبرم زوجان يونانيان زواجهما في الجزائر في الشكل المدني فإن هذا الزواج يمكن الإحتجاج بصحته في مختلف الدول التي يعتبر فيها الزواج نظام مدني، ولا يمكن ذلك بالنسبة للدول التي يعتبر فيها الزواج نظاما دينيا.

البند الرابع: تطبيقات الدفع بالنظام العام في مجال المنازعات الأسرية

فكرة النظام العام كوسيلة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لها تطبيقات قضائية عديدة لا سيما في مجال المنازعات الأسرية، الذي يعد المجال الخصب لإثارة هذا الدفع وذلك لإختلاف الدول في تنظيم هذه المسائل .

فعلى مستوى القضاء الجزائري، جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي: " وحيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنتين، هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها، وقد ثبت القرار في حيثياته أن البنتين ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين الطرفين وقبل زواجهما، وأن الإعتراف بتثبيت النسب للأب في ظل القانون الفرنسي

[1]–الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 287.

يخالف النظام العام في الجزائر، لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء"[1].

وفي مجال الإرث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي: "حيث أن المحكمة ترى وأنه مادام هذا الزواج المطلوب تسجيله من المدعية غير ثابت أصلا وذلك بإعترافها ومادام هذا الشخص الذي تدعي زواجها به متوفي وغير مسلم وذلك بشهادتها وشهادة الشاهدين ولما كان ذلك مخالفا للنظام العام، فإنه يتعين رفض دعواها" [2].

وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى: "من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعا (أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئا) ولما تبين –من قضية الحال– أن الطاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهما، يتعين بذلك رفض الطعن" [3].

هذا، ولم يقتصر إعمال هذا الدفع على القضاء الجزائري فحسب ،بل إمتد ليشمل تحت مظلته قضاء العديد من الدول ،من ذلك القضاء الفرنسي حيث أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية شهيرة، تتلخص وقائعها في أن أمريكيا يدعى "نيلسون موريس" كان قد تزوج ممثلة تدعى "جان أوبير" من جنسية فرنسية وبقيت محتفظة بجنسيتها بعد الزواج–طبقا لقانون الجنسية الصادر في 1927– وكان زوجها قد اشترط عليها عند الزواج أن تترك المسرح، إلا أنها خالفت ذلك الشرط وتعاقدت مع احد

[1]–قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 23–04–1991، أشار إليه عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 249.

[2]–أشار إلى ذلك، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 171.

[3]– المحكمة العليا، ملف رقم 123051، قرار صادر بتاريخ 25–07–1995، م. ق، العدد 1، سنة 1996، ص 113–116.

أصحاب المسارح لتقوم بالتمثيل، فرفع الزوج دعوى أمام محكمة السين مطالبا صاحب المسرح بعدم التعاقد مع زوجته وبالتعويض، فدفع صاحب المسرح، ان قانون جنسية الزوج وهو القانون الأمريكي الواجب التطبيق على أهلية الزوجة بموجب قاعدة الإسناد الفرنسية يجيز للزوجة ممارسة التمثيل دون إذن زوجها فرفضت المحكمة دفع صاحب المسرح واستبعدت تطبيق القانون الأمريكي وذلك لمخالفته للنظام العام الفرنسي وطبقت القانون الفرنسي وجاء في حكمها الصادر في 8 أبريل1930" إذا كان قانون أجنبي يمنح الزوجة أهلية غير محدودة تسمح لها بممارسة مهنة التمثيل رغم معارضة زوجها، فان هذا القانون يكون مخالفا للنظام العام في فرنسا من هذه الناحية ويتعين استبعاده"[1].

وفي قضية أخرى، تدعى بقضية "باتينو" "Patino"[2]. استبعدت المحكمة القانون البوليفي لمخالفته النظام العام كونه يحضر مسالة الانفصال الجسماني وطبقت القانون الفرنسي ،وقضت بالتفريق الجسماني بين الزوجين ورتبت على هذا التفريق تصفية علاقتهما المالية.

كما ذهب هذا القضاء في مناسبة أخرى إلى استبعاد تطبيق القانون المغربي باعتباره قانون جنسية مواطن مغربي، أراد الزواج ثانية في فرنسا وهو مقيم مع زوجته الأولى في فرنسا، فقد جاء في هذا الموقف القضائي أن العلاقة القانونية الثانية المراد إنشائها في فرنسا تتعارض مع المفاهيم الأساسية لقانون العائلة الفرنسي[3].

وفي قرار آخر ،رفض تطبيق القانون الإسباني بإعتباره قانون جنسية الزوج طبقا لقواعد الإسناد الفرنسية ، بحيث وجد أنه يحضر الطلاق فذهبت المحكمة إلى القول " بما أن الزوجة فرنسية وتسكن في فرنسا فتتمتع بحق الطلاق كبقية الفرنسيين وأن تطبيق

[1]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص154–155.

[2]-cass.CIV.15-5-1963, V.pierre Mayer, Vincent heuzé, op cit, p 155.

[3]–قرار محكمة استئناف باريس في 2–4–1956، أشار إليه عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 346.

القانون الإسباني يترتب عليه عدم المساواة بين الفرنسيين وهو أمر يتعارض مع النظام العام الفرنسي[1].

وفي ذات السياق، إستبعدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ10فيفري 1993تطبيق القانون التونسي لمخالفته للنظام العام الفرنسي باعتباره يحرم الطفل الفرنسي أو المقيم بفرنسا من حقه في النسب[2].

أما عن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي، فقد كرس هذا القضاء ذلك في قضية شهيرة تدعى بقضية "Fayeulle"[3]، في 8نوفمبر1943،حيث استبعدت المحكمة طرق إثبات النسب لطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص وأبقت على آثار النسب لكونها غير مخالفة للنظام العام الفرنسي.

كما كرس ذلك في حكم آخر بتاريخ 17 نوفمبر 1964 والذي إعتبر بموجبه أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام إلا فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، وعليه فإنه لا يستعبد من أحكام هذه الشريعة إلا حكمها المتعلق بحرمان غير المسلم من الميراث، أما ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة فيتم وفقا لأحكامها [4].

وبالنسبة للأثر المخفف للنظام العام، له تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي، حيث إعترف هذا الأخير للزوجة الثانية بالحق في طلب النفقة الزوجية وحقها في الإرث وحقها في التعويض الذي طالبت به على اثر وفاة زوجها. ففي هذه الحالات قدر القضاء

[1]–قرار محكمة التمييز الفرنسية في 2–4–1956، أشار إليه عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 346.

[2]–أنظر، ميكالي هواري، المرجع السابق، ص 340.

[3]- cass.CIV. 8-11-1943.V.patrick courbe, droit international privé, Dalloz , paris, éd 2000, p 108, Yvon Loussouarn, Pierre bourel, op cit, p313.

[4]– أنظر أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 178.

الفرنسي أن الآثار التي تم التمسك بها في فرنسا ليست مخالفة للنظام العام الفرنسي رغم أن التعدد لا يسمح بإنشائه في فرنسا[1].

المطلب الثاني: المشاكل التي تعترض القاضي عند تنازل القانون الأجنبي عن الإختصاص المسند إليه

قد يحدث وأن يتنازل القانون الأجنبي عن الإختصاص المخول له بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي .غير أن ذلك التنازل قد يتم إما بشكل غير مباشر، عن طريق تركيز الإختصاص في شريعة معينة من الشرائع المتعددة التي يتضمنها ،فيواجه القاضي بذلك مشكلة التعدد التشريعي (الفرع الأول) أو بشكل مباشر ،عن طريق إحالته الاختصاص لقانون القاضي أو قانون أجنبي آخر فيواجه القاضي مشكلة الإحالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعدد التشريعي

إذا ثبت الإختصاص عند إعمال الضابط الشخصي لصالح قانون دولة أجنبية متعددة الشرائع–أي ذات نظام قانوني مركب– فإن هذا الأخير يحيل الإختصاص لقانونه الداخلي لتتولى تحديد أي نظام تشريعي يطبق القاضي. وهنا يثور التساؤل، حول ما إذا كان القاضي ملزم بقبول هذه الإحالة أم لا؟ و ماذا لو كان القانون الداخلي لتلك الدولة لا يتضمن أصلا قواعد لفض النزاع؟

لبحث المشكلة سوف نعمل على توضيح صور التعدد (البند الأول) لنتطرق بعد ذلك إلى رصد الحلول المكرسة لعلاج هذه المشكلة (البند الثاني).

[1]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 628.

البند الأول: صور التعدد التشريعي

التعدد التشريعي ،قد يكون تعددا شخصيا أو تعددا إقليميا.

أولا: التعدد الشخصي

يكون التعدد شخصيا لما يكون سكان الدولة الواحدة مقسمين إلى عدة طوائف حسب الديانة، الأصل، ويكون لكل طائفة شريعتها الخاصة بها، كما هو الحال في كل من مصر، العراق، لبنان، باكستان، إيران، افغانستان..[1].

من ذلك، أن يعرض أمام القاضي الجزائري دعوى طلاق رفعها زوج مصري مسلم ضد زوجته المصرية المسيحية، فانه طبقا لقاعدة التنازع الجزائرية (م 12 ق.م.ج) فان القانون المصري هو المختص باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. فهنا يثور التساؤل حول الشريعة التي يطبق القاضي باعتبار مصر دولة متعددة الشرائع.

هل الشريعة المصرية أم الشرائع الملية غير الإسلامية ؟

ثانيا: التعدد الإقليمي

يكون التعدد إقليميا، لما تكون الدولة المختص قانونها بحكم النزاع مقسمة إلى عدة أقاليم ويكون لكل إقليم شريعته الخاصة ،مثل ما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، سويسرا...[2]

من ذلك، أن يعرض أمام القاضي المصري نزاع يتعلق بتركة أمريكي كان متوطن بمصر وتوفي فيها، فطبقا لقاعدة الإسناد المصرية (م17 ق.م.مصري) فان القانون الأمريكي هو المختص باعتباره قانون جنسية المورث وقت الوفاة.فيثور التساؤل هنا أيضا حول ما المراد بالقانون الأمريكي هل هو قانون المواريث في دولة كاليفورنيا أو فلوريدا أوتكساس أوأوهايو...

[1]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 158.

[2]–أعراب بلقاسم، نفس المرجع ، ص 158.

من خلال ما تقدم ،يبدو جليا أن مشكلة التعدد التشريعي تقف عقبة أمام تطبيق القانون الشخصي. الأمر الذي يقتضي تحديد الحلول المكرسة لمعالجة هذه المشكلة.

البند الثاني: الحلول المكرسة لمشكلة التعدد التشريعي.

لرصد الحلول المقررة يقتضي منا الأمر توضيح القاعدة العامة القاضية بتفويض القانون الأجنبي مهمة تحديد النظام التشريعي الواجب تطبيقه(أولا) وكذا توضيح الحلول المكرسة في حالة خلو القانون الأجنبي من قواعد لفض النزاع الداخلي(ثانيا).

أولا: تفويض القانون الأجنبي مهمة تحديد النظام التشريعي الواجب تطبيقه

تكاد تجمع مختلف الأنظمة القانونية على انه في حالة ثبوت الاختصاص لصالح قانون دولة أجنبية متعددة الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يحدد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق.

هذا الحل كرسه المشرع الجزائري صراحة، حيث نص على ذلك في المادة 23 ق.م.ج التي جاء فيها:"متى ظهر في الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه..."

تطبيقا لهذا النص، إذا ثبت– بموجب قاعدة الإسناد الوطنية – تطبيق قانون أجنبي على نزاع أسري معين، وكان هذا القانون قانون دولة متعددة الشرائع فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يبين الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائع المتعددة. وقد أخذت بهذا الحل غالبية التشريعات[1]

[1]–من تلك التشريعات نذكر، القانون المصري حيث نص في المادة 26 ق.م.مصري على أنه : "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعد فيه الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة من هذه يجب تطبيقه" وكذلك القانون الإسباني لعام 1974 حيث نصت المادة 5/12 على أنه : "حينما تعين قاعدة التنازع تشريع دولة يتعايش داخلها عديد من الأنظمة التشريعية فإن تحديد ايها واجب

كما أخذ به القضاء في العديد من الدول [1].

وفضلا عن ذلك ،فقد لاقى تأييدا من قبل الفقه،حيث يقول الاستاذ" "ERICAGOSTINI

بأن هذا الحل من شأنه توحيد الحلول على المستوى الدولي، فتكون الشريعة الداخلية المطبقة هي نفسها دائما مهما كانت الجهة القضائية الناظرة في النزاع ،لأنها ستستعمل نفس المعايير. ويضيف أن الدولة الأجنبية قد أعطت بنفسها الحل للتنازع الداخلي، فمن

التطبيق يتم وفقا لتشريع تلك الدولة" كما أخذ به أيضا القانون البولوني، الفرنسي، النمساوي، انظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 658.

[1]–من ذلك نذكر، حكم محكمة الجيزة الابتدائية في 26 يونيو 1950 قضت فيه بتطبيق قانون ولاية واشنطن على دعوى تطليق بين زوجين من رعايا دولة الولايات المتحدة الأمريكية، إستنادا إلى أن قواعد الاسناد الداخلي في الولايات المتحدة تقضي بتطبيق قانون موطن الزوج، أي قانون الولاية التي أعدها الزوج موطنا له في بلده. أشار إليه محمد موساوي، قاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، دراسة مقارنة، ط1، مراكش، 2002، ص 385.

ونذكر من ذلك أيضا، حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية في 12–2–1954 في قضية تطليق مرفوعة من زوجة مصرية على زوجها البريطاني وكان القانون واجب التطبيق هو القانون المصري –بموجب المادة 14 ق.م.مصري– ولما كان هذا الأخير من القوانين المركبة قررت المحكمة ما يلي: "وحيث أن القانون المصري الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية ليس قانونا موحدا وإنما هو قانون مركب من عدة قوانين دينية، ومن المقرر في هذا الخصوص بالنسبة لغير المسلمين أنه لا ينطبق على الخصوم أحكام ديانتهم إلا إذا اتحدوا ديانة ومذهبا، فإن اتفقوا ديانة واختلفوا مذهبا طبقت عليهم أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القوانين الصادرة في خصوص الأحوال الشخصية الإسلامية، وذلك باعتبار أن هذه الأحكام هي القانون ذو الولاية العامة بالنسبة للمصريين"، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 659.

وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية بتاريخ أول مايو 1958 طبقت بموجبه أيضا مقتضيات المادة 26 ق.م.مصري وذلك بشأن طعن عرض أمامها في حكم لمحكمة استئناف القاهرة الذي فصل في دعوى تطليق وحضانة ونفقة مرفوعة من زوجة إيطالية على زوجها الانجليزي حيث قضت فيه: "ويتبين من هذه النصوص –وهي المواد 26، 13، 27 ق.م.مصري– " أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته، وأنه إذا كان الزوج ينتمي وقت رفع دعوى التطليق إلى جنسية دولة أجنبية متعددة الشرائع تعين أن تكون الشريعة التي تطبق أحكامها، هي إحدى الشرائع المشار إليها... ولما كانت بريطانيا دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن الشريعة التي يتعين تطبيق أحكامها الموضوعية في حالة الدعوى لا بد أن تكون إحدى الشرائع السارية في بريطانيا أو المستعمرات طبقا لما يقرره القانون البريطاني"، أشار إلى ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع السابق ، ص 659.

غير المعقول أن تعطي له حلا آخر مغايرا ،لان التنازع لا يهم سواها ،وكان بإمكانها أن تقوم بتوحيد التشريعات الداخلية ،وحينئذ يفرض هذا التوحيد نفسه على كل الدول [1].

أما عن مجال إعمال هذا الحل، فقد إختلف الفقهاء بشأنه وإنصب الخلاف أساسا حول ما إذا كان يطبق على كافة صور التعدد أم لا؟ وأيضا حول ما إذا كان يؤخذ به بالنسبة لجميع ضوابط الإسناد أم أن تطبيقه يقتصر على بعض الضوابط فقط؟

فبالنسبة للخلاف حول مدى إنطباق هذا الحل بالنسبة لصور التعدد ،فقد إتجه جانب من الفقه الإيطالي إلى تحديد نطاقه بالتعدد الإقليمي دون الشخصي، وذلك على أساس أن مهمة قاعدة الإسناد هي تعيين شريعة إقليمية وليس من وظيفتها أن تحدد الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق .فتعيين الشريعة الخاصة في هذه الحالة أمر يتعلق بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ولا شأن له بتفسير قاعدة الإسناد في دولة القاضي[2].

غير أن هذا الإتجاه أنتقد من قبل غالبية الفقه ،حيث نادى هذا الأخير بضرورة المساواة بين صور التعدد في إعمال هذا الحل[3].

ونحن من جهتنا أيضا، لا نقر بهذه التفرقة لصراحة النص وشموليته لمختلف صور التعدد.

أما بالنسبة للخلاف حول مدى إنطباق هذا الحل على ضوابط الإسناد، سنتعرض له بالقدر الذي يهمنا في هذه الدراسة أي بالتركيز على ضابطي الجنسية والموطن بإعتبارهما من الضوابط المعول عليهما في مجال المنازعات الأسرية.

---

[1]–رأي الأستاذ "ERICAGOSTINI" أشار إليه، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 160.

[2]–أنظر،حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 220.

[3]– هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 132.

ففيما يتعلق بضابط الجنسية، فلا مفر من إعمال هذا الحل أي تفويض القانون الأجنبي المتعدد الشرائع ليحدد أي شريعة داخلية تكون واجبة التطبيق. ذلك أن هذا الضابط ليس له القدرة على تعيين القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق عند تعدد الشرائع في الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته[1].

أما بالنسبة لضابط الموطن، فباعتباره من الضوابط المكانية فقد اتجه بعض الفقه[2]، الى القول باستبعاده من مجال إعمال هذا الحل، وذلك على أساس انه قادر على تحديد الشريعة الداخلية.

فإذا كانت قاعدة الإسناد تقوم على ضابط الموطن مثلا، وإتضح أن الشخص متوطن في ولاية نيويورك بأمريكا.كان القانون المختص هو القانون الأمريكي، فالإختصاص لم يثبت لذلك القانون إلا بعد أن تبين مقدما أن الشخص متوطن في ولاية نيويورك، وبذلك تتحدد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع بطريقة مباشرة وهي قواعد الشريعة المحلية لولاية نيويورك فليس إذن ثمة ما يدعو إلى الرجوع لقواعد الإسناد الداخلي في القانون الأمريكي فيما إذا وجدت تلك القواعد[3].

رغم سلامة التحليل، إلا أن الفقه الغالب، ذهب إلى خلاف ذلك حيث إتجه إلى إعمال هذا الحل حتى بالنسبة لهذا الضابط على أساس أن المشرع إنما يستخدم الضوابط المكانية لتركيز العلاقة القانونية في دولة من دول العالم، وليس في وحدة إقليمية معينة داخل هذه الدولة[4].

---

[1]–هشام صادق،عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع ، ص 136.

[2]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 435.

[3]–محمد كمال فهمي، نفس المرجع ، ص 435.

[4]–هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال،المرجع السابق، ص 138.

ونحن من جهتنا، نرى أن النص جاء عاما مما يعني إعمال الحل المكرس في المادة 23 ق.م.ج على مختلف الضوابط.

ثانيا: الحلول المكرسة في حالة عدم تضمن القانون الأجنبي قواعد لفض النزاع الداخلي

تجدر الإشارة إلى أنه وإن كانت غالبية التشريعات قد عالجت مشكلة التعدد الشرائعي عن طريق تفويض القانون الأجنبي المختص، أمر تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق. إلا أنه مع ذلك قد يحدث وأن يكون هذا القانون لا يتضمن قواعد لفض النزاع الداخلي، فما هو الحل في هذه الحالة؟

إتجه بعض الفقه إلى أن الحل في حالة التعدد الشخصي يكون عن طريق الكشف عن الانتماء الديني لأطراف النزاع[1].

أما في حالة التعدد الإقليمي، فإذا كان ضابط الإسناد في قواعد التنازع الوطنية هو ضابطا إقليميا كالموطن، فالأمر لا يطرح إشكال كون أن الضوابط المكانية قادرة على تعيين الشريعة الداخلية المختصة[2]. أما إذا كان ضابط الجنسية تعين تطبيق الشريعة الداخلية أو القانون الساري في الإقليم الذي تحتفظ معه العلاقة محل النزاع برابطة جدية وفعلية[3].

وهذا الحل أكدته العديد من القوانين، نذكر منها القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 حيث نصت المادة 3/5 منه على أنه: "إذا كان النظام القانوني الأجنبي يتكون

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 661.

[2]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 162.

[3]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 660.

من عدة نظم جزئية فيجب تطبيق ذلك النظام الذي ترشد إليه قواعد النظام القانوني الأجنبي،وعند انعدام تلك القواعد، يكون واجب التطبيق النظام القانوني الجزئي الذي تتوفر معه الرابطة الأكثر قوة "[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أغنانا عن الخوض في الجدل الفقهي ،حيث ميز بين حالة التعدد الطائفي وحالة التعدد الإقليمي .

وعليه، في حالة عدم تضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية متعددة الشرائع قواعد لفض النزاع الداخلي وكانت هذه الدولة متعددة الأقاليم، تعين تطبيق التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد وإذا كانت متعددة الطوائف طبق التشريع الغالب في ذلك البلد إستنادا لنص المادة 2/23 ق.م.ج[2].

الفرع الثاني: الإحالة

إن اختلاف ضوابط الإسناد التي تحكم المنازعات الأسرية من دولة لأخرى ،من شانه أن يؤدي إلى حدوث تنازع بين قواعد الإسناد في دولة القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي وهذا التنازع قد يكون ايجابيا، وذلك عندما تتمسك كل من قاعدتي الإسناد في القانونين باختصاصهما، وقد يكون سلبيا عندما تتخلى كل من قاعدتي الإسناد في القانونين عن الإختصاص الذي إنعقد لها وتسنده لقانون آخر. وهنا تثور مشكلة الإحالة.

[1]–ومن التشريعات التي أخذت بهذا الحل أيضا نذكر، القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 (المادة 3/4)، القانون الايطالي لعام 1995 (المادة 2/18).أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 661.

[2] –تنص المادة 2/23 ق.م.ج على أنه : "...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 الاقليمي".

وللوقوف وبدقة على هذه المشكلة ،سنتناول في هذا الفرع مفهوم الإحالة (البند الأول)، وموقف الفقه منها(البند الثاني) الى جانب توضيح موقف التشريع والقضاء المقارن منها (البند الثالث).

البند الأول: مفهوم الإحالة

تعرض مسألة الإحالة عندما يكون التنازع سلبيا بين قاعدة الإسناد في دولة القاضي وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، وذلك نتيجة الإختلاف في ضوابط الإسناد خاصة التنازع بين ضابطي الجنسية والموطن[1].

وصورة ذلك أن تخول قاعدة الإسناد في دولة القاضي الإختصاص لقانون أجنبي فترفض قواعد الإسناد في هذا القانون الاختصاص المخول لها، وتحيله لقانون آخر قد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر.

وإستنادا إلى ذلك، يمكن تعريف الإحالة بأنها "تلك النظرية التي تلزم بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وذلك في حالة اختلاف ضابطي الإسناد في القانونين وكان التنازع سلبيا بينهما".

هذا، والإحالة قد تكون من الدرجة الأولى أو من الدرجة الثانية كما قد تكون في صورة الإحالة المزدوجة.

فأما الإحالة من الدرجة الأولى، فتتحقق عندما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي، الإختصاص إلى هذا الأخير. مثال ذلك أن يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بميراث مال منقول لفرنسي كان

[1] -Marcel weigerber, les conditions de fond du mariage en droit international privé, thése de doctorat, faculté de droit université, paris, 1908, p 63.

متوطن في الجزائر وتوفي فيها، فبتطبيق قاعدة الإسناد الجزائرية (م16ق.م.ج) يثبت الإختصاص للقانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المورث وقت الوفاة،غير أن القانون الفرنسي يرفض الاختصاص ويحيله إلى القانون الجزائري باعتباره قانون آخر موطن للمتوفي .

وقد طرحت مسألة الإحالة وبالضبط الإحالة من الدرجة الأولى في القضاء الفرنسي في قضية شهيرة تدعى بقضية "فورقو"[1]. وتتلخص وقائعها ،في أن فورقو إبن غير شرعي ولد في بافاريا ولما بلغ سن الخامسة من عمره رحلت به أمه إلى فرنسا فأقام بها حتى وافته المنية، وهو في الثامنة والستين من عمره، تاركا وراءه ثروة منقولة هامة ولم يكن له ورثة مباشريين كالأب، الزوجة، الأبناء...كما أن إقامته بفرنسا كانت إقامة فعلية لا قانونية لأن القانون الفرنسي آنذاك كان يشترط للتوطن القانوني الحصول على ترخيص إداري بالتوطن وهما لم يحصلا عليه.

فعلى إثر وفاته، إستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على الثروة التي تركها بإعتبارها تركة دون وارث، فثار نزاع بينها وبين حواشي فورقو من عائلة "Ditchel" أقارب أمه إذ طالبو بحقهم في الميراث مستندين على قواعد القانون البافاري الداخلية التي تسوي في الميراث بين الولد الشرعي والغير شرعي، فقضت محكمة استئناف"Pau" في 11مارس1874برفض طلبهم مستندة إلى أن فورقو كان متوطنا في فرنسا، وبالتالي يجب أن يطبق على ميراثه القانون الفرنسي وهو يقضي بحرمانهم من الميراث فطعن ورثة فورقو في هذا الحكم أمام محكمة النقض فنقضت هذه الأخيرة هذا الحكم في 18-5-1875 على أساس أن فورقو لم يكن متوطنا في فرنسا وأن الحكم أخطأ في التقدير عندما

[1]-أنظر وقائع القضية، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 48.
Yvon Loussouwan, pierre bourel , op cit, p 225, Pierre Mayer, vincent heuzé, op cit, p 158-159.

إعتبر فورقو متوطنا في فرنسا، مع أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن فيها ،ومن ثم يكون موطنه القانوني هو بافاريا ويطبق على ميراثه القانون البافاري، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف بوردو التي حكمت لصالح الورثة ،على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي.

غير أن مصلحة الأملاك الفرنسية لم تستسلم، فطعنت مرة أخرى في الحكم أمام محكمة النقض فنقضت هذه الأخيرة هذا الحكم في قرار لها صادر بتاريخ 24 جوان 1878على أساس أنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع لقواعد التنازع فيه، والتي تسند الاختصاص إلى قانون الموطن الفعلي مما يجعل القانون الفرنسي مختصا أيضا وأحالت القضية إلى محكمة استئناف "تولوز " التي قضت في 22 ماي1880 بما أشارت إليه محكمة النقض، فطعن الورثة مرة أخرى بالنقض في هذا الحكم لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البافاري دون قواعده الداخلية، ولكن محكمة النقض رفضت الطعن في22فبراير1882 ودون أن تصرح بالإحالة، قبلت إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي وهي إحالة من الدرجة الأولى.

أما الإحالة من الدرجة الثانية، فتكون عندما تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، الاختصاص لا إلى قانون القاضي وإنما إلى قانون أجنبي آخر،ومثال ذلك، أن يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بميراث منقولات لإنجليزي كان متوطن في فرنسا وتوفي فيها ،فطبقا لقاعدة الإسناد الجزائرية فان القانون الواجب التطبيق هو القانون الانجليزي بوصفه قانون جنسية الهالك. غير انه بالرجوع إلى القانون الانجليزي نجد أن قواعد الإسناد في هذا الأخير ترفض الاختصاص وتحيله للقانون الفرنسي بوصفه قانون موطن الهالك.

أما عن نظرية الإحالة المزدوجة أو الإحالة الكلية ،فقد اخذ بها القضاء الانجليزي الحديث في بعض المسائل المحدودة وهي ميراث المنقول، الطلاق، وترتيب حقوق عينية على عقارات كائنة بالخارج[1].

وطبقا لهذا النظرية، فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي المعروض عليه النزاع أن يفصل فيه كما يفصل فيه القاضي الأجنبي المختص قانونه وفقا لقواعد الإسناد الإنجليزية، بمعنى أنه يتعين على القاضي الإنجليزي أن يضع نفسه مكان القاضي الأجنبي ويقضي بما يقضي به هذا الأخير، ومثال ذلك، لو عرض أمام القاضي الانجليزي، نزاع يتعلق بميراث مال منقول لمواطن لانجليزي متوطن في ألمانيا ،فطبقا لقواعد التنازع الانجليزية يطبق القانون الألماني باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفي. ومن ثم فانه يتعين على القاضي الانجليزي أن يفصل في هذا النزاع بنفس الكيفية التي يفصل بها القاضي الألماني. فلو عرض النزاع على هذا الأخير، فطبقا لقواعد الإسناد الألمانية فان القانون الانجليزي هو المختص باعتباره قانون جنسية الهالك، و لما كان القانون الألماني يقبل الإحالة من القانون الانجليزي إلى القانون الألماني، فان القاضي الألماني سوف يطبق قانونه. وعليه يتعين على القاضي الانجليزي ان يفصل في النزاع طبقا للقانون الألماني الداخلي.

على الرغم من أن هذه النظرية ترمي إلى توحيد الحلول والتنسيق بين الأنظمة القانونية، إلا أنه يؤخذ عليها عدم إمكانية تعميمها. فهي غير صالحة إلا إذا أخذ بها القاضي المطروح أمامه النزاع دون غيره من قضاة الدول الأخرى التي تنازعت قوانينها

[1]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 121، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 54.

لحكم العلاقة المطروحة، أما إذا أخذ بها قضاة كل الدول التي لها علاقة بالنزاع المطروح، فإن ذلك سيؤدي إلى حلقة مفرغة[1].

البند الثاني: موقف الفقه من الإحالة

أثارت نظرية الإحالة جدلا صاخبا بين الفقهاء ،أدى إلى انقسامهم بين مؤيدين (أولا) ومعارضين (ثانيا) وآخرين مقترحين إنتهاج فكرة الحل الوظيفي (ثالثا).

أولا: الإتجاه المؤيد لنظرية الإحالة

مقتضى هذا الاتجاه، انه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق قانون دولة أجنبية فانه يتعين على القاضي أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون. ويستند انصار هذا الاتجاه على مجموعة من الحجج تتمثل فيما يلي:[2]

_ أن قانون كل دولة يتكون من قواعد موضوعية وقواعد إسناد ،وتكون في مجموعها وحدة متكاملة يلزم العمل بها بصورة كاملة، وإذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي معين فإنها تقصد بذلك جميع أحكام ذلك القانون، ولا يصح تجزئتها والأخذ بالقواعد الموضوعية فقط ،بل يلزم في الوقت ذاته إتباع قواعد الإسناد التي يتضمنها.لأن تجاهل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وعدم تطبيقها والاقتصار فقط على تطبيق القواعد الموضوعية يعني من جهة إرغام القانون الأجنبي على قبول اختصاص يرفضه لما في ذلك مساس بسيادة الدولة الأجنبية ويعني من جهة

[1]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 119.

[2]– أنظر في عرض هذه الحجج، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 130–132، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 117، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 73–74، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 710–711.

أخرى إهدار ومخالفة قاعدة الإسناد الوطنية لان القاضي سوف يطبق قانونا غير الذي تقصده هذه القاعدة.

_ إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توحيد حلول تنازع القوانين بين الدول التي تتصل بها العلاقة ،فالقاضي بقبول الإحالة سوف يفصل في النزاع بذات الطريقة التي كان سيفصل بها قاضي الدولة الاجنبية فيما لو رفعت اليه الدعوى ابتداء. وهذا الامر من شانه تيسير تنفيذ الاحكام الوطنية بالخارج.

مثال ذلك، أن ترفع دعوى ميراث مال منقول لفرنسي كان متوطن بالجزائر وتوفي فيها. فقواعد الإسناد في القانون الجزائري تقضي بتطبيق القانون الفرنسي بإعتباره قانون جنسية الهالك وقت الوفاة، غير أن هذا الأخير يرفض الإختصاص ويحيله لقانون آخر موطن للهالك. فلو أخذ القاضي الجزائري بالإحالة سينتهي إلى تطبيق القانون الجزائري، ولا يختلف الأمر عنه لو عرض النزاع أمام القاضي الفرنسي إذ هو الآخر سوف يطبق عليه القانون الجزائري بإعتباره قانون آخر موطن للهالك.

_أن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلى تيسير الكثير من المشاكل عن القاضي الذي يفصل في النزاع. فمثلا، إذا كان القانون المختص طبقا لقاعدة التنازع الوطنية هو قانون دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع–سواء تعددا اقليميا او طائفيا– فان الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يجنب القاضي مشقة البحث في القوانين الداخلية لهذه الدولة، لأن قانونه هو الذي سيصبح مختصا.

مثال ذلك، لو عرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية أمريكي متوطن في الجزائر، فبقبول القاضي للإحالة، سوف ينتهي إلى تطبيق قانونه ويتجنب مشقة البحث في القوانين الداخلية الامريكية للبحث عن القانون المختص من ضمنها.

_أن الأخذ بالإحالة من شأنه منع التحايل على القانون، ذلك أن قبول الإحالة يؤدي إلى إستقلال حل النزاع عن إختيار المحكمة، وسد الطريق أمام الأطراف إلى الغش نحو القانون، لأنه مع قبول الإحالة ليس من المؤكد أن تطبق المحكمة القانون الذي تشير بإختصاصه قاعدة التنازع في قانونها.

ثانيا: الإتجاه الرافض لنظرية الإحالة

مقتضى هذا الإتجاه، أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، فانه يتوجب على القاضي حينئذ أن يطبق القواعد الموضوعية فيه مباشرة على النزاع، دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين، ويرتكز أصحاب هذا الرأي على مجموعة من الحجج لتبرير موقفهم تتمثل فيما يلي: [1]

-أن دور قاعدة الإسناد في قانون القاضي هو تحديد القواعد المادية المختصة في القانون الأجنبي الذي إنعقد له الإختصاص، وعليه، إذا ما رجع القاضي إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي وطبق ما تقضي به من إختصاص قانون آخر فانه يكون قد إمتثل لأوامر المشرع الأجنبي دون أوامر مشرعه مما يعد إنتهاكا لسيادة قانونه الوطني.

-أن الإحالة تؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة لا مخرج منها وذلك عندما تتتابع الإحالات أي عندما يحيل كل قانون على آخر إلى مالا نهاية.

- أن الأخذ بالإحالة قد يترتب عليه أحيانا إجحاف بحقوق الأفراد ،حيث تطبق عليهم نظم قانونية غير مقررة في بلادهم، فمثلا، لو عرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق

[1]- أنظر في عرض هذه الحجج، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 132-134، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص118، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص75، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص713، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص94-95، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 104-106، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50.

بطلب الحجر للسفه على مواطن انجليزي، فإنه بقبول القاضي الجزائري للإحالة، سوف ينتهي إلى تطبيق نظام الحجر على هذا الإنجليزي رغم أن هذا النظام غير معروف أصلا في إنجلترا.

–وردا على الحجة التي ساقها أنصار الإحالة، والتي مفادها انه يجب أن ينظر إلى القانون الأجنبي على أنه كلا لا يتجزأ، رد على ذلك معارضي الإحالة، بأنه إذا كان القانون الأجنبي كلا لا يتجزأ، فإن قانون القاضي أيضا ينبغي أن ينظر إليه كذلك، فعلى أي أساس يأخذ بقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي دون أن يأخذ بقاعدة الإسناد في قانونه، وهي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي، وهكذا فان الأخذ بالإحالة يعني تجاهل المعنى الحقيقي لآلية التنازع الوطنية، ويؤدي إلى التعارض مع الصفة الوطنية الآمرة لقواعد التنازع بوصفها تشكل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة.

_ورد معارضي الإحالة على القول بأنها تؤدي إلى توحيد الحلول بقولهم، أن ذلك لا يمكن أن يتحقق في جميع الأحوال، فهي لا تصح إلا إذا إفترضنا أن القانون الأجنبي لن يأخذ بالإحالة، أما إذا كانت كل الدول تأخذ بها فإن هذا التوحيد في الحلول لن يتحقق .

_كما رد معارضي الإحالة أيضا عما قاله أنصارها، من أن في الأخذ بها ضمان لتنفيذ الحكم الأجنبي، أن ذلك غير صحيح لأن تنفيذ الحكم غالبا ما يتم في نفس البلد الذي صدر فيه أو في بلد آخر غير الذي أحال قانونه.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أنه ونظرا لأهمية الإحالة ،قد بذلت محاولات فقهية عديدة للبحث عن أساس لها، وذلك رغبة في إيجاد حلول تتلافى الإنتقادات التي

وجهت ،لها فظهرت في هذا الشأن نظرية التفويض[1]، ومقتضى هذه النظرية، أن قواعد الإسناد في دولة القاضي لما تشير بإختصاص قانون أجنبي معين، فإنها لا تشير باختصاص القواعد القانونية الموضوعية في هذا القانون، وإنما تفوض المشرع الأجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع،والذي قد يكون اما قانونه(في حالة عدم وجود إحالة) أو قانون القاضي(في حالة الإحالة من الدرجة الأولى) أو قانون أجنبي آخر (في حالة الإحالة من الدرجة الثانية).

غير أن هذه النظرية أنتقدت من عدة زوايا،كونها تتعارض مع فكرة السيادة ،فوق أن إعمالها يوقع في حلقة مفرغة، وذلك لما يكون كل قانون له علاقة بالنزاع يرفض الإختصاص المخول له ويحيله إلى قانون آخر[2].

وكذلك ظهرت نظرية الإسناد الاحتياطي[3]، والتي نادي بها الفقيه الفرنسي" ليريبور بيجونيير" حيث ذهب هذا الأخير، إلى أن قانون كل دولة يتضمن قواعد إسناد أصلية وأخرى إحتياطية يعمل بها في حالة رفض القانون الأجنبي الإختصاص المعقود له بموجب قاعدة الإسناد الأصلية، وقاعدة الإسناد الإحتياطية هذه قد تعقد الاختصاص إما لقانون القاضي أو لقانون أجنبي آخر.

مثال ذلك، أن يعرض امام القاضي الفرنسي يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، فطبقا لقاعدة الإسناد الأصلية الفرنسية فان القانون الانجليزي هو المختص بوصفه قانون الجنسية، غير أن هذا الأخير يرفض الإختصاص كونه يسند الأهلية لقانون

[1]– أنظر في عرض النظرية، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص111، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص714.

[2] -Holleaux (D) , Foyer (J) G de Geouffre de la pradelle, droit international privé, Masson, 1987, p 266.

[3]– أنظر في عرض النظرية ،الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 120، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص428، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص112.

الموطن، ففي هذه تعين على القاضي الفرنسي التوقف عند هذا الرفض والرجوع من جديد الى قانونه واستشارت قواعد الإسناد الإحتياطية فيه، وتطبيق القانون الذي تشير بإختصاصه والذي قد يكون في هذا الفرض القانون الفرنسي باعتباره قانون موطن الشخص.

رغم أن هذه النظرية حاولت تلافي ما وجه إلى الإحالة من نقد كونها تجعل القاضي الوطني يؤتمر بأوامر المشرع الأجنبي، إلا أنها مع ذلك تعرضت لإنتقادات حادة، كونها تقوم على الإفتراض والتوهم، فقاعدة الإسناد الإحتياطية المشار إليها مشكوك في مصدرها، إذ لا يوجد ما يدل على أن المشرع قد وضع إلى جانب كل قاعدة من قواعد الإسناد الأصلية قاعدة إسناد إحتياطية [1].

إلى جانب النظريات السابقة، حاول الأستاذ "نيبوابيه" تبرير الإحالة إستنادا إلى فكرة إقليمية القوانين[2]، وهو يتفق مع الفقيه" يجونيير" في نقطة التحليل فكلاهما ينطلق من فكرة رفض القانون الاجنبي للإختصاص المعقود له بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي، غير أن الاستاذ "نيبوابيه" لا يتجه في تبريره إلى القول نحو وجود قواعد إسناد احتياطية ،بل يرى أنه في حالة رفض القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له، تعين تطبيق قانون القاضي استنادا الى مبدأ الاقليمية.

غير أن هذه النظرية ،هي الأخرى لم تسلم من النقد، وأول نقد وجه إليها أنها إكتفت بتبرير الإحالة من الدرجة الأولى فقط بخلاف النظرية السابقة التي حاولت تبرير الإحالة سواء كانت من الدرجة الأولى أو من الدرجة الثانية. إضافة إلى ذلك، قد أنتقدت أيضا

[1]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 438، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 113.

[2]– أنظر في عرض النظرية، هشام صادق،عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص109،أعراب بلقاسم، المرجع السابق ص114، الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 119–120.

بسبب مبالغتها في عقد الإختصاص لقانون القاضي رغم أن النزاع المطروح قد لا يكون مرتبطا بقانون القاضي سوى برابط ضعيف ،وهو رباط الإختصاص القضائي[1].

فمثلا، لو عرض أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في الدنمارك، فمن غير اللائق أن نطبق عليه القانون الجزائري على أساس أن القانون الإنجليزي قد رفض الإختصاص، بل من الأنسب تطبيق القانون الدنماركي بإعتباره قانون موطن الشخص وهو أقرب إلى النزاع من القانون الجزائري.

وأخيرا، فقد حاول الأستاذ "باتيفول" تبرير الإحالة إستنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد التنازع الوطنية وقواعد التنازع الأجنبية[2]. وطبقا لرأيه، أن طبيعة العلاقات الخاضعة للقانون الدولي الخاص-كونها مرتبطة بقانون دولتين أو أكثر- تفرض على المشرع لما يضع قاعدة التنازع في قانونه أن يسعى إلى تحقيق التنسيق بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية، ولا يمكن أن يتم هذا التنسيق بالاكتفاء فقط بالرجوع إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي، وإنما ينبغي كذلك الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وتطبيق القانون الذي تشير بإختصاصه ،ولا يمكن إعتبار ذلك تنازلا عن قاعدة الإسناد الوطنية ،وإمتثالا لأوامر المشرع الاجنبي ،لأن قاعدة التنازع الأجنبية لم يتم إعمالها بصفة عفوية وإنما بناء على إرادة المشرع الوطني عن طريق قاعدة الإسناد المقررة في قانونه.

قد أخذ على هذه النظرية، أنها لم تكشف بوضوح عن السبب الداعي إلى التوقف عند حد الإحالة من الدرجة الأولى ،وتطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي ،فلو تعلق

---

[1]-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 114-115.

[2]- أنظر في عرض النظرية ، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص115، أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص715.

النزاع مثلا، بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية لمواطن إنجليزي متوطن في فرنسا، فطبقا لقواعد الاسناد الفرنسية فإن القانون الانجليزي هو المختص، غير أن هذا الأخير يرفض الإختصاص ويحيله إلى القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن فلو أخذنا بفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد نطبق في هذا الصدد القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي في حين أن قواعد الإسناد في هذا الأخير ترفض الإختصاص[1].

ثالثا: الاتجاه القائل بفكرة الحل الوظيفي

فكرة الحل الوظيفي في مسألة الإحالة، تعني أن لا نكرس حلا عاما مجردا ينطبق في كافة المجالات وفي جميع الفروض بقبول الإحالة أو برفضها، وإنما يتعين لقبول الإحالة أو رفضها الاعتماد على منهج تحليلي يرتكز على تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الإسناد، أي أن اتخاذ موقف معين من فكرة الإحالة يجب أن لا ينبني على الاعتبارات النظرية التي يتمسك بها أنصار الإحالة أو خصومها، وإنما يجب أن يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد، والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، فإن بدت الإحالة في مسألة بعينها ملائمة وتساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها، تعين الأخذ بها. وعلى النقيض من ذلك، إذ يجب رفضها إذا ظهر أن الأخذ بها يشكل تعارضا والغاية من قاعدة الإسناد، أو كان إعمالها يشكل انتهاك صارخ بتوقعات الافراد[2].

البند الثالث: التكريس التشريعي والقضائي لنظرية الإحالة

لقد تكرست نظرية الاحالة في العديد من التشريعات (أولا)، كما توالت احكام القضاء على الأخذ بها أيضا (ثانيا).

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 117.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص248.

أولا: التكريس التشريعي لنظرية الإحالة

تتجه العديد من التشريعات، نحو الأخذ بالإحالة ،فمنها من يأخذ بها بصورة مطلقة، من ذلك القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة1978بموجب المادة5 والقانون الدولي الخاص التركي لسنة1982بموجب المادة3/2والقانون الألماني الغربي لسنة1986بموجب المادة4.[1]

وعلى خلاف ذلك، هناك بعض التشريعات نصت على قبول الإحالة من الدرجة الأولى فقط، من ذلك القانون المجري لسنة1979 بموجب المادة4و القانون المدني الإسباني بموجب تعديل 1974 وقانون جمهورية ألمانيا الديمقراطية سابقا لسنة1975 وقانون1965 الخاص بإصدار قانون الاسرة في المادة22منه وكذا القانون اليوغسلافي سابقا لسنة1983 والقانون البيروني لسنة1984،والقانون الياباني لسنة1989 بموجب المادة32 [2]إلى جانب كل من التشريع الإماراتي[3]، وكذا التشريع الجزائري الذي نص صراحة بموجب التعديل على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى من خلال نص المادة23 مكرر1التي جاء فيها:" إذا تقرر ان قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان غير انه يطبق القانون الجزائري اذا احالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

---

[1]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 124.

[2]– الطيب زروتي ، نفس المرجع ، ص 124،بوسهوة نور الدين،الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري،دراسة تحليلية على ضوء التعديل الاخير للقانون المدني الجزائري سنة2005،مجلة العلوم القانونية والاداريةوالسياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان ،العدد، 12 سنة 2011 ص45.

[3]– أنظر، المادة 26 من القانون رقم5لسنة1986 التي نصت على أنه: "اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

غير أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق ".

الملاحظ حول هذا النص، أن المشرع الجزائري وأن كان قد وسع بموجبه مجال تطبيق قانونه إلا ان التطبيقات العملية له تكشف عدم ملائمته في بعض الفروض خاصة في مجال الأحوال الشخصية، فلو عرض أمام القاضي الجزائري نزاع مثلا، يتعلق بطلاق زوجين انجليزيين متوطنين في الجزائر، فانه بقبول الإحالة سينتهي إلى تطبيق القانون الجزائري- وبالضبط قانون الأسرة الجزائري المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية – على أجانب لايدينان أصلا بالإسلام ،و هذا الأمر لا شك انه يشكل إخلالا صارخا بتوقعات الأفراد ،وهو الذي دفع ببعض الفقه[1]، إلى القول بضرورة استبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية لأن أحكام هذه الأخيرة في غالبية الدول مستمدة من ديانتها والأفراد يريدون دوما الخضوع بشأنها إلى ما تمليه عليهم أحكام الديانة التي يعتنقونها.

ونحن من جهتنا نميل إلى إنتهاج فكرة الحل الوظيفي في مجال الإحالة، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، فوفقا لهذه الفكرة –وعلى نحو ما أشرنا–يعتمد القاضي على دراسة تحليلية فيأخذ بعين الإعتبار طبيعة المسألة المتنازع عليها والغاية من قاعدة الإسناد حتى يقرر مدى قبول الإحالة أو رفضها.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الحل نذكر، القانون الدولي التشيكي لسنة 1963 حيث نصت المادة 35 منه على انه: " إذا ما عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي أو أحالت إلى قانون دولة أخرى، فان تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شان ذلك الوصول إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع "[2].

وكذلك القانون الدولي الخاص الألماني الجديد حيث نصت المادة 1/4منه على أنه : "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فانه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية الموجودة

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 110.

[2]- عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص295 .

فيه بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني"[1].

على الرغم من تبني التشريع الألماني الإحالة من الدرجة الأولى، إلا أنه انتهج فكرة الحل الوظيفي فيما عدا ذلك.

ثانيا: التكريس القضائي لنظرية الإحالة

منذ الحكم الشهير الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في قضية "فورقو" إطرد القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، أي التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي وذلك بصفة خاصة في ميراث الأموال المنقولة، والأحوال الشخصية لا سيما الطلاق والنسب وكذلك نظام الأموال[2].

حيث ذهبت المحكمة أعلاه في سنة 1935 إلى قبول تنازل القانون البريطاني – بإعتباره قانون الجنسية– لحساب قانونها في مناسبة طلب أحد الزوجين البريطانيين الطلاق، على وفق سبب يسمى الخطير وهو غير معروف في قانون جنسيتهم ومعروف في النظام القانوني الفرنسي، إلا أن القانون البريطاني المسند إليه الاختصاص تنازل عنه لصالح قانون موطنهم وهو القانون الفرنسي، فقبلت المحكمة هذا التنازل وقضت بالطلاق وفق قانونها[3].

أما بالنسبة للقضاء الألماني ،فقد أخذ هذا الأخير بالإحالة بصورة مطلقة بما في ذلك الإحالة من الدرجة الثانية، ففي منازعة تتعلق بميراث بلجيكي توفي في روسيا تاركا أموالا منقولة وعقارية فيها، تم إسناد الإختصاص للقانون البلجيكي بإعتباره قانون

[1]– عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص297

[2]– الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص116،أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص107 .

[3]– عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص321

الجنسية، غير أن هذا الأخير أحال الإختصاص للقانون الروسي بإعتباره قانون موقع أموال التركة ،فقبلت المحاكم الألمانية العليا هذا التنازل وطبقت القانون الروسي[1].

أما القضاء الإنجليزي ،فقد أخذ بالإحالة المزدوجة، ومن تطبيقات هذا القضاء لهذه النظرية القضية المعروفة بقضية "روز" والتي تتعلق بميراث إنجليزية متوطنة في إيطاليا وقد طبق القاضي الانجليزي في هذه القضية قاعدة الإسناد الانجليزية، فأشارت باختصاص القانون الإيطالي بإعتباره قانون آخر موطن للمورث .وبالرجوع للقانون الإيطالي وجد أن قاعدة الإسناد الايطالية تحيل إلى القانون الانجليزي بإعتباره قانون جنسية المورث ،وقد وضع القاضي الإنجليزي نفسه في هذه القضية موضع القاضي الايطالي الذي كان سيرفض الإحالة من قاعدة الإسناد الايطالية إلى القانون الانجليزي في جملته، ويطبق مباشرة الأحكام الموضوعية في هذا القانون، وقد طبق القاضي الإنجليزي أحكام قانونه الموضوعية فعلا عن النزاع وذلك إعمالا لنظرية المحكمة الأجنبية[2].

أما على مستوى القضاء العربي ،نذكر القضاء العراقي الذي أخذ هو الآخر بالإحالة، وذلك في عدة مسائل نذكر منها، مسألة تتعلق بإبطال عقد زواج فتاة إنجليزية من مواطن عراقي بناء على طلب والدتها، فعند إسناد الإختصاص للقانون الانجليزي بوصفه قانون جنسية الزوجة وجد القاضي العراقي أن القانون الإنجليزي يرفض الاختصاص ويحيله لقانونه بوصفه قانون موطن الزوجة، فقبل هذا القضاء هذا التنازل وطبق القانون العراقي[3].

---

[1]– عبد الرسول الأسدي، نفس المرجع، ص322.

[2]– جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص124.

[3]– قرار محكمة المواد الشخصية ببغداد، العدد 132/ش/1951 في 2-4-1952، أشار إليه، عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص325.

الباب الثاني

الإختصاص القضائي الدولي ومدى تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال المنازعات الأسرية

إن الفصل في أي نزاع أسري دولي يقتضي– وقبل تحريك آلية تنازع القوانين– أن تكون الجهة القضائية المعروض أمامها مختصة، ويطلق على هذه المشكلة في إطار القانون الدولي الخاص بمشكلة "تنازع الإختصاص القضائي الدولي"، وهي مسألة أولية سابقة والبت فيها أمر ضروري. ذلك أن القاضي لا يستطيع إعمال قواعد الإسناد المقررة في قانونه على النحو الذي بيناه سابقا، إلا بعد أن يثبت له الإختصاص .

فمثلا، لو رفع مصري دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري ضد زوجته الجزائرية. فإن القاضي الجزائري– وقبل البث في حل مشكلة تنازع القوانين– يبحث أولا عما إذا كان مختص بالفصل في هذا النزاع أم لا، فإذا وجد نفسه مختص يمر إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بإعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بالطلاق، وإذا وجد نفسه غير مختص يقضي بعدم إختصاصه. وهنا يثور التساؤل حول، ماهي القواعد القانونية المعول عليها لمعرفة مدى إختصاص القضاء الوطني بالنظر في المنازعات الأسرية ذات الطابع الدولي؟

هذا، ولا يتوقف الأمر للفصل في أي نزاع أسري دولي، عند ثبوت الإختصاص للقضاء الوطني وتحديد القانون المطبق، بل لا بد من صدور حكم يتضمن حل موضوعي للنزاع المطروح. وهذا الأخير وإن كان عادة ينفذ في حدود الدولة التي صدر فيها وفقا للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانونها. إلا أنه قد يحدث وأن يتمسك من صدر هذا الحكم لمصلحته بتنفيذه في دولة أخرى غير التي أصدرته، فهنا تبدو أهمية التساؤل حول مدى إمكان الإحتجاج بهذا الحكم وطلب تنفيذه في الدول الأخرى ؟

للإجابة على الإشكالات المطروحة، سوف نخصص هذا الباب لدراسة مشكلة الإختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات الأسرية (في الفصل الأول) لنتطرق بعد ذلك لتبيان مدى تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في هذه المنازعات أمام القضاء الوطني(وذلك في الفصل الثاني).

الفصل الأول: الإختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات الأسرية

الإختصاص القضائي الدولي، يعني تحديد الجهة القضائية المختصة دوليا بالنظر في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي.

وهو بتلك المثابة، يختلف عن الإختصاص القضائي الداخلي، الذي يبحث فيه عن المحكمة المختصة من بين محاكم الدولة بالنظر في الدعوى[1]، فهذا الأخير كونه يتعلق بمحاكم الدولة نفسها يتم حله عن طريق قواعد إجرائية ينفرد مشرع كل دولة بوضعها، خلافا لتنازع الإختصاص القضائي الدولي الذي يتم حله عن طريق قواعد قانونية ذات طابع خاص، إذ يراعى في وضعها مقتضيات العلاقات الخاصة الدولية، وتسمى هذه القواعد بقواعد الإختصاص القضائي الدولي.

وأهم ما يميز هذه القواعد أنها قواعد أحادية الجانب[2]، تقتصر مهمتها على تحديد إختصاص المحاكم الوطنية فقط، ويتم ذلك بالإعتماد على ضوابط معينة سوف نعمل على توضيحها في المبحث الأول من هذا الفصل، لنتطرق في المبحث الثاني منه إلى رصد الآثار المترتبة على ثبوت الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.

[1]– غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 276.

[2]– وذلك خلافا لقواعد الإسناد التي تعتبر قواعد مزدوجة، تعطي الإختصاص إما لقانون القاضي أو لقانون أجنبي.

المبحث الأول: ضوابط إنعقاد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات الأسرية

بإستقرائنا لقوانين العديد من الدول[1]، نجد أن الإختصاص القضائي الدولي ينعقد للمحاكم بالنظر في المنازعات الأسرية، إما بناء على ضوابط أصلية مبنية على الصلة الموجودة بين الخصوم ودولة القاضي (المطلب الأول) وإما بناءا على ضوابط إستثنائية مبنية على إعتبارات خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط الإختصاص القضائي الدولي الأصلية المبنية على الصلة الموجودة بين الخصوم ودولة القاضي

تتحدد صلة الخصم بدولة القاضي، إما لكونه يحمل جنسيتها، أو لكونه متوطنا فيها.

وعليه سنعالج في هذا المطلب، دور ضابطي الجنسية والموطن في عقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

الفرع الأول: الجنسية كضابط للإختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات الأسرية

كما تعتبر الجنسية ضابطا لإسناد الإختصاص التشريعي في المنازعات الأسرية – على نحو ما رأينا – تعتبر أيضا كضابط يتقرر بناء عليه إختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات الأسرية، وهي تعتبر في هذا الإطار كإمتياز مقرر لمصلحة الوطنيين للإختصام

[1]– تجدر الإشارة إلى أنه وإن كانت غالبية التشريعات قد عكفت على وضع قواعد لعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، إلا أنه في المقابل من ذلك قد خلت قوانين بعض الدول من النص على ذلك، من تلك التشريعات نذكر التشريع المغربي حيث لم يتضمن أي قاعدة بشأن الإختصاص القضائي الدولي، مما دفع الفقه هناك إلى تطبيق القواعد الداخلية المتعلقة بالإختصاص المحلي، أنظر، موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ط1،المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 1994، ص 329.

أمام قضاء دولتهم.

وعليه، وللوقوف وبدقة على دور هذا الضابط في عقد الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية، سنتناول في هذا الفرع الإختصاص القضائي المبني على جنسية المدعي (البند الأول) ثم الإختصاص القضائي المبني على جنسية المدعى عليه (البند الثاني) لنتطرق بعد ذلك إلى بحث مدى إمكانية تنازل الوطني عن هذا الإمتياز المقرر لمصلحته وذلك في (البند الثالث).

البند الأول: الإختصاص القضائي الدولي المبني على جنسية المدعي

تتجه العديد من التشريعات نحو إقرار الإختصاص لمحاكمها إستنادا إلى معيار جنسية المدعي، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري بوضوح في نص المادة 41 ق.إ.م.إ التي جاء فيها: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

ويرجع الأساس التشريعي لهذا النص إلى المادة 14 ق.م.ف[1] والتي خول بموجبها القانون الفرنسي الإختصاص لمحاكمه كلما كان المدعي في الدعوى فرنسيا بغض النظر عن موطنه أو محل إقامته[2].

[1] -Art 14 du C.civ.fr : « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui, contractées en France avec un français ; il pourra être traduit devant les juridictions de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger en vers des français »

[2]– كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 21 مارس 1966 على الجنسية كشرط أساسي لثبوت الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية. Yvon loussouwarn, pierre bourel, op cit, p 554.

وسواء كان المدعى عليه أجنبيا، أو فرنسا ليس له موطن بفرنسا، أو كان النزاع لا علاقة له بالإقليم الفرنمسي طبقا لقواعد الإختصاص المحلي الداخلية، وهذا ما إستقرت عليه محكمة النقض الفرنسية منذ أمد بعيد[1].

هذا، وعلى الرغم من أن المادة 14 ق.م.ف، والتي تقابلها المادة 41 ق.إ.م.إ قاصر حكمها على الإلتزامات التعاقدية، إلا أن القضاء الفرنسي لم يتقيد بهذا التفسير بل عمم تطبيقها على جميع الالتزامات[2]، وهو أمر منطقي، ذلك أن الإختصاص المقرر في المادة مبني على ضابط الجنسية وليس على طبيعة النزاع، لذلك فإن قصره على الالتزامات التعاقدية دون غيرها ليس له ما يبرره[3].

كما أنه وإن كان الغرض من إقرار هذا النص هو حماية العنصر الوطني، فإن هذه الحماية قد لا تتحقق إلا إذا عممناه ليشمل جميع الدعاوي خصوصا تلك المتعلقة بأحواله الشخصية.

وعليه، إنطلاقا مما سبق، لا بد من التسليم بسريان حكم المادة 41 ق.إ.م.إ على جميع المنازعات بما في ذلك المنازعات الأسرية .

[1] -Bernard audit, compétence international des tribunaux francais, droit commune conflit de juridiction, règlement bruxelle, bis et litispendance, études et commentaires , Dalloz, 2010, N°1, p 59-60.

[2]– هذا، ولم يستثني من ذلك سوى الدعاوى العينية العقارية، وطلبات قسمة عقارات موجودة في الخارج وكذلك الطلبات المتعلقة بطرق التنفيذ الممارسة في خارج فرنسا.

Cass. Civ 27 mai 1970 « l'article 14 du code civil a une portée générale s'entendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partage portant sur des immeubles situés a l'étranger, ainsi que des demandes relatives a des voies d'exécution pratiquées hors de France » Pierre Mayer, vincent heuzé , op cit, p 208.

[3]–أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية...، المرجع السابق، ص 41.

وإستنادا إلى ذلك، يكون القضاء الجزائري مختصا بالنظر في أي نزاع أسري يكون فيه المدعي يحمل الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى[1]، وسواء كانت جنسية أصلية أو مكتسبة أو كان متعدد الجنسية[2]، أي يحمل إلى جانب الجنسية الجزائرية جنسية دولة أو عدة دول أجنبية.

ويبرر إختصاص القضاء الوطني بناءا على جنسية المدعي، بأن الوطنيين يطلبون دائما العدالة أمام محاكمهم لثقتهم وعدم التشكيك فيها، ولكون أن المحاكم الأجنبية لا تمنح الضمانات الكافية[3].

هذا، ومن التشريعات التي إعتدت بضابط جنسية المدعي في عقد الإختصاص لمحاكمها، نذكر التشريع المصري، حيث إعتمده صراحة بالنسبة لمنازعات الأحوال الشخصية المرفوعة على أجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، وذلك بموجب المادة 7/30 من قانون المرافعات حيث نصت المادة على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية... إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنيا أو أجنبيا له موطن في الجمهورية وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى"[4].

---

[1]– أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص 39.

Mohand Issad, droit international privé, Tome 2, les régles matérielles, O.P.U. Alger , 1983, p 33. op cit, p 33.

[2]– كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015–2016، ص 65.

[3]- Bernard audit , droit international privé, 4éme éd economica, paris, 2006, p 299.

[4]–هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 126.

الملاحظ من خلال هذا النص، أن المشرع المصري إعتمد ضابط جنسية المدعى في حالة ما إذا كانت الدعوى متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، ولم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة بمصر أو موطن معروف في الخارج أو كان القانون الوطني واجب التطبيق[1].

كما إعتمد ذات المعيار التشريع السوري وعلق إعتماده على أن لا يكون للمدعي عليه موطن معروف في الخارج وذلك من خلال المادة 7/ه من قانون أصول المحاكمات السوري[2].

وكذلك التشريع اللبناني [3]وقد قيده بعدم وجود محكمة أخرى مختصة، أي عدم إرتباط النزاع بصلة اقوى بمحكمة أخرى غير المحكمة اللبنانية[4] .

أما بالنسبة للتشريعات الغربية، فقد أخذ به التشريع الإيطالي، حيث أجاز بموجب المادة 2 من قانون المرافعات، إختصام الإيطاليين أمام المحاكم الإيطالية إذا كانوا مقيمين

[1]– الجدير بالذكر في هذا الإطار أن المشرع المصري قد تبنى أيضا ضابط القانون المختص، وهو بذلك يكون قد أقر بإختصاص المحاكم المصرية (بالنظر إلى نص المادة 14 ق.م) إذا كان أحد الطرفين مصريا سواء المدعى أو المدعى عليه. وبذلك يكون قد جعل الإختصاص التشريعي للقانون الوطني مجلبا للإختصاص القضائي لمحاكم الدولة بصورة مباشرة مما يقتضي أن يتحرى القاضي عن القانون المطبق على موضوع النزاع قبل أن يفصل في مسألة إختصاصه بالنظر فيه، وذلك خلافا للمبادئ العامة. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 133.

[2]– كمال سمية، المرجع السابق، ص 68.

[3]–حيث نصت المادة 76 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة 1983 على أنه : "تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في أي قضية تتعلق بأحد اللبنانيين أو بمصالح كائنة في لبنان إذا لم تكن هنالك محاكم مختصة" حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، ط1، منشورات الحليبي الحقوقية، بيروت، 2004 ، ص 62.

[4]– عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 255.

أو متوطنين في إيطاليا او في الخارج، وكذلك المشرع الأسترالي، حيث أجاز هو الآخر إختصام المواطن الاسترالي أمام القضاء الأسترالي في دعوى إنحلال الزواج[1].

كما إعتمد معيار جنسية المدعي أيضا، مؤتمر القانون الدولي الخاص في دورة إنعقاده في لاهاي في سنة1928 حيث أكد هذا الأخير–وفي مجال الميراث– على إختصاص محاكم الدولة التي يتبعها المتوفي وقت موته، إذا إتفق الخصوم على إختصاصها أو إذا كان الورثة تابعين لهذه الدولة.

إلى جانب ذلك قد كرست هذا المعيار إتفاقية لاهاي لسنة1971 بخصوص الإعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية، حيث أكدت على أن أحد معايير تحديد الإختصاص القضائي للدولة حتى يمكن تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكمها، هو معيار جنسية المدعي [2].

البند الثاني: الإختصاص القضائي الدولي المبني على جنسية المدعى عليه

إعتمد المشرع الجزائري وبموجب المادة 42 ق.إ.م.إ على معيار جنسية المدعى عليه، كضابط لإختصاص القضاء الجزائري، حيث نصت المادة على أنه "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

[1]–عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق ، ص 247–248.

[2]–عبد الرسول الأسدي، نفس المرجع، ص 248.

هذا النص مقتبس من نص المادة 15 ق.م.ف[1]، حيث أعطى بموجب المشرع الفرنسي الإختصاص لمحاكمه بالنظر في الدعاوي التي يكون فيها المدعي عليه فرنسيا.

ويسري حكم هاتين المادتين أي المادة 15 ق.م.ف والتي تقابلها المادة 42ق.إ.م.إ على جميع الدعاوي، بما في ذلك الدعاوي المتعلقة بالأحوال الشخصية، إعمالا بما سار عليه القضاء من توسيع مجال إعمالهما وعدم قصره على الإلتزامات التعاقدية –على نحو ما رأيناه سابقا–

تأسيسا على ذلك، تكون المحاكم الجزائرية مختصة بالنظر في أي نزاع أسري يكون فيه المدعى عليه من جنسية جزائرية سواء كانت أصلية أو مكتسبة، ولو كان يحمل إلى جانبها جنسية دولة أو عدة دول أجنبية.

كما يعتد بالصفة الجزائرية وقت رفع الدعوى، ولا يهم تغير جنسيته لاحقا بعد رفعها، ولا سابقا على نشوء العلاقة القانونية[2].

هذا، ومن التشريعات التي أخذت بمعيار جنسية المدعى عليه، لإقرار الإختصاص لمحاكمها نجد التشريع العراقي، حيث نص صراحة في المادة14من القانون المدني، على أن يقاضي العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج[3].

[1] -Art 15 du C.civ.fr : « un français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un étranger »

[2]– الطيب زروتي ، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، إشكالية تنازع الإختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2011، ص 325.

[3]–حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 248.

ويبرر إختصاص القضاء العراقي إستنادا لمعيار جنسية المدعى عليه، على مبدأ سيادة الدولة على رعاياها سواء كانوا داخل إقليمها أم خارجه، فضلا عن أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه وعلى المدعي أن يسعى إلى موطن المدعي عليه لإثبات إنشغال ذمته، والذي يفترض في بلد جنسيته، كما أن هذا المعيار من شأنه تسهيل تنفيذ الأحكام الصادرة[1].

وعلى ذات النهج، سار التشريع المصري أيضا، حيث أخذ هو الآخر بمعيار جنسية المدعى عليه لثبوت الإختصاص للمحاكم المصرية، وهو ما يتضح جليا من خلال نص المادة 28 من قانون المرافعات المدنية رقم 13 لسنة 1968 حيث جاء فيها" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"[2].

ويرجع الأصل التشريعي لمعيار جنسية المدعي عليه المصرية، إلى نص المادة 13 من القانون المدني المختلط التي كانت تقضي بإختصاص المحاكم المصرية بناء على الجنسية المصرية للمدعى عليه ولو كان ذلك بسبب إلتزامات عقدها في الخارج. وقد إستمر القضاء المصري مكرسا حكم هذه المادة إلى أن جاءت المادة21 من المشروع التمهيدي للقانون المدني والتي رغم إبقائها على هذا الضابط إلا أنه وعند المراجعة النهائية للمشروع حذف النص على أن يتم إدراجه في ظل قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو الأمر الذي لم يجسد حيث جاء هذا القانون خاليا من النص على ضابط جنسية المدعى عليه. الأمر الذي أثارا جدلا فقهيا صاخبا، حيث إتجه البعض إلى أن غياب النص على هذا الضابط يعني إتجاه نية المشرع إلى هجره، في حين رأى جانب

[1]– عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 231.

[2]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 635، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1043.

آخر من الفقه خلاف ذلك، مستندين في ذلك على أن الفعالية الدولية للأحكام تفرض هذا الضابط، فضلا عن أن مبدأ جواز إختصام الشخص أمام محاكم دولته يعد من المبادئ المسلم بها ولا تحتاج إلى النص عليها[1].

وقد بقي الجدل الفقهي قائما إلى أن حسم الأمر بموجب صدور قانون المرافعات الجديد، ونصه صراحة على عقد الإختصاص للمحاكم المصرية كلما كان المدعى عليه يتمتع بالجنسية المصرية، وذلك سواء كان المدعي مصريا أم أجنبيا، وسواء كان متوطنا أو مقيما أو موجودا في مصر أم في الخارج وسواء كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري أم القانون الأجنبي[2].

هذا، ويثبت الإختصاص للمحاكم المصرية بناءا على هذا الضابط، بالنظر في مختلف المنازعات بما فيها المنازعات الأسرية، ولا يستثنى من ذلك سوى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج[3].

وفضلا عما سبق، قد أخذت غالبية التشريعات العربية[4] والأجنبية[5]، بضابط جنسية المدعى عليه لعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، في حين لم تتضمن بعض التشريعات النص على هذا المعيار من ذلك تشريعات البلدان الأنجلو أمريكية[6].

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1040–1042.

[2]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 336.

[3]– المادة 28 من قانون المرافعات السالف الذكر.

[4]– نذكر من ذلك التشريع اللبناني (المادة 76 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية رقم 5 لسنة 1987، التشريع الكويتي (المادة 11 من القانون الكويتي لعام 1961 وكذلك المادة 23 من قانون المرافعات)، التشريع البحريني (المادة 14 من قانون المرافعات البحريني)، أنظر، عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 238، هامش رقم 318، 319، 320.

[5]–من ذلك التشريع الإيطالي، المادة 4/4 من قانون المرافعات لعام 1940، كما اعتمد هذا المعيار أيضا كل من التشريع اليوناني وكذا السويسري، أنظر عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 241–242.

[6]– عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 242.

وفي إطار التشريعات العربية، لم ينص على هذا المعيار التشريع الأردني، رغم أن بعض الفقه هناك، إتجه نحو تقرير إختصاص المحاكم الاردنية بناء على هذا الضابط، وذلك بالإستناد إلى نص المادة27 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[1]، التي أقرت الإختصاص للمحاكم الأردنية لجميع الاشخاص في المواد المدنية، بحيث رأوا أن العبارة جاءت عامة، تشمل الوطنيين والأجانب على حد سواء [2].

وكذلك بالإستناد إلى نص المادة 28من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني التي تخضع الأجانب إلى القضاء الأردني ولو لم يكن لهم موطن أو مسكن في الأردن، فمن باب أولى حسب رأيهم أن تُخضع له الأردنيين مهما يكن محل إقامتهم أو سكنهم[3].

وإلى جانب ما سبق، ذهب الدكتور "حسن الهداوي" إلى أن تقرير الإختصاص إستنادا إلى الصفة الوطنية هو مبدأ معترف به أساسه سيادة الدولة على رعاياها، كما أن مقاضاة الوطني أمام محاكم دولته يتفق مع مصلحته، لأنه في غالب الأحيان يكون متوطن في بلده فالأجدر أن تقام عليه الدعوى أمام محاكمه الوطنية عملا بالمبدأ العام الذي مفاده أن المدعي يتبع المدعى عليه[4].

[1]– تنص المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه : "تمارس المحاكم النظامية حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر"، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 304.

[2]– محمد وليد مصري، المرجع السابق، ص 305.

[3]– محمد وليد مصري، نفس المرجع، ص 305.

[4]– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 249.

البند الثالث: مدى إمكانية التنازل على الإختصاص المبني على إمتياز الجنسية

بإستقرائنا لنصوص المواد 41،42 ق.إ.م.إ المقررة إختصاصا لصالح المحاكم الوطنية بناءا على ضابط الجنسية، نجد أن المشرع الجزائري إستعمل عبارة "يجوز" مما يفيد أن الإختصاص المبني على ضابط الجنسية المقرر لمصلحة الوطني هو إختصاص إختياري وليس وجوبي[1].

إستنادا إلى ذلك، فإنه يمكن للطرف الجزائري الذي تقرر لمصلحة هذا الإمتياز التنازل عنه، وهذا التنازل قد يكون صريح وقد يكون ضمني .

فيكون التنازل صريحا، إذا تم بموجب إتفاق صريح- بين الطرف الجزائري في الدعوى والطرف الأجنبي فيها- على عقد الإختصاص لمحكمة أجنبية[2]. كما قد يكون ضمني، إذا تنازل الطرف الجزائري ضمنا عن تمسكه بهذا الإمتياز المقرر له، ويتحقق ذلك مثلا، في الحالة التي يرفع فيها الجزائري دعواه أمام جهة قضائية أجنبية، إذ يستخلص من موقفه هذا أنه تنازل عن الإمتياز المقرر له بموجب المادة41ق.إ.م.إ[3].

كما قد يتحقق التنازل أيضا، في الحالة التي يتم فيها رفع دعوى ضد جزائري أمام محكمة أجنبية، فيتولى تقديم دفوعه وطلباته أمامها، فهذا الموقف يعد قرينة على تنازله عن الإمتياز المقرر لمصلحته بموجب المادة42ق.إ.م.إ[4].

---

[1]- وقد أيدت أحكام القضاء لفرنسي وحتى سنة 1998 الطبيعة الاختيارية للقاعدة المقررة بالمادة 15 ق.م.ف، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1046.

[2]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 37.

[3]- حبار محمد، المرجع السابق، ص 204.

[4]-حبار محمد، نفس المرجع، ص 204.

ويترتب على كون الإختصاص المقرر بالمادتين 41و 42 ق.إ.م.إ إختياري، أن القاضي لا يمكنه إثارته من تلقاء نفسه[1]، بل يبقى الأمر متوقفا على إرادة الطرف الذي تقرر هذا الإمتياز لمصلحته[2].

هذا، وقد يكون من مصلحة الطرف الوطني التنازل عن الإختصاص في الحالة التي يكون فيها خصمه ينتمي إلى دولة تجعل الإختصاص القضائي قاصرا فقط على محاكمها، وذلك حتى لا يواجه مشاكل في تنفيذ الحكم الفاصل في الدعوى أمامها، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي الذي يجعل الإختصاص بالنسبة للدعاوي المتعلقة بالأحوال الشخصية يؤول حصرا للمحاكم الفرنسية ويمتنع عن تنفيذ أي حكم قضائي صادر من محاكم الدول الأجنبية [3].

الفرع الثاني: الموطن كضابط للإختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات الأسرية

فضلا عن ضابط الجنسية، قد يتقرر الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية أيضا بناءا على ضابط موطن المدعى عليه، وذلك بالنظر في المنازعات الأسرية.

هذا ما سنعكف على معالجته في هذا الفرع، ولكن قبل ذلك يقتضي منا الأمر تحديد مفهوم الموطن.

[1]– كمال سمية، المرجع السابق، ص76، حبار محمد، المرجع السابق، ص 204.

[2]– حبار محمد، المرجع السابق، ص 204.

[3]– غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 288.

البند الأول: مفهوم الموطن

تجدر الإشارة بداءة إلى أن الموطن كضابط للإختصاص القضائي يتحدد معناه طبقا لقانون القاضي[1]، ذلك أن الأمر يتعلق بتفسير إحدى قواعد الإختصاص القضائي الوطنية، إذ تفسر القاعدة بالنظر الى ما يقصده بها المشرع الذي صدرت عنه[2].

هذا، وبالرجوع إلى القانون المقارن نجد أن التشريعات مختلفة فيما بينها في تحديد مفهوم الموطن، حيث عرفه القانون الفرنسي بأنه المحل الذي يوجد به مركزه الرئيسي[3]، بينما عرفه المشرع المصري وبموجب المادة 1/40 من القانون المدني:" بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة"[4].

كما عرفه المشرع العراقي بأنه: "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة...[5]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عرفه في المادة 36 ق.م.ج التي جاء فيها أن" موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن..."

من خلال ما تقدم، يتضح أنه رغم إختلاف التعاريف، إلا أنها ترتكز في تحديدها للموطن على عنصران، العنصر المادي والذي يتمثل في السكن في مكان معين، والعنصر المعنوي الذي يتمثل في نية البقاء أي الإستقرار في ذلك المكان، وبهذا يمكن تمييز

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1048.

[2]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 622.

[3]– وذلك بموجب المادة 102 ق.م.

[4]– أحمد عبد الكريم سلامة، ص 1048.

[5]– سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري، القاهرة، 2002، ص 130.

الموطن عن الإقامة، فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص لمدة غير محددة بنية البقاء، بينما محل الإقامة هو المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مادية لمدة محدودة دون نية البقاء فمحل الإقامة إذن لا يتوافر سوى على الركن المادي دون الركن المعنوي. [1]

ورغم هذا الإختلاف، فقد جعل المشرع الجزائري محل الإقامة العادية يحل محل الموطن في حالة عدم وجود مقر للسكن الرئيسي، وهو بتلك المثابة يكون قد أقر بالإختصاص للمحاكم الجزائرية في حالة ما إذا لم يكن للمدعى عليه موطن بالجزائر وكان له محل إقامة بها.

البند الثاني: الإختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط موطن المدعي عليه

تعتمد غالبية النظم القانونية على ضابط موطن المدعى عليه كقاعدة عامة في عقد الإختصاص لمحاكمها. وهي قاعدة عرفية عالمية،[2] وهي قديمة، إذ كانت معروفة منذ القانون الروماني كوسيلة إنصاف، ذلك انه على من يبادر بالدعوى تحمل الإنتقال إلى المحكمة التي قد تكون بعيدة عن مقر سكناه[3]، لأن الأصل هو براءة ذمة المدعي عليه حتى يثبت خلاف ذلك[4].

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة في المادة 37 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه:" يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي تقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها

[1]– غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 283.

[2] -Jean vincent, serge Guinchard, procédure civil , dalloz, paris, 2003, p 352.

[3]–عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط2، الجزائر، 2011، ص 37.

[4]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1047، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 284.

آخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

هذا، وعلى الرغم أن المادة المذكورة، تعد قاعدة من قواعد الإختصاص المحلي الداخلي[1]، إلا أن القضاء اتجه نحو تمديد العمل بها إلى المجال الدولي نظرا لعدم كفاية ضابط الجنسية في عقد الإختصاص للمحاكم الوطنية، كونه يجعل هذه الأخيرة مختصة بالنظر فقط في المنازعات التي يكون أحد أطرافها من الوطنيين دون تلك المتعلقة بالأجانب.

هذا، ومن التشريعات التي إعتدت بضاط موطن المدعى عليه لعقد الإختصاص لمحاكمها، نذكر التشريع المصري بموجب المادة29 من قانون المرافعات[2]، والتشريع السوري بموجب المادة3 من قانون المرافعات[3]، وكذلك التشريع اللبناني بموجب المادة97 من قانون أصول المحاكمات المدنية[4].

[1]– وذلك خلافا لبعض التشريعات التي كرستها صراحة كقاعدة من قواعد الإختصاص القضائي الدولي ونذكر من ذلك، التشريع المصري حيث نصت المادة 29 من قانون المرافعات على أنه : "تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج" محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 621، عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية،2010 ، ص 46.

[2]–أنظر المادة 29 من قانون المرافعات المصري السابق الإشارة إليها .

[3]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 46، محمد وليد المصري،المرجع السابق،308.

[4]– كمال سمية، المرجع السابق، ص 38، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 64.

وعليه، وإنطلاقا مما تقدم تكون المحاكم الجزائرية مختصة بالنظر في أي نزاع أسري يرفع على الأجنبي المتوطن بالجزائر[1].

وفضلا عن ذلك، تكون المحاكم الجزائرية مختصة أيضا حتى ولو لم يكن للأجنبي موطن بالجزائر، فمجرد إقامته تكفي لإنعقاد الإختصاص للمحاكم الوطنية، وهو ما يمكن إستنباطه من خلال نص المادة 36 ق.م.ج التي جعل بموجبها محل الإقامة العادي يحل محل الموطن في حالة عدم وجود سكنى رئيسي[2].

وهذا ما أخذت به غالبية التشريعات، من ذلك القانون الفرنسي، لكن إشترط للإعتداد بضابط محل الاقامة أن لا يكون للمدعى عليه موطن لا في فرنسا ولا في الخارج[3].

هذا، وإذا لم يكن للشخص لا موطن ولا محل إقامة معروف ففي هذه الحالة يؤول الإختصاص طبقا لنص المادة 37 ق.إ.م.إ إلى الجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن يؤول الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار.

---

[1]– تجدر الإشارة إلى أنه فضلا عن المادة 37 ق.م.ج التي تعتبر كقاعدة عامة ينعقد بموجبها الإختصاص للمحاكم الوطنية بناء على ضابط موطن المدعى عليه، قد كرس المشرع الجزائري هذا الضابط أيضا بموجب نصوص خاصة بشأن بعض المنازعات الأسرية، من ذلك دعوى إثبات الزواج العرفي، حيث نصت المادة 2/426 ق.إ.م.إ على أنه : " تكون المحكمة مختصة إقليميا ...في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه " وكذلك في المنازعات حول الصداق فقد نصت المادة أعلاه في فقرتها الثامنة على أنه : "تكون المحكمة مختصة إقليميا ... في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه" وأيضا في الدعاوى المتعلقة بالنسب فقد نصت المادة 490 ق.إ.م.إ على أنه : "ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه".

[2]– تنص المادة 36 ق.م.ج على أنه : "... وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن... "

[3] -B.audit, op cit, p 287.

تأسيسا على ذلك، إذا لم يكن للأجنبي موطن بالجزائر تكون المحاكم الجزائرية مختصة بالنظر في الدعاوي المتعلقة بأحواله الشخصية، إذا كان آخر موطن له في الجزائر أو إذا كان له موطن مختار بها[1]، لتنفيذ عمل قانوني معين، كأن يتخذ مثلا، من مكتب المحامي الذي يوكله في نزاع أسري معين موطنا مختارا له بشأن تنفيذ كل الأعمال القانونية المرتبطة بالدعوى محل النزاع.

هذا، وقد يثور التساؤل أيضا حول مدى إختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في النزاعات الأسرية في حالة تعدد المدعى عليهم وكان لأحدهم فقط موطن أو محل إقامة في الجزائر.

لقد كرس المشرع الجزائري في المادة 38 ق.إ.م.إ[2]، حلا لهذا الإشكال حيث قضى بتقرير الإختصاص لمحكمة موطن أحدهم[3]، وبتمديد العمل بهذا النص إلى المجال الدولي، يمكن التسليم بإختصاص المحاكم الجزائرية بالنظر في المنازعات الأسرية في حالة تعدد المدعى عليهم وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة بالجزائر، ولكن يشترط لإعمال ذلك أن

[1]–ومن التشريعات التي تبنت ضابط الموطن المختار في حالة عدم توافر ضابطي الموطن ومحل الإقامة، التشريع المصري وقد نص على ذلك في المادة 1/30 من قانون المرافعات التي جاء فيها : "تختص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر إذا كان له فيها موطنا مختارا"، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 626، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1050، وكذلك التشريع الأردني إذ نص في المادة 28 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه : "تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة بالأردن إذا كان له فيه موطن مختار"، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 250، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 284.

[2]–تنص المادة 38 ق.إ.م.إ على أنه : " في حالة تعدد المدعى عليه يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم".

[3]–وقد كرس ذات الحل العديد من التشريعات، نذكر من ذلك التشريع المصري حيث قضى بموجب المادة 9/30 من قانون المرافعات بإختصاص المحاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1051، وأيضا التشريع الأردني حيث قضت المادة 28 من أصول المحاكمات المدنية بإختصاص المحاكم الأردنية بالنظر في الدعوى المقامة على الأجنبي غير المقيم وغير المتوطن في الأردن إذا تعدد المدعى عليهم فيها وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة في الأردن. غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 282–283.

يكون المدعى عليه- الذي له موطن أو محل إقامة في الجزائر-خصما في الدعوى بصفة أصلية لا بصفة احتياطية[1]، كما يشترط أن تكون بين الطلبات الموجهة إلى كافة المدعى عليهم إرتباط جدي، مما يبرر جمعها في دعوى واحدة ترفع أمام محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم[2] .

هذا، وتجدر الإشارة أخيرا إلى أنه بالرغم من أن الإختصاص المقرر للمحاكم الجزائرية والمبني على ضابط موطن المدعى عليه، هو إختصاص عام يشمل جميع أنواع المنازعات، إلا أنه مع ذلك قد أورد عليه المشرع الجزائري إستثناءات تتعلق ببعض المنازعات الأسرية نظرا لطبيعتها فقد خصها بضوابط محددة وقد تضمنتها المواد 2/40 [3]،و426ق.إ.م.إ[4].

إستنادا إلى المواد المشار إليها أعلاه تتمثل هذه المنازعات فيما يلي :

---

[1]- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 252.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1052.

[3]- تنص المادة2/40ق.إ.م.إ على أنه: "فضلا عما ورد في المواد37و38و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:...في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن..."

[4]- تنص المادة 426ق.إ.م.إ على أنه: "تكون المحكمة مختصة إقليميا:
1-في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعي عليه،
2- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعي عليه،
3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب إختيارهما،
4-في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة،
5- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها،
6-في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي،
7-في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص،
8- في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعي عليه،
9- في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية".

1-الدعاوي المتعلقة بالإرث:

لقد جعل المشرع الجزائري من موطن المتوفى والذي عادة يكون مكان إفتتاح التركة ضابطا لإختصاص المحاكم الجزائرية بالنظر في المنازعات الإرثية وذلك بموجب المادة 2/40 ق.إ.م.إ.

وإستنادا إلى ذلك، تكون المحاكم الجزائرية مختصة بالنظر في أي نزاع إرثي سواء متعلق الأمر ببيان الورثة، تحديد مراتبهم، نصيب كل منهم ...إذا كان المورث متوطنا بالجزائر، وذلك بغض النظر عن جنسية وموطن كل من المدعي والمدعى عليه.

وقد تبنى ذات الحل القانون الإنجليزي، وذلك بموجب المادة 24 من قواعد التنازع الخاصة بالمحاكم الإنجليزية، حيث منحت هذه الأخيرة الإختصاص للمحاكم الانجليزية متى كانت الدعوى متعلقة بتركة شخص متوفي له موطن في إنجلترا[1].

2-الدعاوي المتعلقة بالطلاق:

لقد خرج المشرع الجزائري عن ضابط موطن المدعى عليه أيضا بخصوص الدعاوي المتعلقة بالطلاق وكذا الرجوع، وأسندها بموجب المادة 2/40 ق.إ.م.إ وكذا المادة 3/426 من نفس القانون إلى مكان وجود المسكن الزوجي هذا بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة، أما الطلاق بالتراضي فكونه يهدف إلى حل الرابطة الزوجية المشتركة بإرادة الزوجين، فقد جعل الإختصاص القضائي فيه يؤول إلى محكمة محل إقامة احدهما حسب إختيارهما وذلك بموجب نص المادة 3/426ق.إ.م.إ.

[1]-ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الأردني والمقارن (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج1، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 285.

3-الدعاوى المتعلقة بالحضانة والولاية:

بالنسبة للدعاوي المتعلقة بالحضانة، فقد جعل المشرع الجزائري بموجب المادة 2/40 ق.إ.م.إ والمادة 4/426 من نفس القانون الإختصاص يؤول للجهة القضائية التي يوجد بها مكان ممارسة الحضانة، ويتعلق الأمر هنا بالحالة التي تثار فيها مسألة الحضانة بصورة مستقلة بعد الفصل في دعوى الطلاق كأن يتعلق النزاع مثلا بإسقاط الحضانة لسبب من الأسباب، أو بممارسة حق الزيارة...

أما في الحالة التي يفصل فيها القاضي في مسألة الحضانة ضمن الحكم القاضي بالطلاق، ففي هذه الحالة من غير شك أن الإختصاص فيها يؤول لذات المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق وهي محكمة مسكن الزوجية[1].

أما بالنسبة للدعاوي المتعلقة بالولاية، يؤول الإختصاص بشأنها لمكان ممارسة الولاية بموجب نص المادة 9/426ق.إ.م.إ.

4-الدعاوى المتعلقة بالنفقة:

بالنسبة للنفقة المستحقة للزوجة أو للصغير، فقد جعل المشرع الجزائري الإختصاص يؤول لمحكمة موطن الدائن بالنفقة وليس المدين، وذلك نظرا لضعف مركز الدائن وحاجته لها[2]، فمن غير اللائق تحميله مشقة السفر للمطالبة بها، وقد راعت هذا الإعتبار العديد من التشريعات من ذلك التشريع التونسي حيث نص في الفصل 2/6 من مجلة القانون الدولي

[1]- وقد كرست الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بحضانة الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط ضابط مسكن الزوجية، وذلك بموجب المادة 5.

[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 147.

الخاص التونسية على أنه:" كما تنظر المحاكم التونسية ....في دعاوي النفقة إذا كان الدائن مقيما بالبلاد التونسية... "

وكذلك التشريع المصري حيث نصت المادة 5/30 من قانون المرافعات على أنه:"

تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية...إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها "[1].

5-الدعاوى المتعلقة بالسكن:

أخضع المشرع الجزائري الدعاوي المتعلقة بالسكن للمحكمة التي يوجد بدائرة إختصاصها مكان وجود السكن، وفقا للمادة 2/40 ق.إ.م.إ .

أما بخصوص النزاعات حول متاع البيت، فقد جعل الإختصاص يؤول طبقا للمادة6/426 ق إ.م.إ إلى محكمة مكان وجود مسكن الزوجية، غير أن ذلك لا يخل بإختصاص موقع المال .

المطلب الثاني: ضوابط الإختصاص القضائي الدولي الإستثنائية المبنية على إعتبارات خاصة

فضلا عن ضابطي الجنسية والموطن، قد ينعقد أيضا الإختصاص القضائي للمحاكم بالنظر في المنازعات الأسرية بموجب ضوابط إستثنائية مبنية على إعتبارات خاصة، منها احترام إرادة الأطراف في عقد الإختصاص لقضاء دولة معينة (الفرع

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، الإختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 302.

الأول) تلافي الوقوع في جرم إنكار العدالة (الفرع الثاني) كما تختص أيضا، في الحالات الإستعجالية لحماية حقوق الأفراد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإختصاص القضائي الدولي المبني على إرادة أطراف النزاع

من المستقر عليه، أن قواعد الإختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 46 ق.إ.م.إ التي جاء فيها:" يجوز للخصوم الحضور بإختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا..."

تأسيسا على ذلك، وبإعتبار قواعد الإختصاص القضائي إمتدادا لقواعد الإختصاص المحلي فإنه يمكن التسليم بجواز إتفاق الأطراف على عرض منازعاتهم الأسرية امام جهة قضائية معينة وذلك إستنادا لمبدأ الخضوع الإرادي الذي تبنته العديد من التشريعات.

هذا ما سنعكف على توضيحه في هذا الفرع من خلال تحديد صور هذا الإتفاق الإرادي المانح للإختصاص (البند الأول) و تبيان شروط صحته (البند الثاني) وكذا تحديد القانون الذي يحكمه (البند الثالث).

البند الأول: صور الخضوع الإرادي

تلعب الإرادة دورا هاما في مجال الإختصاص القضائي الدولي حيث تقر غالبية التشريعات[1]، للخصوم بجواز الاتفاق على قبول ولاية قضاء دولة معينة ولو لم تكن مختصة وفقا لضوابط الإختصاص المقررة في قانونها[2].

ومثل هذا الاتفاق المانح للإختصاص، قد يكون صريح يتضمنه عقد مكتوب يتفقان فيه الخصوم على عقد الإختصاص لقضاء دولة معينة، وقد يكون ضمني عندما يرفع أحد الخصوم دعواه أمام جهة قضائية معينة دون أن يعترض خصمه على عدم إختصاصها[3].

أما إذا حضر المدعى عليه، وإعترض ودفع بعدم الإختصاص تعين على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه [4]، أما في حالة غيابه عن الدعوى المقامة عليه، فلا يمكن إعتبار ذلك

[1]–من ذلك التشريع المصري بموجب المادة 32 من قانون المرافعات التي نصت على أنه : "تختص محاكم الجمهورية للفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في إختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا" محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 638، وكذلك التشريع الأردني حيث نصت المادة 2/27 من أصول المحاكمات المدنية على أنه:"... تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في إختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا"، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 252، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص 267، وكذلك التشريع التونسي حيث نص في الفصل 4 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه:"تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الأطراف أو قبل المطلوب التقاضي لديها، إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية" وكذلك التشريع السوري بموجب المادة 8 من قانون الأصول المحاكمات السوري، التشريع الليبي بموجب المادة 1/3 من قانون المرافعات الليبي وكذلك التشريع الكويتي بموجب المادة 19 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي،محمد مبروك اللافي،المرجع السابق،ص288،كما أخذ بذلك التشريع الفرنسي أيضا غير أنه استثنى من ذلك الدعاوى المتعلقة بالطلاق،محمد وليد المصري،المرجع السابق،ص 312الهامش رقم2

[2]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 152، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 312.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 27.

[4]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 417.

قبولا ضمنيا لإختصاص تلك المحكمة، بل يتعين على هذه الأخيرة في هذه الحالة أن تحكم بعدم إختصاصها في الدعوى من تلقاء نفسها[1].

وقد نص التشريع المصري على ذلك صراحة في المادة 35 من قانون المرافعات التي جاء فيها:" إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم بعدم إختصاصها من تلقاء نفسها"[2].

وكذلك التشريع الأردني بموجب المادة 29 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي نصت على أنه:" إذا لم يحضر المدعى عليه وكانت المحاكم الأردنية غير مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة، تحكم المحكمة بعدم إختصاصها من تلقاء نفسها[3].

البند الثاني: شروط الخضوع الإرادي

يشترط لصحة الاتفاق المانح للإختصاص لجهة قضائية معينة ما يلي:

1-أن تكون هناك رابطة جدية وحقيقية بين النزاع ودولة المحكمة التي إتفق الخصوم على الخضوع لولايتها[4]، وتتحدد هذه الرابطة بالنسبة للمنازعات الأسرية إما بناء على جنسية الأطراف أو موطنهم أو محل إبرام العقد..

[1]- غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 292، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1062، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 252.

[2]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 417.

[3]-غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 292، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 252.

[4]-هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 166، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 313.

وإذا لم تتحقق هذه الرابطة، كان للمحكمة المنظور أمامها النزاع بناءا على الخضوع الإرادي أن تعلن عدم إختصاصها من تلقاء نفسها [1].

ويرجع حق القاضي في التخلي عن إختصاصه رغم خضوع الخصوم الإختياري لولاية محاكم دولته إلى مبدأ نفاذ الأحكام وفاعليتها في المجال الدولي، إذ لا يصح ان يكون في تنازل الخصوم عن الدفع بعدم الإختصاص وقبولهم ولاية القضاء الوطني ما يجبر هذا الأخير على الإذعان لإرادتهم وقبول النظر في نزاع لا يرتبط بإقليمه على أي وجه من الوجوه، وبالتالي لا تضمن الدولة كفالة آثار الحكم الصادر في شأنه[2].

فمثلا، لو إختارا زوجان مصريان- أبرما عقد زواجهما بمصر ومتوطنان بسوريا – القضاء الجزائري للفصل في نزاع يتعلق بفك الرابطة الزوجية بينهما، ففي هذه الحالة ليس هناك ما يدعو القضاء الجزائري للفصل في هذا النزاع لعدم وجود أي صلة بينه وبين الإقليم الجزائري .

2-يجب أن لا يكون الإختصاص المبني على الخضوع الإرادي منطويا على غش[3]، وتبدو أهمية المشكلة في مجال الأحوال الشخصية، لا سيما في قضايا الطلاق حيث يتعمد الخصوم الالتجاء إلى محاكم الدولة التي يعلمون مسبقا أنها ستحكم على النحو الذي يتفق ومصالحهم [4]، هذا الأمر يعد غشا نحو الإختصاص ويكون جزاء الحكم الصادر هنا هو رفض شموله الأمر بالتنفيذ بناءا على الغش[5].

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1059، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 313.

[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 166-167.

[3]-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1060.

[4]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 168.

[5]-أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق،، ص 420، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1060.

وفضلا عما سبق، فقد درج بعض الفقه، على إشتراط أن يكون النزاع الذي إتفق الأطراف على إخضاعه لقضاء دولة معينة ذا صفة دولية، وقد حرصت بعض التشريعات على النص عليه صراحة من ذلك قانون المرافعات الإيطالي لعام 1942 وكذلك قانون المرافعات اليوغسلافي لعام 1956[1].

غير أن هذا الشرط كان محل إنتقاد من جانب بعض الفقه[2]، فهو من جهة يشكل قيدا على حرية الأفراد لأنه يترك مجالا واسعا للقاضي في تقدير الصفة الوطنية للمنازعة مما يخشى معه التحكم الضار بمصالحهم. ومن جهة أخرى فهو يعد شرط غير ذي مضمون، ذلك أن مشكلة الإختصاص القضائي الدولي لا تثور إلا بصدد علاقة يثور بشأنها تنازع القوانين، وهذا الأخير لا يطرح إلا بصدد علاقة مشتملة على عنصر أجنبي.

البند الثالث: القانون الذي يحكم الخضوع الإرادي

إن تقدير مدى جواز الخضوع الإرادي لولاية المحاكم الوطنية هي مسألة يحكمها – وفقا للرأي الراجح– قانون القاضي، فهذا الأخير هو الذي يختص بتحديد مدى إمكانية جلب أو سلب الإختصاص بإرادة الأطراف، كما يتولى تحديد شروط هذا الخضوع عند التسليم بجواز الأخذ به، فمثلا، هو الذي يحدد ما إذا كان القضاء الوطني ملزما بالإنصياع لإرادة الخصوم في الخضوع لإختصاصه في جميع الأحوال، أم أنه يحق لهذا القضاء

[1]–أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 420–421، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1060.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع، ص 1060–1061.

رغم ذلك أن يتخلى عن نظر الدعوى في أحوال معينة لتخلف شرط من شروط صحة الإتفاق المانح للإختصاص[1].

غير أنه مع ذلك، لا مانع من الرجوع إلى قواعد الإختصاص الأجنبية في بعض الفروض وذلك تلافيا لإنكار العدالة[2].

وكذلك الرجوع لقانون الإرادة، بشأن المسائل المتعلقة بتكوين العقد والتي لا شأن لها بآثاره على الإختصاص، كالتحقق من مدى سلامة التراضي مثلا. ..[3]

الفرع الثاني: الإختصاص المبني على فكرة تلافي جريمة إنكار العدالة

إذا كان الأصل أن المحاكم الوطنية تختص بالنظر في المنازعات الأسرية بناءا على توافر أحد الضوابط المقررة في قانونها، إلا أنه مع ذلك توجد حالات ينعقد لها الإختصاص بالنظر في هذه المنازعات رغم غياب هذه الضوابط، ويبنى إختصاصها في هذه الحالة على فكرة تلافي إنكار العدالة.

وقد كرس هذه الفكرة –كسبب من أسباب الإختصاص بالدعوى– القضاء الفرنسي[4]، في العديد من المناسبات، حيث إنتهى هذا الأخير إلى أنه إذا لم يكن للمدعي عليه موطن

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1058، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 160 و164.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1059، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 164.

[3]– هشام علي صادق، نفس المرجع، ص 161.

[4]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 26، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 128، حبار محمد، المرجع السابق، ص 195، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 78.

أو محل إقامة في فرنسا أو في الخارج فإن المحاكم الفرنسية تختص بالدعوى ما دام أن المدعى متوطن في فرنسا[1].

وفضلا عن القضاء، فقد تبنت فكرة إنكار العدالة العديد من التشريعات من ذلك التشريع المصري حيث نص على ذلك في المادة 30 في قانون المرافعات التي جاء فيها :"تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى"[2].

يبدو من خلال هذا النص، أن المشرع المصري قد أخذ بمبدأ تلافي إنكار العدالة كسبب لعقد الإختصاص لمحاكمه، غير أنه لم يأخذ به بشكل مطلق بل قصر إعماله على الدعاوي المتعلقة بالأحوال الشخصية فقط[3]، ولم يستثن من ذلك سوى الدعاوي العقارية المتعلقة بعقارات كائنة بالخارج، وذلك على أساس أن وجود العقار في الخارج يعني أن هناك محكمة مختصة بالنزاع المتعلق به مما تنتفي معه حكمة الإختصاص القائم على فكرة تلافي إنكار العدالة[4].

كما إشترط المشرع المصري لعقد الإختصاص لمحاكمه إستنادا للمبدأ السابق أن لا تكون هناك محكمة أجنبية مختصة على أساس ضابط آخر، وأن يكون هناك إرتباط بين

---

[1]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 128.

[2]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 292.

[3]–هذا، ويرجع في تحديد ما إذا كانت مسألة ما تندرج ضمن الأحوال الشخصية أم لا إلى القانون المصري، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 292، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 78.

[4]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 131.

الدعوى والإقليم، إذ إستلزم أن يكون المدعى في الدعوى المتعلقة بالأحوال الشخصية مصريا أو أجنبيا متوطن في مصر.[1]

الفرع الثالث: الإختصاص بالدعاوى الإستعجالية

تقر غالبية التشريعات الإختصاص لمحاكمها بالنظر في المنازعات الأسرية المرفوعة على وجه الإستعجال حتى ولو كانت غير مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية المتعلقة بها.

وتشمل الدعاوي المستعجلة على هذا النحو الإجراءات الوقتية والإجراءات التحفظية التي يطلب الخصوم إتخاذها مخافة من تأخر الفصل في الدعوى الأصلية.

ومن أمثلة الإجراءات الوقتية المقترنة بالمنازعات الأسرية، طلب تقرير نفقة وقتية للزوجة ريثما يتم الفصل في دعوى الطلاق، وطلب نفقة للأم أو القريب، الإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعين بقرار من القاضي، الأمر بتسليم الأشياء اللازمة للاستعمال اليومي... [2]

ومن أمثلة الإجراءات التحفظية، طلب إتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الأموال محل التركة كجردها، ووضع الأختام عليها لحين تعيين الورثة الشرعيين والموصى لهم من قبل المحكمة المختصة بدعوى الميراث[3].

[1]– هشام علي صادق، نفس المرجع ، ص 128.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1099.

[3]–أحمد عبد الكريم سلامة،نفس المرجع ، ص 1099.

وتكمن العلة في تقرير إختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في هذه الدعاوي إلى إعتبارات العدالة وتلافي الإضرار بمصالح الخصوم وإهدار حقوقهم[1]، وهو الأمر الذي تفرضه متطلبات الأمن والسكينة في الدولة كما تستلزمه أيضا مقتضيات التعايش المشترك في الجماعة الدولية[2].

هذا، وإختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوي المستعجلة، هو حل مستقر عليه في معظم التشريعات من ذلك التشريع المصري، حيث نص صراحة في المادة 34 من قانون المرافعات على أن :"تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية "[3].

وكذلك التشريع الأردني بموجب المادة 3/27 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي منح بموجبها الإختصاص للمحاكم الأردنية لإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن، ولو كانت المحكمة الأردنية غير مختصة بالدعوى الأصلية[4].

كما كرس هذا الحل أيضا، القضاء الفرنسي وقد ذهب هذا الأخير إلى جانب الفقه إلى تأسيس إختصاص المحاكم الفرنسية في خصوص الإجراءات الوقتية والتحفظية على فكرة قوانين البوليس والأمن[5].

[1]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 407.
[2]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 190.
[3]–محمد كمال فهمي، المرجع السابق،، ص 634.
[4]–حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 254.
[5]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1101.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد نص في المادة 299 ق.إ.م.إ على أنه: "في جميع أحوال الإستعجال، أو إذا إقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة إفتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادي عليها في أقرب جلسة .

يجب الفصل في الدعاوي الإستعجالية في أقرب الآجال"

بإستقرائنا لهذا النص، يتضح إمكانية تمديد العمل به إلى المجال الدولي، ذلك أن العبرة في مثل هذه الدعاوى تكمن في وجود حالة الإستعجال بغض النظر عن طبيعة النزاع سواء كان دولي أو وطني.

وبناءا على ذلك، تكون المحاكم الجزائرية مختصة بإتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي مرتبط بأي نزاع أسري دولي ولو لم تكن مختصة بالنظر في النزاع الأصلي.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على ثبوت الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية

يترتب على ثبوت الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بالنظر في أي نزاع أسري مشتمل على عنصر أجنبي آثار، بعضها تخص جانب الإختصاص القضائي ذاته وبعضها تتعلق بالإختصاص التشريعي، فأما الآثار المتعلقة بالإختصاص القضائي، تتمثل في ثبوت الإختصاص لهذه المحاكم بالنظر أيضا في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية، و لو لم تكن مختصة بالنظر فيها فيما لو طرحت أمامها في صورة دعوى مستقلة، وهذا ما سنبحثه في (المطلب الأول) وأما الآثار المتعلقة بالإختصاص التشريعي فتتجلى في تأثير

إختصاص المحكمة على مسألة تنازع القوانين من عدة جوانب وهذا ما سنتناوله في (المطلب الثاني)

المطلب الأول: ثبوت الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بالنظر في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية

تكاد تجمع غالبية التشريعات على عقد الإختصاص لمحاكمها بالنظر في الدعاوي المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها، وذلك لضرورة تحقيق وحدة الخصومة ولحسن سير العدالة وتلافي الحصول على أحكام متضاربة.

وعليه سنعالج في هذا المطلب ثلاث صور للدعاوى المرتبطة – التي تختص بها المحاكم كنتيجة لإختصاصها بالنظر في الدعوى الأصلية المتعلقة بها– وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المسائل الأولية

يقصد بالمسائل الأولية، تلك المسائل التي يتعين على القاضي الفصل فيها بداءة قبل الخوض في موضوع النزاع الأصلي المعروض أمامه[1]، ومن أمثلتها، تحديد جنسية الخصم أو موطنه للتأكد من مدى إختصاص المحاكم بالنظر في النزاع، أو لمعرفة القانون الواجب تطبيقه على النزاع[2].

[1]–حبار محمد، المرجع السابق، ص 219.

[2]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 188.

ومن أمثلة ذلك أيضا،مسألة تفسير المعاهدات الدولية التي تطرح قبل البث في النزاع[1].

هذا، ويشرط لإختصاص المحاكم بالنظر في هذه المسائل أن يكون الإختصاص ثابتا لها أساسا بالدعوى الأصلية، وذلك بموجب ضوابط الإختصاص القضائي السابق الإشارة إليها.

كما يجب فضلا عن ذلك، أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازما للحكم في الدعوى الأصلية، مما يعني توافر درجة معينة من الارتباط بين الدعويين سواء تحقق الإرتباط عن طريق عنصر السبب أو عنصر الموضوع أو عنصر أطراف المنازعة[2].

وهذا الإختصاص المقرر للمحاكم الوطنية بشأن المسائل الأولية نتيجة لإختصاصها بالدعوى الأصلية، هو حل كرسته العديد من التشريعات، من ذلك التشريع المصري الذي نص صراحة على عقد الإختصاص لمحاكمه بشأن المسائل الأولية كلما كانت مختصة بالدعوى الأصلية، وقد نص على ذلك في المادة 33 من قانون المرافعات التي جاء فيها:" إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في إختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية ...."[3].

كما كرس هذا الحل أيضا، القانون الفرنسي وكذا القانون الإيطالي.[4]

[1]–محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 316.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق،، ص 1093.

[3]–أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 368، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص640، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1091.

[4]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1093.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، رغم خلوه من النص على إختصاص المحاكم بالنظر في هذه المسائل الأولية إلا أنه لا يوجد ما يمنع من عقد الإختصاص لها بالنظر في هذه المسائل طالما كان الفصل في النزاع الأصلي متوقف على الفصل فيها.

ومثال ذلك، أن يعرض أمام القاضي نزاع يتعلق بطلاق زوجين أجنبيين ويثور إشكال حول تحديد جنسية الزوج، ففي هذه الحالة يتعين عليه الفصل في مسألة الجنسية كمسألة أولية حتى يتسنى له معرفة القانون الواجب التطبيق والفصل في النزاع الأصلي.

وهذا الأمر تفرضه طبيعة العلاقات الدولية، فحتى يتمكن القضاء من أداء مهمته ينبغي أن لا يعلق الفصل في موضوع النزاع الأصلي على ما يتقرر في شأن المسألة الأولية من محكمة اجنبية لا تخضع لنفس السيادة ولا تربطها بالمحكمة المعروض أمامها النزاع الأصلي أي قواعد خاصة بتوزيع الإختصاص[1].

هذا، و يرجع في تحديد طبيعة المسألة ما إذا كانت تعد أولية أم لا،وكذا تقدير مدى إرتباطها بالدعوى الأصلية إلى قانون القاضي بإعتبار ذلك مسألة تكييف أولى لازمة للفصل في الدعوى[2].

الفرع الثاني: الطلبات العارضة

تقر غالبية التشريعات الإختصاص لمحاكمها بالفصل في الطلبات العارضة التي تثار أمامها ولو لم تكن مختصة بالنظر فيها فيما لو رفعت أمامها في صورة دعوى مبتدئة.

[1]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 188.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1093.

وذلك متى كانت مختصة إبتداءا بالدعوى الأصلية وكانت هذه الطلبات مرتبطة بهذه الدعوى[1].

والطلبات العارضة، هي تلك الطلبات التي يقدمها أطراف الخصومة أثناء سير الدعوى من شأنها أن تؤدي إلى تغيير نطاق الدعوى زيادة أو نقصان من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها[2]، ومن أمثلتها في مجال المنازعات الأسرية أن يرفع الزوج دعوى طاعة على زوجته فترد عليه بطلب الطلاق[3].

هذا، ويبرر إختصاص المحاكم بالنظر في هذه الطلبات كنتيجة لإختصاصها بالدعوى الأصلية المرتبطة بها، بالحفاظ على وحدة الخصومة وعدم تقطيع أواصلها وكذلك الإقتصاد في النفقات والإجراءات[4]، وتمكين القضاء من أداء وظيفته على الوجه الأكمل مراعاة لحسن سير العدالة ومنعا لتضارب الأحكام[5].

ومن التشريعات التي كرست هذا الحل، نجد التشريع المصري الذي نص على ذلك صراحة في المادة 33 من قانون المرافعات التي جاء فيها:" إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في إختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية.." [6].

---

[1]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 376، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1094.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1093.

[3]–أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 374.

[4]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1095.

[5]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 187.

[6]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 640، هشام علي صادق، المرجع السابق،ص 186، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 99.

وبالنسبة للتشريع الجزائري، فإعمالا لمبدأ أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع أو أن الفرع يتبع الأصل[1]، فلا مانع من إختصاص المحاكم الجزائرية بالنظر في الطلبات العارضة المتصلة بأي نزاع أسري تكون مختصة بالنظر فيه، وذلك للحفاظ على وحدة الخصومة وضمان سرعة الفصل في النزاع.

الفرع الثالث: الطلبات المرتبطة

لا يقتصر إختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة، بل يمتد أيضا إلى الطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية .

والطلبات المرتبطة، هي تلك الطلبات التي ترتبط إرتباطا وثيقا بطلبات أخرى يكون من المفيد جدا جمعها أمام محكمة واحدة لكي يفصل فيها في خصومة واحدة تلافيا لتضارب الأحكام القضائية[2].

ويتحقق الإرتباط عادة متى كانت هناك وحدة في الموضوع أو السبب أو الأطراف بين الدعويين، كما يمكن أن يتحقق الإرتباط أيضا في غير هذه الأحوال، كأن تكون هناك صلة وثيقة بين الدعويين تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيهما معا[3].

ومثال ذلك، أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء الجزائري تطالب فيها الزوجة بحقها في النفقة، وتكون هناك دعوى أخرى مرفوعة أمام جهة قضائية أجنبية

مع الملاحظ في هذا الإطار أن المشرع المصري قد قنن ذات القاعدة في نطاق الإختصاص المحلي الداخلي، حيث نص في المادة 60 من قانون المرافعات على أنه : "تختص المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصلية بالفصل في الطلبات العارضة" أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1095.

[1]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 316.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1095.

[3]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 105.

يطالب فيها الزوج بالطلاق فللإرتباط الموجود بين الدعويين يكون من الأفضل جمعهما أمام جهة قضائية واحدة لتلافي صدور حكمين متعارضين.

وقد تبنى هذا الحل المشرع المصري صراحة بموجب المادة 33 من قانون المرافعات التي نصت على أنه:" إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في إختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في ....كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها "[1].

طبقا للنص، فإنه يشترط لإختصاص المحاكم بنظر الطلبات المرتبطة، أن تكون هذه المحاكم مختصة بالدعوى الأصلية طبقا للقواعد المنظمة للإختصاص القضائي الدولي لها، كما يجب أن يكون الطلب المرتبط على صلة جدية بالدعوى الأصلية، ويترجم هذه الصلة، وحدة السبب أو الموضوع في الدعويين[2].

كما أخذ بهذا الحل صراحة كل من التشريع السوري بموجب المادة 10 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي نصت على أنه:"إذا رفعت للمحاكم السورية دعوى الأحوال الشخصية الداخلة في إختصاصها فإنها تكون مختصة بالفصل ... وفي كل طلب مرتبط بهذه الدعوى ويقتضي سير العدالة أن ينظر فيه"[3]، وكذلك التشريع التونسي بموجب الفصل 7 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي جاء فيه ما يلي: "تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها إرتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية "

[1]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 179.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1096.

[3]– محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 46.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ، فقد كرس هذا الحل على المستوى الداخلي وذلك بموجب المادتين 55 و 207 ق.إ.م.إ ،حيث نصت المادة 55 ق.إ.م.إ على أنه :" تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا "

كما نصت المادة 207ق.إ.م.إ على أنه :"إذا وجد إرتباط بين خصومتين أو أكثر معروضة أمام نفس القاضي، جاز له ولحسن سير العدالة ضمهما من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم والفصل فيهما بحكم واحد ".

الواضح من خلال ما تقدم، أن المشرع الجزائري قد إستجاب على المستوى الداخلي لمبدأ ضم القضايا المرتبطة أمام جهة قضائية واحدة للفصل فيها.

إذا كان هذا المبدأ قد إقتضته إعتبارات حسن سير العدالة وتلافي الحصول على أحكام متضاربة، فإنه لا مانع ولذات الغرض من تمديد العمل به إلى مجال الإختصاص القضائي الدولي .

وعليه، تكون المحاكم الجزائرية مختصة بالنظر في الطلبات المرتبطة بأي نزاع أسري معروض أمامها ولو لم تكن مختصة بالنظر فيها فيما لو رفعت أمامها على نحو مستقل.

هذا، وإلى جانب ذلك إعتنق المشرع الجزائري وبموجب المادة 56 ق.إ.م.إ[1]، مبدأ آخر وهو مبدأ التخلي عن الإختصاص للإرتباط، أي أنه كما جعل الإرتباط جالبا للإختصاص جعله أيضا سالبا له.

فإذا كان ذلك على المستوى الداخلي فما مدى الأخذ بذلك في المجال الدولي؟

في ظل غياب التنظيم القانوني للمسألة على صعيد العلاقات الخاصة الدولية، نرى بأنه لا مانع من الأخذ بذلك، و تمديد العمل بالنص السابق، وذللك لإعتبارات عديدة تتجلى أساسا في توفير الجهد والنفقات وكذا تلافي الحصول على أحكام متضاربة يمنع الأمر بتنفيذها.

غير أنه لإثارة الدفع بالإحالة لابد من توافر جملة من الشروط تتمثل فيما يلي:

1-أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء الأجنبي: لقبول الدفع بالإحالة أمام القضاء الوطني يجب أن تكون ذات الدعوى المرفوعة أمام هذا الأخير مرفوعة أمام القضاء الأجنبي، بذات الموضوع وبنفس المحل والسبب.

وعلى هذا، فلا مجال لقبول الدفع بالإحالة إذا إختلف موضوع الدعويين أو أطرافهما أو سببهما[2].

وقد كرس القضاء الفرنسي هذا الشرط في العديد من أحكامه، ولذلك رفض الدفع بالإحالة لكون أن طلب الطلاق المرفوع في الخارج وطلب تحويل الإنفصال الجسماني

[1]- تنص المادة 56 ق.إ.م.إ على أنه : "التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح عليه النزاع، لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى، بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا".

[2]-عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 143.

إلى تطليق المرفوع أمام المحاكم الفرنسية، دعويين لكل منهما محل وسبب يختلف عن الآخر[1].

2-أن تكون المحكمة الأجنبية المرفوع أمامها الدعوى مختصة: وهذا أمر بديهي إذ لا مجال لتنازل المحكمة الوطنية عن إختصاصها إذا كانت المحكمة الأجنبية غير مختصة، لأن الحكم الذي ستصدره هذه الأخيرة سوف لن يمنح الأمر بالتنفيذ من قبل القضاء الوطني[2].

هذا، وفضلا عما سبق، يشترط جانب من الفقه المصري أن يكون الاختصاص الثابت للمحكمة الأجنبية غير منطويا على غش، فلو تأكد للمحكمة الوطنية مثلا، أن المدعي قد قصد من وراء رفع دعواه أمام تلك المحكمة التحايل على الإختصاص بالحصول على مزايا قاصدا بذلك الإضرار بالخصم كان لها أن ترفض الدفع بالإحالة، كما لها أن ترفض هذا الدفع أيضا، إذا ما إتضح لها أن الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية رغم إختصاصها لن يكون ذي قيمة فعلية لغياب رباط جدي بينها وبين النزاع[3].

3-أن تكون الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الأجنبية ،سابقة على تلك المعروضة أمام القضاء الوطني : وهذا ما يبرر تخلي هذا الأخير عن الفصل فيها.

[1]-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 196.

[2]-أنظر ص 205 من المذكرة.

[3]-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 198.

كما يجب على الأطراف الدفع بالإحالة قبل أي دفع آخر وقبل الدخول في موضوع الدعوى، كما يمكن للقاضي التنازل عن الفصل في النزاع من تلقاء نفسه بمجرد تحققه من قيام الإحالة[1].

4-أن يتأكد القاضي الوطني من أن الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية يكون قابلا للإعتراف به وتنفيذه في دولته: وبناء على ذلك يتعين عليه أن يراقب الإجراءات التي تتم أمام المحكمة الأجنبية لمعرفة ما إذا كان الحكم الأجنبي الذي ستصدره سيكون قابلا للتنفيذ أم لا[2].

وقد أخذت بفكرة الدفع بالإحالة العديد من التشريعات، كالتشريع الألماني والهنغاري وكذا السويسرى، وقد إشترط هذا الأخير لإمكانية قبول هذا الدفع أن يكون الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ في سويسرا وأن يكون قانون المحكمة الأجنبية يقر مبدأ المعاملة بالمثل، وكذلك في التشريعين الأمريكي والانجليزي يقبل الدفع بالإحالة متى كان رفع الدعوى أمام المحاكم الإنجليزية أو الأمريكية منطويا على إساءة في إستعمال الحق[3].

كما أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ26نوفمبر1974 أقرت بموجبه مكنة قبول الدفع بالإحالة أمام القضاء الفرنسي وفقا لقواعد القانون الداخلي بوصفه الشريعة العامة لقيام الدعوى أمام محكمة أجنبية مختصة هي الأخرى، كما أكدت على ذلك أيضا في حكم آخر لها بتاريخ17يوليو1980[4].

[1]- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 337.

[2]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 199.

[3]- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 142.

[4]- عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع ، ص 141-142.

المطلب الثاني: تأثير الإختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين

إن ثبوت الإختصاص القضائي لجهة قضائية معينة بالنظر في أي نزاع أسري، له تأثير مباشر على تنازع الإختصاص التشريعي، ويظهر هذا التأثير من خلال الجوانب التالية:

الفرع الأول: إعمال قواعد الإسناد المدرجة في قانون القاضي

إن تعيين المحكمة المختصة دوليا بالنظر في أي نزاع أسري، يترتب عليه بالتبعية المرور إلى مرحلة تنازع القوانين وتطبيق قواعد الإسناد المقررة في دولة القاضي.

غير أنه، و لما كانت الدول مختلفة في تنظيمها لهذه القواعد- على نحو ما رأينا- فإن القانون المختص الذي يتحدد وفقا لهذه القواعد سيختلف بإختلاف المحكمة الناظرة في النزاع.

فلو كان الإختصاص ثابتا للمحاكم الجزائرية مثلا، بشأن أي نزاع أسري فإن القاضي سوف ينتهي إلى تطبيق قواعد الإسناد الجزائرية على هذا النزاع، أي تطبيق قانون الجنسية ووفقا لهذا الضابط يتحدد القانون المختص الذي قد يكون إما قانونه أو قانون أجنبي آخر.

بينما لو عرض ذات النزاع أمام المحاكم الإنجليزية، وكان الإختصاص ثابتا لها بموجب ضوابط الإختصاص القضائي المقررة فيها، فان القاضي هناك سوف ينتهي إلى تطبيق قانون الموطن على النزاع إعمالا لقواعد الإسناد المقررة فيه، وبالتالي فان القانون المختص سوف يتحدد وفقا لموطن الشخص لا جنسيته .

وهذا الإختلاف في القانون الواجب التطبيق على النزاع الأسري المطروح من محكمة دولة لأخرى قد يكون أيضا بسبب إختلاف التشريعات في التكييف، فإعمالا لقاعدة خضوع التكيف لقانون القاضي، فإن كل قاضي معروض أمامه النزاع سوف يقوم بتكييف المسألة على هدي نظامه القانوني وبالتالي سوف يختلف الحل النهائي للنزاع باختلاف التكييف المعطى للمسألة.

فمثلا، قد تعتبر محاكم بعض الدول النفقة المؤقتة التي تطالب بها الزوجة خلال نظر دعوى التطليق من آثار الزواج، بينما قد تكيف هذه النفقة في دولة أخرى على أنها من مسائل الإجراءات الوقتية أو من تدابير الأمن المدني[1]، فهذا الإختلاف في تكييف النفقة بين الدولتين يؤدي إلى اختلاف في قاعدة الإسناد المطبقة، وبالتالي إختلاف في القانون الذي يحكمها وهو ما يبرز بوضوح مدى تأثير إختصاص محاكم دولة معينة بنظر النزاع على تحديد القانون المطبق عليه.

كذلك يظهر تأثير الإختصاص القضائي الدولي على تنازع القوانين عند إعمال الدفع بالنظام العام[2].

فمقتضيات النظام العام يقدرها القاضي وفقا لما هو سائد في دولته، لأن محاكم كل دولة مكلفة بالسهر على مقتضيات نظامها العام ولا شأن لها بما هو سائد في الدولة الأخرى، فهذا الأمر له تأثير على القانون المختص، فقد يستبعد القضاء الجزائري القانون

[1]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 13.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 14، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 296.، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 13.

الأجنبي لمخالفته للنظام العام ويطبق بدله قانونه، بينما قد تقوم محاكم دول أخرى بتطبيق ذات القانون لعدم مخالفته لمقتضيات النظام العام السائدة فيها.

فلو رفعت زوجة سورية مسيحية مثلا، دعوى للمطالبة بحقها في ميراث أموال منقولة تركها زوجها الفرنسي المسلم والذي كان متوطنا بفرنسا وتوفي بها.

إن هذا النزاع لو عرض أمام القاضي السوري سوف ينتهي إلى رفض طلبها وذلك بتطبيق قانونه –بعد إستبعاد القانون الفرنسي بإعتباره قانون الجنسية– المخالف للنظام العام الذي يجيز هذا التوارث. في حين لو عرض هذا النزاع أمام القاضي الفرنسي سوف يقر لها بحقها في الميراث ،وذلك بعد تطبيق قانونه –بإعتباره قانون آخر موطن للمتوفي– والذي لا يعتبر المسألة مخالفة للنظام العام.

وهكذا يتضح إذن مدى تأثير إختصاص المحكمة على تحديد القانون المطبق عند إعمال الدفع بالنظام العام.

والأمر لا يختلف أيضا بالنسبة لمسألة الإحالة[1]، فالنزاع المعروض أمام محكمة دولة يقبل قانونها الإحالة، تطبق عليه القانون الذي تشير بإختصاصه قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي بينما المعروض أمام محكمة دولة لا يأخذ قانونها بالإحالة، سوف تطبق عليه مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، وهكذا يبدو أن القانون الواجب التطبيق يختلف بإختلاف المحكمة المعروض عليها النزاع.

[1]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 12، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 14.

الفرع الثاني: تأثير الإختصاص القضائي الدولي على القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى

من المبادئ السائدة في القانون الدولي الخاص خضوع إجراءات التقاضي لقانون القاضي، أي قانون الدولة الناظرة في النزاع.

وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي هي قاعدة قديمة ظهرت ملامحها الأولى لدى شراح المدرسة الإيطالية في القرون الوسطى، حيث ميز الفقيه بارتول في سنة 1235 بين الإجراءات والتي يسري عليها قانون القاضي وبين الموضوع و الذي يخضع لقوانين أخرى تتحدد وفقا لطبيعة المسألة. ومنذ إقرار هذه التفرقة أصبحت قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي قاعدة تقليدية إستقر عليها كل من الفقه والقضاء في مختلف دول العالم[1].

كما تبنتها العديد من التشريعات، من ذلك التشريع الأردني حيث نص على ذلك في المادة23 من القانون المدني التي جاء فيها:" يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الإختصاص وإجراءات التقاضي".

كما كرس هذه القاعدة أيضا التشريع المصري حيث نصت المادة22 من القانون المدني على أنه:" يسري على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وإن كان قد أغفل النص على هذه القاعدة حين إصداره للقانون المدني لسنة 1975 إلا أنه قد تدارك ذلك بموجب التعديل الذي مس

[1]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 197.

ق.م.ج في سنة2005 حيث كرسها صراحة بموجب المادة 21مكررق.م.ج التي نصت على أنه: "يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

بناءا على ما تقدم، فإن الإجراءات المتعلقة بأي نزاع –بما في ذلك المنازعات الأسرية– تخضع لقانون القاضي المعروض أمامه هذا النزاع.

وعليه، إذا كان الإختصاص ثابتا للمحاكم الجزائرية مثلا، بشأن أي نزاع أسري فإن الإجراءات المتعلقة بالدعوى تخضع للقواعد الإجرائية والمنصوص عليها في ق.إ.م.إ، ونفس الشيء فيما لو كان الإختصاص بشأن ذات النزاع ثابتا لجهة قضائية أجنبية، إذ تخضع الإجراءات المتعلقة بالدعوى لما هو منصوص عليه في قانون تلك الدولة، وهذا ما يعكس بوضوح تأثير تعيين المحكمة المختصة على القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى، إذ تختلف هذه الأخيرة باختلاف المحكمة الناظرة في النزاع .

هذا، ومما هو جدير بالذكر في هذا الإطار أنه على الرغم من أن قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي قاعدة متفق عليها فقها وقضاءا وتشريعا، إلا أنه قد ثار جدلا صاخبا بين الفقهاء حول تحديد أساسها القانوني.

حيث إتجه البعض إلى أن أساس تطبيق قانون القاضي على إجراءات الدعوى هو فكرة النظام العام، وحجتهم في ذلك هي انه لما كان الهدف الذي ترمي إليه قواعد الإجراءات عموما هو تمكين الخصوم من الوصول إلى حقوقهم بأقرب الطرق وأيسرها، فإنه يجب التقيد بهذه الغاية لإرتباطها بالصالح العام والنظام الإجتماعي في كل دولة[1].

[1]– أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 191.

غير أن هذا الاتجاه أنتقد من جانب بعض الفقه، على أساس أن إختصاص قانون القاضي في هذه الحالة هو إختصاص أصلي ولم يتقرر بصفة إستثنائية بسبب مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام الوطني. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الدفع بالنظام العام يختلف أثره بحسب ما إذا تعلق الأمر بمركز قانوني أريد إنشاؤه في دولة القاضي، أو بمركز قانوني سبق نشوؤه في الخارج ويراد الإحتجاج به في دولة القاضي، فأين أثر هذا التباين إذا ما تعلق الأمر بتطبيق قانون القاضي على المسائل الإجرائية، وفضلا عن ذلك، فإن هناك من قواعد المرافعات الداخلية ما يعد إختياريا غير متعلق بالنظام العام، وهي تلك القواعد التي تهدف الى التيسير على الأشخاص ومراعاة مصالحهم الخاصة، وهي قواعد يجوز الإتفاق على مخالفتها وصاحب المصلحة هو وحده له حق التمسك بإعمالها وله أن يتنازل عن حقه صراحة أو ضمنا، ومع ذلك فإن هذه القواعد تخضع لقانون القاضي[1].

إلى جانب الإتجاه، السابق إتجه فريق آخر من الشراح إلى أن قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي هي مجرد تطبيق لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع شكل التصرفات للقانون المحلى، وحجتهم في ذلك هي أن فكرة الشكل لا تختلف في جوهرها عن فكرة الاجراءات، فكل منهما هو المظهر الخارجي الذي يوجب القانون إتخاذه وهو يستلزم مراعاة أوضاع معينة وتدخل موظف عام، فبالنسبة للتصرف القانوني هو الموثق، وبالنسبة لإجراءات الدعوى هم عمال القضاء، وقانون المحل بالنسبة للتصرف

[1]– عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 191–192.

القانوني هو قانون البلد الذي يبرم فيه، وقانون المحل بالنسبة لإجراءات المرافعات، هو قانون البلد الذي توجد به المحكمة التي يتخذ فيها الاجراء[1].

غير أن هذا الإتجاه انتقد هو الآخر على أساس أن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل ابرامه هدفها التيسير على الافراد إجراء التصرفات القانونية في بلد معين، لذلك فهي تعد قاعدة إختيارية، بينما قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي تتسم بطابعها الإلزامي فهدفها ضمان حسن سير التقاضي وتحقيق العدالة[2].

إزاء ما تقدم اتجه الفقه الراجح، إلى أن قواعد الاجراءات تعد قواعد تنظيمية لسلطة عامة، هدفها أداء العدالة، فتبين للسلطة القضائية طريقة أداء وظيفتها ولا يمكن أن تقوم سلطة عامة بأداء وظيفتها إلا وفقا لما رسمه لها مشرعها، لذا فهي تطبق تطبيقا إقليميا. وفضلا عن ذلك فإنه ليس من العدل أن تتباين إجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة الواحدة تبعا لما إذا كانت القضية وطنية محضة أو أجنبية في أحد عناصرها[3].

هذا، ويدخل في فكرة الإجراءات ويخضع لقانون القاضي سائر الإجراءات المتعلقة بالدعوى القضائية، من ذلك شروط قبول الدعوى كالصفة والمصلحة، أما أهلية التقاضي فتخضع للقانون الذي يحكم أهلية الشخص عموما وهو قانون الجنسية[4].

كما يدخل في فكرة الإجراءات أيضا، إجراءات سير الخصومة .فقانون القاضي هو الذي يسري في شأن البيانات الواجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى، ومواعيد

[1]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 198.
[2]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 195.
[3]– عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 195–196.
[4]– حبار محمد، المرجع السابق، ص 206–207.

الحضور، وجزاء النقص في هذه البيانات ومخالفة المواعيد، وقيد الدعوى وميعاده وكذا جزاء عدم القيد في الميعاد، وأثر غياب الخصوم في سير الدعوى، ووقف الخصومة وإنقطاعها وإنقضائها بغير حكم في الموضوع سواء كان هذا الإنقضاء عن طريق الحكم بسقوطها أو بالتقادم أو بتركها[1].

كذلك يحدد قانون القاضي، ما إذا كان للنيابة العامة حق التدخل في الدعوى أم لا[2].

كما يختص قانون القاضي أيضا، بتحديد محل الإثبات ومن يقع عليه عبء الإثبات، كيفية أداء الشهادة، وشروط الصلاحية لها، وكيفية تقديم الدليل الكتابي، شكل حلف اليمين، سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة... أي مختلف قواعد الإثبات الإجرائية[3].

أما بالنسبة للتقادم، فينبغي التمييز بين أنواعه، إذ منها ما يكتسي طابعا إجرائيا، من ذلك الآجال المتطلبة للطعن في الأحكام القضائية، فهذه الأخيرة متفق على إخضاعها لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، أما المسائل الأخرى المرتبطة بموضوع النزاع -كالأجل المسقط، الأجل المحدد لتقادم بعض الحقوق- تفهي تخرج من نطاق تطبيق قانون القاضي، وتخضع لنفس القانون الذي يحكم موضوع النزاع لإرتباطها بالحق نفسه[4].

[1]-هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 210-211.

[2]- كمال سمية، المرجع السابق، ص 173.

[3]- محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 363.

[4]- حبار محمد، المرجع السابق، ص 207.

الفصل الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات الأسرية

من المسلم به أن المنازعة الأسرية ذات الطابع الدولي شأنها شأن سائر المنازعات تنتهي بصدور حكم قضائي فاصل في الموضوع. وهذا الأخير بدوره يثير العديد من الإشكالات على صعيد العلاقات الخاصة الدولية لا سيما في حالة ما إذا تمسك من صدر لمصلحته هذا الحكم بتنفيذه في دولة أخرى غير التي أصدرته.

فهل يلقى هذا الحكم نفس المعاملة ويتمتع بنفس قوة النفاد التي يتمتع بها في بلد إصداره ام انه يضحى مجردا من أي أثر لمجرد تجاوزه الحدود الإقليمية؟

رغم التسليم بأن الإعتراف المطلق بآثار الأحكام الأجنبية ومعاملتها معاملة الأحكام الوطنية يتنافى مع مبدأ سيادة الدولة. إلا أن حاجة المعاملات الدولية فرضت على الدول ضرورة التوفيق بين هذين الإعتبارين[1]. فلم تهدر الحكم الأجنبي كلية بإسم السيادة، ولم تعامله معاملة الحكم الوطني من جميع الجوانب[2]. بل وضعت ضوابط وشروط محددة لا يتم الأمر بالتنفيذ إلا بتحققها.

للإحاطة بما سبق، سنعكف على معالجة هذا الفصل في مبحثين، نتناول في المبحث الأول شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات الأسرية ونتناول في المبحث الثاني الإجراءات المتبعة لطلب الأمر بالتنفيذ.

[1]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 237، هشام خالد، ماهية الحكم القضائي الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في النظم القانونية، منشأة المعارف الاسكندرية، 2007، ص 24.

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

المبحث الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات الأسرية

رغم إيمان غالبية الدول بضرورة تنفيذ الأحكام الأجنبية على أراضيها في سبيل حماية مصالح الأفراد وإنعاش العلاقات الدولية، إلا أنها لم تجعل ذلك تلقائيا بل أوجبت توافر شروط معينة لقبول التذرع على أراضيها بالحكم الأجنبي.

للوقوف على ذلك، سنعالج في هذا المبحث، الأنظمة المتبعة في تنفيذ الأحكام الأجنبية وذلك في المطلب الأول لنتطرق في المطلب الثاني منه إلى توضيح شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقا للتشريع الجزائري .

المطلب الأول: الأنظمة المتبعة في تنفيذ الأحكام الأجنبية

تختلف الأنظمة التي تنتهجها الدول في سبيل تنفيذ الأحكام الأجنبية على أراضيها، فمنها من تنتهج نظام رفع الدعوى (الفرع الأول) ومنها ما تتبع نظام الأمر بالتنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظام رفع دعوى جديدة

طبقا لهذا النظام، فإن الحكم الأجنبي لا يمكن تنفيذه مباشرة بواسطة السلطة العامة في الدولة بل يتعين على من صدر لمصلحته أن يرفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطني للمطالبة بالحق الذي يتضمنه هذا الحكم الذي يمكن تقديمه كدليل إثبات لا أكثر[1].

[1]–أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 468، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 357.، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 244.

وقد أخذت بهذا النظام إنجلترا[1]، منذ عام 1834 غير أن هذا الموقف تغير منذ عام 1870 حيث أصبح القانون الانجليزي يتبع حاليا أسلوبين هما:

1-أسلوب رفع الدعوى: بمقتضاه يرفع صاحب المصلحة دعوى جديدة ويقدم الحكم كدليل حاسم لا يقبل إثبات العكس حتى ولو كان معيبا لخطأ في الواقع أو في القانون.

2-الإعتراف بالحكم الأجنبي: وهنا لا يقبل القاضي الإنجليزي بالحكم الأجنبي إلا إذا توافرت جملة من الشروط، تتمثل أساسا في وجوب أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر من محكمة مختصة دوليا ،وأن يكون هذا الحكم حائز لقوة القضية المقضية وأن يراعى في إصداره قواعد العدالة وأن لا يكون مخالفا للنظام العام الإنجليزي[2].

الفرع الثاني: نظام الأمر بالتنفيذ

بمقتضى هذا النظام فان الحكم القضائي الاجنبي يبقى محتفظا بصفته كحكم قضائي[3]، غير انه لا يمكن تنفيذه في دولة أخرى غير التي صدر فيها إلا بعد حصوله من قضائها على الأمر بالتنفيذ، ولا يمنح هذا الأخير إلا بعد أن تقوم المحكمة المطلوب منها منحه بفحص الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه للتأكد من إستيفائه للشروط التي يتطلبها القانون[4].

[1]-عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق،، ص 367، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 357، هشام علي صادق، المرجع السابق، 244.

[2]- محمد وليد المصري، المرجع السابق، 357.

[3]-حبار محمد، المرجع السابق، ص 233.

[4]--محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 670، هشام علي صادق، المرجع السابق،، ص 245، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 358.

هذا النظام تأخذ به معظم الدول، غير أنها تختلف فيما بينها حول مدى السلطة الممنوحة للقضاء الوطني في فحص الحكم الأجنبي لمنحه الأمر بالتنفيذ، فمنها ما يتبع نظام المراجعة (البند الأول) ومنها ما يتبع نظام المراقبة (البند الثاني).

البند الأول: نظام المراجعة

طبقا لهذا النظام، فان القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ لا يكتفي بمراقبة مدى إستيفاء الحكم الأجنبي للشروط الأساسية الواجب توافرها فيه، بل يكون له فوق ذلك أن يراقب الحكم في تقديره للوقائع وسلامة تطبيقه لقواعد القانون[1].

ففي ظل هذا النظام، يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة، إذ يستطيع أن يدخل على الحكم الأجنبي ما شاء من تعديلات عليه، فله مثلا، أن يعيد تقدير خطورة الضرر في دعوى التعويض، وله أن يراقب أدلة الاثبات التي قبلها القاضي الأجنبي، كما له أن يخفض مبلغ التعويض الذى أقره الحكم الاجنبي[2]، وهذا ما يجعل الحكم الأجنبي لا يتمتع بأي حجية خارج البلد الذي صدر فيه[3].

[1]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 246.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1107.

[3]– معمر بومكسي، تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي، مجلة العلوم القانونية، ط1،الإصدار الثامن، ص 71.، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1107.

وقد تعرض هذا النظام لإنتقادات لاذعة، أهمها أن مراجعة القاضي للحكم بكامله يؤدي إلى إهدار المال والوقت، كما من شأنه المساس بنزاهة القضاء الاجنبي[1]، بتجاهل كل الجهد الذي بذله حين إصداره لهذا الحكم[2].

بالإضافة إلى ذلك، فإنه يجعل القاضي المطلوب منه منح الأمر بالتنفيذ هو بدوره يواجه صعوبات مادية عند النظر في النزاع. إذ كيف يستطيع أن يفصل فيه من جديد و جميع ملابساته والأدلة المتعلقة به توجد في دولة اخرى[3] ؟

وقد كان هذا النظام مطبقا من قبل القضاء الفرنسي منذ سنة1819.[4]غير أنه ونتيجة للعيوب التي أخذت عليه عدل عنه إلى نظام المراقبة[5].

البند الثاني: نظام المراقبة

بموجب هذا النظام، فإن القاضي لا يتصدى من جديد لموضوع النزاع الذي فصل فيه القضاء الأجنبي، وإنما يكتفي بمراقبة الحكم للتأكد من مدى إستيفائه لبعض الشروط الأساسية التي وضعها مشرعه لتنفيذ الأحكام الأجنبية[6].

فهذا النظام، يهدف إلى البحث عن حل وسط يوفق بين إعتبارات السيادة ومقتضيات التعاون القانوني الدولي، كما يهدف إلى عدم الرفض التلقائي لفعالية الأحكام الأجنبية

---

[1]–محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 359.

[2]––محمد حبار، المرجع السابق، ص 234.

[3]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 473.

[4]–حيث طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا النظام بقرار لها بتاريخ 19 نيسان 1819 الذي رفض منح الأمر بتنفيذ لحكم أجنبي، وأقر ما قام به قضاة الموضوع بمراجعتهم للحكم الأجنبي، أنظر محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 358 هامش رقم 02.

[5]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 56.

[6]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1109، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 245.

لمجرد إختلاف وجهات النظر بخصوص الحل الموضوعي للنزاع بين القاضي الوطني والقاضي الأجنبي[1].

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا النظام صراحة، وهجرت نظام المراجعة نهائيا في قرارها "الشهير الصادر بتاريخ 7يناير 1964 المعروف بقرار " **munzer**" الذي فرض خمسة شروط لتنفيذ الحكم الأجنبي تتمثل فيما يلي:

1-إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم.

2-إلتزام القاضي الأجنبي بالقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

3-إحترام الحكم لحقوق الدفاع.

4-عدم تعارض الحكم مع النظام العام الدولي الفرنسي

5-صدور الحكم دون غش أو تدليس[2].

وقد تم خفض هذه الشروط بموجب حكم آخر صادر بتاريخ4 أكتوبر 1967 إلى أربعة شروط فقط، بحيث حذف شرط سلامة الإجراءات بإعتباره يدرج ضمن شرط عدم المخالفة للنظام العام الإجرائي [3].

هذا، وقد أخذت بهذا النظام غالبية التشريعات منها القانون الدولي الخاص السويسري لسنة1987 والقانون الدولي الخاص الروماني لسنة 1992 [4]، وكذلك التشريعات العربية كالتشريع الأردني، الليبي، السوري، اللبناني، العراقي، المصري[5]،

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1109.

[2]-محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 359.

[3]-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 58.

[4]-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1109.

[5]-محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 360

المغربي[1]، كما أخذ به أيضا التشريع الجزائري حيث أورد- في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية- جملة من الشروط لا يتم منح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلا بتوافرها.

كما تكرس هذا النظام أيضا في الإتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية[2].

هذا، وإلى جانب ما سبق، تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض التشريعات رغم تبنيها لنظام المراقبة إلا أنها علقت الأمر بالتنفيذ على شرط المعاملة بالمثل.

ويقصد بهذا الشرط، معاملة القضاء الوطني للأحكام الأجنبية المراد تنفيذها المعاملة نفسها التي تلقاها الأحكام الصادرة عن هذا القضاء في الدولة التي صدر عنها الحكم[3].

ومن التشريعات التي تبنت هذا المبدأ نذكر التشريع المصري، فقد نص على ذلك صراحة في المادة296 من قانون المرافعات التي جاء فيها: " الأحكام والأوامر الصادرة

[1]-معمر بومكسي، المرجع السابق، ص 74.

[2]-ومن الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية نذكر، الاتفاقية الجزائرية المغربية الخاصة بالتعاون المتبادل بين البلدين الموقع عليها بتاريخ 15 مارس 1963 والمصادق عليها بموجب الأمر رقم 68-69 ليوم 12 سبتمبر 1969 المعدل والمتمم بالبروتوكول بتاريخ 15 جانفي 1969، ج ر العدد 77 لسنة 1969. وكذلك الاتفاقية الجزائرية التونسية الخاصة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين البلدية الموقع عليها في 26 يوليو 1963 والمصادق عليها بموجب المرسوم رقم 63- 450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963، ج ر العدد 87 لسنة 1963 وأيضا إتفاقية الرياض للتعاون القضائي الموقعة بالرياض بتاريخ 26 نوفمبر 1997 والمصادق عليها بموجب المرسوم رقم 01-47 المؤرخ في 11 فيفري 2001، الاتفاقية الجزائرية السورية المبرمة في 27 أفريل 1981 المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 83-130.

[3]- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد،تلمسان،2008-8009،ص204-205.

في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه"[1].

طبقا للنص، فإنه يتعين على القاضي المصري المعروض أمامه طلب الأمر بالتنفيذ أن لا يكتفي بالتحقق فقط من مدى إستفاء الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه للشروط التي وضعها مشرعه لتنفيذ الأحكام الأجنبية، بحيث يأمر بتنفيذ الحكم ووضع الصيغة التنفيذية عليه بطريقة آلية، بل عليه التأكد من أن القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم محل دعوى الأمر بالتنفيذ يقبل تنفيذ الأحكام المصرية بذات القدر و في ذات الحدود[2].

كما تبنى هذا المبدأ التشريع الأردني، حيث إستلزم هو الآخر –وكشرط أولي– لقبول تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن أن تكون الدولة مصدرة الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الاردني، فإذا تأكد القاضي من توافر هذا الشرط إنتقل إلى فحص مدى توافر بقية الشروط الأخرى عملا بمبدأ الرقابة. وإذا لم يتوافر إمتنع عن تنفيذه مباشرة دون النظر في بقية الشروط، وقد نص على ذلك في المادة 7 /2 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية التي جاء فيها: "يجوز للمحكمة أيضا أن ترفض الإستدعاء المقدم إليها بطلب تنفيذ حكم صادر عن إحدى محاكم أية دولة لا يجيز قانونها تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم المملكة الأردنية الهاشمية"[3].

[1]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 672، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 377.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1111.

[3]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 201، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 268.

وإلى جانب ذلك فقد كرس هذا المبدأ أيضا التشريع التونسي حيث نص في الفصل 18 من مجلة القانون الدولي الخاص على أن:" الأحكام والقرارات الأجنبية التي تصبح قابلة للتنفيذ بالبلاد التونسية تنفذ وفقا للقانون التونسي شريطة المعاملة بالمثل".

ويتحقق شرط المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام الأجنبية، إما في صورة شرط تبادلي يدرج في معاهدة دولية تلتزم بمقتضاها الدول المتعاقدة على أن يلقى الحكم المراد تنفيذه معاملة واحدة عند الجميع، كما قد يتحقق عن طريق التبادل التشريعي بين الدولة مصدرة الحكم والدولة التي يراد فيها تنفيذ الحكم، كما قد يتحقق أيضا بصورة واقعية وذلك بأن يجري العمل في الدولة مصدرة الحكم على تنفيذ الأحكام الصادرة عن الدولة التي يراد فيها تنفيذ ذلك الحكم [1]، ويتجه الفقه الغالب في هذا الصدد نحو كفاية التبادل الواقعي [2].

هذا، ومما هو جدير بالذكر في هذا الإطار أن هذا الشرط على الرغم من تكريسه من قبل العديد من التشريعات، إلا أنه منتقد من قبل غالبية الفقه باعتباره ذو طبيعة سياسية يمس بحقوق الأفراد الوطنيين والأجانب. فضلا عن أن مسألة جواز الإعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم جوازها هي مسألة يجب أن تقدرها الدولة وفق ما تراه مثالا للعدالة ووفق ما يحقق حاجة المعاملات الدولية، بصرف النظر عما تجري عليه الدول الأخرى، وهي تضع لهذه الغاية نظاما واحدا يسري على مختلف الدول يكفل التحقق من أن الحكم المراد تنفيذه هو عنوان للحقيقة والعدالة [3].

[1]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 373.

[2]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 364، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 385.

[3]–حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 327، عكاش محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 386.

المطلب الثاني: الشروط المتطلبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في التشريع الجزائري

لقد حدد المشرع الجزائري الشروط المتطلبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية – [1] بما فيها تلك الفاصلة في المنازعات الأسرية– في المادة 605 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الإختصاص،

2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه،

3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،

4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر،

وعليه، سنتولى دراسة هذه الشروط مع توضيح موقف التشريعات المقارنة منها، وذلك على النحو التالي :

[1]- الجدير بالذكر، أن الشروط المحددة قانونا هي تقريبا ذات الشروط التي كرستها الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، بحيث يمكن إجمال الشروط التي تضمنتها هذه الاتفاقيات فيما يلي:

-شرط الرقابة القضائية.

-وجود استدعاء الأطراف المتنازعة إستدعاءا صحيحا (وهذا هو شرط سلامة الاجراءات).

-أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه مكتسبا لقوة الشيء المقضي به ويتقرر ذلك طبقا لقانون الدولة التي صدر فيها.

-أن لا يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه مخالفا للنظام العام لدولة التنفيذ أو مع حكم قضائي سبق إصداره في بلد التنفيذ. أنظر حبار محمد، المرجع السابق، ص 243.

الفرع الأول: صدور الحكم الأجنبي عن محكمة مختصة

يقتضى هذا الشرط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر قد صدر عن محكمة مختصة، و يعرف هذا الشرط بشرط الرقابة القضائية[1]، ذلك أن القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بالتنفيذ يتولى مراقبة مدى إختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم.

غير أن التساؤل الذي يطرح بهذا الخصوص هو، هل أن هذه الرقابة تقتصر فقط على الإختصاص الدولي أم تشمل أيضا الإختصاص الداخلي لها ؟

هذا ما سنتولى بحثه فيما يلي:

البند الأول: الرقابة على الإختصاص القضائي الدولي

تشترط مختلف الدول التي كرست نظام الأمر بالتنفيذ، أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه على أراضيها صادرا عن محكمة مختصة دوليا[2]. وهذا المعمول به في التشريع الجزائري، رغم عدم النص صراحة على ذلك.

وعليه، يتعين على القاضي الجزائري الناظر في دعوى الأمر بالتنفيذ رقابة مدى الإختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم. ولعل هذا الأمر بدوره يجرنا إلى التساؤل حول القانون الذي يرجع إليه لتحديد هذا الإختصاص؟ هل هو قانون القاضي أم قانون الدولة التي أصدر قضائها الحكم؟

[1]–حبار محمد، المرجع السابق، ص 237.

[2]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 59.

لم يحدد المشرع الجزائري –وعلى غرار غالبية التشريعات– القانون الذي يتم بمقتضاه تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية، الأمر الذي جعل المسألة محل خلاف فقهي.

حيث إتجه البعض إلى أن إختصاص المحكمة الأجنبية يتحدد وفقا لقواعد الإختصاص في دولة القاضي الذي ينظر في دعوى الأمر التنفيذ، وهو الحل الذي كرسته العديد من التشريعات وكذا الإتفاقيات الدولية .

ومن تلك التشريعات، نذكر القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 بموجب المادة26 والقانون الدولي الخاص الإيطالي لعام 1995 بموجب المادة 1/64،كما أقرته أيضا الإتفاقية المصرية الفرنسية لعام 1982 في المادة 2/25 وإتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 في المادة 25/ب) [1].

في حين وعلى خلاف الرأي السابق إتجه جانب آخر، إلى أن الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم يتحدد وفقا لقانون البلد الذي أصدر قضائه هذا الحكم، ومن الدول التي أخذت بهذا الحل نذكر سوريا، ليبيا، لبنان[2].

وقد قيل في تبرير هذا الحل، أنه من غير المعقول مطالبة القاضي الأجنبي بتطبيق قواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون غير قانونه، فقاضي كل دولة يلتزم بتطبيق قواعد الإختصاص في قانونه وكل ما يطلب أن يكون قد طبقها تطبيقا صحيحا [3].

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1116.

[2]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 59.

[3]– أعراب بلقاسم، نفس المرجع ، ص 60.

أما التشريع المصري، فقد إتخذ موقفا وسط بين الموقفين السابقين وهذا ما يبدو جليا من خلال نص المادة 1/298 قانون المرافعات[1]، حيث إشترط بموجبها لتنفيذ أي حكم أجنبي بمصر أن يكون صادرا من هيئة قضائية مختصة طبقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها، ولكن شريطة أن لا تكون محاكم الجمهورية مختصة بالمنازعة التي صدر هذا الحكم الأجنبي بشأنها[2].

وهذا الأمر يقتضي من القاضي المصري الرجوع أولا إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي المصرية، فإن لم تعقد هذه القواعد الإختصاص للمحاكم المصرية يرجع حينئذ إلى قواعد الإختصاص في قانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم[3].

وعلى ذات النحو سار القضاء الفرنسي، حيث سلك هو الآخر موقف وسط، فقد إتجهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير المعروف بإسم "حكم سيميتش" بتاريخ 06-02-1985 بأنه، في غير الحالات التي يكون فيها الإختصاص مانعا للقضاء الفرنسي بنظر النزاع، فإن الإختصاص القضائي الدولي يكون ثابتا للقضاء الأجنبي الذي أصدر الحكم المطلوب تنفيذه، وذلك متى كان هذا النزاع الذي فصل فيه هذا القضاء مرتبطا إرتباطا وثيقا بالدولة التي أختير قضائها وكان هذا الإختيار غير منطويا على غش[4].

---

[1]-تنص المادة 1/298 من قانون المرافعات المصري على أنه : "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي: أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة به طبقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها..." أنظر هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 260، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 402، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 485.

[2]-هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 261.

[3]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 61.

[4]-حبار محمد، المرجع السابق، ص 237، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 60.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، من الصعب الجزم بموقف محدد وذلك في ظل غياب النص الصريح على القانون الذي يرجع إليه لتحديد الإختصاص من جهة، ولتباين موقف الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر من جهة أخرى. حيث إستلزمت بعض هذه الإتفاقيات[1]، صدور الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة طالبة التنفيذ، في حين استلزمت اتفاقيات أخرى[2]، صدور الحكم من محكمة مختصة وفقا لقواعد الإختصاص المقررة في الدولة المطلوب منها التنفيذ.

أمام هذا الوضع، اتجه جانب من الفقه إلى القول بضرورة التمييز بين الإختصاص الوجوبي والإختصاص الجوازي للمحاكم الوطنية، ففي الحالة الأولى يتعين رفض تنفيذ الحكم الأجنبي على أساس أنه صادر عن محكمة غير مختصة دوليا، بينما على خلاف ذلك في الحالة الثانية، إذ يرجع إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم، فإن قضت هذه القواعد بإختصاصه يمنح هذا الحكم الأمر بالتنفيذ[3].

أما في حالة إختيار محكمة أجنبية من طرف الخصوم للفصل في النزاع، فإنه يتعين أن لا يكون الإختيار منطويا على غش، فإذا كان الأمر كذلك رفض منحه الأمر بالتنفيذ حتى ولو كانت المحكمة التي أصدرته مختصة دوليا وذلك على أساس أن الغش يفسد كل شيء[4].

[1]– نذكر من ذلك الاتفاقية الجزائرية التونسية (المادة 19)، الاتفاقية الجزائرية المغربية (المادة 20).

[2]– نذكر من ذلك إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983 (المادة 25/ ب).

[3]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 62–63..

[4]– أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 63.

البند الثاني: الرقابة على الإختصاص القضائي الداخلي

إذا كان المتفق عليه لدى مختلف الدول هو رقابة قاضي الأمر بالتنفيذ الإختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية، فإن التساؤل الذي يثار هو هل أن رقابة القاضي تمتد أيضا إلى الإختصاص الداخلي لتلك المحكمة إذا ما تأكد من إختصاصها من الوجهة الدولية ؟

جرى القضاء الفرنسي ومنذ أمد بعيد، على عدم الإكتفاء بإختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم من الوجهة الدولية وإشترط أن تكون مختصة كذلك من الوجهة الداخلية، وأن إختصاصها هذا يتحدد وفقا لقانونها وليس وفقا للقانون الفرنسي، غير أنه بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 أكتوبر 1967، والذي ألغى كل رقابة على صحة الإجراءات إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي، رأى الفقه الفرنسي أن ذلك يستتبعه حتما التخلي عن الرقابة الداخلية للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم[1].

وهو الحل الذي أيده غالبية الفقه[2]، من ذلك الدكتور" أحمد عبد الكريم سلامة" الذي اتجه إلى أن إخضاع الإختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية لرقابة قاضي الأمر بالتنفيذ يتضمن عدم الثقة في القضاء الأجنبي من ناحية، ومجافاة حقيقة الواقع من ناحية أخرى، لأن القاضي الذي ينظر في دعوى الأمر بالتنفيذ لن يكون أكثر علم بأحكام قواعد

[1]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 63.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1028، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 64، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 365.

الإجراءات والإختصاص الأجنبية، ولا أكثر حرصا على تطبيقها على النحو السليم من القاضي الأجنبي، الذي تخاطبه تلك القواعد[1].

وقد نص على هذا الحل التشريع المصري صراحة[2]، كما طبقته محكمة النقض المصرية في العديد من المناسبات من ذلك حكمها الصادر بتاريخ 1990/02/28 حيث قررت فيه :" إن العبرة في ذلك بقواعد الإختصاص القضائي الدولي دون تدخل من جانب المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في قواعد الإختصاص الداخلي للتحقق من أن المحكمة التي أصدرته كانت مختصة نوعيا أو محليا بالفصل في النزاع[3].

بناءا على ما تقدم، نخلص إلى القول بأنه لا مانع من إعتماد ذات الحل في التشريع الجزائري وقصر الرقابة على الإختصاص الدولي دون الداخلي، وذلك لضمان تنفيذ أكبر قدر من الأحكام القضائية من جهة، ولتجنيب القاضي مشقة البحث في مضمون القانون الأجنبي الإجرائي من جهة أخرى.

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1028.

[2]– أنظر المادة 298 من قانون مرافعات المصري التي نصت على أنه : "...لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي: أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة به طبقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها..." هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 260.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1029.

الفرع الثاني: حيازة الحكم الأجنبي لحجية الشيء المقضي به

إستلزم المشرع الجزائري –وعلى غرار غالبية التشريعات[1]– أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في الجزائر حائزا لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه.

والحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به هو الحكم النهائي[2]، أي الذي إستنفذ طرق الطعن المقررة في بلد إصداره[3].

إستنادا إلى ذلك، فإنه لا يقبل تنفيذ الأحكام الأجنبية المشمولة بالنفاذ المعجل وكذا الأحكام المؤقتة[4].

هذا، وتكمن العلة من وراء إقرار هذا الشرط في أنه يكفل إستقرار الروابط القانونية التي تنمو عبر الحدود[5]، وذلك بتلافي المفاجئات التي قد تترتب على تعديل الحكم غير النهائي أو بطلانه في بلد إصداره.

---

[1]– من ذلك نذكر، التشريع المصري (المادة 3/298 من قانون المرافعات) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 280.، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 497، التشريع الأردني (المادة 7/هـــ من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية) محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 370، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 272، القانون اليوغسلافي، (المادة 87 من قانون 1983)، التشريع المجري (المادة 1/74 من القانون الدولي الخاص لعام 1979)، التشريع الألماني(المادة327من قانون المرافعات) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1035.

[2]–أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 497.

[3]– حبار محمد، المرجع السابق، ص 241.

[4]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 281–282.

[5]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1135.

الفرع الثالث :عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من القضاء الجزائري

إشترط المشرع الجزائري بموجب المادة 3/605 ق.إ.م.إ لتنفيذ الحكم الأجنبي أن لا يكون متعارضا مع حكم سبق أن أصدرته المحاكم الجزائرية .

ومثال ذلك، أن يصدر حكم عن القضاء الجزائري يقضي بفك الرابطة الزوجية بالتطليق بين زوجين – أحدهما جزائري والآخر أجنبي– مع إلزام الزوج بدفع تعويض، في حين يكون قد صدر في ذات النزاع حكم من القضاء الأجنبي يقضي بالطلاق لصالح الزوج ويلزم الزوجة بدفع تعويض .

ففي هذه الحالة يتعين على القاضي المعروض أمامه دعوى التنفيذ أن يعطي الأولوية للحكم الجزائري، ويرفض الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، لأن القول بخلاف ذلك من شأنه المساس بالنظام العام في الدولة[1]، كما يتعارض مع حجية الشيء المقضي به التي كفلها القانون للأحكام الوطنية، فمن غير المعقول أن تهدر هذه الحجية لمصلحة حكم صادر من محكمة دولة أجنبية[2].

هذا، ومما هو جدير بالذكر في هذا الإطار، أن المشرع الجزائري – وعلى غرار بعض التشريعات–[3] قد إستلزم وجود حكم سابق لرفض الأمر بالتنفيذ، وذلك خلافا لتشريعات أخرى[4] والتي اتجهت إلى أن مجرد رفع دعوى بشأن ذات النزاع كافي لرفض

---

[1]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 282.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1137.

[3]– نذكر في هذا الصدد التشريع المصري المادة 4/298 من قانون المرافعات.

[4]– من ذلك التشريع اللبناني حيث نصت المادة 1016 / ب على أنه : "على المحاكم اللبنانية أن ترفض الصيغة التنفيذية في الحالات التالية...

الأمر بالتنفيذ دونما حاجة لإنتظار صدور حكم. وهو الحل الذي لاقى نقدا لاذعا من قبل بعض الفقه على أساس أنه يفتح باب التحايل أمام الخصوم لا سيما الخصم الذي صدر الحكم ضده، إذ قد يبادر برفع دعوى أمام المحكمة التي يراد فيها تنفيذ الحكم ليعرقل سير دعوى التنفيذ[1]. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإمتناع عن الأمر بالتنفيذ لمجرد قيام ذات المنازعة من شأنه تعطيل لأداء العدالة على المستوى الدولي وإلحاق ضرر بالمعاملات الدولية[2].

الفرع الرابع: عدم تعارض الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه مع النظام العام الجزائري

بالإضافة إلى الشروط السابقة، إستلزم المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 605 ق.إ.م.إ في الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في الجزائر، أن لا يكون متعارضا مع النظام العام .

هذا الشرط كرسته جميع الدول التي تبنت نظام الأمر بالتنفيذ[3]. ويعد ذلك أمرا طبيعيا بإعتبار أن النظام العام في أي دولة يتعلق بالمصالح العليا للبلد سواء كانت

ب- إذا كانت لا تزال عالقة أمام القضاء اللبناني دعوى لذات النزاع بين ذات الخصوم تقدمت بتاريخ سابق للدعوى التي اقترنت بالحكم الأجنبي" حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 360، وأيضا التشريع السوري،أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق،ص1138.

[1]-بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص 400-401، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 500، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1138.

[2]-أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 500.

[3]- أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص 66.، ومن التشريعات التي كرست شرط عدم المخالفة للنظام العام، نذكر على سبيل المثال التشريع الأردني (المادة 1/7 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية) غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 342، التشريع المصري (المادة 298 من قانون المرافعات)، وكذلك التشريع المجري (المادة 1/73 من القانون الدولي الخاص لسنة 1979)، التشريع التركي (المادة 38/ج من القانون الدولي الخاص لسنة 1982)، التشريع الروماني

إجتماعية أو إقتصادية أو سياسية، وهذه المصالح لا يمكن قبول المساس بها أو الإتفاق على مخالفتها[1].

وعليه، إذا تمسك أحد الخصوم بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع النظام العام لدولة التنفيذ تعين على القاضي الذي ينظر في دعوى التنفيذ رفض الأمر بتنفيذه.

وعلى ذلك، فلا يجوز مثلا تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر الذي يقضي بحق الإرث لزوجة يهودية من تركة زوجها المسلم، وكذلك الحكم الذي يقضي بحق الإرث للأولاد دون البنات باعتبار ذلك يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

غير أنه مع ذلك، وفي إطار التمييز بين إنشاء الحق في دولة القاضي والإعتراف فيها بحق نشأ في الخارج يرى جانب من الفقه[2]، بضرورة الإعتراف بالحق الناشئ في الخارج رغم مخالفته لمقتضيات للنظام العام لدولة التنفيذ، وذلك إعمالا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام والتي لها تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي، حيث إتجه هذا الأخير إلى الإعتراف بحكم أجنبي قضى بالطلاق في الوقت الذي كان فيه الطلاق محظورا في فرنسا[3].

(المادة 168 من القانون الدولي الخاص لعام 1992)، التشريع السويسري (المادة 1/27 من القانون الدولي الخاص لعام 1987)، القانون الإيطالي (المادة 1/74 من القانون الدولي الخاص لعام 1995)، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1139-1140، كما تبنى القضاء الفرنسي أيضا هذا الشرط في الحكم الشهير الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 7 يناير 1964 والمعروف بحكم "Munzer" أنظر ص 200 من المذكرة.

[1]-حسن علي كاظم المجمع، أبحاث في القانون الدولي الخاص، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص 259.

[2]-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1142، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 683، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

[3]-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

هذا، ولا تقتصر مخالفة الحكم الأجنبي على الجانب الموضوعي في الحكم بل قد تكون هذه المخالفة تمس الجانب الإجرائي[1]، ذلك أن هناك بعض الإجراءات يتعين على القاضي الأجنبي مراعاتها في الحكم الذي أصدره وإلا اعتبر مخالفا للنظام العام الدولي، ومن أهمها أن يكون المدعى عليه قد كلف بالحضور بصورة صحيحة ومثل في الخصومة تمثلا صحيحا وقدم دفاعه[2].

أما عن تسبيب الحكم الأجنبي– أي بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه– فرغم أنه يعد من شروط صحة الحكم القضائي ويترتب على تخلفه بطلان الحكم في القانون الداخلي إلا أنه في المجال الدولي لا يعتبر عائقا لتنفيذ الحكم الأجنبي، وهذا ما كرسه القضاء الفرنسي حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها بتاريخ 17 أكتوبر 1972 أن انعدام تسبيب الحكم الأجنبي لا يشكل عقبة في سبيل الأمر بتنفيذه طالما أن المستندات المقدمة في الدعوى تجعل القاضي قادرا على التأكد من أن الحكم لا يخالف في مضمونه النظام العام الفرنسي وطالما أن القانون الواجب التطبيق على الدعوى الأصلية لا يستلزم اشتمال الحكم على أسبابه[3].

---

[1]– تجدر الاشارة في هذا الصدد، إلى أن هناك بعض التشريعات قد نصت على شرط سلامة الاجراءات بصورة مستقلة من ذلك التشريع المصري الذي اشترط بموجب المادة 298 لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي في مصر أن يكون الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 277، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 494، وكذلك نص على هذا الشرط التشريع الأردني بموجب المادة 1/7 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث أجاز بموجبها رفض طلب تنفيذ الحكم إذا كان المحكوم عليه لم يبلغ بمذكرة الحضور من المحكمة التي أصدرت الحكم ولم يحضر أمامها رغم كونه يقطن داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيها. غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 344، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 270، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 369.

[2]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 66.

[3]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1141.

وقد كرس ذات الحل القضاء المصري، حيث قضت محكمة النقض المصرية بإمكانية إصدار الأمر بتنفيذ حكم سوداني رغم خلوه من الأسباب وقد جاء في حكمها أنه: "إذا كانت قواعد وجوب إشتمال الحكم على الأسباب التي بنيت عليه هي من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضي وهو-بالنسبة للحكم المطلوب تنفيذه في مصر والصادر من محكمة الخرطوم العليا- قانون جمهورية السودان وكان يتبين من ذلك الحكم أنه وإن لم يشتمل على أسباب إلا انه قابل للتنفيذ في جمهورية السودان ومن ثم يمكن إصدار الأمر بتنفيذه في مصر، إذا إستوفى باقي الشروط الأخرى المقررة في هذا الخصوص. ولا يقدح في ذلك ما قضت به المادة 347 من قانون المرافعات السابق من وجوب إشتمال الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة، ذلك أن الخطاب بهذا النص متعلق بالأحكام التي تصدر في مصر طالما أنه لم يثبت أن تبادل الأحكام بين الدولتين يتطلب المراجعة"[1].

هذا، وبإعتبار فكرة النظام العام فكرة متغيرة ومرنة فإن القاضي المعروض أمامه دعوى التنفيذ هو الذي يقدر ما إذا كان الحكم الأجنبي متعارضا مع النظام العام في دولته أم لا، وذلك بناءا على ظروف وملابسات الدعوى مهتديا في ذلك بالأسس الإجتماعية والإقتصادية والسياسية السائدة في دولته[2].

أما عن الوقت الذي يعتد به في تقدير هذه المقتضيات، إتجه جانب من الفقه له وزنه إلى أنه يتعين تقدير ذلك وقت الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي لا وقت صدور الحكم في الخارج. وذلك على أساس أن الأمر هنا لا يتعلق بمعرفة هل الحكم الأجنبي قد فصل في

[1]-عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق،ص501

[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 284-285.

النزاع بطريقة صحيحة أم لا، وإنما يتعلق الأمر هنا ببيان ما إذا كان الحكم قابلا للتنفيذ في الدولة المراد تنفيذه فيها من غير أن يكون في ذلك مساس بالنظام العام في هذه الدولة[1].

هذا، ولا إشكال في حالة مخالفة الحكم الأجنبي بكامله للنظام العام إذ يتعين على قاضي التنفيذ الإمتناع عن إصدار الأمر بتنفيذه .إلا أن الإشكال الذي يثور في حالة ما إذا إتضح للقاضي أن الحكم الأجنبي يتعارض مع النظام العام في دولته في جزء منه فقط، فهل يرفض تنفيذ ذلك الحكم أم يقبل بالتنفيذ الجزئي له ويستبعد الجزء المخالف ؟

إتجه الرأي الراجح[2]، في هذا الصدد إلى القول بضرورة قبول التنفيذ الجزئي للحكم و إستبعاد الجزء المخالف وذلك شريطة أن يكون الفصل بين أجزائه ممكنا أي دون أن يؤدي ذلك إلى تعديل في مضمونه[3].

في هذا الإطار، اتجه القضاء المغربي في العديد من أحكامه إلى قبول التنفيذ الجزئي، نذكر من ذلك الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة وجدة الذي جاء فيه "وحيث يكون بذلك الحكم موضوع الطلب غير مساس للنظام العام المغربي عدا فيما قضي به من الإنفصال الجسماني وتصفية الأموال المشتركة لأنه لا وجود لهذه الأمور في القانون المغربي بما يتعين عدم الإستجابة للطلب في هذا الشق"[4].

[1]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 511.

[2]– غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 352، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 372، ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2004، ص 171.

[3]–محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 372.

[4]–معمر بومكسي، المرجع السابق، ص 62.

كما قضى في حكم آخر وفي ذات السياق بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية باوتريخت بتاريخ16-06-2004 في شقه المتعلق بالطلاق بين الزوجين..." [1]

هذا، ومما هو جدير بالذكر في هذا الإطار، أن هناك بعض التشريعات قد إستلزمت إلى جانب شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه للنظام العام، شرط آخر يقضي بعدم ثبوت الإختصاص للمحكمة الأجنبية مصدرة الحكم عن طريق الغش نحو القانون، أي أن لا يكون الخصوم قد جلبوا الإختصاص للمحكمة الأجنبية مصدرة الحكم بطريقة تدليسية[2].

ويتحقق التحايل أو الغش في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، عن طريق قيام الخصم بالتغيير العمدي لضابط الإسناد بهدف التهرب من أحكام القانون المختص والحصول على حكم لصالحه.

كما قد يحصل هذا التحايل أيضا عن طريق إستعمال طرق إحتيالية من شأنها أن تؤدي إلى حرمان الخصم من حقه في الدفاع، أو عن طريق القيام بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى عدم تسليمه التبليغ[3].

وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الشرط منذ حكم "منزر" لسنة1964[4]. الذي وضع عدة شروط لتنفيذ الأحكام الأجنبية من بينها، أن لا يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه بفرنسا قد تم الحصول عليه بطريق الغش نحو القانون.

---

[1]– معمر بومكسي، نفس المرجع ، ص 62.

[2]–حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 69، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 286.

[3]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 371.

[4] -yvon Loussouwarn , Pierre bourel, op cit, p 599, Pierre Mayer, vincent heuzé, op cit, p284.

وتكرسا لذلك ،إتجه القضاء الفرنسي إلى رفض الإعتراف بصحة الحكم الصادر عن محاكم "لي قيارج" تطبيقا للقانون المحلي على أساس أن إقامة الزوجين في ولاية نيويورك كان بقصد تحريك إختصاص تلك المحاكم، لا بقصد الإقامة ذاتها، مما ينطوي على ذلك غش نحو القانون الفرنسي[1].

وقد أيد جانب من الفقه المصري الأخذ بهذا الشرط، على أساس أن الغش يفسد كل شيء، كما أن تنفيذ الحكم الأجنبي الذي ينطوي على غش هو أمر يتعارض بحد ذاته مع النظام العام في مصر[2].

المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة لطلب الأمر بالتنفيذ

دعوى التنفيذ كغيرها من الدعاوى يتطلب رفها إتباع جملة من الإجراءات. سنعكف على توضيحها في هذا المبحث، وذلك إبتداءا من رفعها إلى غاية صدور الحكم فيها مع توضيح ما ينتج عن هذا الحكم من آثار.

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى التنفيذ

يتوجب على طالب التنفيذ أن يرفع دعواه طبقا للإجراءات المنصوص عليها قانون الدولة التي يريد تنفيذ الحكم أمام قضاءها وذلك إعمالا بقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي.

على هذا الأساس، سنعكف في الفرع الأول من هذا المطلب على توضيح الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى التنفيذ، لنتطرق في الفرع الثاني منه إلى تبيان كيفية تقديم طلب التنفيذ.

---

[1]–عبد الرسول الأسدي، المرجع السابق، ص 357،سامي بديع منصور، أسامة العجوز، المرجع السابق،ص209.

[2]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 287.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة

لقد حدد المشرع الجزائري وبموجب المادة607 ق.إ.م.إ الجهة القضائية المختصة بالفصل في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي، حيث نصت المادة على أنه: "يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

طبقا للنص، فإنه يتعين على طالب تنفيذ أي حكم أجنبي فاصل في أي نزاع أسري أن يرفع دعواه أمام المحكمة المنعقدة بمقر المجلس والتي يوجد في دائرة إختصاصها إما موطن المدعى عليه أو مكان التنفيذ.

أما بالنسبة للتشريع الأردني –وطبقا للمادة3 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية–فقد أعطى الإختصاص بالنظر في دعوى التنفيذ للمحكمة البدائية، وهي تلك المحكمة التي يراد التنفيذ في دائرتها. وإذا كان الشيء المحكوم به غير معين بالذات كأن يكون عبارة عن مبلغ من المال، آل الإختصاص لمحكمة موطن أو سكن المدعى عليه إذا كان له موطن او مسكن في الأردن، و إذا لم يكن له ذلك وتعذر تعيين الإختصاص رفعت الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعي أو محل عمله، وإن لم يكن لهذا الأخير لا موطن ولا محل في الأردن آل الإختصاص لمحكمة عمان. وأما إذا تعلق الأمر بعقار فإن الإختصاص يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها هذا العقار[1].

وعلى ذات النحو سار التشريع المصري، حيث أعطى هو الآخر الإختصاص بالنظر في طلب الأمر بالتنفيذ للمحكمة الإبتدائية التي يراد إجراء التنفيذ في بدائرتها[2]،

[1]–محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 379.

[2]–وهو المعمول به أيضا في سوريا، أنظر غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 348، هامش رقم 02.

وذلك طبقا للمادة 297 من قانون المرافعات التي نصت على أنه "يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الإبتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى"[1].

وفي المغرب، فإن المحكمة المختصة في طلب إعطاء الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية هي المحكمة الإبتدائية التي يوجد بدائرة إختصاصها موطن أومحل إقامة المحكوم عليه، وإلا فالمحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ بدائرتها في الأحوال الأخرى[2].

أما في فرنسا، فإن النظر في طلبات الأمر بالتنفيذ يكون أمام محكمة موطن المدعى عليه، وإذا لم يكن لهذا الأخير لا موطن ولا محل إقامة بفرنسا، آل الإختصاص للمحكمة التي يراد التنفيذ بدائرتها[3].

وفي العراق، يقدم الطلب المتعلق بتنفيذ الحكم الأجنبي إلى محكمة بداية محل إقامة المحكوم عليه وإذا لم يكن له محل إقامة في العراق فيقدم الطلب إلى محكمة بداءة بغداد. وفي لبنان يقدم الطلب إلى محكمة الإستئناف، وفي تركيا يقدم إلى المحكمة الأصلية في محل إقامة المحكوم عليه واذا لم يكن له محل إقامة في تركيا فيقدم الطلب إلى المحكمة الأصلية بأنقرة أو إسطنبول[4].

---

[1]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 295،حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق،ص378.

[2]–جمال الخياط الدري، تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا إنحلال ميثاق الزوجية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، المغرب، 2013–2014، ص 36.

[3]–عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 22.

[4]– غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 348 هامش رقم 02.

الفرع الثاني: كيفية تقديم طلب التنفيذ

يقدم طلب تنفيذ أي حكم أجنبي في الجزائر- بما في ذلك الأحكام الفاصلة في المنازعات الأسرية- في شكل دعوى مبتدأة[1]، أي أن طالب التنفيذ وهو المدعي في الدعوى يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة. وترفع الدعوى وفقا للإجراءات المعمول بها في قانون القاضي[2]، ويكون طلبه هذا مرفقا بجملة من المستندات أهمها تقديم صورة كاملة رسمية عن الحكم المطلوب تنفيذه مؤشر عليه من قبل الجهة القضائية التي أصدرته.

وقد نص المشرع المغربي صراحة على الوثائق التي ينبغي أن ترفق طلب الأمر بالتنفيذ وذلك بموجب الفصل431من قانون المسطرة المدنية[3]، الذي جاء فيه: "يقدم الطلب- إلا إذا نصت مقتضيات مخالفة في الإتفاقيات الدبلوماسية على غير ذلك- بمقال يرفق بما يلي:

1 -نسخة رسمية من الحكم،

2-أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه،

3- شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض،

4-ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها اعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف..."

---

[1]-حبار محمد، المرجع السابق، ص 244.

[2]-وذلك إعمالا بنص المادة 21 مكرر ق.م.ج والتي تنص على أنه : "يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيه الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

[3]- قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 الموافق ل 28 شتنبر 1974 المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربية، ج.ر العدد 2303 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، وإن كان قد أغفل النص على هذه الوثائق في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع العديد من الدول في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، جاءت ببيان مفصل عن الوثائق الواجب توافرها لطلب الأمر بالتنفيذ نذكر من ذلك، الإتفاقية الجزائرية المغربية، حيث نصت المادة25 منها على أنه:" يجب على الطرف الذي يستشهد بقوة الشيء المحكوم به بحجة حكم قضائي او الذي يطلب تنفيذ هذا الحكم أن يقدم ما يلي:

-صورة رسمية للحكم تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها،

-أصل عقد الاعلان للحكم أو كل عقد يحل محل هذا الإعلان،

-شهادة من كتاب ضبط المختصين تثبت أنه لا يوجد إعتراض على الحكم ولا إستئناف ولا طعن بالنقض،

-نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة إلى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة".

إلى جانب ذلك، فقد حددت إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي المستندات المتطلبة لطلب الأمر بالتنفيذ في المادة 34 التي جاء فيها: "يجب على الجهة التي تطلب الإعتراف بالحكم لدى أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى تقديم ما يلي:

أ-صورة كاملة رسمية من الحكم مصدقا على التوقيعات فيها من الجهة المختصة،

ب-شهادة بأن الحكم قد أصبح نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به مالم يكن ذلك منصوصا عليه في الحكم ذاته،

ج–صورة من مستند تبليغ الحكم مصدقا عليها بمطابقتها للأصل أو أي مستند آخر من شأنه إثبات إعلان المدعى عليه بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك في حالة الحكم الغيابي".

هذا، ومما هو جدير بالذكر أيضا في هذا الإطار أن طلب الأمر بالتنفيذ كما قد يتخذ شكل دعوى مبتدأة –على نحو ما رأينا– قد يكون أيضا في صورة دفع يتم تقديمه لمواجهة دعوى أصلية، وتتحقق هذه الصورة في حالة ما إذا رفع شخص دعوى أصلية أمام محكمة ما بالجزائر ضد خصمه فيدفع هذا الأخير بطلب تنفيذه لحكم أجنبي سبق إصداره بالخارج لمواجهة الدعوى الأصلية المرفوعة ضده [1].

المطلب الثاني: البت في دعوى التنفيذ والآثار المترتبة على ذلك

يقتصر دور القاضي في دعوى التنفيذ على التحقق فقط من مدى توافر الشروط المتطلبة قانونا لإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي أم لا (الفرع الأول) لذلك فإن حكمه في هذه الدعوى سوف لن يخرج عن أحد الاحتمالين إما إصداره الأمر بالتنفيذ أو الامتناع عن ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في دعوى التنفيذ

يقتصر دور القاضي الذي ينظر في دعوى التنفيذ على التحقق من مدى إستفاء الحكم الأجنبي للشروط التي يتطلبها القانون لتنفيذه، ولا يحق له مراجعة الحكم من حيث الوقائع

[1]–حبار محمد، المرجع السابق، ص 244.

و تطبيق القانون[1]. وذلك طبقا لنظام المراقبة الذي تبناه المشرع الجزائري وغالبية التشريعات–على نحو ما رأينا.[2]

وقد نصت إتفاقية الرياض صراحة عدم تعرض محكمة التنفيذ للموضوع وذلك بموجب المادة 32التي جاء فيها:" تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم أو تنفيذه، على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الإتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع".

بناءا على ما تقدم، نخلص إلى القول بأنه إذا إتضح للقاضي أن الحكم الأجنبي الفاصل في أي نزاع أسري والمطلوب تنفيذه مستوف لجميع الشروط القانونية، أصدر حكمه القاضي بمنحه الأمر بالتنفيذ، أما إذا إتضح له العكس –أي أن الحكم غير مستوف لتلك الشروط كأن يتخلف شرط أو أكثر– أصدر حكمه القاضي برفض الأمر بالتنفيذ، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة من خلال نص المادة605ق.إ.م.إ التي جاء فيها: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية..."

[1]–محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 380.

[2]–أنظر الصفحة 201 من المذكرة.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على دعوى التنفيذ

يتمخض عن دعوى التنفيذ –على نحو ما رأينا– صدور حكم يقضي إما بقبول التنفيذ في حالة توافر الشروط القانونية أو برفض التنفيذ في حالة تخلفها، وفي كلتا الحالتين يترتب على ذلك جملة من الآثار تتمثل فيما يلي:

البند الأول: الآثار المترتبة على منح الأمر بالتنفيذ

يترتب على الحكم الأجنبي الذي يصدر الأمر بتنفيذه عدة آثار أهمها، إكتسابه قوة التنفيذ، حيازته لحجية الشيء المقضي به، إكتسابه قوة الإثبات.

أولا: إكتساب القوة التنفيذية

بعد صدور الأمر بتنفيذ أي حكم أجنبي فاصل في أي نزاع أسري يصبح لهذا الأخير قوة التنفيذ، وذلك بعد مهره بالصيغة التنفيذية طبقا لنص المادة601 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه: "لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهور بالصيغة التنفيذية الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

بإسم الشعب الجزائري وتنتهي بالصيغة الآتية:

أ–في المواد المدنية:

وبناءا على ما تقدم، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تدعو وتأمر جميع المحضرين وكذا كل الاعوان الذين طلب اليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار، وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى

جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة الازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية

وبناءا عليه وقع هذا الحكم..."

وعليه، فإن الحكم الأجنبي الممهور بالصيغة التنفيذية يكون قابلا للتنفيذ الجبري كالأحكام الوطنية. غير أنه يظل محتفظا بصفته الأجنبية، لأن الأمر بالتنفيذ ما هو إلا تأشيرة سريان الحكم الأجنبي والإعتراف به في النظام القانوني الوطني لا أكثر[1].

وهكذا فإن الحكم الأجنبي المأمور بتنفيذه ينفذ وفقا لما جاء في منطوقه دون أن يكون للقاضي الآمر بالتنفيذ أن يضيف أو يعدل في مضمونه[2]، فإذا كان هذا الحكم يقضي مثلا، بأداء مبلغ من المال لا يتضمن الإكراه البدني لا يجوز للأمر بالتنفيذ أن يضيفه[3].

وتخضع إجراءات وطرق تنفيذ الحكم الأجنبي لقانون القاضي الآمر بالتنفيذ، فهذا القانون هو الذي يحدد وسائل السلطة العامة في إجبار المحكوم عليه، وطرق التنفيذ على الأموال وذلك بإعتبار هذه الطرق من وسائل البوليس والأمن المدني التي لا يتصور تطبيق قانون أجنبي بشأنها[4].

وهذا ما كرسته إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983في مادتها31/ب التي نصت على أنه تخضع الإجراءات الخاصة بالإعتراف بالحكم أو تنفيذه

[1]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، 1146.

[2]– موسى عبود، المرجع السابق، ص 338، هشام علي صادق، المرجع السابق، 301.

[3]–موسى عبود، المرجع السابق، ص 338.

[4]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 301.

لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم، وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الإتفاقية بغير ذلك".

هذا، وبإعتبار أن الحكم الأجنبي المأمور بتنفيذه يرقى إلى مصاف الحكم الوطني ويتساوى معه، فانه لا تكون له بذلك قوة أكبر من تلك المقررة للأحكام الوطنية[1].

ثانيا: حيازة حجية الشيء المقضي به

يتمتع الحكم الأجنبي بعد صدور الأمر بتنفيذه وإكتسابه الدرجة القطعية، بحجية الشيء المقضي به وذلك أسوة بالأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية.

والحجية نوع من الحرمة يتمتع بها الحكم[2]. وهي تتضمن قرينتين، قرينة الحقيقة وقرينة الصحة.

فقرينة الحقيقة، مؤداها أن الحكم يعتبر عنوانا للحقيقة فيما قضى به بحيث لا يجوز إهدار هذه الحقيقة في أي مجال ولدى أي سلطة قانونية في الدولة، وأما قرينة الصحة فمفادها أن الحكم يفترض انه قد صدر بناءا على إجراءات صحيحة ومن ثم لا يجوز الادعاء ببطلانه[3]. كما لا يجوز لأي من أطراف النزاع أن يرفع دعوى جديدة بشأن نفس الموضوع، وإذا ما رفعت كان للطرف الآخر أن يدفع بسبق الفصل فيها[4]. وذلك إحتراما لهيبة القضاء من ناحية، وتثبيتا للمراكز القانونية التي أقرها الحكم من ناحية أخرى[5].

---

[1]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 537،حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق،ص397.

[2]–أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 504.

[3]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 543.

[4]–أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 504.

[5]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 544.

هذا، وإذا كانت هذه الحجية يتمتع بها الحكم في الدولة التي منحت الأمر بتنفيذه، وكذا في الدولة التي أصدرته، فقد يثور التساؤل حول مدى تمتعه بها في الدول الأخرى؟

إتجه جانب من الفقه، إلى أن الحكم القضائي الأجنبي لا يحوز حجية الشيء المقضي به إلا في إقليم الدولة التي أصدرته وفي إقليم الدولة التي أصدرت قرار تنفيذه دون الدول الأخرى، مالم توجد معاهدة او إتفاقية دولية تقضي بغير ذلك[1].

على الرغم من أن هذا الرأي من شأنه تأمين حرص الدول على سيادتها، إلا أنه في الوقت ذاته يؤثر على التعاملات بينها وبين الدول الأخرى، كما أنه يؤدي إلى حرمان أصحاب الحق من تنفيذ الأحكام الصادرة بحقوقهم من المحاكم الأجنبية ويحمي في المقابل المحكوم عليهم الذين يستفيدون من الوضع دون وجه حق[2].

لذلك، فقد ذهب إتجاه آخر إلى القول بأن الحكم الأجنبي يحوز قوة الشيء المقضي به لا في إقليم الدولة التي أصدرته والدولة التي أكسبته قوة التنفيذ، بل في إقليم الدول الأخرى أيضا، وقد برر هذا الإتجاه موقفه على أساس أن الحقوق المكتسبة في دولة معينة عن طريق العقد أو الفعل هي أساس الإعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وقوته التنفيذية في الدول الأخرى، وأن إنكار هذه الحقيقة هو إنكار لمبادئ القانون الدولي الخاص، خصوصا إذا كانت هذه الحقوق غير مخلة بالنظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها، وقد أخذ بهذا الرأي قوانين العديد من الدول، كإنجلترا وأيضا العراق، غير أن هذا الأخير قصر ذلك فقط على الأحكام الأجنبية المتعلقة بالإرث والوصايا، وذلك من خلال نص المادة17من قانون الأحوال الشخصية للأجانب لسنة1931 التي نصت على أن :"قرارات

[1]–أنظر ،غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 350.

[2]– أنظر، غالب علي الداوودي، نفس المرجع، ص 351.

المحاكم الأجنبية التي يكون قانون دولتها هو القانون الشخصي للمتوفي، إذا كانت متعلقة بحقوق الإرث والوصية تعتبر لدى المحاكم العراقية كحجج قطعية للاستدلال بمضامينها على قدر الامكان مع مراعاة حقوق الدائنين"[1].

ثالثا: إكتساب قوة الإثبات

بعد أن يشتمل الحكم الأجنبي على الأمر بالتنفيذ، يصبح يتمتع أيضا بقوة الإثبات، أي يصبح دليل رسمي على ما تضمنه من أسباب موجبة ووقائع وحقوق، ويمكن الإستناد إليه لإثبات بعض الحقوق. لأنه محرر رسمي تم تنظيمه من قبل جهة رسمية، فلا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير[2].

البند الثاني: الآثار المترتبة على رفض الأمر بالتنفيذ

إذا رفض القاضي منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ لعدم إستفائه للشروط المتطلبة قانونا لتنفيذه. فإن هذا الحكم الصادر بالرفض يحوز حجية الأمر المقضي به ومن ثم لا يكون هذا الحكم ذاته محلا لطلب جديد لشموله بالأمر بالتنفيذ. غير أنه مع ذلك يجوز للمدعي في الخصومة أن يرفع دعوى مبتدأة للمطالبة بالحق الذي قرره له الحكم الأجنبي وذلك لإختلاف هذه الدعوى عن دعوى الأمر بالتنفيذ. فالسبب في الدعوى الجديدة هو الحق أو المركز القانوني الذي تقرر بمقتضى الحكم الأجنبي أما السبب في دعوى الأمر بالتنفيذ هو الحكم الأجنبي ذاته[3].

[1]– غالب علي الداوودي، المرجع السابق ، ص 351.

[2]–غالب علي الداوودي، نفس المرجع، ص 352.

[3]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 535.

هذا، والحكم الأجنبي الذي رفض الأمر بتنفيذه لا يمكن إعتباره كالعدم، وفهو مع ذلك يرتب آثار لا يمكن تجاهلها .

وعليه ، يمكن النظر إليه لا بوصفه حكما بل بوصفه واقعة تبنى عليها حالات قانونية جديدة[1].

كما يمكن للقاضي إستخدامه كدليل إثبات في الدعوى سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم[2]، وهكذا يمكن للأحكام الأجنبية بمعزل عن الأمر بالتنفيذ تزويد القاضي الوطني بمعلومات تفيده في القضية المطروحة[3].

[1]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 584.

[2]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 352.

[3] Mohand Issad, op cit, p 98.

الخاتمة

تثير المنازعات الأسرية العديد من الإشكالات القانونية على صعيد العلاقات الخاصة الدولية، أبرزها وأهمها مشكلة تنازع القوانين، وقد عكف المشرع الجزائري– وعلى غرار غالبية التشريعات– على حلها بواسطة منهج قاعدة الإسناد بإعتباره المنهج الأكثر قدرة وكفاءة في مجال تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، وذلك لقيامه على معايير منضبطة تكفل إسناد النزاع لأنسب القوانين المتنازعة.

وقد إعتمد المشرع الجزائري –وعلى غرار مختلف التشريعات العربية– على معيار الجنسية لحل مشكلة تنازع الإختصاص التشريعي في المنازعات الأسرية، وذلك خلافا للدول الأنجلوسكسونية التي تبنت ضابط الموطن. هذا الأخير الذي لم يعتد به المشرع الجزائري إلا في حالات خاصة ومحددة، كحالة إنعدام الجنسية بموجب نص المادة 22ق.م.ج، وكذلك بالنسبة للشروط الشكلية للزواج، حيث جعل من بين الضوابط التي يمكن تحكم هذه الشروط قانون الموطن المشترك للزوجين، وذلك طبقا لنص المادة19ق.م.ج.

الواقع من الأمر، أن إختيار المشرع الجزائري لضابط الجنسية بدل الموطن لحكم المنازعات الأسرية هو إختيار منطقي، يتلائم وطبيعة هذه المنازعات، لأن الأحكام المتعلقة بالعلاقات الاسرية عموما منظمة في أغلب الدول الإسلامية تحت تأثير العامل الديني، لذلك فان الإعتداد بضابط الجنسية من شأنه كفالة تطبيق القوانين الإسلامية على المواطنين ولو كانوا في الخارج هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن من مزايا الإعتداد بضابط الجنسية، أنه يمتاز بالثبات والإستقرار مقارنة بالموطن الذي يسهل تغييره .

وتفعيلا لضابط الجنسية أخضع المشرع المسائل المتعلقة بتكوين الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين بموجب المادة11ق.م.ج، وأخضع المنازعات المتعلقة بآثاره لقانون جنسية الزوج وقت الزواج والمتعلقة بإنحلاله لقانون جنسية الزوج وقت رفع

الدعوى وذلك بموجب المادة12ق.م.ج، وقد أورد على هذه القواعد إستثناءا يقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده كلما كان أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا وقت الزواج وذلك بإستثناء الأهلية (م13ق.م.ج).

كما أخضع المنازعات المتعلقة بالنسب لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل أو لقانون جنسيته وقت الوفاة في حالة وفاته قبل ميلاد الطفل (م13مكرر ق.م.ج) و أخضع المنازعات المتعلقة بالنفقة لقانون جنسية المدين بها (م14 ق.م.ج) كما أخضع المنازعات المتعلقة بالإرث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة (م16 ق.م.ج)...

بتحليلنا لهذه القواعد المتضمنة حلولا لمشكلة تنازع القوانين في المنازعات الأسرية، ومقارنتها بما هو مكرس في بعض الأنظمة القانونية خلصنا إلى ما يلي:

-بالنسبة للمنازعات المتعلقة بتكوين عقد الزواج، فقد لاحظنا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على القانون الذي تخضع له هذه المنازعات، لذلك ندعو إلى ضرورة النص على ذلك، وذلك بإخضاع الجزاء المترتب على تخلف ركن أو شرط من شروط صحة عقد الزواج لنفس القانون الذي يحكم إنعقاد الزواج. وذلك عملا بما إستقر عليه الفقه الراجح وبعض التشريعات المقارنة في هذا المجال كالتشريع اليوغسلافي مثلا.

وإلى جانب ذلك، إخضاع المنازعات المتعلقة بإثبات الزواج لذات القانون الذي يحكم شكله، نظرا لإستفحال ظاهرة الزواج العرفي المختلط في الوقت الراهن وإنعكاساتها الخطيرة على الأطفال.

-أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بآثار عقد الزواج، فقد لاحظنا ان المشرع الجزائري لم يميز بين الآثار الشخصية والآثار المالية لعقد الزواج، وأخضعهما معا لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج. كما أخرج من نطاق هذا القانون بعض

الآثار وخصها بقواعد مستقلة نظرا لأهميتها كالنفقة ،النسب...وبخصوص هذا الأخير فقد لاحظنا عند تحليلنا لقاعدة الإسناد التي تحكمه أن المشرع لم يراعي مسألة في غاية الأهمية وهي الحالة التي ترفع فيها الأم الدعوى والأب مجهول، لذلك فالأجدر بالمشرع أن ينص على إسناده لقانون جنسية الأم في هذه الحالة، خاصة وأن الأم تعد المحور الأساسي للدعاوي المتعلقة بالنسب.

-وبخصوص المنازعات المتعلقة بإنحلال الزواج فقد توصلنا من خلال دراستنا الملمة لقواعد الإسناد التي تحكم هذه المنازعات، أن المشرع الجزائري لم يكن دقيقا في تحديده للقانون المختص كونه لم يميز بين صور إنحلال الزواج وأخضعها جميعها لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا لنص المادة12ق.م.ج. فهذا الإسناد وإن كان يتماشى مع بعض صور الإنحلال كالتطليق، الخلع- كونهما لا يتقرران إلا بحكم- إلا أنه لا يتلاءم مع الطلاق بالإرادة المنفردة لكون هذا الأخير يقع بمجرد النطق به، لذلك فضلنا اسناده لقانون جنسية الزوج وقت النطق به كما فعلت معظم التشريعات العربية.

بالإضافة إلى ما سبق ،ما يؤخذ على موقف المشرع الجزائري أنه لم يحدد القانون الذي يحكم الآثار المتمخضة عن إنحلال الرابطة الزوجية، لذلك نأمل أن يتدارك ذلك مسبقا، لاسيما بالنسبة للحضانة نظرا لما تثيره من إشكالات حادة على صعيد العلاقات الخاصة الدولية ،ونفضل بهذه المناسبة إسنادها للقانون الذي يحقق مصلحة الطفل .

-أما فيما يتعلق بالإستثناء الذي أورده المشرع الجزائري على قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج وإنحلاله وآثاره والقاضي بتطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، فقد توصلنا من خلال التحليل الذي أجريناه على قواعد الإسناد أن تطبيقه يبقى مقيدا بالحدود الإقليمية فقط. وعليه فإن حماية العنصر الوطني تتلاشى إذا ما

عرضت الدعوى أمام قضاء دولة أخرى، لا سيما في ظل تبني غالبية الدول لهذا الإستثناء، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن تقييده بوقت الإنعقاد قد يؤدي إلى ترتيب أوضاع شاذة، من ذلك عدم تطبيق القانون الجزائري على النزاع رغم إكتساب كلا الزوجين للجنسية الجزائرية، وفي المقابل من ذلك قد يسري القانون الجزائري على الأجانب لمجرد أن أحدهما أو كلاهما كان يحمل الجنسية الجزائرية وقت الزواج. لذلك نقترح اعادة صياغة النص وعدم تقييده بوقت محدد.

هذا وعلاوة على ما سبق، فقد لاحظنا من خلال دراستنا الماثلة لقواعد الإسناد التي تحكم المنازعات الأسرية، أنه على الرغم من أهميتها في فض مشكل تنازع القوانين إلا أن القاضي وهو بصدد اعمالها قد تعترضه العديد من الإشكالات سواء عند اعمال الضابط الشخصي أو عند تطبيق القانون الأجنبي المختص.

وعند بحثنا لمختلف هذه الإشكالات والحلول المكرسة لعلاجها، فقد توصلنا إلى أنها في معظمها حلولا منطقية ساير بموجبها المشرع الجزائري ما سلكته غالبية التشريعات المقارنة، وما استقر عليه الفقه الراجح.

غير أنه إستثناءا من ذلك، فقد سجلنا بعض القصور بشأن بعض الحلول، من ذلك الحل الذي كرسه المشرع الجزائري بشأن مشكلة تعدد الجنسيات والقاضي بتغليب الجنسية الجزائرية إذا كانت من بين الجنسيات المتنازعة. فما يؤخذ على هذا الحل أنه لا يكون ملائما في مختلف الفروض كحالة الشخص مثلا ،الذي لا يكون مرتبطا بالإقليم الجزائري سوى برابطة واهية في حين مرتبط بإقليم دولته الأخرى برابطة فعلية حقيقية، لذلك ندعو إلى ضرورة الإعتداد بالجنسية الحقيقية حتى ولو كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة.

وكذلك الحال بالنسبة للحل الذي أورده المشرع الجزائري بشأن مشكلة تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، فقد رأينا أن تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي تعذر إثباته قد يؤدي إلى ترتيب أوضاع شاذة خصوصا بشأن مسائل الأحوال الشخصية المستلهمة أحكامها من الشريعة الإسلامية، لذلك نفضل الإعتداد بقانون القاضي متى كان هو الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر إثباته.

وفضلا عما سبق، فقد توصلنا من خلال دراستنا لنظرية الإحالة ،إلى أن قبول بالإحالة من الدرجة الأولى قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. كونه حل مجرد لا يراعى فيه طبيعة المسألة المتنازع عليها والغاية من قاعدة الإسناد، لذلك ندعو إلى إنتهاج الحل الوظيفي بهذا الخصوص.

هذا، وإلى جانب مشكلة تنازع الإختصاص التشريعي ، قد تواجه القاضي عند النظر في أي نزاع أسري مشتمل على عنصر أجنبي مشاكل أخرى تتمثل أساسا في مشكلة تنازع الإختصاص القضائي وكذا مشكلة تنفيذ الأحكام الأجنبية .

ومن خلال معالجتنا لموضوع الإختصاص القضائي في المنازعات الأسرية فقد توصلنا إلى أن معيار الجنسية الذي بنى عليه المشرع الجزائري الإختصاص للمحاكم الوطنية بموجب المادتين41-42ق.إ.م.إ غير كافي خصوصا أمام تشعب وتعدد صور المنازعات الأسرية لذلك نوصي بأن يتدارك المشرع ذلك مستقبلا بأن يغلق باب الاجتهادات القضائية في هذا المجال، وينص صراحة على معايير أخرى خاصة تتلاءم وطبيعة هذه المنازعات وذلك إقتداءا ببعض التشريعات، كالتشريع المصري مثلا.

أما بخصوص موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، فقد سجلنا خطوة إيجابية على موقف المشرع الجزائري وذلك من خلال تبنيه –وعلى غرار غالبية التشريعات– لنظام الرقابة

دون نظام المراجعة. هذا الأخير الذي ينطوي على التشكيك في نزاهة وجدية القضاء الأجنبي خلافا لنظام الرقابة، الذي يقتصر فيه دور قاضي الأمر بالتنفيذ على بحث مدى توافر الشروط القانونية المتطلبة لتنفيذ الحكم الأجنبي فقط. وهذا الأمر من شأنه الحفاظ على المراكز القانونية التي أنشأتها تلك الأحكام وتعزيز التعاون القضائي بين الدول.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1-الكتب

أ-الكتب العامة

-بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة ،الجزائر، 2013.

-بن شويخ الرشيد:

- الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر ،2008.

- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر ،2008.

-جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،ط1، 2009.

-خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق، دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،2012.

-رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الاحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2007.

-عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،ط2،الجزائر،2011.

-محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري المعدل بالأمر02-05، دار الوعي،،الجزائر،2012.

ب-الكتب المتخصصة

-إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين،د.د.ن،د.ب.ن،1997.

-أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، المغرب.

-أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية و الموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2008.

-أحمد عوبيد، الروابط الشخصية والمالية بين الزوجين، في القانون الدولي الخاص المغربي والمقارن،ط1،مكتبة دار السلام،الرباط،2012.

-أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية،مصر،2006.

-أعراب بلقاسم:

-القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1،تنازع القوانين ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2005.

-القانون الدولي الخاص الجزائري،ج2،تنازع الاختصاص القضائي الدولي،الجنسية،ط5، دار هومة،الجزائر،2008.

-السعدية بلمير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي،ط2،منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية ،1988.

-الطيب زروتي:

- الوسيط في الجنسية الجزائرية،ط2، مطبعة الفسيلة ، الجزائر،2010.

- القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1،تنازع القوانين في ضوء القانون05-10المؤرخ في 20جوان2005،دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ط2،مطبعة الفسيلة، الجزائر2008.

- دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر ،الجزائر2011.

-بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون05-10لسنة 2005،جامعة الجزائر، بن عكنون،2008-2009.

-بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الاجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر،2005.

-جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط،ط1،دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع،الرباط،2010.

-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2005.

-حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع،الجزائر،2013

-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون ،دراسة مقارنة،ط6،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2011،عمان.

-حسن علي كاظم المجمع، أبحاث في القانون الدولي الخاص،ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016.

-حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2013.

-حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2004.

-سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط2، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، لبنان،2009.

-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية(تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي) ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2004.

-سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري، القاهرة،2002.

-صلاح الدين جمال الدين:

- القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط1،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2008.

- تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2007.

- مشكلات حضانة الاطفال في زواج الاجانب، دراسة مقارنة ،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2004.

-عبد الرسول الأسدي ،الجنسية والعلاقات الدولية،ط2،منشورات زين الحقوقية، 2011.

-عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني لتنفيذ الاحكام الاجنبية في مصر، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص ، دار الكتب القانونية، مصر،2007.

-عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص،ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2008.

-عكاشة محمد عبد العال:

- الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية،،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان،2001.

- الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الاجنبية، الفتح للطباعة والنشر،الاسكندرية،2010.

- تنازع القوانين، دراسة مقارنة،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان،2004.

-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ط5،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2008.

-عليوش قربوع كمال ،القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1،تنازع القوانين،ط1،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2007.

-غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة،ط4،دار وائل للنشر،عمان،2005.

-فؤاد عبد المنعم رياض ،سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص،ج2، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية، القاهرة،1974.

-محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية و المركز القانوني لمتعدد الجنسيات،ط1،دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر،2006.

-محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص،ط1،مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية،2006.

-محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، ليبيا،1994.

-محمد موساوي، قاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، دراسة مقارنة،ط1،مراكش، المغرب،2002.

-محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2009.

-ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن،ج1،تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الاجنبية مكتبة دار الثقافة للنشر عمان، الأردن،،1998.

-موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ط1،المركز الثقافي العربي،1994.

-نادية فضيل:

- الغش نحو القانون،ط2،دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر 2008 .

- تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني،ط1،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2002 .

- تطبيق قانون المحل على شكل التصرف،ط1،دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر 2006 .

-هشام خالد، ماهية الحكم القضائي الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في النظم القانونية، منشأة المعارف ، الاسكندرية،2007.

-هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية،2010.

-هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،2002.

-هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول، الجنسية ، مركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،1999.

-هشام علي صادق، شمس الدين الوكيل ، مركز القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة،،منشأة المعارف، الاسكندرية،1968.

-ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،.2004

2-الرسائل والمذكرات

-الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن،ج1، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر،1990-1991.

-بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2008-2009.

-جمال الخياط الدري، تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا إنحلال ميثاق الزوجية ،رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، المملكة المغربية ،2013-2014.

-كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2015-2016.

-مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2005-2006.

-ميكالي الهواري، أبعاد وانعكاسات ضوابط الاسناد في الزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،1010-2011.

-زيدون بختة، التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2010-.2011

3-المقالات

-بليعقوبي بلخير، فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الاحوال الشخصية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، عدد5 سنة2008.

-بوسهوة نور الدين، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة تحليلية على ضوء التعديل الاخير للقانون المدني الجزائري سنة2005، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، العدد12 لسنة2011.

-تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، عدد6 سنة2008.

-معمر بومكسي، تذييل الأحكام الاجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي، مجلة العلوم القانونية،ط1،الاصدار الثامن.

-معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الجزء41،رقم1، 2000.

-يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، عدد3 سنة2005.

4-النصوص القانونية

أ-الوطنية

-القانون رقم08-09 المؤرخ في25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ج.ر عدد21 لسنة2008.

-القانون رقم84-11 المؤرخ في9يونيو1984 المتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فيفري2005 ،ج.ر عدد15 لسنة2005.

-الأمر رقم75-58 المؤرخ في26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم05-10 المؤرخ في 20يونيو2005 ،ج.ر عدد44 لسنة2005.

-الأمر رقم70-20 المؤرخ في19فيفري1970المتضمن قانون الحالة المدنية ، ج.ر عدد21

لسنة1970.

-الأمر رقم70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الامر رقم05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

-الأمر رقم 68-69 المؤرخ في12 سبتمبر 1969 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية الخاصة بالتعاون المتبادل بين البلدين المعدل والمتمم بموجب البروتوكول الموقع عليه بتاريخ15 جانفي 1969، ج.ر عدد77 لسنة1969.

-المرسوم رقم64-85 المؤرخ في2 مارس 1964 المتضمن المصادقة على اتفاقية فينا الخاصة بالعلاقات القنصلية الموقعة في24 افريل1963،ج.ر عدد34 لسنة1964.

-المرسوم رقم74-75 المؤرخ 12 يونيو1974 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الموقعة في24ماي 1974،ج.ر عدد62 لسنة1974.

-المرسوم رقم88-144 المؤرخ في26يونيو1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة باطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في21 جوان 1988.

-المرسوم رقم92-461 المؤرخ في19 ديسمبر1992 المتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل ج.ر عدد91 لسنة1992.

-المرسوم رقم64-173 المؤرخ في8جوان 1964 المتضمن المصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بحالة ووضع عديمي الجنسية، المبرمة في 28 سبتمبر1954 ج.ر عدد 15بتاريخ 17 جويلية1964.

-المرسوم رقم01-47 المؤرخ في11 فيفري2001 المتضمن المصادقة على إتفاقية الرياض للتعاون القضائي ،الموقع عليها بتاريخ 26 نوفمبر1997.

-المرسوم رقم83-130 المؤرخ في19فيفري1983المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية السورية ،المبرمة بتاريخ27 أفريل 1981.

-المرسوم رقم63-450 المؤرخ في14 نوفمبر 1963 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية التونسية الخاصة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القضائي بين البلدين الموقع عليها بتاريخ 26جويلية1963ج.ر عدد 87 بتاريخ 14 نوفمبر 1963.

ب- الأجنبية

-قانون رقم 97-98 مؤرخ في27نوفمبر1998 المتضمن صدور مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

-قانون رقم 447-1.74 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربية، ج ر العدد 2303 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974.

-قانون رقم03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية منشور في ج.ر عدد5184 بتاريخ5 فبراير2004.

-الأمر المؤرخ في6 محرم 1376 (13 أوت 1956) المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية الرائد الرسمي، عدد66 الصادر في 17 أوت 1956.

-القانون الإماراتي رقم 5لسنة1985 المتضمن أحكام تنازع القوانين في القانون الاتحادي بدولة الامارات العربية المتحدة.

-القانون الكويتي رقم5لسنة1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.

-القانون المدني المصري

- القانون المدني العراقي

-القانون المدني السوري

- القانون المدني الليبي

- القانون المدني الاردني

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

A- Les ouvrages

-Bernard Audit, droit international privé,4éme éd, economica, Paris, 2006.

- Jean Derruppe, droit international privé,14 éme éd, dolloz, Paris, 2001.

-Ghaouti Benmelha , les successions en droit algérien, O.P.U, alger.

-Gutmann Daniel, droit international privé, 3éme éd, dalloz, Paris, 2002.

-Henri Batiffol, Paul lagarde, droit international priv é, Tome 1, 6éme éd, L.G.D.J, Paris, 1976.

-Holleaux (D) Foyer (J).G de Geouffre de la pradelle, droit international privé, Masson, 1987.

-Jean Vincent, Serge Guinchard, procédure civile, dalloz, Paris, 2003.

-Mohand Issad, droit international privé, les régles de conflits, O.P.U, Alger, 1980.

-Mohand Issad, droit international privé, tome 2, les régles matérielles, O.P.U, Alger, 1983.

-Nouhad riskallah, Droit international privé, M.A.J.D,1ére éd, Beyrouth liban, 1985.

-Patrick courbe, droit international privé, Dalloz, paris, éd 2000.

-Pierre Mayer, Vincent Heuzé, droit international privé, 8éme éd, L.G.D.J Montchrestien, Paris, 2005.

-Yvon loussouarn, Pierre Bourel, Droit International privé,6éme éd, dalloz, Paris, 1999.

B- Thèses et articles

-Bernard audit, compétence international des tribunaux francais, droit commune conflit de juridiction, règlement bruxelle, bis et litispendance, études et commentaires , Dalloz, 2010, N°1.

-Bourdrlois Béatrice, le mariage polygamique en droit international privé francais, thése doctorat, d'état, T1, université de pantheon, Assas (paris 2) ,1991.

-Layachi Messaoudi, la discrimination à légard de la femme en droit international privé marocain, R.I.D.C, 1992.

-Mariel Weigerber, les conditions de fond du mariage en droit international privé, thése de doctorat, Faculté de droit, Université , Paris, 1908.

-Patrick courbe, divorce et séparation de corps, rep international , Dalloz, paris, 1998.

الفهرس

الفهرس

المقدمة 1

الباب الأول: تنازع الإختصاص التشريعي في مجال المنازعات الأسرية.....8

الفصل الأول: قواعد التنازع التي تحكم المنازعات الأسرية 11

المبحث الأول: قواعد التنازع المتعلقة بتكوين عقد الزواج وآثاره.....13

المطلب الأول: المنازعات الخاصة بتكوين عقد الزواج 13

الفرع الأول: القانون المختص بتكوين عقد الزواج.....14

البند الأول: الشروط الموضوعية للزواج.....14

البند الثاني: الشروط الشكلية للزواج.....18

الفرع الثاني: القـــانون الواجب التطبيق على المنازعات المترتبة على تكوين عقد الزواج 22

البند الأول: القانون الذي يحكم الجزاء المترتب على تخلف ركن أو شرط من شروط صحة عقد الزواج..... 22

البند الثاني: القانون الذي يحكم إثبات عقد الزواج.....23

المطلب الثاني: المنازعات الخاصة بآثار عقد الزواج.....24

الفرع الأول: مضمون آثار عقد الزواج.....24

البند الأول: الآثار الشخصية لعقد الزواج 25

البند الثاني: الآثار المالية لعقد الزواج.....27

الفرع الثاني: القانون المختص بحكم المنازعات المتعلقة بآثار عقد الزواج ومجال تطبيقه..... 29

البند الأول: تحديــد القانــون المختص بحكم المنازعات الخاصة بآثارعقد الزواج 29

أولا: نفقة الزوجة.....32

ثانيا: النسب 34

ثالثا: إسم الزوجة.....40

رابعا: أهلية الزوجة 40

خامسا: جنسية الزوجة 42

المبحث الثاني: قواعد التنازع المتعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية 42

المطلب الأول: المنازعات الخاصة بإنحلال عقد الزواج 43

الفرع الأول: القانون المختص بإنحلال عقد الزواج 43

الفرع الثاني: تحديد نطاق القانون المختص بإنحلال الزواج 48

المطلب الثاني: المنازعات الخاصة بآثار إنحلال عقد الزواج 51

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية.....52

البند الأول: العدة.....52

البند الثاني: الحضانة 53

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.....59

البند الأول: النفقة.....59

البند الثاني: الإلتزام بالتعويض 60

البند الثالث: النزاع حول متاع البيت 62

الفصل الثاني: الإشكالات القانونية التي تعترض القاضي عند تطبيق قواعد التنازع التي تحكم المنازعات الأسرية 63

المبحث الأول: المشاكل التي تعترض القاضي عند تطبيق الضابط الشخصي على المنازعات الأسرية..... 64

المطلب الأول: مشكلة تحديد القانون المختص في حالة تنازع الجنسيات 65

الفرع الأول: تعدد الجنسيات.....65

البند الأول: ماهية تعدد الجنسية.....65

البند الثاني: القانون المختص في حالة تعدد الجنسيات.....68

الفرع الثاني: إنعدام الجنسية.....76

البند الأول: ماهية إنعدام الجنسية.....76

البند الثاني: تحديد القانون الشخصي لعديم الجنسية 78

المطلب الثاني: مشكلة تحديد القانون المختص في حالة تغيير الضابط الشخصي.....82

الفرع الأول: التنازع المتحرك.....82

البند الأول: ماهية التنازع المتحرك.....83

البند الثاني: حل مشكل التنازع المتحرك.....84

الفرع الثاني: الغش نحو القانون.....89

البند الأول: مفهوم الغش نحو القانون.....89

البند الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون 92

أولا:التغيير الإرادي لضابط الإسناد 92

ثانيا: توافر نية الغش نحو القانون 92

البند الثالث: أثر ثبوت الغش نحو القانون.....94

المبحث الثاني: المشاكل التي تعترض القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي على المنازعات الأسرية..... 95

المطلب الأول: المشاكل التي تعترض القاضي عند قبول القانون الأجنبي الإختصاص المسند إليه..... 95

الفرع الأول: إثبات أحكام القانون الأجنبي 96

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي.....99

الفرع الثالث: مخالفة أحكام القانون الأجنبي النظام العام.....102

البند الأول: مضمون فكرة النظام العام.....102

البند الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.....106

البند الثالث: آثار الدفع بالنظام العام.....108

البند الرابع: تطبيقات الدفع بالنظام العام في مجال المنازعات الأسرية 112

المطلب الثاني: المشاكل التي تعترض القاضي عند تنازل القانون الأجنبي عن الإختصاص المسند إليه 116

الفرع الأول: التعدد التشريعي 116

البند الأول: صور التعدد التشريعي.....117

أولا: التعدد الشخصي 117

ثانيا: التعدد الإقليمي.....117

البند الثاني: الحلول المكرسة لمشكلة التعدد التشريعي. 118

أولا: تفويض القانــون الأجنبــي مهمة تحديد النظام التشريعي الواجب تطبيقه 118

ثانيا: الحلول المكرســة في حالة عدم تضمن القانون الأجنبي قواعد لفض النزاع الداخلي 122

الفرع الثاني: الإحالة 123

البند الأول: مفهوم الإحالة 124

البند الثاني: موقف الفقه من الإحالة.....128

أولا: الإتجاه المؤيد لنظرية الإحالة 128

ثانيا: الإتجاه الرافض لنظرية الإحالة.....130

ثالثا: الاتجاه القائل بفكرة الحل الوظيفي 135

البند الثالث: التكريس التشريعي والقضائي لنظرية الإحالة 135

أولا: التكريس التشريعي لنظرية الإحالة.....136

ثانيا: التكريس القضائي لنظرية الإحالة.....138

الباب الثاني: الإختصاص القضائي الدولي ومدى تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال المنازعات الأسرية 140

الفصل الأول: الإختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات الأسرية 143

المبحث الأول: ضوابط إنعقاد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات الأسرية..... 144

المطلب الأول: ضوابط الإختصاص القضائي الدولي الأصلية المبنية على الصلة الموجودة بين الخصوم ودولة القاضي..... 144

الفرع الأول: الجنسيـــة كضابط للإختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات الأسرية 144

البند الأول: الإختصاص القضائي الدولي المبني على جنسية المدعي.....145

البند الثاني: الإختصاص القضائي الدولي المبني على جنسية المدعى عليه.....149

البند الثالث: مدى إمكانية التنازل على الإختصاص المبني على إمتياز الجنسية.....154

الفرع الثاني: الموطــن كضابط للإختصاص القضائي الدولي في مجال المنازعات الأسرية 155

البند الأول: مفهوم الموطن 156

البند الثاني: الإختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط موطن المدعي عليه....157

المطلب الثاني: ضوابط الإختصاص القضائي الدولي الإستثنائية المبنية على إعتبارات خاصة 164

الفرع الأول: الإختصاص القضائي الدولي المبني على إرادة أطراف النزاع.....165

البند الأول: صور الخضوع الإرادي 166

البند الثاني: شروط الخضوع الإرادي 167

البند الثالث: القانون الذي يحكم الخضوع الإرادي 169

الفرع الثاني: الإختصاص المبني على فكرة تلافي جريمة إنكار العدالة.....170

الفرع الثالث: الإختصاص بالدعاوى الإستعجالية.....172

المبحث الثاني: الآثـــار المترتبة على ثبـــوت الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية 174

المطلب الأول: ثبوت الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بالنظر في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية.....175

الفرع الأول: المسائل الأولية 175

الفرع الثاني: الطلبات العارضة.....177

الفرع الثالث: الطلبات المرتبطة 179

المطلب الثاني: تأثير الإختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين.....185

الفرع الأول: إعمال قواعد الإسناد المدرجة في قانون القاضي 185

الفرع الثاني: تأثير الإختصاص القضائي الدولي على القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى 188

الفصل الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات الأسرية 193

المبحث الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في المنازعات الأسرية 194

المطلب الأول: الأنظمة المتبعة في تنفيذ الأحكام الأجنبية 194

الفرع الأول: نظام رفع دعوى جديدة.....194

الفرع الثاني: نظام الأمر بالتنفيذ 195

البند الأول: نظام المراجعة.....196

البند الثاني: نظام المراقبة 197

المطلب الثاني: الشروط المتطلبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في التشريع الجزائري.....202

الفرع الأول: صدور الحكم الأجنبي عن محكمة مختصة.....203

البند الأول: الرقابة على الإختصاص القضائي الدولي.....203

البند الثاني: الرقابة على الإختصاص القضائي الداخلي.....207

الفرع الثاني: حيازة الحكم الأجنبي لحجية الشيء المقضي به.....209

الفرع الثالث :عدم تعـارض الحكم الأجنبـي مع حكم سبق صدوره من القضاء الجزائري 210

الفرع الرابع: عدم تعارض الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه مع النظام العام الجزائري 211

المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة لطلب الأمر بالتنفيذ.....217

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى التنفيذ.....217

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة.....218

الفرع الثاني: كيفية تقديم طلب التنفيذ.....220

المطلب الثاني: البت في دعوى التنفيذ والآثار المترتبة على ذلك.....222

الفرع الأول: سلطة القاضي في دعوى التنفيذ.....222

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على دعوى التنفيذ.....224

البند الأول: الآثار المترتبة على منح الأمر بالتنفيذ.....224

أولا: إكتساب القوة التنفيذية.....224

ثانيا: حيازة حجية الشيء المقضي به.....226

ثالثا: إكتساب قوة الإثبات.....228

البند الثاني: الآثار المترتبة على رفض الأمر بالتنفيذ.....228

الخاتمة.....230

قائمة المراجع.....237

الفهرس.....250