جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص

من اعداد الطالبة:

جندولي فاطمة زهرة

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة :

أ.د يوسف فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د قادة شهيدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د يوسف فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفة ومقررة
د. تشوار حميدو زكية	أستاذة محاضرة	جامعة تلمسان	مناقشة
أ. كمال سمية	أستاذة مساعدة أ	جامعة تلمسان	مناقشة

السنة الجامعية

2011-2010

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"اللهم إني أسألك علما

نافعا، ورزقا طيبا،

وعملا متقبلا"

رواه ابن ماجه

شكر وتقدير

الحمد لله...احمده سبحانه حمد الشاكرين المقرين بنعمه وواسع كرمه الجزيل، فبفضله سبحانه ظهرت هذه الدراسة موضوعا وبتوفيقه سبحانه طبعت، فأصبحت دراسة علمية لها مستقبلا إن شاء الله تعالى مأمولا في خدمة من يستفيد منها، ثم أصلي وأسلم على رسول الله الأمين والهادي البشير وعلى من اتبعه بإحسان إلى يوم الدين ...وبعد

يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وتقديري وامتناني إلى أستاذتي الكريمة، الأستاذة الدكتورة يوسف فتيحة، لما أغدقته علي من علمها الغزير، وتوجيهاتها القيمة وآرائها السديدة، التي كان لها الأثر البالغ في إثراء هذه الرسالة وتقويمها.

كما أتقدم بوافر الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة اللذين، تحملوا عناء قراءة

هذا البحث وتقييمه لمناقشته.

ولا يمكنني إلا أن أتقدم بالشكر الخالص للدكتور بلوحي محمد، الذي

أضفى لمساته على البحث.

والشكر موصول إلى كل موظفي مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، وبجامعة سيدي بلعباس، وكل العاملين بمكتبة اسعد، والى كل من ساهم في انجاز هذا البحث.

إهداء

إلى من أعانتني بصلاتها ودعواتها الخالصة، جدتي أطال الله عمرها.

إلى من رآني قلبها قبل أن تراني عينها أرضعتني لبن الحب والإيمان وعلمتني قواعد التواضع والإحسان، الرمز والعطاء، إلى قرة عيني وشعلة دربي، إلى من تسكن الجنة تحت قدميها إليك أمي الحبيبة أطال الله في عمرك وأدام ظلك الدائم علي.

إلى احد رايته بين الناس رجلا، وبين الرجال بطلا، وبين الأبطال مثلا، إلى من رباني التربية الأصلية ومنحني التوجيه ما يبصر درب حياتي، أبي أطال الله عمرك.

إلى إخوتي وأخواتي، وأخص بالذكر" محمد حسين".

قائمة المختصرات

أولا –باللغة العربية:

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ص: صفحة.

ع:عدد.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ف: فقرة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

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

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

م.ق: مجلة قضائية.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

ن.ق: نشرة القضاة.

ثانيا– باللغة الفرنسية

Art : Article.

C.Civ.Fr : code civil français.

éd : Edition.

J.D.I : Journal du Droit International.

J.O : Journal officiel.

L.G.D.J : librairie générale de Droit et de Jurisprudence.

O.P.U. :Office des Publications Universitaires.

op .cit. :opere citato(ouvrage cité).

P :page.

R.C.D.I.P : Revue Critique de Droit International Privé.

R.S.J.E.A : Revue Des Sciences Juridiques et Administratives.

R.T.D: Revue Tunisienne de Droit.

المقدمة

لا مندوحة أن تسارع وتيرة التطور العلمي والتكنولوجي، جعلت من عمليات انتقال الأموال والأفراد هدفا متحركا عصيا على المتابعة، وهو ما أدى إلى وجود علاقات عابرة للحدود الوطنية، فبعدما كانت الجماعة الدولية منغلقة على نفسها لا ينتقل سكان إحداها إلى إقليم الدولة الأخرى، تحول العالم بفضل مختلف التقنيات الحديثة إلى قرية كونية صغيرة، وقد كان من نتاج ذلك التحول دخول الأفراد في علاقات مختلفة، ومعاملات متعددة الجوانب مالية واقتصادية، وحتى اجتماعية نجم عنها ارتباط الأفراد مع رعايا الدول المستضيفة عن طريق الزواج، إلا أن اختلاف الثقافات والحضارات ساهم بشكل جلي في توتر تلك العلاقات وازدياد الخلافات مما أدى إلى انفصام عرى الرابطة الزوجية بطرق إرادية، تفاديا لنزاعات مستقبلية قد تكون شديدة التعقيد. وعليه فقد أصبحت مشاكل انحلال الرابطة الزوجية بالطرق الإرادية ظاهرة اجتماعية أشد تعاظما لبروز مشكلات انحلال الزواج المختلط.

فإذا كانت هذه الظاهرة، قد احتلت على المستوى الداخلي مكانا بارزا، فأسالت حبر الكثير من رجال الدين وعلماء النفس والاجتماع، لما لها من آثار سلبية على الأسرة والمجتمع ككل، ذلك أن انحلال الرباط الوثيق يؤدي إلى زعزعة كيان الأسرة، وهو ما يترتب عليه ضياع الأولاد، ومن ثم انحطاط مستوى التعليم والثقافة في المجتمع، فتعم الفوضى ويكثر الإجرام، وتبرز ظواهر اجتماعية لا يمكن التحكم فيها، إلا من خلال سن نصوص قانونية تسعى إلى الوقاية أكثر من الردع والزجر، على أن تكون نصوصا مستمدة من أسس فرضت نفسها، وتأصلت فروعها بجذور لا يمكن التنصل منها لارتباطها بقواعد طبيعية يشعر أفراد المجتمع بإلزاميتها، ويحترمون تطبيقها مخافة الوقوع في دائرة الحظر التي ينهى عنها الدين، الذي يعد عمد وأساس القانون الذي ينظم أحوالهم الشخصية، وعليه فإذا كانت هذه الانعكاسات والآثار، نتيجة واقعية وحقيقة حتمية رغم انتماء أفراد الأسرة إلى دولة واحدة، فإن هذه الآثار، تبلغ ذروتها كلما تعلق الأمر بانحلال الزواج ذي العنصر الأجنبي.

من خلال هذا، يتضح أن المشاكل التي يثيرها انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، لا يمكن تجاوزها بموجب النصوص الوطنية، التي وضعت للتطبيق على العلاقات الداخلية، فتطرق العنصر الأجنبي إلى العلاقة القانونية، يطرح عديد المشكلات، والتي لا يمكن التصدي لها إلا بموجب قواعد فنية، هي قواعد القانون الدولي الخاص، باعتبارها قواعد وجدت للتطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، حيث تهدف إلى تنظيم حقوق ذات طبيعة خاصة، تستمد خصوصيتها من العنصر الأجنبي الذي يطرأ عليها، كما أنها تسعى إلى رسم حدودها منذ نشأتها وإلى غاية انقضائها، حفاظا على مصالح مكتسبيها، الذين أصبحوا يتمتعون بقدر من الحقوق في دولة يتصفون فيها بالأجانب، شريطة ألا تكون تلك الحقوق متعارضة مع الأسس الجوهرية في الدولة التي يتواجدون على إقليمها.

بناء على ما تقدم، يتضح أن كفالة حقوق الأجانب، يتسع مداها ليشمل كافة الحقوق، وبصفة حصرية الشخصية منها، لارتباطها بحالة الشخص التي تهدف إلى بيان وضعيته العائلية، ومركزه القانوني، وانتمائه الديني، حفاظا على المتعاملين معه في هذا المجال، خاصة أن الأسرة تعد نواة المجتمع وعماده، لدى يجب إحاطتها بسياج من الحماية، خاصة خلال مراحل انقضائها لامتداد آثارها إلى ثمرة الزواج المنحل.

وفقا لذلك، يتبين أن هذه الحماية لن تكون ناجعة وفعالة، إلا إذا شملت كافة المجالات التي يطرحها موضوع انحلال الرابطة الزوجية في مجال القانون الدولي الخاص، ويستوي أن يكون ذلك على مستوى الاختصاص التشريعي، أو على مستوى الاختصاص القضائي الدولي، ذلك أن المشاكل التي يثيرها انحلال الرابطة الزوجية، تبلغ ذروتها كلما تعلق الأمر بالاختصاص التشريعي، أين تتعدد التكييفات وتتنازع القوانين لحكم المسألة الواحدة، فيجد القاضي نفسه في حلقة متشعبة يرتبط أفرادها بأنظمة مختلفة تطرح نفسها قيد النظر، نتيجة تباعد الأنظمة القانونية المقارنة سواء تعلق الأمر بالنسبة لحالات انحلال الرابطة الزوجية أو الآثار المترتبة عنها، فبينما يجد القاضي أن هناك تشريعات

تعتبر الزواج مؤسسة أبدية غير قابلة للانحلال، ويحرم تعددها على أن مخالفة ذلك يعد جريمة، يجد أن هناك من الأنظمة ما تسمح بانحلالها، ويكون ذلك إما بإرادة الطرفين تكريسا لمبدأ المساواة بين الزوجين وإما بإرادة أحد الأطراف، ولا يمكن أن يكون مرد هذا التباعد إلا اختلاف التصور الفكري والاجتماعي السائد في كل دولة.[1]

ولما كان تداخل المفاهيم، يحول القضية إلى معادلة صعبة يصعب على القاضي تحليل رموزها، فقد تدخلت التشريعات للتخفيف من حدة وصرامة المسألة، فمنحت الاختصاص لقانون محايد، يتحدد بمقتضى قاعدة الإسناد التي تهدف إلى رسم الإطار العام، لكل ما يندرج ضمن فئة انحلال الزواج، قبل إعمال النص القانوني الموضوع لفض النزاع، والذي يكون إما قانونا أجنبيا أو وطنيا حماية لمقتضيات الجماعة الوطنية. ولما كانت المسألة لا تقتصر على أطراف العلاقة الزوجية، بل تشمل نتاج ذلك الارتباط، فانه يتعين على القاضي وأثناء نظره في انحلال الزواج، البت في كل ما يتعلق بآثاره سواء المالية منها أو الشخصية والتي تطرح هي الأخرى تنازعا بين القوانين.

ولما كان مناط القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، مؤسسا ومبنيا على ضوابط شخصية قابلة للتغيير والتجديد، فقد طرح على المستوى التطبيقي مشاكل عديدة، حاولت التشريعات إيجاد حلول لها لتمكين القاضي من تطبيق القانون المحدد تطبيقا سليما، خاصة أن القاضي قد يجد نفسه في بعض الفروض أمام قضايا يتعدد فيها التنازع، وفي فروض أخرى أمام قضايا ينعدم فيها التنازع، خلافا لذلك، قد يجد نفسه في بعض الأحيان، أمام قضايا تتعدد فيها التشريعات داخل ذات الدولة، وفي أحيان أخرى أمام حالات، يرفض فيها القانون المحدد الاختصاص، ويحليه إلى قانون آخر.

[1] -Chen Hongwu, problèmes de droit international privé concernant les personnes physiques étrangères en chine, L.G.D.J, E.J.A., Paris, 1998, p309.

إنه على الرغم، من المراحل التي يمر بها القاضي خلال بحثه المتواصل عن القانون المحدد للفصل في مسائل انحلال الرابطة الزوجية، إلا أنه لا يمكن له تطبيقه، إلا إذا ثبت له أن القانون المختص، لا يشمل ما يتعارض مع الأسس الجوهرية التي يؤدي المساس بها إلى الإطاحة بالنظام العام في دولته، وأن ذلك القانون، لم يثبت له الاختصاص، نتيجة لتلاعب الأفراد بقواعد الإسناد المختصة قصد التهرب من تحريمات القانون المختص أصلا بحكم النزاع.

إذا كانت هذه العقبات، مجرد عقبات أولية، تقف أمام القاضي قبل ثبوت الاختصاص النهائي للقانون المحدد، فان منها ما يطرح بصفة لاحقة لتبرز للوجود مشكلة معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، والتي توجب على قاضي الموضوع الوقوف على فحوى وروح النص القانوني المحدد بالكشف عن مضمونه وكذا تفسيره، على أن الإخلال بذلك يخضع لرقابة بعدية من طرف محكمة القانون تجسيدا للأمن القانوني، وتحقيقا لاستقرار المعاملات.

ومما يجب التنويه إليه في هذا الإطار، هو استعانة الدول التي يكثر بينها التنازع بخصوص قضايا انحلال الرابطة الزوجية، بإستراتيجية جديدة تتمثل في اللجوء إلى أحكام القانون الاتفاقي تجنبا لمشاكل إعمال قاعدة التنازع، وهو في الغالب ما تم الاستشهاد به في بعض القضايا سيما ما يتعلق منها بالحضانة.

على أن الأمر في حقيقته، لا يقتصر على الاختصاص التشريعي، بل يتعداه ليشمل الاختصاص القضائي الدولي، والذي يثير حالتي بيان الجهة القضائية المختصة، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وعليه فان موضوع الاختصاص القضائي الدولي، يعد من أكثر المواضيع قاطبة في مجال القانون الدولي الخاص.

فإذا كان الشق الأول منه، يستوجب تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في نزاعات انحلال الرابطة الزوجية، باعتبارها مسألة أولية، يتعين على القاضي الفصل فيها قبل تطبيقه للقانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، فانه يثير مشاكل على المستويين النظري والتطبيقي.

فعلى المستوى النظري، نجد غياب النصوص القانونية المنظمة لاختصاص القضاء الوطني، وهو ما يقتضي تمديد العمل بالنصوص الداخلية على المستوى الدولي لكفالة الحماية القانونية للحق المطالب به، وإذا كانت هذه الصعوبات، تطرح على المستوى النظري، فإنها لا محالة، تمتد على المستوى التطبيقي، لتلعب دورا مؤثرا إلى جانب نقص التكوين القانوني، والتأهيل العلمي للقضاة في مجال القانون الدولي الخاص، لارتباط القضية بمسائل معقدة من جهة، وبفكرة السيادة من جهة أخرى والتي غالبا ما تتدخل لتفرض وجودها فتبرز مشكلة تنازع الجهات القضائية المختصة، والتي لا يمكن التغلب عليها إلا بالرجوع لأحكام القانون الداخلي، ليتضح قصور هذه الأخيرة عن إيجاد حلول لها، ذلك أنها قواعد وجدت للتطبيق على النزاعات الداخلية.

رغم كل هذه الصعوبات، يبقى القضاء مرفق عام، هدفه الفصل في النزاعات المطروحة عليه، وإصدار أحكام وطنية لا تكون واجبة التطبيق في الإقليم الوطني فحسب، بل تمتد للتطبيق في كل دولة يرى صاحب المصلحة ضرورة تنفيذ الحكم فيها، وبناءا عليه، وطالما أن المسألة محل الدراسة تتعدى حدود الدولة الواحدة، فانه من الطبيعي أن يرتب الحكم آثارا خارج حدود الدولة التي صدر عنها، و بالتالي تطرح مشكلة تنفيذ أحكام انحلال الرابطة الزوجية أمام القضاء الأجنبي، التي تستوجب من الدولة المطلوب منها التنفيذ تحديد جملة من الشروط القانونية للحفاظ على الأسس الجوهرية و المبادئ السامية فيها.

إن هذه الأسباب وغيرها، جعلت موضوع الدراسة موضوعا جليا بالبحث والتمحيص، وعلى الرغم من أنه من المواضيع المستهلكة، إلا أن نطاق ذلك الاستهلاك يتسع بالنظر للقضايا الداخلية،

ويضيق بالنسبة للقضايا الدولية التي تتضمن عنصرا أجنبيا، نظرا لما تطرحه من قضايا مختلفة لا يمكن حصرها ولا تحديدها. لهذا كله لم يعد هذا الموضوع يثير اهتمام الباحثين من رجال القانون فحسب، بل احتل مكان الصدارة في نظر رجال الإعلام، والذين مهدوا من خلال اللقاءات والندوات الصحفية للعديد من الاتفاقيات الدولية من خلال شحن الرأي العام سيما في المجال المتعلق بالحضانة، وعليه فقد بات الاهتمام بهذا الموضوع في تسارع متزايد طالما أن واقع الناس في تطور وتداخل وتحرك في هذا العصر المتفاعل حيويا وّآليا.[2]

بناءا على المعطيات السابق الإشارة لها، يتبين أن موضوع انحلال الرابطة الزوجية في مجال القانون الدولي الخاص، يعد من أكثر المواضيع التي هي بحاجة إلى دراسة ومناقشة وتحليل، لارتباطه بمشاكل عديدة نظرية وقانونية، تجعل من الواجب، بل ومن اللزوم، التطرق إليه وبحثه لتحديد معالمه، خاصة أنه لن يكون بحثا فكريا معزولا عن الواقع، وعليه تهدف هذه الدراسة إلى رسم تصور شامل، لظاهرة من أشد الظواهر تعقيدا، ينظمها قانون اشد تعقدا لم تكتمل حلقاته بعد حتى في الدول المتقدمة، وذلك كله سعيا لرسم، وبيان نطاقه الشامل في التشريع الجزائري في ظل نظرية واضحة المعالم. على أن دراسة هذا الموضوع ستقتصر على انحلال الرابطة الزوجية بالطرق الإرادية، وما يترتب عنها من آثار، مستبعدين بذلك ما قد يترتب من آثار جراء انحلال الرابطة الزوجية بالطرق الطبيعية.

من خلال ما سبق، يتضح أن إشكالية البحث تتمحور في تحديد الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، بحيث تطرح التساؤل التالي: ما هي الآليات القانونية التي رصدتها التشريعات على مستوى الاختصاصين التشريعي والقضائي لمواجهة مشاكل انحلال الزواج المختلط؟

[2]-يراجع، تشوار جميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008، ص34.

إن الإجابة عل هذا السؤال يقتضي تحديد إشكاليات فرعية يمكن تحديدها في، ما هو القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية؟ وما هو الضابط المعول عليه لتحديد القانون المختص من قبل المشرع الجزائري؟ وإذا تم تحديد هذا الضابط، فالسؤال المطروح، ما هي الحلول المقترحة لمواجهة المعوقات التي تعترض القاضي وهو بصدد تطبيق القانون المختص؟ ما هي الضوابط التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص للقضاء الوطني للنظر في نزاعات انحلال الرابطة الزوجية؟ وكيف تصدت التشريعات، بما فيها المشرع الجزائري لتنظيم مسألة تنفيذ أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الأجنبي؟

إن الإجابة على هذه الإشكاليات يستوجب إتباع المنهج التحليلي، من خلال تحليل مجمل النصوص القانونية المرتبطة بالدراسة محل البحث، على أن يتم اللجوء إلى الآراء الفقهية والأحكام القضائية في حالة غياب أو قصور التنظيم القانوني لمسألة معينة. ونظرا لعدم كفاية ذلك المنهج، فقد استعنا بالمنهج التاريخي في حالات معينة، الذي يسمح لنا بالتعرف على القديم، قصد الاستعمال الأمثل للجديد، إضافة إلى توسل المنهج المقارن، فاعتمدنا على التشريعات العربية، كتونس، ومصر إلى جانب التشريع والقضاء الفرنسي، الذي يعد رائدا في هذا المجال، إذ يعود له قصب السبق في رسم الإطار العام لهذا الموضوع، من خلال أحكامه القضائية المتعددة. ولما كان نطاق الدراسة الماثلة حثيثا بالمعاهدات الدولية، فقد حاولنا التطرق لها قدر الإمكان، وهذا كله بغية الزيادة في التراكمية العلمية، سواء الكمية منها، أو النوعية، وكذا للاطلاع على تجارب الدول الرائدة في هذا المجال، قصد إجراء موازنة بين مختلف قوانين دول العالم، علنا نحدد بعض الموجبات التي يتعين على المشرع الجزائري الأخذ بها، وتبنيها للحاق بالركب في هذا النطاق.

وقد اعتمدنا لبيان هذا كله على الخطة الثنائية، إذ عالجنا الموضوع عبر فصلين، خصصنا الأول لبيان التنظيم القانوني لانحلال الرابطة الزوجية من جانب الاختصاص التشريعي، من خلال مبحثين،

عالجنا في المبحث الأول ، قواعد الإسناد التي تحكم انحلال الرابطة الزوجية، ثم تعرضنا في المبحث الثاني، لبيان كيفية إعمال قاعدة الإسناد.

في حين خصصنا الثاني لبيان التنظيم القانوني لانحلال الرابطة الزوجية من جانب الاختصاص القضائي الدولي، تطرقنا في المبحث الأول لبيان الجهة القضائية المختصة للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، أما المبحث الثاني، تعرضنا فيه لتنفيذ أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الأجنبي.

الفصل الأول

الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الرابطة الزوجية من جانب الاختصاص التشريعي

يشكل انحلال الزواج ظاهرة اجتماعية خطيرة، على المستويين الداخلي والدولي نتيجة لما يترتب عليه من آثار وخيمة على أطراف العلاقة المنحلة، وعليه فقد كفلت التشريعات تنظيمه بنصوص قانونية أساسها الديانة المتبعة من قبل مواطنيها. وإذا كانت الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الزواج الذي يكون أطرافه وطنيين واضحة للقاضي الوطني، فان انحلال الزواج الذي يكون أحد طرفيه أو كليهما عنصرا أجنبيا يعد من أكثر المواضيع إيثارا لتنازع القوانين، إذ يطرح مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة لحكم المسألة محل النزاع، حيث يجد القاضي نفسه أمام معادلة صعبة تستوجب منه المفاضلة بين القوانين المتزاحمة وتطبيقها لتحقيق العدالة القانونية بما يضمن مصالح الأطراف، بيد أن اختلاف نظرة الدول بشأن مسائل انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه، استوجبت من التشريعات التدخل لسن قواعد يتم على هديها بيان القانون الواجب التطبيق، وتسمى "قواعد التنازع ".

وعلى الرغم من هذا التنظيم القانوني، إلا أن اختلاف نظرة الدول بشأن مسألة انحلال الزواج، أفرز صعوبات متعددة عند إعمال قاعدة الإسناد، التي تعتمد في بنائها للقانون الواجب التطبيق على أحد ضوابط الإسناد الشخصية والمتمثلة إما في الجنسية وإما في الموطن، والتي ينجم عنها باعتبارها من الضوابط القابلة للتغيير مشاكل متعددة، تتمثل في إمكانية تعدد جنسيات المطالب بفك الرابطة الزوجية أو انعدام جنسيته، أو انتمائه إلى دولة تتعدد فيها التشريعات، أو اعتماد الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته على ضابط مغاير للدولة التي رفع أمامها دعوى فك الرابطة الزوجية. ولا تتوقف الصعوبات عند هذا الحد، بل قد يتضح للقاضي أن الأحكام الواردة في القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية متعارضة مع المبادئ الأساسية المعمول بها في دولته، أو ثبت لها الاختصاص نتيجة

تحايل الأطراف، ورغم هذا يبقى أمام القاضي الوطني الذي اتبع مختلف المراحل وتجاوز كافة المعوقات مسألة المعاملة التي يلقاها القانون الأجنبي أمام قضائه الوطني.

وعليه ما هو الضابط الذي اعتمدت عليه مختلف التشريعات لحل مسألة انحلال الرابطة الزوجية؟ وكيف واجهت مختلف الصعوبات التي قد يثيرها ضابط الإسناد؟ وهل يطبق القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية على حالات وعلى آثار انحلال الزواج؟ وما هي الوسائل التي قدمها المشرع الجزائري للقاضي من أجل الحفاظ على المبادئ الأساسية في دولته، ومن أجل ضمان تطبيق القانون المختص أصلا على النزاع؟ وما هي المعاملة التي يعامل بها القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني؟

هذا ما سنحاول بيانه من خلال التطرق لقواعد التنازع التي تحكم انحلال الرابطة الزوجية (**المبحث الأول**)، ولبيان كيفية إعمال قاعدة الإسناد (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: قواعد الإسناد التي تحكم انحلال الرابطة الزوجية.

يثير انحلال الرابطة الزوجية التي يكون أحد طرفيها أو كليهما أجنبيا مشاكل متعددة، و هو ما فرض على التشريعات سن نصوص قانونية، للحفاظ على جملة من المبادئ، أهمها تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة محل النزاع، تكريس مبدأ استقرار المعاملات، وكبح تجاوزات الأفراد سعيا لتحقيق العدالة.

ونتيجة لذلك، عمدت التشريعات إلى تحقيق الأهداف السابقة، بموجب وسيلة تقنية تسمى قاعدة الإسناد، والتي تتضمن إلى جانب الفكرة المسندة، ضابط الإسناد باعتباره أداة فنية للربط بين موضوع القاعدة والقانون المسند إليه، ويتم تحديد ضابط الإسناد من خلال العنصر الذي يُمثل مركز ثقل العلاقة القانونية ذات الصبغة الدولية محل البحث. وبما أن عنصر الأطراف، يعد العنصر الأساسي في مسائل الأحوال الشخصية، والتي تندرج ضمنها مسألة انحلال الرابطة الزوجية، فلقد تم الاستعانة به لتحديد القانون الواجب التطبيق (**المطلب الأول**)، على أن هذا الضابط الشخصي الذي عولت عليه التشريعات- ونخص بالذكر، ضابط الجنسية- يثير مشاكل وصعوبات متعددة، أوجدت التشريعات حلولا لتجاوزها (**المطلب الثاني**).

وعليه ما هو الضابط الشخصي الذي اعتمدت عليه التشريعات لحل مشكلات انحلال الرابطة الزوجية ؟ وما هي الحلول المقترحة لتجاوز الصعوبات التي يثيرها؟

المطلب الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد القانون الواجب التطبيق

إن الفلسفة السياسية السائدة في المجتمع الدولي، والقائمة على فكرتي الهيمنة والمصلحة تنعكس إيجابا وسلبا على المنظومة القانونية، خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لارتباطها بالأسس الدينية والاجتماعية في الدولة، على هذا الأساس فقد تبنت تشريعات الدول المختلفة الضابط الذي يحقق

مصالحها لحل مشكلات انحلال الزواج، فبينما اعتمدت التشريعات الأنجلوسكسونية على ضابط الموطن، اعتمدت التشريعات اللاتينية وجل التشريعات العربية على ضابط الجنسية،[1] بيد أن الأخذ بهذه الضوابط يبقى مسألة نسبية، تتحدد نسبيتها في ضرورة الحفاظ على المصالح الوطنية، والسعي إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة محل النزاع.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه وعلى الرغم من انتشار ظاهرة انحلال الزواج، إلا أن غالبية التشريعات –بما فيها المشرع الجزائري –اكتفت عند تنظيمها بقاعدة إسناد وحيدة تطبق في كل الحالات، إذ لم تخصص للآثار المترتبة عنها قاعدة إسناد خاصة، وهو ما أثار جدلا فقهيا كبيرا استوجب منا التعرض له وبيانه لتحديد صلاحية ضابط الإسناد الوارد في القاعدة العامة للتطبيق على آثار انحلال الزواج.

وعليه هل تبنت التشريعات نفس الضابط الشخصي للفصل في مسائل انحلال الزواج؟ وما هي الحماية القانونية التي سعت التشريعات إلى تكريسها إذا كان أحد طرفي دعوى انحلال الزواج وطنيا؟ وما مدى كفاية الضابط المعول عليه للتطبيق على آثار انحلال الزواج؟

إن بيان ذلك، يتطلب تحديد الموقف الذي تبنته التشريعات لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انحلال الزواج المختلط تحت عنوان القاعدة العامة (**الفرع الأول**)، والاستثناء الوارد عليها (**الفرع الثاني**)، ثم نعرض صلاحية ضابط الإسناد للتطبيق على آثار انحلال الزواج (**الفرع الثالث**).

[1] – تختلف الدول فيما بينها في تحديد ضابط الإسناد، فبينما تسعى الدول، الكثيرة السكان، والمصدرة لرعاياها إلى الاستعانة بضابط الجنسية، من أجل الحفاظ على استقرار الأحوال الشخصية، لاعتبار الجنسية عنصر دائم متميز وليس من السهل تغييره. فإن الدول المستوردة للسكان مثل كندا، والولايات المتحدة الأمريكية وبحكم حاجتها إلى اليد العاملة الفنية تُخضع مسائل الأحوال الشخصية إلى ضابط الموطن، على أن هذا المعيار ليس بالمعيار الحاسم فإنجلترا رغم كثافة سكانها تعتمد على ضابط الموطن نظرا للاعتبارات التاريخية الممتدة منذ العهد الإقطاعي، وما يؤكد لجوء دول الاتحاد الأوروبي في هذه الحقبة الزمنية إلى الأخذ بضابط الموطن بغض النظر عن اعتبارات الكثافة السكانية، يراجع، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الدويرة، سنة 2008، ص141.

الفرع الأول: القاعدة العامة

تختلف التشريعات الغربية عن التشريعات العربية –بما فيها المشرع الجزائري – في إسناد حكم انحلال الزواج لضابط معين يحدد القانون الواجب التطبيق، وعليه وجب بيان موقف التشريعات من ضابط الإسناد (**البند الأول**)، وبيان مجال تطبيق ضابط الإسناد (**البند الثاني**).

البند الأول: موقف التشريعات من تحديد ضابط الإسناد

لقد سبق وأن بينا، أن التشريعات العربية تنتهج نهج الدول اللاتينية لحل مسائل انحلال الزواج فتعتمد على ضابط الجنسية، وإن كانت هذه التبعية تبقى محل نظر. فبينما تكرس التشريعات اللاتينية مبدأ المساواة بين الجنسين، تسعى الدول العربية إلى الحفاظ على المبادئ المستوحاة من روح الشريعة الإسلامية، وذلك ما يتضح من خلال ما كرسه المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى، بموجب الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،[1] والذي يعتبر مرجعية تاريخية ومرحلة انتقالية حاسمة في حياة الدولة الجزائرية، والتي مرت بمرحلتين، إذ تمتد المرحلة الأولى ما قبل صدور الأمر 75-58، فخلال تلك الفترة كانت الدولة الجزائرية دولة حديثة الاستقلال، تسعى إلى تكوين الأطر القانونية لصنع القرار السياسي، وصياغة النص التشريعي، وأمام مخاطر الفراغ التشريعي أصدرت قانون 31-12-1962، الذي قضى بتمديد العمل بالنصوص القانونية الفرنسية، باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية أو ينادي بأفكار عنصرية،[2] ومن ثم فخلال الحقبة الزمنية الممتدة من 1962 إلى 1975 استمر العمل بالنصوص القانونية الفرنسية والاجتهادات القضائية التي كانت

[1]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في20رمضان 1935 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم،ج.ر العدد78 لسنة 1975.

[2]- تنص المادة 2 من الأمر رقم 157/62المؤرخ في1962/12/31:"جميع النصوص و الأحكام التشريعية الماسة بالسيادة الداخلية أو الخارجية للدولة الجزائرية، وتلك المنسوخات من بواعث استعمارية أو التي تحمل طابع التفرقة والتمييز، وكذلك جميع النصوص والأحكام التشريعية الماسة بممارسة الحريات الديمقراطية بصورة عادية تعتبر ملغاة وكأن لم تكن". يراجع، ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص9.

رائدة في مسائل انحلال الزواج، والتي تعول على ضابط الجنسية المشركة،[1] الموطن المشترك،[2] قانون القاضي[3].

إلا أنه بعد صدور الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، برزت المرحلة الثانية "مرحلة جزأرة القوانين" والتي تم خلالها تنظيم المعاملات المختلفة بنصوص قانونية، وعليه فقد خُصص الفصل الثاني من الكتاب الأول لدراسة مسائل تنازع القوانين من حيث المكان، ونُظمت مسألة انحلال الزواج بنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي: "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى"[4].

خلافا لنص المادة 13فقرة2 من القانون المدني المصري: "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

من خلال هذين النصين، يتضح أن المشرع الجزائري اكتفى بوضع ضابط إسناد لانحلال الزواج، ولم يتطرق لمسألة الانفصال الجسماني لاعتباره نظاما غير معروف في الشريعة الإسلامية، كما أنه لم يفرق بخلاف القانون المصري والقوانين الأخرى التي حذت حذوه، بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين، وبين التطليق الذي يكون بناء على طلب الزوجة، إذ أوجب في كل الحالات

[1]- قضت محكمة الجزائر الشمالية، بتاريخ 13 جويلية 1972، في قضية "بياتريس ضد جان ماري"، بتطبيق قانون الجنسية المشتركة على زوجين يحمل كلاهما الجنسية الفرنسية. يراجع، موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، (قواعد التنازل)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، سنة1989، ص215.

[2]- قضت محكمة الجزائر الشمالية، بتاريخ 22مارس1969 بتطبيق قانون الموطن المشترك، بخصوص دعوى طلاق بين زوج لبناني وزوجته الفرنسية، وجاء قرارها كالتالي: "وحيث استقر على القول أن الطلاق يخضع للقانون الوطني المشترك حين ينتمي الزوجان لذات الجنسية، وأن الطلاق المختلط يخضع لقانون الموطن المشترك...".يراجع، نفس المرجع، ص214.

[3]- يراجع، دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008، ص45.

[4]- تقابل المادة 2/13 القانون المدني المصري، المادة 2/12 القانون المدني السوري، المادة 2/19 القانون المدني العراقي، المادة 2/14 القانون المدني الأردني، المادة 2/13 القانون المدني الليبي، المادة 2/19 القانون المدني السوداني. يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار هومه، الجزائر، 2008، ص256.

إثبات الطلاق بحكم،[1] هذا ما دفع الأستاذ "علي علي سليمان" إلى استنتاج موقف المشرع الجزائري الرافض لفكرة الطلاق بالإرادة المنفردة، نتيجة ضغط الجمعيات النسوية التي حاولت تأكيد مبدأ المساواة بين الزوجين، بوضع حد لتجاوزات الرجل المسلم في استخدام الطلاق بالإرادة المنفردة،[2] غير أن هذا الرأي يجانبه الصواب، ذلك أن مصطلح انحلال الزواج ورد بلفظ عام من شأنه أن يشمل الطلاق بالإرادة المنفردة، أضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري أورد قيدا في قانون الأسرة مفاده عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم،[3] والذي يكون كاشفا في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة ومنشئا في حالة التطليق، وذلك حماية للغير حسن النية من جهة، ومن جهة أخرى تمكينه من التعرف على الحالة القانونية للشخص محل الاعتبار.

غير أنه ولما كان النص السالف ذكره، قد صدر خلال مرحلة كانت خلالها الدولة الجزائرية تنتهج نهجا معينا، كان لزاما على المشرع إعادة النظر في النصوص القانونية لمواكبة المتطلبات الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية، مع الأخذ بعين الاعتبار المشاكل التي تصادف أهل الاختصاص، وأهمها عدم تمكن القضاة من الفصل في مسائل الانفصال الجسماني حتى بين أجانب يجيز قانونهم الشخصي ذلك،[4] ومن ثم فقد تدخل المشرع لتتميم الأحكام الناقصة في هذا المجال، فأضاف في المادة 12فقرة2 من القانون المدني،[5] مصطلح الانفصال الجسماني لتصبح الفكرة المسندة شاملة لكل

[1]– يراجع، فتيحة يوسف عماري، "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 37، ع 2، سنة 1999، ص114.

[2]– يراجع، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص76.

[3]–تنص المادة 49 من الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 18 محرم1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم،ج.ر العدد 15 لسنة2005: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كتاب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

[4]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص181.

[5]– قانون 05–10المؤرخ في 13 جمادى الأولى1426 الموافق 20 يونيو2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج.ر العدد44لسنة2005

طرق انحلال الزواج، ورغم ذلك التعديل لم يفصل في المسألة وفق قاعدتين كما فعلت التشريعات العربية –كالمشرع المصري–تماشيا مع نصوص قانون الأسرة.

وعلى الرغم، من الجهود المبذولة من طرف التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري والهادفة إلى وضع قاعدة إسناد متكاملة الصياغة، إلا أن هذه الأخيرة تعرضت لجملة من الانتقادات أهمها:

- التعارض مع مبدأ المساواة ما بين الجنسين المكرس في المادتين 2[1] و 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2]، والمؤكد في المادة 29 من الدستور الجزائري[3].

- الاختيار التعسفي وغير المحايد للقانون الخاص بانحلال الزواج، مما يؤدي إلى الإضرار بالحقوق المكتسبة للزوجة ومفاجأتها باختصاص قانون لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج[4]، لذلك يرى البعض وجوب إسناد مسائل انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج باعتباره القانون الذي ارتضى الطرفان الارتباط في ظله،[5] خاصة أن الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيه مساعدة للزوج على تغيير جنسيته بغرض التوصل إلى النتائج التي يهدف إليها[6].

[1]–تنص المادة 2من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948:"لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق و الحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أي تفرقة بين الرجال و النساء..."

[2]–تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :" للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله."

[3]– تنص المادة 29 من المرسوم رقم 69-438المؤرخ في 26رجب1417الموافق ل7 ديسمبر1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر1996، ج.ر، العدد76، سنة1996، المعدل بالقانون رقم02-03 المؤرخ في 10أبريل2002، ج.ر، العدد25، سنة 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر2008، ج.ر، عدد63، سنة2008:"كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو شرط أو ظرف أخر شخصي أو اجتماعي."

[4]– يراجع، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2007، ص233.

[5]– يراجع، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003، ص289.

[6]–يراجع، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص142.

رغم النقد الموجه للأنظمة العربية التي تعتمد على ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إلا أن البعض، يؤيد الأخذ بالضابط السابق لاعتباره الضابط الذي يتحدد فيه عنصر الحالة بالنسبة للزوج[1].

إذا كانت التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري، تتبنى كقاعدة عامة ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقد حاول كل من التشريعين الكويتي والتونسي تفادي الانتقادات من خلال تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين، فقد قضى التشريع الكويتي في المادة 40 من المرسوم الأميري رقم 05 لسنة 1961 بتطبيق قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى،[2] وهو ذات ما أقرته اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال في مادتها الثامنة،[3] وإن كانت في المادة 2 تؤكد على وجوب إخضاع الطلاق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوجين وقانون القاضي، إذ لا يحكم بالطلاق إلا إذا كان جائزا في القانونين ولو لأسباب مختلفة،[4] وعلى الرغم من ذلك انتقد الحل المكرس في التشريع الكويتي وفي اتفاقية لاهاي نقدا لاذعا، إذ قد لا يكون الزوجان متحدي الجنسية[5].

[1] – يراجع، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006، ص254.

[2] – تنص المادة 40 من المرسوم الأميري الكويتي 05 لسنة 1961: "يسري على الطلاق و التفريق الجسماني قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى، فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج".يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص257؛ فتيحة يوسف عماري، "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، هامش ص115.

[3] – Art 8 du convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps dispose : «si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra pour l'application des articles précédé être considérée comme leur loi nationale».

[4] – Art 2 du convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps dispose : « le divorce ne peut être demandé que si, dans le cas dont il s'agit, il est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu ou la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes.

Il en est de même de la séparation de corps. »

[5] –يراجع، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، هامش ص548.

وتفاديا لذلك، أخضع المشرع التونسي في المادة 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية مسائل انحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، قانون القاضي.[1] وهو بذلك انتهج نهج المشرع الفرنسي، الذي نص في المادة 309 من الأمر 05-759 الصادر بتاريخ 4 جويلية 2005 المعدل للمادة 310 من القانون المدني الفرنسي رقم 75-617 الصادر في 11 جويلية 1975: "يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسماني في الحالات الآتية:

- إذا كان كل من الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية.
- إذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا.
- حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه وتكون المحاكم الفرنسية مختصة ففي هذه الحالة يعود الاختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق والتفريق الجسماني".[2]

تعتبر قاعدة التنازع الواردة في المادة 309 من القانون المدني الفرنسي قضائية النشأة، وضع أساسها القضاء الفرنسي من خلال تطبيقاته المختلفة ابتداء من 1952، إذ أنه قبل هذا التاريخ لم يكن في الوسع الحديث عن قاعدة تنازع قوانين بخصوص مسائل انحلال الزواج، لأن الطلاق آنذاك كان يعد من المسائل الشخصية التي يطبق عليها القانون الشخصي، إضافة إلى أن مشاكل الطلاق الناجمة عن الزواج المختلط كانت نادرة الوقوع، وترجع إما لأسباب واقعية (الزواج المختلط لم يكن معتمد) أو قانونية (اكتساب الزوجة لجنسية زوجها)، غير أنه سرعان ما تلاشت هذه الأفكار بسبب

[1]- تنص المادة 49 من قانون 98-97 الصادر في 27 نوفمبر1998، المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، ج.ر رقم 96 لسنة1998 :"الطلاق والتفريق الجسدي ينظمها القانون الشخصي المش ترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها".

[2] - Art 309 du C. Civ. Fr. (inséré pour l'ordonnance N°2005-759 du 4 Juillet 2005 art.2 J.O du 6 Juillet 2005 en vigueur la 1er Juillet2006) qui dispose : « le divorce et la séparation de corps sont régit par la loi Française :

- Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité Français,
- Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire Français,
- Lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence alors que les tribunaux Français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

تطور حركة الهجرة المتبادلة، وتغير قوانين الجنسية الفرنسية التي أجازت للمرأة المتزوجة الاحتفاظ بجنسيتها.[1]

أمام هذه التغيرات، طرح على القضاء الفرنسي قضايا شائكة، استوجب عليه الفصل فيها، فطبق في المرحلة الأولى قانون الجنسية المشتركة تطبيقا موزعا، وهو ما حصل في قضية "Ferrari"،[2]غير أنه نظرا للنتائج الوخيمة لذلك التطبيق، عمد القضاء الفرنسي في المرحلة الثانية إلى تطبيق قانون الموطن المشترك وهو ما طبقه في قضية "Rivière " (17 أبريل 1953)، الذي تلته قرارات أخرى رسخت أبعاده منها قرار "Lew andwski" في 15 مارس 1955.[3]

ويقصد بالإقامة الزوجية المشتركة طبقا للقرارين السالف ذكرهما، الإقامة الفعلية في الدولة نفسها، أما في حالة ما إذا كان كل من الزوجين يقطن في دولة غير التي يقطن فيها الزوج الآخر، طُبق قانون القاضي لعدم وجود عنصر اتصال آخر يمكن ترجيحه، وذلك ما حصل في قضية "Tawrid" 1961.[4] من ذلك يتضح أن مختلف الاجتهادات القضائية السالف بيانها ساهمت في تقنين نص المادة 309 من القانون المدني الفرنسي، وإذا كانت القراءة الواعية لهذه المادة تبين أن النص ثوري على مستوى النهج ،الطريقة، وكذا على مستوى اختيار الروابط، فإنه في الحقيقة يشكل

[1] -cité par, Jean Derrupée, Droit Internationale Privée, 13éme éd, Dalloz, paris, 1999, p.107.

[2] – قضية "فيراري " نقض مدني فرنسي في 14 ماي 1922.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد "De Ferrari " تزوج في سنة 1893 بسيدة فرنسية والتي اكتسبت الجنسية الإيطالية بسبب الزواج، غير أن النجاح لم يكن حليفهما، فسرعان ما دب الخلاف بينهما، وفي سنة 1899حصل بينهما انفصال جسماني وفقا للقانون الإيطالي، إلا أن الزوجة وخلال تلك الفترة لجأت إلى القضاء الفرنسي، بغية وضع حد للعلاقة الزوجية بتحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق طبقا للقانون الفرنسي، وقد رفضت المحكمة الفرنسية طلبها تطبيقا للقانون الإيطالي باعتباره قانون الجنسية المشتركة، الأمر الذي دفعها إلى استرداد جنسيتها الفرنسية والمطالبة بالطلاق وفقا للقانون الفرنسي، فقبلت محكمة التمييز الفرنسية طلبها، وقضت لها بالطلاق عن طريق التطبيق الموزع لقانون الجنسية المشتركة.

يتبين من خلال هذه القضية نتائج غريبة، إذ تحصلت السيدة "Ferrari" على الطلاق، واستردت حريتها في الزواج من آخر، بينما بقى السيد "Ferrari"مقيد بهذا الزواج، أمام هذا الوضع نادى الفقه الفرنسي بضرورة تطبيق قانون الجنسية المشركة تطبيقا جامعا، فحتى لو كان الطلاق من الآثار السلبية للزواج، إلا أن تطبيق قانون الجنسية المشتركة يقتضي تطبيقه تطبيقا جامعا لا موزعا. يراجع، حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2001، ص113؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، هامش ص549.

[3]-cité par, Nouhad Rizkallah, Droit International privé, M.A.J.D., entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L.), 1ére éd, Beyrouth, Liban, 1985, p82

[4] - civ. Mai 1961, Arrêt Tawrid, Mari Polonais domicilié en Angleterre et femme Française domicilié en France, Application de la loi Français par le juge Française .cité par, Jean Derruppé, op.cit.,p.107.

خليطا من الوحدة القومية الوطنية "الجنسية المشتركة، الموطن المشترك"، والوحدة القومية الدولية "قانون القاضي"، إضافة لذلك فإن المشرع الفرنسي، اعتمد على قاعدة مفردة في مادة من مواد الأحوال الشخصية، رغم أن هذه الأخيرة تعد المجال الخصب للقواعد الثنائية،[1] كما أنه لم يحسم مشكلة التنازع المتحرك رغم اعتماده على الضوابط القابلة للتغيير، خاصة أن القضاء اعتد بقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك وقت رفع الدعوى.[2]

حسب ما يتضح، فإن المشرع الفرنسي سعى إلى تطبيق القانون الفرنسي بكل الوسائل فالمادة 309 من ق.م.ف، تمنح للقانون الفرنسي اختصاصا أصليا إذا كان الزوجان من الجنسية الفرنسية بغض النظر عن موطنهما، وتستعين بضابط الموطن متى كان الزوجان من الأجانب، كما أنها تمنح القانون الأجنبي اختصاصا محدودا إذا كان الزوجان الأجنبيان متوطنين خارج فرنسا، وتؤكد ذات المادة على الاختصاص الاحتياطي للقانون الفرنسي متى كانت التشريعات المعنية تجهل مؤسسة الطلاق،[3] وهو حقيقة ما طبقته محكمة التمييز الفرنسية في 10 جويلية 1979 بخصوص دعوى طلاق بين زوجة فرنسية وزوج ايرلندي يمنع قانونه الطلاق،[4] إذ تهربا من النقد اللاذع الذي وجه لها بخصوص قضية "Ferrari " لجأت إلى استخدام حيلة قانونية تسمى "قانون القاضي".

إذا كان المشرع الفرنسي اعتمد على ثلاثة ضوابط من بينها قانون الموطن المشترك، فإن تشريعات البلاد الأنجلوأمريكية كالولايات المتحدة الأمريكية، كندا، وإنجلترا، تسند مسائل انحلال الزواج إلى قانون القاضي، إما على اعتبار توطن الزوجين أو أحدهما في بلد القاضي، وإما على أساس

[1] -يراجع، بيار مايير، فونسييه هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1429هـ-2008م، ص534.

[2] - cité par, Jean Derruppé, op.cit., p.109.

[3] - يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص142.

[4] -يراجع، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفيسور فايز الحاج شاهين، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م، ص411.

أن حل الرابطة الزوجية يمس النظام العام والآداب العامة في بلد القاضي، وهو ذات الحل المعتمد عليه في تقنين بوستامنت.[1]

وإذا فرغنا من بيان الضابط الشخصي المعول عليه للفصل في مسائل انحلال الزواج، والمتمثل في ضابط الجنسية بالنسبة للتشريعات العربية، بما فيها المشرع الجزائري، وضابط الموطن بالنسبة للتشريعات الأنجلوأمريكية، وجب بيان المجال الذي يطبق فيه –"كفئة مسندة"–.

البند الثاني: مجال تطبيق ضابط الإسناد

إذا كان ضابط الإسناد الأداة الفنية التي يتم بموجبها تحديد القانون المسند إليه، فإن الفئة المسندة تعد حيلة قانونية تهدف إلى جمع المسائل المتقاربة التي تندرج ضمنها مسائل انحلال الزواج، خاصة أن ما يرتبط بهذه الأخيرة لا يمكن حصره، ويختلف من دولة لأخرى.[2]

فبينما تعتبر بعض التشريعات كقوانين أمريكا الجنوبية (البرازيل والأرجنتين) ودول أوروبا (اسبانيا قبل1982، أيرلندا) الرابطة الزوجية رابطة أبدية لا تنحل إلا بالوفاة، فإن هناك من التشريعات من تجيز انقضاء الزواج،[3] وتتراوح هذه الطرق بين الطلاق والتطليق.

فالطلاق Répudiation هو إنهاء العلاقة الزوجية، ويتم بإرادة أحد الزوجين المنفردة وهو الزوج في الشريعة الإسلامية،[4] والزوجة حسب القانون السوفياتي سابقا، ولما كان مناط هذا النوع من

[1]– يراجع، محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، بنغازي، سنة 1994، ص132؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص179.

[2]– يراجع، إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة1997، ص246.

[3]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص212.

[4]– يراجع، لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006، ص88.

الطلاق "الإرادة المنفردة" فإنه لا يحتاج إلى تدخل سلطة رسمية، اللهم ما يستلزمه القانون من وجوب توثيقه، وإثباته في محرر رسمي لدى موظف مأذون له بذلك.[1]

أما التطليق Divorce، فهو إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القضاء، متى توافر سبب من الأسباب التي تجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلا، وفي هذا النوع من الطلاق يتعين رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة من طرف أحد الزوجين أو كليهما معا.[2]

إذا كان كل من الطلاق والتطليق، يؤديان حتما إلى انقضاء العلاقة الزوجية، فإن هناك نظاما غير معروف في التشريعات العربية، وتستعين به الدول الغربية لاسيما تلك التي تؤكد مبدأ أبدية الزواج،[3] ألا وهو نظام الانفصال الجسماني Séparation du corps، والذي هو عبارة عن مباعدة مادية يحكم بها القضاء متى تبين له استحالة العشرة بين الزوجين، ويكون الهدف منه تعطيل المعيشة المشتركة، فينتهي الالتزام بالمساكنة وما يرتبط به من واجب الطاعة الأدبية والمعونة، في حين يظل الالتزام بالإخلاص ملقى على عاتق الزوجين.

ولما كان التفريق البدني حالة معلقة يكون فيها الزوجان منفصلان، فإن الأمر الطبيعي هو إنهاء هذا الانفصال، وذلك إما باستئناف المعيشة المشتركة بين الزوجين بالصلح أو بزوال السبب الذي أدى إليه، وإما بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أو بالتطليق بعد مرور مدة معينة من تاريخ الحكم النهائي للانفصال.[4]

يتضح من خلال هذا، أن نظام الانفصال الجسماني هو الآخر تختلف بشأنه الرؤى التشريعية، فبينما تعتبره التشريعات التي تحظر الطلاق إجراءً وحيد الطرف لتراخي الرابطة الزوجية، التي لا تنقضي

[1]– يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، (الجنسية والموطن ومعاملة القانون الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 866؛ محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2003، ص363.

[2]– يراجع، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص289.

[3]– يراجع، أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الشروق للنشر والتوزيع، سنة2001، ص108.

[4]– يراجع، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص369.

إلا بالوفاة، تعتبره تشريعات أخرى إجراءً وقائيًا –كالتشريع الفرنسي–يهدف إلى الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريث في حكم التطليق.[1]

نتيجة لهذه الاختلافات، وجدت الفئة المسندة التي تسمح بالتمييز بين الإجراءات الشكلية، وبين الجوانب الموضوعية،[2] فإذا كانت الجوانب الإجرائية تستوجب الرجوع إلى قانون القاضي،[3] لتحديد الإجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني للمطالبة بحل الرابطة الزوجية، فان الجوانب الموضوعية تستوجب الرجوع إلى القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفا به في دولة هذا القانون أم لا، بيان الزوج الذي يملك حق إيقاعه، القيود الواردة على استعماله، وكذا الفترة اللازمة لتحويل الانفصال إلى طلاق إذا كان قانون تلك الدولة ممن يجيزه.

ولما كان ما يندرج في مفهوم الطلاق، التطليق أو ما يطلق عليه تسمية التفريق، والانفصال مسألة تكييف تخضع كأصل عام لقانون القاضي، كان لابد من الوقوف على التنظيم القانوني لحالات انحلال الزواج في دول مختلفة بغية تحديد الصعوبات العملية التي تواجه القاضي وهو بصدد عملية التكييف،[4] التي يكون القصد منها إدراج مسألة قانونية معينة ضمن طائفة معينة لإنزال حكم القانون عليها، خاصة أنه في مجال القانون الدولي الخاص تطرح مشكلة تنازع التكييفات،[5] وإذا كان التكييف الأولي،[6] لا يثير مشكلة إذ يخضع لقانون القاضي، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 9 القانون

[1]– يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص547.

[2]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 183.

[3]– يعتبر الفقيه "لوي ليكا" أن شرط تدخل السلطات الدينية أو التشريعية لإيقاع الطلاق شرطا موضوعيا، وهو في ذلك يساير اتجاه القضاء الفرنسي، فقد قضت محكمة التمييز الفرنسية بعدم اختصاصها لنظر دعوى تطليق امرأة روسية الجنسية ذات أصل يهودي لكون القانون الروسي في ذلك الوقت كان يخول السلطات الدينية الوطنية دون غيرها الاختصاص بإيقاع الطلاق. يراجع، جعفر الفضلي، "انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق، الطبعة الثانية، العدد 1، السنة 12، مارس1988، ص236.

[4]– يعود الفضل في إبراز نظرية التكييف، للفقيه الفرنسي "Bartin"، إلا أن أول من تنبه لها هو الفقيه الألماني فرانتز كاهن "Frantz Kahn"، في أواخر القرن 19 في مقال له نشر في ألمانيا سنة 1891.يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص179.

[5]– يراجع، صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2006، ص31.

[6]–يعد التكييف الأولي أمر أساسي لحل تنازع القوانين، فهو يسمح بوصف المركز القانوني محل النزاع وإدراجه في إحدى الفكر المسندة تمهيدا لإعمال قاعدة الإسناد المختصة. يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص64.

المدني[1] على غرار التشريعات الأخرى،[2] فإن التكييف الثانوي يرجع بشأنه إلى القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ويكون الهدف منه تحديد الشروط الموضوعية الخاصة بانحلال الزواج .

ولما كان نطاق الدراسة الماثلة القانون الأجنبي، فإننا سنعتمد على كل من القانون التونسي والقانون الفرنسي كنماذج، وعليه إذا تحدد بموجب ضابط الإسناد الوارد في المادة 12ف2 من القانون المدني الجزائري الاختصاص للقانون التونسي، وجب على القاضي الجزائري الرجوع إليه لتحديد الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الزواج، وفي هذا يرجع للفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الذي يحدد حالات الطلاق كالآتي الطلاق بتراضي الزوجين، الطلاق للضرر، الطلاق الذي يتم بناء على رغبة الزوج، أو مطالبة الزوجة.[3]

خلافا لذلك، يتوجب عليه الاعتماد على القانون الفرنسي لتحديد الأحكام الخاصة بانحلال الزواج إذا ثبت الاختصاص التشريعي له، وبالرجوع إليه يتضح أن انحلال الزواج، يشمل أربع حالات، وهي الطلاق بالرضا المتبادل، مبدأ قبول انحلال الزواج، الطلاق بسبب الانقطاع النهائي لرابطة الزواج، الطلاق بسبب الخطأ.[4]

---

[1]- تنص المادة 9 ق.م.ج: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

[2]- تقابلها المادة 10 القانون المدني الليبي، المادة11 القانون المدني السوري، المادة 10 القانون المدني المصري، المادة1/17 القانون المدني العراقي، المادة 31 القانون المدني الكويتي من الأمر رقم 5 سنة 1969 ،كما أكدت على ذلك معاهدة لاهاي1965، تقنين بوستامنت بين دول أمريكا اللاتينية. يراجع، صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص31؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص110.

[3]-ينص الفصل 31 من الأمر الصادر بتاريخ 6 محرم 1376 الموافق ل 13أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدل والمتمم، ج.رالعدد66 لسنة1956:"يحكم بالطلاق:

-بتراضي الزوجين.

-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

-بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق، أو مطالبة الزوجة...."

[4] -Art 229 du C. Civ. Fr. dispose que:« Le divorce peut être prononcé en cas :

- Soit de consentement mutuel ;
- Soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- Soit d'altération définitive du lien conjugale;
- Soit de faute. »

فالطلاق بالتراضي، حسب المشرع الفرنسي هو اتفاق الطرفين على انحلال الزواج، ويكون في شكل اتفاقية تختص بتنظيم الطلاق وآثاره، وعلى القاضي قبل النطق بحكم الطلاق التأكد من إرادة الطرفين الحرة، الحقيقية، ويتوجب عليه ألا ينطق به إذا كان في ذلك إضرار بمصلحة الأطفال أو أحد الزوجين وهو ما ورد في المواد من 230 إلى 232 من القانون المدني الفرنسي.

أما حالة مبدأ قبول انحلال الزواج، فقد نظمها بالمواد من 233 إلى 234 وفي هذا النوع من الطلاق يقدم أحد الزوجين أو كلاهما طلب الطلاق، ويتوجب على القاضي قبوله والنطق به وبالآثار المترتبة عنه دونما اعتداد بمسببات الانحلال.

إلى جانب الحالتين السابقتين، يُحكم في فرنسا بالطلاق نتيجة انتهاء العيش المشترك بين الزوجين اللذين انفصلا عن بعضهما مدة سنتين قبل التأشير بالطلاق في حالة الانقطاع النهائي للرابطة الزوجية، وهو ما نظمه المشرع الفرنسي بالمادتين 237 و238 من القانون المدني الفرنسي.

كما يُحكم بالطلاق للخطأ، الذي يكون سببه الخرق والإخلال الفاضح بالواجبات الزوجية من طرف أحد الزوجين، وفي هذا النوع من الطلاق يجوز للقاضي الحكم بالرجوع المؤقت للحياة الزوجية لأول مرة، إلا أنه في حالة تقديم طلب آخر مؤسس على وقائع جديدة يترتب عليه النطق بحكم الطلاق، وذلك ما نصت عليه المواد من 242 إلى 246 القانون المدني الفرنسي.

بعد أن تعرضنا للضوابط الشخصية الواردة في القاعدة العامة من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل انحلال الزواج وما يندرج ضمنه، فإننا سنتعرض للاستثناء التي يكون فيه أحد الزوجين وطنيا.

الفرع الثاني: الاستثناء.

تؤكد النظرية العامة في مجال تنازع القوانين أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون دولة أجنبية، إذا كان في ذلك إضرار بالمصالح الوطنية للوطنيين، أو الحقوق التي تعود إلى أبناء هذا الوطن، ويرجع الفضل

في تجسيد هذه النظرية إلى فقهاء القانون الدولي الخاص في كل من انجلترا، أمريكا، ألمانيا، فرنسا، ومن تطبيقاتها الحكم بتطبيق قانون القاضي،[1] وفي هذا نجد أن التشريعات –بما فيها المشرع الجزائري– وتفاديا للمشاكل التي تترتب على تطبيق القاعدة العامة، أوردت استثناء يؤدي إلى التطبيق الأحادي للقانون الوطني، وعليه متى يطبق هذا الاستثناء؟ وما مجال تطبيقه؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه بالتطرق إلى تطبيق القانون الوطني (**البند الأول**)، ومجال تطبيق القانون الوطني (**البند الثاني**).

البند الأول: تطبيق القانون الوطني

إذا كانت القاعدة العامة في القانون الجزائري وسائر التشريعات العربية، تستوجب خضوع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإن هناك استثناءًا مفاده تطبيق القانون الوطني كلما كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، وفي ذلك تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري[2]: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

إن جدوى هذا الاستثناء في الحقيقة لا تظهر إلا إذا كانت الزوجة وطنية "جزائرية" وقت انعقاد الزواج، أما إذا كان الزوج هو الذي يتمتع بالجنسية الوطنية "الجزائرية" وقت رفع الدعوى، فإن القانون الوطني"الجزائري" يطبق بمقتضى الضابط العام في الإسناد، والوارد في المادة 12فقرة2 من القانون المدني الجزائري.

وعليه يتوجب القول، إنه على الرغم من وجاهة الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها بموجب هذا الاستثناء، إلا أن هذا الأخير لم يسلم من النقد لما يترتب عليه من نتائج غريبة، تتمثل في

[1]– يراجع، ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2005، ص215.

[2]– تقابلها المادة 14 من القانون المدني المصري، المادة 14 من القانون المدني الليبي، المادة 15 من القانون المدني الأردني، المادة 19من القانون المدني العراقي، المادة 14من القانون المدني السوري.

تطبيق القانون الوطني على الرغم من أن الزوجين أجنبيين، إذ قد يغير أحد الزوجين الذي يكون وطنيا "جزائريا" جنسيته بعد انعقاد الزواج فيصبح هو الآخر أجنبيا"، خلافا لذلك لا يطبق القانون الوطني على أطراف العلاقة الزوجية، على الرغم من اكتساب الزوجة الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج،[1] ونتيجة للنقد الموجه لهذه المادة يرى جانب من الفقه إمكانية تفادي ذلك متى انعقد الاختصاص للقانون الوطني وقت رفع الدعوى.[2]

ومن تطبيقات هذا الاستثناء ما ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا التي قضت :"حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية، مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية، حيث انه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا المادة 13 من القانون المدني عوض القانون الايطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ولما كان ذلك خالف القانون واخطأ في تطبيقه يتعين نقضه".[3]

إذا كانت التشريعات العربية تنص صراحة على ذلك الاستثناء، فإن التشريعات الغربية لم تورد مثيلا له إلا أنها سعت إلى تطبيقه في أحكامها القضائية والتي تعد زاخرة في هذا الميدان، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي "قانون الجنسية" تطبيقا موزعا، رغم ما يترتب على ذلك من نتائج غريبة، حفاظا على مصالح الزوجة الفرنسية وهو ما أكدته قضية "Ferrari".[4]

البند الثاني: مجال تطبيق القانون الوطني

إذا كان المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات العربية، أورد استثناءا في نص المادة 13 من القانون المدني مفاده تطبيق القانون الجزائري، كلما كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ،

[1]- يراجع، فتيحة يوسف عماري، " قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص 115.

[2]- يراجع، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص264.

[3]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش. ملف رقم170082، صادر بتاريخ1998/02/17، م.ق، ع01، 2000، ص170-167.

[4]- تراجع المذكرة، ص19.

إذ يتوجب على القاضي الجزائري في مثل هذه الحالات تطبيق الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الزواج، والواردة في المواد 47الى 55 من قانون الأسرة الجزائري.

يتضح من خلال هذه المواد، أن المشرع الجزائري حدد أربع حالات لانحلال الزواج،[1] وتشمل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وهو الطلاق الذي ينبع من إرادة الزوج المنفردة ودونما اعتداد بإرادة الزوجة.[2]

والتطليق الذي يكون بناءا على طلب الزوجة متى توافر سبب من الأسباب الواردة في المادة 53ق.أ، والخلع الذي بمقتضاه تتمكن الزوجة من مخالعة زوجها نظير مبلغ مالي ولها أن تحصل عليه رغم عدم موافقته،[3] إلى جانب الطلاق بالتراضي والذي لم ينظم المشرع الجزائري أحكامه إلا بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] في المواد من 427 إلى 435، والتي يتوضح من خلال استقرائها أن الطلاق بالتراضي يعد إجراءًا يرمي من خلاله الزوجان إلى فك الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة،[5] دون مساس بشهرة أحدهما أو بشهرة أسرتيهما.[6] وفي هذا النوع من الطلاق يتم تقديم طلب مشترك في شكل عريضة واحدة تتضمن جميع البيانات وموقعة من طرفهما، ليستمع بعد ذلك القاضي لهما منفردين ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما محاولا الصلح بينهما، مستخدما سلطته في إلغاء أو تعديل الشروط الواردة في الطلب متى كانت متعارضة مع مصلحة الأولاد، أو مخالفة للنظام العام، ويتعين

[1]– تنص المادة 48 ق.أ.ج: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". إن من بين المآخذ الموضوعية الموجهة للمشرع الجزائري والمتعلقة بحالات انحلال الزواج، مسألة الانفصال الجسماني، فعلى الرغم من اعتباره نظام دخيل غير معترف به في الشريعة الإسلامية، إلا أن المشرع الجزائري ينص في المادة 43 من ق.أ.ج: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" وفي اللغة الفرنسية تترجم إلى "Suivant la date de la séparation ou du décée". أمام هذا الخلط، كان على المشرع تحديد المقصود بالانفصال الجسماني أهو طلاق أم مباعدة مادية بين الزوجين بسبب الشقاق والخصام.يراجع، تشوار الجيلالي، "نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 3، سنة2005، ص24؛ بن شويخ رشيد،" الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب ونفيه دراسة في أحكام الفقه القانون والقضاء"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 3، سنة2005، ص41.

[2]– يراجع، باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة2007، ص21.

[3]– تنص المادة 54ف 1 من ق.أ.ج: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

[4]–قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 موافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج.ر العدد 21 لسنة 2008.

[5]– يراجع، باديس ذيابي، المرجع السابق، ص24.

[6]– يراجع، الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص93.

عليه رفض الطلب، إذا اتضح له اختلال القدرات الذهنية لأحد الزوجين، والتي تمنعه من التعبير عن إرادته، ومما يجب التنويه له أن هناك من اعتبر الطلاق بالتراضي هو ذاته الخلع، غير أن هذه الصورة مختلفة تماما عن الخلع، وما يؤكد ذلك المادة 48 من قانون الأسرة التي تذكر الصورتين معا.[1]

إذا ما خلصنا من بيان قاعدة التنازع الواردة في شأن مسألة انحلال الزواج، والتي توجب من خلال ضابط الإسناد تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كقاعدة عامة، وتطبيق القانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وجب بيان صلاحية الضابط الوارد في هذا الشأن لحكم آثار انحلال الزواج.

الفرع الثالث: صلاحية الضابط الشخصي لحكم آثار انحلال الرابطة الزوجية

تشمل آثار انحلال الرابطة الزوجية، تلك المترتبة عن علاقة المطلقة بالمطلق، ولا يقتصر الأمر عند الآثار المترتبة عن أطراف العلاقة المنحلة، بل يشمل ثمرة العلاقة الزوجية، وعليه تمتد الآثار لتشمل علاقة الوالدين بأبنائهم[2]، وعلى الرغم من أهمية هذه الآثار فإن التشريعات- بما فيها المشرع الجزائري- لم تحدد قاعدة إسناد خاصة بآثار انحلال الرابطة الزوجية، وأمام الجدل الفقهي الصاخب، كان علينا التطرق إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية **(البند الأول)**، والقانون الواجب التطبيق على الآثار المالية (**البند الثاني**).

[1]- يراجع، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Editions Encyclopedia، 2003، ص114.

[2] -Cité par, Chen Hongwu, op.cit., p.333.

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية.

إن من الآثار الشخصية التي يحتدم بشأنها الجدل الفقهي، تلك المتعلقة بالحالة الشخصية لكل زوج، إضافة إلى أحد أهم الحقوق التي يتعلق بها مصير كل من الزوجين، ألا وهو حق ممارسة الحضانة، ولهذا سنحاول تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من العدة (**أولا**)، الاسم العائلي (**ثانيا**)، الحضانة (**ثالثا**).

أولا– العدة

العدة في اللغة من العد والإحصاء، أما اصطلاحا فهي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة، وتمنع خلالها من التزوج.[1] ويمكن تعريفها بأنها الأجل الذي أوجبه الشرع على الزوجة التي انحل عقد زواجها بالطلاق لانقضاء ما بقي من آثار الزواج.[2]

ولما كان الهدف من العدة في الشريعة الإسلامية، التأكد من براءة رحم المرأة منعا لاختلاط الأنساب،[3] فإن الدول الغربية تعمد إلى إعمال وسائل العلم الحديثة التي يتم بمقتضاها التوصل إلى معرفة يقينية ببراءة الرحم. ومن ثم لا تعرف الدول الغربية مدة العدة، وإن كانت مدة الانفصال الجسماني تعد نوعا من العدة الطويلة الأمد، إذ يعيش خلالها الزوجان منفصلان جسمانيا، رغم أن عقد الزواج يظل قائما بينهما. وطالما أن العدة من المسائل الشرعية التي تأخذ بها التشريعات العربية دون الغربية، فإنها لا تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، بل تخضع للقانون الشخصي لكل

[1] –يراجع، رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 2001، ص23.

[2] – يراجع، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار البعث للطباعة والنشر، 1406هـ–1986م، ص249.

[3] –يراجع، محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1416هـ–1996م، ص288؛ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص34؛ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1429هـ–2008م، ص356.

زوج على حدة،[1] كما ويخضع لهذا القانون كل ما يتعلق بإمكانية التزوج من جديد بوصفها من الشروط الموضوعية للزواج الجديد.[2]

خلافا لذلك، تخضع الفترة التي يتحول فيها الانفصال إلى طلاق، للقانون الذي يحكم انحلال الزواج لعدم انفصام عرى الزوجية بعد.[3]

ثانيا– اسم الزوجة.

توجب بعض التشريعات –كالقانون الفرنسي–[4] على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها. خلافا لذلك، توجب عليها تشريعات أخرى كالتشريعات العربية التي تستقي أحكامها من الشريعة الإسلامية الاحتفاظ باسمها، لاعتباره من عناصر حالتها المدنية. وقد طرح هذا الاختلاف تنازعا بين القوانين عند انحلال الرابطة الزوجية، فهل تبقى الزوجة بعد انحلال الرابطة الزوجية محتفظة باسم زوجها؟ أم يتعين عليها استرداد اسمها العائلي؟[5]

للإجابة على هذا التساؤل، لابد من التمييز بين حالتين؛ حالة احتفاظ المرأة باسم زوجها، وحالة استردادها لاسمها العائلي. فبينما اتجه الفقه الفرنسي الراجح بداية إلى تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية في الحالة الأولى،[6] لاعتبار الطلاق من الآثار السلبية للزواج، طبق عليها

[1]- Cité par, Chen Hongwu, op.cit., p333.

[2]– يراجع، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين،دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص256.

[3]– يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص309.

[4]– حسب القانون الفرنسي إذا كانت الزوجة تحمل اسم زوجها فإنها تبقى محتفظة به في حالة وفاة زوجها، وفي حالة الطلاق بسبب انفصال الحياة المشتركة الذي طلبه الزوج ،أما في الحالات الأخرى تفقد الزوجة حق حمل اسم زوجها، ولما كان ذلك قد يسبب لها أضرارا، منح لها المشرع الفرنسي إمكانية الاحتفاظ باسم زوجها ويكون ذلك إما بعد موافقة الزوج، أو بناءا على ترخيص من المحكمة والتي تقضي به، متى تبين لها وجود مصلحة خاصة تتعلق بالمطلقة أو بأولادها، على أن للزوج الحق في التخلي عن الرخصة التي منحها لها إذا اتضح له أن اسمه استعمل بطريقة تعسفية أو مضرة به، وكذا في حالة زواج المرأة من جديد .يراجع تشوار حميدو زكية، " الحق في الإسم في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، رقم 06– 2008، ص146–148؛ يراجع، ترجمة الحكم الصادر عن محكمة الدعوى الكبرى باريس بتاريخ 2003/12/10 قسم شؤون الأسرة، رقم القضية 36141، الذي سمح للزوجة بالاحتفاظ باسم زوجها، غير منشور، ص3، (الملحق رقم 1).

[5]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص174.

[6]–يرى الأستاذ "باتيفول" أن القانون الذي يحكم آثار الزواج، لابد وأن يمتد اختصاصه إلى اسم الزوجة المطلقة أو المنفصلة جسمانيا. يراجع، حسين الهداوي، "تنازع القوانين في موضوع الاسم"، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، يونيو 1978، ص85.

القانون الذي تخضع له مسائل انحلال الزواج بعد أن أفرد لهذه الأخيرة قاعدة إسناد صريحة،[1] وذلك خلافا للقانون الألماني، الذي لم يعتبر مسألة احتفاظ الزوجة باسم زوجها من آثار الطلاق، لوجود قاعدة إسناد خاصة بالاسم، فحسب المادة 10 من القانون المدني الألماني، يجوز لأي من الزوجين تحديد اسمه بعد الطلاق، إما وفقا لقانون جنسية أحدهما، وإما وفقا للقانون الألماني إذا كان لأحدهما محل إقامة بألمانيا.[2]

هذا بالنسبة لاحتفاظ المرأة بإسم زوجها، أما بالنسبة لحالة استردادها للاسم العائلي، فقد فصل فيها الجواب الوزاري لسنة 1978، وصرح بخضوعها لقانون جنسية الزوجة الفرنسية لاعتبارها من عناصر حالتها المدنية.[3] ومما ينبغي التأكيد عليه أن الغالبية الفقهية توجب ضرورة استرجاع المرأة لاسمها الأصلي بمجرد انحلال الزواج لانقضاء العلاقة الزوجية.[4]

ثالثا– الحضانة

تعتبر الآثار التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبنائهم من أهم المسائل التي يجب أن ينظر فيها القاضي خلال النظر في الدعوى، وتتمثل هذه الأخيرة في الحضانة.[5]

ونظرا للأهمية الكبرى التي تتبوؤها الحضانة، سعت الدول جاهدة لتنظيمها بموجب نصوص قانونية داخلية، بل ومن خلال إبرام اتفاقيات دولية لتذليل الصعوبات العملية أثناء ممارستها.

وفي هذا سنحاول التطرق للحلول التشريعية الداخلية ثم الحلول التشريعية الدولية.

[1]–يراجع، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص133.

[2]–يراجع، أمين رجا رشاد دواس، المرجع السابق، ص109.

[3]– يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص253.

[4]– يراجع، توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1980، ص355.

[5]– يراجع، يوسف فتيحة، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 03، سنة2005، ص192.

1- الحلول التشريعية الداخلية.

لما كانت مسألة الحضانة لا تثور طالما كانت أواصر الأسرة متماسكة، فإنه بمجرد الخلاف تبرز الحضانة للوجود باعتبارها المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس والتي يحتاج فيها الطفل إلى رعاية واهتمام،[1] بل وتبرز في تنازع القوانين مشكلة التكييف القانوني للحضانة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، غير أنه قبل التطرق لذلك لابد من تعريف للحضانة، والتي تعد في اللغة مصدر الفعل حضن أي ضم، والذي يدل على الاحتضان والحفظ والرعاية، فيقال حضنت المرأة ولدها حضانة إذا ضمته إليها.[2]

أما اصطلاحا، فيقصد بها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره كإطعامه وإلباسه ونظافته نظرا لعجزه على القيام بأمور نفسه، وعليه فهي تثبت لمن له حق حضانته ذلك أن أساسها هو المصلحة التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به،[3] والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته،[4] ففي المرحلة الأولى تثبت للأم أو من يحل محلها من النساء وتسمى ولاية الحضانة أو ولاية التربية الأولى، أما في المرحلة الثانية فتثبت للأب ويطلق عليها ولاية الحفظ والرعاية.[5]

وإذا كان هناك اتفاق حول المقصود بالحضانة، فإن الفقه والقضاء اختلف في تحديد الطبيعة القانونية لها، وعليه فقد برزت عدة اتجاهات فقهية، فقد اتجه معظم الفقهاء الفرنسيين، " Batiffol، Mayer" إلى اعتبارها من آثار الزواج، كون أنها تتعلق ببنوة الولد الناتج عن العلاقة الزوجية، غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة مفادها عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد

[1]- يراجع، كمال درع، "مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، العدد رقم 1، سنة 2001، ص44.

[2]- يراجع، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2004، ص18.

[3]- يراجع، عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة الإشعاع القانونية، سنة 1998، ص135.

[4]- يراجع، بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول(الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة1999، ص380.

[5]-cité par, Roula el-Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, paris, 2002, p.61.

انتهائه بالطلاق أو التطليق.[1] لذلك أدرجها البعض الآخر ضمن آثار النسب، خاصة أنها تعد التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه، ورغم ذلك انتقد هذا الرأي كون أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة له برعايتهم.[2]

ولذلك أدرجها الفقيه "Bartin" ضمن مسائل الولاية على المال، ورغم ذلك انتقد لأن المقصود بالولاية على المال، حفظ مال الصغير وإنماؤه، وليس تربية الطفل ورعايته.[3]

بين هذا وذاك، اتجه الرأي الغالب إلى اعتبارها من آثار انحلال الزواج، لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية،[4] وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة خلافا لبعض التشريعات العربية.[5] وبعبارة أخرى فإنه بموجب عملية التكييف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 9 من القانون المدني، تعد الحضانة من آثار الطلاق.[6] وعلى هذا الأساس يطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 12فقرة2 من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون.[7]

---

[1]- يراجع، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص32.

[2]- يراجع، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص295.

[3]- يراجع، نفس المرجع، ص297.

[4]- يراجع، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص33.

[5]- ينص الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".

[6]- يراجع، يوسف فتيحة، "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص116.

[7]- يراجع، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص231.

إن الأمر لا يعدو أن يكون بهذه البساطة،[1] لذا سنحاول الوقوف عند غالبية المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام القاضي المختص، سواء بالنسبة للزوجين الوطنيين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي، أو بخصوص الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط.[2]

أ- الزوجين الوطنيين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي:

إن من مسقطات الحضانة الانتقال بالمحضون والاستيطان به في بلد أجنبي، تطبيقا لنص المادة 69 ق.أ.ج،[3] وعليه تكون الحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه حماية لمصلحته تطبيقا لنص المادة 62 ق.أ،[4] وكل إخلال بما ورد في هذه المواد يؤدي إلى إسقاط الحضانة تطبيقا لنص المادة المادة 67 ق.أ،[5] وذلك ما أكد عليه المجلس الأعلى في القرار المبدئي الذي قضى:"في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد كل هذا إذا كان الأبوان مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه".[6]

واستنادا لهذا القرار، رفض المجلس طلب الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا، ذلك أن بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك فالأب له الحق في الرقابة

[1]- إذا كان اجتهاد الفقه القضائي في الجزائر يعتبر الحضانة من آثار الطلاق ويطبق عليها قاعدة الإسناد الواردة في هذا النطاق، فإن الفقه في فرنسا، لا يميل إلى الأخذ بهذا الرأي فهناك من يرى ضرورة إخضاعها لقانون القاضي، على أساس فكرة النظام العام، وهناك من يميل لإخضاعها للقانون الوطني للولد المحضون. يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص261.

[2]- يراجع، يوسف فتيحة، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص193.

[3]- تنص المادة69 ق.أ.ج: "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".

[4]- تنص المادة62 من ق.أ،ج: "الحضانة هي رعاية الولد ويعلمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

[5]- تنص المادة67ق.أ،ج: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه".

[6]- قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش.1989/01/02، ملف رقم 52207، م.ق،ع04، سنة1990، ص74.

وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول، وبعبارة أخرى قرر المجلس أن الحضانة لا بد أن تمنح للوالد المتواجد في البلد المسلم ولو كان غير مسلم.[1]

وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها، إذ قضت أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع 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]

وقد أكدت على ذلك ذات المحكمة في قرار آخر لها، إذ قضت: "إن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، إقامة الأم بفرنسا وإقامة الأب بالجزائر الأمر الذي يتعذر معه إشراف الأب على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة".[3]

انطلاقا من هذه الأحكام، يتضح أن المقصود بالاستيطان بالبلد الأجنبي، هو الإقامة المستمرة والدائمة بنية الاستقرار، وعليه فان السفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلة أو لممارسة التجارة لا يخضع لذات الأحكام، كما أن حالة الاستيطان ببلد أجنبي لا تشمل البلدان العربية التي تدين بالإسلام والتي لا يخشى فيها على ديانة وعادات وتقاليد المحضون،[4] وإن كانت هذه المسألة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون.[5]

ب- حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط

[1] -Cité par, Mehieddine Akkacha, la garde de l'enfant a travers la jurisprudence récente en Algérie, R.S.J.E.A, Faculté de droit, université Abou Bekr Belkaid, Tlemcen, N° 3-2005, p.63.

[2]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1990/02/19، ملف رقم 59013، م.ق، ع04، سنة 1991، ص116.

[3]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1995/11/21، ملف رقم 111408، ن ق، ع 52، سنة1997، ص102-104.

[4]- يراجع، حميدو زكية، "حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، الجزء 41، سنة2000، ص52.

[5]- يراجع، لوعيل محمد الأمين، المرجع السابق، ص117؛ أعراب بلقاسم، "مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 32، العدد 1، سنة 1994، ص 141.

يثير الزواج المختلط بين الجزائريين والأجنبيات عند انحلاله مشاكل عديدة خاصة بالحضانة، فإذا كانت الحضانة كأصل عام تمنح للأم حسب المادة 64 ق.أ، إلا أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى إلى العودة لبلدها، الأمر الذي يؤدي إلى تنشئة الطفل تنشئة غير دينية، وهذا ما يستوجب إسقاط الحضانة عنها، لاسيما إذا تأكد عدم توفرها على الشروط الشرعية لممارسة الحضانة وفي مقدمتها الإسلام وما يتعلق بالأمانة والاستقامة،[1] وفي ذلك يستشهد الدكتور "صلاح الدين جمال الدين "بإحدى القرارات التي رفضت فيها حضانة الجدة المسيحية لأن الطفل مسلم،[2] كما رفض القضاء طلب الزوجة اليهودية ضم ابنها إليها مخافة أن يألف غير دين الإسلام وأن يتغذى بالمحرم ويدرج على عادات اليهود،[3] هذا لأن الطفل مرآة عاكسة تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه،[4] وعليه قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه، الذي منح للأم المسيحية حضانة الأولاد، بعدما ثبت له من ملف الدعوى حسب سجل الكنيسة وشهادات التمسيح أن الأم المسيحية عمدت إلى تمسيح الأولاد،[5] كما أسند المجلس في قراره الصادر بتاريخ25-12-1989 الحضانة للأب وأسقطها عن الأم الأجنبية، واعتمد في سياق تبريره على فكرة النظام العام.[6]

إن الواقع العملي يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق، خاصة أن قاعدة استئثار قانون القاضي بحكم العلاقة كلما كان أحد مواطنيه طرفا فيها مقررة في جل التشريعات، وعليه برز اتجاه حديث يطالب بتكريس فكرة الحل الوظيفي[7] لتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة المحضون،[8] وإن كان هذا

[1]- يراجع، بن علي قادة بن، "مكانة الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، الاتحاد الوطني لمنظمات المحاماة الجزائريين، منظمة المحامين لناحية سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، عدد 2، نوفمبر 2004، ص43.

[2]- يراجع، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص319.

[3]- يراجع، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص77.

[4]- يراجع، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص384.

[5]- محكمة عليا، غ.أ.ش. 1979/4/16، ملف رقم 19287، ن ق، الفصل الثاني، سنة1981، ص108-110.

[6]- يراجع، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص240.

[7]-يراجع، نفس المذكرة، ص56.

[8]- يراجع، يوسف فتيحة، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص195.

المصطلح واسعا وفضفاضا يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر كما ويختلف من محضون لآخر،[1] فما قد يعتبره القاضي الفرنسي يقرر مصلحة المحضون، لا يعتبره القاضي الجزائري من مصلحته، فالأسس التي تتحدد وفقا لها مصلحة المحضون مختلفة في الدولتين، إذ بينما يعتد القاضي الفرنسي بالمصلحة المادية، يعتد القاضي الجزائري في الوضع الغالب بالمصلحة الروحية.

وعليه فإن تضارب الآراء حول المقصود بمصلحة المحضون، دفع بعض الفقه الغربي إلى إقرار حق استماع الطفل، بينما أكد البعض الآخر على وجوب إبقاء الطفل بعيدا عن الجهات القضائية، لاسيما أنه لا يمكن له أن يفرض إرادته على الحواضن القانونيين ولا على القاضي، وكحل وسط اتجه الرأي الثالث إلى وجوب استماع الطفل في بحث اجتماعي بمعرفة أخصائيين كالطبيب النفسي والمرشدة الاجتماعية، على أن يبقى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بما يقرره البحث،[2] وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،[3] وما طبقه القضاء التونسي.[4]

2- الحلول التشريعية الدولية.

تعد الإرادة الشارعة الدولية المجسدة في شكل معاهدات مصدرا من مصادر القانون الدولي، بل هي أفضل وسيلة للارتباط القانوني بين الشعوب،[5] لذلك لجأت الدول في سبيل تنظيم مسائل

[1]- يراجع، معوان مصطفى،" الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، االجزء 41، رقم 1، سنة 2000، ص139.

[2]-يراجع، تشوار حميدو زكية، "استماع الطفل بعد الطلاق في القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والاجتهاد"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 3، سنة 2005، ص55-56.

[3]- تنص المادة425ف1من ق.إ.م.إ.ج:"يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أ و طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..."

[4]- يراجع، عزوز بن تمسك ،"إسقاط الحضانة في القانون التونسي"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 3، سنة2005، ص84.

[5]- يراجع، محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994، ص56.

الحضانة إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة،[1] وعليه ارتأينا تقسيم هذا الشق لدراسة الاتفاقيات الثنائية ثم المتعددة.

أ- الاتفاقيات الثنائية.

من أهم الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالحضانة تلك التي أبرمتها فرنسا مع دول المغرب العربي، كالاتفاقية الفرنسية المغربية الصادرة بتاريخ 13 أوت 1981 الخاصة بالطلاق والنقل الغير المشروع للأطفال، والاتفاقية الفرنسية التونسية الصادرة في 18 مارس 1982 المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة.

إن هذه الاتفاقيات تدعو إلى التعاون للقضاء على النقل الغير المشروع للطفل، من خلال تدخل السلطات المحلية لكلا الدولتين، وهي تركز على حماية الطفل إذ تمنح جملة من الضمانات لممارسة حق الحضانة والزيارة، كما تسهر على كفالة حرية تنقل المحضون بين البلدين.[2] وهي ذات النقاط التي وردت في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال،[3] التي تضمنت 14 مادة تنصب كلها حول حماية مصلحة الطفل، والتي وردت بصفة صريحة في بعض من موادها كالمادة6، 12فقرة1، والمادة 15.

وأكثر من ذلك، فقد أكدت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية على مصلحة الطفل، ولو اقتضى الأمر تجريم بعض الأعمال المرتكبة من طرف حاضنيه كجنحة اختطاف الطفل، حسب ما ورد في المادة 7منها، إلى جانب ذلك لم تجعل حق الحضانة وحق الزيارة مقررا للأولياء، بل أوجبت مراعاة مصلحة المحضون لضمان علاقة مستمرة ومنتظمة بينه وبين والديه،[4] ولتحقيق ذلك سعت الدولتين إلى تخفيف الإجراءات فخولت للسلطتين المركزيتين المحددتين من طرف وزارة العدل التعامل فيما

[1]- يراجع، علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة 11، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص526.

[2]- يراجع، يوسف فتيحة، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص196.

[3]- مرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.

[4]- يراجع، إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأرز، سنة 1999، ص349.

بينهما للوفاء بالالتزامات المحددة في المادة 2 من الاتفاقية، كما نصبت لجنة متساوية الأعضاء لتسهيل تسوية الخلافات المعروضة من طرف الوالدين.

وعلى الرغم من هذا، فإن اتفاقية 1988 لم تحقق كل الأغراض المنتظرة منها من الناحية العملية، إذ تستشف عيوبها من خلال تفضيل الأم الحاضنة والتي تكون في كل الأحوال من جنسية فرنسية مقيمة مع محضونيها في فرنسا، إلى جانب استبعادها لبعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي وقانون الأسرة الجزائري سواء ما يتعلق بالقواعد الشكلية أو القواعد الموضوعية المتعلقة بممارسة الحضانة، فهي لم توضح إلى ما يشير لحالة الطفل القانونية كتحديد جنسيته على الرغم من أهميتها،[1] ولم تتطرق لبيان مكان ممارسة حق الزيارة، في حين كان من الأولى أن تعمم حق الوالد في استعمال حقه باستضافة الطفل المحضون عندما يمارس حقه في الزيارة ما بين الحدود بعيدا عن الحاضن، طالما أن هناك ضمانات قانونية منحتها الاتفاقية للحاضن لحماية حقه في الحضانة وعودة المحضون إليه بعد انتهاء الزيارة،[2] وعليه يتضح أن المشرع الفرنسي أدرج ضمنيا في الاتفاقية أحكام القانون الوضعي الفرنسي.

ب–الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف.

حفاظا على مصلحة المحضون، أبرمت الدول اتفاقيات متعددة أهمها، اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، والتي أخضعت الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل لاعتباره المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره،[3] والاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بالأطفال وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة الموقعة في « Luxembourg »

[1]– يراجع، معوان مصطفى، المرجع السابق، ص136.

[2]– يراجع، معوان مصطفى، المرجع السابق، ص138.

[3] – Art 1 du convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs qui dispose : « les autorités tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou des ses biens ».

بتاريخ 20 ماي 1980، وكذا اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980، وقد عرفت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا إذ بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1988 حوالي 49 دولة.[1]

كما تضمنت اتفاقية حقوق الطفل عدد من المواد تخص المحضون وأهمها المواد من 9 إلى12 فقد حددت المادة 12 النضج العقلي وسن الطفل اللذان يؤهلانه لتكوين آرائه الخاصة والتعبير عنها في كل ما قد يتخذ من إجراءات قضائية أو إدارية تمسه مباشرة، كما وأن المادة 11 في فقرتها الأخيرة، سمحت للدول الأطراف باتخاذ تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعودتهم بصورة غير مشروعة، في حين أن المادة 9 قضت بعدم الترخيص للطفل المنفصل عن والديه بالاتصال بهما إذ اقتضت مصلحته ذلك.[2]

إذا كانت الآثار الشخصية الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية لها أهمية كبرى، بالنسبة للمطلقين وبالنسبة للمحضون، ورغم ذلك لم تحظ بتنظيم قانوني خاص مما أدى إلى تضارب الآراء الفقهية والأحكام القضائية بشأنها، فان مسألة الآثار المالية هي الأخرى لم تنطها التشريعات بقاعدة إسناد خاصة يتحدد على ضوئها القانون الواجب التطبيق وهذا ما سنحاول التعرض له.

البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.

نظرا أن التشريعات لم تخصص للآثار المالية الناجمة عن انحلال الزواج قاعدة إسناد صريحة، فإن هذه الآثار طرحت العديد من المشاكل القانونية، الأمر الذي اقتضى تحديد القانون الواجب التطبيق

[1] – يراجع، يوسف فتيحة، "مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص195.

[2] – يراجع، زروتي الطيب، "حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، سنة 2000، ص164.

عليها في ظل الخلافات الفقهية. وهو ما سنتطرق له بخصوص النفقة(**أولا**)، والنظام المالي للزوجين(**ثانيا**).

أولا– النفقة.

النفقة في اللغة جمع نفقات أي مصاريف، ويقال المال المدفوع في حاجة، أما الإنفاق فهو المساهمة في النفقة أو تغطية النفقة، وعليه النفقة هي ما ينفق من المال لتأمين المعيشة أو ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والسكن والحضانة.[1]

أما في الاصطلاح القانوني، فالنفقة هي مبلغ يؤديه المدين به "الزوج" إلى الدائن به "الزوجة والأولاد"،[2] لذلك فهي تعتبر دينا ماليا يشمل الغذاء، الكسوة، العلاج، وكل ما هو من الضروريات حسب العرف والعادة.[3]

وحسب التعريف السابق، يمكن تقسيمها إلى نفقة المطلقة، ونفقة المحضون، إذ يقصد بنفقة المطلقة المبلغ المالي الذي يجب للمرأة على زوجها السابق بعد إيقاع الطلاق أو صدور حكم التطليق، وتشمل هذه النفقة في القوانين العربية نفقة العدة ونفقة المتعة.[4]

فإذا كانت نفقة العدة هي المبلغ الذي تستحقه المطلقة من مال زوجها في مدة عدتها،[5] بحيث يرجع تقديرها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع والذي له أن يحكم بها إما إجماليا أو شهريا.[6]فإنها على هذا النحو لا تعتبر من النفقات بين الأقارب الوارد ذكرها في المادة 14 من القانون المدني الجزائري، بل هي من آثار الطلاق والتطليق ومن ثم تخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار.[7]

---

[1]– يراجع، المنجد في اللغة العربية، الطبعة الثانية، دار المشرق، بيروت، سنة 2001، ص1438.

[2]– يراجع، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، طبعة 2003، ص157.

[3]– تنص المادة 78 من ق.أ.ج:"تشمل النفقة :الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

[4]– يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص896.

[5]–يراجع، لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2001-2002، ص70.

[6]– يراجع، عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، المرجع السابق، ص71.

[7]– يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص896.

خلافا لذلك تعتبر نفقة المتعة من الحقوق المستوجبة للمرأة على زوجها، إذ تمنح لها لجبر وتخفيف آلامها بسبب ما أصابها من حسرة وأسف نتيجة سوء استعمال الرجل لحقه في الطلاق،[1] وبما أنها لا تندرج ضمن النفقات لاختلاف السبب في كل منهما اتجه الفقه المعاصر إلى القول أن التعويض الناجم عن الطلاق التعسفي مصدره نفقة المتعة التي شرعت كأثر للطلاق،[2] وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 8 ابريل 1985 بقولها: "لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها للتخفيف من ألم فراق زوجها، فإنها تعتبر في حد ذاتها تعويضا لها، ومن ثم القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي يقضي للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم المتعة وبدفع مبلغ مالي آخر كتعويض".[3]

من هذا المنطلق، فإن نفقة المتعة المقررة في التشريعات العربية، هي ذاتها التعويض الذي تقضي به التشريعات الغربية، لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هو القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من النفقات؟

قبل تحديد القانون الواجب التطبيق والخلافات الفقهية بشأنه، يجب الإشارة في البداية أن بعض من الفقه المعاصر، رفض الحكم للمطلقة بالتعويض خصوصا في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ذلك أن الزوجة وقت الزواج كانت تعلم أن قانون زوجها من القوانين التي تجيز الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج،[4] غير أن هذا الرأي مردود عليه، خاصة أن الزوج قد يعمد إلى تغيير جنسيته بغية فك الرابطة الزوجية، وهو حتما ما تنبهت له التشريعات فقضت بالتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة.

[1]-يراجع، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص250.

[2]- يراجع، بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 1428هـ-2007م، ص189.

[3]- يراجع، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص234.

[4]- يراجع، غسان غشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، الطبعة الأولى، دار الساقي، بيروت، لبنان، سنة 2004، ص167.

ويعتبر القانون السوري أول قانون نص صراحة على التعويض في المادة 118 من قانون الأحوال الشخصية،[1] ثم بعد ذلك تتالت النصوص القانونية التي تسعى إلى حماية المرأة من تعسف زوجها، إذ نجد أن قانون الأسرة الجزائري منح للقاضي الحق في أن يحكم للمطلقة بالتعويض عما أصابها من ضرر في المادتين 52 و53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.[2]

يتضح أن لفظ الضرر ورد في هذه المواد بصفة عامة لصعوبة تحديد تعريف منضبط له، غير أنه يمكن تعريفه، بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، سواء كانت مادية أو أدبية،[3] ومن ثم فالضرر نوعان، مادي يترتب عليه المساس بجسم الإنسان، أو ذمته المالية منقصا منها أو مفوتا لمصالح مشروعة، ويقدر هذا الضرر وفقا لقاعدة ما فات الشخص من كسب وما لحقه من خسارة. وضرر معنوي،[4] يترتب عليه المساس بمصلحة مشروعة ذات طابع معنوي، وإن كان تقدير هذا النوع من الضرر مسألة صعبة، لأنها ترتبط بالمشاعر الباطنية التي لا يمكن قياسها،[5] ورغم ذلك يمكن للقاضي تقديره إذا ثبت له أن الزوج لم يكن يرغب في الطلاق تفاديا لمشكلة معينة، وإنما كان يهدف إلى الإضرار بالزوجة أو تحقيق نزوة شخصية، وأن هذا الأمر ألحق بالزوجة ضررا حقيقيا،[6] على أن يكون الحكم بمبلغ التعويض مناسبا للضرر المحدد وفقا للقانون الذي

[1]– نص المادة 118 من القانون السوري لسنة 1953: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها ودونما سبب معقول وإن الزوجة سيصيبها بؤس وفاقة جاز للقاضي الحكم على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل هذا التعويض شهريا أو جملة بحسب مقتضى الحال". يراجع، نفس المرجع، ص167.

[2]– تنص المادة 52 ق.أ.ج: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".وتنص المادة 53 مكرر ق.أ.ج: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[3]– يراجع، بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص27.

[4]–تنص المادة 182 مكرر ق.م.ج :"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ."

[5]–يراجع، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات–آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص844.

[6]– يراجع، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص243.

يحكم آثار الطلاق أو التطليق، لاعتبار أن مسؤولية الزوج المخطئ عن انحلال الرابطة الزوجية أقرب إلى انقضاء الزوجية، منها إلى فكرة المسؤولية التقصيرية.[1]

إلا أنه في حالة ما إذا ثبت أن الضرر الذي أصاب الزوجة ناجم عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني.[2] فعليها أن تثبت ذلك في دعوى مستقلة وتطالب بالتعويض الذي تطبق عليه أحكام قانون محل وقوع الفعل الضار،[3] تطبيقا لنص المادة 20 من القانون المدني.[4]

إذا كان هذا الأمر يتعلق بنفقة المطلقة، فان نفقة المحضون هي النفقة التي تُمنح لتوفير الحماية والرعاية للطفل بما يضمن له حياة كريمة، وعلى هذا الأساس فهي تشمل ما يحتاج إليه من غذاء، وكسوة، وعلاج، إضافة إلى أجرة مكان ممارسة الحضانة، وعلى الرغم من أهميتها لم تحدد لها التشريعات العربية –بما فيها المشرع الجزائري– قاعدة إسناد صريحة، الأمر الذي أدى إلى تضارب الآراء الفقهية بشأنها.

فبينما يرى الأستاذ "زروتي الطيب"،[5] وجوب إخضاعها لقانون المدين بها تطبيقا لنص المادة 14 القانون المدني الجزائري،[6] يوضح الأستاذ "موحند إسعاد" اختلاف الأحكام القضائية بشأنها، فبينما تخضعها إحدى الاجتهادات القضائية لقانون قاضي الدعوى باسم النظام العام أو قوانين الأمن

[1]– يراجع، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص133؛ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص260.

[2]– تنص المادة 124ق.م.ج: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

[3]–يراجع، باديس دياني، المرجع السابق، ص23.

[4]– تنص المادة 20 ق.م.ج: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

غير انه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ."

[5]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص183.

[6]– تنص المادة 14 من ق.م.ج: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".

والسلامة، فان اجتهاد آخر يُبقي الاختصاص بشأنها للقانون الذي يحكم الطلاق، على أن يُستبعد هذا القانون متى تعارض مع النظام العام الداخلي لدولة قاضي النزاع.[1]

ويعتبر الاجتهاد القضائي الثاني أقرب إلى الصواب، ذلك أن نفقة الأولاد من آثار الطلاق، ومن ثم لا مجال لإعمال المادة 14 من القانون المدني التي تخص النفقة بين الأقارب،[2] هذا على المستوى الداخلي، لكن على المستوى الدولي تنص المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لسنة 1956 الخاصة بالالتزام بالنفقة نحو الأولاد على إخضاعها لقانون الموطن المعتاد للولد، ولكن إن حرمه هذا القانون منها فإن الاختصاص ينعقد للقانون الذي تعينه قواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع.[3]

ثانيا– النظام المالي للزوجين.

يقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية، والتي يتم بمقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما، من حيث ملكية أموالهما، إيرادات هذه الأموال، إدارتها، الانتفاع بها، وكذا بيان الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلال عقدته، مع تسوية حقوق كل منهما بعد انتهاء الزوجية.[4]

وحسب التعريف السابق، فإن هناك نوعين من النظم نظم إتفاقية وأخرى قانونية، حيث أن النظم الاتفاقية وكما تدل عليها تسميتها، يتفق فيها الطرفين كتابة قبل شهر الزواج على اختيار النظام الذي يلائمهما، على أن لا ينتج هذا النظام أثره إلا بعد انعقاد الزواج،[5] وعليه فالقانون الذي

[1]– يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص310.

[2]– يراجع، يوسف فتيحة،" قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص117.

[3]– يراجع، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص142.

[4]– يراجع، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص284؛ دنوني هجيرة،" النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، الجزء 32، العدد1، سنة1994، ص166.

[5]– يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص75.

الذي يطبق على هذا النوع من النظم في حالة انحلال الرابطة الزوجية، هو قانون الإرادة لاعتبارها عقودا.

أما النظم القانونية "Régime Matrimoniaux" فهي تشمل عدة صور، وتتمثل في نظام الاشتراك القانوني "Régime en communauté" الذي بمقتضاه يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة، والديون الناشئة عنها، وفي هذا النظام يتولى الزوج إدارة الشؤون المالية بعد موافقة الزوجة على بعض التصرفات العامة، على أن يقسم المال المشترك بينهما عند انتهاء الزوجية،[1] ولهذا النظام صور ثلاث، صورة نظام الاشتراك العام "la communauté universelle" الذي بمقتضاه تكون أموال الزوجين مشتركة بينهما، وصورة نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب " lacommunauté de meuble et acquêts " والذي بموجبه تكون الأموال المكتسبة بين الزوجين بعد الزواج شركة بينهما، باستثناء العقارات التي تبقى مملوكة لكل واحد منهما، طالما أنها اكتسبت قبل إبرام عقد الزواج،[2] وصورة نظام الاشتراك المخفض" la communauté réduite aux acquêts"، الذي بمقتضاه يستأثر كل من الزوجين بالمنقولات والعقارات المملوكة له عند الزواج، بحيث لا يشتركان إلا فيما يدخرانه بعد انعقاد الزواج، وهذا النظام القانوني هو المقرر في فرنسا بالنسبة للزوجين اللذين لم يختارا نظاما آخر عند الزواج.[3]

إلى جانب نظام الاشتراك القانوني يوجب ما يسمى بنظام الدوطة أو البائنة، ونظام الانفصال المالي، ففي النظام الأول تقدم الزوجة بعضا من أموالها في شكل مهر يتولى زوجها إدارتها،استغلالها، والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، بيد أنه لا يجوز له التصرف فيها ولا الحجز عليها. وهذا النظام

[1]- يراجع، نفس المرجع، ص74.

[2]- يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص175.

[3]- يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص74.

كان معمولا به في فرنسا إلى غاية سنة 1965،[1] أما في نظام الانفصال المالي، فيحتفظ كل من الزوجين بحرية التمتع والتصرف بأمواله الخاصة على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة،[2] وهذا النظام شائع في القوانين الأنجلوسكسونية، والقوانين العربية التي تنتهج نهج الشريعة الإسلامية كالقانون الجزائري، وإذا كان الأصل العام أن القانون الجزائري يطبق نظام الانفصال المالي، إلا أن الواقع يؤكد أن هذا الاستقلال ما هو إلا نظري، حيث تسود فكرة الاتحاد الفعلي للذمم المالية، وهو ما يؤكده نص المادة 37فقرة 2من قانون الأسرة الجزائري الذي يتعلق بمشارطة الزواج أو عقد الاشتراط المالي،[3] ونص المادة 73 من ذات القانون والتي تتعلق بمتاع البيت.[4]

إن تعدد الأنظمة المالية على النحو الذي سبق بيانه،[5] طرح مشكل تحديد القانون الواجب التطبيق، ولكن ما ينبغي الإشارة إليه أن هذه المسألة تتوقف على تكييف النظام نفسه، فإذا اعتبرت من الأحوال العينية، فإنها تخضع إما لقانون موقع المال –ولو تعددت القوانين التي تحكم أموال الزوجين لتعدد مواقعها–، وإما لقانون الإرادة أو قانون موطن الزوجين.[6] أما إذا اعتبرت من مسائل الأحوال الشخصية، فيطبق عليها القانون الشخصي،[7] وهو ما أقره المشرع الجزائري فحتى في حالة انحلال الزواج يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.[8]

[1]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص17

[2]– يراجع، علي علي سليمان، نفس المرجع، ص75.

[3]– تنص المادة 37 من ق.أ.ج:"لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير انه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق،حول الأموال المشتركة بينهما ،التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسل التي تؤول إلى كل واحد منهما."

[4]– تنص المادة 73 من ق.أ.ج:"إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال .

والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين ."

[5]– يراجع، دنوني هجيرة، المرجع السابق، ص159.

[6]–يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص176.

[7]–يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص545.

[8]– يراجع، جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص235.

بعد أن حددنا الضابط الشخصي –المتمثل في الجنسية بالنسبة للتشريعات اللاتينية والتشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري، والموطن بالنسبة للتشريعات الانجلوأمريكية – الذي بمقتضاه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل انحلال الزواج وآثاره، وجب بيان الصعوبات التي يثيرها هذا الضابط الشخصي.

المطلب الثاني: الصعوبات التي يثيرها الضابط الشخصي

يثير الضابط الشخصي المتمثل في الجنسية، والمعول عليه من قبل المشرع الجزائري والتشريعات العربية لحل مسألة انحلال الزواج صعوبات متعددة، وهو ما اقتضى من التشريعات التدخل لسن نصوص قانونية، وإيجاد حلول تمكن القاضي من تطبيق القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، بيد أن هذا التنظيم لم يبق قاصرا على الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، إذ شمل المشكلة التي تُطرح نتيجة اختلاف الضابط الشخصي، ما بين قانون دولة القاضي التي تتبنى ضابط الجنسية، وما بين القانون المحدد بمقتضي قاعدة الإسناد الوطنية، والتي تتبنى ضابط الموطن، وهو ما يعرف "بمشكلة الإحالة". فما هي الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية؟ وما هي الصعوبات التي تثيرها مشكلة الإحالة؟

هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال تحديد الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية(**الفرع الأول**)، والصعوبات التي يثيرها اختلاف ضوابط الإسناد تحت عنوان مشكلة الإحالة(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية.

تعد الجنسية رابطة سياسية وقانونية تستأثر كل دولة بوضع قواعدها، وتحديد الأحكام الخاصة باكتسابها وفقدها، وهو ما قد يترتب عليه إمكانية تنازع الجنسيات (**البند الأول**)، أو التمتع بجنسية دولة تتعدد فيها التشريعات(**البند الثاني**)، ولما كانت غالبية الدول العربية بما فيها المشرع الجزائري، تنيط مسائل انحلال الزواج بضابط الجنسية، فلقد كان لزاما عليها إيجاد حلول لتذليل العقبات التي تعترض مسار قاعدة الإسناد، لتمكين القاضي من تطبيق الحل العادل والملائم الذي من شأنه الحفاظ على الوضعية القانونية للشخص، خاصة وأن هذا الضابط من الضوابط القابلة للتغيير التي تثير مسألة

التنازع المتحرك (**البند الثالث**)، وعليه كيف واجه المشرع الجزائري مختلف العقبات التي قد تعترض تطبيق ضابط الجنسية؟

البند الأول: تنازع الجنسيات

يثير ضابط الجنسية الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية لحسم مسألة انحلال الزواج قضية تنازع الجنسيات، فقد يكون الشخص الذي يرغب في حل الرابطة الزوجية يتمتع بأكثر من جنسية، كما قد يكون عديم الجنسية، ورغم ذلك يبقى القاضي ملزما بإيجاد حل للمسألة المطروحة عليه، وفقا للاتجاه الذي تبنته النصوص القانونية المعمول بها في دولته، وهذا ما سنحاول بيانه من خلال عرض موقف الاتجاه التقليدي(**أولا**)، وموقف الاتجاه الحديث الذي يعمد إلى تطبيق فكرة الحل الوظيفي(**ثانيا**).

أولا–الاتجاه التقليدي

عالج الاتجاه التقليدي كل من مسألة تعدد الجنسيات، ومسألة انعدام الجنسية.

1–تعدد الجنسيات

يقصد بتعدد الجنسيات تمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في ذات الوقت،[1] ويترتب على تراكم الجنسيات مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في الدولة التي تأخذ بالجنسية كضابط للإسناد للفصل في مسألة انحلال الزواج،[2] وبما أن هذه المسألة تستوجب من القاضي المفاضلة بين الجنسيات لحل النزاع المطروح عليه، سعت التشريعات بما فيها المشرع الجزائري[3] إلى إيجاد حلول من

[1] – يراجع، أحمد ضاعن السمدان ،"المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي"، مجلة الحقوق، العدد الأول، رقم 2، سنة 2007، ص17.

[2] – يراجع، طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، (الجنسية–الموطن– مركز الأجانب–تنازع الاختصاص– تنازع القوانين)، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1417هـ–1418هـ، ص79.

[3] – تنص المادة 22 من ق.م.ج: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقة.
غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.
وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة."

خلال التمييز بين فرضين في أولهما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة، وفي ثانيهما تكون من بين الجنسيات المتزاحمة جنسية الدولة المرفوع أمامها النزاع.

وعليه فبالنسبة للفرض الأول، أين تكون الجنسيات المتزاحمة كلها أجنبية، يجب اختيار جنسية من الجنسيات التي يتمتع بها الشخص لحل النزاع المتعلق بانحلال الزواج-ويستوي أن يكون الزوج أو الزوجة بالنسبة للدول التي تعول على ضابط الجنسية المشتركة-، وفقا لما أكدت عليه المادة 05 من اتفاقية لاهاي لعام1930،[1] والمادة 3 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.[2]

ولتحقيق هذه الغاية طرحت عدة معايير، منها معيار الجنسية الملائمة لمصالح دولة القاضي، معيار أقرب الجنسيات إلى جنسية القاضي، معيار الجنسية السابقة باعتبار أن للشخص فيها حق مكتسب لا يمكن إهداره طالما لم يؤد اكتسابه للجنسية الجديدة إلى فقد الجنسية الأولى، معيار الجنسية الأخير، معيار منح الشخص حرية اختيار إحدى الجنسيات الثابتة. وقد انتقدت كل هذه المعايير لاسيما المعيار الأخير الذي يتجاهل أن الجنسية من روابط القانون العام والتي لا يسمح للفرد فيها بالاختيار.[3]

نظرا لما وجه لهذه المعايير من انتقادات، استقر الرأي الراجح على الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية للشخص، باعتبارها الجنسية التي يرتبط بها أكثر من غيرها، ويستنتج ذلك الارتباط من ظروف الحال وملابسات الدعوى، كإقامة الشخص المعتادة في إقليم دولة ما، ممارسة نشاطاته بإقليم هذه الدولة أو ترشحه لإحدى الهيئات النيابية على إقليمها.

---

[1]- تنص المادة5 من اتفاقية لاهاي 1930 :"يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أجنبية أن تعامله على أن يتمتع بجنسية واحدة، ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية".

Art 5 du convention du Lahay 1930 dispose que : « dans un Etat tiers, l'individu, possédant plusieurs nationalité devra être traité comme s'il n'en avait qu'une ».

[2]- تنص المادة 3 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية:"إذا أمكن للشخص أن يعد فيما يتعلق بعنصرية المحكمة متمتعا برعوية أكثر من دولة واحدة، اعتبر من رعايا الدولة التي يباشر فيها عادة حقوقه المدنية والسياسية".يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار هومه، الجزائر، 2001، ص169.

[3]- محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص105.

وفقا لما سبق الحديث عنه، فإن معيار الجنسية الفعلية يعتبر أقرب معيار إلى المنطق، ولهذا فقد تبناه المشرع الجزائري في المادة 22 من القانون المدني. ومن ثم فإن النزاع الذي يطرح أمام القضاء الجزائري والمتعلق بطلاق زوجين انجليزيين، يتمتع فيه الزوج إلى جانب الجنسية الإنجليزية بالجنسيتين الفرنسية والتونسية، يستوجب من القاضي البحث عن الجنسية الفعلية، فإذا تبين له أنها الجنسية الفرنسية باعتبارها الدولة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، تعين عليه إعمالا لنص المادتين 12ف2 و22 من القانون المدني تطبيق القانون الفرنسي، رغم أن هذا الأخير قد يترتب عليه الإضرار بمصالح الزوجة ومفاجئتها باختصاص قانون لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج.

هذا عن الفرض الأول، أما بالنسبة الفرض الثاني، أين تكون جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة،[1] فانه يجب الاعتماد عليها دون غيرها،[2] ذلك أن القاعدة العامة في شأن ترجيح جنسية الدولة التي أثير مركز متعدد الجنسية أمام سلطاتها القضائية، إذا كانت من بين الدول التي يحمل جنسيتها، هي استجابة السلطات في الدولة إلى تشريعات هذه الأخيرة، بحيث تتجاهل انتسابه إلى أية دولة أخرى، وذلك ما أكدت عليه المادة 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930،[3] والتي يتمحور معناها في أنه إذا كان للشخص جنسيتان أو أكثر يجوز لكل دولة يتمتع بجنسيتها اعتباره من رعاياها.[4]

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل في المادة 22ف2 من القانون المدني-على غرار غيره من التشريعات-،[5] فلو افترضنا أن نزاعا عرض على القضاء الجزائري مضمونه انحلال الزواج بين زوجين

[1]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص73.

[2]-يراجع، بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، سنة2005، ص220؛ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص85.

[3]- Art 3 du convention de Lahay dispose que: " Un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considèrer par chacun des Etat dont il a la nationalité comme son ressortissant ».

يراجع، بن عبيدة عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص119.

[4]-يراجع، بيار مايير، فانسيه هوزيه، المرجع السابق، ص773.

[5]- تقابلها المادة 25 من القانون المدني المصري، الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

فرنسيين، يتمتع فيه الزوج إلى جانب الجنسية الفرنسية بالجنسية الجزائرية، سيكون الحكم الصادر بخصوصه إعمالا لقاعدة الإسناد الوطنية الواردة في المادتين 12ف2 و22ف2 من القانون المدني هو تطبيق القانون الجزائري، غير أنه إذا اكتسبت المرأة الجنسية الجزائرية عند رفع الدعوى الزوج، يطبق القاضي الجزائري القانون الفرنسي إعمالا لنص المادة 12ف2 القانون المدني، وهو ما تمت الإشارة إليه عند النقد الموجه للمادة 13من القانون المدني.[1]

2) انعدام الجنسية:

إلى جانب تعدد الجنسيات، قد يكون رافع دعوى الطلاق عديم الجنسية، ويقصد بانعدام الجنسية عدم تمتع الفرد بأية جنسية،[2] حيث يكون الشخص في هذه الحالة أجنبيا من وجهة نظر قوانين الجنسية في جميع الدول،[3] وهذا الانعدام يكون إما معاصرا للحظة الميلاد، وإما لاحقا له.

وبما أن فكرة انعدام الجنسية انتقدت انتقادا لاذعا من الفقه، لما يترتب عليها من نتائج وخيمة في مجال الأحوال الشخصية التي تندرج ضمنها مسألة انحلال الزواج، طرح الفقه معايير تساهم في تحديد المركز القانوني للفرد، فبينما ذهب جانب من الفقه إلى إعمال قانون آخر جنسية كان يحملها الشخص قبل انعدام جنسيته،[4] اتجه الرأي الثاني إلى البحث عن جنسية بديلة، ألا وهي جنسية الدولة التي وُلد فيها عديم الجنسية إذا عرف مكان ميلاده، إلا أن هذا الحل انتقد لأن واقعة الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة، وبالتالي لا تعكس ارتباط الشخص بها.[5]

أمام هذا كله، نادى الرأي الراجح بتطبيق قانون دولة موطن المعني بالأمر، وإن تعذر معرفتها طُبق قانون محل الإقامة، لاعتبار أن الموطن أو محل الإقامة ضوابط إسناد احتياطية يمكن الاستعانة

[1]- يراجع، النقد الموجه للمادة 13 ق.م.ج، المذكرة، ص27.

[2]-Cité par, Nouhad Rizkallah, op.cit., p.123.

[3]- يراجع، بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص220.

[4]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 207.

[5]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص192.

بهما.[1] وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الرأي في تعديله للقانون المدني، متجنبا بذلك الانتقادات التي وجهت إليه مسبقا، المتمثلة في عدم تطابق النص الداخلي مع معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954، المتعلقة بمركز عديمي الجنسية المصادق عليها من قبل الجزائر في 8 جوان 1964، والتي تكرس في المادة 12 منها تطبيق قانون الموطن بالنسبة لعديمي الجنسية.[2]

وعلى الرغم من وجاهة الحل الذي تبناه المشرع الجزائري، إلا أن الفقه الحديث يوضح قُصوره في الحالات التي يكون فيها لعديم الجنسية أكثر من موطن، فقد يكون الشخص الذي يرفع دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري متوطنا في كل من الجزائر وفرنسا ومتصلا بالإقليم الفرنسي أكثر من الجزائر ورغم ذلك يطبق عليه القاضي الجزائري القانون الجزائري .

نظرا لمساوئ الاتجاه التقليدي الذي تبناه المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات، بالنسبة لمسألتي تعدد الجنسيات وانعدامها، برز الاتجاه الحديث الذي ينادي بتطبيق فكرة الحل الوظيفي، لحسم مشكلة تنازع الجنسيات بالنسبة لرافع دعوى انحلال الزواج.

ثانيا– الاتجاه الحديث نحو الحل الوظيفي

يؤكد الفقه الحديث،[3] وجوب تبني معيار الحل الوظيفي لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمتعددي الجنسية وعديميها خاصة في مسائل انحلال الزواج، ومؤدى هذه الفكرة منح القاضي صلاحية وضع قاعدة إسناد احتياطية، عند تعذر إعمال قاعدة الإسناد الأصلية التي نص عليها

[1]– يراجع، بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص223.

[2]– يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص208.

[3]–استعمل هذا المصطلح الفقيه "F. Rigou" في كتابه القانون الدولي الخاص، طبعة 1987 لأول مرة، ثم تبناه الفقيه"Lagarde "في مقاله نحو تقريب وظيفي للتنازع الايجابي للجنسيات، المجلة الإنتقادية 1988، ص29 وما بعدها، وأخذ به الفقيه عكاشة محمد عبد العال في كتابه الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات. يراجع، زروتي الطيب، "حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص "، المرجع السابق، هامش ص 162.

المشرع،[1] مع تقييده بالغاية من قاعدة الإسناد، والمتمثلة في تطبيق القانون الأكثر صلة بالمسألة محل النزاع.[2]

وحسب هذا الفقه، يجب النظر لمسألة تنازع الجنسيات بصورتيها–التعدد والانعدام–، على أنها مسألة أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية، ويتعين حلها بالنظر للغاية من قاعدة الإسناد، حتى لا تتحول هذه الأخيرة إلى قاعدة مجردة عمياء، تحدد الحل مسبقا وفقا لمعيار موطن الشخص، أو معيار الجنسية الفعلية، أو معيار جنسية القاضي، فعدم تطبيق جنسية القاضي، مثلا على متعدد الجنسية الذي يحمل إلى جانب الجنسية الأجنبية، جنسية دولة القاضي، لا يعد إنكارا لصفته الوطنية، وإنما يعد ضرورة حتمية للحفاظ على الحالة الشخصية للفرد، لاسيما في مسائل انحلال الرابطة الزوجية، والآثار المترتبة عليها، كمسألة الحضانة التي يتوجب فيها مراعاة مصلحة المحضون، وهذا ما طبقة القضاء الفرنسي في قضية "Dujaque"، إذ لم تتبنى محكمة النقض الفرنسية الحل المجرد لتحديد الاختصاص، بل راعت المسألة الأصلية موضوع النزاع، والمتمثلة في مصلحة المحضون.[3]

كنتيجة، فان الاعتماد على فكرة الحل الوظيفي، يسمح بعدم التعصب للقوانين الوطنية، ويُجنب القاضي مخاطر التوصل لحلول تفتقر للأمن القانوني، وتُعرض مصالح الطفل للارتباك وعدم الاستقرار،[4] خاصة مع النقص الواضح في المنظومة التشريعية للأسرة التي لا تُوفر وسائل قانونية إجرائية

[1]– يراجع، عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، المرجع السابق، ص143.

[2]– cité par, Roula el-Husseini Begdache, op.cit., p.170.

[3]–يراجع، ذات المذكرة، ص38.

[4]– هناك أمثلة قضائية كثيرة في موضوع الحضانة عند انحلال الزواج المختلط، وخلال الانفصال بين الزوجين، من أهمها حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 12/16/عن1986 المجلة الانتقادية 1987، بخصوص قضية الطفل "SPECHT MEYER" وفيها تعارض حكمان أحدهما صادر من القضاء الفرنسي، والثاني من القضاء الألماني، فيما يخص من من الأبوين يتولى حضانة الطفل. انطلاقا من الاختصاص التشريعي منح القضاء الألماني الحضانة للأب الألماني طبقا للقانون الألماني المختص، في حين منحها القضاء الفرنسي للأم الفرنسية وفقا للقانون الفرنسي المختص أيضا. يراجع، زروتي الطيب، "حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، هامش ص162.

وتبرز المشكلة أكثر، في حكم محكمة النقض الفرنسية في 1987/07/22، والذي أيدت فيه حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 1985/06/18 المعروف بقضية "Dujaque"، والتي تتلخص وقائعها في أن زوجين بولونيين، نزحا إلى فرنسا، وتحصلا على الجنسية الفرنسية مع احتفاظ الزوجة بجنسيتها البولونية السابقة، وبعد أن حدث= =بينهما انفصال، عادت الأم إلى بولونيا رفقة ابنها، واستصدر الأب حكما من القضاء الفرنسي يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة له، واعترف بهذا الحكم في بولونيا، كما استصدرت الزوجة حكما من القضاء البولوني أعطى لها حق الحضانة أيضا، فطالبت الاعتراف به في فرنسا لإلزام الأب بالإنفاق على إبنه. في هذه القضية وعلى الرغم من وجود اتفاقية فرنسية بولونية طرح الإشكال المتعلق بتكييف رابطة الحضانة والقانون المختص بها، هل تعتبر من آثار الزواج، فتختص بها محاكم آخر موطن مشترك للزوجين أي المحاكم الفرنسية طبقا للمادة 9 من الاتفاقية، أم أنها تخص العلاقات القانونية بين الآباء والأبناء، وتخضع لمحكمة موطن الطفل تطبيقا للمادة 11 من نفس الاتفاقية، ولقد رجح القضاء الفرنسي الحل الأخير إذ لم

كافية لتُمَكن القضاة من ضمان مراعاة المحضون وحمايته أثناء المدة التي تستغرقها دعوى الطلاق أو الرجوع أين يكون التنافر بين الزوجين أكثر حدة،[1] ولذا نأمل من المشرع الجزائري أن يأخذ هذا الاتجاه بعين الاعتبار.

إذا ما خلصنا من الحديث، عن الحلول التقليدية والحديثة لمواجهة مسألة تنازع الجنسيات في قضايا انحلال الزواج، وجب بيان الحل الذي يُعتمد عليه في حالة ما إذا كان الشخص ينتمي إلى دولة تتعدد فيها التشريعات.

البند الثاني: انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات

مضت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري –على غرار غيره من التشريعات–، أسند مسألة انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج، وعليه فإذا كانت الصعوبات السابق بيانها، تثور في حالة ما إذا أشار ضابط الإسناد إلى تطبيق قانون دولة بسيطة، فإن حدتها تتسع إذا كان القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية قانون دولة تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا أو طائفيا.

وللتغلب على هذه الصعوبات، رصد المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى حلولا يستعين بها القاضي لتطبيق القانون تطبيقا سليما، وذلك ما نصت عليه المادة 23 من القانون المدني الجزائري التي تقضي: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

يعتمد في تحديد الاختصاص حسب الجنسية والموطن بالحل المجرد، وإنما راعى المسألة الأصلية موضوع النزاع، ونظر إليها من روح الاتفاقية التي تنظم مجموع العلاقات الخاصة الدولية المرتبطة بمسائل الأشخاص والأسرة، و التي غايتها مصلحة الطفل بصفة أساسية.

cité par, Roula el-Husseini Begdache, op.cit.,p.170 .

[1]– يراجع، الطيب لوح،" إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائية لبعض مبادئه"، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد5، ص94.

إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

حسب الفقه، يعالج هذا النص مسألة الإحالة الداخلية،[1] أو ما اصطلح على تسميتها مشكلة التفويض،[2] والتي تبرز عندما تحيل قاعدة الإسناد الوطنية على تطبيق قانون دولة تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا أو طائفيا. فإذا كان التعدد الإقليمي، يبرز عندما تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، فان التعدد الشخصي أو الطائفي المؤسس على اعتبارات الديانة أو الجنس، يبرز عندما تخضع كل طائفة من المتمتعين بجنسية دولة ما لشريعة خاصة بهم تضبط مسائلهم المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهذا ما نجده في كل من مصر ولبنان.[3]

وفي هذا المجال الأمثلة متعددة، فلنفرض مثلا أن مصريين متوطنين في الجزائر رفعا دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري، فحسب قاعدة الإسناد الجزائرية، يطبق القانون المصري، ولما كان القانون المصري من التشريعات المتعددة الشرائع، يتعين على القاضي الجزائري البحث عن التشريع الواجب التطبيق، وفي حالة عدم تحديد ذلك بصفة صريحة في القانون المصري، يتوجب عليه الفصل في النزاع وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها التشريع الغالب في ذلك البلد.

أما في حالة ما إذا رفعت أمام القضاء الجزائري، دعوى طلاق بين أمريكي وانجليزية متوطنين في الجزائر، فإن القاضي الجزائري يطبق القانون الأمريكي، باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولما كان القانون الأمريكي من القوانين التي تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا، وجب على

[1] – في الإحالة يثبت الاختصاص لقانون الدولة الأجنبية، غير أن ذلك القانون يتخلى عن الاختصاص المقرر لمصلحته إلى قانون آخر، أما في الإحالة الداخلية فالقانون المختص لا يتخلى عن ولايته لحكم النزاع، بل يركز اختصاصه في شريعة معينة من الشرائع الداخلية المتعددة، التي ينظمها بمقتضى قواعد الإسناد الداخلية في دولته. يراجع في ذلك، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص130؛ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص189.

[2] – يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص432.

[3] –يراجع، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص100.

القاضي البحث عن الشريعة الواجب التطبيق والمحددة من قبل المشرع، وفي حالة ما لم يكن مشرع الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانونه قد حدد الشريعة الواجبة التطبيق، وجب على القاضي تطبيق قانون عاصمة ذلك البلد، وهو في هذا المثال "نيويورك".

وإذا ما خلصنا من الحديث، عن الصعوبات التي تعترض تطبيق ضابط الجنسية الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري للفصل في مسائل انحلال الزواج، وجب التطرق لصعوبة أخرى يثيرها هذا الضابط تسمى "التنازع المتحرك".

البند الثالث: التنازع المتحرك

إن ضابط الجنسية الذي تعول عليه التشريعات العربية –بما فيها المشرع الجزائري– لحسم مشكلة انحلال الزواج، يتكون من عنصر واقعي يتمثل في تمتع الشخص بجنسية دولة معينة، وعنصر قانوني يشمل الجنسية ذاتها باعتبارها نظام يفيد الانتماء إلى دولة معينة، ونظرا لكونه من الضوابط القابلة للتغيير، فإنه يثير مشكلة التنازع المتحرك والتي يمكن تعريفها:"التنازع الذي ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان".[1]

كما يمكن تعريفها:"التنازع الذي ينشأ بين قانونين متعاقبين صادرين من مشرعين مختلفين لحكم موضوع واحد".[2]

من خلال هذه التعريفات، يتضح أنه لقيام التنازع المتحرك لابد من توافر شرطين هما، وجود فاصل زمني بين نشأة الحالة القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا والمنازعة فيها أمام القضاء من جهة،[3] ومن جهة أخرى قدرة الإرادة على تغيير ضابط الإسناد تغييرا طبيعيا يسمح بتعاقب القانونين، قانون

[1]–يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2009–2010، ص 81.

[2]– cité par, Nouhad Rizkallah, op. cit.,p.75.

[3]– يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص639–641 .

الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة، مما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكرسة في قانوني كلا الدولتين.[1] من هذا المنطلق السؤال الذي يطرح نفسه هل يمكن للاسباني الذي اكتسب الجنسية الجزائرية رفع دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري رغم أن القانون الاسباني يحضر الطلاق؟

في هذا الشأن وردت العديد من المذاهب الفقهية التي تحاول تحديد طبيعة التنازع المتحرك ومنها، المذهب الذي ينادي بضرورة احترام الحقوق المكتسبة، والمذهب الذي ينادي بقياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني.[2]

فإذا كان مؤدى النظرية الأولى، وفقا للفقيهين"Pillet" و"Bartin" قائم على وجوب التمييز بين الاعتراف بآثار الحق المكتسب في الخارج، وبين تطبيق القانون الأجنبي الذي أُكتسب الحق في ظله، حيث يكون للحق الذي اكتسب صحيحا طبقا للقانون المختص قوة نفاذ دولية في الخارج، مراعاة لحاجة استقرار المعاملات الدولية. بحيث إذا ما عرض على القاضي الفرنسي نزاع يتعلق بنفاد طلاق شخص إسباني وفقا للقانون الإنجليزي باعتباره"قانون الموطن"، رفض طلبه لأن قاعدة التنازع الفرنسية تسند حكم الطلاق إلى قانون الجنسية، ومادام قانون جنسيته الإسبانية يحرم الطلاق(قبل سنة1982) فلا يجوز له التمسك بحقه المكتسب في الطلاق طبقا للقانون الإنجليزي،[3] وهذا وفقا لما نادى به الفقيه "Pillet "، والذي خالفه الفقيه " Bartin " الرأي رغم اعتناقهما لذات الرأي، إذ اقترح هذا الأخير لحل التنازع المتحرك عدم التقيد بالمكان، فأوجب تحديد التاريخ الذي يعتد به لتطبيق القانون المختص، فإذا قلنا بأن انحلال الزواج يسري عليه قانون جنسية الزوج (التركيز المكاني) يجب تحديد التاريخ الذي يعتد به لتطبيق هذا القانون.

[1] - cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit International privé, Masson, Parie,1987 ,p228.

[2]-يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص212.

[3]-يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص129.

وبما أن الرأيين تعرضا للنقد لما يترتب عليهما من تشويه للمحاكمة المنطقية، وتحويل التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت،[1] ظهر الاتجاه الثاني، الذي نادى بقياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني، ووضع حد فاصل بين نهاية تطبيق القانون القديم، وبداية تطبيق القانون الجديد، فوفقا لهذا الاتجاه يخضع وجود الحق للقانون القديم، أي قانون الدولة التي نشأ في ظل سلطانها، خلافا لذلك تخضع الآثار المستقبلية الناتجة عنه للقانون الجديد، وذلك ما طبقته محكمة النقض الفرنسية في قضية" فيراري".[2]

وإذا كانت هذه الآراء الفقهية، وردت لحسم مشكلة التنازع المتحرك، فان ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى، لجأ إلى المفاضلة والموازنة بين القوانين المتنازعة، إذ تبنى ضابط الجنسية لحل مشكلة التنازع الثابت، وقيدها بوقت رفع الدعوى لإجراء مفاضلة بين القانونين المتعاقبين، إلا إذا كان أحد الزوجين جزائريا فانه يطبق قانون الجنسية وقت انعقاد الزواج،[3] ويبقى الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري سواء بالنسبة للقاعدة العامة أو الاستثناء منتقد، فهو يؤدي في حالة القاعدة العامة إلى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه عند انعقاد الزواج، نتيجة لتغيير زوجها لجنسيته مابين مرحلة نشوء الحق ومرحلة رفع دعوى الطلاق، ويؤدي في حالة الاستثناء، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلى تطبيق القانون الوطني رغم أن الزوجين أجنبيين، واستبعاد تطبيقه رغم أن الزوجة الأجنبية اكتسبت الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى.

إذا ما فرغنا من الحديث عن مختلف الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية، انطلاقا من مسألة تنازع الجنسيات، إلى مسألة انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات، إلى مسألة التنازع

[1] - cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit,p230.

[2] -يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص213.

[3] -يراجع، زروتي الطيب، نفس المرجع، ص134.

المتحرك، بجدر بنا الحديث عن الصعوبات التي يثيرها اختلاف ضوابط الإسناد المعول عليها من التشريعات، لحسم مسألة انحلال الرابطة الزوجية، تحت عنوان مشكلة الإحالة.

الفرع الثاني: مشكلة الإحالة

لقد سبق أن بينا، أن المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات العربية، يسند مسألة انحلال الزواج لضابط الجنسية، وذلك خلافا للتشريعات الأنجلوأمريكية التي تسندها لضابط الموطن، وعليه فان عدم التماثل في الضوابط، بين قانون دولة القاضي، والقانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، يؤدي إلى بروز مشكلة الإحالة، والتي ظهرت في شأنها اتجاهات تقليدية (**البند الأول**)، واتجاه حديث نحو فكرة الحل الوظيفي (**البند الثاني**).

البند الأول: الاتجاه التقليدي لحل مشكل الإحالة

تعرض مشكلة الإحالة[1] بصدد التنازع السلبي الذي تُقرر بموجبه قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي، الاختصاص التشريعي لقانون القاعدة الأخرى أو لقانون ثالث.[2] ويمكن تعريفها بأنها الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا.[3]

وقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن نظرية الإحالة بين مؤيدين ورافضين، وهو ما انعكس على التشريعات الداخلية، فهناك دول طبقت نظرية الإحالة،[4] في حين رفضت دول أخرى الأخذ بها،[1] على الخلاف من ذلك نجد أن من الدول من لم توضح موقفها.[2]

---

[1]– تعود الجذور التاريخية لنظرية الإحالة إلى القضاء الانجليزي 1841 والقضاء الألماني 1861، غير أنها لم تتبلور كنظرية واضحة المعالم إلا من خلال اجتهادات القضاء الفرنسي إثر قضية " Forgo" سنة 1975. يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص195.

[2]– يراجع، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص83.

[3]– يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص48.

[4]– من الدول التي تأخذ بنظرية الإحالة القانون الدولي الخاص الألماني الصادر 1986 (المادة 40)، القانون الياباني (المادة 29 من قانون 1989)، القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عن 18 ديسمبر 1987 (المادة 14)، القانون المكسيكي المؤرخ في 11 ديسمبر 1987 (المادة14)، القانون النمساوي لسنة 1978 (المادة 05) والقانون الدولي الخاص

وبين كل هذه الاختلافات، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية بموجب الأمر رقم 10/05 المتضمن تعديل القانون المدني إذ تقضي المادة 23 مكرر1: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين من القانون الأجنبي المختص".

إن الإحالة كما سبق القول، نوعان، إحالة من الدرجة الأولى، وهي التي أخذ بها المشرع الجزائري؛ ويقصد بها تخلي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عن الاختصاص المنعقد لها إلى قانون القاضي، وهي ما يطلق عليها الإحالة البسيطة أو الإحالة الحقيقية أو إحالة الرجوع. [3]

ومثالها أن ترفع دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري بين انجليزيين متوطنين في الجزائر، فيعمد القاضي الجزائري إلى استشارة قواعد الإسناد في القانون الجزائري (م 12ف2 ق.م) التي تشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الزوج. وبما أن القاضي الجزائري قبل أن يطبق الأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الإنجليزي، يتوجب عليه استشارة قواعد الإسناد الواردة في القانون الإنجليزي التي تقضي بتطبيق قانون الموطن ألا وهو القانون الجزائري، وعليه فان القاضي سيفصل في النزاع وفقا للأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الجزائري احتراما لنص المادة 23ف2 مكرر1 من القانون المدني.

التركي لسنة 1982 (المادة 3/2)، وهناك من الدول التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى مثلا القانون المجري لسنة1979 (المادة 04) والقانون المدني الإسباني، القانون البيروفي لسنة 1984 كما عمل بها القضاء في العراق، انجلترا، فرنسا. يراجع، غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2005، ص135.

[1]–المشرع المصري م27 ق.م، م30 من القانون الإيطالي، المادة 32 ق.م.يوناني لسنة 1946، م29 ق.م.السوري لسنة 1949، م72 ق.م.كويتي، القانون الليبي (28 ق.م)، يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص124.

[2]– قانون المملكة العربية السعودية، القانون السوداني، القانون التركي، القانون الإنجليزي.يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص135.

[3]– cité par, Nouhad Rizkallah, op. cit.,p.44.

هذا بالنسبة للقاضي الجزائري، أما إذا عرض ذات النزاع أمام القضاء المصري فإنه سيعمد إلى تطبيق الأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الإنجليزي، لأن المشرع المصري يرفض الأخذ بالإحالة.[1]

هذا عن الإحالة من الدرجة الأولى، أما الإحالة من الدرجة الثانية، فصورتها أن تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص المعقود لها، بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، تماما كما هو الشأن في الصورة الأولى، غير أن قاعدة الإسناد في هذه الحالة، تحيل الاختصاص إلى قانون دولة أجنبية ثالثة، وليس إلى قانون القاضي نفسه،[2] ومثالها أن يعرض على القاضي الجزائري دعوى طلاق، بين انجليزيين متوطنين في فرنسا. حسب قاعدة التنازع الجزائرية تسند العلاقة القانونية إلى القانون الإنجليزي، ولكن القانون الإنجليزي يرفض الاختصاص ويسنده إلى القانون الفرنسي الذي يقبل ذلك حسب (م309 ق.م.ف)، وبما أن المشرع الجزائري يرفض الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، فان القاضي سيفصل في النزاع وفقا للأحكام الموضوعية الداخلية في القانون الانجليزي.

نتيجة لهذا التطبيق، انتقدت الإحالة من الدرجة الثانية انتقادا لاذعا، لأنها تؤدي في بعض الحالات إلى الدوران في حلقة مفرغة،[3] وشأن ذلك أن يعرض النزاع السالف ذكره ولكن بين إنجليزيين متوطنين في ايطاليا. فهنا تقضي قاعدة الإسناد الجزائرية بتطبيق القانون الإنجليزي الذي يحيل بدوره إلى القانون الإيطالي لاعتباره قانون الموطن، غير أن هذا الأخير يرفض الإحالة تطبيقا للمادة 30 من القانون المدني الإيطالي ويسند الاختصاص للقانون الإنجليزي من جديد فما هو الحل؟

[1] -تنص المادة 27 من القانون المدني المصري :" إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص." يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص160.

[2] - يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002، ص153.

[3] -Cité par, Henri Batiffol ,Paul Lagarde ,traité de Droit international privé, Tome1, 8ème éd, L.G.D.J, E.J.A. Paris, 1993, p.494.

إلى جانب أنواع الإحالة السابق ذكرها، ابتدع القضاء الإنجليزي الحديث نظرية الإحالة المزدوجة، أو ما يصطلح على تسميتها نظرية المحكمة الأجنبية،[1] وطبقا لهذه النظرية يتعين على القاضي الإنجليزي أن يفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي طبقا للحل الذي كان يمكن أن ينتهي إليه القاضي الأجنبي الذي تحيل على قانونه قاعدة التنازع الإنجليزية.[2]

ومثال ذلك، أن ترفع دعوى انفصال جسماني، بين زوجين إنجليزيين متوطنين في مصر أمام القضاء الإنجليزي، فحسب قاعدة التنازع الإنجليزية يطبق القانون المصري (قانون الموطن المشترك)، لذلك يضع القاضي الإنجليزي نفسه مكان القاضي المصري، إذ لو طرح النزاع على القاضي المصري فإنه يطبق القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية، غير أن القانون الإنجليزي يحيل إلى تطبيق القانون المصري، ونظرا لان القانون المصري يرفض الأخذ بالإحالة(م 27ق.م.م) فإنه سيفصل في النزاع وفقا للقواعد الموضوعية الداخلية في القانون الإنجليزي، في هذا المثال يطبق القاضي الإنجليزي الحل الذي كان القاضي المصري سيطبقه لو عرض النزاع عليه ومن ثم يفصل وفقا للقانون الإنجليزي.

إن هذه النظرية، وإن كانت تستجيب لمقتضيات التعاون بين الدول في مجال المنازعات ذات الطابع الدولي، غير أن ما يُعاب عليها من الناحية الشكلية تجاهلها لوظيفة القاضي في المجتمعات الوطنية إذ تفترض أن القاضي المطروح عليه النزاع قد تجرد من صفته كقاض وطني، وتقلد وظيفة القضاء بشكل مؤقت في الدولة الأجنبية التي يخضع النزاع لقانونها، وهذا الافتراض يتنافى مع واقع حياة المجتمع الوطني والمجتمع الدولي على حد سواء نظرا لما تثيره الإحالة من مشاكل،[3] لذا نجد أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في 1955/06/15، قضت بقبول الإحالة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية من قانون الجنسية إلى قانون الموطن ورفضتها في الحالة العكسية، لأنه يترتب على الإحالة

[1]- يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 198.

[2]- يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص54.

[3]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص177.

في الحالة الأولى عودة الاختصاص إلى قانون القاضي مما يساهم في توحيد الاختصاصين التشريعي والقضائي،[1] إضافة إلى أن القاضي يفضل لأسباب متعددة تطبيق قانونه الوطني، على أن تطبيق القانون الوطني له مجاله المحدود، وهو ما أكده المشرع الجزائري حينما سمح بتطبيق الإحالة من الدرجة الأولى التي يكون الهدف منها استشارة قاعدة الإسناد الأجنبية سعيا وراء تصحيح الاختيار الذي ابتدأته قاعدة التنازع في قانون القاضي.[2]

إن الاتجاه التقليدي، الذي تبناه المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات، لحل مشكلة الإحالة بالنسبة لمسائل انحلال الرابطة الزوجية، لم يظل راسخا لتقيده بحل مسبق، لذلك ظهر اتجاه حديث نحو فكرة الحل الوظيفي، فما مؤدى هذا الاتجاه؟

البند الثاني: التوجه الحديث نحو فكرة الحل الوظيفي.[3]

رغم وجاهة الحلول التي تبناها المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات بخصوص مشكلة الإحالة–قبولا أو رفضا–، إلا أن هناك اتجاها فقهيا حديثا في كل من فرنسا ومصر يرى ضرورة انتهاج فكرة الحل الوظيفي، والتي بمقتضاها لا يمكن التأكيد على قبول أو رفض الإحالة إلا بعد تحديد الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها،[4] وذلك من خلال إتباع منهج تحليلي يرتكز على تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الإسناد، إذ لا يجب أن يتم التقيد بحل مسبق، وإنما يفترض في الحل المعتمد أن يكون ثمرة تحليل يضع فيها الباحث نصب عينيه طبيعة وغاية قاعدة الإسناد، فإذا تبين له أن الإحالة تحقق وظيفة قاعدة الإسناد أخذ بها، وعلى النقيض من ذلك يهجرها متى تبين له أن في الأخذ بها

[1]– يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 55.

[2]– يراجع، عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص39.

[3]–يراجع، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1428هـ–2008م، ص109.

[4]– يراجع، عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص60.

إهدار لغاية قاعدة الإسناد، وانتهاك صارخ لتوقعات الأفراد، فالمشرع يحرص على إخضاع العلاقة لأكثر القوانين توقعا بالنسبة للأفراد، حتى لا يفاجئوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبؤ بإمكان خضوع علاقتهم له، وبذلك فان الإحالة تصحح في بعض الفروض مسار قاعدة الإسناد.[1]

فلنفرض مثلا أن زوجين اسبانيين، أبرما زواجهما وفقا لقانون جنسيتهما المشتركة والذي يحظر التطليق، غير أنه في تاريخ لاحق على الزواج طلب الزوج أمام القضاء الجزائري طلاق زوجته، وفقا لقانون جنسيته الجديدة (الجنسية الكويتية) التي اكتسبها وحده دون زوجته فاقدا بذلك جنسيته القديمة، بطبيعة الحال القاضي الجزائري يسعى إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (القانون الكويتي) وهو قانون يجيز له ذلك، غير أن قاعدة الإسناد في القانون الكويتي تقضي بتطبيق قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان.

لا شك أن إعمال الحل الأخير من شأنه أن يصحح مسار قاعدة الإسناد الجزائرية من خلال تطبيق قانون الجنسية المشتركة، لذلك فقبول أو رفض الإحالة لا يمكن أن يتقرر بناء على أفكار عامة ذات طابع نظري بحث ومطلق، وإنما استنادا إلى الوظيفة التي يمكن للإحالة أن تقوم عليها، ومن ثم ترتبط الإحالة بمسألة أخرى هي مسألة الغاية من قاعدة الإسناد والوظيفة التي تؤديها، وهو ما يؤدي حسب الكاتب الألماني "Ziteleman" إلى نقل نظرية الإحالة من المفهوم الشكلي المجرد إلى المفهوم الغائي.[2]

وبهذا أخذ التشريع التشيكي لسنة 1963 إذ قضى في المادة 5 من القانون الدولي الخاص: "إذا ما عينت نصوص القانون الدولي التشيكي إحالة إلى قانون دولة ما أو أحالت إلى قانون دولة

[1]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص236.

[2]- يراجع، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص144.

أخرى. فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع".

إن المشرع التشيكي ترك للقاضي الحرية في الأخذ بأي نوع من أنواع الإحالة المهم أن يكون في ذلك تحقيق للعدالة،[1] كما أن المشرع الألماني في المادة الرابعة (4ف1) من القانون المدني أخذ بفكرة الحل الوظيفي فنص: "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعينة الموجودة فيه بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية.

ويجب أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني".

حسب هذا النص المشرع الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، كما يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية متى توافر شرطان لازمان، أولهما ألا يكون في الأخذ بالإحالة مساس بروح قاعدة الإسناد الألمانية، وثانيهما أن تشير قاعدة الإسناد الألمانية إلى تطبيق القواعد الموضوعية وحدها في القانون الأجنبي.[2]

حسب هذا التحليل التوفيقي الصائب، كان من الأجدر على المشرع الجزائري عند تعديله لنصوص القانون المدني أن ينص على الأخذ بالحل الوظيفي، لاسيما وأن قاعدة التنازع قاعدة مزدوجة تسعى إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة محل النزاع، فالتسليم بقبول الإحالة أو رفضها، يجب أن يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية، والتنسيق بينها وبين قواعد التنازع الأجنبية، ليتم

[1]- عيب على الحل المقرر في القانون التشيكي، منحه القاضي سلطة تقديرية واسعة تُمكنه من تطبيق القاعدة القانونية بشكل مختلف متخف تحت ستار تحقيق العدالة، ولكن هذا النقد ليس له أساس من الصحة، فالقاضي ليس مطلق الإرادة في الأخذ بالإحالة من عدمها، بل هو في ذلك مقيد بمبدأ عام هو ضرورة التوصل إلى الحل العادل والمعقول وهي مسألة قانونية تجسد فكرة الأمان القانوني وتسمح بتطبيق القانون الملائم خاصة في مسائل انحلال الزواج، وما يخلفه من آثار نظرا لارتباطهما بالمعتقدات الدينية. يراجع، عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص60-61.

[2]- يراجع، حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص145.

بعد ذلك إما الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أو الإحالة من الدرجة الثانية سعيا لتصحيح المسار الذي بدأته قاعدة التنازع في قانون القاضي.[1]

بعد أن بينا أن التشريعات تولي الضابط الشخصي –المتمثل في ضابط الجنسية بالنسبة للتشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري، وضابط الموطن بالنسبة للتشريعات الانجلوأمريكية– أهمية كبيرة لحسم مسائل انحلال الزواج وآثاره، وتسعى إلى تنظيم كافة الصعوبات التي يثيرها الضابط المعول عليه بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، فإننا سنتطرق إلى تحديد كيفية إعمال قاعدة الإسناد.

[1]– يراجع في ذلك المثال السابق ذكره المتعلق بطلاق الإسبانيين الذي اكتسب الزوج فيه الجنسية الكويتية. ففرضا في ذلك المثال لو أخذ أن المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الثانية لتمكن القاضي من تصحيح مسار قاعدة الإسناد ولطبق القانون الذي كان الزوجان على علم به، "القانون الإسباني". تراجع المذكرة، ص67.

المبحث الثاني: إعمال قاعدة الإسناد.

ذكرنا غير مرة، أن من خصائص قاعدة الإسناد أنها قاعدة مزدوجة الجانب، تشير إما إلى تطبيق القانون الأجنبي أو القانون الوطني، وعليه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، فليس في الأمر مشكلة إذ يتعين على القاضي تطبيقه مع ما يترتب على ذلك من آثار، أما إذا كان القانون المشار إليه هو قانون أجنبي، فإن الأمر لا يخلو من صعوبات، والتي تتضح جليا على مستوى تطبيقه، فقد يواجه القاضي، وهو بصدد تطبيق القانون الأجنبي، أن أحكام هذا القانون تتعارض مع الأحكام الواردة في دولته. الأمر الذي يثير حكم التعارض بين النظام العام وقواعد الإسناد، كما قد يتبين له أن اختصاص القانون الأجنبي كان نتيجة تغيير الأفراد لضابط الإسناد، وهذا ما يثير حالة الغش نحو القانون.

أكثر من ذلك فحتى لو تبين للقاضي أن القانون الأجنبي هو المختص، وأنه واجب التطبيق دون غيره، فإنه سيواجه عقبات وهو بصدد تطبيقه. وعليه ما هي الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي؟ وما هي العقبات التي تواجه القاضي وهو بصدد تطبيقه؟

بناء على هذا، فإننا سنحاول التطرق إلى موانع تطبيق القانون الأجنبي(**المطلب الأول**)، قبل البحث عن صعوبات تطبيق القانون الأجنبي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: موانع تطبيق القانون الأجنبي.

إن البحث عن موانع تطبيق القانون الأجنبي، يثير مسألتين هامتين. وهما؛ حكم تعارض مضمون القانون الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية مع المفاهيم الأساسية والمبادئ القانونية المستقر عليها في دولة القاضي، وحكم تحايل الأفراد على القانون المختص للحصول على الطلاق،

وعليه السؤال الذي يطرح نفسه كيف تصدى المشرع الجزائري لهذه الظاهرة؟ وهل أن القاعدة الورادة في هذا الشأن قاعدة عامة أم أنها استثناء عن نص المادة 12فقرة 2 من القانون المدني؟

سنحاول عرض ذلك من خلال التطرق إلى الدفع بالنظام العام (**الفرع الأول**)، والدفع بالغش نحو القانون (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام.

تعتبر العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي أفسح مجالا لاستخدام فكرة الدفع بالنظام العام،[1] ومن العينات البارزة لهذا التطبيق نجد فكرة انحلال الزواج وما تُرتبه من آثار، كون أنها فكرة تستمد أحكامها من الاعتبارات الأخلاقية، الدينية، الوجدانية المنظمة بموجب نصوص قانونية يسري العمل بها في دولة معينة، ويتعين على قاضي تلك الدولة عدم مخالفة أحكامها ولو أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في دولته باختصاص القانون الأجنبي[2].

وبذلك تعد فكرة النظام العام الاستبعادي أو الإسنادي ذي الوظيفة الحمائية، فكرة صعبة الضبط والتحديد، خصوصا إذا تعلقت بمسألة تتأصل جذورها بأحكام مستقاة من الشرائع الدينية كما هو الشأن بالنسبة لانحلال الزواج.[3]

ولإيضاح هذه الفكرة يتعين البحث في مضمونها(**البند الأول**)، شروطها(**البند الثاني**)، وكذا آثارها(**البند الثالث**).

[1]- يراجع، يوسف فتيحة، "النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص"، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 5، سنة 2008، ص211.

[2]- يراجع، ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص98.

[3]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص467.

البند الأول: مضمون النظام العام.

تعتبر فكرة النظام العام، من الأفكار العتيقة والقديمة في علم القانون بوجه عام،[1] إذ يتمكن القاضي بموجبها من الحفاظ على المبادئ والأسس الجوهرية في دولته على المستويين الداخلي والدولي، وهذا ما أدى إلى وجود مصطلح نظام عام داخلي، ونظام عام دولي،[2] يلعب دور الرقيب على القاعدة القانونية الأجنبية.

ونظرا لأهمية فكرة الدفع بالنظام العام، حاول الفقه ضبطها وتحديد تعريف لها، غير أن تضارب مصالح الدول وقفت حاجزا أمام وضع تعريف شامل جامع ومانع لها، ورغم ذلك يمكن تعريف الدفع بالنظام العام، بالنظر إلى الوظيفة التي يؤديها في مجال العلاقات الخاصة الدولية بأنه:" الدفع الذي يتم بمقتضاه استبعاد تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي بحكم العلاقة وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي".[3]

من خلال هذا التعريف، يتضح أن النظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية يتميز بمجموعة من الخصائص أهمها:

---

[1]- تعتبر فكرة الدفع بالنظام العام فكرة قديمة، ترجع جذورها الأولى إلى الفقيه الإيطالي "Bartole" الذي ميز عند تعرضه لنظرية الأحوال الشخصية بين الأحوال المستهجنة Odieux والأحوال المستحسنة Favorable وقرر أن الأولى لا تتعدى آثارها حدود إقليم الدولة التي أصدرتها وقد أكد على هذه الفكرة الفقيه "Bouhier "في القرن 17، غير أنها لم تلق آنذاك صدى واسع، لأن قوانين الدول كانت قريبة من بعضها، ومستمدة من القانون الروماني، والديانة المسيحية، لكن في القرن 19 برزت هذه الفكرة على يد الفقيه "مانشني "، باعتبارها أداة تثبت الاختصاص للقانون الإقليمي، الذي يعد استثناء عن قاعدته الأساسية وهي مبدأ شخصية القوانين.غير أن فكرة الدفع بالنظام العام بمفهومها الحالي لم تبرز إلا لدى الفقيه "سافيني" الذي انطلق من فكرة الاشتراك القانوني.ففي نظره الدول الغربية يجمعها تراث قانوني واحد "القانون الروماني" وديانة واحدة "الديانة المسيحية" وبذلك فالقاضي عند ما يسمح بتطبيق قانون أجنبي فإنه يفترض توافر قدر من الاشتراك ما بين هذا القانون وقانونه الوطني، إلا أنه متى اتضح له عدم توافر هذا الاشتراك امتنع عن تطبيق القانون الأجنبي وطبق قانونه الوطني.

Cité par, Henri Batiffol, Paul lagarde, op.cit., p.568.

نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، 2001، ص115؛ أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص291.

[2]- في حقيقة الأمر ليس هناك ما يسمى بالنظام العام الدولي أو المطلق، والنظام العام الداخلي أو النسبي لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض نظام عام مشترك بين الدول. يراجع، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص208.

[3]- يراجع، حسين الهداوي، المرجع السابق، ص178.

1- الطبيعة الاستثنائية:

ظهرت هذه الخاصية، بعد تطور مفهوم النظام العام، الذي أصبح دفعا استثنائيا عاما، يقيد حكم قواعد الإسناد، ويستبعد القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقواعد الإسناد في كل حالة يختلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي،[1] وتم تبرير ذلك بعدم منح مشرعي الدول توقيعا على بياض، حيث يؤدي تطبيق النص الأجنبي من طرف القضاة إلى القفز نحو المجهول، حسب ما عبر عنه الفقيه" Rappe".

2- الصفة الوطنية للنظام العام:

إن فكرة النظام العام هي دائما فكرة وطنية،[2] تهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها مجتمع قاضي النزاع،[3] والقول بوجود نظام عام داخلي أو نسبي، ونظام عام دولي أو مطلق للتمييز بين النظام العام في دائرة الحالات القانونية الوطنية، والنظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية يعتبر ضربا من المحال،[4]لأن النظام العام يتميز بطابعه الوطني، وله مدلول واحد، وكل ما هنالك أن مقتضيات النظام العام تنكمش في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، عنها في نطاق العلاقات الوطنية، فبينما تهدف في القانون الداخلي إلى استبعاد تطبيق اتفاقات الأفراد المخالفة للنصوص الآمرة، فإنها تهدف في القانون الدولي الخاص إلى استبعاد القانون الأجنبي،[5] إذ يستبعد تطبيق القانون الفرنسي الذي يمنح حق الحضانة للأم الفرنسية لتعارضه مع النظام العام الوطني.

[1]- يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص512.

[2]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص175.

[3]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص517.

[4]- إذا كان معظم الكتاب يعتبرون أن النظام العام له مدلول واحد فإن الدكتور سامي بديع منصور يؤكد وجود نوعين من النظام العام أحدهما خاص بالعلاقات الدولية والآخر يرتبط بالعلاقات الوطنية. يراجع، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص778.

[5]- يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص149.

3- نسبية فكرة النظام العام:

إن فكرة النظام العام، فكرة نسبية، يتغير مفهومها ومحتواها من مجتمع لآخر،[1] كما أنها تتغير داخل المجتمع من زمان لآخر، فما يعد من النظام العام في دولة معينة لا يعد منافيا لها في دولة أخرى، وما يعتبر من النظام العام داخل ذات الدولة لا يعتبر منافيا للنظام العام في وقت آخر،[2] وفي هذا نجد أن المشرع الفرنسي قبل سنة 1884، كان يحظر الطلاق حظرا مطلقا، غير أنه منذ تاريخ 1884 أجاز الطلاق فأصبح غير متعارض مع النظام العام الفرنسي، شريطة أن يطبق ضمن إحدى الحالات التي يعترف بها القانون الفرنسي، وكان من بين حالات الطلاق المحظورة آنذاك الطلاق بالرضا المتبادل، غير أنه منذ سنة 1975 أُجيز هذا النوع من الطلاق.

إن فكرة النظام العام تعد فكرة مرنة، يختلف مفهومها باختلاف النظام القانوني الذي تعالج في ظله -عربي أو علماني-، خلافا للنظام العام في الشريعة الإسلامية الذي له مفهوم ثابت غير قابل للتغيير، فبينما يبرز دور النظام العام في الدول العلمانية بصفة لاحقة لإعمال قواعد الإسناد كدور وقائي مؤخر، يبرز في الدول العربية إما بصفة سابقة من خلال تطبيق قوانين دينية مباشرة حصرية التطبيق وتستبعد كل إمكانية لتطبيق القانون الأجنبي، وإما بصفة لاحقة كون أن القانون الأجنبي يتعارض مع جوهر النظام العام الديني وقواعده الأساسية،[3] ومثال الحالة الأولى، قبول التطليق بسبب اعتناق المرأة الديانة الإسلامية لأن زواج المسلمة بغير المسلم مانع من موانع الزواج، مع رفضه في حالة اعتناق الزوج الإسلام دون الزوجة لأن الشريعة الإسلامية تجيز زواج المسلم بغير المسلمة،[4] أما الحالة الثانية تشمل رفض طلب إسناد حضانة الأولاد للأم المستوطنة ببلد أجنبي.

[1]- يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص278.

[2]- يراجع، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص119.

[3]-يراجع، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص765.

[4]- يراجع، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص256.

مما هو جدير بالذكر، أن التطبيقات السابقة للنظام العام تختلف حتى داخل الدول العربية فيما بينها، فبينما تتسع في الدول ذات التشريعات الموحدة، تضيق في الدول المتعددة الشرائع "مصر ولبنان"، وفي الدول التي تعتمد على قواعد دينية معدلة "كتونس"، التي رفضت محاكمها تطبيق القانون الإسلامي المغربي الذي يسمح بالطلاق بالإرادة المنفردة لتعارضه مع السياسية التشريعية التونسي.[1]

ونظرا لنسبية فكرة النظام العام، برزت مفاهيم جديدة كفكرة الأثر المخفف للنظام العام، وفكرة النظام العام القريب من قانون القاضي، الذي يتعين بموجبه على القاضي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لصالح قانونه الوطني، كلما وجد عامل ربط بين العلاقة المتنازع فيها وإقليمه،[2] وقد حُدد عامل الربط بالجنسية والإقامة، وعليه يُخول القضاء الفرنسي للزوجة الحق في طلب الطلاق في حالة ارتباط زوجها بامرأة أخرى.[3]

ونظرا للخصائص التي يتميز بها النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فقد أطلق عليه البعض تسمية "الابن المرعب للقانون الدولي الخاص"،[4] غير أن هذه التسمية تتلاشى أمام الوظائف التي يؤديها والمتمثلة في حماية السياسة التشريعية، والدفاع عن المبادئ التي تشكل الأسس الجوهرية لمجتمع قاضي النزاع من جهة،[5] ومن جهة أخرى حماية أطراف النزاع من خلال رفض تطبيق قوانين أجنبية غير عادلة تمس بالحقوق الطبيعية اللصيقة بصفة الإنسان، كالقوانين التي تحرم الفرد من حقوقه لأسباب عرقية، عنصرية، جنسية، دينية، إذ يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي القانون الذي لا يكرس

[1] – يراجع، سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، (تنازع القوانين–المعاهدات–التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص231.

[2] – cité par, Roula el-Husseini Begdache, op.cit., p.214.

[3] – يراجع، يوسف فتيحة، "النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص218.

[4] – يراجع، سامي بديع منصور ، المرجع السابق ،ص759.

[5] – يراجع، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص160.

مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، سواء عند النطق بحكم الطلاق أو عند تحديد آثار الطلاق، فإسقاط الحضانة عن أحد الوالدين بسبب جنسه أو عمره أو دينه يعد مخالفا للنظام العام، كما يعد مخالف للنظام العام القانون الأجنبي الذي لا يمنح للزوجة تعويض مالي عند الطلاق.[1]

أمام الوظائف التي يؤديها الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، عمدت جل التشريعات إلى تضمين قوانينها نصوصا قانونية، وفي هذا نجد أن المشرع الجزائري يخصه بالمادة 24 من القانون المدني،[2] على غرار التشريعات العربية الأخرى،[3] وعليه إذا خلصنا من تحديد مفهوم الدفع بالنظام العام وبيان وظائفه، يكون واجبا بحث شروطه.

البند الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.

يستوجب إعمال الدفع بالنظام العام توافر شروط قانونية تتمثل في:

1 -ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يستوي أن يثبت الاختصاص للقانون الأجنبي، بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي أم بموجب اتفاقية دولية، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للاتفاقية الفرنسية المغربية الصادرة في 10 أوت

[1] -cité par, Patrick Courbe, Divorce et séparation de corps, Rep, International, Dalloz, 1998, p13

[2]- تنص المادة 24 ق.م.ج: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان خالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو تبث له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة."

[3]- تقابل المادة 24 من القانون المدني الجزائري، المادة 28 مدني ليبي، المادة 27 مدني مصري، المادة 30 مدني سوري، المادة 32 مدني عراقي. يراجع، فتيحة يوسف عماري، "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص 98.

إذا كانت التشريعات السالفة الذكر تستخدم مصطلح النظام العام، فان المشرع التونسي في الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص استخدم مصطلح الخيارات الأساسية للدولة التونسية بدلا من مصطلح النظام العام والآداب العامة، إذ ينص الفصل 36: "لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي. ويثير القاضي الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع. ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي. ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سواء أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي، ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي الذي استبعد تطبيقها".

من خلال هذا الفصل، يتضح أن المشرع التونسي استخدم مصطلحي النظام العام، والاختيارات الأساسية للدولة التونسية ذلك أن المشرع التونسي يعتمد على قواعد دينية معدلة، لذلك تعتبر الخيارات الأساسية أساس ومعيار للنظام العام التونسي.

1981،[1] وعليه لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون يشير صراحة إلى تطبيق قانون القاضي، كما هو الحال في المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري على الطلاق كلما كان أحد الزوجين جزائريا، والمادة 22 منه التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري إذا كان الشخص يتمتع بالجنسية الجزائرية إلى جانب الجنسية الأجنبية.

2- مخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي

إن المشرع الوطني عند وضعه لقاعدة الإسناد التي قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، لم يقصد تطبيق هذا القانون مهما كانت النتيجة المترتبة، وإنما قصد تطبيقه متى لم يكن مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، على أن مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا[2].

3- آنية الدفع بالنظام العام

إن العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام هي بلحظة الفصل في الدعوى، وعليه إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني،[3] ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على إثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فإنه لا يمكن استبعاد تطبيق ذلك القانون،[4] وفي هذا نجد أن القضاء الفرنسي منذ سنة 1975 لم يعد يرفض تطبيق القانون الذي يسمح بالطلاق بالتراضي لعدم تعارضه مع النظام العام الفرنسي.

وإذا كانت هذه هي الشروط التي ينبغي توافرها للدفع بالنظام العام، فما هي آثاره؟ أي هل ينبغي استخدام الدفع رغم نشأة المركز القانوني في بلد آخر؟

---

[1]- يراجع، يوسف فتيحة، "النظام العام والعلاقات الأسرية في مجال القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص214.

[2]- يراجع، حسين الهداوي، المرجع السابق، ص187؛ أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص236.

[3]- يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص152؛ يوسف فتيحة ، "النظام العام والعلاقات الأسرية في مجال القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص215.

[4]-يراجع، صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص30.

البند الثالث: آثار الدفع بالنظام العام.

إن الدفع بالنظام العام في مسائل انحلال الرابطة الزوجية، يثير على الصعيد العملي مشاكل معقدة، لأنها من مسائل الأحوال الشخصية التي تُحدد مركز الشخص من أسرته ومجتمعه، ونظرا لخطورة الوضع، تدخلت التشريعات لإجراء موازنة بين مصلحة الفرد، ومصلحة المجتمع بالتخفيف من حدة وصرامة الدفع بالنظام العام، وذلك من خلال التمييز بين مرحلتين، مرحلة إنشاء الحق (**أولا**)، ومرحلة الاعتراف بالحق المكتسب(**ثانيا**).

أولا– آثار الدفع بالنظام العام على مستوى إنشاء الحقوق.

يترتب على فكرة الدفع بالنظام العام على مستوى إنشاء الحق، أثران أحدهما سلبي، والآخر إيجابي. يتضح الأثر السلبي، كلما كانت قاعدة النظام العام في بلد القاضي ناهية، تستبعد تطبيق القانون الأجنبي المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وفي هذا نجد أن القضاء الإسباني قبل سنة 1982 رفض النظر في طلبات الطلاق لبطلان العلاقة بطلانا مطلقا،[1] بيد أنه ولما كان استبعاد القانون الأجنبي، يقتضي إيجاد حل بديل أي قانون فرعي يحل محله ظهر مصطلح الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام، والذي أثار عددا من القضايا، كمعرفة ما إذا كان من الواجب استبعاد القانون الأجنبي كليا، أم ينبغي استبعاد الجزء المخالف للنظام العام الوطني.[2]

وفي هذا ظهرت إتجاهات فقهية، فبينما رأى البعض الإبقاء على اختصاص القانون الأجنبي والبحث في نصوصه على أحكام لا تخالف النظام القانوني لقاضي الدعوى،[3] رأى جانب آخر وجوب الاستعاضة عن أحكام القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله بصفة جزئية، ذلك أن

[1]– يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص154.

[2]– يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص249.

[3]– يراجع، نادية فضل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص126.

الاستبعاد الكلي يتعارض مع حكمة التشريع،[1] غير أنه يجب التنويه بوجوب الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي في بعض الحالات، فمن غير المعقول إقصاء الجزء المخالف للنظام العام، والذي يمنع الطلاق القائم على الخطأ مع الإبقاء على اختصاصه بحكم آثار الطلاق،[2] ذلك ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في قضية "Patino"،[3] أين استبعدت تطبيق القانون البولوني المخالف للنظام العام الفرنسي على مسألتي الانفصال الجسماني والنظام المالي، لاعتبار أن ذلك القرار يقود شرعا وكنتيجة إلى تسوية المصالح المالية للزوجين.[4]

وفي هذا السياق، نجد أن المشرع التونسي قضى بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام التونسي في الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص، خلافا لذلك التزم المشرع الجزائري الصمت إذ اقتصر على ذكر استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري دون أن يحدد نطاق ذلك الاستبعاد، تاركا المجال للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. ذلك أن الأمر يتحدد حسب كل قضية، فقد يكون الاستبعاد جزئيا كاستبعاد تطبيق القانون الفرنسي في مسائل حضانة الأطفال، إذا كان من شأن إسناد الحضانة للأم الأجنبية إبعاد الطفل عن أبيه وتربيته على دين غير دينه، كما قد يكون الاستبعاد كليا وصورته رفض القضاء الفرنسي الفصل في قضايا الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لمساسها بمبدأ المساواة بين الجنسين.

[1] – يراجع، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص235؛ صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص50

[2] –يراجع، أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص241؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص267.

[3] – تتلخص وقائع قضية "Patino "في أن زوجين من بولونيا تقدما أمام القضاء الفرنسي بطلب الطلاق طبقا لقانونهما الشخصي الذي يبيح الطلاق قانون 15ابريل1932، والذي ألغى ضمنا التفريق الجسماني، ولكن عند رجوع قضاة الموضوع إلى ذلك القانون لاحظوا انه يشترط لقبول الطلاق أن يكون القانون الذي أشهر الزواج في ظله يقبل الطلاق أيضا .وكان هذان الزوجان قد أشهر زواجهما تحت سلطان القانون الاسباني، الذي كان يمنع الطلاق وقت رفع الدعوى ،بيد أن محكمة النقض عندما طعن في الحكم أمامها قدرت أن رفض الطلاق طبقا للقانون المحال عليه (القانون الاسباني)من القانون البوليفي، ورفض التفريق الجسماني بمقتضى هذا القانون الأخير بعد إلغائه ضمنيا يترتب عليه إشاعة الفوضى والاضطراب بين زوجين نشب الخلاف بينهما، وهو آمر يخل بالنظام العام الفرنسي، لذلك انتهت المحكمة النقض مراعاة للظروف المحيطة بالقضية، إلى تأييد الحكم المطعون فيه فيما يخص رفض طلب الطلاق وطبقت القانون الفرنسي، وقضت بالتفريق الجسماني بين هذين الزوجين، ورتبت على التفريق تصفية علاقاتهما المالية. يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص282.

[4] – cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit. , p.295.

ثانيا– آثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة.

لقد سبق الذكر، أن مقتضيات الحفاظ على مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع، دفعت التشريعات إلى التخفيف من حدة وصرامة الدفع بالنظام العام، وهو ما اصطلح على تسميته "الأثر المخفف للنظام العام"، ويبرز هذا الأخير بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج تطبيقا لقانون القاضي الناظر في النزاع أو تطبيقا لقانون أجنبي يجيز تطبيقها، وفي هذا نجد أن القضاء الفرنسي في الفترة السابقة لسنة 1884، أجاز أحكام الطلاق الصادرة في الخارج رغم أن الطلاق في فرنسا آنذاك كان يتعارض مع النظام العام، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية، حين قضت في قضية"Rivière "،[1]أن أثر النظام العام يختلف في حالة المنازعات المتعلقة بحق نشأ في فرنسا عنه في الفرض الذي اكتسب فيه الحق فعلا في الخارج وفقا للقانون الذي تشير قواعد التنازع الفرنسية باختصاصه،[2] وسبب ذلك عدم تَأثُّر الشعور العام في دولة القاضي، إزاء علاقة تم إنشاؤها في الخارج بنفس القدر الذي تتأثر به إذا أريد إنشاء ذات العلاقة داخل دولة القاضي، وبناءا على ذلك لا تتردد المحاكم الفرنسية في الاعتراف بآثار الطلاق الصادر في الخارج، ولو تم بناء على أسباب لا يعترف بها القانون الفرنسي كالطلاق بالإرادة المنفردة،[3] فحَقيقَةُ أن النظام العام يضمحل مفعوله أمام الحقوق المكتسبة في الخارج لا تؤخذ على إطلاقها، فهو يستعيد دوره في الحالات الخطيرة بوصفه صمام الأمن اللازم لحماية الأسس

[1]– تتلخص وقائع قضية "Rivière" في أن السيدة" ليندا روما نزييف"، وهي من أصل روسي تجنست بالجنسية الفرنسية، وتزوجت في فرنسا، بتاريخ 9 فبراير 1953 من "دمتري باتروف"، وهو من الجنسية الروسية أمام المرجع الرسمي دون تنازلها عن الجنسية الفرنسية بسبب الزواج، بعد ذلك إنتقل الزوجان إلى "الإكوادور" والتي أصبحت محل إقامتهما الجديدة، وبتاريخ 27 جويلية 1953 إتفقا على حل زواجهما بالرضى المتبادل ، وقد صودق على ذلك الاتفاق من قبل السلطات الإكوادورية وفقا للقانون الإكوادوري الذي يجيز هذا الطلاق.

بتاريخ 19 ماي 1959 تزوجت السيدة "روما نزيف"، من السيد "ريفيير" وهو من الجنسية الفرنسية أمام المرجع الرسمي في "كازابلانكا" ،ولاحقا طلبت الزوجة الطلاق. غير أن الزوج كان قد تقدم مستبقا حكم الطلاق بدعوى يطلب فيها إعلان بطلان الزواج ، لأن الطلاق الذي تم بين السيدة" روما نزييف "وزوجها السابق "باتروف "عديم المفعول والأثر في فرنسا لأنه تم بالرضا المتبادل وهو ما يخالف النظام العام الفرنسي، وبذلك فمن غير المسموح للسيدة "روما نزييف" الزواج ثانية في فرنسا طالما أن زواجها الأول لا يسري فيها، وبذلك قضت المحكمة أن التعارض مع النظام العام الفرنسي، يقتضي أن ينظر فيه بصورة مختلفة، بين أن تكون العلاقة نشأت في فرنسا، أو في الخارج بناء على قانون مختص حسب قواعد التنازع الفرنسية، وبالتالي فإن أثر الفعل اتجاه بند من قانون أجنبي يخالف النظام العام (هو النص الذي يسمح بالرضا المتبادل) ليست هي ذاتها بين أن يطلب اكتساب الحق في فرنسا، أو أن يطلب إعطاء الحق المكتسب في الخارج دون تحايل وبصورة متوافقة مع القانون الصالح للتطبيق بحسب القانون الدولي الخاص في فرنسا، حيث أنه لا يكفي أن تكون المرأة المتنازعة من الجنسية الفرنسية لكي ينعقد الاختصاص إلزاما في مسائل الأحوال الشخصية للقانون الفرنسي. يراجع سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص406.

[2]– يراجع، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص215؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص142.

[3]– يراجع، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص238.

الجوهرية في المجتمع،[1] وعليه نجد أن القضاء الجزائري رفض في العديد من أحكامه منح حضانة الأطفال للأم المستوطنة ببلد أجنبي، كما رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بالحكم الصادر عن القضاء التونسي الذي يمنح للزوج الحق في حضانة أولاده لأنه بني على أسباب لم تراع المصلحة الفعلية للأطفال.[2]

إذا حددنا الدفع بالنظام العام، باعتباره أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي المعين بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وجب التطرق إلى الدفع بالغش نحو القانون باعتباره ثاني دفع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص.

الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.

إذا كان الدفع بالنظام العام يتم بفعل سند تشريعي، يطبقه قاضي النزاع منعا لتطبيق القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، فإن الدفع بالغش نحو القانون يجد سندا له في تصرفات الخصوم الهادفة إلى التهرب من أحكام القانون الأجنبي المختص أصلا لحكم النزاع بغرض تحقيق مصالحهم، فغالبا ما يلجأ الأطراف إلى تغيير ضابط الإسناد للتهرب من أحكام القانون الأجنبي المختص الذي يمنع فك الرابطة الزوجية .

ولتوضيح ذلك، سنتطرق إلى تحديد مفهوم الدفع بالغش نحو القانون (**البند الأول**)، وبيان شروطه(**البند الثاني**)، وآثاره (**البند الثالث**).

البند الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون.

[1]- يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص258.

[2]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص554.

يعرف الدفع بالغش نحو القانون بأنه:" اتخاذ أعمال إرادية، عمدا أو عن غير عمد لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يُخالف غرضه".[1]

كما يعرف بأنه:" إتباع وسائل مشروعة للوصول إلى تطبيق قانون آخر غير ذلك الذي عينته قاعدة الإسناد وذلك بتغيير وصف العلاقة القانونية محل الاهتمام أو بتغيير ضابط الإسناد كتغيير الجنسية أو الموطن وما يترتب عليه من تغيير للقانون الشخصي".[2]

وقد عرفه "زروتي الطيب" بأنه:" مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة".[3]

وفي الحقيقة فإن فكرة الدفع بالغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص قضائية النشأة، تبرز بوادرها الأولى في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 18 مارس 1878 المتعلق بقضية " De Bauffremont".

وإن كان الإجماع الفقهي يتجه إلى قضاء "دي بوفرمون" فإن القضاء الفرنسي طبقها قبل ذلك في عدة قضايا،كقضية "Place et Choppin "بلاس وشوبين"، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخص فرنسي كان متزوجا من فرنسية منذ عشرين سنة، ثم صدر حكم ضده قضى بالتفريق الجسماني بسبب أخطاء نسبت إليه، فأقام بسويسرا مع خليلته وتجنس بالجنسية السويسرية بمدينة بال "Bâle "، ثم طلب تحويل التفريق الجسماني إلى طلاق، بعد حصوله على مبتغاه تزوج بخليلته، وعاد إلى فرنسا للعيش معها، غير أن الحظ لم يكن حليفهما إذ توفيت زوجته الثانية، فما كان عليه إلا الرجوع إلى سويسرا لعقد قرانه للمرة الثانية، ثم العودة بعد ذلك إلى فرنسا ليقيم بها بصفة دائمة.[4]

[1]-يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص159.

[2]- يراجع، أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص247.

[3]- يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص289.

[4]- يراجع، نادية فضيل، الغش نحو القانون، بحث للحصول على درجة ماجيستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، جوان 1984، ص47.

إذا كانت هذه الحقائق التاريخية، تؤكد وجود جذور تاريخية سابقة لفكرة الدفع بالغش نحو القانون قبل قضاء "De Bauffremont "، إلا أن هذه القضية ونظرا لما أثارته من صخب على مستوى الفقه والقضاء فقد جسدت ورسمت معالم هذه النظرية، وتتلخص وقائعها في أن الكونتيسة "Carman Chimay" بلجيكية الأصل تزوجت بضابط فرنسي هو الأمير " De Bauffremont" فأصبحت فرنسية بالزواج، وفي أوت 1874 حدث بينها وبين زوجها انفصال جسماني وأرادت الزوجة الطلاق، غير أن القانون الفرنسي كان يحظر الطلاق آنذاك، فلم تجد حلا إلا اللجوء إلى ألمانيا والتجنس بجنسية إحدى الدويلات وهي دوقيه سايكس التمبورغ " Duché de saxe Altembourg" .

وفي 24 أكتوبر 1875 حصلت على حكم التطليق طبقا لقانون جنسيتها الجديدة ثم رحلت بعد ذلك إلى "برلين"، وتزوجت بالأمير الروماني بيبسكو "Bibesco" وعادت بعد فترة للعيش في فرنسا، و بعد أن علم الزوج الأول بذلك لم يكن أمامه إلا اللجوء إلى القضاء الفرنسي، مطالبا ببطلان الزواج الثاني واعتبار التطليق كأن لم يكن مستعينا بنظرية الغش نحو القانون، وقد أخذ القضاء الفرنسي بذلك وأيدته محكمة باريس في 17 جويلية 1876، كما أن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1878 رفضت الطعن بالنقض في القرار مستندة إلى جملة من الحجج،[1] أهمها أن الزوجين لا يمكنهما تجنب الخضوع إلى أحكام القانون الفرنسي حتى لو كان ذلك برضائهما، لأن القانون الفرنسي وحده يقرر ما إذا كانت رابطة الزواج قابلة للانحلال أم لا خاصة أن المدعية حصلت على الجنسية الجديدة لا لتخضع لواجباتها ولتتمتع بحقوقها، وإنما فقط للحصول على الطلاق الذي يحظره القانون الفرنسي.

إذا ما خلصنا من تحديد مفهوم الدفع بالغش نحو القانون، وحددنا أهم القضايا التي رسخت لوجوده في مجال انحلال الزواج، وجب علينا بيان شروطه.

[1]- يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص160؛ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص185؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص291؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص275؛ ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص205.

البند الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون.

ينعقد إجماع الفقه على ضرورة توافر شرطين أساسيين للتمسك بالغش نحو القانون، وهما أن يقوم ذووا المصلحة بمناورات مادية تتوقف على إرادتهم، وتؤدي إلى عدم تطبيق القانون المختص أصلا، وهذا هو الركن المادي للغش، وأن يكون القصد من وراء ذلك مقرونا بسوء النية وصولا إلى نتائج غير مشروعة، وهذا هو الركن المعنوي المتمثل في كون الباعث الدافع أصبح هدفا في ذاته لتغيير ظروف الإسناد، وإلى جانب هذه الشروط المتفق عليها أضاف الفقهاء شروطا أخرى.[1]

أولا– الشروط المتفق عليها.

تشمل الشروط المتفق عليها ركنين، أحدهما مادي يتمثل في "تغيير ضابط الإسناد" والآخر معنوي يتمثل في "نية الغش".

1–العنصر المادي: تغيير ضابط الإسناد.

يبرز الغش نحو القانون نتيجة تصرف إرادي يتمثل في تغيير ضابط الإسناد المحدد بموجب قاعدة الإسناد، ويكون ذلك التغيير إما قانونيا كالجنسية أو ماديا كالموطن. فتغيير الجنسية بالنسبة للدول التي تسند مسائل انحلال الزواج لقانون الجنسية ينجم عنه تغيير القانون الشخصي،[2] لذلك فقد يعمد الشخص إلى تغيير جنسيته للحصول على الطلاق إذا كان قانون جنسيته يُحرم انحلال الرابطة الزوجية، أو إذا كان من القوانين الصارمة في هذا المجال،[3] وبالمثل يؤدي تغيير الموطن، باعتباره من الضوابط التي يسهل تغييرها إلى تغيير القانون الشخصي،[4] لذلك فإن المحاكم الإنجليزية تجمع على عدم الاعتراف

[1]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص291.

[2] – cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit,p232.

[3]– يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص278.

[4]– يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص190.

بأحكام الطلاق الصادرة في الخارج، متى كان الغرض من تغيير الموطن هو الحصول على الطلاق من دولة الإقامة المؤقتة أو العارضة، وذلك ما يسميه الفقه الإنجليزي بطيور الهجرة أو الطريق.[1]

ولا يقتصر الأمر على ضابطي الموطن والجنسية، بل يشمل كذلك ضابط الديانة في الدول العربية بصفة عامة، وفي الدول المتعددة الطوائف بصفة خاصة، فتغيير الملة مع وحدة المذهب والديانة يشكل سببا كافيا للطلاق، إذا كان المذهب المعتنق يشترط وحدة الملة، فاعتناق الزوجة المسيحية الإسلام، يعد سببا كافيا للطلاق وعلى الرغم من النتائج المترتبة على تغيير الديانة، إلا أن بعض الدول العربية كمصر لا تعتبر تغيير الشخص لدينه من غير الإسلام إلى الإسلام غشا نحو القانون، على أساس أن كل ما يتعلق بالدين يعد مسألة نفسية باطنية، لا يُمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الرسمية. كما أن الإسلام يقتضي من الأجنبي الشهادة حتى يصبح مسلما له ما للمسلمين من حقوق بغض النظر عن الدوافع الكامنة وراء تغيير الشخص لدينه.[2]

ولما كان تغيير ضابط الإسناد يمثل الركن المادي للغش نحو القانون، فلابد أن يكون التغيير إراديا، أي أن يتم بإرادة الأفراد كاكتساب الفرد الجنسية عن طريق التجنس، فإذا ما اكتسبها بشكل لا يد له فيه فانه لا داعي لإثارة الدفع بالغش نحو القانون،[3] والى جانب ذلك يجب أن يكون التغيير فعليا حقيقيا، يؤدي إلى نقل الاختصاص التشريعي، فإذا ما تم تغيير الموطن بشكل صوري فإنه لا يمكن التمسك بالغش، بل يتم الدفع بعدم صحة أو بصورية الموطن لتطبيق أحكام الموطن الحقيقي على النزاع،[4] ولا يكفي أن يكون التغيير إراديا وفعليا بل لابد أن يكون مشروعا من حيث الوسيلة التي استند عليها، فإذا ثبت عدم شرعية الوسيلة فانه يتم استبعاد القانون المحدد من منطلق عدم شرعيته، وليس من منطلق الدفع بالغش نحو القانون.

[1]-يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص292.

[2]- يراجع، ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص207.

[3]-يراجع، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص187.

[4]- يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص279.

بهذا يتضح، أن الغش نحو القانون لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا تعذر الحصول على جزاء آخر، وهو ما دفع الفقيه "نيبوابيه و لويس لوكا" إلى القول أن الغش له دور احتياطي، وأنه وسيلة احتياطية وعلاج أخير "Remedum ultimium".[1]

2- العنصر المعنوي: نية الغش.

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول أن هناك غشا نحو القانون، وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع،[2] ومثاله أن يقوم شخص يمنعه قانونه الوطني من طلاق زوجته بتغيير جنسيته واكتساب جنسية دولة أخرى يبيح قانونها الطلاق، وهذا ما حصل في قضية "دي بوفمرون" التي غيرت جنسيتها بمحض إرادتها للتهرب من تحريمات القانون الفرنسي، كما قد يعتنق المسيحي اللبناني دينا آخر بهدف الحصول على الطلاق أو للتوقف عن دفع النفقة التي حُكم عليه بها بموجب قانونه القديم.[3]

ولما كانت النية من الأمور الباطنية التي يصعب على القاضي الكشف عنها فقد تردد الفقه في التسليم بفكرة الغش نحو القانون، إذ تساءل الفقيه " Kant "عن السبل والوسائل التي تمكن من الكشف عن النوايا الداخلية للشخص،[4] وذلك كله للإطاحة بنظرية الغش نحو القانون، والتي تُعتبر في نظره وسيلة لتحكم القضاة في إصدار أحكام تخمينية حسب النوايا الخفية.

ونظرا للانتقادات اللاذعة لنظرية الغش نحو القانون، أكد بعض من الفقه على أن مسألة النية ليست صعبة كما يدعي البعض الآخر، بل هي من الأمور اليسيرة التي يمكن للقاضي الوقوف عليها من خلال استعانته ببعض القرائن، كالتلازم الزمني بين الإجراء المادي المتمثل في تغيير ضابط الإسناد، وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، فلو تجنس شخص بجنسية جديدة،

[1]- يراجع، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص130.

[2]- يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص256؛ ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص210.

[3]- يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص372.

[4]- يراجع، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص132.

وقام فور تجنسه بالحصول على التطليق تثبت نيته في الغش كما هو الشأن بالنسبة لقضية " De Bauffremont".[1]

ثانيا– الشروط المختلف فيها.

إلى جانب الشروط المتفق عليها، فإن هناك شروط أخرى غير متفق عليها، تتمثل في:

1–أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي:

اتجهت الغالبية الفقهية في البداية إلى قصر مجال الدفع بالغش نحو القانون على حالة التحايل على القانون الوطني دون الأجنبي، لاسيما وأن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني ومنع الأفراد من مخالفته،[2] وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية سنة 1922 في قضية "فيراري" إذ أكدت صحة طلاق السيدة فيراري طبقا للقانون الفرنسي رغم ما يتضمنه ذلك من تحايل على القانون الإيطالي،[3] وقد تبنت المحاكم البلجيكية ذات الأسلوب، إذ رفضت ردع التحايل على القانون الأجنبي متى نجم عنه اختصاص القانون البلجيكي، ويتضح موقفها بقبولها لطلبات الطلاق المقدمة من قبل فرنسيين اكتسبوا الجنسية البلجيكية بطريق التجنس على الفترة السابقة لإعادة الاعتراف بالطلاق في فرنسا 1884.[4]

ونظرا للنتائج الغريبة لهذا التطبيق تخلى القضاء الفرنسي عن هذا الشرط لقصوره وعدم شموليته، خصوصا أن التحايل على القانون الأجنبي يعد تحايلا على قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قضية فيور" Fiore"،[5] وقضية "Massimo Adams "،[1] وأكثر من

[1] - cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit,p233.

[2]– يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص192.

[3]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص296.

[4]– يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص261.

[5]–تتلخص وقائع قضية "Fiore "في أن الزوجان الإيطاليان فيور عقدا قرانهما سنة 1904 ،وفي سنة 1912 تجنس الزوج بالجنسية الفرنسية ،ورفع دعوى الطلاق أمام المحاكم الفرنسية ،فدفعت زوجته بأنها كانت تجهل تجنس زوجها وبأنه تحايل على القانون الإيطالي الذي لا يبيح الطلاق. وفعلا أدركت محكمة سوس" Soux"في 2 ديسمبر 1915 النتيجة التي كان الزوج يريد الحصول عليها في حالة ما إذا حصل على الطلاق وهي التزوج مرة ثانية ،في حين تبقى زوجته مرتبطة به ويستحيل عليها الزواج مرة أخرى. فرفضت المحكمة

ذلك فقد حدد من ضمن شروط منح الأمر بالتنفيذ عدم توافر الغش نحو القانون الأجنبي في "قرار Munzer" الصادر في 1964/01/07.[2]

بموجب هذه الاجتهادات القضائية أصبح في الإمكان التمسك بالدفع بالغش نحو القانون، سواء كان التحايل على قانون القاضي أو على القانون الأجنبي، إذ في الحالتين يتحقق التحايل على قانون القاضي وذلك بالعصف بقاعدة الإسناد والخروج بها عن وظيفتها التي رسمها لها المشرع الوطني.[3]

2- أن يكون التحايل منصبا على القواعد الآمرة:

يتجه الفقيه "جوزيف فيدال" أنه يستوجب لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، أن يكون التحايل على القانون الوطني منصبا على النصوص الآمرة، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها باعتبارها من النظام العام، إذ لا ينصب الغش نحو القانون على القواعد المكملة التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها واستبعاد تطبيقها، وعلى الخلاف من ذلك تتجه غالبية الفقه إلى معاملة القواعد المكملة والقواعد الآمرة على حد سواء، إذ أن القواعد المكملة في حالة عدم الاتفاق على مخالفتها تتسم بطابع الإلزام.[4]

الفرنسية الحكم بالطلاق على أساس أن المحاكم ليس لها أن تنتقد فكرة التجنس باعتباره عمل إداري وذلك ما أيدته محكمة النقض الفرنسية في 5 فبراير 1929.يراجع، نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص100.

[1]- قضية "مايسمو آدامس" "Massimo Adams "تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة داون آدمس"Daun Adams" هي من جنسية بريطانية تزوجت من السيد فيتوريو ايمانويلي ماسيمو "Vittro Emmannuellei Massimo" وهو من جنسية إيطالية، وفي 21 نوفمبر 1953 دعيا إلى محكمة روما لمحاولة الصلح بينهما إثر طلب التفريق الجسماني من طرف الزوجة، وبعد أن سمحت لهما المحكمة بالعيش متفرقين انتقلت الزوجة إلى فرنسا وحصلت على تأشيرة سفر مؤقتة من 22 أبريل 1959 إلى أبريل 1960، في حين بقي زوجها في روما. وفي 21 سبتمبر ،1959 رفعت الزوجة دعوى الطلاق أمام محكمة السين ضد زوجها على أساس أنه يجوز للأجنبي المقيم بفرنسا رفع دعوى أمام القضاء الفرنسي ولو كان المدعى عليه مقيم بالخارج. لكن محكمة السين، رأت أن الزوجة من أصل بريطاني واكتسبت جنسية زوجها الإيطالية بالزواج، ومن ثم فهي لا تخضع للقانون الفرنسي من جهة، ومن جهة أخرى اغتنمت فرصة الإقامة المنفردة التي قضت بها محكمة روما، واتخذت لنفسها موطن بفرنسا حتى تتمكن من التهرب من أحكام القانون الإيطالي، ومن ثم قضت محكمة السين بأن محكمة روما وحدها يؤول إليها الاختصاص للنظر في هذه القضية باعتبارها محكمة موطن الزوجية يراجع، نفس المرجع، ص105.

[2]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص193.

[3]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص44.

[4]- يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص257؛ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص194؛ نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص54.

3-أن يكون الدفع بالغش نحو القانون دفعا احتياطيا:

يقصد بهذا الشرط عدم توافر وسائل أخرى، يمكن بواسطتها استبعاد القانون الأجنبي غير وسيلة الدفع بالغش نحو القانون، وفي هذا ميز الفقهاء بين المخالفة المباشرة للقانون، والمخالفة الغير المباشرة، ففي الحالة الأولى، لا يمكن إبطال آثار النتيجة المحققة إلا بوسيلة الدفع بالغش نحو القانون،[1] أما في الحالة الثانية يمكن الاستغناء عن فكرة الغش نحو القانون بطريقة أخرى، كالاعتداد بعدم مشروعية النتيجة.

إذا خلصنا من بيان الشروط التي تسمح بإعمال الدفع بالغش نحو ، سواء كانت شروط متفق عليها، أو مختلفا فيها، وجب الانتقال لتحديد آثار الدفع بالغش نحو القانون.

البند الثالث:آثار الدفع بالغش نحو القانون

لما كان الدفع بالغش نحو القانون تقنية قانونية يترتب عنها آثار معينة، فقد كان لزاما على الفقه التطرق لهذه الآثار بالبحث والتمحيص وصولا إلى رسم المعالم الأساسية لتوجهاتهم، التي وضحت أن الأثرين السلبي و الايجابي وجهان لعملة واحدة ، إذ لا يمكن الحديث عن أحدهما دون الآخر لتكاملهما وارتباطهما،ولذلك سنحاول تحديد كل من الأثرين السلبي والايجابي .

أولا- الأثر السلبي

حسب القاعدة المأثورة فإن " الغش يدنس كل شيء، ولا يمكن من ثم للغاش الاستفادة من غشه أو تدنسه"، غير أن المثير للاهتمام في مجال القانون الدولي الخاص هو البحث عن نطاق عدم

[1]-إن تجنس الاسباني بالجنسية الجزائرية للحصول على الطلاق يؤدي إلى إبطال النتيجة المحققة إعمالا لنظرية الدفع بالغش نحو القانون ،فمخالفة أحكام القانون الاسباني باكتساب جنسية دولة أخرى يعتبر وسيلة مصطنعة لتحقيق غرض غير مشروع و هده المخالفة مخالفة غير مباشرة يترتب عليها الحصول على الطلاق، أما إذا توطن اسباني في انجلترا للحصول على الطلاق، واستصدر حكما بذلك طبقا للقانون الانجليزي باعتباره قانون الموطن ،فان مخالفة القانون الاسباني في هذه الحالة تعد مخالفة مباشرة ومن ثم فلا حاجة لإثارة الدفع بالغش نحو القانون لوجود دفع أصلي آخر للاستبعاد.يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص297.

الاستفادة، ومن ذلك برز رأيين يحتوي أحدهما الآخر ويشمله، ولكن في الوقت ذاته يتعداه إلى تقرير نتيجة أوسع منه تتمثل في عدم نفاذ أو عدم حجية التصرف واعتباره والعدم سواء.[1]

فبينما يتجه الرأي الأول إلى أن جزاء الغش يقتصر على الجزء الذي وقع فيه، أي على النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها دون الوسيلة،[2] ذلك أن العبرة في التصرف بغايته وعليه لا داعي للمبالغة في الجزاء، إذ يكفي أن يُرَدَ الغاش عن قصده، فتغيير الزوجة لجنسيتها تهربا من الأحكام الموضوعية في القانون المختص أصلا لحكم النزاع والتوصل إلى استصدار حكم التطليق وفقا لقانون جنسيتها الجديدة يفترض أن يكون الجزاء من جنس الفعل المرتكب، وهو ما لن يتأتى إلا بقصر الأثر على عدم نفاذ النتيجة "التطليق"،[3] دون التطرق إلى الوسيلة "الجنسية الجديدة" التي تبقى منتجة لآثارها خارج حدود القضية المطروحة، ويستند أنصار هذا الاتجاه وعلى رأسهم الفقيه "نيبوابيه" إلى موقف محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة "دي بوفرمون"، إذ اكتفت محكمة النقض بعدم الاعتداد بالتطليق في فرنسا،[4] ودون التطرق إلى بطلان الجنسية الألمانية لأن الخوض في ذلك يؤدي إلى خلق مشكل قانوني يتمثل في التعدي على أحكام القانون الإداري الأجنبي،[5] ولكن هذا الرأي انتقد لمجافاته للمنطق القانوني السليم، خاصة أنه يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثار متناقضة، إذ يبقى الغاش خاضعا للقانون الذي تهرب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بتغييره لضابط الإسناد، وفي نفس الوقت يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى، و هو ما يترتب عليه عدم استقرار المراكز القانونية.[6]

[1]- يراجع، نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص123.

[2]- يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص262.

[3]- يراجع، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص230.

[4]- cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit, p. 233.

[5]- يراجع، نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص124.

[6]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص198.

هذا ويؤكد الرأي الثاني أن جزاء الغش، يشمل الغاية والوسيلة التي لجأ إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة، فمن غير المتصور تجزئة العمل القانوني والاعتراف ببعض آثاره دون البعض الآخر،[1] وعليه يُفند أصحاب هذا الرأي توجه الرأي السابق بخصوص قضية "دي بوفرمون"، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية لم تتطرق إلى صحة تجنسها بالجنسية الألمانية بل اكتفت بذكر أن السيدة "دي بوفرمون" لا تزال تتمتع بالجنسية الفرنسية.

وهذا الاتجاه هو الصائب في نظرنا تطبيقا لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل، إذ لما كانت فكرة عدم النفاذ وسيلة فنية لحماية مصلحة مشروعة للغير، فإن الدفع بالغش نحو القانون يرمي إلى حماية سلطان القانون مجردا عن المصالح الخاصة، لذلك فمن الواجب استخدام الدفع في كل حالة تُستعمل فيها قاعدة الإسناد للتهرب من أحكام القانون المختص، حتى لو كان ذلك التهرب مُتواطئا عليه من طرف أصحاب الدعوى، فمتى تواطأ زوجان على التجنس بجنسية دولة أجنبية للحصول على حكم الطلاق وبعد أن تحصلا عليه تزوج أحدهما، فإنه يجوز للزوج الأول أن يتمسك بالدفع بالغش نحو القانون حتى لا يُنفذ الطلاق والزواج الثاني في مواجهته.[2]

وكنتيجة يمكن القول، إن تطبيق فكرة ما بني على باطل فهو باطل. تقتضي التوقف على نظرية الظاهر، والأخذ بعين الاعتبار حسن نية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، فقد يكون الطرف الضعيف أولادا نجموا عن الزواج الثاني، والجزم بعدم نفاد النتيجة والوسيلة يؤدي إلى إهدار حقوقهم الشرعية وهو ما يتعارض مع المراكز القانونية الجديدة، والقضاء على مبدأ استقرار المعاملات، لذا يتعين على القاضي الأخذ بهذه الالتزامات جملة واحدة ودون تغليب لبعضها على البعض الآخر.

ثانيا– الأثر الإيجابي.

[1]– يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص527.

[2]–يراجع، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص231.

إن استبعاد القانون الذي سعى الأطراف إلى تطبيقه غشا، يؤدي إلى نشوء فراغ قانوني يتعين سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أرادوا التهرب من أحكامه، وفي ذلك درء للاعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وإعادة لسلطانها، بتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث تغييرا أو تلاعب بضابط الإسناد فيها.[1]

وبهذا يتضح أن أثر الدفع بالغش، هو أثر حلولي واستبدالي، إذ يؤدي إلى تطبيق القانون المختص أصلا ويستوي في هذا القانون أن يكون وطنيا أو أجنبيا.

ولما كان المشرع الجزائري اقتصر على الدفع بالغش نحو القانون دون تحديد لآثاره كما فعل بالنسبة للدفع بالنظام العام، فإننا كما ذكرنا سالفا نؤيد تطبيق المبدأ العام وهو ما بني على باطل فهو باطل على أن للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تطبيقه حفاظا على استقرار المراكز القانونية وحماية للغير حسن النية.

بعد أن حددنا موانع تطبيق القانون الأجنبي، المتمثلة في الدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون، والتي بتوفرها يتوجب على القاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، فإنه يجب الحديث عن الصعوبات التي تطرح أمام القضاء الوطني، إذا ثبت الاختصاص للقانون الأجنبي بوصفه القانون الأقدر للفصل في النزاع المتعلق بحل الرابطة الزوجية، نتيجة لانعدام الموانع التي تحول دون تطبيقه.

المطلب الثاني: تطبيق القانون الأجنبي.

إن إسناد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي، يثير صعوبات نظرية وعملية في التطبيق، ومرجع هذه الصعوبات، جهل القاضي للقانون الأجنبي الصادر عن مشرع أجنبي، لا يملك سلطة

[1]– يراجع، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص156؛ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص805.

إصدار الأوامر له، ولما كانت مسائل انحلال الرابطة الزوجية من المسائل المرتبطة بالحالة الشخصية للفرد والتي تفرض مكانتها في أية دولة وجودا وعدما، فقد كان من اللازم تسليط الضوء على طبيعة القانون الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، وذلك لتحديد المعاملة الإجرائية التي يخضع لها أمام القضاء الوطني.فما هي طبيعة القانون الأجنبي؟ و ما هي المعاملة التي يلقاها أمام القضاء الوطني؟

هذا ما سيتم بحثه بالتطرق إلى طبيعة القانون الأجنبي (**الفرع الأول**)، وتحديد وضعية القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي.

إذا ثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي، بوصفه القانون الأقدر لحكم النزاع المتعلق بحل الرابطة الزوجية، وتبين للقاضي انعدام موانع تطبيقه، التزم بتطبيقه على وقائع الدعوى، إلا أن الصفة الأجنبية لهذا القانون، وصدوره عن دولة أجنبية لا تملك سلطة إصدار الأوامر للقاضي الوطني، تطرح مجموعة من الصعوبات العملية. وعليه ما هي طبيعة القانون الأجنبي المتعلق بانحلال الزواج؟ فهل يعتبر هذا القانون واقعة نتيجة لتجاوزه حدود البلد الصادر عنه؟ أم أن ارتباطه بحالة الأفراد يسمح له بالاحتفاظ بطبيعته القانونية ؟

البند الأول: الطبيعة الواقعية للقانون الأجنبي.

أنكر بعض الفقهاء الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، واعتبروه مجرد عنصر من عناصر الواقع، وقد امتد ذلك لكل قانون أجنبي ودونما تمييز بين الحقوق التي يجوز التصرف فيها، والحقوق التي لا

يجوز التصرف فيها، كما هو الشأن بالنسبة لانحلال الزواج وما يترتب عليه من آثار وقد استندت المدارس الفقهية في تبرير موقفها على جملة من الحجج.

أولا– المدرسة الأنجلوسكسونية.

اعتمد فقهاء المدرسة الأنجلوسكسونية، وعلى رأسهم الفقيه الإنجليزي دايسي "Dicey" والفقيه الأمريكي بيل "Beale" لتبرير الطبيعة الواقعية للقانون الأجنبي على نظرية الحقوق المكتسبة "Vested-Rights"، التي يتعين بمقتضاها على القاضي الوطني عند نظره في الحق المكتسب في ظل سلطان دولة ما، الرجوع لهذا القانون باعتباره مجرد عنصر في واقعة تستمد قوتها القانونية من المبدأ المستقر عليه في قانونه، وهو ضرورة احترام الحق المكتسب في الخارج.[1]

وقد انتقدت هذه النظرية لعدم شموليتها واقتصارها في تبرير الأخذ بالقانون الأجنبي على الحقوق المكتسبة في الخارج، دون أن تحدد الأساس الذي يستند إليه تطبيق هذا القانون فيما يخص الحقوق المراد إنشاؤها كالطلاق مثلا، فلو رفع جزائري دعوى طلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء الفرنسي لظهر عجز هذه النظرية في تفسيرها لإمكانية إعمال القانون الجزائري[2] على النزاع لمخالفته للنظام العام الفرنسي.[3]

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه النظرية، تحصر مهمة القاضي في تحديد إمكانية اكتساب الحق من عدمه، رغم أن مهمته تتجاوز ذلك إذ تشمل إنشاء الحق أو الاعتراف به من خلال تطبيقه للقانون الأجنبي المختص.[4]

ثانيا– المدرسة الفرنسية.

[1] -cité par, Nouhad Rizkallah, op.cit., p.54.

[2]– يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص231.

[3]– يؤكد الدفع بالنظام العام الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، ومن ثم المغالاة في اعتبار هذا الأخير مجرد واقعة قول مردود، إذ كيف يمكن اعتباره واقعة ويتم في ذات الوقت البحث عن وسيلة فنية لاستبعاد إعماله للمحافظة على الأسس الجوهرية لدولة القاضي...يراجع في ذلك، المذكرة، ص72.

[4]– يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص142.

يتزعمها بعض الفقهاء كالفقيه "بيجونير" الذي لجأ في تبريراته إلى الضرورة العملية التي لا تسمح للقاضي أن يتعرف على كل قوانين العالم،[1] وذلك على خلاف الفقيهان " Batiffol et lagarde"،[2] اللذان استندا في تبريرهما على تفسير عناصر القاعدة القانونية التي تتكون من عنصرين، عنصر عقلي وهو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة، وعنصر الأمر الذي تستمد منه هذه القاعدة قوتها الملزمة، التي تفرقها عن قواعد الأخلاق أو قواعد الدين. فإذا كانت القاعدة الأجنبية تملك هذين العنصرين في بلد المشرع الذي أصدرها فإنها تفقد العنصر الأخير عند تطبيقها أمام القضاء الوطني، لأن عنصر الإلزام ينحصر مجال تطبيقه في الإقليم الذي يزاول فيه المشرع سيادته، وبتجاوز الحدود لا يبقى لها سوى العنصر العقلي فتفقد صفتها كقاعدة قانونية.[3]

وقد انتقدت هذه النظرية بسبب مغالاتها، إذ لو كان انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من عنصر الأمر، فإن دور قاعدة الإسناد هو إيجاد العنصر المفقود، ومن ثم التمسك بالصفة الواقعية يتنافى مع الهيكل المنطقي لفكرة القانون.[4]

رغم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية، إلا أن القضاء الفرنسي استند إليها في تطبيقاته، وفي ذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في شأن قضية "BisBal "[5] بتاريخ 1959/05/12 تقضي: "أن قواعد التنازع في القانون الفرنسي حين تقضي بتطبيق قانون أجنبي لا تعتبره من النظام العام، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون، وعلى ذلك فلا ينعى

[1]– يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص136.

[2]– حسب البعض فإن الفقيه الفرنسي "Batiffol "تراجع عن موقفه، وأكد أنه لم يقصد تشبيه القانون الأجنبي بالواقعة من حيث الطبيعة، بل كان يهدف إلى ضرورة معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع أمام القضاء الوطني، وهو حاليا يستغرب لإجابات بعض الطلبة المتمثلة في أن القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع. يراجع، هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ومسخه، تقديم شمس الدين الوكيل، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1968، هامش ص118.

[3]– يراجع، نادية فضل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، نفس المرجع، ص27.

[4]– يراجع، هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص104.

[5]– تتلخص قضية" BisBal "في أن زوجين من اسبانيا كان منفصلين انفصالا جسمانيا، فرفع الزوج دعوى تحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق أمام القضاء الفرنسي ،الذي قضى بذلك تطبيقا للقانون الفرنسي. فطعن في هذا الحكم بالنقض لمخالفته لقاعدة التنازع في القانون الفرنسي التي تقضي بإخضاع الطلاق لقانون الجنسية، وهو القانون الإسباني الذي يحرم الطلاق. فرفضت محكمة النقض الطعن بالنقض لاعتبار أن قاعدة التنازع لا تعد من النظام العام متى أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي. يراجع علي علي سليمان، المرجع السابق، ص138.

على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها، والرجوع إلى القانون الفرنسي الداخلي الذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص".[1]

وقد اتبعت محكمة النقض المصرية ذات السبيل فقضت في قرارها الصادر سنة1955: "التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها"،[2]كما قضت في قرارها الصادر سنة1979، أن "التمسك لأول مرحلة أمام محكمة النقض بقاعدة أجنبية هو دفاع يخالطه واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع".[3]

إن هذه التطبيقات القضائية تعرضت لانتقادات من قبل الفقه، الذي ذكر ببعض المبادئ الأساسية، والتي ترتب على إهمالها تجاوز القانون ومنها عدم جواز تطبيق واقعة على واقعة، وتخطي المثل السائر على لسان القاضي:

"أعطني الوقائع أعطيك القانون"« Donne moi le fait, je te donne le droit »،[4]

نتيجة لهذه التجاوزات ظهر الاتجاه الذي ينادي بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي.

البند الثاني: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي.

نظرا للانتقادات التي وجهت لأنصار الرأي الأول، اتجه الرأي الغالب فقها وقضاء إلى الاعتراف للقانون الأجنبي بصفته القانونية أمام القضاء الوطني، وفي هذا اعتبر الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه يندمج في القانون الوطني فيصبح جزء منه، ومن ثم يعامل بنفس معاملة القانون الوطني (**أولا**)، وإن كان الاتجاه الراجح، يميل إلى الاعتراف للقانون الأجنبي بصفتيه القانونية والأجنبية لتبرير المعاملة الإجرائية المختلفة التي يلقاها أمام القضاء الوطني (**ثانيا**).

[1] - cité par, Henri Batiffol et Peaul Lagard, op.cit., p.531 ; Nouhad Rizkallah, op.cit., p.57.

[2]- يراجع، ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص219.

[3]- يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص262.

[4]- يراجع، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص136.

أولا– نظرية إدماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني.

تؤكد المدرسة الإيطالية الحديثة على الازدواجية الكاملة للنظامين الداخلي والدولي وعلى استقلالية كل نظام قانوني،[1] وتستند في ذلك إلى نظرية الاستقبال أو الاستيعاب «La réception et L'incorporation»، فطبقا لهذه النظرية يطبق القاضي القانون الأجنبي بسبب اندماج أحكامه في القانون الوطني،[2] مع العلم أن الاندماج نوعان، مادي، نادى به الفقيه " Anzilotti"،[3] وبموجبه يندمج القانون الأجنبي في القانون الوطني اندماجا كليا، فتصبح قاعدة الإسناد قاعدة بيضاء أو فارغة المضمون تمتص وتستقبل أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق،[4] وتتحول من ثم إلى قاعدة موضوعية تطبق على النزاع مباشرة. وقد انتقدت هذه النظرية لتعارضها مع الواقع، لاسيما أن من أهم خصائص قاعدة الإسناد أنها قاعدة محايدة، غير مباشرة تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، فحسب النظرية السابقة –الاستقبال المادي– يتعين على قضاء الدول الغربية الاعتراف بحالة الطلاق بالإرادة المنفردة وتطبيقه رغم مخالفته للأسس التي يقوم عليها مجتمع قاضي دولة النزاع والتي على رأسها مبدأ المساواة بين الجنسين، وذلك بسبب اندماج أحكام القانون الوطني في قاعدة الإسناد التي تتحول إلى قاعدة موضوعية تطبق الأحكام المستقبلة دون تردد وهذا هو سبب انتقادها.[5]

وتجنبا لذلك النقد، اتجه الفقيه " Roberto Ago" إلى اعتبار أن الاستقبال شكلي، يحتفظ من خلاله القانون الأجنبي بمفهومه وقيمه الأجنبية، إذ يطبق من خلاله القاضي القانون الأجنبي

[1]– يراجع، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص25.

[2]– يراجع، علي علي سليمان، نفس المرجع، ص135.

[3]– إلى جانب الفقيه "أنزلوتي" نجد كل من" فيدوزي كسيوني، ومارينوني".يراجع، هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، هامش ص105؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص254.

[4]– يراجع، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص142؛ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص95.

[5]– يراجع، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص119.

باعتباره قد اندمج شكلا في قاعدة التنازع التي تظل محتفظة بطابعها الخاص الذي يميزها عن القواعد المادية.[1]

وقد انتقدت هذه النظرية، ذلك أن قانون القاضي لا يمكنه استيعاب كافة القوانين الأجنبية ولو شكليا وفي هذا يقول "فؤاد رياض": "إنه من غير المعقول القول بإمكان احتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية إذا كانت هذه القاعدة تتنافى مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي أو مع فكرة النظام العام في دولته".[2]

ثانيا– الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية وصفته الأجنبية.

أمام الانتقادات التي وجهت لنظرية الاندماج، أكد الفقه ومن بعده القضاء على الطبيعة القانونية والصفة الأجنبية للقانون الأجنبي، والذي يحتفظ باستقلاليته، بموجب تفويض المشرع الأجنبي الذي اختارت قاعدة التنازع الوطنية تطبيق قانونه، وبعد نقد هذه النظرية،[3] حاول الفقه التأكيد على هذا الرأي من خلال إجراء مقارنة بين القانون الوطني والأجنبي، ليتم التوصل إلى أن القانون الأجنبي له خصائصه المميزة له، وهو ما يوجب على القاضي الوطني أن يعامله بنوع من الخصوصية. فالقانون الأجنبي ليس كالتشريع الداخلي وليس كالوقائع، وإنما هو شيء ثالث بينهما،[4] لذا فإنه يظل محتفظا بطبيعته القانونية وبصفته الوطنية، شأنه شأن القاعدة العرفية التي تعتبر أحد المصادر الرسمية الاحتياطية في القانون.[5]

[1]– يراجع، بيارماير، فانسيه هوزيه، المرجع السابق، ص112.

[2]– يراجع، نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص21؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص232.

[3]– يراجع، نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص22.

[4]– يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص146.

[5]– يراجع، ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص221.

انطلاقا من هذا التشبيه، لابد من الاعتراف للقانون الأجنبي –الذي تزوده قاعدة الإسناد بقوة النفاد في بلد القاضي –بطبيعته القانونية وبصفته الأجنبية.[1] لاسيما مع وجود اتفاق ضمني بين الدول لتطبيق قوانينهم في المجالات العائدة لسيادتهم،[2] وإلى هذا الاتجاه الفقهي تميل غالبية التشريعات بما فيها المشرع الجزائري.

إذا ما فرغنا من الحديث عن مختلف التطورات التي مرت بها طبيعة القانون الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، وجب تحديد المعاملة التي سيلقاها أمام القاضي الوطني نظرا لطبيعته الأجنبية.

الفرع الثاني: وضعية القانون الأجنبي الخاص بانحلال الرابطة الزوجية أمام القضاء الوطني.

إن القانون الأجنبي المتعلق بمسائل انحلال الرابطة الزوجية، والذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه استنادا لضابط الجنسية يعد قانونا أجنبيا، ويعامله معاملة إجرائية خاصة أمام القضاء الوطني، سواء أمام قضاة الموضوع، أو قضاة المحكمة العليا. وهو ما سنحاول التعرض إليه بالتطرق إلى دراسة وضعية القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع (**البند الأول**)، ووضعيته أمام قضاة المحكمة العليا (**البند الثاني**).

البند الأول: وضعية القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع.

إن تحديد وضعية القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع، تستوجب التدقيق في مسائل مختلفة فرضها التوجه الغالب من الفقه، وتبناها التشريع والقضاء في محاولاته للاعتراف بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي كلما تعلق الأمر بحقوق لا يجوز التصرف فيها ومن بينها مسائل انحلال الزواج[3]...

[1]– يراجع، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص200.

[2]– يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص220.

[3]– يراجع، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص135.

فالمنعرج المحدد لطبيعة القانون الأجنبي المتعلق بمسائل انحلال الزواج، وإن كان يحمل في طياته فكرة الصواب، إلا أنه يشمل مخاطر عديدة يلتزم بمقتضاها القاضي بإعمال القانون الأجنبي، والبحث عن مضمونه (**أولا**)،[1] والسعي إلى تفسيره التفسير الصحيح (**ثانيا**)، وهو ما يعد تكليفا له بمستحيل،[2] خاصة إذا تعذر الكشف عن مضمونه (**ثالثا**).

ومن ذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه. إلى أي مدى يلتزم قاضي الموضوع بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي؟، وهل يسعى في سبيل إثباته وتفسيره إلى معاملته معاملة خاصة تقترب إلى حد ما من الواقعة؟

أولا– البحث عن مضمون القانون الأجنبي.

بادئ ذي بدء، يجب الإشارة إلى أن القاضي عليه التمييز بين ما هو قانون أجنبي وبين كل ما يخرج عن هذا المفهوم، فمتى تبين له أنه بصدد قاعدة خلقية أو عرف عشائري يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، توجب عليه التوقف للبحث عن مضمونه، ذلك أن لفظ القانون الأجنبي ينصرف إلى مجموع النظام القانوني المعمول به في بلد سريانه،[3] إذ يشمل في النظام اللاتيني النصوص التشريعية المتضمنة مسائل انحلال الزواج باعتبارها مصدرا رسميا أصليا، بيد أنه يشمل في النظام الأنجلوسكسوني السابقة القضائية التي تعد مصدرا يتعين على قاضي الموضوع الرجوع إليه.[4]

من خلال هذا التعريف، يتضح أن القاعدة التي توجب على القاضي العلم بالقانون لا تنصرف إلا للقانون الوطني، دون القانون الأجنبي الذي يخضع في تحديد مضمونه إلى قواعد وأساليب مختلفة،[5]

[1]– في البداية كان القضاء الفرنسي، يلقي عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصم المتمسك بأحكامه وذلك خلافا لإثبات الوقائع التي يقع عبء إثباتها على عاتق المدعي دائما، وسبب ذلك التوجه هو أن الخصم المتمسك بتطبيق القانون الأجنبي هو صاحب المصلحة الحقيقية في الكشف عن مضمونه، ولذا كان من الطبيعي أن يلقى بعبء اثباته عليه إلا انه فيما بعد لجا القضاء إلى تخويل القاضي حق تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه متى كان عالما بمضمونه .يراجع، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص97.

[2]–يراجع، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص163.

[3]–يراجع، جورج حزبون حزبون، "قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي"، مجلة الحقوق ،العدد26، رقم1، سنة2002، ص257.

[4]–يراجع، أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص208.

[5]–يراجع، ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص221.

وعليه فللقاضي الحرية في إثبات مضمون القانون الأجنبي، وله في سبيل تحقيق ذلك الاستعانة بالخصوم، إضافة إلى اللجوء إلى مختلف أدلة الإثبات، لكن ليس بما تحمله هذه الكلمة من معنى فني، فالقاضي في كشفه عن مضمون القانون الأجنبي إنما يبحث عن الحقيقة الموضوعية لا الحقيقة القضائية لذلك يمكنه اللجوء إلى كافة الوسائل بما فيها،[1] الوثائق الرسمية المسلمة من ممثلين قنصليين وسياسيين، أو الوثائق التي تم الحصول عليها بواسطة هؤلاء الممثلين،[2] كما له الاستعانة بالترجمة الخاصة بنصوص القانون الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، وبالمؤلفات الفقهية الواردة في هذا الشأن، فقد استندت المحاكم اللبنانية إلى أطروحة مؤلفة باللغة الفرنسية لإثبات مضمون قانون الأحوال الشخصية في إيران للفصل في قضايا نفقة المطلقة،[3] إلى جانب ذلك يمكن للقاضي الاسترشاد بالأحكام القضائية الرائدة في هذا الميدان، ويستوي في ذلك أن تكون تلك الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقا لقانون أجنبي معين، أو عن القضاء الأجنبي في دولة القانون الأجنبي موضوع الإثبات أو قضاء دولة أجنبية أخرى، وعليه يمكن للقاضي الجزائري أن يستعين بحكم صادر عن القضاء الفرنسي لإثبات مضمون القانون الإنجليزي في خصوص مسألة انحلال الرابطة الزوجية.[4]

إن الوسائل السالف ذكرها غير كافية، كما قد لا تكون ناجحة، لذلك يمكن للقاضي أن يستعين في سبيل إثبات مضمون القانون الأجنبي بخبراء من أهل الفن والاختصاص كالمحامين، أساتذة قانون، باحثين مهتمين بالدراسة القانونية المقارنة، إلى جانب رجال الدين لحل مشاكل انحلال الزواج.[5]

[1] – يراجع، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص172.

[2] –يراجع، أمين رجا رشاد دواس، نفس المرجع، ص209؛ حسين الهداوي، المرجع السابق، ص220؛ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص228؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص744؛ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص372.

[3] – يراجع، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص682.

[4] – يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص265؛ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص373.

[5] –يراجع، ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص224.

إذا كانت الخبرة، من الوسائل الناجعة التي يستعين بها القضاء الأنجلوسكسوني، فإن الإنابة القضائية باعتبارها طلبا مقدما من السلطة القضائية المنيبة إلى السلطة المنابة، لاتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق وجمع الأدلة من الخارج. لتمكين القاضي من الفصل في النزاع المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية تعد الوسيلة الأنجع لصدورها عن شخص مؤهل.[1]

وطالما خلصنا من تحديد الوسائل التي يستعين بها قاضي الموضوع، للكشف عن مضمون القانون الأجنبي المختص للفصل في مسألة انحلال الرابطة الزوجية، وجب التعرض إلى الحالة التي يتعذر فيها على القاضي الكشف عن مضمون القانون الأجنبي.

ثانيا–تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي.

رغم الوسائل الفنية التي يستعين بها القاضي للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، إلا أنه قد لا يتوصل إلى ضبطه، ولا إلى تحديد نطاقه، أمام هذه المعادلة الصعبة كان لزاما على الفقه إيجاد جملة من الحلول. فقد اتجه الرأي الأول إلى القول بوجوب الامتناع عن الفصل في النزاع، ورفض الطلبات المدعى بها،[2] إلا أنه انتقد لاصطدامه مع المبدأ العام الذي يلزم القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه، وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.[3] لذا دعا الاتجاه الثاني إلى تطبيق المبادئ السائدة في الأمم المتمدينة، كلما استحال على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، ونظرا لأن هذا الاتجاه يمنح القاضي قدرا من التحكم،[4] اتجه رأي ثالث إلى تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الذي تعذر إثباته، نتيجة التماثل في الأحكام بين هذا القانون والقانون الذي وجب تطبيقه، إذ يتم التعرف على القانون المماثل عن طريق تصنيف النظم القانونية في عائلات قانونية،[5] أو بالاشتراك في المصدر

[1]– يراجع، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص375.

[2]–يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص391؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص258.

[3]–يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص150.

[4]– يراجع، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص98.

[5]– يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص258.

التاريخي. فقد تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الجزائري، باعتباره "قانون الموطن المشترك"فيتعذر على القاضي الإنجليزي التوصل إلى أحكام الطلاق، فيسعى إلى استنباط أحكامه من القانون التونسي، لأنه يقترب في أحكامه من القانون الجزائري، لانتمائهما لذات العائلة القانونية.

حسب ما سبق، يتضح أن هذا الرأي يصطدم بعقبات تجعل من النتيجة المتوصل إليها محل شك كبير، إذ يستحيل التأكد من التقارب بين التشريعات المختلفة، نتيجة تطور الأحكام القانونية تحت تأثير الظروف الاجتماعية السائدة في المجتمع، مما يضفي عليها طابع خاص يبعدها عن أحكام التشريع الذي كانت تتشابه معه ابتداء.[1]

إذا كانت الاتجاهات السابقة، تؤدي إلى حلول تحكمية، فان الاتجاه الراجح الذي تبنته غالبية التشريعات بما فيها المشرع الجزائري،[2] ينادي بتطبيق قانون القاضي، باعتباره صاحب الولاية العامة، وهو يجنب الخصوم النتائج المترتبة على رد دعواهم، بحجة استحالة إثبات القانون الأجنبي، إضافة إلى أن تطبيقه يلبي توقعات الأفراد، فلجوؤهم إلى القضاء الوطني يعني بالنسبة لهم وجود احتمال لتطبيق القانون الوطني.[3]

إذا بينا أن قانون القاضي هو القانون الذي يجب تطبيقه في كل حالة يتعذر فيها على القاضي الوطني الوقوف على مضمونه، فإنه يتوجب علينا بيان الحالة التي يكون فيها القانون الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية مختصا، إلا أن تطبيقه يستوجب تفسيره.

ثالثا–تفسير القانون الأجنبي

[1]–يراجع، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص176.

[2]– تنص المادة 23 مكرر من ق.م.ج:"يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه "

[3]–يراجع، محمد وليد هشام المصري، "مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني"، مجلة الشريعة والقانون، العدد35، يوليو2008، ص258.

إن تجاوز القاضي للصعوبات التي تعترضه أثناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي المختص، بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، يجعله أمام مشكلة أخرى تكمن في تفسير هذا القانون، فهل سيقوم بتفسيره حسب المنهج المتبع في دولته، أم حسب المنهج السائد في الدولة الواجب تطبيق قانونها؟

إن هذه المسألة أفرزت رأيين، فبينما يستوجب الرأي الأول، تفسير القانون الأجنبي وفقا للمنهج المتبع في تفسير القانون الوطني، طالما أن الهدف في الفرضين يكمن في تحديد نية المشرع وما يستهدفه من وراء القواعد القانونية التي أصدرها.[1] وهو ما يمنح للقاضي مكنة الرجوع للمبادئ الفقهية، ولأحكام القضاء بغية الاستئناس بها لتفسير القانون الأجنبي، المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية طالما أن قانونه الوطني يجيزه له ذلك.[2] إلا أن ما يؤاخذ على هذا الرأي أنه يدعو إلى فصل القانون الأجنبي عن البيئة التي يطبق فيها وهو ما يؤدي إلى تحريف مضمونه.

إذا كان مؤدى الاتجاه الأول، تفسير القانون الأجنبي وفقا للمنهج المتبع في تفسير القانون الوطني، فان مؤدى الاتجاه الثاني يكمن في تفسير القانون الأجنبي وفقا للأسلوب السائد في النظام القانوني للدولة الأجنبية، نتيجة لحلول القانون الأجنبي محل النظام القانوني الوطني بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا الدائمة للعدل الدولية إذ قضت بأنه :"لا يمكن إعطاء القانون الوطني والأجنبي معنى غير المعنى الذي أعطاه له قضاؤه".

ولهذا، فان القاضي عند تفسيره للقانون المحدد، بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، يجب عليه احترام المعايير المعتمد عليها في النظام القانوني الأجنبي، ولو تطابقت نصوصه مع نصوص القانون الأجنبي، نتيجة اختلاف النهج الذي تتبعه كل دولة في تنظيم مسائل انحلال الزواج، فإذا ما أثير أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بانحلال الزواج بين سوريين، فانه يتعين عليه الرجوع إلى القانون السوري

[1] – يراجع، محمد المبروك اللافي ، المرجع السابق، ص99؛ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص180.

[2] –يراجع، ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص225.

لتفسيره حسب ما هو سائد في الدولة السورية لا الدولة الجزائرية، فحرفية النصوص لا تعني في جميع الأحوال اتحادها في المعنى والمضمون .

إذا كانت وضعية القانون الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية أمام القضاء الوطني، تختلف عن تلك التي يخضع لها القانون الوطني، سواء من ناحية تحديد مضمونه أو تفسيره ، فما هي وضعيته أمام قضاة المحكمة العليا؟

البند الثاني: القانون الأجنبي أمام قضاة المحكمة العليا.

يترتب على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، توفير الأمان القانوني لأطراف العلاقة، وتطبيق الحل العادل على النزاع، غير أنه ينجم عن هذا الاعتراف مشكلة خضوع القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا، فما هي حدود رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي؟

هذا ما سنحاول التعرض له من خلال التطرق للرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد (**أولا**)، والرقابة على الخطأ في التكييف(**ثانيا**)، والرقابة على تفسير القانون الأجنبي (**ثالثا**).

أولا– الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد.

من المعلوم أن قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على مسائل انحلال الزواج قاعدة وطنية، يلتزم القاضي بتطبيقها باعتبارها خطابا من مشرعه إليه. وفي هذا ينعقد إجماع الفقه في القانون المقارن، على أن الخطأ في تطبيق قاعدة التنازع، يعد خطأ في تطبيق القانون الوطني، ويخضع لرقابة المحكمة العليا.[1] ولهذا يتعين على القاضي أن يلتزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، متى

[1]– يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص401.

توفر الشرط الأساسي لذلك، المتمثل في وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، إذ لا يسوغ له التنصل من ذلك بحجة أن الأطراف لم يتمسكوا بإعمالها.

وانطلاقا من هذه الأحكام، يكون موجبا للطعن بالنقض الخطأ في إعمال قاعدة الإسناد، كأن يطبق القاضي القانون الوطني، حيث كان يجب تطبيق القانون الأجنبي، أو يطبق القانون الأجنبي في الفرض الذي كان يتعين عليه تطبيق القانون الوطني.[1] وعلى ذلك الأساس، فقد نقضت المحكمة العليا القرار المطعون فيه، الذي قضى بتطبيق القانون الإيطالي –بخصوص دعوى طلاق جزائرية من إيطالي– باعتباره قانون جنسية الزوج وفقا لنص المادة12فقرة2 من القانون المدني الجزائري، وبررت المحكمة العليا قرارها كالآتي: "حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 القانون المدني عوض القانون الإيطالي كما هو وارد في الحكم المطعون عليه.

ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه يتعين نقضه".[2]

ثانيا– الخطأ في التكييف.

التكييف –كما سبق وأن بيناه– هو عملية قانونية يجريها القاضي بقصد تحديد طبيعة المسألة التي تثيرها المنازعة، هدفه في مسائل تنازع القوانين، تحديد الطائفة، أو الفئة القانونية، التي يندرج ضمنها النزاع، لتحديد قاعدة الإسناد المختصة وصولا إلى تطبيق القانون المحدد للفصل في النزاع.

وفي آلية عمل التكييف، يكون لقاضي الموضوع ابتداء السلطة المطلقة في تقدير الوقائع، وهذه مسألة لا تندرج ضمن رقابة المحكمة العليا، إلا أن إضفاء الوصف السليم على هذه الوقائع يخضع –

[1]– يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص750.

[2]– يراجع، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص239.

باعتباره عملية قانونية محضة– لرقابتها.[1] فتحديد مفهوم الطلاق، التطليق، الانفصال يعد مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي، الذي له أن يسترشد بالقانون المقارن لإضفاء الوصف القانوني السليم، والقول بخلاف ذلك، يؤدي إلى تكييف علاقات ذات صبغة دولية وفقا لمفاهيم وضعت خصيصا لمواجهة العلاقات الداخلية، وهذا من شأنه أن يناقض إرادة المشرع الوطني.[2]

من هذا المنطلق، يترتب على الخطأ في تكييف النزاع المتعلق بانحلال الزواج، خطأ في تطبيق القانون الذي تسهر المحكمة العليا –باعتبارها محكمة قانون لا محكمة وقائع– على تطبيقه بما لها من سلطات معيارية رقابية،[3] تمكنها من السهر على احترام القانون، وتوحيد الاجتهادات القضائية في جميع أنحاء البلاد،[4] وذلك ما أكدت عليه المادة 152 من دستور 1996،[5] والمادة 4 من القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا تنظيمها وسيرها، إذ تقضي: "تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له".

إذا ما فرغنا من الحديث عن الرقابة التي توليها المحكمة العليا لتطبيق قاعدة التنازع الوطنية، والخطأ في تكييف الوقائع من طرف قاضي الموضوع، وجب التعرض لرقابتها على تفسير القانون الأجنبي.

ثالثا– رقابة تفسير القانون الأجنبي.

[1]– يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص403.

[2]– يراجع، عكاشة محمد عبد العال، دراسات في الإمارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص244.

[3]– تنص المادة 6 من قانون رقم 89-22 مؤرخ في 14 جمادى الأولى 1410 الموافق لـ 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا، تنظيمها وسيرها: "بوصفها جهاز مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات.

تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبب أحكام القضاء ذو رقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية". يراجع، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص149.

[4]– يراجع، بوبشير محند أمقران، "الطعن بالنقض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد2، سنة2008، ص21.

[5]– تنص المادة 152 من الدستور الجزائري المعدل والمتمم: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم .

يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية .

تضمن المحكمة العليا و مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون ."

إن المستقر عليه أن المحكمة العليا تراقب القاضي أثناء تطبيقه لقاعدة الإسناد، بوصفها قاعدة قانونية وطنية، لكن ما يثير الجدل هو رقابة هذه المحكمة على إعمال وتفسير القانون الأجنبي.

وفي هذا الصدد نجد أن الاجتهاد القضائي الفرنسي، ورغم أنه يجمع على أن القانون الأجنبي، المتعلق بمسائل انحلال الرابطة الزوجية، قانون ويعامله على هذا الأساس، إلا أنه يرفض رقابة محكمة النقض الفرنسية على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي. وفي هذا يميل الفقه الفرنسي الحديث لتبرير موقف محكمته على أسباب إجرائية بحتة، تتعلق بتنظيم المحكمة، ودورها في النظام القضائي الفرنسي، الذي يتمثل في وحدة تطبيق القانون الفرنسي وإعطائه التفسير الصحيح، لذلك، فإذا وسعت من مهمتها بتفسير القانون الأجنبي، تعين عليها البحث عن تفسير ذلك القانون، حسب التفسير السائد في دولته. وهذا يدفعها إلى القيام بتحريات واقعية تخرج عن وظيفتها كمحكمة قانون.[1] وقد تعرضت هذه التبريرات لانتقادات من الفقه الفرنسي الذي ارتأى، أن الأخذ بها يمنح لقضاة الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، حسب أهوائهم، نتيجة إدراكهم المسبق بإفلات قضائهم من رقابة محكمة القانون.[2]

ولذلك دعا بعض الفقهاء إلى ضرورة فرض رقابة غير مباشرة للحد من صلاحيات قضاة الموضوع الواسعة، وهو الأمر الذي استجابت له محكمة النقض الفرنسية، إذ فرضت رقابتها على تفسير القانون الأجنبي في حالة تحريف وتشويه مضمونه، وفي حالة عدم تسببه تسببا كافيا،[3] في القرارين الصادرين في 11 و18 أكتوبر 1988،[4] وهما قرار "ربوح"، وقرار "شول"، إضافة إلى قرارها الصادر في 01 جويلية 1997، المتعلق بقضية طلاق الزوجين المغربيين، إذ قضت محكمة النقض

[1]- cité par, Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Droit International Privé, 6ème éd, Dalloz, Paris,1999, p.p.258-259.

[2]- يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص266؛ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص100.

[3]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص426.

[4]- يراجع، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص159.

الفرنسية "أن تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم نزاع يتعلق بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها يفرض على القاضي البحث عن مضمون هذا القانون".[1]

وخلافا لموقف محكمة النقض الفرنسية، تميل محكمة النقض المصرية إلى فرض رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي. وبهذا الاتجاه يجري العمل في كل من ايطاليا، لبنان،اليونان، المغرب.[2] كما وأن المشرع التونسي، نص صراحة على ذلك في الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.[3]

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد قضى في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية، والتي تندرج ضمنها مسائل انحلال الرابطة الزوجية، يعد سببا من أسباب الطعن بالنقض، ويخضع لرقابة المحكمة العليا. وبمفهوم المخالفة، فإن المحكمة العليا لا تبسط رقابتها على المخالفة أو الخطأ في تطبيق قانون أجنبي غير متعلق بالأحوال الشخصية. ولعل الحكمة من اهتمام المشرع الجزائري بالقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية تكمن في ارتباط مسائل الحالة الشخصية بالنظام العام. ومن ثم يعد الخطأ في تغيير القانون الأجنبي خطأ في تطبيق القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية.

إن النهج الذي تبناه المشرع الجزائري، والمتمثل في التفريق بين القانون الأجنبي المتعلق بالحالة الشخصية، والقانون الأجنبي المتعلق بمجالات أخرى، يجعل القاضي يقوم بدور البهلواني، إذ يطبق القانون الأجنبي كقانون ويخضع لرقابة المحكمة العليا كلما تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية، غير أنه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا خارج مسائل الأحوال الشخصية.[4]

---

[1]-يراجع، ضويفي عادل، القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر العاصمة، 2005- 2006.

[2]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص156.

[3]- الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي :"يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه. و يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب "

[4]-يراجع، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص266؛ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص238.

بعد أن حددنا الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الرابطة الزوجية من جانب الاختصاص التشريعي، وبينا مختلف الضوابط الذي تستند إليها التشريعات –والمتمثلة في ضابط الجنسية بالنسبة للتشريعات العربية، بما فيها المشرع الجزائري، وضابط الموطن بالنسبة للتشريعات الأنجلوأمريكية– لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل انحلال الرابطة الزوجية، التي يكون أحد طرفيها أو كليهما أجنبيا، وذكرنا مختلف الصعوبات التي تعترض القاضي الوطني أثناء تطبيقه للقانون الأجنبي المختص، والمحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وجب الحديث عن الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الرابطة الزوجية من جانب الاختصاص القضائي الدولي.

الفصل الثاني

الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الرابطة الزوجية من جانب الاختصاص القضائي الدولي

إن تطبيق القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية على مسائل انحلال الرابطة الزوجية، يستوجب منح الاختصاص لجهة قضائية معينة للبت فيه، ومن هنا تبرز أهمية مرفق العدالة باعتباره جهازا قضائيا أُنيطت به مهمة الفصل في الدعاوى بصفة عامة، وفي دعاوى انحلال الرابطة الزوجية بصفة خاصة، وفقا لضوابط محددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتباره أداة يرسم من خلالها المشرع الحدود الإقليمية للمحاكم الوطنية.

إذا كان هذا التفكير سليما لا غبار عليه بالنسبة للدعاوى التي يكون أطرافها وطنيين، فإن بروز العنصر الأجنبي في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، يطرح مسألة تنازع أكثر من جهة قضائية للبت فيه، وهو ما لا يمكن تجاوزه إلا بموجب قواعد تقنية، تسمى قواعد الاختصاص القضائي الدولي، التي تهدف إلى بيان الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطتها القضائية، بالمقابلة للحدود التي تباشر فيها الدول الأخرى سلطتها القضائية.[1]

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم ينظم مسألة الاختصاص القضائي الدولي بموجب نصوص قانونية، وهو ما استوجب على القضاء تمديد العمل بالنصوص القانونية الداخلية على المستوى الدولي، بما يتلاءم مع تطويعها كلما تعلق الأمر بتحديد اختصاص المحاكم الوطنية للبت في دعوى انحلال الرابطة الزوجية، وذلك خلافا لمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تدخل المشرع ونظمها بموجب نصوص قانونية تلزم على قاضي الصيغة التنفيذية التحقق من توفر شروط قانونية معينة قبل منح حكم انحلال الرابطة الزوجية الصادر عن القضاء الأجنبي أمر التنفيذ في الإقليم الوطني.

[1]-يراجع، أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2006، ص6.

وعليه ما مدى كفاية الضوابط الداخلية في تحديد اختصاص المحاكم الوطنية من الوجهة الدولية؟ وما هي الآليات القانونية التي تبناها المشرع الجزائري لتنفيذ أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الأجنبي؟

هذا ما سنحاول بيانه من خلال التعرض إلى الجهة القضائية المختصة للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية(**المبحث الأول**)، وإلى تنفيذ أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الأجنبي(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: الجهة القضائية المختصة بنظر دعاوى انحلال الرابطة الزوجية.

إن تحديد الجهة القضائية المختصة، يعتبر من أكثر المسائل أهمية، ذلك أن الفصل في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية التي يكون أحد طرفيها أو كليهما أجنبيا، يتطلب رفع النزاع أمام جهة قضائية مختصة للفصل فيه.[1] وعليه تشكل قاعدة الاختصاص المسألة الأولى التي يثيرها وينظر فيها القاضي، بحيث لا يتطرق للبحث عن الشروط الأخرى، ولا يفصل في المسألة الموضوعية إلا بعد توافر قاعدة الاختصاص، والتي تختلف من حيث طبيعتها، فقد يكون القاضي مختصا اختصاصا أصليا وعاما للنظر في النزاع وهو ما يسمى "القضاء ذا الولاية العامة"، كما قد يكون مختصا في حالات أخرى اختصاصا محدودا وهو ما يسمى"القضاء ذا الاختصاص الاستثنائي أو الطارئ".[2]

ونتيجة لما يكرسه هذا الاختصاص من مبادئ على المستوى الدولي، فقد كان من الأولى تنظيمه بنصوص قانونية، لاسيما أن المجتمع الدولي في الظروف الراهنة ينقسم إلى مجموعة من الدول تتمتع كل منها بالسيادة، وتسعى للحفاظ عليها بعدم تمكين المتقاضين من الاعتداء عليها.

وبناء عليه يمكن تعريف الاختصاص القضائي، بأنه الأهلية القانونية لجهة قضائية معينة للنظر في النزاع،[3] أو الاختصاص الذي يخول بمقتضاه المشرع لهيئة من الهيئات القضائية سلطة الفصل في النزاع.[4] ونتيجة لانعدام التنظيم القانوني للاختصاص القضائي الدولي، برزت مشكلة التنازع الايجابي والسلبي،[5] وإذا كان التنازع السلبي لا يثير مشاكل من الناحية العملية، غير أن التنازع الايجابي يثير مشاكل متعددة، ذلك أن النزاع يكون من اختصاص أكثر من جهة قضائية،[6] فمثلا إذا رفع أجنبي

---

[1]- يراجع، هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، (نشأته –مباحثه– مصادره–طبيعته)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص295.

[2]- يراجع، حلوفي رشيد، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص230-232.

[3]-يراجع، نفس المرجع، ص228.

[4]- يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص276.

[5]-يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998 -1999، ص 6.

[6]- يراجع، نور حمد مسلم الحجايا، "التناقض بين الأحكام الأجنبية القضائية وأثره في القانون الدولي الخاص الأردني"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 2005، ص228.

متوطن بالإقليم الجزائري دعوى طلاق زوجته الأجنبية أمام القضاء الجزائري، فهل ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر النزاع؟ و إذا كان كلا الطرفين أو أحدهما جزائريا متوطنا بالخارج. فهل يجوز له رفع دعوى انحلال الرابطة الزوجية أمام القضاء الجزائري؟ وهل أن القضاء الجزائري يختص بالنظر في كافة الدعاوى اختصاصا أصليا؟ أم أن هناك حالات يختص بالنظر فيها اختصاصا طارئا بمناسبة نظره في النزاع الأصلي رغبة منه في الحفاظ على وحدة الخصومة ؟

هذا ما سنحاول تحديده بالتطرق إلى ضوابط انعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي (**المطلب الأول**)، وإلى ضوابط انعقاد الاختصاص القضائي الدولي الطارئ(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: ضوابط انعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي

إن مسألة بيان الجهة القضائية المختصة للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية التي يكون أحد طرفيها أو كليهما من الأجانب، تثير قضايا متعددة، لارتباطها بمفهومي السيادة والمصلحة العامة، وعلى الرغم من المشاكل التي تثيرها إلا أنها لم تحظ بتنظيم قانوني، إذ نجد أن المشرع الجزائري[1] على غرار التشريعات العربية الأخرى، اكتفى بتمديد العمل بالقواعد الإجرائية الداخلية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للفصل في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية،[2] وإن كان قد أورد مادتين يتيمتين، وهما نصا المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اللتان تمنحان للجزائري امتيازا يتمثل في إمكانية رفع الدعاوى أمام المحاكم الجزائرية، وذلك لكفالة تطبيق القانون الوطني. خلافا لذلك نظم المشرع التونسي[3] والمصري قواعد الاختصاص القضائي بنصوص قانونية صريحة.[4]

[1]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 موافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

[2]-Cité par, patrick courbe, op.cit.,p.5.

[3]- خصص المشرع التونسي الفصول من 3الى 10 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لتنظيم اختصاص المحاكم التونسية، خلافا لذلك نظم المشرع المصري ما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المدنية والتجارية

[4]- يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1039.

وسنحاول عرض ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الأصلي؛ أي الضوابط التي يتم بمقتضاها تحديد اختصاص المحكمة الجزائرية للنظر في نزاعات انحلال الرابطة الزوجية، بالإجابة على التساؤل التالي:ما هي ضوابط الاختصاص الأصلي التي تسمح بتحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في دعاوى انحلال الزواج؟

هذا ما سنحاول بيانه بالتطرق إلى الضوابط الإقليمية (**الفرع الأول**)، والضوابط الشخصية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول:الضوابط الإقليمية

لقد سبق الذكر، أن غياب القواعد التشريعية الذاتية لتنظيم الاختصاص القضائي الدولي، اقتضى تمديد قواعد الإجراءات الداخلية العائدة للاختصاص الإقليمي، وتطبيقها على المستوى الدولي بعد تكييفها بما يتلاءم مع تمديدها.[1]

وتأسيسا على ما تقدم، تطرح المواد من 37 إلى 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، معايير أو ضوابط اختصاص موضوعية، يؤول بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الجزائرية، وبعبارة أخرى يكون النظام القضائي الجزائري مختصا للفصل في دعاوى الطلاق إذا كان الخلاف يرتبط بالإقليم الجزائري،[2] أي إذا عينت صلة الربط الواردة في القانون الداخلي إحدى الجهات القضائية الجزائرية بغض النظر عن جنسية المتقاضين.[3]

[1]-Cité par, Daniel Gutmann, droit international privé, 3éme éd, Dalloz, p.231.

[2]-Cité par, Pierre Mayer. Vincent Heuze, Doit International privé, 8ème éd, L.G.D.J, E.J.A., Paris, 2005, p.202.

[3]-يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، ترجمة فائز أنجق، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، الجزائر، ص19.

وإذا كان الضابط العام الذي يؤول بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الجزائرية هو ضابط موطن المدعى عليه (**البند الأول**)، إلا أن هناك استثناءا عن القاعدة العامة، وهو استثناء فرضته طبيعة النزاع المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية (**البند الثاني**).

البند الأول:ضابط موطن المدعى عليه

كرس المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على غرار التشريعات العربية، ضابط موطن المدعى عليه، كأساس ينعقد بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الجزائرية، وفي ذلك تنص المادة 37 منه: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".[1]

إن هذا المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري، وتبنته مختلف التشريعات المقارنة، تعود جذوره التاريخية للعهد الاتيني طبقا للمقولة المشهورة"Actor sequitur forum rei "،[2] وهو يهدف على المستوى الداخلي إلى ضمان المبادئ الأولية المكرسة دوليا، التي مفادها أن الأصل في الإنسان براءة الذمة، وأن من يدعي بحق في مواجهة آخر، يسعى إلى موطن المدعى عليه، تجسيدا للمبدأ المعروف في القانون الداخلي "الدين مطلوب و ليس محمول"، كما أن مبدأ سيادة الدولة على إقليمها يقتضي

[1]- تنص المادة 3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية:"تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم أذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية."

[2]-Expression latine qui signifie littéralement « celui qui plaide une affaire suit le for du défendeur »

بمعنى رافع الدعوى يتبع موطن المدعى عليه. يراجع، فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، 2009، ص123.

أن تكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص الموجودين في إقليمها بغض النظر عن جنسيتهم.[1]

من هذا المنطلق، يكون من شأن القاعدة الماثلة، دفع الضرر عن المدعى عليه حتى لا يسوقه المدعي إلى محكمته، على النحو الذي يلحق به ضررا جسيما دون مقتضى، وعليه يتعين على كل من يدعي حقا قبل آخر أن يلجا إليه ويطالبه به أمام المحكمة التي يتواجد بها موطنه.[2]

وإذا كانت هذه الاعتبارات، تمثل الأساس الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص الإقليمي على المستوى الداخلي، فلا شك أنها تصلح من باب أولى لتبرير مبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه على المستوى الدولي، بل إن هناك اعتبارا أقوى، يؤكد ضرورة المبدأ السابق في المجال الدولي بصفة خاصة، وهو مبدأ القوة والفعالية، فمحكمة موطن المدعى عليه هي الأقدر على إلزامه بالحكم الصادر ضده لما لها من سلطة فعلية عليه،[3] باعتباره متواجدا في دائرة سلطاتها ويملك أموالا فيها يمكن التنفيذ عليها،[4] وعليه يثبت الاختصاص للمحاكم الجزائرية، إذا كان المدعى عليه متوطنا بها، على أن تحديد فكرة الموطن يتم أساسا وفقا لتصور القانون الجزائري، لأن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الجزائري.[5]

انطلاقا من ذلك، فإنه يحق لكل فرد رفع دعوى انحلال الرابطة الزوجية أمام القضاء الجزائري على زوجه الأجنبي المتوطن بالجزائر، تطبيقا للمعيار العام، المتمثل في موطن المدعى عليه،[6] وبناء على هذا يستوجب الأمر تحديد المقصود بالموطن و الصعوبات التي يثيرها.

---

[1]-يراجع، حسين الهداوي، المرجع السابق، ص239.

[2]-يراجع، هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص58.

[3]-يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص622؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص435.

[4]-يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1048.

[5]- يراجع، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص51.

[6]-cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit.,p 353.

أولا– تحديد المقصود بالموطن

لتحديد المقصود بالموطن لابد من الرجوع لنص المادة 36 من القانون المدني الجزائري –المعدل والمتمم– والتي تقضي ب:"موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن ".

من هذا النص، يتضح أن المشرع الجزائري تبنى معيارا مزدوجا لتحديد الموطن، وأسسه على التصور الواقعي، شأنه شأن التشريعات الحديثة. وعليه يتحدد الموطن وفقا للمادة 36 من القانون المدني على أساس "محل وجود السكن الرئيسي"، وإن تعذر تطبيق هذا المعيار، لعدم وجود سكن يطبق المعيار الثاني، وهو "مكان الإقامة العادي"،[1] وإن كان نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، يؤكد أن المشرع الجزائري لم يتبن محل الإقامة كضابط ينعقد بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الجزائرية، للنظر في النزاعات بصفة عامة، وفي نزاعات انحلال الرابطة الزوجية بصفة خاصة، إلا أن القراءة الواعية والتكاملية لنصي المادتين 36 من القانون المدني و37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تؤكد أن للمحاكم الجزائرية، إمكانية النظر في النزاع إذا كان للمدعى عليه محل إقامة بالجزائر.

من هذا المنطلق، تتضح الاختلافات مابين ضابط الموطن، وضابط محل الإقامة. فالموطن هو المكان الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص،[2] أي المقر القانوني المعتد به لمخاطبته في شأن علاقاته القانونية، وعليه فإن الموطن رابطة واقعية تربط الشخص بإقليم الدولة، ويشترط فيه عنصران مادي، يتمثل في الإقامة بالجزائر على وجه الاستمرار، والآخر معنوي، قوامه اتجاه نية الشخص إلى

[1]–يراجع، عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، الجزائر، 2004–2005، ص108.

[2]– إن موطن الشخص لا يتأثر بتنقلات هذا الأخير في إطار ممارسة حريته في التنقل التي تنص عليها المادة 44 من الدستور الجزائري المعدل والمتمم:" يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية و السياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، و أن يتنقل عبر التراب الوطني.
حق الدخول إلى التراب الوطني و الخروج منه مضمون له"

البقاء في الجزائر، أي نيته في أن يتخذ من الإقليم الجزائري مستقرا وسكنا له على وجه الديمومة.[1] إلا انه لا يقصد بالاستقرار، اتصال الإقامة دون انقطاع، وإنما يقصد بها استمرارها بما يتحقق معه شرط الاعتياد، ولو تخللتها فترات غيبة ما بين فينة وأخرى.

إذا كان هذا، هو المقصود بالموطن، فإن محل الإقامة، يقصد به المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مادية، ودون أن تتوفر لديه نية الاستقرار.[2] وتبني المشرع لضابط محل الإقامة لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في النزاع، له ما يبرره لاسيما بعد فتح الحدود، واستقطاب اليد العاملة الأجنبية أين ارتفع عدد الجالية الأجنبية في الجزائر، وإن كان أغلبهم يهدف إلى العمل بصفة مؤقتة، ودون نية الاستقرار.[3] إلا أنه، ولما كانت من بين النتائج المترتبة على الإقامة في الإقليم الجزائري، الدخول في علاقات مع رعايا الدولة المستضيفة عن طريق الزواج، ارتأى المشرع الجزائري منح الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في نزاعات انحلال الرابطة الزوجية، بناء على ضابط محل الإقامة. وعليه يبدو أن معيار محل الإقامة، وإن لم يجد مجالا واسعا للتطبيق، باعتباره بديلا لمعيار أساسي، وهو معيار السكن الرئيسي، إلا أن الاعتبارات السابقة، والأزمة السكنية الخانقة في بلادنا سمحت بتطبيقه بشكل واسع. فكثير من الأشخاص لا يتوفر لديهم مكان رئيسي كما لا يتوفر لهم أي سكن بمفهوم القانون الجزائري.[4]

وإذا كانت الإقامة على هذا النحو، تبرر اختصاص المحاكم الجزائرية للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، إلا أن المشرع، لم يمنح الاختصاص للمحاكم بناء على مجرد الوجود العارض، أو المرور العابر للمدعى عليه بإقليم الدولة، ذلك أن الوجود العارض لا يكفي لربط النزاع بالإقليم، كما يتعارض مع قوة النفاذ الذي يعد الأساس الجوهري لقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه في

[1]– يراجع، محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، 2006، ص146.

[2]–يراجع، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص260.

[3]–يراجع، هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص209.

[4]–يراجع، عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 114.

المجال الدولي،[1] وذلك خلافا لبعض التشريعات، كالقانون الانجليزي، الذي يعقد الاختصاص اكتفاء بالإقامة العارضة للمدعى عليه، فتواجد المدعى عليه في إقليم الدولة لغرض السياحة أو الزيارة أو المهمة المؤقتة، يعد كافيا لعقد الاختصاص للقضاء الإنجليزي، طالما أن الإعلان بالدعوى تم أثناء تواجده بإقليمها.[2]

وإذا ما فرغنا من الحديث عن المقصود بالموطن، وجب تحديد الصعوبات التي يثيرها على المستوى التطبيقي.

ثانيا– الصعوبات التي يثيرها ضابط موطن المدعى عليه

من الجدير بالذكر، أن التصور الواقعي للموطن، كما يسمح بتعدد المواطن، فإنه يسمح بانعدامها. وإذا كان الفرض الأول، يتحقق في حالة ما إذا كان للفرد أكثر من موطن، بحيث يعد متوطنا في عدة دول وفقا لقانون كل منها، ويكون للمدعي في هذه الحالة اختيار المحكمة الأنسب لمصالحه، كأن تكون اقرب إلى بلده،[3] فإنه يطرح في الفرض الثاني، مشكلة عدم القدرة على تطبيق أي من المعيارين. وتبرز هذه الحالة بالنسبة لمن كان له موطن، ولكنه فقده بحثا عن موطن جديد لم تتحقق بعد شروط تحديده.

وإذا كان القانون المدني، لم ينص على مثل هذه الحالات، إلا أنها تخضع عموما لتقدير القضاء، وللأحكام الواردة في قوانين خاصة، كالقاعدة الواردة في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تؤكد أن الاختصاص –وإن كان كمبدأ عام–،[4] يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف، يعود الاختصاص

[1]–يراجع، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص102.

[2]–يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1049.

[3]–يراجع، اشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص272.

[4]–يراجع، عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص110؛ أنور الخطيب، الأحوال الشخصية، خصائص الشخص الطبيعي، الطبعة الأولى، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، ص402.

للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له،[1] وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الموطن المختار، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك .

وبخصوص الموطن المختار، نجد أن المشرع الجزائري نظمه في المادة 39 من القانون المدني،[2] فاعتبره المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين، على أن اختيار هذا الموطن يكون إما بمقتضى الاتفاق المحدد في العقد، وإما بالإرادة المنفردة للشخص.[3] فقد يتخذ الأجنبي من مكتب المحامي الذي يوكله بالجزائر لرفع دعوى انحلال الرابطة الزوجية موطنا مختارا لاتخاذ جميع الإجراءات القانونية الخاصة بالدعوى، وإن كان يجوز له أن يربط الموطن المختار ببعض الأعمال دون الأخرى.[4]

بناء على ما تقدم، يمكن القول أنه، إذا كان يترتب على اتخاذ موطن مختار في الجزائر ثبوت الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في دعوى انحلال الرابطة الزوجية، فإن تعيين موطن مختار في بلد أجنبي بقصد منح الاختصاص للمحكمة الأجنبية، لا يمكن أن يترتب عليه سلب اختصاص المحاكم الجزائرية، متى تحقق لها أي سبب من أسباب الاختصاص. ونتيجة لهذا التحليل يرجع الفقه ضابط الموطن المختار إلى فكرة الخضوع الاختياري.

إذا كان هذا التأصيل سليما لا غبار عليه، فإن مؤدى ذلك أن الاختصاص لا ينعقد تلقائيا، وبصفة عامة للمحاكم الجزائرية، لمجرد أن يتخذ المدعى عليه من الجزائر موطنا مختارا له، فإن كان العمل بظاهر نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يبين ذلك، إلا أن الواقع العملي

---

[1]– ينص الفصل 9 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية :" إذا لم يكن للمطلوب مقر معلوم بالبلاد التونسية، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر الطالب. وإذا كانت المحاكم التونسية مختصة بالنظر، في حين أن الطالب و المطلوب لا يقيمان بالبلاد التونسية، فإن الدعوى ترفع أمام محكمة تونس العاصمة". من خلال هذا الفصل يتضح أن المشرع التونسي اتخذ كمعيار لعقد الاختصاص للمحاكم التونسية ضابط موطن المدعى عليه غير انه إذا لم يكن لهذا الأخير موطن فانه يمنح الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها ضابط موطن المدعي، وفي حالة الاختصاص الحصري، يؤول الاختصاص لمحكمة تونس العاصمة، وهو في ذلك يكون قد خالف قواعد الاختصاص التي يبنى على أساسها اختصاص المحاكم الجزائرية.

[2]– تنص المادة 39 من ق.م.ج:"يجوز اختيار موطنا خاصا لتنفيذ عمل قانوني معين.

يجب إثبات اختيار الموطن كتابة.

الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد موطنا بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة".

[3] –يراجع، محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2002، ص95.

[4]– يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص284.

يؤكد خلاف الوضع، إذ يتعين على القاضي أن ينظر في كل قضية على حدة، وألا يقبل الاختصاص في بعض الحالات، رغم اختيار الجزائر من قبل المدعى عليه كموطن مختار، إلا إذا اتضح له أن ثمة صلة تربط النزاع بإقليم الدولة بأي وجه من الوجوه، حتى يكون للحكم الصادر قيمة فعلية وفقا لمبدأ قوة النفاذ، وحتى لا يترك الأمر لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة.[1]

بعد أن تعرضنا لمعيار موطن المدعى عليه، باعتباره معيارا يسري مع غيره من قواعد الاختصاص الأخرى، متى كان المدعى عليه متوطنا أو مقيما بالجزائر، فانه يجب التنويه أن هذا المعيار، لا يتعطل إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك، وهو ما سيلي بيانه في البند الثاني.

البند الثاني:الضوابط الخاصة بدعاوى انحلال الرابطة الزوجية

إذا كانت القاعدة العامة، هي انعقاد الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في النزاع بناء على ضابط موطن المدعى عليه، فإن هناك استثناءات تفرضها طبيعة مادة النزاع وقد عالج المشرع الجزائري الاستثناءات الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية في المادتين 40فقرة2[2] و 426[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي خُصصت لتحديد الاختصاص الإقليمي بقسم شؤون الأسرة .

أولا– المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الطلاق

[1]–يراجع، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص55.

[2]–تنص المادة 40ف2 من ق.ا.م.ا.ج: "فضلا عما ورد في المواد37و38و39من 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 اختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن ..."

[3]–تنص المادة 426 من ق.ا.م.ا.ج :"تكون المحكمة مختصة إقليميا:

1–في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه،

2–في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه ،

3–في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة احد الزوجين حسب اختيارهما.

4–في موضوع الحضانة وحق الزيارة و الرخص 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 ،..."

قرر المشرع الجزائري، تيسيرا على الخصوم، ورغبة في تحقيق حسن سير العدالة، الخروج عن القواعد العامة في الاختصاص كلما تعلق الأمر بدعاوى الطلاق، إذ حدد الاختصاص الإقليمي بمكان وجود المسكن الزوجي، أي أن الاختصاص، يؤول للجهة القضائية التي يتواجد بها المكان الذي يعيش فيه الزوجان، ولكن مما تجدر الإشارة إليه، أنه في أغلب الأحوال لا يكون الإيجار مشتركا بين الزوجين، ولا تكون ملكية السكن في الشيوع بينهما، وعليه يكون المسكن الزوجي هو مسكن الزوج، ويتحدد على ضوئه الاختصاص القضائي. من ثم يتضح أن الاختصاص للنظر في دعوى الطلاق يؤول للمحكمة التي يتواجد بها ضابط موطن المدعي، ويرى البعض أن هذا المعيار أقرب إلى النجاعة. فغالبا ما تنتهي دعوى الطلاق بالصلح بين الزوجين، وعليه فإن اعتماد ضابط الموطن المشترك، والذي هو في الحقيقة موطن المدعي"الزوج" يكون أفضل لاحتواء الأزمة في أضيق حدودها.

هذا بالنسبة للطلاق، إلا أنه وفي حالة الطلاق بالتراضي، يتحدد اختصاص المحكمة بناء على اتفاق الأطراف،[1] وعليه يمكن للزوجين المغربيين أن يتفقا على منح المحاكم الجزائرية الاختصاص للنظر في دعوى الطلاق بالتراضي بينهما، خلافا لذلك، يؤول الاختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة بين مصريين متوطنين بالإقليم الجزائري، تطبيقا لمعيار ضابط مسكن الزوجية، ويفصل في النزاع بينهما طبقا للقانون المصري، باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، تطبيقا لنص المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني، ويتعين على القاضي أثناء نظره في دعوى الطلاق الفصل في الآثار المترتبة عنها، بيد أن مسألة الآثار قد تُطرح بعد الفصل في دعوى الطلاق. فما هي الجهة القضائية المختصة بالنظر فيها؟

ثانيا–المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى آثار انحلال الرابطة الزوجية

[1]– يراجع، عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص278.

إن آثار انحلال الرابطة الزوجية، المتمثلة في الحضانة، النفقة، والسكن، قد تُطرح بعد صدور حكم الطلاق، وعليه تثور مسألة الجهة القضائية المختصة للبت في هذه الدعاوى.

1- المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الحضانة

ينعقد الاختصاص فيما يخص دعاوى الحضانة أو المطالبة بها أو ممارسة حق الزيارة أو الرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة، تطبيقا لما ورد في المادتين40ف2 و426ف4من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمثلا النزاع الخاص بممارسة حق الحضانة بين زوجين فرنسيين متوطنين بالجزائر، يجعل الاختصاص كأصل عام يؤول للقضاء الجزائري، غير أنه في حالة ما إذا فصل القاضي في دعوى الطلاق دون الحضانة لسبب من الأسباب كتحقق واقعة الميلاد بعد النطق بحكم الطلاق، ومغادرة الزوجة الإقليم الجزائري، فان الاختصاص يؤول للقضاء الفرنسي، باعتباره مكان ممارسة الحضانة.

إذا كان المثال السابق، لا يثير مشاكل عديدة لتمتع الطرفين بالجنسية الفرنسية دون سواها وتوطنهما بالإقليم الجزائري، فإن دعاوى حضانة الأطفال الناجمين عن زواج مختلط تثير مشاكل متعددة، وهو ما دفع التشريعات إلى تنظيمها بموجب قواعد القانون الاتفاقي، وفي ذلك لجأ المشرع الجزائري إلى تحديد الجهة المختصة في الاتفاقية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين، وهي حسب المادة 5 المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة الزوجية المشتركة، وبذلك تم توحيد الاختصاص القضائي بالنسبة لدعاوى الطلاق والحضانة لارتباطهما، تجنبا لتنازع الاختصاص الذي يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة من الجهتين. بيد أن الجدير بالملاحظة هو أن التطبيق العملي لأحكام الاتفاقية، يكون في الغالب لصالح الجهة

الفرنسية لاعتبار أن المسكن الزوجي بالمعنى المحدد في الاتفاقية أي مكان الحياة العائلية المشتركة هو في أغلب الأحيان الإقليم الفرنسي.[1]

2- المحكمة المختصة بالفصل في دعوى النفقة

حماية لحق المحضون، وتيسيرا على الحاضن، نجد أن المشرع الجزائري، فيما يخص دعاوى النفقة، منح الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة، وذلك تطبيقا لما ورد في المادتين 40ف2 و426ف5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وعليه فان المحكمة التي ترفع أمامها دعوى النفقة، ليست هي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعى عليه المدين بها، وإنما التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعي المطالب بالنفقة.[2]

من خلال المواد المشار إليها سلفا، نجد أن المشرع الجزائري عند تحديده للمحكمة المختصة بدعاوى النفقة راعى الجانب الضعيف في الدعوى،[3] وخرج عن القاعدة العامة التي تمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه. وإذا كانت هذه القاعدة الاستثنائية صالحة للتطبيق على المستوى الداخلي، فمن باب أولى يصلح تطبيقها على المستوى الدولي متى توفرت شروطها المتمثلة في وجوب ارتباط الدعوى بطلب النفقة، على أن المقصود بالنفقة هنا النفقة العادية وليس النفقة الوقتية التي لها حكم خاص، إذ ينظر فيها القاضي الذي عرض عليه النزاع الأصلي الخاص بالطلاق، ويطبق عليها القانون الوطني لارتباطها باعتبارات الأمن المدني هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن يكون الدائن بالنفقة متوطنا بالإقليم الجزائري، ولا يهم في هذه الحالة، أن يكون للمدعى عليه موطن أو

[1]- يراجع، محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2002، ص109.

[2]-يراجع، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2007، ص108.

[3]- يراجع، اشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص302؛ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1067.

محل إقامة بالجزائر، لان الأساس الذي بني لأجله حكم هذه المادة، هو وضع المطالب بالنفقة وحالته المزرية، التي لا تمكنه من التنقل لرفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه.[1]

وهذا ما قد دأبت عليه المحاكم الفرنسية، إذ منحت الاختصاص لمحكمة موطن الدائن بالنفقة، ذلك أن النفقات من الحقوق الطبيعية، التي يترتب على الإخلال بها المساس بالنظام العام، وتعكير الأمن المدني.[2]

ومما تجدر الإشارة إليه في هذه الحالة، عدم التلازم بين الاختصاصين التشريعي والقضائي، فمن المسلم به في فقه القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية، ولو كانت مختصة بنظر النزاع، فإن ذلك لا يعني أنها تطبق القانون الوطني على كل النزاعات المطروحة أمامها،[3] وهذا ما نلحظه في هذه الحالة، إذ بينما ينعقد الاختصاص التشريعي في دعاوى النفقة لقانون المدين بها،[4]ينعقد الاختصاص القضائي لمحكمة الدائن بالنفقة، هذا بالنسبة للنفقة بين الأقارب. إلا أنه بالنسبة لنفقة المطلقة فتخضع للقانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بفك الرابطة الزوجية، أي القانون الذي يحكم انحلال الزواج، وعليه فهي تخرج من نطاق التطبيق الأول، لأنها لا تعد من النفقات بين الأقارب، وعلى القاضي الذي رفعت أمامه دعوى الطلاق الفصل في دعاوى النفقة وفقا للقانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية.

3- المحكمة المختصة للفصل في دعوى السكن

قرر المشرع الجزائري في المادة 40ف2من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عقد الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالسكن، للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان وجود السكن، أما فيما يتعلق بالنزاع حول متاع بيت الزوجية، فقد منح الاختصاص حسب المادة426ف6 من قانون

[1]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، المرجع السابق، ص479.

[2]- cité par, patrick courbe, op.cit.,p.6.

[3]-يراجع، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص14.

[4]-تنص المادة 14 ق.م.ج:"يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها."

الإجراءات المدنية والإدارية، للقاضي الذي يفصل في الطلاق، أي للمحكمة الذي يوجد في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي.[1]

وعليه، فان النزاع بين الانجليزيين اللذان كانا متوطنان بالإقليم الجزائري، وتحصلا من قضائه على حكم الطلاق، لا يمنح للقضاء الفرنسي الذي غادر إليه الزوج، ولا للقضاء الانجليزي الذي تتوطن على أراضيه المطلقة، الاختصاص بالنظر في تصفية أموالهما العقارية المتواجدة بالجزائر، والمتمثلة في المسكن الزوجي، ذلك أن الاختصاص يؤول حصرا للمحاكم الجزائرية باعتبارها المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، حسب المادة 40فقرة1من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ففي هذه الحالة يكون التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي بقوة القانون، إذ يؤول الاختصاص القضائي للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، ويؤول الاختصاص التشريعي لقانون موقع العقار.[2]

إلى جانب الضوابط الإقليمية التي يتحدد بناء عليها اختصاص المحاكم الجزائرية للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، فإن هناك ضوابط شخصية ينعقد بمقتضاها الاختصاص للقضاء الوطني.

الفرع الثاني:الضوابط الشخصية

من المعلوم أن سلطان الدولة، لا يقتصر على الأشخاص المتواجدين في إقليمها، بل يمتد للأشخاص التابعين لها. ومن مظاهر سيادة الدولة وسلطانها على الأشخاص التابعين لها، منح الاختصاص لقضائها بالنظر في الدعاوى التي ترفع على رعاياها، أو من رعاياها، ولو كانوا مقيمين بالخارج، وذلك لكفالة تطبيق القانون الوطني، وهذا ما يسمى بالضوابط الشخصية لانعقاد

[1] – يراجع، عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص278.

[2] –تنص المادة17ف2 من ق.م.ج :"يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار."

الاختصاص القضائي الدولي، والتي تشمل كل من الجنسية (**البند الأول**)، وتطبيق قانون القاضي باعتباره القانون المختص (**البند الثاني**).

البند الأول: ضابط الجنسية

نظم المشرع الجزائري استثناء من الأصل العام، اختصاص المحاكم الجزائرية للنظر في النزاع بناء على ضابط الجنسية، وذلك بمقتضى المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ تقضي المادة 41: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

خلافا لذلك تقضي المادة 42: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي."

حسب هاتين المادتين، منح المشرع الجزائري للمتقاضي الجزائري، سواء كان مدعي أو مدعى عليه، امتياز رفع قضيته أمام المحاكم الجزائرية، وذلك مهما كان الربط الذي يمكن أن يؤدي إليه تطبيق القواعد العادية.[1] ولكن السؤال المطروح، هل يمكن تطبيق نص هاتين المادتين على دعاوى انحلال الرابطة الزوجية؟ وإذا كانت الإجابة بنعم. فإلى أي مدى يمكن التمسك بذلك الامتياز؟

أولا–مجال تطبيق الامتياز

يخص مجال تطبيق الامتياز، الأشخاص من جهة، والدعاوى من جهة أخرى.

[1]– يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 31.

فبالنسبة للأشخاص، يمكن القول أن تطبيق الامتياز الوارد بالمادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يستوجب أن يكون أحد الطرفين من الجنسية الجزائرية وقت تسجيل التكليف بالحضور. وعليه فالتغيير الطارئ للجنسية بصورة لاحقة لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي الجزائري.[1] فإذا رفع الزوج الجزائري دعوى الطلاق أمام القضاء الجزائري استنادا للمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ثم فقدها، واكتسب الجنسية الفرنسية، فإن ذلك لا يمنع المحاكم الجزائرية من النظر في النزاع، وتطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج تطبيقا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

وعليه، يتضح أن الاستفادة من تطبيق هذا الامتياز، لا تشترط أي شرط أو قيد آخر إلى جانب الجنسية الجزائرية، كأن يكون للمعني بالأمر أو لخصمه موطن بالجزائر مثلا، أو أن يكون موضوع النزاع مرتبطا بالإقليم الجزائري،[2] هذا بالنسبة للأشخاص.

أما بالنسبة للدعاوى المشمولة بالامتياز، يمكن القول أنه إذا كان التفسير الحرفي للمادتين يقود إلى حصر مجال تطبيقهما على الالتزامات التعاقدية، إلا أننا نجد أن القضاء الفرنسي لم يلتزم بالتفسير الضيق للمادتين 14[3] و15[4] من القانون المدني-واللتان تقابلان حرفيا نص المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية-، بل عمم تطبيقهما على جميع الالتزامات سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، كما طبقهما حتى على الدعاوى غير المالية،[5] ذلك أن الامتياز المقرر في المادتين مبني

[1] -Cité par, patrick courbe, op.cit.,p.7.

[2] -يراجع، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 85.

[3]-Art 14 du C. Civ. Fr. dispose que: « 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 tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français. »

[4]- Art 15 du C. Civ. Fr. dispose que: « un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligation par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. »

[5] -Cité par, Pierre Mayer, Vincent Heuze, op.cit., p.208.

على الجنسية، وليس على طبيعة النزاع، وقصره بالتالي على الالتزامات التعاقدية دون غيرها ليس له ما يبرره.[1]

ولما كان هذا الامتياز مستنبطا من التشريع الفرنسي، فقد كان لزاما على المشرع الجزائري مسايرة التطورات التي أفرزها القضاء الفرنسي، الذي تبنى التفسير الموسع للمادتين، وقد صرحت محكمة النقض رسميا تبنيها التفسير الموسع،[2] غير أنها استثنت من ذلك حالتين حالة الدعاوى العينية العقارية والتنفيذ الجبري، احتراما منها لسيادة الدولة الأجنبية والتي يعترف لها في هاتين الحالتين بالاختصاص المانع.[3]

وانطلاقا من ذلك، فإنه يجوز حسب المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اختصام الجزائري أمام المحاكم الجزائرية، بخصوص الالتزامات التي تولدت عن عقود قام بإبرامها خارج الإقليم الجزائري، ولو مع مواطن أجنبي،[4] أي أن الاختصاص ينعقد للمحاكم الجزائرية إذا كان المدعى عليه متمتعا بالجنسية الجزائرية، ولا يلزم أن يكون هذا الأخير، متوطنا أو مقيما بالجزائر، فالصفة الجزائرية كافية لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، كما لا يهم المكان الذي وقع فيه السبب المنشئ للالتزام أساس الدعوى، فسواء تحقق السبب المنشئ للالتزام داخل الإقليم الجزائري أو خارجه ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية.[5]

بناء على ما تقدم، إذا تزوج جزائري من أجنبية خارج الإقليم الجزائري وتوطنا في إقليم غير الإقليم الجزائري، فانه يجوز لها أن تلجأ إلى القضاء الجزائري لرفع دعوى التطليق إعمالا للقاعدة

[1]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص41.

[2] -Civ.1er Fév.1955, RC 55.327, cons. Bonnet, n. H. B., JCP 55.8657 n. Louis-Lucas ; 16juin 1959, Rougeron, RC 59.501, D. 59.377 n. G. Holleaux ; Civ.1er 27 mai 1970, Weiss, RC 71.113 n. Batiffol, GA n° 49 ; 17 nov.1981, JDI 82.926 n. Wiederkher ; 21 juhn1988, D.88. Somm .344. Cité par, Bernard Audit, droit international privé, 3éme éd, coll. Droit Civil, Paris, 2000, p.317 ; Daniel Gutmann, op.cit., p.234.

[3]- يراجع، هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص31.

[4]- يراجع، هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، المرجع السابق، ص117.

[5]-يراجع، هشام خالد، دعوى صحة ونفاد عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص71.

الواردة في المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويترتب على ذلك تطبيق القانون الجزائري، باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى استنادا لنص المادة 12ف2 من القانون المدني الجزائري، وكذا تطبيق للاستثناء وهو المادة 13 من نفس القانون.

وإذا كان هذا الأمر مظهر من مظاهر الحماية، فإنه واستثناءا من القاعدة السالف بيانها سعى المشرع إلى المغالاة في حماية مواطنيه، إذ قرر قاعدة مفادها منح الاختصاص للمحاكم الجزائرية بناء على ضابط جنسية المدعي تطبيقا للمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبذلك فإنه يجوز للجزائري أن يرفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية ضد زوجه الأجنبي، يطلب فيها فك الرابطة الزوجية، حتى ولو لم يكن لهذا الأخير موطن أو محل إقامة بالجزائر، وحكم هاتين المادتين ولو لم يكن واضحا، إلا أنه يشمل كذلك الوطنيين المتوطنين ببلد أجنبي، إذ يحق لأحدهما اللجوء إلى القضاء الوطني للمطالبة بفك الرابطة الزوجية، وذلك لكفالة تطبيق القانون الوطني عليهم، وهو ما يسمى بضابط القانون المختص الذي سنتطرق إليه لاحقا.

وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا:" من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

وأن موطن كل جزائري، هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محله مكان الإقامة العادي.

ولما ثبت من قضية الحال أن المتخاصمين جزائري وجزائرية يقيمان مؤقتا ببلد أجنبي وطلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك قد دفعوا الطرفين إلى التقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه".[1] وقد وضحت المحكمة العليا في هذا القرار أن المسألة تتعلق

[1]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم86305، الصادر بتاريخ 27-10-1992، م.ق، ع 01، سنة 1995، ص123، 127.

بالسيادة، ولا يمكن لأي قاضي جزائري أن يقضي بعدم الاختصاص المحلي للفصل في الدعاوى التي يرفعها جزائريين مقيمين في الخارج. وفي الحقيقة لا يعاب على التسبيب المعتمد من طرف قضاة المحكمة العليا، عدم إشارتهم لنصي المادتين 10 و11 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، والذي حلت محلهما المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لعدم معالجة هاذين النصين لهذه الحالة، فالتمسك بحرفية النصوص لا يسمح باختصاص القضاء الوطني، لاشتراطهما أن يكون أحد الطرفين أجنبيا وهو ما لم نلمسه في قضية الحال.

مما يجب التنويه إليه، انه وبعد صدور القرار السالف الذكر، يلاحظ سعي قضاة الموضوع إلى منح القضايا المتعلقة بالقانون الدولي الخاص اهتماما أكبر، فقد رفض قضاة الموضوع التخلي عن النزاع الخاص بدعوى الطلاق للقضاء الفرنسي لاعتبار أن الطرفين جزائريين، وهذا سعيا لكفالة تطبيق القانون الوطني، فعلى الرغم من تنازل أحد أطراف الدعوى عن الامتياز المقرر لصالحه، لم يتخلى القضاء الوطني عن نظر النزاع لتمسك الطرف الثاني باختصاصه، وفي ذلك قررت المحكمة العليا : "من المقرر قانونا أن دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية أما في حالة الإقامة ببلد أجنبي فيسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن طرفي النزاع يقيمان في بلد أجنبي فإنه لا يمكن التخلي والامتناع على الفصل في النزاع القائم بين جزائريين لصالح قضاة أجانب وأن إجابة قضاة الموضوع على الدفع المتعلق بعدم اختصاص القضاء الجزائري يكونوا قد أعطوا تعليلا كافيا لقرارهم مما يستوجب رفض الطعن".[1]

[1]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم91144، صادر بتاريخ 23-6-1993، م.ق، ع01، سنة 1994، ص63-67.

في هذا القرار، يتضح أن المحكمة العليا أكدت على الضابط العام الخاص بانحلال الرابطة الزوجية المستمد من القواعد الداخلية، وهو ضابط مسكن الزوجية، كما أشارت لضابط الجنسية كامتياز ينعقد بمقتضاه الاختصاص للقضاء الجزائري.

و بعد هذا التحليل، سنحاول تحديد شروط تطبيق الامتياز الذي سعى القضاء الجزائري إلى تمديده على دعاوى انحلال الرابطة الزوجية.

ثانيا– شروط تطبيق الامتياز

يقتصر دور المادتين 41و42 على منح الاختصاص إلى النظام القضائي الجزائري بالنسبة لمجال تطبيق النظم القضائية الأجنبية، إلا أنهما تتركان خارج نطاقهما قضية الاختصاص الداخلي، الذي يتمثل في تحديد أي من المحاكم الجزائرية سترفع لديها الدعوى اثر إعلان اختصاص النظام القضائي بصورة عامة (**1**)، وبما أن الأمر يتعلق من جهة أخرى بامتياز، انه يحق للمستفيدين التنازل عنه (**2**).[1]

1– تحديد المحكمة المختصة

سبقت الإشارة إلى أن الاعتماد على الامتياز المقرر في المادتين لصالح الجزائريين لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، يكون فقط حين لا تسعفنا القواعد العادية للاختصاص القضائي، مما يعني أن اللجوء إلى المادتين، يكون فقط لما لا يوجد في الإقليم الجزائري أي ضابط للاختصاص المحلي، لأن قواعد الاختصاص المحلي الداخلي هي التي تطبق على المستوى الدولي، ومن هنا فإن عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، يقتضي تطبيق قواعد القانون الداخلي، لتحديد المحكمة المختصة محليا، إذ ترفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه إذا كان له موطن في الجزائر.[2] غير أنه إذا لم

[1]- cité par, Mohand Issad, droit international privé, tome II, les règles matérielles, O.P.U., Alger, 1986, p.36.

[2]–يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 38.

يكن للمدعى عليه الجزائري أو الأجنبي موطن أو إقامة بالجزائر، فإنه يحق للمدعي حينئذ أن يكلفه بالحضور أمام محكمة موطنه الذاتي، وإذا لم يكن لأي منهما موطن أو محل إقامة بالجزائر، فإنه وحسب الاجتهاد القضائي الفرنسي، يمكن للمدعي اختيار المحكمة التي يرفع أمامها الدعوى شريطة ألا يكون متعسفا في ذلك الاختيار. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية بخصوص دعاوى الطلاق،[1] إلا أنه وبسبب كثرة التحايل، فقد منح الاجتهاد الفرنسي في آخر اجتهاداته الاختصاص للمحكمة القريبة من حدود البلد الأجنبي الذي يوجد فيه موطن المدعى عليه.[2]

وبما أن القضية المتعلقة بالتحايل أمام المحكمة أصبحت تطرح نفسها بحدة في الجزائر، فالواقع العملي يوضح أن عددا من المتزوجين القاطنين بالخارج، يفضلون رفع دعواهم أمام القضاء الجزائري، للحصول على الطلاق، إذ يعمد الزوج إلى رفع دعوى للحصول على الطلاق بالإرادة المنفردة مما يجعل الزوجة مضطرة إلى الدخول في عملية إجرائية شديدة التعقيد خاصة إذا كانت أجنبية.[3]

وعليه يطرح هذا الضابط صعوبات عملية كثيرة أثناء التطبيق، سواء من حيث التبليغ أو حضور الشخص المطلوب، فحتى ولو تم التبليغ بصفة عادية، فإن الطرف الأجنبي يأبى الحضور، مما يجعل المحاكم تصدر أحكام غيابية، وهو ما يزيد الأمر تعقيدا على مستوى تنفيذ الحكم الأجنبي.[4]

2- نظام امتياز التقاضي

تفيد صياغة المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واللتين تقرران امتيازا لصالح الجزائريين، أنهما لا تتعلقان بالنظام العام، ذلك أن المادتين وردتا باستعمال المشرع لعبارة "يجوز" مما يجعل إمكانية التنازل عن ذلك الامتياز، ويكون التنازل إما بالاتفاق الصريح بين الطرف

[1] -CIV.1er chambre, fév.1965, JDI65. 628. n. lève P, RC1966. 641n. Dehaussy ; 9nov. 1971, D. 72. 178, RC72, 374h. Holeaux, Cité par, Bernard Audit, op.cit., p323 ; Hélène Gaudement –Tallon.," conflit de juridiction", R.C.D.I.P. Dalloz. 96, (3) juillet –septembre2007. p.617.

[2]- cité par, patrick courbe, op.cit., p.8.

[3] cité par, Mohand Issad, op.cit., p. 37.

[4] -يراجع، سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 1421هـ-2001م، ص24.

الجزائري في الدعوى وبين الطرف الأجنبي، كأن يدرج شرط اتفاقي يتضمن استبعاد تطبيق الامتياز، كما قد يكون التنازل ضمنيا عندما ترفع الدعوى أمام محكمة أجنبية، ولا يثير صاحب المصلحة الامتياز المقرر لصالحه، وعليه ولما كان الأمر لا يتعلق بالنظام العام، فانه لا يمكن للقاضي أن يثير الدفع من تلقاء نفسه.[1]

وإذا كان التنازل كما سبق الذكر، يكون إما صراحة أو ضمنا، فإن هناك بعض الحالات التي ينبغي فيها عدم تطبيق أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيكون التنازل حكما، حتى لا يتحول الامتياز الممنوح للمواطنين ضد مصلحتهم من خلال حصولهم على أحكام عديمة الفعالية في الدولة المطلوب التنفيذ فيها، وهذا ما قد ينجم بالنسبة للبلدان التي تعتمد على قواعد استثنائية مماثلة أو معادلة لقواعدنا.[2] فمثلا المحاكم الفرنسية تعتبر أن دعاوى الطلاق التي يكون أحد أطرافها فرنسيا يؤول الاختصاص فيها للمحاكم الفرنسية حصرا، لاعتبارها من النظام العام، وبذلك فإنه لا ينفذ في فرنسا أي حكم أجنبي صدر بمواجهة فرنسي لم يتنازل عن اختصاص قضائه الوطني صراحة أو ضمنا،[3] وهذا كله لكفالة تطبيق القانون الفرنسي. وعليه نلاحظ أن هذا الضابط يثير مشاكل عديدة لاسيما إذا كان الطرفين من جنسيتين مختلفتين تقرر دولتاهما هذا الاختصاص وتمسك به الطرفين، ونتيجة لذلك لم تتبن بعض التشريعات هذا الضابط كالتشريع الأردني.[4]

[1]- Pour l'art 14, V. CIV. 21mai1963 ; cie marocaine de boisons, RC63, 340 n. loussouarn, JDI64. 1130 bs. sialelli ; pour l'art 15, CIV. com. 9 oct. 1967, JDI68. 918 n. Bredin. cité par ; Bernard Audit, op. cit., p.322 ; Daniel Gutmann, op. cit., p. 234.

[2]- يراجع، موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص38.

[3]- يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص302.

[4]- يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص28.

وإذا ما فرغنا من الحديث عن الجنسية باعتبارها ضابطا شخصيا يؤول بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، فإننا سنتطرق إلى الحديث عن ضابط القانون المختص.

البند الثاني: ضابط القانون المختص

بمقتضى هذا الضابط ينعقد الاختصاص، كأصل عام لمحاكم الدولة التي يتقرر تطبيق قانونها في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بأمر من قواعد الإسناد الواردة في قانون القاضي، وقد أقر مؤتمر لاهاي لسنة 1875 هذا الضابط بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، على أساس أن القاضي يستوعب ويفهم قانونه أكثر من استيعابه وفهمه لقانون أجنبي في المسائل المشار إليها.[1]

هذا وإن المشرع الجزائري لم يتبن هذا الضابط صراحة، خلافا للقانون المصري، الذي نص في المادة 30من قانون المرافعات: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال التالية ... -إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى".

من خلال التدقيق في هذا النص، يتضح أن المشرع المصري، منح الاختصاص للمحاكم المصرية للنظر في دعاوى الأحوال الشخصية، إذا كان المدعي وطنيا أو أجنبيا متوطنا بالإقليم المصري، وذلك لكفالة تطبيق القانون الوطني الواجب التطبيق بمقتضى المادة 14 من القانون المدني المصري،[2] وهو بذلك يكون قد تبنى ما اتجه إليه القضاء الفرنسي الذي وسع من نطاق تطبيق المادة 14 من

[1]- يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص289.

[2]- يراجع، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص132.

القانون المدني الفرنسي لتشمل دعاوى الأحوال الشخصية، وهو ذات ما سبق بيانه بالنسبة للقضاء الجزائري الذي تبنى التفسير الموسع للمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نتيجة لتأثره بما انتهجه القضاء الفرنسي، لكفالة تطبيق القانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج تطبيقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري،[1] فقد وضحنا أن المحكمة العليا منحت الاختصاص للقضاء الوطني للنظر في النزاعات التي يكون طرفيها جزائريين، حتى ولو تخلى أحد أطراف النزاع عن الامتياز المقرر لصالحه. فتمسك أحدهما كاف لنظر المحكمة في النزاع والفصل فيه لكفالة تطبيق القانون الوطني. و قد تم تبرير ذلك من منطلق السيادة.

غير أن الفرق الوحيد ما بين التشريعين الجزائري والمصري، يتضح جليا في الشق الثاني الذي تبنى بمقتضاه المشرع المصري استثناء على الأصل العام، والمتمثل في "موطن المدعى عليه"، حيث منح الاختصاص للمحكمة التي يتواجد فيها موطن المدعي إذا ما كان القانون المصري هو الواجب التطبيق ودون الأخذ بعين الاعتبار موطن المدعى عليه .

وقد كان الغرض من ذلك، كفالة تطبيق القانون الوطني، ولو تم ذلك عن طريق مخالفة قواعد الاختصاص في الدولة التي ينعقد لها الاختصاص أصلا بنظر النزاع. ويعد هذا نتيجة منطقية لعدم وجود هيئة قضائية عليا تعمل على سن نصوص قانونية لتوزيع الاختصاص بين المحاكم التابعة للدول المختلفة.

أكثر من ذلك، نجد أن المشرع الجزائري اعتبر ضابط جنسية المدعي امتيازا يمكن التنازل عنه، خلافا لذلك نجد أن المشرع المصري اعتبره ضابطا وجوبيا وهو ما تؤكده المادة 30 من قانون المرافعات.

[1]-يراجع تفصيلات هذه المادة، نفس المذكرة، ص26.

وإذا ما فرغنا من الحديث عن الضوابط الأصلية التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الجزائرية، للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، سنحاول عرض الضوابط الطارئة التي تمنح المحاكم الوطنية سلطة النظر في النزاع رغم عدم اختصاص القضاء الوطني أصلا بنظرها.

المطلب الثاني:ضوابط انعقاد الاختصاص الدولي الطارئ

الاختصاص القضائي الطارئ، هو الاختصاص الذي ينعقد بمقتضاه للمحاكم الوطنية سلطة النظر في الدعوى استنادا لمسألة فرعية ليست في الأصل من اختصاصها،[1] وبعبارة أخرى يمكن تعريفه، بأنه الاختصاص الذي يمنح للمحكمة سلطة البت في الدعوى رغم عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي يتأسس وفقا له اختصاصها. وعليه فما هي الضوابط الطارئة التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في دعاوى انحلال الزواج؟

هذا ما سنتطرق إليه بالتعرض لكل من ضابط الخضوع الاختياري (**الفرع الأول**)، والضوابط التي تفرض حسن سير العدالة على المحكمة البث فيها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: ضابط الخضوع الاختياري

من الأمور المسلم بها في القانون الدولي الخاص، أن هذا الفرع يفسح لإرادة الأفراد دورا في بناء أحكامه، فكما يعتد بإرادة المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق في نظرية تنازع القوانين، فانه يخول للإرادة دورا في تحديد الاختصاص القضائي، بحيث يكون للخصوم أن يتفقوا على قبول ولاية قضاء دولة معينة، ولو لم تكن محاكمها مختصة أصلا بنظر النزاع وفقا لضوابط الاختصاص الأصلية الواردة في التشريع الوطني.[2]

وقد تبنى المشرع الجزائري في نص المادة 46من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] على

[1]- يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص291.

[2]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 453.

[3]- تنص المادة 46 من ق.إ.م.إ.ج :"يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا.
يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، و إذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك .
يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له".

غرار غيره من التشريعات،[1] ضابط الخضوع الاختياري، حيث منح للخصوم إمكانية الاتفاق على رفع أية دعوى، بما فيها دعوى انحلال الزواج أمام أية جهة قضائية، ولو لم تكن مختصة محليا بنظرها، من منطلق أن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام. بيد أنه اشترط لصحة الإجراء أن يتم تأكيده بموجب تصريح موقع عليه.

بناء على ذلك، ولما كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر- كما سبق أن بينا- امتدادا لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، فهي الأخرى ليست من النظام العام وبالتالي يمكن للأطراف مخالفتها، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل يصح للأطراف الاتفاق على سلب اختصاص القضاء الجزائري رغم اختصاصه بنظر دعاوى الطلاق؟ وهل يصح لهم جلب الاختصاص له رغم عدم اختصاصه بنظر هذه الدعاوى؟[2]

في الحقيقة، يثير الوضع مشاكل متعددة على المستوى الدولي، لارتباطه بالسيادة من جهة، وبقوة نفاذ الأحكام الصادرة عن القضاء الذي حددته إرادة الأطراف من جهة أخرى، لذلك يتوجب علينا تحديد المقصود بالخضوع الاختياري (**البند الأول**)، وبيان شروطه (**البند الثاني**).

البند الأول:مفهوم الخضوع الاختياري

يقصد بالخضوع الاختياري الاتفاق المبرم بين الخصوم، أي بين الزوجين والذي يتم من خلاله تحديد قضاء دولة معينة للنظر في المنازعات التي قد تنشا عند تنفيذ العقد أو التي قد تثور بعد إبرامه، وغالبا ما يتحقق هذا الضابط في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في حالات الطلاق بالتراضي، ويكون إما صريحا يتفق فيه الطرفان على منح الاختصاص لقضاء دولة معينة، للفصل في دعوى الطلاق

[1]- ينص الفصل 4 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية : "تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينتها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا بعقار كائن خارج البلاد التونسية ".

[2]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص28.

بالتراضي، كما قد يكون ضمنيا، وصورته أن يعين الطرفين موطنا مختارا لهما في دولة معينة، أو أن يحضر أحدهما جلسة المحاكمة، دون أن يقيد خضوعه الاختياري لقضائها، فسكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص، يعتبر دليلا على قبوله الضمني للخضوع لولاية محاكم هذه الدولة.[1] إلا أن غيابه عن الحضور أمام المحاكم الوطنية لا يعني قبوله الضمني على الخضوع لمحاكمها، لذلك يتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها.[2]

بناء على ما تقدم، يمكن القول أن المشرع الجزائري في نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جعل من اختصاص المحكمة اختصاصا عاما يسري على جميع الدعاوى، بما فيها دعاوى الطلاق، وان كانت بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي، تستثني من ضابط الخضوع الاختياري هذا النوع من الدعاوى خشية التحايل على القانون الواجب التطبيق،[3] ذلك أن إعمال ضابط إرادة الخصوم في نطاق الاختصاص القضائي يدع المجال أمام الخصوم للتحايل، خصوصا في الفرض الذي يتحقق فيه التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي. وعليه فقد يختار الخصوم محكمة غير مختصة أصلا بالنزاع رغبة في تحقيق أهدافهم.[4] وبذلك فإن ترك الإرادة طليقة في تحديد المحكمة المختصة يستتبع المساس بالاستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات القانونية ذات الصفة الأجنبية، رغم أن الاستقرار يعد أحد الأهداف الأساسية للقانون الدولي الخاص، فضلا عن أن القضاء يعد أحد المظاهر الهامة لسيادة الدولة ومن غير المقبول السماح لإرادة الأطراف بالتغيير في قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة.[5]

[1] – يراجع، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 152؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص 291.

[2] – يراجع، حسين الهداوي، المرجع السابق، ص 252.

[3] -cité par, patrick courbe, op.cit., p. 6.

[4] – يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 640.

[5] – يراجع، اشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص410.

رغم ما سبق ذكره، إلا أن الرأي الراجح، يعترف للإرادة بالحق في اختيار المحكمة المختصة، استنادا إلى حجة مفادها، أن تأثير قاعدة الخضوع الاختياري على قواعد الاختصاص التشريعي، يمكن معالجته بوصفه مسألة لاحقة، بمعنى انه يجب أن يتم إقرار القاعدة "ضابط الخضوع الاختياري" أولا، ثم توضع القيود على إرادة الطرفين، بما يكفل منع الغش نحو القانون، إذ لابد من التسليم، بأن القضاء يعد مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، إذ يتصل بأداء العدالة فيها، إلا أنه يجب مراعاة أن هذا القضاء، وجد لخدمة المتقاضين، وبالتالي فلا مانع من احترام إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة، خاصة أن التعويل على ضابط الخضوع الاختياري، يسمح بسد النقص الحالي في قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي لا ترتكن إلى نظرية عامة في هذا المجال.[1]

وهو ما تبناه المشرع الليبي صراحة في مسائل الأحوال الشخصية، وطبقه القضاء، فقد قضت محكمة طرابلس الابتدائية في القضية التي تقدمت بها السيدة "جوريتا فيتالي" في 29 أكتوبر 1951 بالانفصال الجسماني لخطا الزوج، وأمرت بوضع الابن الأكبر في حضانة أبيه، والآخرين في حضانة الأم، كما حكمت للام بنفقة شهرية.[2]

إذا ما فرغنا من الحديث عن مفهوم الخضوع الاختياري، وجب علينا التطرق لشروطه لمعرفة القيود التي ترد على تطبيقه في المستوى الدولي.

البند الثاني: شروط الخضوع الاختياري

رغم أن المشرع الجزائري في نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يحدد شروطا معينة لصحة الاتفاق المانح للاختصاص القضائي، إلا أن هذا الموضوع، أثار جدلا صاخبا في

[1]- يراجع، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 228.

[2]- يراجع، نفس المرجع، هامش ص 227.

الفقه المقارن نظرا لأهميته، خاصة بعد أن ثبت أن الأطراف يلجئون إليه للحصول على الطلاق من الدول التي يسمح قضائها بانحلال الرابطة الزوجية، وعليه يمكن تحديد تلك الشروط كالتالي:

الشرط الأول:أن تكون هناك رابطة جدية

يشترط جانب من الفقه المعاصر ضرورة توافر رابطة جدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح أمامها. وهذه الرابطة الجدية قد تستمد من عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم، كأن يكون أحد الأطراف ينتمي بجنسيته إلى دولة المحكمة المختارة للفصل في المنازعة ذات الطابع الدولي، كما قد تتبلور فكرة الرابطة الجدية أيضا في عناصر موضوعية مستمدة من العلاقة القانونية محل النزاع، كأن يتصل أحد عناصر تلك العلاقة بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة.[1]

وقد أكد القضاء الانجليزي هذا الشرط، فأتاح للقاضي التخلي عن نظر الدعوى –عملا بنظرية المحكمة غير الملائمة–، مع إحالته للخصوم إلى المحكمة المختصة التي يرتبط بها النزاع برابطة جدية، ولتحديد الرابطة الجدية انقسم الفقه إلى فريقين، فبينما استوجب أحدهما، اشتراط توافر هذه الرابطة بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح أمامها استنادا إلى، أن المشرع عندما جعل من إرادة الخصوم ضابطا للاختصاص الدولي للقضاء الوطني، فانه افترض أن يكون هذا الضابط قائما على أسس ثابتة، حتى لا ينتهي الأمر بانصياع القضاة إلى أهواء الخصوم على نحو يخل بحق الدولة الأصيل في تنظيم اختصاص محاكمها بما يتفق ومبدأ سيادتها على إقليمها،[2] إضافة إلى أن ضمان فعالية الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية، يستوجب أن يكون للنزاع صلة بهذه المحاكم، إذ لن يعترف بتلك الأحكام خارج الإقليم الوطني عند غياب تلك الصلة.[3]

[1]– يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص102.

[2]– يراجع، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص149.

[3]– يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 314.

رغم قوة الاتجاه الذي ينادي بضرورة توافر الرابطة الجدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح أمامها، إلا أن جانبا آخر من الفقه اقترح ضرورة اللجوء إلى فكرة المصلحة المشروعة، بدلا من فكرة الرابطة الجدية، نتيجة لصعوبة وضع معيار منضبط، يتحدد من خلاله مضمون فكرة الرابطة الجدية أو الصلة المعقولة بين النزاع والمحكمة المختارة، ذلك أن معيار تحديد المصلحة لا يشمل ارتباط النزاع بمحكمة معينة، بل يتحدد من خلال ما يحققه اختصاص قضاء معين، حتى ولو كان قضاء محايد من مصالح للخصوم. فالقيد الوحيد الذي يجب أن يتوافر في هذه المصلحة لكي يكون الاتفاق المانح للاختصاص صحيحا، هو أن تكون تلك المصلحة مشروعة، وبالتالي يعد الاتفاق المانح للاختصاص باطلا، إذا كان الهدف من وراء جلب الاختصاص لمحاكم دولة بعينها هو الغش نحو الاختصاص.[1]

الشرط الثاني: أن يكون الخضوع الاختياري جالبا للاختصاص

تذهب جمهرة الفقه، إلى انه يلزم في الخضوع الاختياري، أن يكون جالبا للاختصاص، وليس سالبا له.[2] ويكون الخضوع الاختياري جالبا للاختصاص، إذا أنبنى عليه تخويل الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في نزاعات لم تكن تدخل في اختصاصها أصلا، ويكون سالبا عندما يترتب عليه سلب أو نزع اختصاص المحاكم الوطنية، رغم ثبوت الاختصاص لها أصلا بنظر النزاع، وهو ما يعمد إلى تحقيقه ضابط الخضوع الاختياري.

من خلال هذا يتبين أن السؤال الأكثر بروزا يتمثل في تحديد ما إذا كان للإرادة القدرة على جلب الاختصاص للقضاء الوطني خارج حدود ولايته؟

إن نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ورد في المجال الداخلي، والتدقيق فيه لا يقتصر على جلب الاختصاص، بل يشمل كذلك سلب الاختصاص، إذ لا يتصور أن يتفق

[1]– يراجع، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص152.

[2]– من هؤلاء الفقهاء، "محمد كمال فهمي، عز الدين عبد الله ". يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص464.

الزوجان على رفع دعوى الطلاق بالتراضي أمام محكمة معينة، دون سلب الاختصاص للمحكمة المحددة قانونا في نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإذا كان هذا التحليل لا يثير مشاكل على المستوى الداخلي، كون أن المحاكم تابعة لدولة واحدة، فانه على المستوى الدولي يثير مشاكل خطيرة. لذلك يرى الفقه، ضرورة أن يقتصر الأمر على الفرض الذي ينعقد فيه الاختصاص للمحاكم الوطنية بمقتضى الخضوع الاختياري، ودون أن يتناول حكم الفرض الذي يتفق فيه الخصوم على سلب الاختصاص من القضاء الوطني لصالح محاكم أجنبية، ذلك أن أداء العدالة وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسطة سلطة من سلطاتها هي محاكمها. وإذا سلمنا بأنها تركت بيد الأفراد وسيلة تحريك تلك السلطة لمباشرة الوظيفة السالف الإشارة لها، فليس معنى ذلك أن القضاء يؤدى أولا وأخيرا لصالح الفرد، بل انه في الحقيقة يؤدى لتحقيق مصلحة عامة، وهي إقرار النظام والسكينة في إقليم الدولة، وطالما أن الدولة تركت للفرد الظروف التي يحرك فيها السلطة القضائية، فليس معنى ذلك أن للفرد أن يتجاوز الحدود فيمتنع عن تحريك تلك السلطة ويحرك بدلها سلطة قضائية في دولة أجنبية.[1]

بعد أن تطرقنا إلى ضابط الخضوع الاختياري، باعتباره أحد الضوابط التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، وجب علينا التعرض لضوابط أخرى، تمنح للمحاكم الوطنية الاختصاص بهدف الحفاظ على حسن سير العدالة.

[1]– يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 107؛ هشام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، مركز الإسكندرية للكتاب، 1997، ص11.

الفرع الثاني :الاختصاص القضائي المبني على حسن أداء العدالة

قد تختص المحاكم الوطنية بنظر دعوى انحلال الرابطة الزوجية رغم عدم توفر أي ضابط من الضوابط السابق شرحها، ويكون اختصاصها في هذه الحالة مبنيا على اعتبارات معينة، منها ضمان وحدة الخصومة، حسن سير العدالة، منع تضارب الأحكام، إضافة إلى الرغبة في رفع الاعتداء الواقع على الحق، وتأمين الخصوم بحفظ حقوقهم، وهذا ما سنحاول التعرض له، من خلال التطرق إلى اختصاص المحاكم بالدعاوى المرتبطة (**البند الأول**)، واختصاصها بالنظر في الدعاوى الاستعجالية (**البند الثاني**).

البند الأول: اختصاص المحاكم بالدعاوى المرتبطة

إن اختصاص المحاكم بالدعوى المرتبطة يشمل كل من المسائل الأولية والطلبات العارضة والطلبات المرتبطة وهو ما سنحاول التعرض له في هذا البند.

أولا– المسائل الأولية

يقصد بالمسائل الأولية، تلك التي يتوجب على المحكمة البت فيها أولا، حتى يتسنى لها الفصل في موضوع النزاع،[1] كتحديد جنسية الخصوم، وتحديد موطنهم، وهي تعد إحدى تطبيقات المبدأ المعروف في القانون القضائي الخاص الداخلي، والذي يقضي بأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، بموجبه، يتعين على المحكمة المختصة الفصل في المسألة الأولية، إذا كانت مما يدخل في اختصاصها،[2]

[1]– يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص316.

[2]– يراجع، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص164.

وإرجاء النظر فيها إلى غاية صدور حكم بشأنها من المحكمة المختصة إذا لم تكن مما يدخل في اختصاصها.[1]

إذا كانت هذه القاعدة لا تثير مشاكل بالنسبة للعلاقات الداخلية، إلا أنها تطرح العديد منها بالنسبة للعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا، إذ يتوجب على القاضي الوطني البت في جنسية الخصوم، لتحديد اختصاص المحكمة الوطنية للنظر في دعوى انحلال الزواج إذا كان الاختصاص قد مُنح لها بناء على ضابط الجنسية الوارد في نص المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولتحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى باعتباره الضابط الشخصي المعول عليه في نص المادتين 12ف2 و13 من القانون المدني الجزائري.

بناء على ما تقدم، يطرح التساؤل عن مدى إمكانية بحث القاضي الوطني في جنسية الأجنبي باعتبارها مسألة أولية، يتوجب عليه النظر فيها قبل البث في دعوى الطلاق. وفي هذا الصدد ونظرا لالتزام المشرع الجزائري الصمت وجب الاهتداء بأحكام القانون المقارن، أين نجد أن الاجتهاد الفرنسي، قد تبنى مسلكا مغايرا لذلك المتبع في نطاق الاختصاص القضائي الداخلي. فإذا كانت المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية في المجال الداخلي توقف الفصل في المسألة الأولية إلى غاية الفصل فيها من المحكمة المختصة بها،[2] فإن المحاكم الفرنسية ترفض على المستوى الدولي أن ترفع يدها عن النزاع بحجة التلازم من جهة، وبحجة أن صلاحيتها تشمل الأصل والفرع من جهة أخرى، وبذلك تكون هي المحكمة المختصة للفصل في المسائل الأولية إلى جانب الدعوى الأصلية، إلا أن ذلك لا ينطبق على الأحكام التي تخضع لمبدأ الإقليمية كالأحكام الجزائية والإدارية والتي لا يمكن

[1]-تنص المادة 37من الأمر 05-01 المؤرخ في 18 محرم1426الموافق27 فبراير2005 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر. العدد15 سنة2005: "تختص المحاكم وحدها بالنظر في المنازعات حول الجنسية الجزائرية.

وتعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

وعندما تثار هذه المنازعات عن طريق الدفع أمام المحاكم الأخرى تؤجل هذه الأخيرة الفصل فيها حتى يبث فيها من قبل المحكمة المختصة محليا، التي يجب أن يرفع إليها الأمر خلال شهر من قرار التأجيل من قبل الطرف الذي ينازع في الجنسية وإلا أهمل الدفع..."

[2]- يراجع، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص381.

للمحكمة الفصل فيها، بل يتعين عليها أن توقف الفصل في النزاع المعروض عليها لغاية صدور الحكم الجزائي من القضاء الأجنبي. على أن ذلك الحكم لا يمكن الاستناد له إلا باعتباره دليلا أو واقعة،[1] ويخضع تفسيره للقضاء المختص بنظر الدعوى الأصلية، وهو ذات الوضع الذي قرره المشرع المصري في نص المادة 33 من قانون المرافعات المصري التي تقضي: "إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة..."

من خلال هذا النص، يتضح أن منح الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في المسائل الأولية التي يقتضي الفصل النهائي في الدعوى البت فيها، يتوقف على تحقق شروط معينة، وهي أن تكون المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية، وسواء كانت مختصة بنظر المسألة الأولية أو غير مختصة بها،[2] وأن يكون الفصل في المسألة الأولية لازما للحكم في الدعوى الأصلية، فمثلا تحديد جنسية أحد الخصوم، أو تحديد موطنه،[3] يعتبر مسألة أولية يجب الفصل فيها لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية، فإذا رفعت أمام القضاء الوطني دعوى تتعلق بالنفقة، وطرح تطبيق القانون الشخصي للزوج (حسب قاعدة الإسناد) مشكلة تتعلق بتحديد جنسيته، هنا يمكن للقاضي الوطني البت في هذه المسألة، التي لا يملك بشأنها أي اختصاص لو طرحت عليه بصورة مستقلة.[4] إضافة إلى ذلك فإن تفسير المعاهدات الدولية التي تطرح قبل البت في النزاع، وتفسير القرار الجنائي الخاص بزنا الزوج لاعتباره ضروريا للفصل في دعوى التطليق المرفوعة أمام القضاء الوطني، يعتبر مسألة أولية يجب الفصل فيها ابتداء. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن كل ما يندرج في هذا النطاق يعتبر مسألة تكييف يختص بها

[1]-تراجع، المذكرة، ص195.

[2]- يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1092

[3]-يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 113.

[4]- يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص303.

القاضي وفقا لقانونه،[1] وإذا كان هذا الوضع سائد في القانون المقارن، فإننا نأمل من المشرع الجزائري التدخل وتنظيمه بموجب نصوص قانونية صريحة كما فعل نظيره المصري.

هذا وأن اختصاص المحاكم الوطنية، بالنظر في الدعاوى المرتبطة، لا يقتصر على المسائل الأولية، بل يشمل اختصاصها بالنظر في الطلبات العارضة والطلبات الأصلية.

ثانيا– اختصاص المحاكم بالطلبات العارضة

تعد الطلبات العارضة وسيلة من وسائل مباشرة الدعوى،[2] وهي تُطرح أثناء سير الخصومة، لتتناول بالتغيير أو النقص،أو الإضافة ذات الخصومة القائمة، إما من جهة موضوعها، أو سببها، أو أطرافها. وقد تطرح الطلبات العارضة إما من المدعي أو المدعى عليه. فإذا طرحت من المدعي، سميت طلبا إضافيا وفقا لنص المادة 25ف4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[3] وإذا قدمت من المدعى عليه، سميت دعوى المدعى عليه، أو الطلب المقابل وفقا لنص المادة 25ف5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[4] ومثالها أن يرفع الزوج دعوى الرجوع على زوجته فترد عليه بطلب الطلاق.[5]

إذا كان تطبيق هذه الأحكام يسري على المستوى الداخلي، فإنه يتم تمديد العمل بها على المستوى الدولي تطبيقا لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع،[6] وعليه فان اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في الطلبات العارضة، يستوجب أن تكون مختصة بالدعوى الأصلية أو الطلب الأصلي، وأن تكون الطلبات العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية أو بالطلب الأصلي،[7] فرفع الزوجة دعوى رفع مبلغ

[1]–يراجع، حسين الهداوي، المرجع السابق، ص 254.

[2]–تنص المادة 25ف2،1ق.ا.م.ا.ج :"يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.
غير أنه يمكن تعديله بناءا على تقديم طلبات عارضة ،إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية".

[3]–تنص المادة 25ف4 من ق.ا.م.ا.ج :"الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية".

[4]–تنص المادة 25ف5 من ق.ا.م.ا.ج:"الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه ".

[5]– يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1095.

[6]– يراجع، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص105.

[7]– يراجع، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 374الى 376.

مبلغ النفقة الغذائية المقررة للمحضون أمام المحاكم الوطنية، باعتبارها محكمة موطن الدائن بالنفقة، يمنح للزوج المتوطن بفرنسا، حق تقديم طلب مقابل أمام ذات المحكمة لتخفيض تلك المبالغ.

بناء على ما تقدم، يتضح أن تمديد العمل بالنصوص الداخلية على المستوى الدولي في هذا المجال، يسمح بالحفاظ على وحدة الخصومة، والاقتصاد في النفقات والإجراءات، مع تلافي صدور أحكام متضاربة،[1] وهو ما يؤدي إلى تحقيق حسن سير العدالة، الذي من تطبيقاته اختصاص المحاكم بالنظر في الطلبات المرتبطة.

ثالثا– اختصاص المحاكم بالطلبات المرتبطة

يقصد بالطلبات المرتبطة، تلك التي ترتبط ارتباطا وثيقا بطلبات أخرى، تجعل من المفيد جمعها معا أمام محكمة واحدة، كي يفصل فيها في خصومة واحدة، تلافيا لتضارب الأحكام القضائية. وقد تبنى المشرع المصري هذا الحل صراحة في نص المادة 33 من قانون المرافعات التي تقضي: "إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كما تختص بكل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقضي حسن سير العدالة أن تنظر معها".[2]

من خلال هذا النص، يتضح أن اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في الطلبات المرتبطة، يستوجب أن تكون المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى الأصلية، وأن يكون الطلب المرتبط على صلة جدية بالدعوى الأصلية، على أن تحديد درجة ذلك الارتباط يرجع فيه لقانون القاضي. والحكمة من ذلك واضحة، تكمن في ضمان وحدة مرفق القضاء، وتحقيق مصلحة الخصوم بتجنيبهم الحصول على أحكام قضائية متعارضة لصدورها عن محاكم أجنبية مختلفة، تطرح فيما بعد مشكلة تنفيذها أمام

[1]–يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص88.
[2]–يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1095.

القضاء الوطني. بيد أن تحقيق هذه الغايات لن يتأتى، إلا بتبني التشريعات لمبدأ الدفع بالإحالة والذي من خلال الرجوع إليه، يتضح أن المشرع الجزائري، قد تبنى مسألة الطلبات المرتبطة باعتبارها من الدفوع الشكلية،[1] التي تتحدد وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الدفع بعدم الاختصاص، الدفع بعدم القبول، الدفع بالبطلان، إلى جانب الدفع بوحدة الموضوع، والدفع بالارتباط. ولا يهمنا في هذا الصدد، إلا الدفع بوحدة الارتباط والدفع بوحدة الموضوع، لتعلقهما بمسألتي الإحالة والطلبات المرتبطة.

بناء على ما تقدم، يقصد بالدفع بوحدة الارتباط، الدفع الذي يثيره القاضي أو صاحب المصلحة أمام جهة قضائية معينة بغرض إحالة النزاع أمام جهة قضائية مختلفة لوجود ارتباط بين الدعوى المرفوعة أمامها والدعوى المرفوعة أمام جهة أخرى. وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الارتباط يقوم في حالة وجود صلة وثيقة بين الدعويين، تجعل من حسن سير العدالة الحكم فيهما معا.[2] وفي ذلك تنص المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : "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".

ومثال الدفع بالارتباط في المجال الداخلي، أن يرفع الزوج دعوى يطالب فيها تمكينه من حق زيارة الأولاد، وترفع الزوجة دعوى تطالب فيها بمراجعة مبلغ النفقة المقررة لصالح الأولاد، فحسب المادة 56 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتعين على الجهة القضائية التي رفع إليها النزاع مؤخرا أن تتخلى عن الفصل فيه لصالح الجهة القضائية الأخرى.[3]

[1]–تنص المادة 49 من ق.إ.م.إ.ج:" الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو نقضها أو وقفها".

[2] -cité par, Daniel Gutmann, op.cit., p.240.

[3]–تنص المادة 56 من ق.ا.م.ا.ج :"التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا يؤمر به من طرف أخر جهة قضائية أو أخر تشكيلة طرح عليها النزاع، لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى، بموجب حكم مسبب بناءا على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا".

وإذا كان هذا الوضع السائد على المستوى الداخلي، فهل يمكن على المستوى الدولي، أن تتخلى المحكمة الفرنسية، التي يرفع أمامها النزاع المتعلق بمراجعة مبلغ النفقة المقررة للأولاد، لصالح القضاء الجزائري، الذي ينظر في دعوى الزيارة المقررة لمصلحة الأب تطبيقا لنص 64 من قانون الأسرة الجزائري.[1]

إذا كانت مقتضيات حسن سير العدالة، تستوجب على المستوى الداخلي، تخلي الجهة القضائية التي رفع النزاع لاحقا أمام محاكمها عن الفصل في النزاع لصالح الجهة الأقدر على الفصل فيه، فإنه على المستوى الدولي، يمكن تطبيق ذات المبدأ، رغم أن البعض، يعتبر أن مصطلح السيادة يقف حاجزا، يحول دون إمكانية تطبيق ذلك النص. وأمام هذا الوضع، فقد كان من الأولى على المشرع الجزائري تنظيم ذلك، بموجب نصوص قانونية كما فعل المشرع المصري في نص المادة 33 من قانون المرافعات، والمشرع التونسي في الفصل 7من مجلة القانون الدولي الخاص.[2]

فالحكمة من تبني هذا الحكم بارزة، ألا وهي، مراعاة المبادئ الإجرائية التي تؤكد أن محاكم الدولة، تختص بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها. لذلك، فإذا كانت محاكم دولة ما مختصة لنظر نزاع مطروح أمامها بصفة أصلية، فإنه يكون لها أن تنظر في ذات الوقت في الدعاوى المرتبطة بهذا النزاع، ولو لم تكن تندرج ضمن اختصاصها، بغية إصدار حكم يحقق العدالة المبتغاة، من خلال تنوير ذهن القاضي بكافة المعلومات الضرورية، والتي من شأنها تمكينه من الفصل في القضية المعروضة عليه. بيد أنه لا يمكن للقاضي الدفع بالإحالة، إلا إذا تبين له أن القضاء الأجنبي الذي ينظر الدعوى الأصلية، أكثر قدرة على الفصل في الدعوى المرتبطة، وأقدر على كفالة أثار

[1]– تنص المادة 64 من ق.أ.ج:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[2]– ينص الفصل 7 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية:" تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها ارتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية".

الحكم الصادر فيها.[1] ولا يقتصر الأمر على الدفع بوحدة الارتباط، بل قد يشمل الدفع بوحدة الموضوع،[2] باعتباره، الدفع الذي يثيره القاضي تلقائيا، أو يتقدم به صاحب المصلحة أمام الجهة القضائية المختصة في حالة عرض ذات النزاع أمام جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة.[3]

وشأن ذلك في المجال الداخلي، أن ترفع دعوى الطلاق أمام محكمة تلمسان باعتبارها محكمة موطن الزوجية تطبيقا لنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وترفع ذات الدعوى أمام محكمة عين تموشنت باعتبارها محكمة موطن المدعى عليها.

في هذه الحالة وتطبيقا لنص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع، أن تتخلى عن الفصل فيه لصالح الجهة الأخرى،[4] وذلك تجنبا لصدور أحكام قضائية متناقضة، اقتصادا في النفقات، وكذا تيسيرا على المتقاضيين والقاضي على حد السواء.

وإذا كان هذا الوضع هو السائد على المستوى الداخلي، فهل يمكن أن نتصور تمديد العمل به على المستوى الدولي، أي هل يمكن للقضاء الفرنسي"المحاكم الابتدائية الفرنسية" أن يتنازل عن النظر في دعوى الطلاق المرفوعة أمامه بناءا على ضابط موطن الزوجية، لصالح القضاء الجزائري "المحاكم الابتدائية الجزائرية" الذي رفع النزاع أمامه أولا بناءا على ضابط جنسية المدعي.

لقد سبق البيان، أن قواعد الاختصاص الداخلي هي التي تطبق على المستوى الدولي، وبذلك، فإنه يتوجب وتطبيقا لنص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الجهة القضائية التي رفع النزاع أمامها لاحقا"المحكمة الفرنسية" أن تتخلى عن الفصل في النزاع لصالح الجهة

[1] – يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1096؛ سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الأول، الخصومة القضائية أمام المحكمة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص109.

[2] – Cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit.,p368.

[3] –تنص المادة 53 من ق.ا.م.ا.ج :"تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة ".

[4] –تنص المادة 54 ق.ا.م.ا.ج :" يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إن طلب احد الخصوم ذلك.
ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع".

الأولى "المحكمة الابتدائية الجزائرية" طالما لم يتنازل صاحب الامتياز عن الحق المقرر له، وذلك لكفالة تطبيق قانونها الوطني. وإذا كان التحليل متفق عليه من الناحية النظرية، فان الواقع العملي يؤكد خلاف الوضع، إذ لا مجال لإعمال أحكام المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فانطلاقا من مفهوم السيادة، نجد أن محاكم كل دولة، تتمسك بالاختصاص القضائي المخول لها وفقا لقواعدها الوطنية. فلا يمكن للقاضي الأجنبي أن يأتمر بأوامر قضاء أجنبي عنه، وبذلك فهو يرفض الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع، بحجة أن قضائه الوطني يوفر حماية أكبر للمتقاضين، ويضمن حقوق الدفاع،[1] وهو ما قد ينجم عنه صدور أحكام متناقضة تخلق على مستوى تنفيذ الحكم الأجنبي مشاكل متعددة.[2] وعليه قد يتمتع الشخص بوضعيتين مختلفتين في دولتين مختلفتين فيكون مطلقا وفقا للقانون الجزائري، ومتزوجا وفقا للقانون الفرنسي.

في الحقيقة مرد هذا الخلط راجع لانعدام التنظيم الخاص بالاختصاص القضائي الدولي، وغياب محكمة عليا يتحدد على أساسها الاختصاص لجهة معينة للفصل في النزاع.[3] وهو ما لن يُطرح في حالة تنظيم المسألة محل النزاع بموجب اتفاقيات دولية بين الدول، أين يزول اللبس بمجرد اللجوء إلى أحكام القانون الاتفاقي.[4] وبالرجوع إلى أحكام هذا الأخير، فإننا لم نجد غير الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين، التي سعت إلى تنظيم هذه المسألة بمنح الاختصاص للجهة القضائية المختصة المتواجدة بمقر السكن الزوجي للحياة العائلية المشتركة فيما يخص دعوى الطلاق، وما يترتب عنها من حضانة وزيارة.

نتيجة للمشاكل التي طرحتها هذه الوضعية، اتجه الفقه، وإيمانا منه بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي، إلى التنويه بضرورة قبول الدفع بالإحالة في حالات استثنائية

[1]- يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص335.

[2] -cité par, Daniel Gutmann, op.cit., p.240.

[3]- يراجع، هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 438.

[4]- يراجع، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 181.

وهذا ما تم تفسيره من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 5 ماي 1962 المتعلق بدعوى طلاق، إذ أكدت في معرض قرارها، رفض الدفع بإحالة النزاع المعروض على القضاء الفرنسي إلى محكمة أجنبية، على أساس أن الدعوى رفعت أمام المحاكم الفرنسية، كما أنها تدخل في اختصاصها المطلق.[1]

إن فحوى هذا القرار دفع بعض الفقه،[2] إلى اعتبار أن محكمة النقض الفرنسية، قررت مبدأ مفاده قبول الدفع بالإحالة، إذا تم طرح النزاع على المحكمة الأجنبية أولا، وكان مما لا يدخل في الاختصاص المطلق للمحاكم الفرنسية. إلا أن ما تجدر الإشارة إليه، ونظرا لخصوصية نزاعات القانون الدولي الخاص، لاسيما مسائل انحلال الرابطة الزوجية، نجد أن القضاء الفرنسي الحديث، وتماشيا منه مع الآراء الفقهية، عدل عن موقفه، فأصبح يستقبل الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع حتى على المستوى الدولي، متى كان ذلك القضاء أقدر على الفصل في النزاع، وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنه. فالتوفيق بين اعتبارات السيادة وبين محاولة تلافي التناقض بين الأحكام، يجب أن يكون قائما على مبدأ قوة النفاذ، باعتباره الأساس الفعلي والواقعي لقواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.[3] وهذا الطرح الأخير هو الذي ينبغي تبنيه من طرف القضاء الجزائري، خاصة وأن الموقف السابق لا يحقق على المستوى الدولي أغراض التعاون القضائي الدولي، كما لا يوفر في بعض الأحيان مصالح الأطراف بالذات.[4]

وإذا كان الطرح السالف، هو الذي ينبغي تبنيه تماشيا مع الاجتهاد القضائي الفرنسي، فإنه لابد من تحديد الشروط اللازمة لقبول الدفع بالإحالة، التي تستوجب وجود دعوى مرفوعة أمام

[1]-Civ, 5mai1962,1962, D .1962,718,note Holleaux, Clunet 1962,1042,obs. Sialleli ,Rév. crit ,1963, 99 note Batiffol.

يراجع، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 186.

[2]- يراجع، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 403.

[3]- يراجع، نفس المرجع، ص403.

[4]- يراجع، موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص29.

القضاء الوطني والأجنبي،[1] وأن يكون كلاهما مختصا بنظرها، مع العلم أنه لا يمكن إثارة الدفع بوحدة الموضوع، إلا إذا تحققت وحدة الأطراف والموضوع والسبب في كلا الدعويين.[2] وفي هذا نجد أن القضاء الفرنسي رفض الدفع بسبق الادعاء لوحدة الموضوع، لان طلب الطلاق المرفوع في الخارج، والدعوى الرامية إلى تحويل الانفصال الجسماني إلى تطليق المرفوعة أمام المحاكم الفرنسية، تعدان دعويين، لكل منهما موضوع وسبب، يختلف عن الآخر تمام الاختلاف،[3] وإلى جانب هذه الشروط، يجمع الفقه، وتتواتر أحكام القضاء في فرنسا على ضرورة، أن يكون الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية قابلا للاعتراف به في فرنسا. وبناء على ذلك فإنه يتعين على المحكمة الوطنية أن تسعى لمعرفة ما إذا كان الحكم الذي سيصدر عن محاكمها قابلا للتنفيذ في الإقليم الوطني.[4]

البند الثاني: اختصاص المحاكم بنظر الدعاوى المستعجلة

تشمل الدعاوى المستعجلة كل من الإجراءات الوقتية والإجراءات التحفظية، وهي تهدف إلى اتخاذ تدابير استعجالية للحفاظ على المصالح الواجب حمايتها. ولما كانت الآثار التي تترتب عن دعاوى انحلال الرابطة الزوجية خطيرة، وتتطلب حماية فعالة للأطراف الضعيفة، كالأولاد والمطلقة، فقد استوجب المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات، اعتبار بعض المسائل، كالنفقة الوقتية من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي تطبيقا لنص المادة 21 من القانون المدني، وجعل الاختصاص بنظرها لقاضي القسم الاستعجالي، لارتباطها بفكرة الأمن المدني. وفي هذا المجال تنص المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:"في جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر

[1] – يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 108.

[2] -Cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit.,p.369.

[3]-Tribu .gr.inst. Cretiel 16 ma 1974, Gaz. Pal. 1975, 1,140. « Des instances ayants un objet et une cause juridique absolument différent »

يراجع، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص196؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص421.

[4] – يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، نفس المرجع، ص 137.

الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب وينادى عليها في أقرب جلسة. يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال."

من خلال الصياغة القانونية لهذه المادة، يتضح أن الفكر القانوني الجزائري، لم يقصر الاختصاص بنظر الدعاوى المستعجلة على النزاعات التي تتم بين الوطنيين، بل جعلها تشمل كافة النزاعات، بما فيها تلك التي تتم بين الأجانب. وهذا ما يؤكده مصطلح "في جميع أحوال الاستعجال"، إذ أنه لم يأخذ بعين الاعتبار أطراف النزاع، بل ركز على طبيعته وعلى توافر عنصر الاستعجال، فضرورة الاستعجال وسرعة البث في القضية، تستوجب منح المحاكم الوطنية "المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب تنفيذه"، اختصاصا للنظر في الدعاوى المستعجلة، وذلك عن طريق عرض القضية أمام القسم المختص "القسم الاستعجالي، أو قسم شؤون الأسرة الذي منحت له في حالات معينة سلطة النظر في نزاعات معينة لضرورات الاستعجال"،[1] للفصل فيها في أقرب الآجال، على أن تحديد تلك الآجال يكون حسب حالة الاستعجال. وبناء عليه يجوز تخفيض آجال التكليف بالحضور إلى أربع وعشرين ساعة، كما يجوز أن يكون أجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة في حالة الاستعجال القصوى.[2] وفي هذه الحالة يتم تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات وأيام العمل ليفصل فيه خلال تلك الفترة،[3] وغالبا ما تبرز هذه الحالات في الحياة العملية عند عدم إرجاع الطفل إلى حاضنه بعد انقضاء المدة المحددة

[1]–تنص المادة 425ق.ا.م.ا.ج:"يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة إلى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة ...".

[2]–تنص المادة 301ق.ا.م.ا.ج:"يجوز تخفيض آجال التكليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى أربع وعشرين (24)ساعة.

في حالة الاستعجال القصوى ،يجوز أن يكون اجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة، بشرط أن يتم التبليغ الرسمي للخصم شخصيا ا والى ممثله القانوني أو الإتفاقي."

[3]–تنص المادة302 ق.ا.م.ا.ج:"في حالة الاستعجال القصوى، يجوز تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات و أيام العمل ،بمقر الجهة القضائية حتى قبل القيد العريضة في سجل أمانة الضبط.

يحدد القاضي تاريخ الجلسة، ويسمح عند الضرورة، بتكليف الخصم بالحضور من ساعة إلى ساعة .

و يمكنه الفصل خارج ساعات العمل وحتى خلال أيام العطل."

قانونا للزيارة. وعند عدم دفع النفقة المقررة قانونا، وكذا في حالة عدم تخصيص مسكن لممارسة الحضانة، وعليه، فإن مجال الإجراءات الوقتية التي تهدف إلى اتخاذ تدابير استعجالية للحفاظ على المصالح الواجب حمايتها واسع، لا ينحصر في مجال النفقة الوقتية، بل يشمل كذلك الإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه القاضي، والأمر بتسليمها الأشياء اللازمة لاستعمالها اليومي، وكل ما يتعلق بالتنفيذ الجبري على المستوى الوطني.[1] وقد حدد المشرع الجزائري تلك المجالات بمقتضى المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي تنص:"يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

ففي مثل هذه الحالات، وبعد إتباع الإجراءات القانونية يصدر قاضي قسم شؤون الأسرة أمرا استعجاليا حائزا لحجية الشيء المقضي به،[2] وغير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل،[3] وعليه فالحكم باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي، يستوجب أن يتعلق الأمر بدعوى مستعجلة يتحدد فيها معنى الاستعجال، وشروط قبول الدعوى وفقا لقانون القاضي، ويكون الغرض منها اتخاذ إجراء وقتي وتحفظي للحفاظ على مصالح الأطراف المتضررة نتيجة عدم فصل المحكمة الأجنبية في الموضوع الأصلي. وعليه لا تُقبل الدعوى المستعجلة التي يُطلب فيها الحكم بنفقة وقتية إذا كان قد صدر حكم موضوعي في أصل النزاع من المحكمة الأجنبية، إضافة إلى ذلك يجب أن يكون مضمون الدعوى المستعجلة، طلب اتخاذ إجراء وقتي ينفذ في الجمهورية، إذ لو كان الإجراء واجب التنفيذ في الخارج لزالت علة الاختصاص المتمثلة في كفالة آثار الحكم الوقتي الصادر فيها.

---

[1]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص505.

[2]-تنص المادة 300ق.ا.م.ا.ج :"يكون قاضي الاستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه."

[3]-تنص المادة 303ق.ا.م.ا.ج:"لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق، وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن .كما انه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل .

في حالة الاستعجال القصوى، يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله."

إذا كان الفصل في مسائل الإجراءات الوقتية المرفوعة أمام القضاء الوطني، أوجب –نتيجة عدم تنظيم المشرع الجزائري لمسائل الاختصاص القضائي الدولي بنصوص قانونية– تمديد العمل بقواعد الاختصاص الداخلي، فإننا نجد أن المشرع المصري نص في المادة 34 من قانون المرافعات:"تختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفد في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".[1]

والحكمة من وراء تقريره لهذا النص بارزة، تكمن في رغبته في الحفاظ على مقتضيات التعايش المشترك التي تقتضي اتخاذ الإجراء الملائم بأقصى سرعة، حماية لحقوق ومصالح أطراف الدعوى،[2] إضافة إلى رغبته في تكريس مبدأ سيادة الدولة لاتصال هذه الإجراءات بالنظام العام.[3] وفي هذا، نجد أن القضاء المصري، اعتبر أن دعوى التطليق المرفوعة أمام المحكمة الأجنبية من إحدى الزوجات الأجنبيات العاملات لدى إحدى شركات الاستثمار الأجنبية في مصر لفترة معينة لا يسمح بتجاهل تلك الأجنبية، إذ ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بتقرير نفقة وقتية لها لحين الفصل في الدعوى الأصلية بالتطليق، ذلك أن حماية الزوجة هو واجب الجماعة الذي تفترضه المصلحة العامة، ومن ثم فإهمال طلب الزوجة، يترتب عليه تعكير للأمن أو السلام العام الذي تعمل الدولة على استتبابه.[4]

بناء على ما تقدم، لا يقتصر اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى المستعجلة على الإجراءات الوقتية، بل يشمل إلى جانب ذلك الإجراءات التحفظية، التي يكون الهدف منها الحفاظ على الأموال التي يخشى ضياعها إذا تم الانتظار لحين صدور حكم من المحكمة المختصة بالدعوى

[1] – يراجع، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 416.

[2] – cité par, patrick courbe, op.cit., p.7.

[3] – يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص317؛ صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص40.

[4] –يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص154.

الأصلية، وفي ذلك نجد أن القضاء الفرنسي قضى بوضع الأموال الموجودة في فرنسا تحت الحجز التحفظي طيلة فترة دعوى الطلاق المرفوعة في بلد أجنبي.[1]

وإذا ما حددنا الضوابط التي يؤول بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، سنتطرق إلى الحديث عن أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الأجنبي نتيجة لاختصاصه، والمراد تنفيذها في الإقليم الوطني، وتلك الصادرة عن القضاء الوطني والمراد الاعتراف بها في أراضي دولة أخرى أي أراضي الدولة المطلوب منها التنفيذ.

[1]- TGL Seine, 14nov. 1963, JDI 1964.587 ,obs.J.-B. Sialelli, cité par, patrick courbe, op.cit., p. 7.

المبحث الثاني: تنفيذ أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الأجنبي

إن مرفق العدالة باعتباره جهازا قضائيا، لا تقتصر مهمته على الفصل في الدعاوى بما فيها دعاوى انحلال الرابطة الزوجية، بل يتعين عليه كفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عنه،[1] ذلك أن هذه الأخيرة لن تكون لها قيمة فعلية، إلا إذا تجسد ما اشتملت عليه، وتمكن صاحب الحق من الحصول على حقه بالقوة والجبر إن اقتضى الأمر ذلك. وعليه، فإذا كانت أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الوطني قابلة للتنفيذ في الإقليم الوطني، باعتبارها قرارات صادرة عن محاكم مشكلة تشكيلا صحيحا وفقا لقواعد الإجراءات،[2] فان أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الأجنبي، باعتبارها قرارات صادرة باسم سيادة دولة أجنبية، ومتعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص،[3] لا يمكن تنفيذها في الإقليم الوطني إلا بتوافر شروط قانونية معينة يتوجب على قاضي الصيغة التنفيذية التحقق منها.

فما هي شروط تنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية (**المطلب الأول**)، وما هي الآثار التي تترتب على تنفيذ هذه الأحكام أمام القضاء الوطني (**المطلب الثاني**)؟

---

[1] –تنص المادة 8ف5 من ق.ا.م.ا.ج :"يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية."

إن هذه المادة تعتبر من المواد المفتاح التي تحدد المقصود بالأحكام بصفة عامة، وهي تدرج ضمن مفهوم الحكم القرارات الصادر عن المجالس القضائية أو المحكمة العليا، غير أن القرار الصادر عن المجلس القضائي هو وحده القابل للتنفيذ، في حين أن تلك الصادرة عن المحكمة العليا، فهي إما قرارات مبدئية لا تلزم إلا محاكم ومجالس الدولة، فهي إما تسمح بنقض الحكم أو القرار المطعون فيه وتحيله لذات الجهة التي أصدرته للفصل فيه بتشكيلة مغايرة، وإما تقضي برفض الطعن بالنقض لعدم توافر وجه من أوجه الطعن بالنقض المحددة في المادة 358 من ق.ا.م.ا،ج، أما الأوامر بقصد بها الأعمال الولائية التي تنعدم فيها الوجاهية، خلافا لذلك فالحكم هو ما يصدر عن المحكمة الابتدائية ولا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان نهائيا ولا يكتسب هذه الصفة إلا إذا صدر في حدود الاختصاص النهائي للمحكمة شأن أحكام الطلاق، وإما لأنه استنفد مواعيد الطعن وعليه فمن بين ما يعاب على هذا النص اعتباره أن الحكم هو حكم . يراجع، ميكالي هواري، محاضرات ألقيت على طلبة ماجيستير القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2008 -2009.

[2] – يراجع، سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، مصر، 2002، ص298.

[3]- cité par, Monia BEN JEMIA, l'exequatur des décisions étrangères en matière de statu personnel, R.T.D, Centre de Publication Universitaire, 2000, p.141.

المطلب الأول: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي

إن مقتضيات السيادة واحترام النظام العام في دولة القاضي، تجعل الأحكام الفاصلة في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية والصادرة عن القضاء الأجنبي، تعامل معاملة مختلفة عن الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني. فمما لا شك فيه أن تلك الأحكام تخضع دون قيد لقضاء الدولة التي أصدرتها، إلا أن نفاذها في دولة أخرى يتطلب توفر شروط قانونية، لأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تنفيذ، بل يستوجب امتثال الأعوان المكلفين بالتنفيذ لأوامر دولة أجنبية لا تربطهم بها رابطة غير ذلك الحكم هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يكون الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية والصادر عن القضاء الأجنبي يرتب آثارا تتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي.

إن هذه المعطيات وغيرها، جعلت التشريعات لا تقر بإمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية القاضية بفك الرابطة الزوجية أو الاعتراف بها مباشرة أمام القضاء الوطني، بل استلزمت ضرورة اللجوء إلى القضاء الوطني من أجل تقديم طلب الاعتراف بها أو تنفيذها،[1] وهذا ما تبناه المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات، إذ استلزم ضرورة تقديم طلب أمام المحكمة المختصة التي تتأكد بدورها من توافر الشروط المحددة قانونا. وعليه فالسؤال المطروح، ما هي الشروط التي يجب على القاضي الوطني مراعاتها لتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية؟

هذا ما سنحاول التعرض إليه من خلال بيان الشروط الإجرائية والمتمثلة في الإجراءات التي يتعين على طالب التنفيذ إتباعها لطرح الحكم محل التنفيذ على القضاء الوطني (**الفرع الأول**)، ولبيان الشروط الموضوعية التي يتوجب توفرها في الحكم حتى يسمح القاضي الوطني بتنفيذه (**الفرع الثاني**).

[1]–يراجع، يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومه، الجزائر، 2009، ص16.

الفرع الأول: الشروط الإجرائية لتنفيذ الحكم الأجنبي

بادئ ذي بدء، يجب التذكير أن نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظم القانونية المختلفة يتنازعه نظامان، يطلق على الأول، نظام الدعوى الجديدة، وهو النظام السائد في الدول الأنجلوسكسونية والأنظمة المتأثرة به، ويطلق على النظام الثاني نظام الأمر بالتنفيذ.

ويسعى كلا النظامان إلى تحقيق الملاءمة والموازنة بين الطابع الوطني والطابع الدولي اللذين يتنازعان مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية.[1]

ولقد اعتنق المشرع الجزائري نظام المراقبة، كصورة من صور نظام الأمر بالتنفيذ لسهولته وملاءمته للاعتبارات الدولية، فنظمه بموجب نصوص قانونية داخلية ودولية، إذ حدد الجهة القضائية المختصة لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (**البند الأول**)، وحدد في القانون الاتفاقي مختلف الوثائق التي يجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ (**البند الثاني**).

البند الأول: الجهة القضائية المختصة.

يتعين على طالب التنفيذ المتحصل على الحكم الأجنبي، القاضي بفك الرابطة الزوجية، رفع دعوى الأمر بالتنفيذ أمام القسم المختص المماثل للقسم الذي أصدر الحكم الأجنبي "قسم الأحوال الشخصية"، والمتواجد بالمحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي، التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ طبقا لنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

---

[1]- يراجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص109.

[2]- تنص المادة 607 ق.إ.م.إ.ج:"يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ ".

خلافا لذلك نظم القانون القديم الملغى الجهة المختصة بالنظر في طلب الأمر التنفيذ في نصوص قانونية منفصلة تماما عن تلك التي تنظم موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، فقد كان موضعها ضمن المواد الخاصة بالاختصاص النوعي في المادة 3ف1 ق.إ.ج.م.

وبناء على ذلك، لا ينفذ الحكم الأجنبي الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بصورة آلية، بل لابد من صدور الأمر بتنفيذه إما كليا أو جزئيا،[1] وهو ما لا يتحقق إلا من خلال تقديم طلب الأمر بالتنفيذ، ويستوي في ذلك الحكم، أن يكون صادرا عن المحكمة الابتدائية، أو مجلس الاستئناف، أو عن أعلى هيئة قضائية في البلد الأجنبي، وسواء كان ذلك القرار الخاضع للصيغة التنفيذية تنازعيا كالحكم بالطلاق أو ولائيا.[2]

وهو ما يجد تفسيرا له، في ضرورة تأمين ازدواجية درجات التقاضي لأطراف دعوى الصيغة التنفيذية، مع تخويلهم حق ممارسة كافة طرق المراجعة القضائية الناجمة عن دعوى الصيغة التنفيذية، باعتبارها دعوى تتمتع بالطابع الوجاهي والتنازعي، حيث ترفع إلى المحكمة بموجب إدعاء يتبعه تكليف بالحضور موجه إلى المدعى عليه وفقا لأحكام المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[3] والتي تجد سندا لها في المادة 22من الاتفاقية الجزائرية المغربية،[4] التي تقتضي أن تتم إجراءات دعوى الأمر بالتنفيذ وفقا لقانون البلد المطلوب فيه التنفيذ، أي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. وهو ما أكدت عليه الاتفاقية الجزائرية التونسية في نص المادة21منها،[5] وكذا الاتفاقية المبرمة مع فرنسا في نص المادة 3 منها.[6]

[1]– يراجع، سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الثاني، طرق التنفيذ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص44.

[2]– يراجع، موحند إسعاد، القانون الولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص85.

[3]–تنص المادة 14 ق.إ.م.إ.ج:"ترفع الدعوى أمام محكمة بعريضة مكتوبة، موقعة و مؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف ".

[4]–تنص المادة 22 من الاتفاقية الجزائرية المغربية الخاصة بالتعاون المتبادل بين البلدين الموقع عليها في 15مارس 1963 المصادق عليها بالأمر رقم 68-69ليوم 2 سبتمبر 1969، ج.ر العدد77 لسنة1969، المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بأفران يوم 15 يناير 1969:"تمنح السلطة المختصة ،حسب قانون البلد الذي يطلب فيه التنفيذ ،أمر التنفيذ بناء على طلب كل طرف له شأن أما الإجراءات المتعلقة بطلبه فيسري عليها قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ "

[5]– المرسوم رقم 450/63 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963 المتضمن المصادقة على اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس، الموقع عليها في 26 يوليو 1963، ج.ر العدد01لسنة1963.

[6]– Art 3 du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n° 65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : « l'exequatur est accordé à la demande de toute partie intéressée ,par l'autorité compétente d'après la loi de l'état ou il est requis .

La procédure de la demande en exéquatur est régie par la loi de l'Etat dans lequel l'exécution est demandée. »

وعلى ذلك، تعد دعوى الصيغة التنفيذية التي يرفعها صاحب المصلحة كأي دعوى،[1] تتميز بصفة حضورية تبادلية، إذ تشمل خصمين، فتوجه ضد الطرف الذي خسر دعواه أمام المحكمة الأجنبية، وفي حالة عدم وجوده ضد السلطة التي تقوم بوظائف المدعى عليه، باعتبارها طرفا أصليا في مسائل الأحوال الشخصية، وهي النيابة العامة[2] حسب نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة.[3]

وفي هذا الإطار يجب الإشارة، إلى أن دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية، يمكن أن تكون محل دعوى أصلية، يطلب فيها طالب التنفيذ، الاعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي به، ومنحه الصيغة التنفيذية تفاديا لأي نزاع مستقبلي، كما يمكن أن تتخذ شكل دعوى فرعية، ومثالها تقديم الحكم الأجنبي، المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية أمام القاضي الجزائي لرد دعوى الإهمال العائلي. ففي هذه الصورة، يتعين على المحكمة الجنائية وقف الفصل في النزاع إلى غاية الفصل في دعوى الأمر بالتنفيذ، باعتبارها مسألة أولية لازمة يجب الفصل فيها حتى تتمكن المحكمة من الفصل في المسألة الأصلية "الإهمال العائلي".

وعلية تخول دعوى الأمر بالتنفيذ وفق هذا المفهوم للقاضي فحص توافر الشروط المقررة قانونا لمنح الأمر بالتنفيذ، غير أنه يتعين على المدعي في دعوى الأمر بالتنفيذ إرفاق الطلب بمجموعة من الوثائق، وهذه الوثائق، وإن لم ينص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا بصورة ضمنية في المادة 605 من خلال بعض الشروط التي استلزمها لتنفيذ الحكم الأجنبي، فإن القانون الاتفاقي حددها تحديدا دقيقا.

[1]– يراجع، حكم صادر عن محكمة سيدي بلعباس، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 09/1362 صادر بتاريخ29-11-2009، غير منشور، فصل هذا الحكم في طلب الصيغة التنفيذية لحكم الطلاق الصادر عن القضاء الألماني، رغم أن الدعوى لم تتضمن غير المدعي والنيابة العامة، (ملحق رقم 2).

[2]– يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 85.

[3]–تنص المادة3 مكرر من ق.أ.ج : "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون."

البند الثاني: الوثائق الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ.

لم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصورة صريحة الوثائق الواجب تقديمها من طرف طالب تنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية أثناء رفعه لدعوى الأمر بالتنفيذ، إلا أنه بالرجوع إلى القانون الاتفاقي،[1] أي الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع عدة دول في نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية يتم تحديد تلك الوثائق.

وفي هذا نجد أن المادة 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية تقضي:"يجب على الطرف الذي يستشهد بقوة الشيء المحكوم به بحجة حكم قضائي أو الذي يطلب تنفيذ هذا الحكم أن يقدم ما يلي:

- صورة رسمية للحكم تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها.
- أصل عقد الإعلان للحكم أو كل عقد يحل محل هذا الإعلان (محضر تبليغ الحكم).
- شهادة من كتاب الضبط المختصين تثبت أنه لا يوجد اعتراض على الحكم ولا استئناف ولا طعن بالنقض.
- نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة إلى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة".

إن النص الوارد في الاتفاقية الجزائرية المغربية، له ما يقابله في الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى. غير أن هناك اختلاف بين المستندات المطلوب إرفاقها بالطلب،[2] لذلك سنتطرق لكل وثيقة على حدة لبيان أوجه التشابه والاختلاف، ولتحديد ما يتوجب على طالب تنفيذ الحكم

[1]- إلى جانب الاتفاقيات السالف الإشارة لها، أبرمت الجزائر في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية عددا من الاتفاقيات منها، الاتفاقية الجزائرية المصرية (وكانت تسمى الجمهورية العربية المتحدة) الموقع عليها في1964/02/29 المصادق عليها بالأمر رقم 195/65المؤرخ في 1965/07/29، ج.ر العدد76لسنة1963، الاتفاقية الجزائرية السورية المبرمة في 1981/04/27 المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 130/83المؤرخ في 1983/02/19، اتفاقية التعاون القضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الموريتانية الإسلامية المصادق عليها بالأمر رقم 70-04 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1389الموافق 15 يناير 1970، ج.ر العدد14لسنة1970.

[2]- يراجع، حسين الهداوي ، المرجع السابق، ص285.

الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية إرفاقه من وثائق حسب الدولة التي استصدر منها الحكم الذي قضى بفك رابطته الزوجية، إذ يتوجب عليه تقديم صورة رسمية للحكم المطلوب تنفيذه إذا كانت الدولة التي حصل منها على الحكم، الذي قضى بفك رابطته الزوجية هي الدولة التونسية،الدولة الموريتانية، الدولة الفرنسية،[1] والدولة المصرية،[2] أما إذا كانت الدولة التي حصل منها على حكم فك الرابطة الزوجية هي الدولة السورية، فيتوجب عليه أن يرفق بطلبه الحكم، المطلوب تنفيذه ويجب أن يكون ذلك الحكم معلنا ومصدقا عليه من المرجع القضائي الصادر عنه ومذيلا من قبله بما يفيد أنه صالح للتنفيذ.[3]

في هذا يجب الإشارة، إلى أنه كان من الأولى اشتراط تقديم النسخة التنفيذية من الحكم المطلوب تنفيذه، ذلك أن تقديم النسخة الأصلية في الملف أو صورة رسمية طبق الأصل لا يشكل أي أثر على سير الدعوى.[4]

إلى جانب الوثيقة الأولى، يجب على طالب التنفيذ أن يرفق طلبه بأصل عقد الإعلان بالحكم أو كل عقد يحل محل هذا الإعلان، وهو ما يسمى بمحضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه. وتكمن الحكمة من تقديم هذه الوثيقة في إثبات المدعي في دعوى الأمر بالتنفيذ أنه قام بإعلان المدعى عليه

---

[1]- Art 6 du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n° 65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : « la partie qui invoque l'autorité d'une décision judiciaire ou qui en demande l'exécution doit produire :

A) Une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ;
B) L'original de l'exploit de signification de la décision ou de tout autre acte qui tient lieu de signification ;
C) Un certificat des greffiers compétents constatant qu'il n'existe contre la décision ni opposition, ni appel, ni pourvoi en cassation ;
D) Une copie authentique de la citation de la partie qui a fait défaut à l'instance, en cas de condamnation par défaut ;
E) Le cas échéant, une traduction complète des pièces énumérées ci- dessus certifiées conformes par un traducteur assermenté ou conformément à la réglementation de l'Etat requérant. »

[2]- تنص على ذلك الاتفاقية الجزائرية التونسية (المادة 24 فقرة أ)، والاتفاقية الجزائرية الموريتانية (المادة 24 فقرة أ)، الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (المادة 6 فقرة أ)، الاتفاقية الجزائرية المصرية (المادة 21 فقرة أ).

[3]- يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص 188.

[4]- يراجع، نفس المرجع، ص187.

إعلانا صحيحا، ودون الإخلال بإجراءات التبليغ، مما أتاح له الفرصة للطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة قانونا.

ومن الوثائق التي لابد أن يتضمنها ملف دعوى الأمر بالتنفيذ، الشهادة الصادرة عن كتاب الضبط المختصين، والتي تثبت عدم وجود معارضة أو استئناف أو طعن بالنقض ضد الحكم المطلوب تنفيذه،[1] وإن كان هناك اختلاف بالنسبة لهذه الوثيقة، فبينما تستوجب الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (المادة 6ف ج)، والاتفاقية الجزائرية المصرية (المادة 21ف ج) تقديم شهادة عدم وجود المعارضة، الاستئناف، والطعن بالنقض، تشترط الاتفاقية الجزائرية الموريتانية (المادة 24ف ج)، والاتفاقية الجزائرية التونسية (المادة 24ف ج)، تقديم شهادة عدم وجود معارضة أو استئناف ضد الحكم، وذلك خلافا للاتفاقية الجزائرية السورية، التي تكتفي بكون الحكم أو القرار صالحا للتنفيذ،[2] على أن يُرجع في تحديد قابليته للتنفيذ من عدمها إلى قانون الدولة التي أصدرت الحكم، للحفاظ على المراكز القانونية المستحدثة بموجب الحكم الأجنبي.

إلى جانب هذه المستندات، يجب أن تتضمن حافظة الوثائق التي يقدمها المحامي القائم في حق المدعي في دعوى الأمر بتنفيذ حكم الطلاق الصادر عن القضاء الأجنبي، نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور التي وجهت للطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة، أي للمدعى عليه في دعوى الأمر بالتنفيذ، متى كان الحكم غيابيا، وهو ما قضت به المادة 24ف د من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة 21ف د من الاتفاقية الجزائرية المصرية، المادة 6ف د من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المادة 24ف د من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، خلافا للاتفاقية الجزائرية المغربية التي اشترطت في المادة 25ف د هذه الوثيقة دون تعليقها على حالة الحكم الغيابي. وتبرز الحكمة من اشتراط هذه الوثيقة

[1]– إن هذه الوثيقة تجد ما يقابلها في القانون المشترك إذ اشترط المشرع الجزائري في المادة 605 ف2من ق.إ.م.إ: "أن يكون الحكم أو الأمر أو القرار حائزا لقوة الشيء المقضي فيه".

[2]– يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص188.

في إثبات أن المحكوم ضده قد كلف بالطرق القانونية للحضور والدفاع عن مصالحه، ورغم ذلك تغيب.[1]

إلى جانب هذه الوثائق، استوجبت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والاتفاقية الجزائرية الموريتانية ترجمة الوثائق الجاري تعدادها والمصادقة عليها من طرف ترجمان محلف أو مقبول، وفقا لقانون الدولة طالبة التنفيذ حسب الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة (6ف هـ)، وطبقا لقانون الدولة المقدم إليها الطلب في الاتفاقية الجزائرية الموريتانية في المادة (24ف هـ) وهذا بغية تمكين القاضي من فهم محتوى الوثائق والحكم محل النظر وهو ما تبناه المشرع الجزائري وضمنه لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

بعد أن حددنا مختلف الوثائق التي يجب تقديمها من طرف المدعي في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بالطلاق، وإلا رفضت دعواه شكلا، وجب التعرض للشروط الموضوعية التي يتحقق قاضي الصيغة التنفيذية المختص إقليميا من توافرها لمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لتنفيذ الحكم الأجنبي

عملا بنظام المراقبة الذي تبناه المشرع الجزائري، يمنع تنفيذ الأحكام الأجنبية بصفة عامة، وتلك المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية بصفة خاصة فوق إقليم الجمهورية بصورة آلية ومباشرة، ما لم يتحصل طالب التنفيذ على حكم من الجهات القضائية الجزائرية المختصة يأذن له بالتنفيذ من أجل استعادة حقوقه.[3]

[1]– يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق ، ص192.

[2]–تنص المادة 8 من ق.ا.م.إ.ج:"يجب أن تتم الإجراءات و العقود القضائية من عرائض و مذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول .
يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة ،تحت طائلة عدم القبول .
تتم المناقشات و المرافعات باللغة العربية..."

[3]–يراجع، بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ في المسائل المدنية، دراسة تفصيلية للتشريع الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا، منشورات بغدادي، سنة 2002، ص62.

ولتحقيق ذلك لابد من توافر الشروط القانونية التي حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ما لم ترتبط الدولة المطلوب منها التنفيذ والدولة المصدرة للحكم باتفاقية، لأنه في مثل هذه الحالات تكون الأولوية للقانون الاتفاقي، وهو ما أكدت عليه المادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: "إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و606، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول".

في الواقع الشروط المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ما هي إلا تأكيد لتلك الواردة في القانون الاتفاقي، والتي بدورها رسخت معالم حكم "Munzer"،[1] والتي اشترطت فيها الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية خمسة شروط يجب على قاضي التنفيذ التأكد من توافرها في الحكم الأجنبي وهي:

- أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر من محكمة مختصة.
- أن يكون القاضي الأجنبي طبق فيه القانون المختص.
- ألا يكون الحكم مخالف للنظام العام.
- ألا يشتمل على غش نحو القانون.
- أن يكون القاضي الأجنبي قد اتبع الإجراءات في إصداره.

[1] - Cass.civ.1er , 07/01/1964, J.C.P, 1964, II 13590, note ANCEL ; R.C.D.I.P, 1964, P.344, note BATIFFOL ; J.D.I, 1964, 302, note Goldmane

يرجع حكم منزر "Munzer" إلى حكمين صدر الأول منهما في سنة 1926، والثاني في سنة 1958 من محكمتين أمريكيتين لصالح السيدة منزر. فطلبت تنفيذهما في فرنسا باعتبار أن زوجها السيد "Munzer " يقيم فيها، وكان الحكم الأول يقضي بالتفريق الجسماني بين الزوجين، على أن يدفع السيد "منزر" نفقة غذائية للسيدة "منزر"، أما الحكم الثاني الصادر في 1958 فقد ألزم السيد "منزر" بدفع المتأخر من النفقة لمطلقته والتي ترجع إلى سنة 1930، ونظرا لارتفاع قيمة النفقة المحكوم بها رفع السيد "منزر" استئنافا يطلب فيه إعادة النظر في الحكم، فأصدرت محكمة استئناف ايكس" AIX "حكمها بتأييد الحكم الأول الخاص بالتفريق الجسماني دون النظر في الحكم الثاني الخاص بالنفقة على أساس أنه يجب الحصول على الأمر بالتنفيذ، فضلا عن أنه يخضع لنظام المراجعة، فرفع الأمر إلى محكمة النقض الذي حددت في 1964/01/07 الشروط المحددة في المتن. يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص119؛ بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2008-2009، ص386.

وبناء عليه لا مندوحة، أن حكم "Munzer" يعد نقطة تحول حاسمة، وفاصلة بين نظام المراجعة ونظام المراقبة، رغم أن العديد من الأحكام القضائية التي صدرت قبله حاولت رسم معالم نظام المراقبة،[1] الذي بمقتضاه تنحصر سلطة القاضي في المحافظة على النظام القانوني والمصالح الوطنية من خلال التحقق من توافر الشروط الأساسية دون الخوض في موضوع الحكم.[2]

وما دراستنا لهذا التطور التاريخي للقضاء الفرنسي، إلا لتأكيد التبعية القانونية للنصوص القانونية الجزائرية، ورغبة منا في تحديد الأصل التاريخي لنص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[3] التي تهدف إلى بيان الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في الحكم الأجنبي لمنحه الصيغة التنفيذية. وهذا ما سنحاول التعرض إليه من خلال تحليل مختلف الشروط التي ورد ذكرها في القانون الجزائري مع مقارنته بالشروط الواردة في القوانين الأخرى، كلما اقتضى الأمر ذلك.

البند الأول: احترام قواعد الاختصاص القضائي

[1]- إن تبني نظام المراقبة لم يكن إلا على أنقاض نظام المراجعة، وقد ساهم في هذا التحول القضاء والفقه الفرنسيين، منذ 1860 بمقتضى حكم "بولكلي"، وقد تطور الأمر إلى غاية 1952 أين أصدرت محكمة استئناف باريس حكما في قضية الزوجين ولير "Weiller" قضت فيه بما يلي: "لم يكن للمحكمة أن تتعرض لا لمادية الحكم ولا للوقائع التي بررت الحكم بالطلاق، بل كان عليها أن تراقب فقط ما إذا كان الحكم الخاص بحالة الأشخاص يتفق والشروط المطلوبة وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي ليحصل على القوة التنفيذية في فرنسا"، بموجب هذا الحكم أخضع القضاء الفرنسي أحكام الحالة والأهلية لدرجة من الرقابة، ولكنه اقتصر الوضع على أحكام الحالة دون تلك التي تتضمن إكراه على الأشخاص أو تنفيذا على الأموال، وفي خضم هذا التطور أصدرت محكمة استئناف باريس حكما آخر في 1955 بين الخصمين "ولير"، وفي الحقيقة معالم نظام المراقبة لم تتجسد إلا بمقتضى حكم "منزر" الذي جاء قاطعا في إلغاء نظرية المراجعة بالنسبة لتنفيذ جميع الأحكام الأجنبية، بما في ذلك أحكام الحالة والأهلية التي يكون القصد منها التنفيذ المادي على الأموال أو الإكراه على الأشخاص. يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص82 إلى 91.

[2]- يراجع، عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دراسة تحليلية مقارنة لطرق التنفيذ وإجراءاته ومنازعاته، دار العلوم للنشر والتوزيع، 1425هـ-2004، ص83.

[3]- تنص المادة 605من ق.إ.م.إ.ج: "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:

-ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،

-حائزا لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه،

-ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،

-ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر."

يتعين على القاضي المطلوب منه منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية، أن يتحقق من شرط اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وهو ما يسمى بشرط الرقابة القضائية،[1] الذي ورد ذكره في المادة 605فقرة 1من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه بالرجوع إلى هذه المادة، نجد أن المشرع لم يحدد إذا كان المقصود بالاختصاص، الاختصاص الداخلي أم الدولي، كما لم يوضح القانون الذي يتعين الرجوع إليه لتحديد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم، وعليه إذا تحصل جزائري على حكم الطلاق من القضاء الفرنسي، هل يتعين على القاضي الجزائري مراقبة اختصاص المحكمة الفرنسية وفقا لقواعد القانون الجزائري باعتباره قانون الدولة المطلوب منها التنفيذ، أم يتعين مراقبته وفقا لقواعد القانون الفرنسي، باعتباره قانون الدولة مصدرة الحكم؟ وهل ينطبق ذات الحكم، في حالة ما إذا صدر حكم الطلاق عن القضاء المغربي؟ وما هي حدود هذه الرقابة التي يجريها قاضي التنفيذ؟

أمام قصور نص المادة 605ف1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تضاربت الآراء الفقهية، فبينما رأى البعض، ضرورة الاستناد إلى قانون الدولة التي أصدرت الحكم، عملا بما يتجه إليه التشريع الليبي، رأى البعض الآخر العمل بأحكام القضاء الفرنسي، والاعتماد على قواعد الاختصاص العام المباشر في قانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي.[2] خلافا لذلك اتجه البعض إلى وجوب الجمع بين الرأيين بحيث يتم تحديد اختصاص المحكمة مصدرة الحكم، وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الواردة في قانونها، ووفقا لقواعد الاختصاص الواردة في قانون الدولة المطلوب

[1]-يراجع، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص393.

[2]-يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 156.

منها تنفيذ الحكم الأجنبي، وهو ما تبناه التشريع المصري في نص المادة 298 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.[1]

بناء على ما تقدم، فإننا نعتقد أن سكوت المشرع الجزائري عن تحديد القانون الذي يتم الاستناد إليه لتحديد اختصاص الجهة القضائية، ما هو إلا نتيجة لرغبته في تجسيد الأحكام الواردة في القانون الاتفاقي، خاصة وأن تلك الأحكام تختلف باختلاف الدولة التي أُبرمت معها الاتفاقية. وبالرجوع إلى الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دول متعددة، نجد أنها تتبنى موقفا مغايرا في كل اتفاقية تحقيقا للمصلحة المبتغاة من إبرامها. فبينما يتحدد الاختصاص وفقا لقواعد الدولة مانحة الصيغة التنفيذية، أي البلد الأجنبي المطلوب منه تنفيذ الحكم إذا تعلق الأمر بالأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية (حسب المادة 1ف أ من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية)،[2] فإنه يتحدد وفقا لقواعد الدولة طالبة التنفيذ، أي مصدرة الحكم بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية والتونسية، وذلك ما وضحته المادة (20ف أ) من الاتفاقية الجزائرية المغربية،[3] والمادة (19ف أ) من الاتفاقية الجزائرية التونسية، وإن كانت الاتفاقيتين قد ربطتا ذلك بشرط، مفاده عدم تنازل الطالب عن طلبه المتعلق باختصاص المحكمة التي ينتسب إليها.

---

[1] -تنص المادة 298ف1 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري:"لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:1-أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها... "يراجع، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص402.

[2] -Art 1/a) du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n° 65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : «En matière civile et commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siègent en Algérie ou en France, ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre Etat si elles réunissent les condition suivant :

a)la décision émane d'une juridiction compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'Etat ou la décision doit être exécutée ;… »

[3] -تنص المادة 20ف أ من الاتفاقية الجزائرية المغربية: "إن أحكام الاختصاص القضائي والاختصاص الولائي الصادرة في مواد مدنية و تجارية من المحاكم المستقرة في المغرب أو الجزائر تكتسي في تراب البلد الآخر سلطة الشيء المحكوم به و ذلك إذا كانت تتوفر فيها الشروط التالية:

أ)يصدر الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة الطالبة، إلا إذا تنازل المعني بالأمر عن طلبه بصورة أكيدة ...".

من خلال هذا، يتضح أن التزام المشرع الجزائري الصمت، كان الهدف منه التأكيد على مبدأ دستوري هام، وهو مبدأ سمو المعاهدة على القانون،[1] وإن كانت الحقيقة تؤكد أن الحل المعول عليه في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية صارم للغاية، إذ أنه يسمح بالتدخل في عمل الهيئات القضائية الأجنبية، ولذلك اتجه جانب من الفقه والقضاء في فرنسا إلى محاولة التخفيف من حدة الوضع، فأخضع مشكلة تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية التي يراد تنفيذ الحكم الصادر عنها في دولة القاضي لقواعد الاختصاص السائدة في قانونها، بشرط ألا تكون المحكمة الفرنسية مختصة بنظر النزاع اختصاصا قاصرا.

إن هذا التحول الذي تبناه القضاء الفرنسي، ما لبث أن برزت عيوبه، إذ أضحى أطراف الخصومة الذين لم يتمكنوا من الحصول على أحكام الطلاق من المحاكم الفرنسية باللجوء إلى محاكم الدول الأجنبية، التي تتساهل في إصدار أحكام الطلاق نتيجة للوجود العارض للأجنبي في إقليمها، ونتيجة لذلك سعى القضاء الفرنسي إلى التدخل من جديد، فرفض منح الصيغة التنفيذية لأحكام الطلاق الصادرة عن القضاء الأجنبي، إذا تبين له أن اختصاصها اختصاصٌ مصطنع. وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 6 فبراير 1985في قضية "Simitch"،[2] التي أيدت حكم محكمة الاستئناف، التي رفضت إصدار الأمر بتنفيذ الحكم، الصادر عن قضاء محاكم "هايتي"استنادا إلى أن المنازعة التي صدر بشأنها الحكم المطلوب تنفيذه لم تكن تتصل بتلك الدولة إلا بطريقة عرضية.[3]

[1]-تنص المادة 132 من الدستور الجزائري المعدل والمتمم:" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون."

[2] - cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit.,p.432.

[3]- « toute les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux française, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dans le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux. » cité par, Roula el-Husseini Begdache, op.cit., p.165.

وفقا لهذا القرار، يكون لقاضي الصيغة التنفيذية أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي، حتى ولو كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة بالمنازعة التي صدر هذا الحكم في شأنها، إذا تبين له من ظروف الحال أن تلك المنازعة لم تكن على ارتباط مادي وموضوعي بدولة القاضي الذي أصدر الحكم. وإذا اتضح له أن تلك المحكمة قد تقرر اختصاصها بناء على غش من جانب الخصوم اللذين جلبوا لها الاختصاص بطريقة تدليسية.[1]

في الحقيقة، يمكن تطبيق ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من قبل القضاء الجزائري، إذ يكون للقاضي الجزائري رفض إصدار أمر تنفيذ حكم الطلاق الصادر عن القضاء الأجنبي، إذا تبين له عدم وجود صلة بين محاكم الدولة التي رفعت إليها الدعوى والمنازعة، أي متى تبين له أن الطرفين لجئا إلى محاكم دولة أخرى للحصول على حكم انحلال الزواج.

بناء على ما تقدم، يتوجب التأكيد، أن الأمر ليس بسيطا إلى هذه الدرجة، إذ هل يتعين على القاضي الجزائري التأكد من أن المحاكم الجزائرية غير مختصة بنظر دعوى الطلاق، على أن يقتصر الأمر على الاختصاص الأصلي، أم يتسع ليشمل الاختصاص الجوازي، والمبني على ضابط الجنسية الوارد في نص المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟ خاصة أننا سبق لنا الذكر أن الاختصاص الجوازي، لا يعدو أن يكون مجرد امتياز، لا يتعلق بالنظام العام وعليه يمكن التنازل عنه.

نتيجة لذلك، طرح الفقه آراء متعددة للحفاظ على مبدأ التعاون الدولي، واستقرار المراكز القانونية، فبينما ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين حالتي الاختصاص المانع أو القاصر للمحاكم الوطنية، والاختصاص الجوازي أو المشترك،[2] بحيث يتعين على قاضي الصيغة التنفيذية رفض منح الأمر بالتنفيذ في الحالة الأولى، أي متى تبين له أن المحاكم الوطنية هي المختصة دون غيرها للفصل في

[1]- يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 158.

[2]- يراجع، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص693.

دعاوى الحضانة لوجود المسكن الزوجي بالإقليم الجزائري، وفقا لما ورد ذكره في المادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين، فإنه يتوجب عليه منح الأمر بالتنفيذ إذا تبين له أن اختصاص المحاكم الجزائرية، لم يكن ليتحقق إلا بناءا على ضابط الجنسية الوارد في المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذا كان هذا هو مؤدى الرأي الأول، فإن الرأي الثاني استوجب ضرورة تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر من محاكم أجنبية، رغم اختصاص المحاكم الوطنية للنظر فيه بناء على اعتبارات الملاءمة. وعليه يرفض قاضي الصيغة التنفيذية منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي الذي فصل في دعوى انحلال زواج جزائريين، لأن إخضاع هذه المسائل للمحاكم الجزائرية كان سيؤدي إلى كفالة تطبيق القانون الجزائري، في حين يمنح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية، متى كان أطرافها من الأجانب شريطة ألا يكون موضوعه مال موجود بالإقليم الوطني.[1] وقد انتقد هذا الرأي نتيجة عدم اعتماده على معيار منضبط لتحديد الحالات التي يُعترفُ فيها للقاضي الوطني بتنفيذ الحكم الأجنبي، رغم أن هذا الأخير يعد من المنازعات الداخلة في اختصاص القضاء الوطني،[2] إذ سيقوم القاضي الجزائري بمنح الصيغة التنفيذية لأحكام الطلاق الصادرة عن القضاء الفرنسي، رغم أن موطن الزوجية هو الإقليم الجزائري. لذلك اتجه الرأي الثالث إلى ضرورة الاستعانة بالرابطة الجدية بين النزاع وولاية المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وعليه يتوجب على قاضي الصيغة التنفيذية قبل منحه الأمر بالتنفيذ، أن يتأكد من ارتباط النزاع بها ارتباطا فعليا، تكريسا لمبدأ النفاذ الدولي لهذه الأحكام،[3] وذلك ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02 جوان 1992 إذ قضت: "من المقرر قانونا أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج

[1]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ص 608؛ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص906.

[2]-يراجع، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص209.

[3]-يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 162.

الحدود بشرط أن يكون صادرا عن الجهة القضائية المختصة محليا" لتنتهي فيما بعد: "لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجين انتقلا للعيش إلى الجزائر وثبتت إقامتهما بها وأصبح لهما مقر للزوجية فإن قضاة الموضوع الذين رفضوا طلبات الطاعنة المتمثلة في منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لمخالفته لمقتضيات القانون في الحضانة وحق الزيارة طبقوا صحيح القانون".

إن المخالفة التي يقضي بها هذا القرار تتمثل في صدور الحكم الأجنبي الذي منح حق الزيارة عن المحكمة الفرنسية، رغم أنها غير مختصة وفق للاتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 21 جوان 1988 والمتعلقة بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال،[1] فقد كان من المفروض أن يصدر الحكم عن القضاء الجزائري عوض القضاء الفرنسي، لارتباط النزاع بالإقليم الجزائري"مسكن الزوجية" .

على أن ما تجدر الإشارة إليه، أن اختصاص المحكمة المطلوب منها منح الصيغة التنفيذية، للنزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي، يتحدد بوقت رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ، وليس بالنظر إلى وقت رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم أمام المحكمة الأجنبية، أما تحديد اختصاص هذه المحكمة وفقا لقانونها فينظر فيه إلى وقت رفع الدعوى إليها.[2]

إذا كانت هذه التساؤلات، قد طرحت بصدد بيان القانون الذي يعول عليه لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في الإقليم الجزائري، فإن استعمال المشرع الجزائري لعبارة قواعد الاختصاص بصفة عامة، ودون تحديد طرح تساؤلا عن حدود الرقابة التي يجريها القاضي الجزائري، إذ هل تقتصر حدود رقابته على الاختصاص الدولي، أم تتجاوز ذلك إلى درجة

[1]- قرار المحكمة العليا ،غ.أ.ش، ملف رقم 84513الصادر بتاريخ/1992/06 م.ق ،ع03 ، سنة1993، ص90-97.

[2]- يراجع، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص908.

رقابة الاختصاص الداخلي، بالتأكد من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة نوعيا ومحليا بإصداره؟[1]

إن التزام المشرع الجزائري الصمت في هذا النطاق، يستوجب الاهتداء بأحكام القضاء المقارن، وفي ذلك نجد أن القضاء الفرنسي، ومنذ زمن طويل، عمد إلى عدم الاكتفاء باختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي من الوجهة الدولية، إذ وسع من نطاق هذه الرقابة لتشمل الاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية. إلا أنه بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 أكتوبر 1967 في قضية "Bachir"، تراجع عن موقفه، وألغى كل رقابة على صحة الإجراءات إلا ما تعلق منها بالنظام العام الدولي. ومن هذا الحكم استنتج الفقه الفرنسي تخلي القضاء عن الرقابة الداخلية للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم.[2]

إذا كان هذا الوضع سائدا في فرنسا، فإننا نرى وجوب العمل به في الجزائر، خاصة أن القاضي الجزائري لا يمكنه أن يلعب دور الرقيب على القاضي الأجنبي عند تطبيقه لقواعد وإجراءات لا علاقة لها بالنظام القانوني الجزائري.[3] وعليه، إذا طرح أمام القضاء الجزائري حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية، وصادر عن القضاء التونسي، يتعين على القاضي التحقق من أن المحاكم التونسية هي المختصة بإصداره وفقا لقواعد الدولة مصدرة الحكم، أي وفقا لقواعد الاختصاص في القانون التونسي، على أن ذلك الاختصاص لا يمتد لبحث ما إذا كانت محكمة "سوسة" أو "صفاقس" هي المختصة بإصداره. ذلك أن مسألة الاختصاص المحلي والنوعي للمحكمة الأجنبية قضية داخلية تخص الجهاز القضائي للدولة الأجنبية، ولا يمكن من ثم أن تؤدي مخالفتها إلى رفض الحكم،[4] شريطة ألا تكون تلك المخالفة مؤثرة في صفة الحكم وتحول دون ترتيبه لآثاره في الدولة التي صدر فيها. وعلى

[1]- يراجع، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص398.

[2]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص63.

[3]-يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص74.

[4]-يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص365؛ صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص210.

ذلك الأساس، إذا ترتب على عدم الاختصاص الداخلي بطلان الحكم في الدولة التي صدر فيها فانه لا يجوز تنفيذه، إذ لا يعقل أن يقوم القضاء بتنفيذ حكم باطل.[1]

وإذا ما فرغنا من الحديث عن الشرط الأول الذي يتعين على قاضي الصيغة التنفيذية التحقق من توفره في الحكم الأجنبي وجب التعرض إلى شرط حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به.

البند الثاني: حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به

حسب هذا الشرط، يجب أن يكون الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، والمراد تنفيذه في الإقليم الوطني نهائيا، ويكون كذلك متى استنفذت في شأنه طرق الطعن العادية، وإن أمكن الطعن فيه بالطرق الغير العادية، كالتماس إعادة النظر والطعن بالنقض.[2] ويرجع في تحديد تمتع الحكم بقوة الأمر المقضي به إلى قانون المحكمة التي أصدرته[3].

وقد تبنى المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات هذا الشرط، لأنه يكفل استقرار المعاملات من جهة، ومن جهة أخرى يسعى إلى تفادي المفاجآت التي تترتب على إلغاء الأحكام غير النهائية في البلد الذي صدرت فيه،[4] لاسيما عندما يتعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية. وعليه، وبمقتضى هذا الشرط، لا يمنح قاضي الصيغة التنفيذية الأمر بالتنفيذ إلا للأحكام التي توافر لها قدر من الثبات والاستقرار في الدولة التي صدرت فيها،[5] إذ لا يمكن تنفيذ الأحكام غير القطعية، أي الصادرة قبل الفصل في الموضوع، لأنها لا تحوز حجية الأمر المقضي به، ولكن متى كانت تلك الأحكام متعلقة بسير الدعوى لدى المحكمة، وخاصة بالتحقيق فإنها تنفذ بطريق الإنابة القضائية.[6]

[1]-يراجع، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 262.
[2]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص620.
[3]- يراجع، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص917.
[4]-يراجع، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص281.
[5]-يراجع، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص422.
[6]-يراجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص135.

كما لا يجوز الأمر بتنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى المستعجلة، ولا الأحكام الصادرة باتخاذ إجراءات وقتية كالحكم بالنفقة الوقتية للمطلقة ومحضونيها، لأنها أحكام بطبيعتها تنطوي على عنصر الاحتمال، وتمنح الحماية القضائية لمواجهة ظروف وقتية، متى تغيرت أمكن عرض الأمر على القضاء مرة أخرى.[1]

البند الثالث: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدروه من جهات قضائية وطنية

اشترط المشرع الجزائري في الفقرة 3 من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار الأجنبي في الجزائر، ألا يكون متعارضا مع حكم، أو أمر، أو قرار آخر سبق صدوره عن المحاكم الجزائرية، وأثير من المدعى عليه. وأساس هذا الشرط حسب البعض، سمو السيادة الجزائرية على ما عداها من سيادات، في حين يُبرر ذات الشرط من قبل البعض الآخر على أساس أن تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة، يتعارض مع حجية الشيء المقضي به التي كفلها القانون للأحكام الوطنية، إذ ليس من المعقول أن تهدر هذه الحجية لمصلحة حكم صادر من محكمة أجنبية.[2] وعليه فلو صدر عن القضاء الوطني حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية بين جزائري وفرنسية ويمنح الحضانة للأب، في حين صدر في الوقت ذاته عن القضاء الفرنسي حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية ومنح الحضانة للأم، تعين على قاضي الصيغة التنفيذية الجزائري رفض منح الأمر بالتنفيذ لتعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني من جهة، ولتعارضه مع النظام العام الوطني من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس يعتبر الفقه أن هذا الشرط يعد تطبيقا من تطبيقات النظام العام، إذ لاشك أن السماح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره عن

[1]-يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1135.

[2]-يراجع، هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص487.

القضاء الوطني، هو أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها،[1] ذلك أن الحكم الوطني يطوي بين جنيباته قرينة الصحة وقرينة الحقيقة لما تضمنه، ويكون من ثم حاسما في تجسيده للعدالة في دولة القاضي.[2]

فضرورة الحفاظ على السيادة الإقليمية تفرض الاعتراف بالحجية والنفاذ للحكم الوطني دون الأجنبي، متى اتحد الموضوع والسبب في الدعويين، وكان الخصوم في إحداهما خصوما في الأخرى.[3] وغالبا ما تتحقق هذه الحالة عندما ينص تشريع دولة ما على اختصاص قضائي خاص برعاياها، كما هو الحال بالنسبة للمادتين 40 و41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[4]

إنه، وعلى الرغم من أهمية هذا الشرط، إلا أن المشرع أورد قيدا مفاده ضرورة إثارة ذلك التعارض من طرف المدعى عليه،[5] وبذلك لا يمكن للقاضي الجزائري التأكد من تلقاء نفسه من أن الحكم الأجنبي يتعارض مع حكم وطني، بل يتعين عليه أن ينتظر حتى يثير المدعى عليه هذا الدفع،[6] وهو ما يؤدي إلى إهدار مبدأ كفالة تطبيق الأحكام الوطنية.

وإذا كان المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات الأخرى، قد فصل في مسألة عدم التعارض بين الحكم الأجنبي والحكم الوطني، إلا أن الفقه تساءل عن إمكانية امتداد ذلك التحليل لمجرد الإجراءات المباشرة أمام المحاكم الوطنية، وعلى حالة التعارض بين الحكمين الأجنبيين.

فبالنسبة للحالة الأولى، يمكن القول، أنه لما كانت مبادئ العدالة تهدف إلى توفير الجهد، الوقت، والمصاريف بالنسبة للمتقاضين من جهة، وتُجنب صدور أحكام قضائية متناقضة من جهة

[1] -يراجع، عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص80.

[2] -يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص624.

[3] -cité par, Monia BEN JEMIA, op.cit., p.151.

[4] - يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص171.

[5] - يراجع، يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص18.

[6] -يراجع، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص401.

أخرى.[1] فقد استخدم المشرع الجزائري مصطلح "حكم سبق صدوره"، وبذلك لا يمكن أن ينصرف مفهوم الحكم إلى مجرد الإجراءات أمام المحاكم الوطنية، لاسيما وأن القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى إهدار حكمة النص، وفتح باب التحايل للخصم سيء النية الذي صدر الحكم ضده، برفع دعوى جديدة أمام المحاكم الوطنية، حتى يعرقل سير خصومة التنفيذ في الجزائر،[2] فقد يسعى الزوج الذي صدر حكم الطلاق في حقه مع إلزامه بدفع نفقة باهضة كتعويض عما أصاب المطلقة من ضرر بسبب تعسفه في استعمال حقه، إلى رفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطني حتى يعرقل سير خصومة تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عن المحاكم السورية. وفي هذا نجد أن المشرع الجزائري انتهج نهج الفقه والقضاء في فرنسا، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن دعوى التطليق التي ترفعها سيدة أمام القضاء الوطني، لا تحول دون أن يفصل القاضي الفرنسي في دعوى الأمر بتنفيذ حكم التطليق الأجنبي الذي صدر بناء على دعوى رفعها الزوج في الخارج.[3]

بناء على ذلك، لا يمكن رفض منح الصيغة التنفيذية، إلا إذا كان القضاء الوطني قد سبق له الفصل في النزاع. أما في حالة ما إذا لجأ الزوج الجزائري إلى رفع دعوى طلاق ضد زوجته الفرنسية رغم صدور حكم عن القضاء الفرنسي يقضي بفك الرابطة الزوجية، فإن ذلك يعد غشا وتحايلا من طرفه، ولا يحول دون النظر في دعوى الأمر بالتنفيذ.

هذا بالنسبة للحالة الأولى، أما الحالة الثانية، فهي تشمل صدور حكمين أجنبيين من دولتين مختلفتين، فقد يحدث أن يتحصل الزوجان على حكمين أجنبين، يقضيان بفك الرابطة الزوجية،

[1]–يراجع، أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، (دراسة القواعد العامة–قاضي التنفيذ–أوامر الأداء–الحجوز المختلفة–التنفيذ على العقار–التعليق على نصوص الحجز الإداري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص226؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص625؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص225؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1158.

[2]– يراجع، اشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص500.

[3] – "La demande en divorce formée en France par la femme n'interdit pas au juge Français de statuer sur l'exequatur d'une décision étrangère prononçant le divorce sur demande du mari".

يراجع، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، هامش ص627.

ويطرح كلا الحكمين أمام القضاء الوطني لمنحهما الصيغة التنفيذية، فما هو الحل المقرر في هذه الحالة؟ وإذا كانت هذه الحالة بسيطة، فما هو الحل في حالة ما إذا صدر عن قضاء إحدى الدولتين حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية، في حين صدر عن القضاء الآخر حكم يقضي بالعودة إلى مقر الزوجية؟

في هذا الشأن اختلفت الآراء الفقهية، إذ اتجه البعض إلى أن مناط المفاضلة بينهما هي الأسبقية في طلب التنفيذ، وإعمالا لهذا الاتجاه يكون الحكم الأجنبي الذي قُدم لقاضي الصيغة التنفيذية ابتداء أولى بالتفضيل. إلا أنه عيب على هذا الرأي، لافتقاره إلى السند القانوني، فتقديم الحكم إلى القاضي للأمر بالتنفيذ هو عملية مادية بحتة، ويجب ألاّ ينجم عنها تفضيل صاحبها عمن سواه ممن يحملون سند نظير. لذلك اتجه رأي آخر إلى وجوب المفاضلة بين الحكمين الأجنبيين على أساس شرط الاختصاص بالدعوى، وهو ما تبناه المشرع اللبناني، إذ نص في المادة 6 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية:" في حالة صدور حكمين أجنبيين باسم سيادتين مختلفتين في موضوع واحد وبين نفس الخصوم يتم تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتفق وقواعد القانون اللبناني في الاختصاص القضائي الدولي".[1] على خلاف هذا الرأي، اتجه جانب من الفقه إلى وجوب الامتناع عن تنفيذ الحكمين المتعارضين، وذلك نظرا لتعادلهما في القوة، بيد أنه يعاب على هذا الرأي، هروبه من المشكلة في الوقت الذي كان يتعين عليه أن يتصدى لها بوضع الحل الملائم، والمتمثل في اختيار معيار يسمح بتمييز أحد الحكمين المتنافسين،[2] وهو ما أقره الاتجاه الثالث، الذي نادى بتنفيذ الحكم الأسبق في التاريخ من حيث حيازته لقوة الأمر المقضي به وفقا لقانون الدولة التي صدر عن محاكمها الحكم

[1]-يراجع، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص338.

[2]-يراجع، هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص488.

الأجنبي،[1] وهو الرأي الذي يتوجب على المشرع الجزائري الأخذ به متى كان الحكم الأسبق في التاريخ مستوفيا لكامل شروط منح الصيغة التنفيذية.

البند الرابع: عدم تعارض الحكم مع النظام العام والآداب العامة.

لما كان فقه القانون الدولي الخاص يشبه النظام العام بصمام الأمان، الذي يمكن بمقتضاه حماية المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع قاضي النزاع، فإنه يجب الإشارة إلى أن تلك الحماية لا تقتصر فقط على مجال تنازع القوانين بل تمتد لتشمل تنفيذ الحكم الأجنبي.

فإذا كان الدور الذي يؤديه في الحالة الأولى، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، فإنه في الحالة الثانية يهدف إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي، الذي يبدو متعارضا سواء من حيث مضمون ما قضى به، أو من حيث الإجراءات التي اتبعت في إصداره، مع المبادئ المتعارف عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها.[2] وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في الفقرة 4 من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خلافا للمشرع التونسي الذي وضح بصريح العبارة في الفصل 11ف3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية أنواع النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية،[3] مسايرا بذلك الفقه والقضاء في فرنسا.

بناء على المعطيات السالف ذكرها، فإنه لا يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، إذا كان متعارضا مع النظام العام في إحدى صورتيه، الإجرائي والموضوعي.

1-النظام العام الإجرائي، تتمثل هذه الصورة في تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام لتخلف الإجراءات التي اتبعت في إصداره، أو لتعارضه مع حقوق الدفاع، وفيها اتجه القضاء الفرنسي منذ

[1]-يراجع، نور حمد مسلم الحجايا، المرجع السابق، ص256.

[2]- يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص629.

[3]- ينص الفصل 11ف3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية: "لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية -...

- إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع ..."

حكم"Bachir"[1] إلى إدراج الشرط المتعلق بمخالفة الإجراءات، واحترام حقوق الدفاع ضمن النظام العام، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية: "إذا كان من واجب قاضي التنفيذ أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهة القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم. فإن شرط السلامة ذلك يجب أن يقدر بالنظر إلى النظام العام الفرنسي فقط واحترام حقوق الدفاع"[2].

هذا بالنسبة للقضاء الفرنسي، وخلافا لذلك نجد أن المشرع الجزائري، استخدم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عبارات عامة تشمل نوعا النظام العام في مجال تنفيذ الحكم الأجنبي، إلا أنه وبالرجوع إلى القانون الاتفاقي نجد أن المشرع الجزائري،[3] فصل شرط سلامة الإجراءات عن شرط النظام العام، بل وأكثر من ذلك قصر حقوق الدفاع على حضور الطرفين قانونا أو مثولهما أمام القضاء، في حين أن حق الدفاع لا يمكن أن تتحدد له معالم قانونية دقيقة، باعتباره قضية واقعية، يعود للقاضي أمر بحثها بالنسبة لكل حالة. فتطبيق الإجراءات المستعجلة التي لا تترك للمدعى عليه الوقت الكافي لتنظيم أموره وتقديم دفاعه يعد خرقا لحق الدفاع،[4] لذلك فقد كان من الأولى على المشرع التوسيع في هذا الشرط حتى لا ترفض الأحكام التي يصدرها القضاء لتنفذ في بلدان أجنبية. ومثال ذلك، رفض القضاء الفرنسي تنفيذ الحكم الجزائري الذي لم يأخذ بعين الاعتبار معارضة

[1]– صدر الحكم من نفس المحكمة في 1967/10/04 في قضية السيد " Bachir" وبمقتضاه قلصت الشروط التي حددها حكم "منزر" إلى أربعة شروط من خلال إدراج شرط صحة الإجراءات ضمن شرط النظام العام. وتتعلق قضية "Bachir" بالقرار الذي صدر من مجلس قضاء داكار والذي حكم بالطلاق بين الزوجين مع إسناد حضانة الطفل للأم والحكم على الأب بدفع نفقة غذائية. وبعد أن أرادت السيدة "Bachir" تنفيذ القرار في فرنسا. أصدر مجلس استئناف اكس بروفانس "Aix en Provence" قرار بالرفض في 30 نوفمبر 1965 وفي 1967/10/04 رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن بالنقض.

[2] – "Si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public Français et au respect des droit de la défense". cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit.,p.444.

[3]–حسب المادة 20ف ب من الاتفاقية الجزائرية المغربية فانه يجب أن يكون الطرفين قد حضرا وهو ما ورد في الصياغة العربية خلافا لذلك الصياغة الفرنسية تقضي بان يكون الأطراف قد تم استدعائهم وفقا للإجراءات القانونية. يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص168.

[4]– وفي ذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية قررت رفض منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي الذي صدر لصالح الزوجة التي رفعت دعوى الطلاق أمام المحاكم الكندية والتي أعلنت كذبا أن زوجها ليس لديه محل إقامة معروف لتستفيد من الحكم المقرر في القانون الكندي والذي يقتضي في مثل تلك الحالات تكليف الزوج بالحضور عن طريق الإعلان في الجريدة، وبررت رفضها كالآتي: "أن الاستدعاء لم يكن مطابقا للقانون الإجرائي إلا من حيث الظاهر كون هذا الاستدعاء كان معيبا بشكل أساس لوجود غش نحو حقوق الدفاع". يراجع، بن عصمان، المرجع السابق، ص407.

الزوجة على الطلاق، إذ قضت المحكمة الفرنسية في قرارها المؤرخ في 2004/02/17: "حتى ولو كان الحكم الأجنبي صادر من سلطة مختصة ووفقا لإجراءات قانونية وتكريسا لمبدأ الحضور والمواجهة، فإن الحكم الجزائري الذي قرر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بدون ترتيب أي أثر قانوني على معارضة الزوجة، بحيث لم يكن للسلطة القضائية المختصة إلا منح التعويضات المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، يعتبر مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين المقرر في المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر في 22 نوفمبر 1984 الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تلتزم فرنسا بضمانه لكل شخص يلجأ لقضائها. وبالتالي مخالف للنظام العام الدولي المتحفظ عليه في الاتفاقية الثنائية الفرنسية الجزائرية الموقعة في 27 أوت 1964 متى كان الزوجين أو الزوجة مقيمان في فرنسا".[1]

إن القضاء الفرنسي لا يقتصر عند هذه الحدود، بل يسعى إلى التوسيع من دائرة ذلك الشرط، إذ يتجه الفقه في فرنسا إلى رفض منح الأمر بالتنفيذ، إذا كان الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية يتضمن عبارات ماسة تجافي الشعور العام في فرنسا.[2] وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الطرح للحفاظ على المبادئ الأساسية الدينية للدولة، من خلال استلزامه ألا يكون الحكم مخالفا للآداب العامة في الجزائر، والتي يقصد من خلالها ألا يكون الحكم المراد منحه الصيغة التنفيذية مخلا من حيث حيثياته بما لا تجيزه القوانين الجزائرية في مجال العلاقات الأسرية وأعرافها الإسلامية،[3] لذلك يتعين على القضاء رفض تنفيذ أحكام الطلاق الصادرة عن المحاكم الأجنبية والتي ترفض تطبيق القانون الجزائري، القاضي بفك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة، ومنح الحضانة للأب الجزائري المتوطن في الجزائر في مواجهة الزوجة الأجنبية، لاعتباره نظام معروف عند غير المؤمنين "يقصد بهم المسلمين".

[1]-يراجع، سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2008-2009، ص138.

[2]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص431.

[3]-يراجع، يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص19.

وإن كان البعض يتجه إلى ضرورة عدم اتخاذ موقف مسبق، و السعي لحل المشكلة عن طريق احتجاج الدولة المراد التنفيذ فيها، بالطرق الدبلوماسية لدى الدولة التي أصدرت الحكم حتى لا يكون الأفراد في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ضحية مثل تلك التصرفات.[1]

وإلى جانب شرط الإجراءات، أضاف الفقه الفرنسي ضمن شرط النظام العام الإجرائي، انعدام التسبب القانوني، فمن المعلوم وفقا للأصول العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه إذا ما أريد تنفيذ حكم ما، كان من اللازم الإحاطة بالقضاء الذي ورد فيه، وهو ما لا يتأتى إلا بالرجوع إلى منطوق الحكم، الذي يتضمن تسبيبا كافيا،[2] عن طريق ذكره للحجج القانونية والأدلة الواقعية التي ارتكنت إليها المحكمة لإصدار الحكم،[3] وإذا كان الوضع يسري بالنسبة للأحكام الوطنية. فهل ينطبق ذات الأمر في المجال الدولي؟

بادئ ذي بدء يجب الإشارة، إلى أن بعض أحكام القضاء الفرنسي، اعتبرت أن عدم تسبيب الحكم الأجنبي يعد متعارضا مع النظام العام، ولكن سرعان ما عدل القضاء الفرنسي عن هذا المسلك، وقضى بأن عدم التسبيب لا ينهض بذاته مبررا كافيا لعدم تنفيذ الحكم الأجنبي متى كانت الأوراق والمستندات المقدمة في خصومة التنفيذ كافية لتمكين القاضي من الوقوف على أن ما قضى به الحكم ليس فيه ما يتعارض مع النظام العام، فلا يؤخذ بذلك إلا إذا لم يتمكن القاضي من ممارسة رقابته على الشروط الأخرى، وخصوصا شرط مطابقة مضمون الحكم للنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.[4] وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية حين أقرت عدم إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بالطلاق، والذي لم يقدم فيه طالب التنفيذ غير صورة من الحكم، إذ لم تتح

[1]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص432.

[2]-تنص المادة 277من ق.إ.م.إ: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة."

[3]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص432.

[4]-يراجع، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص233.

هذه الصورة لقضاة الموضوع، مراقبة مشروعية الحكم الأجنبي وبصفة خاصة الوقوف على أسباب الطلاق التي قضى بها هذا الحكم.

2- النظام العام الموضوعي، وتتجلى صورته في تعارض مضمون الحكم مع النظام العام، وعليه إذا كانت فكرة النظام العام في إطار القانون القضائي الخاص الدولي تحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ والمثل السائدة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها،[1] إلا أن ذلك لا يكون بصورة واسعة تطبيقا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام،[2] ذلك أن القاضي الوطني يمكنه أن يسمح بتنفيذ حكم أجنبي أقر حقا أو مركزا قانونيا نشأ في الخارج وفقا لقانون أجنبي، ولو لم يكن القانون الوطني يسمح بذلك الحق، إذا ما طلب منه إقراره إعمالا للقانون الأجنبي،[3] وفي الحقيقة الفكرة السابقة جديرة بالاعتبار، ذلك أن ثمة فرق بين حق نشا بالفعل وثبتت له فعاليته بالحكم الذي بني عليه، وبين حق احتمالي يقرره قانون أجنبي ولم يتمثل بعد، فمن البديهي أن القاضي الوطني يكون أكثر تشددا عند التعامل مع قانون أجنبي يقرر حقا مخالفا للنظام العام لديه، عن الحال الذي يتعامل فيه مع حكم أجنبي قد اعتمد على القانون المعني.[4] وفي ذلك نجد أن القاضي الفرنسي يعترف بالحكم الأجنبي الصادر عن المحاكم الجزائرية، والذي قضى بالطلاق بالإرادة المنفردة، رغم أن هذا النوع من الطلاق لا يجوز في فرنسا لمخالفته للنظام العام الفرنسي، كما أن القضاء الجزائري لم يعتبر أن الحكم الأجنبي الذي قضى بنفقة بالعملة الصعبة لحاضنة أولاد في بلد أجنبي مخالفا للقانون، بل

---

[1]- cité par, Monia BEN JEMIA, op.cit., p152.

[2]- قررت محكمة النقض الفرنسية ذلك في قرار" Dahar" الصادر بتاريخ 08-11-1973المتعلق بصدور حكم الطلاق بالإرادة المنفردة عن محكمة مستغانم بين زوجين جزائريين والذي قضى إلى جانب فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، إسناد الحضانة للأم و إلزام الأب بدفع نفقة غذائية شهرية للطفل مع منح المطلقة تعويضات عن التعسف في اللجوء إلى الطلاق، وبعد صدور الحكم انتقل الزوجان إلى فرنسا فطالبت الزوجة بتنفيذ الحكم الجزائري، إلا أن الزوج رفض ذلك وأثار فكرة مخالفة الحكم للنظام العام الفرنسي، كما وطالب بتقرير الوصاية المشتركة على الطفل وإلغاء النفقة الغذائية، إلا أن محكمة النقض اعترفت بحكم الطلاق بالإرادة المنفردة وقضت ب:"حيث أن الطلاق بالإرادة المنفردة الذي أصدرته محكمة مستغانم فتح المجال لكلا الزوجين بالقيام بإجراءات تبين طلباتهما ودفوعهما، وعليه فان الإجراء المطعون فيه لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي."
cité par, Roula el-Husseini Begdache, op.cit.,p158

[3]-يراجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص142.

[4]-يراجع، هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص490.

بررت المحكمة العليا بأن القيام بهذه المهمة من قبل الحاضنة في بلد أجنبي يستوجب تشجيعها وتمكينها من الاعتناء بمحضونيها.[1]

ورغم الأثر المخفف للنظام العام، فإن من المبادئ ما تعد جوهرية ولا يمكن التنازل عنها، ومن ذلك قبول الحكم الأجنبي الذي قضى بالطلاق باعتباره حق مكتسب في الخارج،[2] دون الشق المتعلق بإسناد الحضانة للأم غير المسلمة، والمستوطنة ببلد أجنبي، وفي ذلك رفض القضاء الجزائري منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما[3].

في الحقيقة رفض تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزء المتعارض مع النظام العام، يقتضي توافر شرطين، أولهما أن يكون من الممكن الفصل بين الجزء المتعارض مع النظام العام، والجزء غير المتعارض معه، وثانيهما، ألا يترتب على تجزئة الحكم تعديله، فالقاضي الجزائري له إما منح الأمر بالتنفيذ أو رفض منح الأمر بالتنفيذ، دون أن يكون له إمكانية تعديله[4].

وإذا كانت هذه الشروط متفق عليها بالنسبة لغالبية التشريعات، فإن هناك شروط أخرى لم يتطرق إليها المشرع الجزائري رغم أن تشريعات أخرى استوجبت توافرها ومنها، شرط الرقابة التشريعية، الذي استلزمه القضاء الفرنسي، إذ اشترط لمنح الحكم الأجنبي أمر التنفيذ، أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، قد طبقت على النزاع القانون الذي تشير قواعد الإسناد الفرنسية باختصاصه.[5] ولكن نظرا للنتائج السلبية لهذا الشرط، حاولت محكمة النقض الفرنسية التخفيف منه، بتطبيق نظرية التوازن، التي تستوجب أن يكون القانون المطبق من قبل القاضي الأجنبي شبيها في أحكامه الموضوعية

[1]-قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم355718، الصادر بتاريخ 12-04-2006، م.م.ع، ع01، سنة 2006، ص477-483.

[2]-يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص373.

[3]- تراجع المذكرة، ص36.

[4]-يراجع، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص643.

[5]-يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص64.

بالقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الفرنسية.[1] وقد تم التخلي عن هذا الشرط بعد أن اتضح أنه يؤدي إلى التضييق من حالات تنفيذ الأحكام الأجنبية.[2]

إلى جانب هذا الشرط، نجد شرط التحايل على القانون، والذي يظهر من خلال استخدام رافع الدعوى لأساليب الخداع بغية الحصول على حكم الطلاق.[3] ومما يجب التنويه إليه، أن التحايل الذي يعتبر سببا لرفض دعوى الأمر بالتنفيذ، قد ينصب على القانون المطبق، كما قد ينصب على قواعد الاختصاص القضائي، من خلال سعي الأطراف إلى منح الاختصاص لمحكمة غير مختصة للفصل في النزاع، ولهذا نجد أن القضاء الفرنسي استوجب ضرورة وجود رابطة جدية بين المحكمة الأجنبية والدعوى المرفوع أمامها النزاع حتى لا يكون الاختصاص تحكميا Arbitraire أو مصطنعا Artificiel أو مغشوشا Frauduleux، إذ يكون الاختصاص تحكميا في حالة عدم وجود رابطة موضوعية بين النزاع والمحكمة التي عهد إليها به، ويكون مصطنعا أو مغشوشا كلما كانت الرابطة التي تربط النزاع بالمحكمة كافية بذاتها لعقد الاختصاص بنظر النزاع، إلا أنها غير مشروعة.[4]

إلى جانب ذلك يعتبر غشا، تحايل الأطراف على القواعد الإجرائية المتبعة في الدولة التي أصدرت الحكم، لإلحاق الضرر بالطرف الآخر والمساس بحقه في الدفاع. ونتيجة لذلك، رفضت محكمة النقض الفرنسية منح الأمر بالتنفيذ لحكم الطلاق الصادر عن إحدى المحاكم الكندية نتيجة التصريح الكاذب للزوجة بشأن محل إقامة زوجها، وهو ما استوجب استدعائه عن طريق الإعلان في الجريدة، والذي كانت نتيجته صدور حكم الطلاق ضده اعتباري حضوري.[5]

[1]-يراجع، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص845.
[2]-يراجع، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص404.
[3]- يراجع، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص245.
[4]-يراجع، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص442.
[5]-يراجع، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص406.

إن من بين ما تجدر الإشارة إليه في هذا النطاق أن المشرع الجزائري، وإن لم يذكر شرط انعدام التحايل، كشرط مستقل من شروط منح الصيغة التنفيذية فهذا لا يعني استبعاده خصوصا أن هذا الأخير غالبا ما يدمج حسب البعض ضمن مفهوم النظام العام الأكثر اتساعا[1].

إلى جانب شرطي الرقابة التشريعية والتحايل على القانون، تبنى المشرع المصري شرط المعاملة بالمثل،[2] والذي مفاده معاملة القاضي الوطني للحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الإقليم الوطني بنفس المعاملة التي يلقاها الحكم الوطني في الإقليم الأجنبي.[3] وعلى ذلك إذا كان قانون الدولة الأجنبية التي صدر عنها الحكم المراد تنفيذه، يستلزم رفع دعوى جديدة يكون فيها الحكم الأجنبي كدليل بسيط، أو قاطع، فعلى القاضي الوطني رفض منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم، وعلى صاحب الحق رفع دعوى جديدة يستند فيها للحكم الأجنبي باعتباره دليلا بسيطا أو قاطعا.[4] وقد وجه لهذا الشرط العديد من الانتقادات خاصة، أنه يؤدي إلى المساس بحقوق الأفراد، وإهدار مبدأ استقرار الروابط الخاصة الدولية، وكذا فكرة التعاون الدولي والتعايش المشترك بين مختلف الدول، لذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أصاب حين لم يدرج شرط المعاملة بالمثل ضمن شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية.[5]

إذا ما فرغنا من الحديث عن مختلف الشروط التي يتوجب على قاضي الصيغة التنفيذية مراقبة توفرها لمنح الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية أمر التنفيذ، وجب التعرض لمختلف الآثار التي يرتبها الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني.

[1]- يراجع، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص442.

[2]-تنص المادة 296 من قانون المرافعات المدنية والتجارية :"الأحكام و الأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام و الأوامر المصرية فيه." يراجع، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص139.

[3]-يراجع، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 324.

[4]-يراجع، سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص351.

[5]-يراجع، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص405.

المطلب الثاني:آثار تنفيذ الحكم الأجنبي

إن توافر الشروط القانونية في الحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية، يمنح لقاضي الصيغة التنفيذية القدرة على منحه الأمر بالتنفيذ ليرتب آثاره في الإقليم الوطني، وعليه تعتبر مسألة الآثار الدولية للأحكام من أهم المسائل التي يعالجها القانون القضائي الخاص الدولي، بل إن جانبا من الفقه يعتبرها من أهم مسائل القانون الدولي الخاص بصفة مطلقة، ذلك أن الحكم الأجنبي بصفة عامة، والمتعلق بانحلال الرابطة الزوجية بصفة خاصة، تترتب عليه آثار من غير المعقول عدم الاعتراف بها في دولة غير تلك التي صدر فيها، خاصة وأن حالة الشخص واحدة، وهي ترتبط به وجودا وعدما، بحيث تهدف إلى تحديد الوضعية العائلية للفرد، وبيان ما إذا كان متزوج، مطلق، أرمل، وهذا كله لضمان استقرار المعاملات، وحماية الغير حسن النية.

من هذا المنطلق، يبرز سؤال محوري، ما هي القيمة القانونية لحكم انحلال الزواج الصادر عن القضاء الأجنبي؟ وهل يمكن لهذا الحكم أن يرتب أثره في إقليم دولة غير تلك التي صدر عنها قبل اقترانه بالصيغة التنفيذية؟

هذا ما سنحاول بيانه، إذ نتطرق إلى آثار الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ (**الفرع الأول**)، وإلى الآثار المترتبة عنه بعد منحه الأمر بالتنفيذ (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: آثار الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ

على الرغم من كون الأحكام الأجنبية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية تخضع مبدئيا لشروط الصيغة التنفيذية، إلا أن هذا لا ينكر حقيقة أنها تؤدي إلى نشوء واقع لا يمكن تجاهله، وعليه فإنها تنتج قبل منحها الصيغة التنفيذية آثارا، إذ يمكن الاستناد إليها باعتبارها واقعة، وباعتبارها سندا. إضافة لذلك فإنها ترتب آثارا أخرى من خلال اكتسابها لحجية الشيء المقضي به، وهذا ما سنحاول

بيانه إذ نتطرق إلى الأثر الواقعي للحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية (**البند الأول**)، وإلى الأثر المستندي لهذه الحكم (**البند الثاني**)، على أن نوضح فيما بعد الحجية التي يتمتع بها هذا الحكم (**البند الثالث**) .

البند الأول: الأثر الواقعي للحكم الأجنبي.

يشكل الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية أولا واقعة،[1] وعليه لابد على القاضي أن يأخذ في الحسبان الآثار التي قد تنجم عنه في الخارج، خاصة أن ذلك الحكم يلعب دور السبب المشروع بالنسبة للأوضاع الجديدة التي نشأت بصورة لاحقة لصدوره، وعليه تعد تلك الأوضاع واقعا يجب بحكم الضرورة أن تؤخذ بعين الاعتبار.[2]

وفي هذا الشأن، يرى بعض الفقه أنه يمكن مقارنة الحكم الأجنبي بالتصرف القانوني، فإذا كان هذا الأخير يُرتب آثارا بوصفه تصرفا بالنسبة لأطرافه، فإنه يُرتب آثارا أخرى بوصفه واقعة قانونية اتجاه الغير، وأكثر من ذلك، فإنه قد يُرتب آثارا بوصفه واقعة حتى بالنسبة لأطرافه وذلك في حالة ما إذا تقرر بطلانه.[3]

وعليه، فإن ذات الأمر ينطبق على الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، إذ يمكنه أن يحدث آثار ذاتية بصورة مستقلة عن أي اعتراف، أو أية صيغة تنفيذية، باعتباره واقعة لا يقتصر

---

[1]– يرجع الفضل في تحديد الأثر الواقعي للحكم الأجنبي إلى الفقيه" Bartin "إذ أكد أن للحكم الأجنبي مفاعيل خاصة به مستقلة عن طبيعته القضائية، وبهذه الصفة يعتبر حالة واقعية لا يمكن تجاهلها، وقد أشار إلى هذا الأثر بصورة مقتضبة في مقدمة كتابه "دراسات في المفاعيل الدولية للأحكام" " Etudes sur les effets internationaux des jugement". وفصل نظريته في مقالة معنونة "الحكم الأجنبي كواقعة" "Les jugement étranger considère comme un fait". وورد فيه أن الحكم الأجنبي ينتج في فرنسا بمعزل عن الصيغة التنفيذية آثار واقعية تختلف عن الآثار الناشئة عن النقاط المفصولة بالحكم نفسه، ولكنها متلازمة ومقترنة منه، ولا يمكن للقاضي= =الفرنسي إهمالها وعدم الأخذ بها، كما أوجز "Bartin" رأيه بخصوص الآثار الواقعية للحكم الأجنبي، إذ أكد أن طبيعة الآثار الناشئة في فرنسا عن الحكم الأجنبي ليست في حقيقتها سوى الآثار نفسها التي أحدثها أو التي من المفترض إحداثها في الخارج، وفي الحقيقة حظيت هذه النظرية، بتأييد كبير من الفقه الحديث، إذ قد تمسك بعض الكتاب بالمصطلح الوارد فيها بينما لجأ البعض الآخر لمفهوم قريب هم السبب الصحيح. فحسب أنصار هذا الاتجاه يولد الحكم الأجنبي في الخارج واقعة مادية يلزم قاضي الصيغة التنفيذية بالأخذ بها بمعزل عن أي رقابة. يراجع، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص566-567.

[2]–يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص90.

[3]–يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص689.

أثرها على أطرافها، بل يتعداها إلى الغير. ومن ثم فإنه يجوز لصاحب المصلحة الاحتجاج بمنطوق الحكم كواقعة، كما يجوز للغير الاحتجاج بالحالة الواقعية الناجمة عن تنفيذ الحكم في البلد الأجنبي.[1]

من هذا المنطلق، يجب الذكر أن الحكم الأجنبي الذي تم تنفيذه في الخارج، أي في الدولة التي صدر عن قضائها، يعد واقعة قانونية، يتعين الاعتراف بها دون حاجة إلى استيفائه الشروط اللازمة لتمتعه بحجية الأمر المقضي به، كما أن ذات الحكم، يصلح لأن يكون سببا لقيام دعوى المطالبة بالحضانة أو ممارسة حق الزيارة، أو لانعقاد عقد من خلال الاحتجاج بالحكم كواقعة لإبرام عقد زواج جديد.[2]

وبناء على ذلك، يعتبر صحيحا الزواج الجديد الذي يعقب حكم طلاق لم يحصل على الصيغة التنفيذية في الجزائر،[3] لاسيما إذا ترتب على الزواج الجديد آثار قانونية جديدة تتمثل في إنجاب الأولاد، فالحفاظ على المراكز القانونية يقتضي الاعتداء بالحكم الأجنبي كواقعة.

وفي هذا السياق، يؤكد القضاء الجزائري على الأثر الواقعي للحكم الأجنبي، وهو ما اتضح في قضية طلاق الزوجين الجزائريين المقيمين بفرنسا، والتي ترتب عليها إلى جانب الطلاق، إسناد حضانة الأولاد إلى الأم، وإلزام الأب بدفع نفقة غذائية شهرية.

إلا أنه ومن خلال حيثيات القضية، يتضح أن الأب وبعد أن تمكن من استرجاع الأولاد وإدخالهم إلى مدرسة جزائرية، لجأ إلى القضاء الجزائري، مطالبا الحكم على الأم باسترجاع مبلغ النفقة الذي سحبته من البنك دون وجه حق مادام أن الأولاد عنده.

---

[1]-يراجع، عبده جميل غصوب،" الأحكام القضائية الأجنبية أمام القضاء اللبناني"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الثاني، 2004، ص154؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص312.

[2]-يراجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص167.

[3]-يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص90.

ولكن يتبين أن القاضي الجزائري رفض طلبه، وأسس رفضه بالاستعانة بالحكم الأجنبي الفرنسي الذي أسند الحضانة للأم، واعتبر أن مجرد أخذ الأب للأولاد لا يسقط الحضانة عن الأم بصفة قانونية، إذ كان عليه رفع دعوى إسقاط الحضانة في وقتها.[1]

من القضية السالف الإشارة لها، يتضح أن القاضي الجزائري اعتد بالحكم الأجنبي الذي أسند الحضانة للأم كواقعة عند نظره في دعوى أحقية الأم بمبلغ النفقة، دون أن يتم تنفيذ ذلك الحكم على الإقليم الجزائري.

إذا ما فرغنا من الحديث عن الأثر الواقعي لحكم انحلال الزواج الأجنبي، وجب التعرض إلى الأثر المستندي الذي ينجم عنه.

البند الثاني: الأثر المستندي للحكم الأجنبي.

إن الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية يمكن النظر إليه مجردا من الأمر بالتنفيذ بوصفه سندا، وهو بهذه الصفة يعد ذا قوة في الإثبات، باعتباره وثيقة محررة من طرف سلطة عامة أجنبية، ويكون له بهذا الوصف أمام القاضي الوطني قوة الإثبات التي تكون لكل محرر حرر في الخارج.[2]

وفي هذا السياق، نجد أن القضاء الحديث يعترف بقوة الحكم الأجنبي كدليل في الإثبات، ولو لم تكن له حجية الأمر المقضي به، وقد أيد الفقه ذلك على أساس أن الحكم الأجنبي وإن لم يكن سندا واجب التنفيذ، إلا أنه يعد مع ذلك محرر رسمي تتحدد قوته في الإثبات وفقا لقانون السلطة التي قامت بتحريره.[3]

[1]-يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص196.

[2]-يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص73؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص951.

[3]-يراجع، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص310.

ويقصد بقوة الإثبات التي يتمتع بها الحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية، اعتباره دليلا على ما يحتويه، وعلى جميع الإجراءات التي تضمنها، أي صلاحية الحكم لأن يكون دليلا على ما تضمنه من أدلة في الإثبات، كالكتابة، الإقرار، اليمين، البينة، المعاينة، الخبرة، وغيرها من الأدلة،[1] فالتحقيق الذي يجريه القاضي خلال الدعوى ويُذكر في الحكم، يُعتبر حجة بالنسبة للتصريحات المدونة فيه، ومع ذلك فإن القاضي الوطني غير ملزم بالنتيجة التي توصل إليها القاضي الأجنبي، إذ تبقى له حرية تقدير ما أُثبت في الحكم الأجنبي بناء على التحقيق الذي تلقاه.[2]

وإذا كان الحكم الأجنبي بهذا الوصف يعتبر سندا، فإنه يصلح لأن يكون أساسا لدعوى مباشرة فيما إذا فضل المتقاضي نظرا لحالة الاستعجال، رفع دعواه أمام قاضي الأمور المستعجلة عوضا عن البدء بتحريك دعوى الصيغة التنفيذية التي تكون مطولة بحكم الضرورة، كما أن الحكم الأجنبي النهائي القابل للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه، يصلح لأن يكون ركيزة لدعوى قضائية جديدة ترفع أمام القضاء الجزائري،[3] إذ يمكن للزوجة الجزائرية رفع دعوى التطليق أمام المحاكم الجزائرية استنادا إلى الحكم الجزائي الأجنبي الذي أكد واقعة زنا الزوج، وعلى القاضي الجزائري الاستناد إلى الحكم الجزائي كدليل إثبات للحكم بالتطليق،[4] لتوافر حالة من الحالات الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.[5]

---

[1]-يراجع، محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص298.

[2]-يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص197؛ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، نفس المرجع، ص73.

[3]- يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص91.

[4]-يراجع، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص383.

[5]-تنص المادة 53من ق.أ.ج:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره عند الزواج، مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون،
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،
-الهجر في المضجع فوق أربعة لأشهر،
-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،
-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،
-مخالفة الأحكام الواردة في المادة8 أعلاه،
-ارتكاب فاحشة مبينة،
-الشقاق المستمر بين الزوجين،

وإذا ما تعرضنا إلى الأثر المستندي لحكم انحلال الزواج الأجنبي، وجب التعرض إلى الحجية التي يتمتع بها خارج قضاء الدولة التي صدر عنها.

البند الثالث: حجية الحكم الأجنبي.

إذا كانت أحكام انحلال الزواج الصادرة عن القضاء الوطني تتمتع بحجية الشيء المقضي به، فإن السؤال يطرح بخصوص الحجية التي تتمتع بها أمام القضاء الأجنبي.

من هذا المنطلق، يُمكن القول، أنه يُقصد بحجية الحكم الأجنبي، منع عمال القضاء من إعادة النظر في النزاع الذي فُصل فيه بموجب الحكم القضائي.[1] وعليه، يمنع على القاضي الجزائري إعادة الفصل في دعوى انحلال الرابطة الزوجية، التي سبق للقضاء الأجنبي الحكم فيها مع احترامه للشروط المحددة قانونا. وبناء على ذلك يتضح أن حجية الحكم المقضي صفة تلحق الحكم القضائي القطعي الصادر من محكمة مختصة، ويترتب على توافر هذه الصفة احترام المحاكم له، بعدم البحث في نفس الموضوع، والتسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم.

إذن الحجية نوع من الحرية، يتمتع بها الحكم، ويعتبر بمقتضاها محصنا بقرينة لا تقبل الدليل العكسي على صدوره صحيحا من حيث إجراءاته.[2]

وقد عرف أحد الفقهاء الحجية بأنها:" الصفة غير القابلة للمنازعة، والثابتة بواسطة القانون لمضمون الحكم. ومن ثم فإن الشيء المتنازع عليه والمحكوم فيه، لا يكون قابلا للمنازعة فيه مرة أخرى".

-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

-كل ضرر معتبر شرعا."

[1]-يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص193.

[2]-يراجع، عبد الحكم فوده، حجية الأمر المقضي وقوله، الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، هامش ص14؛ عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص126.

وقد عرفها فقيه آخر بأنها:" القرينة المطلقة الدالة على الحقيقة، والتي بموجبها تكون الوقائع الثابتة والحقوق التي اعترف بها الحكم غير قابلة للمجادلة فيها من جديد لا أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، ولا أمام أي محكمة أخرى".[1]

وبذلك، فالحجية نوع من الحرمة يتمتع بها الحكم، ويكون بمقتضاها متضمنا قرينة الدليل العكسي على انه صدر صحيحا من حيث إجراءاته، وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع، وعليه تتكون قرينة الحجية من شقين، قرينة الصحة وقرينة الحقيقة، ومن ثم لا يجوز لأي من أطراف النزاع رفع دعوى جديدة بشأن نفس الموضوع،[2] فإذا ما رفع احد الأطراف مثل هذه الدعوى، كان للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبولها.[3]

على الرغم مما تؤكده هذه التعريفات، إلا أن القوانين المقارنة تباينت بخصوص هذا الأثر، فبينما يتجه القانون الألماني إلى الاعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيء للمقضي فيه بعيدا عن تنفيذه الجبري، يرفض القانون الفرنسي، الاعتراف للحكم الأجنبي بحجة الشيء المقضي به، طالما لم يشتمل على الأمر بالتنفيذ، ذلك أن التسليم بحجية الحكم مجردا عن الأمر بالتنفيذ هو اعتراف بمظهر من مظاهر السلطة الآمرة في دولة أخرى وهو ما لا يجوز،[4] إضافة لذلك فان قوة التنفيذ وحجية الأمر المقضي به وجهان لمسألة واحدة هي تنفيذ الحكم، فإذا كانت قوة التنفيذ تستعمل ليصل بها صاحب الحق إلى حقه، فإن الحجية يتمسك بها لإقرار ذلك الحق.[5] وقد استند البعض من الفقه لتبرير حجية

[1] – gaursonnet: « On appelle autorité de la chose jugé une présomption absolue de vérité, en vertu, de laquelle les faits constates est les droits reconnus par un jugement ne peuvent être contestés de nouveau, ni devant le tribunal qui a rendu ce jugement, ni même devant une autre juridiction »

يراجع، عبد الحكم فوده، نفس المرجع، ص 14.

[2]–يراجع، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص504.

[3]–تنص المادة 67 من ق.إ.م.إ.ج:" الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع."

[4]–يراجع، هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 504.

[5]– يراجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص159.

الشيء المقتضى به إلى فكرة قديمة، تُكيف بمقتضاها الخصومة بأنها، "تعاقد قضائي" Contrat Judiciaire"، يستمد منه القاضي سلطته، فيكون الحكم في الدعوى بمثابة حق ناشئ عن عقد، وعلى هذا، فإن الاعتراف بحجية الشيء المقضي به للحكم الأجنبي لا يعدوا أن يكون اعتراف بحق ناشئ عن عقد أبرم في الخارج، وإن كانت هذه الفكرة في الوقت الحالي لا يقوم لها مقام، ذلك أن القاضي إنما يستمد سلطته من القانون، ويكفي لإثبات تلك الفكرة تصور حالة ما إذا كان الحكم غيابيا.[1]

لهذا السبب، أكد القضاء الفرنسي أن الحجية لا تثبت للحكم الأجنبي إلا بعد الأمر بتنفيذه كقوته التنفيذية ، ولكنه يستثنى من ذلك الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية، كأحكام الطلاق، فلم يستلزم شمول حكم الطلاق بالأمر بالتنفيذ، إلا إذا تطلب إجراء عمل تنفيذي،[2]وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد اعترف لأحكام انحلال الرابطة الزوجية بحجية الشيء المقضي به بعد فحصها من حيث الشكل، طبعا ما لم يكن الهدف منها التنفيذ على الأموال أو الأشخاص وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 فبراير1860 في قضية "Bulkely": "إذ قررت أن الزوجة المطلقة بموجب حكم أجنبي تستطيع الزواج من جديد في فرنسا إذا أبرزت أمام ضابط الحالة المدنية صك زواج جديد يذكر الطلاق، دون أن يكون ثمة طلب الحصول على الصيغة التنفيذية".[3]

ولقد استمر القضاء الفرنسي، منذ صدور هذا القرار في اعتبار، أن الأحكام الأجنبية الصادرة في مواد الحالة والأهلية، وخصوصا تلك المتعلقة بالطلاق ترتب آثارها في الإقليم الوطني، دون الحاجة

[1]-يراجع، محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص296.

[2]- يراجع، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص70.

[3] - "En 1860 la cour de cassation décidait qu'une épouse divorcée par jugement étranger, présentant l'acte d'état civile étranger mentionnant le divorce, justifiait à l'officier d'état civil Français de la dissolution de son précédent mariage". cité par, cité par, Yvon Loussouarn, Pierre Bourel , op.cit., p.602.

لصدور الأمر بتنفيذها، ولكن ذلك لا يمتد إذا اقتضى الأمر إجراء عمل تنفيذي، كالحكم بتسليم الصغير أو الحكم بدفع النفقة لاعتبارهما من آثار التطليق و يتطلبان تدخل القوة العمومية.

وهو حقا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 03مارس1930 إذ قضت: "أن الأحكام الصادرة عن محكمة أجنبية، والمتعلقة بحالة وأهلية الأشخاص تنتج أثرها في فرنسا بصورة مستقلة عن أي إعلان للصيغة التنفيذية ماعدا الحالات التي يجب ألا تؤدي فيها هذه الأحكام إلى تدابير تنفيذ مادية على الأموال أو تدابير زجرية على الأشخاص".[1]

بموجب هذه الأحكام القضائية، أصبحت أحكام الطلاق التي لا تتطلب التنفيذ على الأموال أو الإكراه على الأشخاص تحوز حجية الشيء المقضي به، غير أن الأحكام التي يكون الهدف منها اتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ لا يعتد بها إلا بعد اقترانها بالصيغة التنفيذية.

وقد حاول الفقه تبرير تمتع أحكام الطلاق بحجية الشيء المقضي به، فاتجه البعض إلى اعتبار أن هذا يعد امتدادا للقانون الواجب التطبيق عليها، غير أن ذلك الرأي، انتقد لأنه لا يقوم على فكرة سليمة، إذ يخلط مشكلة تنازع الاختصاص القضائي بمشكلة تنازع الاختصاص التشريعي، كما أنه يفترض مسبقا أن المحاكم التي أصدرت الحكم هي محاكم دولة الشخص، في حين أن الحكم قد يصدر عن محاكم غير محاكم تلك الدولة، وعليه فقد اتجه فقه آخر عند تبريره لحجية الأمر المقضي به لأحكام الطلاق الصادرة بالخارج دون حاجة لصدور الأمر بتنفيذها، بكون أن تلك الأحكام تنشئ مراكز قانونية لا سبيل إلى إنكارها، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في نطاق

[1] – L'arrêt de la chambre des requêtes du 03 Mars 1930 : "Les jugements rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leur effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf les cas où les jugement doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou des coercition sur les personnes". Idem, p602.

العلاقات الخاصة الدولية، إذ قد يعد الشخص متزوجا في بلد، ومطلقا في بلد آخر لمجرد انتقاله من مكان لآخر.[1]

أمام النقد الموجه لهذا الاتجاه، اعتبر اتجاه آخر، أن الأحكام المنشئة تكون حجته على الكافة، لأنها تتبنى حالة واقعية أو حالة جديدة، لا يمكن إنكارها شأن ذلك الحكم بالطلاق. غير أن هذا الرأي انتقد إذ اقتصر تبريره على الأحكام المنشئة دون المقررة والتي يعترف لها هي الأخرى بالحجية دون الحاجة إلى الأمر بالتنفيذ.

ونتيجة لذلك، وضع اتجاه آخر، ضابطا جديدا لتفسير تمتع الأحكام الأجنبية المقررة والصادرة في مواد الحالة والأهلية بحجية الأمر المقتضي به، وكان ذلك من خلال استناده إلى فكرة الحجية، فالقضاء يميل إلى الاعتراف بحجية تلك الأحكام على الكافة بسبب أن حالة الأشخاص لا يمكن أن تبقى غير مستقرة.

وإذا كان الاستثناء الذي قرره القضاء الفرنسي بخصوص أحكام الحالة والأهلية له وجاهته، إلا أنه قد تعرض لانتقادات عديدة أهمها، أن الاعتراف لأحكام الحالة والأهلية بهذا النظام التفضيلي، يبدو تعسفيا، لاسيما، أنه لا يوجد سبب مقنع يستدعي استثناء الأحكام الأخرى من هذا التصنيف، إضافة إلى تعذر وضع حد فاصل بين حجية الحكم الأجنبي وقوته التنفيذية، خاصة أن مجرد الاعتداد بالحكم الأجنبي أو مجرد طلب القيد أو التسجيل في سجلات الحالة الشخصية يعتبر بمثابة عمل تنفيذي.[2]

إذا كان هذا هو الوضع السائد في القضاء الفرنسي، فما هو الوضع في القضاء الجزائري؟

[1]- يراجع، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 508.

[2]-يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص92.

خلافا للقضاء الفرنسي، فإن القضاء الجزائري، لا يكرس مبدأ الحجية لأحكام الحالة والأهلية، بما فيها أحكام الطلاق، وأكثر من ذلك نجد أن المشرع الجزائري في نصوص القانون الاتفاقي، ونخص بالذكر المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية المغربية ينص على أن: " الأحكام المشار إليها في المادة السابقة لا يمكن أن تخول الحق لأي تنفيذ جبري تقوم به سلطات البلد الآخر ولا أن تكون موضوع أي إجراء عمومي تقوم به هذه السلطات، كالتقييد والتسجيل والتصحيح في الدفاتر العمومية إلا بعد إعلانها نافذة للإجراء في تراب الدولة التي يطلب فيها التنفيذ "وقد ورد ذات المعنى في المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، والمادة 2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.[1]

من خلال هذه المواد يتضح أن المشرع الجزائري، لم يحذوا حذو القضاء الفرنسي، إذ اعتبر أن جميع الأحكام الأجنبية بما فيها تلك المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية، لا يكون لها أثر مباشر في الجزائر ما لم تحصل على الأمر بالتنفيذ من السلطة القضائية الجزائرية.[2]وقد أكدت المحكمة العليا على ذلك إذ قضت أن أحكام الطلاق لا تتمتع بالحجية، إلا بمقتضى الأمر بالتنفيذ وجاء مجمل تبريرها كالآتي:"

1- أن إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي بالطلاق يعطي للحكم حجية الشيء المقضي فيه، وأن رفض القاضي لدعوى الرجوع لعدم التأسيس تعتبر تطبيق سليم للقانون.

2- أن إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي الذي يقضي بطلاق بعد التأكد من عدم مساسه بالآداب العامة والسيادة الوطنية من طرف القاضي المختص هو تطبيق سليم للقانون". [3]

---

[1]-Art2 du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n° 65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : «les décision visée à l'article précédent ne peuvent donner lieu à aucune exécution forcée par les autorités de l'autre Etat ni faire l'objet de la part de ces autorités d'aucune formalité publique ,telle que l'inscription , la transcription ou la rectification sur les registres publics qu'après avoir été déclarées exécutoires sur le territoire de toute partie intéressée , par l'autorité compétente d'après la loi de l'Etat ou il est requis. »

[2]- يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص200.

[3]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 254709 قرار بتاريخ 2001/03/28، م.ق، ع01، سنة 2002، ص315،312.

وعليه، يكون الحكم الذي تبناه المشرع الجزائري صارم للغاية ويطرح مشاكل مختلفة، إذ كيف لا يعترف القاضي بالحكم الأجنبي الخاص بالطلاق والمسجل في سجلات الحالة المدنية، لاسيما إذا كان الزوجان يحملان جنسية دولة القاضي الذي أصدر الحكم، وأكثر من ذلك، كيف يمكن اعتبار أن التقييد أو التسجيل أو التصحيح في دفاتر الحالة المدنية خاضعا للصيغة التنفيذية في حين أنه لا يعتبر من قبيل التنفيذ على الأموال أو الإكراه على الأشخاص.[1]

بناء على ما تقدم، اتجه البعض إلى وجوب التخفيف من حدة وصرامة المبدأ السابق، وذلك من خلال وضع خط فاصل، للتمييز بين حالتين عن طريق الاستعانة بالجنسية، فإذا كانت الأحكام الأجنبية تتعلق بجزائريين، فإنه يتوجب على القاضي أن يراقب الأحكام التي تنشئ وتعدل حالتهم الشخصية، أما إذا تعلق الأمر برعايا أجانب فليس من المنطق اعتبار هؤلاء الرعايا الذين صدر حكم الطلاق بينهما عن المحكمة الأجنبية مازالا متزوجين في الجزائر.

وإن كانت المساوئ العملية والتطبيقية لهذه الوضعية، تستلزم معاملة الأحكام الأجنبية بنفس المعاملة، فحتى لو كانت تلك الأحكام تخص جزائريين يجب الاعتراف بها، طالما أنها أحدثت آثار أساسية في البلدان الأجنبية، وهذا كله لتحاشي تمتع الأشخاص بحالات شخصية مختلفة حسب البلدان،[2] وفقا لما ما حصل في قضية « Rivière »[3].

من خلال هذا كله، يتضح أنه يتعين على القضاء الوطني الاعتراف للحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية بحجية الشيء المحكوم به، بمجرد توافر الشروط الخارجية اللازمة لصدوره من الناحية الدولية، ذلك أن أحكام الحالة سواء تعلقت بالطلاق، التطليق، الانفصال الجسدي، تسمح بإنشاء حالة واقعية لا يجوز إنكارها، وبعرقلة حجيتها يختل الاستقرار الواجب توفيره على مستوى

[1]- يراجع، ولد الشيخ شريفة، نفس المرجع، ص200.

[2]-يراجع، موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص93،94.

[3]- يراجع المذكرة، ص80.

الجماعة، ومن المهم أن نشير إلى أن الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية يستوجب،[1] ألا يكون من شأن الحكم الأجنبي التنفيذ على المال أو الإكراه على الشخص، كالحكم القاضي بدفع نفقة أو تسليم الولد للحضانة، لأن تنفيذ الحكم في هذه الحالة يقتضي تدخل السلطة العامة في الدولة المطلوب منها التنفيذ، وهذه الأخيرة لا تتلقى أوامرها من السلطة الأجنبية. غير أنه إذا كان الحكم الأجنبي يضم مسألة لا تستلزم التنفيذ على المال أو الإكراه على الشخص ومسألة أخرى تستلزمه، كان للحكم حجية الأمر المقضي، بالنسبة للأولى دون حاجة لصدور الأمر بالتنفيذ، ووجب صدور الأمر بالتنفيذ بالنسبة للثانية، وهو ما أكد عليه القانون الاتفاقي إذ تقضي المادة 23 ف4من الاتفاقية الجزائرية المغربية على أنه : "ويجوز أن يمنح أمر التنفيذ جزئيا بالنسبة لإحدى النقط الرئيسية أو للآخرين فقط من الحكم الأجنبي." وهو ذات ما أكدت عليه الاتفاقية الجزائرية التونسية في المادة 22 ف3، وكذا الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 4ف 4 منها،[2] إضافة إلى أنه يجب أن تتوافر في الحكم الأجنبي الشروط الخارجية المنصوص عليها في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تمثل الحد الأدنى من الشروط الذي يتطلبها المشرع لتنفيذ الحكم الأجنبي،[3] ذلك لأن مصلحة الخصوم تشكل أحد أهداف حجية الأمر المقضي به في القانون الداخلي، والاستناد إلى الهدف ذاته يسوغ الاعتراف بحجية الأمر المقضي به للحكم الأجنبي دون حاجة إلى إصدار أمر بتنفيذه. أضف إلى ذلك أن قاضي التنفيذ لا يقوم بإعادة النظر في موضوع النزاع للتحقق من صحة قضاء الحكم الأجنبي، بل يقتصر دوره على التحقق من توفر الشروط اللازمة للاعتراف بالحكم الأجنبي دوليا، وهو ما تبناه القضاء المصري الذي انتهج نفس موقف القضاء الجزائري، وهو

[1] -يراجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص162.

[2] -Art4/4 du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n° 65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : « l'exéquatur peut être accordé partiellement pour l'un ou l'autre seulement des chefs de la décision étrangère. »

[3] - يراجع، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص945.

ما تؤكده القضية التالية، والتي تتلخص وقائعها كالآتي: لجوء الزوجة البريطانية الجنسية للمحاكم المصرية برفع دعوى ضد زوجها البريطاني الجنسية تطالبه فيها بتقرير نفقة سنوية لها بوصفها مطلقة، مستندة في رفعها إلى الحكم الصادر من المحاكم الإنجليزية والقاضي بتطليقها من المدعى عليه، إلى أن الزوج أثار عددا من الدفوع ومنها الدفع بعدم قبول الدعوى، لرفعها قبل الأوان ذلك أن حكم التطليق لا يحتج به في مصر لصدوره من محاكم غير مختصة دوليا، وبذلك يكون قد أثبت عدم توفر شرط من الشروط المقررة قانونا، وهو ما دفع بالمحكمة إلى قبول ذلك الدفع، فلم تمنح الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء البريطاني الصيغة التنفيذية[1].

الفرع الثاني: الحكم الأجنبي بعد منحه الأمر بالتنفيذ.

لقد سبق الذكر، أن المشرع الجزائري لم يميز بين أحكام الحالة والأهلية، والتي تندرج ضمنها أحكام الطلاق وغيرها من الأحكام الأجنبية الأخرى، إذ عامل كافة الأحكام على حد السواء، فاستلزم توافر الشروط المقررة في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليرتب الحكم أثره، سواء ذلك المتعلق بحجية القضية المقضية أو القوة التنفيذية، وذلك خلافا لما هو عليه العمل في القانون الفرنسي، إذ اتجه القضاء الفرنسي إلى أن الأحكام الأجنبية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية، كأصل عام، تتمتع بحجية الأمر المقضي به في بلد التنفيذ، وذلك للحفاظ على المراكز القانونية الواجب استقرارها. غير أنه اعتبر أن ذات الأحكام لا تتمتع بذات الحجية إذا اقتضت التنفيذ على الأموال أو الإكراه على الأشخاص، فالحكم الأجنبي الذي يقضي بتسليم الطفل المحضون أو الذي يقرر النفقة للمطلقة أو محضونيها يتعين حصوله على الأمر بالتنفيذ.[2]

[1]- يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1143.

[2]- يراجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 154.

وعلى هذا الأساس، فإذا رُفعت أمام القاضي الجزائري دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، فإنه يتعين على القاضي التأكد من توافر الشروط اللازمة لصحة الحكم الأجنبي في الشق المتعلق بالطلاق، وكذا المتعلق بالحضانة والنفقة حتى يأمر بتنفيذه، وعلى القاضي أثناء نظره في شروط منح الصيغة التنفيذية، إما منح الأمر بالتنفيذ، وإما رفض منح الأمر بالتنفيذ، دون أن يضيف أو يعدل من مضمون الحكم الأجنبي.[1]

فمتى تأكد من توافر الشروط، منح للحكم الصيغة التنفيذية، أي قوة التنفيذ في البلد المطلوب منه التنفيذ، وعليه يصبح الحكم سندا تنفيذيا، غير أنه يظل محتفظا بصفته الأجنبية.

ويقصد بقوة التنفيذ، قابلية الحكم للتنفيذ الجبري على الأموال أو على الأشخاص بواسطة الجهة التي يناط بها التنفيذ، وبمعاونة السلطات المختصة، ولو باستعمال القوة عند اللزوم،[2]وعليه تقتضي قوة التنفيذ صدور كلمة خطاب من السلطة إلى عمال السلطة العامة لتنفيذ الحكم جبرا عند الاقتضاء، إذ يصبح الحكم الأجنبي كالحكم الوطني بعد أن يمهر بالصيغة التنفيذية الوارد ذكرها في المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص : "لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري.

وتنتهي بالصيغة الآتية : ...وبناء على ما تقدم، إن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو و تأمر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان اللذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار...، وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة

[1]- يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1145.

[2]- يراجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص152.

وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية".[1]

وعلى ذلك الأساس، فإن هناك فرقا بين الأمر بالتنفيذ الذي يترتب على دعوى الأمر بالتنفيذ، وبين وضع الصيغة التنفيذية. فإذا كان مقتضى الأمر هو منح الضوء الأخضر والاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه، فإن وضع الصيغة التنفيذية يعد إجراء لاحق، يتم من خلاله اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري التي يقتضيها الحكم، ويسري الحكم بالتنفيذ أثره على جميع أطراف الدعوى المطلوب لها أمر التنفيذ، وفي مجموع التراب الوطني، كما يسمح ذلك الحكم المتعلق بالصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، بأن ينتج آثاره ابتداء من تاريخ الحصول على أمر التنفيذ، و كذا تدابير التنفيذ، كما لو صدر من المحكمة التي منحت الأمر بتنفيذه عند تاريخ الحصول عليه، وذلك ما أكد عليه القانون الاتفاقي، وخاصة المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية المغربية والمادة 23 من الاتفاقية الجزائرية التونسية والمادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.[2]

[1]–تنص المادة 502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على الصيغة التنفيذية كالآتي: وعليه الجمهورية الفرنسية تخبر وتأمر كل محضري القضاء بتنفيذ هذا القرار وهذا الحكم وعلى كل النواب العموميين ووكلاء الدولة لدى المحاكم. مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء وإذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية وبناء على ذلك وقع هذا الحكم. يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص193.

[2]–Art 5du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n° 65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : « la décision d'exéquatur a effet entre toutes les parties à l'instance en exéquatur et sur toute l'étendue des territoires ou les présentes dispositions sont applicables.
Elle permet à la décision rendue exécutoire de produire à partir de la date de l'obtention de l'exéquatur en ce qui concerne les mesures d'exécution, les même effets que si elle avait été rendue par la juridiction ayant accordé l'exéquatur à la date de l'obtention de celui-ci. »

الخاتمـة

من خلال الدراسة الماثلة، يتضح أن موضوع انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، يعد موضوعا حساسا، فقد كان وسيبقى موضوع الساعة على مر العصور والأزمان، لارتباطه بأصول الكيان الأسري المكون للمجتمع، ولذا فهو من الدراسات الشيقة والتقنية التي تظل بحاجة لقراءة مستفيضة واسعة في الفكر، لملاحظة الأصول التشريعية الخاصة به، ولدراسة أبعاده التي تختلف من دولة لأخرى، بل وتختلف داخل ذات الدولة من زمن لآخر تماشيا مع التطورات المتعددة في مجالات الحياة المختلفة.

ومما يجب التنويه إليه، أن أهمية هذا الموضوع ظهرت جليا في شتى المجالات، وانعكست آثارها في كافة الميادين، مما دفع التشريعات، ورغم تسارع وتيرة التطور في هذا النطاق إلى إحاطته بعناية خاصة، من مرحلة رفع الدعوى أمام القضاء والى غاية صدور حكم نهائي فيها، حفاظا على استقرار المعاملات وتوفيرا للامان القانوني للأفراد، وعليه فان انحلال الزواج المختلط له نظام خاص، متميز ومستقل عن أحكام القانون الداخلي، إذ لا يمكن تطبيق القواعد الموضوعية الواردة في القانون الداخلي لوجود عنصر أجنبي، إلا بعد استشارة قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق، على أن تأسيس هذه القاعدة يختلف من دولة لأخرى، إذ يتم تحديدها إما على أساس ضابط الجنسية بالنسبة للتشريعات اللاتينية والتشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري، وإما على أساس ضابط الموطن بالنسبة للتشريعات الأنجلوأمريكية، وذلك حسب أسس وموجهات السياسة التشريعية، والتي ينعكس من باب أولى على مبدأ المساواة بين الجنسين من عدمه، فبينما تقر بعض التشريعات هذا المبدأ تزامنا مع المنظومة التشريعية الأسمى في البلاد، فإن دول أخرى تجد في ذلك منفذا ومخرجا نظرا للصعوبات التي يثيرها سواء تم اعتماد أسلوب التطبيق الجامع أو الموزع.

وإذا كانت موجبات تطبيق القانون المحدد، تكمن في استشارة قاعدة الإسناد، فانه من نافلة القول يجب التذكير أن هذا التطبيق يجد له صعوبات متعددة، إذ قد يكون أحد أطراف النزاع متعدد الجنسية، وهذا التعدد يكون إما ايجابيا أو سلبيا، كما قد يكون أحد هم ينتمي إلى دولة تتعدد فيها التشريعات تعددا طائفيا أو إقليميا، وقد تثور المسألة في حالة التنازع المتحرك نتيجة تغيير الطرف المعني لجنسيته بين مرحلة انعقاد العقد ومرحلة رفع الدعوى. وإذا كان المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى، سعى إلى إيجاد الحل الملائم في كل حالة من الحالات، إذ منح الاختصاص لقانون الجنسية الفعلية عند تعدد الجنسيات، والتي لا يكون من بينها جنسية دولة القاضي، في حين منح الاختصاص لقانون جنسية القاضي إذا كانت من بين الجنسيات المتزاحمة جنسية دولة القاضي، فانه في حالة انعدام الجنسية منح الاختصاص لقانون الموطن، بينما خول للدولة المتعددة التشريعات صلاحية تحديد التشريع الواجب التطبيق، وتفاديا للنقص الذي يشوب المنظومة التشريعية في الدولة المتعددة التشريعات، قرر حلولا سليمة إذ أوجب تطبيق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، والتشريع المطبق في عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي، بينما واجه مسألة التنازع المتحرك بتقييده لضابط الإسناد بزمن معين. وفي الحقيقة لا يعدو الأمر أن يكون حكرا على ضابط الجنسية، بل إن هناك من الصعوبات ما تكون نتيجة حتمية لاختلاف ضوابط الإسناد، أين تتجلى ملامح الإحالة التي سعى المشرع جاهدا إلى إيجاد حلول لها بما يتلاءم مع الأوضاع السائدة، إذ قرر الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية، وذلك لكفالة تطبيق القانون الوطني.

وفي الحقيقة لا يقتصر الأمر عند هذا الحد، فإعمال قاعدة الإسناد، يستوجب ألا يكون القانون المحدد بمقتضاها، مخالفا للأسس والمبادئ الأساسية في دولة القاضي التي تشكل في مجموعها ما يسمى النظام العام، ولا أن يكون هذا القانون قد ثبت له الاختصاص نتيجة تحايلات الأفراد على القانون المختص أصلا لحكم النزاع، فتحقق هذين الفرضين، يستوجب استبعاد تطبيق القانون

الأجنبي، واستبداله بقانون آخر هو قانون القاضي، والذي وجد فيه المشرع المنفذ الوحيد رغم التنظير الفقهي في هذا المجال، على أن تطبيق قانون القاضي يمتد كلما عجز قاضي الموضوع عن الوقوف على فحوى القانون الأجنبي، فتطبيق هذا الأخير يستوجب الكشف عن مضمونه وكذا تفسيره، ليطبق بعد ذلك على أنه قانون لا واقعة، يستلزم الخطأ في تطبيقه، الخضوع لرقابة المحكمة العليا.

وإذا كان المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى، سعى إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة، ومسائل انحلال الرابطة الزوجية بصفة خاصة، فخصص لها نصوصا قانونية، إلا أنه يتضح قصور المنظومة التشريعية وعجزها عن مواكبة المستجدات الحديثة، فعلى الرغم من التعديلات التي أوردها على القانون المدني، إلا أنه لم يأخذ بالآراء الفقهية الرائدة في هذا المجال، وأكثر من ذلك، فانه على المستوى القضائي خاصة ما يتعلق منه ببيان الجهة المختصة، لم يكلف نفسه عناء إيجاد نصوص قانونية تحدد اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في نزاعات انحلال الرابطة الزوجية، وهو ما استوجب تمديد العمل بالنصوص الداخلية، والاعتماد على بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا المجال، وذلك رغم الطابع المعقد لهذه المسألة لارتباطها بالسيادة وبالنفاد الدولي للحكم الصادر عن القضاء الوطني.

فاتصاف العلاقات القانونية بالدولية لوجود عنصر أجنبي فيها، يستوجب تنفيذ الحكم الوطني أمام قضاء أجنبي، وتنفيذ الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني عملا بمبدأ المعاملة بالمثل، وهذا ما استوجب من المشرع الجزائري أسوة بالتشريعات الأخرى تنظيم مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية، ببيان المقصود بالحكم الأجنبي، وبيان الجهة المختصة للنظر في دعوى الأمر بالتنفيذ، وكذا تحديد الشروط الواجب توافرها لإنزال الحكم الأجنبي منزلة الحكم الوطني.

من خلال هذا، يتضح أن المشرع الجزائري خطى خطوات جديدة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية إلا أنها تبقى خطوات قاصرة وناقصة، إذ لم يتطرق إلى تنظيم كافة النقاط القانونية وهو ما

يؤكد عجز التشريع الوضعي عن إيجاد الحلول الحاسمة للوضعيات المطروحة وعلاج المشكلات المختلفة.

من خلال ما سبق، يتضح نقص وعجز المنظومة التشريعية عن توفير الحلول الفعالة لمشكلات انحلال الرابطة الزوجية في مجال القانون الدولي الخاص، وعليه، نأمل من المشرع الجزائري، التدخل لسد النقص من خلال الأخذ بعين الاعتبار انتقادات من سبقونا في هذا الطرح في المجالين التشريعي والقضائي.

ففي المجال التشريعي، يستوجب الأمر إسناد مسائل انحلال الرابطة الزوجية، كقاعدة عامة لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وذلك لتجنب مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه، وللقضاء على مسألة الغش نحو القانون الذي يقتضي من القاضي البحث في غمار النفس لاكتشاف النية، مستندا في ذلك إلى دلائل وماديات واقعية قد لا تؤكد الحقيقة المبتغاة، وذلك لتوفير الحماية القانونية للمرأة التي غالبا ما تكون الطرف المتضرر عند انحلال الزواج.

في حين يستوجب تطبيق القانون الوطني كلما كان أحد الزوجين وطنيا وقت رفع الدعوى، فقد سبق أن بينا أن هناك حالات يطبق فيها القانون الأجنبي على وطنيين اكتسبا الجنسية الوطنية بعد انعقاد الزواج، أو تطبيق القانون الوطني على وطنيين زالت عنهم الصفة الوطنية بعد انعقاد الزواج.

كما نتمنى أن يسعى المشرع إلى إدراج فكرة الحل الوظيفي، إذ لا يجب إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد تطبيقا مجردا، تندثر معها الغاية منها، فتتحول إلى قاعدة عمياء تسعى إلى تحديد القانون تحديدا مجردا، سيما عندما تطرح مسألة تنازع الجنسيات، الإحالة، آثار انحلال الزواج، وبالأخص منها مسألة الحضانة، إذ لابد من مراعاة مصلحة المحضون التي يتحدد وفقا لها صاحب الحق في الحضانة، هذا على المستوى التشريعي.

أما على المستوى القضائي، فينبغي على المشرع التدخل على وجه السرعة لإيجاد منظومة تشريعية خاصة، وإفراد نصوص قانونية دقيقة تحدد اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في نزاعات انحلال الرابطة الزوجية، إذ لا يجب الاكتفاء بالامتياز الجوازي المقرر والمبني على ضابط الجنسية.

كما يجب على المشرع، تحديد الآثار المترتبة على الأحكام الأجنبية الفاصلة في دعوى انحلال الرابطة الزوجية، سواء قبل منحها الأمر بالتنفيذ أو بعد منحها ذلك الأمر، على أنه في هذا النطاق بالتحديد، نتمنى أن يتبنى المشرع الجزائري موقف القضاء الفرنسي، فيعتبر أن أحكام انحلال الرابطة الزوجية قابلة للتنفيذ في الدولة المطلوب فيها التنفيذ دون حاجة لاستصدار الأمر بالتنفيذ لارتباطها بالحالة الشخصية للفرد.

قائمة المراجع

أولا:الكتب

1-الكتب العامة.

أ-باللغة العربية :

- ✓ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997.
- ✓ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأرز، سنة1999.
- ✓ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والأموال، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، طبعة2003.
- ✓ أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، (دراسة القواعد العامة-قاضي التنفيذ-أوامر الأداء-الحجوز المختلفة-التنفيذ على العقار-التعليق على نصوص الحجز الإداري)، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ✓ أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ✓ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، (الجنسية والموطن ومعاملة القانون الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- ✓ أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2006.

✓ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار هومه، الجزائر،2001 .

✓ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار هومه، الجزائر، 2008.

✓ أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الشروق للنشر والتوزيع، سنة2001.

✓ أنور الخطيب، الأحوال الشخصية، خصائص الشخص الطبيعي، الطبعة الأولى، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.

✓ بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ في المسائل المدنية، دراسة تفصيلية للتشريع الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا، منشورات بغدادي، سنة 2002.

✓ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999.

✓ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 1428هـ-2007م.

✓ بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، سنة2005.

✓ بيار مايير، فونسييه هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1429هـ-2008م

✓ توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1980.

✓ حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2001.

✓ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

✓ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

✓ خلوفي رشيد، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2002.

✓ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 2001.

✓ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة ،الدويرة ، سنة 2008.

✓ سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 1421هـ-2001م.

✓ سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفيسور فايز الحاج شاهين، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م

✓ سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، (تنازع القوانين-المعاهدات –التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.

✓ سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الأول، الخصومة القضائية أمام المحكمة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.

✓ سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الثاني، طرق التنفيذ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.

✓ سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، مصر، 2002.

✓ صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2006.

✓ صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

✓ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006.

✓ طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، (الجنسية-الموطن-مركز الأجانب-تنازع الاختصاص-تنازع القوانين)، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1417هـ-1418هـ.

✓ عبد الحكم فوده، حجية الأمر المقضي وقوته، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية.

✓ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

✓ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر،2009 .

✓ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار البعث للطباعة والنشر، 1406 -1986.

✓ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2007.

✓ عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة الإشعاع القانونية، سنة1998.

✓ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

✓ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، الجزائر، 2004-2005.

✓ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1428هـ-2008.

✓ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

✓ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.

✓ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.

✓ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، 2008.

✓ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002.

✓ عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

✓ علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة11، منشأة المعارف، الإسكندرية.

✓ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

✓ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، سنة 2007.

✓ عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دراسة تحليلية مقارنة لطرق التنفيذ وإجراءاته ومنازعاته، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004.

✓ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Editions Encyclopedia، 2003.

✓ غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2005 .

✓ غسان غشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، الطبعة الأولى، دار الساقي، بيروت، لبنان، 2004.

✓ الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،سنة 2005.

✓ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، 2009.

✓ محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

✓ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، 2006 .

✓ محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، بنغازي، سنة 1994.

✓ محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994.

✓ محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2003.

✓ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، سنة 1416هـ-1996م.

✓ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.

✓ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

✓ محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية ،الجزائر، 2002.

✓ ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2005.

✓ المنجد في اللغة العربية، الطبعة الثانية، دار المشرق، بيروت، سنة 2001.

✓ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، (قواعد التنازل)، ترجمة فائز أنجق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989 .

✓ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

✓ ميكالي هواري، محاضرات القيت على طلبة ماجيستير القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2008-2009.

✓ هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

✓ هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

✓ هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

✓ هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، نشأته –مباحثه- مصادره-طبيعته، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 .

✓ هشام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، مركز الإسكندرية للكتاب، 1997.

✓ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

✓ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، الكتاب الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998 -1999.

✓ هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

✓ هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003.

✓ هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

✓ هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ومسخه، تقديم شمس الدين الوكيل، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1968 .

✓ ولد الشيخ، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

✓ يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الاجتهادات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومه، الجزائر، طبعة2009.

ب–باللغة الفرنسية:

✓ Bernard Audit, droit international privé, 3éme éd, coll. Droit Civil, Paris, 2000.

✓ Chen Hongwu, problèmes de droit international privé concernant les personnes physiques étrangères en chine, L.G.D.J, E.J.A., Paris, 1998.

✓ Daniel Gutmann, droit international privé, 3éme éd, Dalloz, Paris.

✓ Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit International privé, Masson, Parie, 1987.

✓ Henri Batiffol, Paul Lagarde, traité de Droit international privé, Tome1, 8ème éd, librairie générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A. Paris, 1993.

✓ Jean Derrupée, Droit Internationale Privée, 13éme éd, Dalloz, Paris, 1999.

✓ Mohand Issad, droit international privé, tome II, les règles matérielles, office des publications universitaire, Alger, 1986.

✓ Nouhad Rizkallah, Droit International privé, M.A.J.D., entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L.), 1éme éd, BEYROUTH ,liban, 1985.

✓ Pierre Mayer. Vincent Heuze, Doit International privé, 8ème éd, L.G.D.J, E.J.A., Paris, 2005.

✓ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, Droit international privé , 6ème éd, Dalloz, Paris , 1999.

2-الكتب الخاصة

أ-باللغة العربية

- ✓ باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- ✓ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2007.
- ✓ صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- ✓ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- ✓ لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2006.
- ✓ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1429هـ-2008م.
- ✓ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، 2001.
- ✓ هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- ✓ هشام خالد، دعوى صحة ونفاد عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

ب–باللغة الفرنسية

✓ Patrick Courbe, Divorce et séparation de corps, Rep, International, Dalloz, 1998.

✓ Roula el-Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, paris, 2002.

ثانيا–قائمة الرسائل والمذكرات الجامعية:

✓ بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ،كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008-2009.

✓ دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، السنة الجامعية،2007-2008.

✓ سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2008-2009،

✓ ضويفي عادل، القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر العاصمة، 2005- 2006.

✓ لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2001-2002.

✓ نادية فضيل، الغش نحو القانون، بحث للحصول على درجة ماجيستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، جوان 1984.

✓ يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2009 -2010.

ثالثا– قائمة المقالات

أ–بالغة العربية:

✓ أحمد ضاعن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الأول، رقم 2، سنة 2007.

✓ أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 32، العدد 1، سنة 1994.

✓ بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب ونفيه، دراسة في أحكام الفقه القانون والقضاء، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم3، سنة2005.

✓ بن علي قادة بن، مكانة الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، الاتحاد الوطني لمنظمات المحاماة الجزائريين، منظمة المحامين لناحية سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، عدد 2، نوفمبر 2004.

✓ بوبشير محند أمقران، "الطعن بالنقض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد2، سنة2008.

✓ تشوار الجيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم3، سنة2005.

✓ تشوار حميدو زكية، الحق في الإسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 06- 2008، ص146-148؛

✓ تشوار حميدو زكية، استماع الطفل بعد الطلاق في القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والاجتهاد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 3، سنة 2005.

✓ جعفر الفضلي، إنقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، الطبعة الثانية ، العدد1، السنة 12، مارس1988.

✓ جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، العدد26، رقم1، سنة2002.

✓ حسين الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الاسم، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، يونيو1978 .

✓ حميدو زكية، حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 41، سنة2000.

✓ دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء32، العدد1، سنة1994.

✓ زروتي الطيب، حماية الطفل من منظور القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، سنة 2000.

✓ الطيب لوح، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائية لبعض مبادئه، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد5.

✓ عبده جميل غصوب، الأحكام القضائية الأجنبية أمام القضاء اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الثاني، 2004.

✓ عزوز بن تمسك ،إسقاط الحضانة في القانون التونسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، رقم 3، سنة2005.

✓ علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الخبرة والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، العدد2، جوان1986.

✓ فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد2، سنة1999.

✓ كمال درع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، العدد رقم 1، سنة 2001.

✓ محمد وليد هشام المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مجلة الشريعة والقانون، العدد35، رجب1429هـ-يوليو2008م.

✓ معوان مصطفى، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم 01، سنة 2000.

✓ نور حمد مسلم الحجايا، التناقض بين الأحكام الأجنبية القضائية وأثره في القانون الدولي الخاص الأردني، مجلة الحقوق، العدد الثاني، سنة2005 .

✓ يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 5، سنة2008.

✓ يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 3، سنة2005.

ب–بالغة الفرنسية

✓ Hélène Gaudement –Tallon, conflit de juridiction, revue critique de droit international privé. Dalloz. 96, (3) juillet – septembre2007.

✓ Mehieddine Akkacha, la garde de l'enfant a travers la jurisprudence récente en Algérie, Revue Des Sciences Juridique et Administratives, Faculté de droit, université Abou Bekr Belkaid, Tlemcen, N° 3-2005.

✓ Monia BEN JEMIA, l'exequatur des décisions étrangères en matière de statu personnel, Revue Tunisienne de Droit, Centre de Publication Universitaire, 2000.

رابعا –المجلات القضائية .

- ✓المجلة القضائية، العدد الرابع، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1990.
- ✓ المجلة القضائية، العدد الرابع، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991.
- ✓ المجلة القضائية، العدد الثالث، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1993.
- ✓المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1994.
- ✓المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1995.
- ✓ نشرة القضاة، العدد 52، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1997.
- ✓ المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000.
- ✓ المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
- ✓ مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2006.

خامسا– النصوص القانونية

أ–المصادر الوطنية:

- ✓ قانون 89-22 المؤرخ في 14 جمادى الأولى1410الموافق ل 12 ديسمبر1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا، تنظيمها وسيرها.
- ✓ قانون 05-10المؤرخ في 13 جمادى الأولى1426 الموافق 20 يونيو2005، االمعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج.ر العدد44لسنة2005.
- ✓ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 موافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج.ر العدد21لسنة2008.
- ✓ الأمر رقم 65-194 المؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 جويلية سنة1965 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا

وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي الموقع عليها في 28 أوت 1962،ج.ر، العدد68سنة1965.

✓ الأمر رقم 65-195المؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 يوليو1965 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وبين الجمهورية العربية المتحدة (مصر) الموقع عليها بمدينة الجزائر في 29 فبراير سنة 1964،ج.ر، العدد76 سنة1963.

✓ الأمر رقم 68-69 المؤرخ في 20جمادى الثانية عام1389 الموافق 02 سبتمبر 1969 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية، ج.ر، العدد77سنة1969.

✓ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في20رمضان 1935 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم،ج.ر العدد78 لسنة 1975.

✓ الأمر 05-01 المؤرخ في 18محرم1426الموافق ل27 فبراير2005المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم،ج.ر العدد 15لسنة2005.

✓ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم،ج.ر العدد15 لسنة2005.

✓ المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 14 نوفمبر1963 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليها في 26 جويلية1963،ج.ر، العدد01 سنة1963.

✓ المرسوم رقم 69-438المؤرخ في 26رجب1417الموافق ل7 ديسمبر1996، يتعلق باصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء28 نوفمبر1996،ج.ر،العدد76، سنة1996،

المعدل بالقانون رقم02-03المؤرخ في 10أبريل2002،ج.ر، العدد25، سنة 2002، والقانون رقم 08-19المؤرخ في 15 نوفمبر2008، ج.ر، عدد63، سنة2008

✓ المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.

-ب- المصادر الأجنبية

✓ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948.

✓ Convention du 15octobre1961concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

✓convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps.

✓ قانون 98-97 الصادر في 27 نوفمبر 1998، المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، ج.ر رقم 96 لسنة 1998.

✓ الأمر الصادر في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدل والمتمم، ج.رالعدد66 لسنة1956.

✓ l'ordonnance N°2005-759, du 4 Juillet 2005 Relative aux code civile ,J.O., du 6 Juillet 2005.

الفهرس

المقدمة..... 01

.

الفصل الأول:الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الرابطة الزوجية من جانب الاختصاص التشريعي..... 09

المبحث الأول: قواعد الإسناد التي تحكم انحلال رابطة الزوجية..... 11

المطلب الأول: دور الضابط الشخصي في تحديد القانون الواجب التطبيق..... 11

الفرع الأول:القاعدة العامة 13

البند الأول: موقف التشريعات من تحديد ضابط الإسناد 13

البند الثاني:مجال تطبيق ضابط الإسناد 21

الفرع الثاني: الاستثناء..... 26

البند الأول: تطبيق القانون الوطني 26

البند الثاني: مجال تطبيق القانون الوطني 28

الفرع الثالث: صلاحية الضابط الشخصي لحكم آثار انحلال الرابطة الزوجية..... 30

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية..... 30

أولا: العدة. 30

ثانيا: اسم الزوجة..... 31

ثالثا: الحضانة..... 31

1: الحلول التشريعية الداخلية..... 33

2– الحلول التشريعية الدولية. 39

البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية. 42
أولا: النفقة..... 42
ثانيا: النظام المالي للزوجين..... 47
المطلب الثاني:الصعوبات التي يثيرها الضابط الشخصي 50
الفرع الأول: الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية..... 50
البند الأول: تنازع الجنسيات..... 51
أولا :الإتجاه التقليدي..... 51
1 –تعدد الجنسيات 51
2 –انعدام الجنسية..... 54
ثانيا: الاتجاه الحديث نحو الحل الوظيفي 55
البند الثاني: انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات..... 57
البند الثالث: التنازع المتحرك 59
الفرع الثاني: مشكلة الإحالة 62
البند الأول:الاتجاه التقليدي لحل مشكل الإحالة..... 62
البند الثاني:التوجه الحديث نحو فكرة الحل الوظيفي..... 67
المبحث الثاني: إعمال قاعدة الإسناد..... 70
المطلب الأول: موانع تطبيق القانون الأجنبي..... 70
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام..... 71
البند الأول: مضمون النظام العام..... 72

البند الثاني: شروط الدفع بالنظام العام..... 76
البند الثالث: آثار الدفع بالنظام العام..... 78
أولا: آثار الدفع بالنظام العام على مستوى إنشاء الحقوق..... 78
ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة..... 80
الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون..... 81
البند الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون..... 82
البند الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون..... 84
أولا: الشروط المتفق عليها..... 84
ثانيا: الشروط المختلف فيها..... 87
البند الثالث:آثار الدفع بالغش نحو القانون..... 90
أولا: الأثر السلبي 90
ثانيا: الأثر الإيجابي..... 92
المطلب الثاني: تطبيق القانون الأجنبي..... 93
الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي..... 94
البند الأول: الطبيعة الواقعية للقانون الأجنبي..... 94
أولا: المدرسة الأنجلوسكسونية..... 94
ثانيا: المدرسة الفرنسية 95
البند الثاني: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي..... 97
أولا: نظرية إدماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني..... 97
ثانيا: الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية وصفته الأجنبية..... 99

الفرع الثاني: وضعية القانون الأجنبي الخاص بانحلال الرابطة الزوجية أمام القضاء الوطني..... 100
البند الأول: وضعية القانون الأجنبي أمام قضاة الموضوع..... 100
أولا : البحث عن مضمون القانون الأجنبي 101
ثانيا:تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي..... 103
ثالثا :تفسير القانون الأجنبي..... 104
البند الثاني: القانون الأجنبي أمام قضاة المحكمة العليا..... 106
أولا: الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد..... 106
ثانيا: الخطأ في التكييف..... 107
ثالثا: رقابة تفسير القانون الأجنبي..... 108
الفصل الثاني: الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الرابطة الزوجية من جانب الاختصاص القضائي الدولي..... 112
المبحث الأول: الجهة القضائية المختصة بنظر دعاوى انحلال الرابطة الزوجية..... 114
المطلب الأول: ضوابط انعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي..... 115
الفرع الأول:الضوابط الإقليمية 116
البند الأول:ضابط موطن المدعى عليه..... 117
أولا– تحديد المقصود بالموطن..... 119
ثانيا– الصعوبات التي يثيرها ضابط موطن المدعى عليه..... 121
البند الثاني:الضوابط الخاصة بدعاوى انحلال الرابطة الزوجية 124
أولا– المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الطلاق 124

ثانيا–المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى آثار انحلال الرابطة الزوجية..... 125
1-المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الحضانة..... 125
2– المحكمة المختصة بالفصل في دعوى النفقة 126
3– المحكمة المختصة للفصل في دعوى السكن..... 128
الفرع الثاني:الضوابط الشخصية 129
البند الأول:ضابط الجنسية..... 129
أولا–مجال تطبيق الامتياز 130
ثانيا– شروط تطبيق الامتياز 135
1- تحديد المحكمة المختصة..... 135
2- نظام امتياز التقاضي..... 136
البند الثاني: ضابط القانون المختص 138
المطلب الثاني:ضوابط انعقاد الاختصاص الدولي الطارئ 140
الفرع الأول: ضابط الخضوع الاختياري 140
البند الأول:مفهوم الخضوع الاختياري..... 141
البند الثاني: شروط الخضوع الاختياري..... 143
الفرع الثاني :الاختصاص القضائي المبني على حسن أداء العدالة 147
البند الأول: اختصاص المحاكم بالدعاوى المرتبطة..... 147
أولا– المسائل الأولية 147
ثانيا– اختصاص المحاكم بالطلبات العارضة..... 150
ثالثا– اختصاص المحاكم بالطلبات المرتبطة..... 151
البند الثاني :اختصاص المحاكم بنظر الدعاوى المستعجلة 157

المبحث الثاني: تنفيذ أحكام انحلال الرابطة الزوجية الصادرة عن القضاء الأجنبي..... 162
المطلب الأول: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي 163
الفرع الأول: الشروط الإجرائية لتنفيذ الحكم الأجنبي 164
البند الأول: الجهة القضائية المختصة..... 164
البند الثاني: الوثائق الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ..... 167
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لتنفيذ الحكم الأجنبي..... 170
البند الأول: احترام قواعد الاختصاص القضائي..... 173
البند الثاني: حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به 180
البند الثالث: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدروه من جهات قضائية وطنية..... 180
البند الرابع: عدم تعارض الحكم مع النظام العام والآداب العامة..... 185
المطلب الثاني: آثار تنفيذ اللحكام الأجنبي..... 195
الفرع الأول :آثار الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ..... 196
البند الأول: الأثر الواقعي للحكم الأجنبي..... 196
البند الثاني: الأثر المستندي للحكم الأجنبي..... 199
البند الثالث: حجية الحكم الأجنبي..... 200
الفرع الثاني: الحكم الأجنبي بعد منحه الأمر بالتنفيذ 209
الخاتمة 212
الملحق رقم 217

01.....

الملحق رقم 218

02.....

قائمة المراجع..... 219

الفهرس..... 238

ملخص:

إن انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، يثير مشاكل متعددة، يطرح بعضها على مستوى الاختصاص التشريعي، في حين يطرح البعض الآخر على مستوى الاختصاص القضائي الدولي.

فإذا كانت صعوبات الفرض الأول، يتم تجاوزها بموجب قواعد الإسناد التي تهدف إلى بيان القانون المختص، وتطبيقه متى انعقد له الاختصاص، ما لم يجد مانعا يحول دون ذلك، والمتمثل في الدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون.

فإن صعوبات الفرض الثاني، يتم تجاوزها بموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي، التي تهدف من جهة إلى بيان الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع إذا طرح عليها أولا، ومن جهة أخرى إلى تحديد الجهة التي يتعين عليها منح الأمر بالتنفيذ عند صدور الحكم عن قضاء أجنبي مختص، وذلك طبعا متى توفرت فيه شروطه القانونية.

الكلمات المفتاحية: انحلال الرابطة الزوجية، القانون الدولي الخاص، الاختصاص التشريعي، الاختصاص القضائي الدولي، النظام العام، الغش نحو القانون، الجهة القضائية المختصة، تنفيذ الحكم الأجنبي.

Résumé:

La dissolution du mariage en droit international privé, soulève plusieurs problèmes, qui relèvent parfois de la compétence législative, d'autres fois de la compétence juridictionnelle internationale.

Dés lors, les difficultés du premier ordre, peuvent être surmontées en vertu des règles d'attribution, qui vise à démontrer la loi compétente et le champ de son application dans la mesure où il n'y aurai ni atteinte à l'ordre public, ni fraude à la loi.

De même, les difficultés du deuxième ordre, peuvent être surmontées en vertu des règles de la compétence internationale, qui visent d'une part à démontrer l'instance judiciaire compétente de statuer sur le litige si cette dernière est saisie de prime a bord. D'autre part de déterminer qui doit donner l'ordre d'exécution quand le verdict est délivré par une juridiction étrangère compétente, bien sûr, quand il remplit les conditions légales.

Mots clés: la dissolution du mariage, le droit international privé, la compétence législative, la compétence juridictionnelle internationale, l'ordre public, la fraude à la loi, la juridiction compétente, l'exécution du verdict étranger.

Summary:

The dissolution of marriage in private international law, raises several problems, some of them are related to the legislative competence, while others are related to the international jurisdiction competence.

If the difficulties of the first kind, are overcome by the rules of attribution, which aim to demonstrate the competent law, and its application, unless if it exists a barrier to that, wich is the public order, or fraud to law.

The difficulties of the second kind, are overcome by the rules of the International competence of jurisdiction, which aims on one hand to the statement of the judicial competent to adjudicate the dispute. on the other hand, to determinate who should give the execution order when a foreign verdict is pronounced and, of course, when he fulfills the legal conditions.

Key words: dissolution of marriage, private international law, legislative competence, the international jurisdiction competence, public order, fraud to law, the competent juriduction, execution of foreign verdict.