

جامعة أحمد دراية أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



إثبات الزواج في القانون الدولي الخاص

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في شعبة الحقوق، تخصص: قانون الأسرة

إشراف الأستاذ الدكتور:

بن زيطة عبد الهادي

من إعداد الطالبة:

■ وصيف خالد سليمة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة أدرار	أستاذ	علي محمد
مقرراً	جامعة أدرار	أستاذ	بن زيطة عبد الهادي
ممتحناً	جامعة أدرار	أستاذ	غيتاوي عبد القادر
ممتحناً	جامعة أدرار	أستاذ	مسعودي يوسف
ممتحناً	جامعة أدرار	أستاذ	أزوا عبد القادر
ممتحناً	جامعة قسنطينة 1	أستاذ	بن حملة سامي

نوقشت بتاريخ: 10 ماي 2025

الموسم الجامعي: 2025/2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾

(الحجرات: 13)

صدق الله العظيم

الإهداء

- ❖ إلى روح والديا طيب الله ثراهما .
- ❖ إلى شريك عنائي في رحلتي وحياتي، زوجي الغالي حفظه الله.
- ❖ إلى قرة عيني وفلذة كبدي أولادي: أحمد أمين، أكرم ، أمجد.
- ❖ إلى سندي في الحياة، إخوتي وأخواتي.

الباحثة: سليمة وصيف خالد

شكر وعرفان

الشكر أولا وأخيرا لله تعالى الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، فالحمد لله الذي ألهمني إلى طلب المعرفة والعلم، وأمدني بالصحة والعزيمة لإتمام هذا العمل، فالحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه.

كما أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل المشرف على هذه الأطروحة الأستاذ الدكتور: بن زينة عبد الهادي، على مرافقته لي طيلة إعداد هذا البحث، وعلى كل ما قدمه لي من إرشاد ونصح وتقويم وتوجيه ورحابة صدر، رغم كل انشغالاته، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل وتوجيههم بما يجعله يرقى نحو الأفضل، جعل الله كل ذلك في ميزان حسناتهم. كما لا أنسى أن أتقدم لكل من ساهم في مد يد العون لي من قريب أو من بعيد، جزاهم الله عني كل الخير.

الباحثة: سليمة وصيف خالد

قائمة المختصرات:

أولاً: باللغة العربية

ط	الطبعة
ج	جزء
ص	الصفحة
د.ط	دون طبعة
ص ص	من صفحة إلى صفحة

ثانياً: باللغة الأجنبية

P	Page
Op Cite	Ouvrages précédemment cité
Ed	Editions
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de jurisprudence

مقدمة

أصبح التعارف بين أفراد المجتمع الدولي أمراً في غاية السهولة، فبإمكان إقامة علاقات بين أفراد مختلف الدول في العالم بواسطة وسائل الاتصالات الحديثة التي تجاوزت الحدود بين الدول، مما جعل العالم قرية صغيرة، وجعل العلاقات الدولية الخاصة تعرف تطوراً سريعاً وامتزاجاً في جميع ميادين الحياة السياسية والاقتصادية وحتى الاجتماعية، مما حتم على الدول ضرورة التوجه نحو التكامل والتعاون الدولي، من أجل تنظيم نشاطات الأفراد التي لم تعد إقليمية داخل الدولة التي يتمتعون بجنسيتها، بل توسع ليشمل دولاً أخرى، خصوصاً في ظل انتشار الهجرة، وتزايد نزوح الأفراد من بلدانهم واستقرارهم في دول جديدة. ولكون الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، يألف الأنس فإنه حتماً سيدخل في علاقات تتجاوز حدود الدولة الواحدة، في مجالات متعددة، لاسيما في العلاقات الشخصية، ومنها الزواج الذي يعد حق مكفول شرعاً وقانوناً كونه من الحقوق الطبيعية، وقد كرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموجب المادة 16 منه¹. وهو من أكثر المسائل التي لم تتوصل الدول إلى توافق حول تعريفه، فهو نظام غير موحد وبمضامين مختلفة بين الأنظمة القانونية في العالم.

وهو "عقد رضائي، بين رجل وامرأة على الوجه شرعي، هدفه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، وإحصان الزوجين والحفاظ على الأنساب"².

فقد يرتبط الأجنبي بالوطنية أو يتزوج الأجنبيان خارج إقليم دولتهما أو يرتبط الوطنيان في الخارج، ونظراً لتسلل العنصر الأجنبي إلى علاقة الزواج التي تتم بين طرفين مختلفين الجنسية، فإنه بهذا الوصف يعتبر ظاهرة قانونية جد معقدة تطرح عدة إشكالات في المجال القانوني والفقهية على الصعيد الدولي، خاصة في ظل عدم وجود وثيقة مكتوبة تثبت الزواج في حال اكتفى العاقدان بإبرام الزواج دون تسجيل العقد،

¹ - تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/12/1948 " للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الجنسية أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله، متاح على موقع الأمم المتحدة باللغة العربية <https://www.un.org/ar/about-us/universal-declaration-of-human-rights>، تاريخ الزيارة

2025/01/17 على الساعة 9:00.

² - المادة 4 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية، رقم: 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

فيصبح هذا الزواج قائما في الواقع، ويفتقر للتسجيل في سجلات الحالة المدنية وهو ما يعرف بالزواج العرفي، وهو اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية سواء أكان مكتوبا أو غير مكتوب، وهذا الأخير يثير إشكالات معقدة حتى في ظل انتماء طرفي عقد الزواج إلى دولة واحدة، وتزداد تعقيدا في حال كانت بين وطنيين وأجانب أو بين أجانب داخل الدولة.

ولحماية الحقوق الناتجة عن مثل هذا الزواج، لا مناص من اللجوء إلى القضاء لتثبيت هذا الزواج وتوثيقه بشكل قانوني.

وبمأن هذا الزواج يخرج من إطار العلاقة الوطنية لوجود العنصر الأجنبي فيه، فلا يعقل أن نتجاوز الإشكالات الناجمة عنه بمقتضى النصوص الداخلية الموضوعة قصد التطبيق على العلاقات الوطنية لأن في ذلك ضياع وإهدار لحقوق الأفراد، ومن هذا المنطلق تنظم كل الدول العلاقات ذات العنصر الأجنبي بقواعد فنية تتسجم مع خصوصيتها، هي قواعد القانون الدولي الخاص، التي تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة المشتمة على عنصر أجنبي.

هذا التنظيم يشمل الاختصاصين التشريعي والقضائي الدولي، وأكثر ما يثير إثبات الزواج ذو العنصر الأجنبي هو الاختصاص التشريعي، حيث تختلف المرجعيات التي تتحكم في تنظيم الزواج بين قوانين الدول المسلمة التي تستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، والقوانين الغربية التي تصنفه ضمن المعاملات المدنية، واختلاف التكيف مما يجعل تنازع القوانين يبلغ ذروته حول المسألة الواحدة، فيجد القاضي نفسه أمام تشريعات تعتبر الزواج رابطة دينية وأبدية لا تقبل الانحلال، وغير قابلة للتعدد، وفي الوقت الحالي حتى رابطة بين نفس الجنس.

وفي ظل هذه الاختلافات، فإن إقامة رابطة زوجية صحيحة في إطار زواج دولي يجمع بين أشخاص من جنسيات وديانات وعقائد وثقافات مختلفة قد تكون متناقضة. وقد يكون الرابط الوحيد الذي يجمع بينهم هو عقد الزواج المنشئ يؤدي إلى ظهور إشكالات قانونية تتعلق بمدى تطبيق قوانين قد تكون متعارضة على نفس العلاقة، لذا، عمدت الأنظمة القانونية إلى وضع قواعد آلية، تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق والذي قد يكون إما القانون الوطني أو قانونا أجنبيا حسب ما تقتضيه مصلحة الجماعة الوطنية،

تسمى قواعد الإسناد تتميز بكونها لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع، فقط مهمتها إرشاد القاضي للقانون واجب التطبيق عليه.

وبالنظر للإشكاليات التي تنثور على مستوى القضاء بشأن علاقة زواج مختلط بين طرفين مختلفين في الجنسية، تدخل الفقه محاولاً إيجاد حلول لها، خصوصاً في ظل تزامن قانونين مختلفين في المضمون يختص كليهما برابطة مختلفة المفهوم والأحكام حسب كل نظام دون أن يكون مجالاً لتفضيل قانون عن آخر، وبالنظر للخاصية المزدوجة لقواعد الإسناد، فقد يختص بالنزاع قانوناً أجنبياً، فيتعين على القاضي عندها أن يراعي المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها مجتمعه لارتباط مسائل الزواج بالنظام العام للدولة فيستبعد تطبيق القانون الأجنبي متى توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام.

بالإضافة إلى قواعد الإسناد المناط بها الإرشاد إلى القانون الذي يحكم العلاقة من الناحية التشريعية، توجد مسألة أولية ينبغي الفصل فيها من الناحية العملية وهي مدى اختصاص المحكمة بالنظر في النزاع المشتل على عنصر أجنبي، والتي تتكفل بها قواعد تسمى الاختصاص القضائي الدولي الذي يشمل جزئين هما تحديد اختصاص المحاكم الوطنية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية. لأن غاية أي منازعة بإثبات الزواج المشتل على عنصر أجنبي مطروح أمام محكمة مختصة هي الحصول على حكم قضائي يفصل فيها. ويمكن للشخص الذي صدر الحكم لصالحه أن يطلب تنفيذه في دولة أخرى غير الدولة التي أصدرت الحكم.

خاصة و ان إثبات الزواج المشوب بعنصر أجنبي هو موضوع دعوى أمام القضاء من أجل إصدار حكم يثبت أن الواقعة المعروضة أمامه تشكل رابطة زوجية حسب قانون القاضي، إذ يرتبط إثبات الزواج من جهة بموضوعه ومن جهة ثانية بشكله.

ويُعتبر بحث مسألة الإثبات بشكل عام وإثبات الزواج بشكل خاص في إطار المنازعات الدولية الخاصة من أدق الموضوعات في مجال القانون الدولي الخاص. فهي تمثل مجالاً خصباً لنظريتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي. إذ لا يكفي فقط دراسة تحديد القانون الذي ينظم هذه المسألة، واختصاص المحاكم في النزاعات المتعلقة بوجود زواج مشوب بعنصر أجنبي، لأن البحث عن القانون الواجب التطبيق يهدف إلى

بيان وجود حماية قانونية لهذا الزواج في حين أن الهدف من اللجوء إلى القضاء هو تحويل هذه الحماية القانونية إلى "حماية فعلية". ولا تتم هذا التحول إلا من خلال الإثبات. من العوامل السابق ذكرها، تتوضح أهمية دراسة إثبات الزواج في مجال القانون الدولي الخاص من الناحيتين النظرية والعملية، فلأهمية النظرية مستمدة من عقد الزواج نفسه، الذي يعد من بين أفسح الروابط لنظرية تتازع القوانين والتي تعد العمود الفقري للقانون الدولي الخاص.

وتكمن الأهمية العملية للدراسة في بيان الكيفية التي سوف يتعامل بها القاضي الجزائري مع المنازعات التي تثور بشأنها بالنظر للتزايد الملحوظ للمنازعات اثبات الزواج المشوب بعنصر أجنبي أمام القضاء الوطني، وهو ما استدعى تدخل السلطة التنظيمية من خلال تعليمتين لوزارة الداخلية تحمل الأولى رقم 02 بتاريخ: 11/02/1980¹، وتحمل الثانية رقم: 09 بتاريخ 05/11/2018²، بالإضافة إلى الإرسالية رقم: 216/77 بتاريخ 09/06/2016² الخاصة بعقود زواج الجزائريات بالأجانب في السفارات الأجنبية في الجزائر، الصادرة عن المديرية العامة للشؤون القضائية بوزارة العدل، وبالتالي فإن هذه الدراسة واقعية بالنظر للتزايد الملحوظ لزواج الجزائريين مع الأجنبيات مع تزايد ظاهرة الهجرة، أو زواج الجزائريات ببعض الأجانب كون الجزائر تشهد في الآونة الأخيرة حركة تنقل أشخاص كثيفة سواء للعمل أو للدراسة.

وعليه تهدف هذه الدراسة إلى بيان فعالية النظام القانوني الجزائري، في معالجة أكثر المواضيع تعقيدا وإثارة للتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الذي أغلب نظرياته محل جدل فقهي ولم تحض بإجماع في الأنظمة القانونية المقارنة.

وعليه سنتولى معالجة هذا الموضوع من خلال استعراض المراحل المختلفة التي يمر بها النزاع حول إثبات الزواج المشتمل على عنصر أجنبي ولا يتحقق ذلك إلا من خلال دراسة أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، والتي تتمثل بشكل أساسي في مسألة تفعيل قواعد الإسناد الجزائرية والبحث عن القانون المختص بحكم هذه العلاقة وكذا اختصاص المحاكم الجزائرية بالنظر في منازعاتها ومن ثم تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بشأنها،

¹ - تعليمية وزير الداخلية الصادرة بتاريخ 11/02/1980 ، المتعلقة بإبرام الزواج المختلط في الجزائر.

² - تعليمية وزارة الداخلية رقم : 09 بتاريخ: 05/11/2018 تتعلق بكيفيات إصدار رخصة الزواج المختلط.

بالنظر لمتنق قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي الدولي بالصفة الوطنية رغم أنها تنظم علاقات دولية خاصة. وذلك خلال تحليل النصوص القانونية الناطمة للموضوع من جهة والتعرض للمواقف الفقهية بالنظر لاختلافها ومدى أخذ مشرعنا بها من جهة أخرى، ومن أجل إثراء الدراسة حاولنا عرض الاجتهادات القضائية في الموضوع، رغم ندرتها الأمر الذي جعلنا نلجأ إلى اجتهادات محكمة النقض المصرية في هذا المجال لتشابه النظام القانوني المصري مع الجزائري في تنظيم قواعد الإسناد.

من خلال ما سبق فإن إشكالية الدراسة تتمحور في الأساس حول الأحكام القانونية المنظمة لإثبات الزواج في القانون الدولي الخاص وفقا للنظام القانوني الجزائري بحيث تطرح الإشكالية التالية: ما مدى كفاية الآليات القانونية التي رصدها القانون الدولي الخاص الجزائري لمواجهة إشكالات إثبات الزواج المشتمل على عنصر أجنبي؟

ويندرج تحتها العديد من الإشكالات الفرعية تتمثل في:

- ما هو القانون الواجب التطبيق على إثبات الزواج؟

- ماهي ضوابط اختصاص المحاكم الجزائرية دوليا للفصل في نزاعات إثبات الزواج؟

وما الكيفية التي تصدى بها المشرع الجزائري لتنظيم مسألة تنفيذ أحكام إثبات الزواج الصادرة عن القضاء الأجنبي؟

للإجابة على الإشكالية الرئيسية والإشكاليات الفرعية المندرجة تحتها، اتبعنا المنهج التحليلي، من خلال تحليل مجمل النصوص القانونية المتصلة بالدراسة محل البحث أو تحليل الآراء الفقهية والأحكام القضائية ذات الصلة. كما استعنا بالمنهج المقارن، لمقارنة نظامنا القانوني، مع الأنظمة العربية الأخرى كتونس ومصر، أو الأنظمة الغربية على وعلى رأسها النظام القانوني الفرنسي.

انطلاقا مما تقدم، قسمنا هذه الدراسة إلى جزئين، يخصص الأول للقانون الوطني وكيفية معالجته للقانون المختص بحكم إثبات الزواج الدولي، أما الجزء الثاني فخصصناه لكل ما هو أجنبي سواء القانون الأجنبي في حالة اختصاصه بحكم النزاع أو الحكم الأجنبي في حال تمسك من صدر لصالحه بتنفيذه في الجزائر، فتحتوى الخطة على بابين على النحو التالي:

الباب الأول: تحديد القانون المختص بإثبات الزواج.

الباب الثاني: القانون والحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني.

الباب الأول

تحديد القانون المختص بإثبات الزواج المشتمل على
عنصر أجنبي

الزواج الدولي ضمن قواعد القانون الدولي الخاص يتخذ أشكالاً عدة، فإما أن يكون زواج أجنبي داخل الدولة، أو زواج مواطنين في الخارج، أو زواجاً مختلطاً، وهذا الأخير هو الذي يثير أكبر قدر من النزاعات القانونية ويتميز بتعقيده سواء في مرحلة انعقاده أو وانقضائه، يُعتبر هذا الموضوع من أبرز القضايا في مجال القانون الدولي الخاص.

والزواج المختلط¹ هو ذلك الإتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة²، أو هو "الزواج الذي ينتمي فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة، ويتحقق هذا الاختلاف ساعة إبرام الطرفين لعقد الزواج"³.

وما يمكن استنتاجه بعد تفحص التعريفين السابقين هو تركيزها على معيار الجنسية في تعريفها للزواج المختلط، وهذا المعيار حديث نسبياً حيث حل محل معيار الدين الذي كان قديماً يتحدد من خلاله انتماء الشخص، فالديانة هي التي كانت محددة لانتماء الشخص وإضفاء الصبغة الوطنية عليه، ولا يقتصر الأمر على الدولة الإسلامية فحسب التي كانت تعتمد على الانتماء الديني في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق، فإلى جانبها كانت أيضاً الدول الغربية لا تطبق سوى القانون الكنسي، ولم تظهر فكرة الجنسية عندهم إلا مع ظهور الحركة الإصلاحية ومعها تقبلت الدول الغربية فكرة تطبيق القوانين الوضعية³.

إن النزاع المتعلق بإثبات الزواج المختلط يثير إشكالية تنازع القوانين، مما يستدعي البحث عن القانون المناسب لحل هذا النزاع. إذ إن تطبيق القانون الوطني على هذا النوع من الزواج قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة ويهدر حقوق الأفراد.

لذلك، تقتضي متطلبات الحياة الدولية أن يلجأ القاضي إلى تطبيق المنهج التنازعي كونه الوسيلة الفنية الرئيسية لحل مشكلات تنازع القوانين، لكنه ليس الوسيلة الوحيدة، حيث لا يمكن تجاهل الاتفاقيات الدولية والقواعد الموضوعية. يأتي ذلك في ظل الجهود المبذولة لتوحيد هاتين الفئتين في بعض مسائل القانون الخاص. ومع ذلك، فإن قواعد التنازع المتعلقة بالزواج والطلاق لا تقبل التوحيد نظراً لاختلاف الأنظمة القانونية بشأنها.

¹ Yacine chaib, Noces orientales, les mariages mixtes et la mort in la vie au quotidien, regards: ethnologique sur l'immigration et l'école, centre nationale de documentation pedagogique, n96, 1994, p176 .

² - عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الأجنبي في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، 1987، ص 247.

³ - موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 294.

ويعود ذلك بشكل أساسي إلى تباين الفكرة الاجتماعية التي يستند إليها الزواج، حيث يتجلى هذا الاختلاف بوضوح من حيث إجراءات انعقاده، وآثاره، وطرق إنهائه.

ولئن كان المشرع الجزائري قد حدد نطاق تطبيق قانون الأسرة من حيث الأشخاص في المادة 221 منه، حيث تم النص على سريانه على جميع المواطنين الجزائريين وعلى جميع المقيمين في الجزائر، إلا أنه أكد من خلال نفس المادة على ضرورة مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني¹.

وبالعودة لأحكام المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني والتي تتعلق بقواعد الإسناد فإنه يتحتم على القاضي الجزائري تفعيل قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج حتى يتمكن من الوصول إلى القانون الملائم لحكم هذه العلاقة.

وبما أن الزواج يُعتبر عقدًا، فإن جانب من الفقه يُميز بين شكلين للعقد، الشكل الداخلي والشكل الخارجي، ويفرق بينهما من حيث القانون الواجب التطبيق، حيث يمثل الشكل الداخلي العناصر الأساسية التي يتكون منها العقد، والتي تشمل التراضي، والمحل، والسبب، في حين يُعبر عن شكل العقد بالشكل الخارجي، وذلك للتمييز بينه وبين الشكل الداخلي².

انتقد بعض الفقهاء هذه التفرقة، معتبرين أنها تدمج بين العناصر الداخلية للعقد، التي تتعلق بموضوع العقد بدلاً من شكله، ولا يمكننا وصف موضوع العقد بأنه "شكل داخلي"، لأن مفهوم الموضوع يتناقض أساسًا مع مفهوم الشكل³، بالإضافة إلى أن موضوع العقد أو التصرف ينصب على إرادة الأطراف في العقد ويتولون بأنفسهم مباشرته، في حين في الغالب تتولى السلطات الإدارية في الدولة الإجراءات الشكلية⁴.

¹ - تنص المادة 221 من قانون الأسرة على " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني".

² - هشام صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 182.

³ - المرجع نفسه، ص 183.

⁴ - يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011-2012، ص 30.

واستقر الفقه¹ على أن المسائل المتعلقة بمضمون وجوهر العقد تُعالج تحت مسمى القانون الذي ينظم موضوع العقد، بينما يُشير الشكل إلى المظهر الخارجي الذي تصب فيه الإرادة، مع الاستغناء عن استخدام مصطلح الشكل الداخلي.²

وتتميز المسائل الموضوعية عن الشكلية في عقد الزواج ليس بالأمر السهل، لأن لكل نظام قانوني فكرته الخاصة بشأن الزواج. لذا، يلجأ القاضي إلى عملية التكيف بهدف وصف الوقائع أو التصرفات، ليتمكن من تصنيفها ضمن إطار قانوني محدد، وبالتالي تطبيق القانون المناسب عليها.

ويحدد القاضي ما يدخل ضمن نطاق موضوع الزواج وما يعد من شكله استناداً لعملية التكيف والتي تخضع وفق القاعدة العامة لقانون القاضي.

ويعد التكيف عملية أولية لازمة وتسبق تحديد القانون الواجب التطبيق، كما أن حل النزاع نهائياً يختلف بحسب ما إذا صنفّت المسألة القانونية ضمن فئة أو أخرى، فعلاقة الزواج، تخضع لقانونين مختلفين، القانون الذي يحكم موضوع الزواج، والقانون الذي يسري على شكله.

وإثبات الزواج من بين القضايا التي تتطلب التمييز بين الموضوع والشكل، نظراً لتضمن عقد الزواج مسائل تتعلق بموضوعه وأخرى ذات صلة بشكله، بالإضافة إلى مسائل من الصعب تصنيفها بشكل قاطع ضمن الموضوع أو الشكل.

وعليه سوف نتناول في هذا الباب المسائل الموضوعية لإثبات عقد الزواج والقانون

الواجب التطبيق عليها (فصل أول)، وكذا المسائل الشكلية لإثبات عقد الزواج والقانون المختص بحكمها (فصل ثان).

¹ - هشام صادق، عكاشة عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، بيروت،

لبنان، 2006ص. 236

² - عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 187.

الفصل الأول: إسناد المسائل الموضوعية لإثبات للزواج

إن ارتباط الزواج بعادات وتقاليده وثقافات الشعوب المختلفة يجعله من أكثر العلاقات القانونية إثارة لتنازع القوانين، وذلك للاختلاف حول طبيعة هذا العقد، فهناك من الأنظمة ما تعتبر الزواج رابطة مدنية خالصة، فيما تعتبره أنظمة أخرى رابطة دينية محضة، ومنها ما تجيز تعدد هذه الرابطة على غرار التشريعات الإسلامية¹، في مقابل تجرم الأنظمة الغربية لتعدد هذه الرابطة، وتفرض التشريعات الإسلامية الركن البيولوجي من خلال اختلاف جنس الزوجين وتعتبر العلاقة من نفس الجنس جريمة، بينما تجيز معظم الدول الغربية إبرام عقد الزواج بين المثليين²، كل هذه الاختلافات تجعل من البحث عن القانون الذي يحكم العناصر الموضوعية للزواج المشوب بعنصر أجنبي ليس يسيرا حيث تختلف التشريعات في تحديد مضمون هذه المسائل وكذا في القانون المطبق عليها.

وتتنازع القوانين ذات الصلة حول حكم هذه المسائل، ويتم حل مشكلة تنازع القوانين هنا بتطبيق قواعد قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، بإعطاء الأولوية للقانون الأنسب من بين القوانين المتنازعة، وذلك استناداً إلى ضابط أو معيار شخصي الذي قد يكون الجنسية أو الموطن، والتي اصطلح الفقه على تسميتها بـ: قواعد الإسناد أو التنازع. ولانعقاد الزواج صحيحاً من حيث موضوعه، لا بد من توفر جملة من الشروط، ومن ثم سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نخصص الأول إلى المسائل الموضوعية في عقد الزواج ونعالج في المبحث الثاني ضوابط الإسناد التي تحكمها.

المبحث الأول: مضمون فكرة المسائل الموضوعية للزواج

إن المنازعات المطروحة بشأن المسائل الموضوعية في عقد الزواج تتعلق إما بعقد الزواج من حيث الوجود والعدم وهي مسألة موضوعية تتطلب التمييز بين عقد الزواج وغيره من العلاقات غير الشرعية، وإما ما يتعلق بصحة عقد الزواج، أي مدى توفر شروطه

¹ -مثل المشرع الجزائري في المادة 8 من قانون الأسرة.

² -في ديسمبر 2015، اعترفت 19 دولة حول العالم بزواج المثليين. هذه الدول هي: كندا، الأرجنتين، بلجيكا، لوكسمبورغ، البرازيل، فرنسا، آيسلندا، أيرلندا، نيوزيلندا، الدانمرك، هولندا، النرويج، أسبانيا، جنوب أفريقيا، السويد، البرتغال، الأوروغواي، الولايات المتحدة الأمريكية، المملكة المتحدة (جزر بيتكيرن، إنجلترا، ويلز واسكتلندا فقط)، بالإضافة إلى 4 ولايات مكسيكية، موقع <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC9%86%D9%8A>.

أطلع عليه بتاريخ: 2023/10/22 على الساعة 23:00.

الجوهرية باعتباره تصرف قانوني لابد لقيامه صحيحا أن تتوفر فيه شروطا أساسية تمثل موضوعه.

وجاءت شروط الزواج في قانون الأسرة الجزائري دون تمييز بين الشروط الشكلية والموضوعية أسوة بالفقه الإسلامي الذي يقسمها إلى أركان وشروط. وشروط الزواج الموضوعية هي الشروط الجوهرية اللازم توفرها لقيام رابطة زوجية صحيحة وفي حال تخلف أحد هذه الشروط ترتب على الرابطة البطلان أو القابلية للبطلان¹. كما يقصد بها أيضا تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة انعدامها². وبتوفرها يتمتع العقد بالحماية القانونية والاعتراف من الجميع وينتج كافة آثاره.

وتتعلق هذه الشروط بالإرادة كرضا المتعاقدين وأهليتهما ورضا الوالدين الذي تشترطه بعض التشريعات المقارنة، وحضور الولي والصدّاق وبالإضافة إلى صلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد بآلا تكون من المحارم، أي خلو الزوجين من الموانع الشرعية، وهو المؤكد عليه في نص المواد 9، 9 مكرر، 25، 26، 27 من قانون الأسرة الجزائري، ومن ثم فإن فكرة الشروط الموضوعية لقيام عقد الزواج في القانون الجزائري تتضمن نوعان من الشروط شروط يجب توافرها حتى ينعقد الزواج صحيحا، درج الفقه على تسميتها بالشروط الإيجابية، وشروط أخرى يشترط القانون عدم توفرها في الزوجين كي ينعقد الزواج صحيحا ويطلق عليها الشروط السلبية، وعليه سوف نقسم هذا المبحث لمطلبين نخصص الأول منه إلى الشروط الموضوعية الإيجابية لعقد الزواج ونخصص الثاني للشروط الموضوعية السلبية للزواج.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية الإيجابية

وهي الشروط التي يحددها القانون والتي باستيفائها يقوم عقد الزواج صحيحا وتشمل أركان الزواج وشروط صحته، مثل الرضا، الولي، وشهادة الشهود، وكذلك ما يصطلح عليه

¹ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة، ط4، دار وائل، الأردن، 2005، ص 164.

² - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ج1، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 89

في الشريعة الإسلامية شروط اللزوم كالكفاءة والمهر¹ وغيرها وهي شروط فردية ذات صفة أحادية، تتعلق بزواج دون غيره، وتوفرها في زوج غير الآخر لا يكون فيه تأثير على الرابطة الزوجية ويستلزم توفرها في عقد الزواج لينعقد صحيحا.

وقبل تعديل قانون الأسرة، حصر المشرع الجزائري بموجب المادة 9 من قانون الأسرة أركان عقد الزواج في أربعة أركان هي: رضا الزوجين، وولي الزوجة، والشهود، والمهر. أما بعد التعديل، فقد اقتصر الأركان على ركن الرضا واعتبر بقية الأركان الأخرى شروطاً² وهو ما سنقف عليه.

إن كل عقد زواج أبرم في الجزائر لا بد أن تتوفر فيه جملة من الشروط الموضوعية الإيجابية والمحددة في قانون الأسرة، والتي سوف نستعرضها تباعا.

الفرع الأول: الرضا والأهلية

كغيره من سائر العقود يستوجب عقد الزواج توفر الرضا (البند الأول)، وكذا توفر الأهلية اللازمة في العاقد (البند الثاني).

البند الأول: الرضا

تعتبر الاتفاقيات الدولية ومختلف التشريعات المقارنة أن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج، وإن اختلفت التسمية، فهناك من يطلق عليه الإيجاب والقبول، وهناك من يسميه الصيغة، أو العنصر النفسي في عقد الزواج، ورغم هذه الاختلافات فهي لا تتجاوز الحدود اللفظية فقط أما المعنى فواحد³.

ويعرف الرضا بأنه "توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب وقبول"⁴.

¹ - محمد فوزي فيض الله، الزواج وموجباته في الشريعة الإسلامية، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 2001، ص 64.

² - تنص المادة 9 المعدلة من قانون الأسرة على: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، أما قبل التعديل كانت المادة 9 تنص على: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق.

³ - أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص 61.

⁴ - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية الجزائرية، 2008، ص. 55.

ويكون التعبير عن الرضا من طرف كلا الزوجين ليبيدي رغبته في الاقتران بالآخر رضا علنيا خالي من عيوب الإرادة وبدون توفر عنصر الرضا في عقد الزواج يكون العقد باطلا ومنعدما¹.

ويتم التعبير عن الإرادة بصدور الإيجاب من أحد الزوجين والقبول من الزوج الآخر بالطرق المتداولة والمعروفة، هذا ما نصت عليه المادة (10) من قانون الأسرة الجزائري " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، من خلال هذا النص فإن الرضا يكون بإعلان أحد الزوجين عن رغبته في الزواج من الزوج الآخر ويعلن الزوج الآخر عن قبوله بالزواج به، على أن يكون ذلك بحضور الولي والشاهدين ومتبوعا بتسمية الصداق وتحديده².

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الوطني لكل من الزوجين هو من يتكفل بتحديد العناصر المشكلة للرضا، وطرق التعبير عن الإرادة، وشروط سماع كل زوج لتعبير الزوج الآخر، أي يتكفل بتحديد الكيفية التي يتم بها الإيجاب والقبول³.

البند الثاني: أهلية الزواج

تضع كل قوانين الأحوال الشخصية سنا معينة تكتمل فيها أهلية المرأة والرجل حتى يستطيعا إبرام عقد الزواج مراعاة لقدرتهما على تحمل مسؤوليات الزواج وتبعاته.

وعلى هذا الأساس نصت المادة (07) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام (19) سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"⁴

وقد كانت هذه المادة قبل تعديلها سنة 2005 تحدد سن الزواج 21 سنة بالنسبة للرجل و18 سنة بالنسبة للمرأة، وهو الأمر الذي تفاداه المشرع الجزائري بموجب التعديل، فحدد السن لكليهما بسن 19 وهو سن الرشد المدني المحدد في المادة 40 من القانون المدني⁵

¹ - تنص المادة 1/33 من قانون الأسرة على " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 38-39.

³ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، مرجع سابق، ص 92.

⁴ - نصت المادة 7 من قانون الأسرة قبل تعديلها على: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، وللمرأة بتمام 18 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة. "

⁵ - تنص المادة 40 من القانون المدني " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن

إذا فالمرشع الجزائري قد ساوى بين الرجل والمرأة من حيث أهلية الزواج وجعلها 19 سنة لاكتمال أهلية الطرفين، كما أجاز زواج القصر شريطة أن يكون بترخيص من القاضي إذا تبين أن هناك ضرورة أو مصلحة مبتغاة من وراء ذلك الزواج، وأثبت الطرفين المقبلين على الزواج قدرتهما على تحمل تبعات الزواج والآثار الناتجة عليه¹.

ولم يحدد المشرع من خلال هذا النص السن الأدنى الذي من خلاله يمنح الإذن، إذ منح القاضي سلطة تقديرية مطلقة في هذا الشأن

وعلى القاضي أن يتأكد من مدى توفر الشروط اللازمة لمنح الإذن دون المساس بمصالح الأفراد من جهة ومصالح المجتمع من جهة أخرى².

وقد ثار جدل فقهي حول طبيعة الإعفاء من السن القانونية أي الإذن القضائي بزواج القصر، فذهب جانب من الفقه في مصر على اعتبار الإذن يرتبط بالشكل في انعقاد الزواج، ولكن جانب كبير من الفقه يرون بأن منح الترخيص مرتبط بالأصل من جواز هذا الترخيص من عدمه فهو أمر موضوعي متعلق بالشروط الموضوعية ومن اختصاص القانون الوطني³.

وعلى الرغم من كونه من ضمن الشروط الموضوعية إلا أنه يجوز للسلطات المحلية المختصة منح هذا الإعفاء إذا كان القانون الوطني للأجنبي يجيزه بصفة أصلية، شريطة ألا يترتب على ذلك إقامة زواج مخالف للنظام العام المحلي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتوجب على السلطات المحلية قبول الإعفاء الذي يحصل عليه الزوج الأجنبي من السلطات المختصة في بلده⁴.

وحسب اعتقادنا فإن الإعفاء من شرط السن ضمن نطاق الشروط الموضوعية كونها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الوطني من جهة، وكذلك لارتباطها الوثيق بتكوين عقد الزواج وانعقاده أكثر من ارتباطها بشكله من جهة أخرى.

القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13/05/2007.

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في توبه الجديد، مرجع سابق، ص 163.

² - جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، عدد 4، 1999، ص 79-80.

³ - هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 136.

⁴ - المرجع نفسه، ص 137-138.

وتجدر الإشارة أن أهلية الزواج خاضعة لقاعدة إسناد خاصة، فهي يحكمها القانون الشخصي لكل من الزوجين، وهي من الشروط التي يطبق فيها ضابط الجنسية تطبيقاً موزعاً بحيث يراعى مدى صحة توفرها وفقاً لقانون جنسية كل زوج على حدة، ولا يشترط أن تتوفر في الأجنبي سن الزواج المقررة في قانون القاضي إذا كان قانونه الشخصي يحدد سناً مختلفة. كما لا يمكن لهذا الأجنبي إبرام زواجه إذا لم يبلغ السن المقررة في قانونه الشخصي ولو كان قد بلغ السن التي يستلزمها قانون القاضي ويكون فيه كامل الأهلية¹.

الفرع الثاني: الصداق والولي

الصداق هو حق مالي للزوجة، فرضه الله عز وجل على الزوج، في حين الولاية هي سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة عقود أو تصرفات تترتب عليها أثارها لنفسه أو لغيره جبراً أو اختياراً²، وهو ما سنتناوله تباعاً.

البند الأول: الصداق

عرف المشرع الجزائري الصداق في نص المادة (14) من قانون الأسرة³ بقولها "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

وقد اختلف الفقهاء حول طبيعة الصداق هل هو شرط من شروط صحة الزواج أم أثراً من آثاره وحكما من أحكامه؟

حيث ذهب جمهور الفقهاء، إلى أنه ليس ركناً ولا شرطاً من شروط الزواج⁴، وإنما هو واجب على الزوج بعد العقد، ويصح العقد دون تسميته، وللزوجة مهر المثل بعد ذلك، واستدلوا بقوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁵ فالآية تدل على إباحة الطلاق قبل الدخول وقبل فرض الصداق مما يدل على أن الصداق ليس ركناً أو شرطاً⁶.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 87.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص 107.

³ - المادة 14 من قانون الأسرة "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج 7، ط2، دار الفكر، سوريا، 1989، ص 67.

⁵ - الآية 236 من سورة البقرة.

⁶ - حسن أحمد فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 200.

أما المالكية فخالفوا جمهور الفقهاء، إذ يرون أن الصداق ركنا من أركان عقد الزواج، ومن ثم لا يصح الزواج دون ذكره في العقد، ولا يصح عقد الزواج إذا اتفق الزوجان على إسقاط الصداق ويقع العقد فاسدا¹

وقد كان المشرع الجزائري يعتبر الصداق ركنا من أركان عقد الزواج في المادة (9) من قانون الأسرة قبل التعديل، أما بعد التعديل فقد كلفه على أنه شرط من شروط عقد الزواج وذلك من خلال المادة (9 مكرر) من نفس القانون، متوافقا مع معظم التشريعات العربية. وفي حالة تخلف شرط الصداق فإن عقد الزواج يفسخ قبل الدخول ولا يترتب عنه أي أثر، أما بعد الدخول فيثبت لها صداق المثل².

ويقسم الصداق إلى أنواع باعتبارات مختلفة، فيكون أحيانا محددا في حال الاتفاق على مقداره، فيجب فيه في هذه الحالة المقدار المتفق عليه، وقد لا يكون محددا فيجب فيه مهر المثل، ويقسم باعتبار آخر إلى معجل ومؤجل، ويقسم باعتبار ثالث إلى ما يجب أدائه كله أو نصفه أو مقدار غير محدد يزيد وينقص بحسب حال الزوج³.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الأنواع ضمن المادتين (15) و(16) من قانون الأسرة⁴.

وفي القانون الفرنسي فإن المهر يتمثل في الأموال التي يقدمها الوالدان والأقارب أو الغير بمناسبة الزواج، إضافة إلى الهبات بين الزوجين ويطلق على هذه الأموال بالدوطة (la dot)، يستوي في ذلك أن تكون هذه الأموال موهوبة للزوج أو الزوجة أو لأولادهما الناتجين عن هذا الزواج مستقبلا، والهدف من هذه الأموال أو الهبات هي مساعدة الزوجين على أعباء الحياة المشتركة ورعاية الأبناء، ويمكن أن تدرج هذه الهبات في العقد المالي للزوج أو خارجه⁵.

¹ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 182.

² - المادة 33 من قانون الأسرة "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"

³ - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997، ص 261.

⁴ - المادة 15 من قانون الأسرة "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل. ، المادة 16 "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"

⁵ - Didier Martin, les régimes matrimoniaux, connaissance du droit, Dalloz, 1995, P 9 .

والمهر أو (la dot) بهذا الوصف يعتبر من الآثار المالية للزواج، ومع ذلك لم يتعرض المشرع الفرنسي إلى أحكامه ضمن أحكام الحقوق والواجبات الزوجية المالية المتبادلة وترك تنظيم أحكامه إلى القواعد المنظمة للنظام المالي بين الزوجين¹ مما سبق فمن المستبعد اعتبار المهر في القانون الفرنسي شرطاً موضوعياً لصحة الزواج، وإنما يدرج ضمن النظام المالي للزوجين².

وبالرغم من اعتبار المهر ضمن نطاق النظام المالي بين الزوجين في القانون الفرنسي على النحو الذي أسلفنا، إلا أنه صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1978/04/04، قضت بموجبه إلزام الزوجة برد المهر إلى زوجها نظراً للحكم ببطلان الزواج كونه لم يبرم أمام ضابط الحالة المدنية بفرنسا، حيث أقرت بأن نظام المهر غير مخالف للنظام العام الفرنسي مادام المشرع لا يعتبره أصلاً من الشروط الموضوعية لعقد الزواج³

البند الثاني: الولي

الولاية هي سلطة ثابتة شرعاً، لشخص تخوله حق مباشرة إجراء عقد الزواج لنفسه أو لغيره، لسبب من أسباب ولاية التزويج، من صغر سن، أو بكاراة أو جنون وغيرها⁴. وقد كان قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل يعتبر الولي ركناً من أركان الزواج⁵، لكن بعد التعديل أصبح شرطاً من شروط عقد الزواج من خلال إضافة نص المادة (09 مكرر) المذكورة أعلاه، وكذا ما ورد في المادة (11) من قانون الأسرة التي قضت بأن المرأة الراشدة تبرم زواجها بحضور وليها⁶.

¹ - تعرض له المشرع الفرنسي في المواد 1438-143-1440 من القانون المدني.

² - سعاد بناني، تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2009-2010، ص 101.

³ - Jac Mestre, Droit International Privé Français, Mariage Introduction Générale. Condition de fond, juris-classeur, Paris. France, 1992, p32 .

⁴ - لكل بن حواء، نظرية الولاية في الفقه الإسلامي و القوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص 19.

⁵ - كانت المادة 9 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق"

⁶ - تنص المادة 11 من قانون الأسرة على: "تعتد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له"

وتنقسم الولاية في الزواج بحسب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى قسمين:

ولاية إجبار: هي التي تعتبر ولاية كاملة، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه ولا يشاركه فيه أحد، حيث يستبد الولي في تزويج المولى عليه بحيث يكون له الحق في تزويجه دون رضاه¹، وتثبت هذه الولاية باتفاق جمهور الفقهاء على الصغير والصغيرة، المجنون والمجنونة، المعتوه والمعتوهة، حيث ينفرد الولي في تزويجهم دون إشراكهم في عقد الزواج، إذ انعدام الإدراك والتميز عندهم لا يسمح لهم بالإقدام على إبرام مثل هذا العقد دون ترشيد من شخص بالغ عاقل وهو الولي، فيكون العقد إما باطلا لانعدام الأهلية (في حالة الجنون)، أو موقوفا على إجازة الولي لنقصها (في حالة صغر السن)²

ب ولاية اختيار: وهي تثبت على البالغة، العاقلة، بكرًا كانت أم ثيبًا، ويرى جمهور الفقهاء أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفائه معها على الزواج، فليس له أن يجبرها، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ويشتركا في الاختيار³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بولاية الاختيار فقط سواء بالنسبة للمرأة البالغة أو القاصرة، وهو ما نصت عليه المادة (11) من قانون الأسرة في فقرتها الأولى، وأيضا المادة (13) من نفس القانون التي منعت الولي أبا كان أو غيره عن إجبار القاصرة التي هي في ولايته على الزواج أو أن يزوجه بدون موافقتها⁴.

ويشترط في الولي باتفاق الفقهاء شرطان:

1- أن يكون كامل الأهلية، بأن يكون حرا بالغا عاقلا، ففاقد الأهلية كالصغير غير

المميز والمجنون لا ولاية له على نفسه، فلا تثبت له ولاية على غيره⁵

¹ - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ص 802.

² - عمرو عيسى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء 1، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 87.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 108.

⁴ - المادة 13 من قانون الأسرة "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

⁵ - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (دراسة مقارنة)، ط2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961 ص 129.

2- أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه، لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة¹.

والمشرع الجزائري لم ينص على هذه الشروط صراحة في قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فيعود في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة (222) من قانون الأسرة

ج- علاقة الولي بركن الرضا:

طبقا للمادتين (4) و(9) من قانون الأسرة الجزائري فإن الزواج عقد رضائي، وكما رأينا سلفا فإن الرضا هو الركن الوحيد فيه، ولم يتضمن قانون الأسرة بعد تعديله ولاية الإيجاب التي قال بها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، لا بالنسبة للبالغة التي لها أن تباشر العقد بنفسها حسب المادة (11) من قانون الأسرة، ولا حتى بالنسبة للقاصرة التي لا يملك الولي إجبارها على الزواج، حيث اشترطت موافقتها بصريح نص المادة (13)

ولعل ما اختاره المشرع في هذا الخصوص، هو تقديرا لمصلحة القاصرة بمنع تزويجها دون بلوغ السن القانونية، بما أن إذننا مازال غير معتبر لقصور عقلها، فالأولى بها أن لا تقدم على عقد خطير وفيه مسؤوليات جسام².

وبمنح الحرية للمرأة الراشدة عقد زواجها، لم تعد للولي أي سلطة في منع موليته من الزواج، حتى ولو كان هذا المنع في صالحها، بل ذهب لأبعد من ذلك حيث سمح لها بتقويض الولاية لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره وقد يكون أجنبيا عنها، وهذا التوجه ليس له سندا في أي مذهب من المذاهب الفقهية³.

وباعتبار الولي شرط صحة في عقد الزواج، مع إضفاء حرية للمرأة في اختياره، وبالتالي أصبح حضور الولي شكليا لتمام العقد، فإن تخلفه يؤدي إلى فسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983 ص 273.

² - محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2008-2009، ص 420.

³ - أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010، ص 89.

تستحق المرأة الصداق ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا استوفى ركنه وشروطه الأخرى حسب الفقرة الثانية من نص المادة (33) من قانون الأسرة¹

وتستلزم بعض القوانين الأجنبية شرط رضا الوالدين لصحة زواج القاصر، وقد ثار خلاف حول تكييفه فهل يقع ضمن الشروط الموضوعية لصحة الزواج؟ أم ضمن فئة الشروط الشكلية؟

ففي بعض الدول مثل إنجلترا تعتبره من الشروط الشكلية المتممة للإجراءات والمراسيم المتعلقة بالاحتفال والإثبات².

ويعد في بعضها الآخر كفرنسا من الشروط الموضوعية للزواج باعتباره جزءا من الإرادة اللازمة لانعقاد الزواج، بوصفه شرطا مكملا للأهلية، من خلال المادة 148 من القانون المدني الفرنسي، حيث اعتبر أن موافقة الأولياء على زواج أبنائهم القصر تُعد شرطاً موضوعياً لصحة الزواج، وفي حال تخلفها يقع الزواج باطلاً بطلاناً مطلقاً³.

نرى أنه في الجزائر، يُعتبر رضا الوالدين شرطاً موضوعياً لصحة الزواج، كونه يتعلق بزواج أشخاص لم يبلغوا السن القانونية للزواج. وكما أشرنا سابقاً، فإن زواج القصر يستوجب الحصول على ترخيص من القاضي وإجازة الولي.

الفرع الثالث: الشهود

نص المشرع الجزائري على الشهادة في عقد الزواج كشرطاً من شروط انعقاده، في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، بعد أن كان يعتبر حضور الشاهدين ركناً من أركان عقد الزواج في المادة (9) من قانون الأسرة قبل التعديل، ولم يتعرض إلى أحكام الشهادة أو الحكمة منها، مما يحتم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، عملاً بالمادة 222 من قانون الأسرة، للوقوف على أحكامها.

¹ - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، ج1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 323-324.

² - فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2011، ص 223.

³ - Article 148 " Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement", Code civil française (version consolidée au 15 décembre 2019), Available on the web site, <https://www.wipo.int/wipolex/ar/legislation/details/19413>, Date de visite, 24/01/2025 .

وبالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها تشترط في الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين، كما يشترط فيها الحرية والعقل والبلوغ، وسماع كلام العاقلين وفهمه، والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين¹.

فلم تكتفي الشريعة الإسلامية برضا الطرفين والتعبير عن إرادتها بالزواج للقول بصحة العقد ومن ثم ترتيب آثاره نظراً للقدسية التي يكتسبها هذا العقد وأثره على العلاقة المراد إنشاؤها. ففرضت الشهادة كشرط لصحة الزواج رغم أن الرضا عند الجمهور هو أساس قيام عقد الزواج إلا أن ذلك لا ينفي وجوب الإشهاد عليه².

بالرغم من اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية على لزوم الشهادة على عقد الزواج، إلا أنهم اختلفوا في وقت وجوبها. فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة أن الشهادة يجب أن تكون عند إبرام عقد الزواج³. في حين ذهب المالكية إلى عدم لزوم تحقق الشهادة وقت إنعقاد العقد وإنما وجوب تحققها عند الدخول، لأنه تم اشتراطها ليحقق العقد آثاره، أي أنها شرط لحل الدخول بالمرأة لا للإنعقاد⁴، لذا، لا يكفي فقط وجود الشهود، بل يجب أيضاً الإعلان عن خبر الزواج. فإذا سكت الشاهدان، كما لو اتفقا على الكتمان، فإن العقد لا ينعقد لعدم توافر شرط الإعلان، الذي يُعتبر الهدف الأساسي من وجود الشهود⁵.

وبالنظر للاختلاف حول وقت الشهادة ومدى اعتبارها شرط لصحة العقد ابتداءً ؟ أم شرط لتمام العقد ونفاذه؟، وفي كلا الحالتين لا يصح العقد إلا بها، فقد أثار شرط الإشهاد على الزواج جدلاً فقهيًا حول تكييفه.

فقد استخلص بعض الفقهاء بأن شرط الإشهاد من الشروط الشكلية ومن ثم فإن عقد الزواج في الإسلام من العقود الشكلية وإن كان الرضا أساساً فيه. بينما اعتبره البعض الآخر عقد رضائي، ولا يشترط الإشهاد على عقد الزواج لا ابتداءً ولا انتهاء.

¹ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 54.

² - المرجع نفسه

³ - حسن أحمد فراج، مرجع سابق، ص 101.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 5661

⁵ - حسن أحمد فراج، مرجع سابق، ص 102.

ويستند أصحاب الرأي الأول على فكرة أن الغاية من حضور الشهود مجلس عقد الزواج هو ضمان علم الكافة بانعقاد الزواج، حيث سينقل هؤلاء الشهود للغير ما حدث أمامهم وبالتالي يتم الإعلام عنه وتنتفي السرية وتحقق العلانية¹.

وعلى الرغم من اعتبار هذا الرأي أن شرط الشهادة من الشروط الشكلية لانعقاد الزواج، إلا أنه لا يجعل من عقد الزواج عقد شكلياً بالمعنى المتعارف عليه في التشريعات الغربية، بل يبقى عقد رضائي والشهادة فيه من شروط الصحة الموضوعية وهذا يعود إلى اتصال شرط الإشهاد بجانب تكوين العقد أكثر من اتصاله بشكله².

وخلافاً للرأي السابق، يرى أصحاب الرأي الثاني أن شرط الشهادة شرطاً موضوعي لصحة الزواج وينبغي الرجوع في شأنها للقانون الذي يحكم الموضوع³.

هذا، وقد اعتبر المشرع المصري الشهادة شرطاً شكلياً لصحة عقد الزواج، لتعلقها بإظهار الإرادة إلى الخارج، والإعلان عن الزواج ليعلم الغير به وإعلام الآخرين به⁴، كما اعتبر المشرع الفرنسي الشهادة إجراءً شكلياً يمكن أن يحل محل الدليل الكتابي في حالة فقدان الدفاتر المسجل عليها عقود الزواج⁵.

والمشرع الجزائري اعتبر الشهادة شرطاً موضوعياً حسب المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، ورتب على تخلف الشهود فسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده بصدّق المثل حسب ماورد في الفقرة 2 من المادة 33 من قانون الأسرة⁶.

وفي اعتقادنا أن شرط الشهادة في عقد الزواج ذو طبيعة مزدوجة فهو شرط موضوعي مادام العقد لا يصح إلا بها، ولاتصالها بجانب تكوين العقد، وفي نفس الوقت شرط شكلي لإرتباطه بعلانية العقد وإثباته.

¹ - هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 90.

² - أصلح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 40.

³ - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁴ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 260.

⁵ - Article 46 du Code civil français, "Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et, dans ces cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins".

⁶ - المادة 2/33 من قانون الأسرة ".... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل".

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية السلبية

حتى يكون عقد الزواج صحيحا يجب أن يكون محله مشروعاً، ومشروعية محل عقد الزواج، تقتضي أن يكون العاقدان مؤهلين لإبرامه بحيث لا يوجد أي مانع يمنع من قيامه، هذه الموانع محددة شرعاً وثابتة ثبات الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير ولا التبديل، ولا مجال للاجتهاد فيها¹، استتبطها المشرع الجزائري من أحكام الشريعة الإسلامية²، وتضمنتها المواد من 24 إلى 30 من قانون الأسرة، وتتعلق هذه الموانع بكل من الرجل والمرأة على حد سواء، حيث يجب أن يكون كلاهما خالياً من أي مانع من شأنه أن يحول دون اعتبار الزواج صحيحاً شرعاً³، إذا تم الزواج مع وجود هذه الموانع، فإنه يقع باطلاً بطلائاً مطلقاً، ويفسخ الزواج قبل الدخول وبعده مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء⁴.

وهذه الموانع ليست من نفس الدرجة فمنها ماهي موانع مؤبدة (الفرع الأول) ومنها ماهي موانع مؤقتة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: موانع الزواج المؤبدة

يقصد بها النساء اللواتي يحرم على الرجل الزواج بهن حرمة دائمة مؤبدة، لا يزول هذا التأييد لأي سبب من الأسباب، وأسبابه ثلاثة وهي: القرابة، المصاهرة، والرضاع⁵. وسوف نتطرق لهذه الحالات كل على حدى.

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

² - موانع الزواج حددتها الآية 23 من سورة النساء في قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيماً﴾

³ - المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري تنص: يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

⁴ - المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري تنص: كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء

⁵ - المادة (24) من قانون الأسرة الجزائري "موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة، الرضاع".

البند الأول: المحرمات بالقرابة

القرابة هي اتصال في عمود النسب، تثبت حقيقة بواقعة الولادة، وتثبت شرعا بالعقد الصحيح، وصورها عديدة كالأبوة والبنوة والأخوة¹.

وقد دلّ على التحريم بالقرابة أو النسب ما جاء في آية المحرمات من قوله تعالى ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت﴾²، ومن هذه الآية يتبين أن أربعة أصناف من النساء يحرم على الرجل الزواج منهن وقد حددتها المادة 25 من قانون الأسرة بنصها "المحرمات بالقرابة هي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت" ويمثلن:

أولاً: أصول الشخص من النساء وإن علون: وهن: الأم وأم الأم وإن علت وأم الأب وإن علت، أي الأم والجدة سواء من جهة الأب أو الأم ومهما علت

ثانياً: فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلن: يُحرم على الشخص الزواج من بناته وبنات أبنائه وبنات بناته مهما نزلن.

ثالثاً: فروع الأبوين وفروع فروعهم من الإناث وإن نزلن: كالأخوات وبناتهن وبنات الأخ (سواء كانوا أشقاء، أم لأب أم لأم).

رابعا: الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجندات: وهن العمات والخالات (سواء كانت العمة أخت شقيقة أو لأب أو لأم)، أما الطبقة الثانية فما دونها من هذه الفروع فهي غير محرمة، كبنات العم أو العمة وبنات الخال أو الخالة.

البند الثاني: المحرمات بالمصاهرة:

وهن المحرمات بسبب الزواج³، وتشمل أربع نسوة على النحو التالي: ثلاثة بمجرد العقد دخل بهن أو لم يدخل وهن:

أولاً: أم الزوجة وجدتها وإن علت: ويستوي أن تكون الجدة لأب أو لأم لقوله تعالى: ﴿وأمهات نسائكم﴾⁴، حسب القاعدة الفقهية "العقد على البنات يحرم الأمهات". وعلة التحريم لما في هذا النوع من الزواج من قطع لصلة القرابة وإثارة الكراهية بين الأم وابنتها⁵.

¹ - موفق الدين بن قدامة، المغني، ط 3، دار الكتب العربي، بيروت، 1983، ص 56.

² - الآية 23 من سورة النساء.

³ - محمد محدة، سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط 2، دار الشهاب للنشر، الجزائر، 2000، ص 313.

ثانيا: زوجة الأب والجد وان علا: سواء كان الجد لأب أو لأم، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ولا تتكحوا ما نکح آباءکم من النساء إلا ما قد سلف، إنه کان فاحشة ومقتا وساء سبيلا﴾¹.

ثالثا: زوجة ابن الشخص وان نزل: مصداقا لقوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائکم الذین من أصلابکم﴾².

الأصناف الثلاثة الواردة سابقا تحرم بمجرد العقد، أما الصنف الرابع فلا تحرم إلا بالدخول، وهي:

1- بنت الزوجة وان نزلت: فإذا دخل الزوج بالأم تحرم عليه بناتها حتى ولو طلقت أو ماتت، لكن إن لم يحدث دخول أي عقد عليها ثم طلقها أو ماتت عنه قبل الدخول، فلا يحرم عليه الزواج بإحدى فروعها لقوله تعالى: ﴿وربائبکم اللاتي في حجورکم من نسائکم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح علیکم﴾³. حسب القاعدة الفقهية "الدخول بالأمهات يحرم البنات"، وقد نصت المادة (26) من قانون الأسرة على هذه الأصناف بقولها: "المحرمات بالمصاهرة هي:

1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.

2- فروعها إن حصل الدخول.

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وان علو.

أرامل أو مطلقات فروع الزوج وان نزلن"

والحكمة من التحريم بالمصاهرة هي منع التنازع والتصارع، الذي قد يحدث بين الأقارب، كما في التحريم توسيع لدائرة القرابة فإن تزوج شخص من قوم صار منهم بعد أن كان أجنبيا عنهم⁴.

4 - الآية 23 من سورة النساء .

5 - بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 83.

1 - الآية 22 من سورة النساء

2 - الآية 23 من سورة النساء .

3 - الآية 23 من سورة النساء .

4 - رشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 88.

البند الثالث: المحرمات بالرضاع:

الرضاع هو: " هو مص الرضيع اللبن من ثدي أنثى آدمية، سواء قليلا أو كثيرا، ولو وقعت مرة واحدة في وقت مخصوص وهو مدة الرضاع أو الصغر"¹.

وقد ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب، لقوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ﴾²، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"³ ونقل المشرع الجزائري هذا الحديث وأدرجه في المادة (27) من قانون الأسرة، والقاعدة أن هذا التحريم يسري على الطفل الرضيع وحده دون سائر إخوته من النسب، هذا ما نصت عليه المادة (28) من قانون الأسرة"⁴

وحتى يحقق الرضاع حرمة اشترط الفقهاء الشروط التالية:

أن يكون الرضاع في الحولين وقبل الفطام، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا رضاع إلا ما كان من حولين"⁵، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 29 من قانون الأسرة"⁶.

أن لا يخلط اللبن بغيره.

تتقن انتقال اللبن إلى حلق الرضيع أو جوفه.

أن يثبت الرضاع بإقرار أو بينة حتى يكون محرما ومانعا للزواج⁷.

¹ - بن حزم، المحلى، ج10، دار التراث، بيروت، ص7.

² - الآية 23 من سورة النساء.

³ أخرجه البخاري في صحيحه، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب النكاح - باب (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ) ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، حديث رقم 5099، ج9 ص 43.

⁴ - المادة 28 من قانون الأسرة " يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه"

⁵ - رواه البيهقي في السنن الصغير، كتاب الرضاع، باب في رضاعة الكبير، حديث رقم: 3464، السنن الصغير، ج 3، ص177.

⁶ - المادة 29 من قانون الأسرة " لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا"

⁷ - موفق الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص 83.

والجدير بالملاحظة حول هذه المحرمات مؤبداً، أن المشرع الجزائري أغفل بيان حكم الزوجة الملاعنة¹، حيث نجد فقهاء الشريعة زيادة على المحرمات نسباً ورضاعاً ومصاهرة قالوا بتحريم الملاعنة تحريماً مؤبداً².

الفرع الثاني: المحرمات تحريماً مؤقتاً (موانع مؤقتة)

وهن النساء اللاتي يكون المانع للزواج منهن بسبب مؤقت، فإذا زال هذا السبب زالت الحرمة³، وقد نصت على الموانع المؤقتة المادة (30) من قانون الأسرة⁴. وهي على النحو التالي:

البند الأول: المرأة المتزوجة (المحصنة)

يحرم الرجل من الزواج بامرأة متزوجة برجل آخر لتعلق حق الغير بها، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم.... والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكم﴾⁵، فالمراد بالمحصنات في الآية الكريمة هو المتزوجات، وذلك منعاً للاعتداء على حق الغير وحفظاً للأنسب⁶.

البند الثاني: المرأة المعتدة

ويمنع الرجل أيضاً من الزواج بمعتدة غيره، سواء من طلاق رجعي أو بائن أو من وفاة لقوله تعالى: والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء⁷، ومعنى التربص هو الانتظار، فalcدة

¹ - الملاعنة هي التي قذفها زوجها ونفي نسب ولدها إليه، فترافعا إلى القاضي وتلاعنا أمامه ففرق بينهما فتصبح المرأة محرمة عليه حرمة أبدية، وقد أشار المشرع الجزائري إلى اللعان في نص 138 من قانون الأسرة، وجمهور الفقهاء يؤكدون أن الحرمة تكون أبدية لما صح عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله " المتلاعنان لا يجتمعان أبداً"، أنظر في هذا الشأن، وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 142.

² - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 158.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 144.

⁴ - تنص المادة 30 من قانون الأسرة " يحرم من النساء مؤقتاً: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثاً. كما يحرم مؤقتاً: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلم من غير المسلم"

⁵ - الآية 24 من سورة النساء.

⁶ - أنظر، محمد محدة، مرجع سابق، ص 329.

⁷ - الآية 228 من سورة البقرة.

إذاً هي: "الفترة التي تلي الفرقة بحيث تُمنع المرأة من الزواج فيها إلى حين انقضائها"¹.
وتختلف المدة التي تترتب عليها المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بحسب الحالات التالية:
فالمعتدة من وفاة تمكث في بيت زوجها المتوفى أربعة أشهر وعشراً، ونفس الحكم تأخذه
زوجة المفقود الذي صدر حكم بوفاة بداية من صدور الحكم².
أما عدة الحامل فهي بوضع حملها مصداقاً لقوله تعالى ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ
يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾³، وقد حصرت المادة (60) من قانون الأسرة أن أقصى مدة ممكنة تنتظرها
الحامل هي 10 أشهر⁴.
والمطلقة غير الحامل المدخول بها فتعتد بثلاثة قروء إن كانت تحيض، فإن لم تحض
فعدتها ثلاثة أشهر⁵.
وتجدر الإشارة أن نظام العدة كان معروفاً لدى المشرع الفرنسي حيث حدد العدة
ب300 يوم كاملة من تاريخ انحلال الزواج الأول مساوياً بذلك أن تكون عدة طلاق أو وفاة،
والحكم نفسه يسري في حالة الحكم ببطلان الزواج تأسيساً على أن القضاء ببطلان الزواج من
قبيل انحلال الرابطة الزوجية.
وخلافاً للشريعة الإسلامية يمكن أن تقل مدة العدة بقوة القانون إذا أنجبت الزوجة السابقة
خلالها حيث تنتفي العلة من إقرارها، هذا الحكم كان مقرر بموجب المادة (228) من القانون
المدني الفرنسي، وقد تم إلغاؤها بموجب القانون رقم: 439-2004 المؤرخ في 8 ماي 2004
والذي دخل حيز النفاذ في 01 جانفي 2005، مما يعني أن المشرع الفرنسي أصبح لا يعتد
بهذه المدة، وبالتالي مكن المطلقة أو المتوفى عنها زوجها من الزواج مباشرة بعد فك الرابطة
الزوجية من دون مدة تترتب عليها بنفسها⁶.

¹ - أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 140.

² - المادة 1/59 من قانون الأسرة " . . . وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده "

³ - الآية 4 من سورة الطلاق.

⁴ - المادة 60 من قانون الأسرة "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"

⁵ - راجع المواد 58-59-60 من قانون الأسرة.

⁶ - Article 263 du Code civil français " Si les époux divorcés veulent contracter entre eux une autre union, une nouvelle célébration du mariage est nécessaire. رمضان" أبو . السعود، شرح قانون الأسرة لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 506.

البند الثالث: المطلقة ثلاثا

يمنع أيضا على الرجل من الزواج من المرأة التي طلقها طلاقا مكملًا للثلاث، كونه استنفذ جميع الطلقات وبانت منه بينونة كبرى، فلا تحل له حتى تتزوج غيره بزواج صحيح ويتم الدخول بها فإن طلقت بعد ذلك أو توفى عنها زوجها، جاز لمطلقها أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين، وقد جسد الأمر المشرع الجزائري من خلال المادة (51) من قانون الأسرة¹. بقولها " ونص هذه المادة مقتبس من الآيتين الكريميتين الأولى: ﴿الطلاق مرتان﴾²، والثانية قوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾³.

البند الرابع: الجمع بين محرمين

يمنع على الرجل أن يجمع في عصمته بين محرمين في وقت واحد، بأن يتزوج الثانية والأولى مازالت في عصمته، فيمنع الجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت المحرمة شقيقة أم لأب أم لأم، ولا فرق كذلك أن تكون المحرمة بسبب النسب أو الرضاع⁴.

البند الخامس: اختلاف الدين

فرقت الشريعة الإسلامية في هذا المانع بين الرجل المسلم والمرأة المسلمة. فبالنسبة للرجل المسلم فرقت بين زواج المسلم بالكتابية وغير الكتابية، ففي زواج المسلم بالكتابية فالأصل الإباحة للمسلم بالزواج من ذات الدين السماوي، مع التأكد من أنها مؤمنة فعلاً بالدين السماوي، بأن تؤمن بالله ورسالته والآخرة، وأن تكون خالية من الشبهات، خالية من الزنا وعفيفة. مصداقا لقوله تعالى: ﴿مُحْصَنَاتٌ غَيْرُ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مَتَّخِذَاتٍ أَخْدَانٍ﴾⁵، كما يشترط

¹ - المادة 51 من قانون الأسرة " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء "

² - الآية 229 من سورة البقرة.

³ - الآية 230 من سورة البقرة.

⁴ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 148.

⁵ - الآية 221 من سورة البقرة.

أن تكون من قوم لا يعادون المسلمين ويحاربونهم، مخافة أن يؤدي هذا الزواج إلى الفتنة والضرر¹.

أما زواج المسلم بغير الكتابية فيحرم غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية على الرجل المسلم الزواج من كافرة، ويعد زواجه منها باطلاً بطلاناً مطلقاً، لورود التحريم بنص القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَ﴾².

والحكمة من هذا الاختلاف في الحكم بين الكتابية وغير الكتابية، يكمن في كون عقيدة التوحيد الخالص تناقض عقيدة الشرك الخالص. والكتابية تتفق مع المسلم في إقرارها بألوهية الله وإيمانها ببعض الأصول، وتؤمن ببعض الأصول، كالإيمان بالرسول واليوم الآخر. فوجود هذه القواسم المشتركة يضمن لهما حياة زوجية مستقرة³.

أما زواج المسلمة بغير المسلم فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على حرمة زواج المسلمة بغير المسلم سواء أكان مشركاً أو كتابياً، مستدلين في ذلك من الكتاب بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾⁴.

وكذلك أقر مجمع الفقه الإسلامي بأن الزواج بين المسلمة وغير المسلم محرم بالكتاب والسنة والإجماع، ولا يجوز الزواج بين المسلمة وغير المسلم. وإذا تم هذا الزواج فهو باطل ونتج عنه من أولاد فهم غير شرعيين، ويبقى هذا الحكم ثابتاً حتى لو رجي اعتناق الزوج للدين الإسلامي⁵.

وعليه فحرمة الزواج بين المسلمة من غير المسلم ثابتة وقطعية. فإذا أسلمت الزوجة ورفض زوجها اعتناق الإسلام فُرق بينهما وفُسخ الزواج لاختلاف الدين⁶.

¹ - أنظر، يوسف القرضاوي، زواج المسلم في الغرب مقيد بشروط من كتابية وغير جائز مطلقاً من بهائية، مقال منشور بتاريخ 2011/10/25 على موقع <https://www.google.com/amp/s/alghad.com/>، اطلع عليه بتاريخ: 2024/06/26 الساعة 11:00 صباحاً.

² - الآية 221 من سورة البقرة.

³ - يوسف القرضاوي، زواج المسلم في الغرب مقيد بشروط من كتابية وغير جائز مطلقاً من بهائية، مرجع سابق.

⁴ - الآية 221 من سورة البقرة.

⁵ - اقرار رقم 23، للمؤتمر الثالث لمجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بالعاصمة الأردنية عمان، من 11 إلى 16 أكتوبر 1986، والمنشور على الموقع: <http://islamport.com/w/fqh/Web/2240/25.htm>، اطلع عليه بتاريخ:

2024/07/01 الساعة 23:00.

⁶ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 296.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا المانع المتعلق بتحريم زواج المسلمة بغير المسلم بموجب الفقرة الخامسة من نص المادة (30) من قانون الأسرة بنصها ".... كما يحرم يحرم مؤقتا:.... زواج المسلمة من غير المسلم"

ويتضح من ظاهر النص أن المرأة المسلمة سواء كانت قاصر أو راشدة يحرم عليها الزواج مع أي شخص غير مسلم، وإن حدث مثل هذا النوع من الزواج سواء تحايلا أو بالإرادة المشتركة للزوجين فإنه يقع باطلا بطلانا مطلقا طبق للمادة (32) من قانون الأسرة التي قضت ببطلان الزواج الذي يشتمل على مانع، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب الحكم ببطلانه كما يجوز كذلك لممثل النيابة العامة طلب الحكم ببطلانه¹.

وما يمكن ملاحظته في هذا الخصوص هو اقتصار نص الفقرة الخامسة من المادة (30) على منع زواج المسلمة بغير المسلم، في حين أغفلت النص على مسألة تحريم زواج المسلم بغير ذات دين سماوي²، على الرغم من انتشار ظاهرة زواج الجزائريين بالأجنبيات في المجتمع الجزائري.

وقد كان المشرع الجزائري إضافة للموانع السالفة الذكر، بموجب المادة (30) قبل تعديلها ينص على مانع آخر للزواج وهو الزيادة على القدر المرخص به شرعا، حيث يحرم على المسلم أن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات، فلا يمكن لمن في عصمته أربع زوجات أن يعقد زواجه بالخامسة، سواء كان زواجه بالأربعة حقيقة أو حكما.

ولقد تم إلغاء هذا المانع من صلب المادة (30) وتم تضمينه في المواد المتعلقة بتنظيم تعدد الزوجات وهما المادتين (8) و (8 مكرر) من قانون الأسرة.

ونص المشرع الجزائري على الجزاء المترتب على الزواج بإحدى المحرمات في نص المادة (34) من قانون الأسرة حيث جاء فيها " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء .

ومن المؤكد أن الموانع الشرعية للزواج سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة، من المسائل الثابتة التي لا مجال للاجتهاد فيها، ويطبق بشأنها قانون الزوجين تطبيقا جامعا، وذلك لكون المانع

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 56.

² - وهي غير الكتابية أي لا تؤمن بكتاب سماوي، كأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام، أو المجوسيات العابدات للنار، أنظر، أحمد فراخ حسين، مرجع سابق، ص 140.

يحيط الطرفين والعلاقة الزوجية ككل، فحتى ينعقد الزواج صحيحا يجب أن لا ينص القانونين على مانع، لأن الهدف من الموانع هو قيام علاقة زوجية مشروعة وصحيحة.

بالإضافة إلى الموانع السابقة الذكر التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وأقرتها التشريعات التي استنبطت أحكامها منها على غرار التشريع الجزائري، هناك موانع أخرى تقرها التشريعات الغربية وتتمثل في المانع الصحي ومانع وجود زواج سابق غير منحل.

فالمانع الصحي كالجنون أو الأمراض الخطيرة التي تحول دون تحقق الغاية الزواج، فعمل المشرع الجزائري قصد هذا المانع في المادة (07 مكرر) من قانون الأسرة بالأخص في ظل انتشار الأمراض الخطيرة كالإيدز حيث اشترطت المادة (07 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وأحالت هذه المادة كفاءات التطبيق للتنظيم، وبناء عليه صدر مرسوم تنفيذي رقم: 06 بتاريخ 2006/05/11 الذي يحدد كيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة والذي ألغي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 24-366 المؤرخ في: 2024/11/07¹، يتعلق بالشهادة الطبية والفحوص والتحليل قبل الزواج، الذي بينت المادة 2 منه، أن الشهادة الطبية لا يتم إعدادها إلا بعد فحص طبي إلزامي، يهدف إلى تقييم الحالة الصحية لطالبي الزواج من خلال الكشف عن الأمراض المتنقلة التي قد تنتقل من أحدهما إلى الآخر أو إلى فروعهما، وأوجب المادة 4 منه أن يثبت في الشهادة أن طالب الزواج قد خضع للفحوصات والتحليل المطلوبة وواشترطت 5 من نفس المرسوم اصدار الشهادة بناء على نتائج الفحوصات والتحليل المحددة في نفس المادة، مع إمكانية وصف فحوصات بيولوجية أخرى ضرورية في حالة معاينة علامات أو أعراض يمكن أن تؤدي، خصوصا، إلى أمراض منتقلة جنسيا عند الاقتضاء.

وأكدت المادة 6 على أنه لا يجوز للموثق أو لضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم كل من طالبي الزواج لشهادة طبية والتي لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر، كما يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا طالبي الزواج في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات والتحليل التي خضع لها كل واحد

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 24-366 مؤرخ في: 2024/11/07، يتعلق بالشهادة الطبية والفحوص والتحليل قبل الزواج، الجريدة الرسمية، عدد 76، بتاريخ: 2024/11/13.

منهما وبالأعراض أو بعوامل الخطر التي قد تتجر عنها والتي من شأنها أن تتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج، ولا يجوز للموثق أو لضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين هذا ما أكدته المادة 7 من نفس المرسوم¹.

ومن ثم فإن وجود الشهادة الطبية ضمن ملف طالبي الزواج يعد شرطاً ضرورياً وجوهرياً لقبوله، مع أنها لا تصنف ضمن الشروط الموضوعية ولا الشكلية، بل هي إجراء تنظيمي وإداري لكنه جوهري في العقد.

أما فيما يتعلق بوجود زواج سابق غير منحل كمانع للزواج، فالتشريعات الغربية وعلى غرار التشريع الفرنسي، الذي يمنع من خلال المادة 147 من القانون المدني إبرام الزواج الثاني قبل حل الزواج الأول². وتعتبر الجمع بين زوجتين جريمة، يعاقب من قام بها بالسجن لمدة سنة واحدة وغرامة قدرها 45000 يورو. ونفس العقوبة تطال الموظف الذي قام بتسجيل الزواج الثاني مع علمه بوجود زواج سابق لم ينحل طبقاً للمادة 433-20 من قانون العقوبات الفرنسي³.

وقد توجه المشرع التونسي نفس التوجه المعادي لفكرة تعدد الزوجات حيث اعتبرت المادة (18) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن تعدد الزواج ممنوعاً وفرضت تبعاً لذلك عقوبة تتمثل في السجن لمدة عام وخطية قدرها مائتان وأربعون فرنك أو بإحدى العقوبتين، وتفرض العقوبة حتى ولو انعقد الزواج الثاني مخالفاً لما ينص عليه القانون⁴.

وعلى عكس المشرع التونسي فقد أباح تشريعات بعض الدول العربية تعدد الزواج على إطلاقه دون قيد أو شرط كالسعودية والكويت⁵، بينما قيدته بعض التشريعات بقيود وضوابط كالمغرب وسوريا والجزائر، حيث خول المشرع الجزائري إلى رئيس المحكمة منح رخصة لإبرام

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 24-366 مؤرخ في 2024/11/07، يتعلق بالشهادة الطبية والفحوص والتحليل قبل الزواج.

² - Article 147 du Code civil français: "On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier."

³ - Article 433-20 du Code pénal français: "Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent."

⁴ - المادة 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، رسوم عدد 13 لسنة 1956 مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي عدد 66 بتاريخ: 1956/08/17.

⁵ - المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الكويتية، المادة 26 من نظام الأحوال الشخصية السعودي.

الزواج لمن يرغب في التعدد، بموجب نص المادة (8) من قانون الأسرة التي أباح من خلالها تعدد الزوجات، لكنه قيده بتوفر الشروط التالية:

1- أن يكون العدد مما حددته الشريعة الإسلامية: أي أنه لا يجوز للشخص أن يتزوج في آن واحد بأكثر من أربعة نسوة.

2- وجود المبرر الشرعي: يعتبر هذا الشرط من الشروط التي استحدثها المشرع الجزائري، لإباحة التعدد، غير أن المشرع الجزائري لم يوضح المقصود من هذا الشرط كما لم يبين أشكاله التي يباح معها للزوج أن يتزوج من امرأة أخرى، فحتى ولو كانت الزوجتان راضيتان بالتعدد فإن القاضي لا يمنح له الرخصة إلا إذا وجد المبرر، والسلطة التقديرية تركها المشرع للقاضي في تحديد المقصود بالمبرر الشرعي.

ومسألة تقدير المبرر الشرعي ليست بالأمر اليسير لذا وجب على القاضي أن يكون حكيما واسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى الزواج من امرأة ثانية.

3- توافر شروط ونية العدل لدى الزوج: فنية العدل التي أشار إليها المشرع في 1/8 قانون الأسرة هي النية المطلوبة في المسائل المادية كالمبيت والنفقة وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من ذات المادة: "... وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية"، أما الجانب الذي يصعب العدل فيه، فهو العدل الروحي أو القلبي فهو غير مشروط.

4- إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد: إن المقصود من ذلك هو أنه لا يكفي بإبلاغ الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد بل ينبغي الحصول على موافقتهما، لكن المشرع لم يبين الطريقة التي يتم بها إخبار الزوجة شخصيا، هل يكون في محضر قضائي ليتمكن القاضي من ضبط حالة الزوجة التي لم تبلغ، وهل يبلغ الزوجة عن طريق كتابة الضبط أو الأعوان القضائيين أو عن طريق البريد المضمون مع إشعار بالوصول أو عن طريق الحضور إلى مكتب القاضي وتحرير محضر بذلك من طرف كتابة الضبط أم يكفي بالإشعار بصورة شفوية أم بإشهاد شهود عليه¹.

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص ص 31-32.

وفي حالة ما إذا وقع تدليس في شأن الحالة المدنية للزوج بأنه ادعى أنه غير متزوج وتبين فيما بعد خلاف ذلك فجعل المشرع هذه الحالة من حالات التطليق طبقا للم 8 مكرر من قانون الأسرة¹.

5-الحصول على الترخيص القضائي: لقد قيد المشرع تعدد الزوجات بالحصول على الترخيص القضائي لأن مهمة القاضي في هذه الحالة وهو رئيس المحكمة لمكان سكن الزوجية، ويجب عليه أن يتأكد من موافقة الزوجتين وذلك باستدعائهما إلى مكتبه والسماع لهما شخصا، وكذلك ينبغي عليه أن يتأكد من وجود المبرر الشرعي وقدرة الزوج على إقامة العدل وذلك بتقدير الشروط.

مما تقدم فإن كل الشروط السالفة الذكر تعد من العناصر الضرورية واللازمة لقيام رابطة زوجية صحيحة، والتي يكتفيها القاضي الجزائري طبقا للمادة (9) من القانون المدني بأنها ضمن نطاق الشروط الموضوعية للزواج. وسنبحث في المبحث الموالي ضوابط الإسناد التي تحكم فكرة الشروط الموضوعية للزواج.

المبحث الثاني: ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج

يدخل الزواج في نطاق المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي تعد مجالا خصبا للتنازع المكاني للقوانين، كونها متصلة دوماً بالبعد الديني والأخلاقي، لذا يصعب تحديد ضابط إسناد يربطها بالقانون المختص، ومن المعلوم أن قواعد الإسناد هي قواعد داخلية، ولكل دولة الحرية المطلقة في سن قواعدها الداخلية كون ذلك من مقومات سيادتها، هذه الحرية ينجم عنها اختلاف الضوابط التي تحدد القانون الذي يحكم ذات المسألة على الصعيد الدولي.

¹ - المادة 8 مكرر من قانون الأسرة" في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"، ولكن أمام هذا النص فإنه يؤخذ على المشرع عدم التفرقة بين الزوجتين بحيث إذا كان يجوز للزوجة السابقة أن ترفع دعوى بالتطليق بناء على تعدد غير راضية به، فإنه من المقرر قانونا أن الشخص الذي إرادته معيبة بعبث التدليس يجوز له طلب البطلان بدلا من التطليق، لأن العقد في الأصل ولد مريضا، فالزوجة الأولى يحق لها طلب التطليق عند التدليس، أما الزوجة الثانية فيحق لها ابطال العقد عند التدليس لأن إرادتها كانت معيبة

وتتجلى هذه الفكرة في المسائل المرتبطة بالأشخاص، حيث يظهر التباين بين مختلف الأنظمة القانونية بشأن القانون الذي يحكمها، بالرغم من الاتفاق على أن كل ما يتعلق بالشخص يحكمه القانون الشخصي إلا أن مدلول القانون الشخصي يختلف من دولة إلى أخرى والأصل في تحديد ضابط الإسناد يعود إلى مركز الثقل في العلاقة ذات الطابع الدولي وهو في هذه الحالة عنصر أطراف العلاقة، فيتم ربطها بالشخص ومن ثم خضوعها لمركز هذا الشخص¹.

إلا أن مركز الشخص يختلف من دولة إلى أخرى، فبعض الدول تربط مركز الشخص من خلال رابطة قانونية وسياسية متمثلة في الجنسية، وتؤسسه أخرى على رابطة مادية وواقعية متمثلة في الموطن، الأمر الذي انعكس على القانون الشخصي الذي يحكم المسائل الشخصية هل هو قانون الجنسية أو الموطن؟

وعلى هذا الأساس سوف نقوم بدراسة الاتجاهات الفقهية والقانونية لإسناد الشروط الموضوعية للزواج (الفرع الأول)، ثم ننوه إلى الإسناد في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية والقانونية لإسناد الشروط

الموضوعية للزواج

بالرغم من الاتفاق بأن القانون الشخصي هو الذي يحكم تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، إلا أن المفاضلة في تحديده بين الجنسية أو الموطن، كضابطي إسناد لم يتم الحسم فيها لصالح ضابط دون الآخر.

لذا يوجد في الأنظمة المقارنة، ثلاثة اتجاهات رئيسية في إسناد الشروط الموضوعية للزواج -والتي تعتبر من صميم مسائل الأحوال الشخصية- اتجاه يُسندها إلى قانون محل الإبرام واتجاه ثاني إلى قانون الموطن واتجاه ثالث إلى قانون الجنسية، ومرد هذا الاختلاف ما تمليه مصالح كل دولة سواء اقتصادية كانت أو اجتماعية أو حتى تاريخية²، وسنتناولها تباعاً:

¹ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004، ص 147.

² - الأسباب التاريخية تعود بالدرجة الأولى إلى تطور قواعد التنازع وتحديداً نظريتي الفقيهين "مانشيني" و "سافيني" حيث بنى الأول نظريته على مبدأ شخصية القوانين متأثراً بمبدأ القوميات وظهور الدولة الحديثة، ومن ثم خضوع الشخص إلى قانون الدولة التي يحمل جنسيتها أينما وجد، وبنائها الثاني على مبدأ إقليمية القوانين حيث يخضع الشخص إلى قانون الدولة التي يتواجد فيها، أنظر في هذا الشأن، ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإختصاص القضائي الدولي،

الفرع الأول: إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون بلد الإبرام

لا يفرّق هذا الاتجاه بين شروط صحة الزواج الموضوعية والشكلية من حيث الإسناد، فيسند كل شروط الزواج سواء كانت موضوعية أو شكلية إلى قانون محل الإبرام، وأخذت الولايات المتحدة الأمريكية ببلد الإبرام كمعيار لتحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج استثناء على قانون الموطن الذي تعتمد في المسائل المتعلقة بالأشخاص، وبالتالي وحدت القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية والشروط الشكلية¹.

ويعود السبب في هذا الاستثناء المقرر في الولايات المتحدة الأمريكية للشروط الموضوعية للزواج عن القاعدة الأم وهي قانون الموطن، كونها دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع إقليمياً، الأمر الذي يصعب معه الأخذ بقانون الموطن في هذا الخصوص، خاصة في مقابل سهولة التنقل بين مختلف الأقاليم.

وجاء تكريس هذه القاعدة بموجب تقنين (بوستامنت الأول والثاني) الذي أقر صراحة صحة الزواج المنظم طبقاً للشروط المقررة في دولة محل الإبرام، حيث يعتبر الزواج المبرم خلافاً لهذه الشروط يقع باطلاً، كما لو تعلق الأمر بحالات الزواج الأحادي أو تعدد الزوجات، أو حالة الزواج بين أجناس مختلفة حتى لو كانت قوانينهم الشخصية تجيز ذلك².

وتبعت الولايات المتحدة بالأخذ بهذه القاعدة بعض دول أمريكا الجنوبية كالبرازيل، التي أقرت من خلال مشروع قانونها المدني بأن الزواج المبرم في البرازيل يخضع فيما يخص شروطه الموضوعية كما في شروطه الشكلية إلى القانون البرازيلي، وهو ما نصت عليه المادة 17 في فقرتيها الأولى والثانية من مقدمة القانون المدني البرازيلي³.

تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص ص 21-25، هشام صادق، الموطن في العلاقات الدولية الخاصة-الخلاف حول تصوره وكيفية تحديده-، المجلة الدولية للقانون الدولي، مجلة الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 31، سنة 1975، القاهرة، ص 90 وما بعدها

¹ Loussouam Yvon et Bourel pierre, Droit international privé, 7 éd, Dalloz, Paris, 2001, p12

² Jacques Mestre, Droit international privé français, Mariage, Introduction générale, Condition de fond, juris-classeurs, Paris, 1992, p09.

³ - المادة 17 من مقدمة القانون المدني البرازيلي رقم 10.406 المؤرخ 10 يناير 2002 ، متاح على الموقع:

<https://www.wipo.int/wipolex/ar/legislation/details/9615>، تاريخ الزيارة 2024/05/13 على الساعة

كما تبنت هذا المبدأ اتفاقية لاهاي الجديدة المتعلقة بإعلان وشهر الزواج الصحيح لـ 14 مارس 1978، والتي أقرت في مادتها الثالثة خضوع الزواج من حيث شروطه الموضوعية في إحدى الدول المتعاقدة للقانون الداخلي لهذه الدولة¹، متى كان أحد الزوجين أو كلاهما يقيم على إقليمها إقامة اعتيادية أو لأنه يحمل جنسيتها، لأن كل من الزوجين المستقبليين يؤكد أنها الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الداخلي المعين من قبل قواعد التنازع في دولة الإبرام²، هذا الزواج الذي وقع صحيحا وفقا لقانون بلد الإبرام أو سيصبح كذلك لاحقا، سيعتبر كذلك ويعتد به في كل الدول المتعاقدة، باستثناء بعض الموانع التي تشكل خطرا على صحة الزواج وتنص عليها الدولة المعنية³.

ويبرر الفقيه " باتيفول " دوافع الأخذ بهذا التوجه نحو قانون محل الإبرام بدافعين هما:

الرغبة في التخلص من المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن.

اعتبار الزواج قرار أو عمل من أعمال الإدارة والذي يقصد إلى معرفة ما إذا كنا نقبل أو نرفض آثاره لا غير⁴.

هذا التوجه، قد ينجّر عنه حالات عديدة للغش نحو القانون، حيث قد يتيح لأشخاص غير قادرين على إبرام زواجهم وفق ما تقتضيه قوانينهم الشخصية إبرام زواجهم في أقاليم هذه الدول، مما ينتج عنه زواج من الصعب الاعتراف به في دولتهم. هذا النوع من الزواج يطلق عليه في الفقه القانوني - الزواج الأعرج - "ويقصد به الزواج الذي يعقد في دولة معينة ويعتبر صحيحا طبقا لقوانينها ولكنه باطلا وفقا للقانون الوطني للزوجين"⁵.

فمثلا الزواج الذي يقع في الولايات المتحدة الأمريكية بين جزائرية مسلمة وجزائري يهودي يعتبر صحيحا طبقا للقانون الأمريكي كونه قانون بلد الإبرام، لكنه يعتبر باطلا وفقا

¹ اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ: 14/05/1978 المتعلقة بالزواج المختلط، متاحة على الموقع، <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=87>، تاريخ الإطلاع عليها: 2025/01/22.

²- Bernard Audit, Droit international privé, 3ème édition, Economica, Paris, 2000, P 538 .

³- Ibid, P540 .

⁴ - بلقاسم اعراب، المفاضلة بين الإسناد إلى قانون الجنسية والإسناد إلى قوانين أخرى للشروط الموضوعية لعقد الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، عدد 4، لسنة 1995، 54-60.

⁵ - حسين نغمة نغموش، الزواج الأعرج في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة ارووك، العدد 2، المجلد 10، 2017، ص 392-413.

للقانون الجزائري باعتباره القانون الوطني للزوجين، لوجود مانع في هذا الزواج متعلق بزواج المسلمة من غير المسلم، حسب المادة 5/30 من قانون الأسرة، سאלفة الذكر.

الفرع الثاني: إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون موطن الزوجين

يعتمد توجه كبير في القانون المقارن على الموطن كضابط إسناد في مجال الأحوال الشخصية عموماً، حيث يخضع بموجب هذا الإسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون موطن الزوجين مستندين على جملة من المقاربات والمبررات العملية والتاريخية، فقانون الموطن يمثل النظام التقليدي الذي يتماشى مع حاجات الأفراد، وقد أخذ به سابقاً خلال العصور الوسطى¹، حيث يعود الأخذ بالموطن بآثار على الأجنبي المقيم في إقليم الدولة وذلك من خلال المساواة بينه وبين المواطن الذي يتعامل مع الأجنبي، إذ توفر له نوع من الحماية، كون بإقامته على إقليم الدولة حتماً سيتأثر بعاداتها وتقاليدها، الأمر الذي سيقربه من قانونها بالرغم من حمله لجنسية دولة أخرى التي يكون ارتباطه بها ارتباطاً روحياً مجرد من أي واقعية².

كما أن الاختلاف في الأسس التي تمنح بها الدولة جنسيتها للفرد، يؤدي إلى اختلاف في جنسية الأسرة الواحدة، وعليه يضمن قانون الموطن وحدة القانون المطبق على أفراد الأسرة الواحدة إذا كانوا مختلفي الجنسية، تقادياً لما يترتب على اختلافها القانون المطبق على الأسرة الواحدة من مشاكل وتعقيدات قانونية ونفسية، كما يعد قانون الموطن الملاذ والحل في حالة تعدد الشرائع داخل الدولة الواحدة وكان ضابط الإسناد هو الجنسية فسيصعب تحديد أي الشرائع منها سوف تطبق، كما يكون الموطن حلاً كذلك في حال انعدام الجنسية³.

ومن المبررات العملية التي استند عليها مؤيدو ضابط الموطن أنه بالأخذ بقانون الموطن نجمع بين الاختصاصين التشريعي والقضائي، لما يوفر أريحية للقاضي عند تطبيق قانون

¹ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 127.

² - عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، ط2، مطبعة السعادة جوار محافظة مصر، مصر 1967، ص 145 وعلي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 58.

³ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين -دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص ص 656-657.

الموطن الذي غالبا ما يكون هو نفسه قانون القاضي، مما يضمن السرعة في فصل المنازعات¹.

لكل هذه الاعتبارات، فمن الطبيعي أن يكون قانون الموطن هو الأكثر ملائمة لحكم المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي يندرج الزواج تحتها. وتأخذ الدول الأنجلوسكسونية والإسكندنافية بهذا الإسناد كبريطانيا وأستراليا والدانمارك والنرويج وكذا معظم دول أمريكا اللاتينية².

والملاحظ على هذه الدول أنها يهاجر إليها الأجانب كثيرا وهي مستقبلة للأجانب، فعند اعتمادها على ضابط الموطن توسع من إمكانية تطبيق قوانينها الوطنية على الأقليات المتواجدة على إقليمها، فلو اعتمدت ضابط الجنسية فسوف تضيق من فرص تطبيق قانونها الوطني، مما يشكل مساساً بسيادة القانون والغاية من وجوده والمتمثلة في تطبيقه على إقليمها³.

وتبدو الغاية واضحة لدى أنصار الأخذ بضابط الموطن، وهي ضمان أكبر مساحة ممكنة لتطبيق قوانينها الوطنية.

ويرى بعض الباحثين، أنه بالرغم من وجهة حجج أنصار قانون الموطن إلا أنها تصطدم بحقيقة في مجال الأحوال الشخصية، وهي المقاومة التي يبديها الأفراد قبل الدول عندما يتعلق الأمر بمسائل ذات ارتباط بالدين - كالزواج -، فكل ما يتعلق به يعد مقدسا يصعب التنازل عنه، الأمر الذي يدعو إلى اختيار ضابط اسناد آخر في مجال الأحوال الشخصية يتمثل في الجنسية⁴.

الفرع الثالث: إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية الزوجين

نظرا، للطابع الديني الذي يصبغ الأحوال الشخصية، اختارت تشريعات كثيرة الأخذ بالجنسية كضابط إسناد يتحدد من خلاله القانون الشخصي الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، والتي من ضمنها الزواج، لعدة اعتبارات ومبررات مقنعة لأنصارها ومنتقدة

¹ - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 128.

² - voir, GUTMAN Daniel, Droit international privé, 2ème édition, DALLOZ, 2002, P. 143.

³ - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 128. وعلي معزوز،

الانجياز للقانون الوطني من خلال المفاضلة بين الجنسية والموطن في تنازع قوانين الأحوال الشخصية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد 8، العدد 3، السنة 2023، ص 61.

⁴ - علي معزوز، المرجع نفسه، ص 63.

ومردود عليها من منتقديهم، حيث يؤكدون على أن الجنسية ثابتة ومستقرة نسبيا مقارنة بالموطن، وأنه في تحديد قانون الجنسية لحكم المسائل المرتبطة بالأشخاص تقوية وتنمية للشعور القومي لدى حاملها بالرغم من تواجده خارج إقليم دولته، فالدولة تضع قوانينها الشخصية لرعاياها دون الأجانب، مقدرة الأنسب والملائم لهم، لذلك تراعي مصالحهم حتما عند سن قوانين أحوالهم الشخصية، آخذة بعين الاعتبار الطابع الديني والثقافي الذي نشأوا عليه، فمن الطبيعي أن يتبعهم هذه القوانين أينما انتقلوا، وهي لا تتبعهم خارج الدولة إلا إذا ارتبطت بجنسيتهم¹. التي تعكس العادات والتقاليد التي تتأصل في ذهنياتهم، والقانون وضع خصيصا ليحكم الأشخاص المنتمون إليه بجنسيتهم بصرف النظر عن الإقليم المتواجدون فيه، فمن غير المنطقي أن يتغير القانون الذي يحكم الشخص لمجرد تجاوزه للحدود² وقد أخذت بالجنسية كضابط إسناد في مجال الأحوال الشخصية العديد من الدول، لاسيما اللاتينية باعتبارها المعقل التاريخي لضابط الجنسية، وتبعتها في ذلك الدول العربية والإسلامية.

إن المفاضلة بين قانون دون آخر لحكم الشروط الموضوعية للزواج، والحجج المقدمة من طرف كل توجه ليست بالحجية المطلقة، لكون المزايا العملية لكل إسناد دون الآخر ليست إلا نسبية، لأن لكل إسناد مزايا وعيوب³.

والمؤكد أن الدول التي مازال عقد الزواج فيها له ارتباط وثيق بالدين كالدول الإسلامية ومن بينها الجزائر، فإنه لا يمكنها الأخذ لا بقانون الموطن ولا بقانون محل الإبرام لإسناد الشروط الموضوعية للزواج، وقانون الجنسية يفرض نفسه عليها فرضا، لأنه من غير المعقول أن يخضع المسلم في الخارج لقانون لائكي في حين قانون أحواله الشخصية له صبغة دينية مقدسة، فعليها أن تخضع الشخص إلى قانون جنسيته في مسائل أحواله الشخصية يطبق عليه في الخارج كما يطبق عليه في الداخل⁴.

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 57.

² - سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، ونصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط5، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2009، ص 543.

³ - أحمد قسمت الجداوي، العلاقة بين الأنظمة الدينية والأنظمة اللائكية في القانون الدولي الخاص، دالوز، 1971، ص 76.

⁴ - المرجع نفسه.

بالإضافة إلى ذلك فإن تطبيق قانون الجنسية على الشروط الموضوعية لعقد الزواج من شأنه جعل الأجانب المقيمين في بلدان إسلامية والمنتمين بجنسيتهم إلى بلدان ذات أنظمة لائكية لا يطبق عليهم القانون ذا الصبغة الدينية لهذه الدول¹.

الفرع الرابع: إسناد الشروط الموضوعية للزواج في القانون الجزائري

وضع المشرع الجزائري للشروط الموضوعية للزواج قاعدة عامة في نص المادة 11 من القانون المدني وأورد عليها استثناء، في المادة (13) من نفس القانون .

البند الأول: القاعدة العامة

على غرار باقي التشريعات العربية فقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الأخير، حيث أسند الشروط الموضوعية لعقد لزواج لقانون الجنسية في نصين أحدهما عام والثاني خاص، فالنص العام هو ما تضمنته المادة (10) من القانون المدني التي نصت على: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" حيث أخذ بالجنسية كضابط إسناد لحالة الأشخاص وأهليتهم مساوية في الحكم بين الجزائري والأجنبي²، ويعتبر الزواج من مواضيع الحالة، فمن المنطقي أن تخضع شروطه لموضوعية لقانون الجنسية. كما أفرد المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالشروط الموضوعية في نص المادة (11) من القانون المدني، والتي جاء نصها كما يلي: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، حيث عبر المشرع عن قانون الجنسية بالقانون الوطني لكل من الزوجين.

والجدير بالذكر، أنه تم ضبط صياغة هذه المادة بموجب تعديل 2005 بعد أن كانت تنص سابقا على الشروط الخاصة بصحة الزواج، وهو حكم جامع لكل شروط الزواج الشكلية منها والموضوعية، حيث كان نص المادة 11 من القانون المدني قبل تعديلها كما يلي " الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين". أما بعد التعديل فقد أصبحت الفكرة المسندة في المادة (11) تختص فقط بالشروط الموضوعية.

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري -تتازع القوانين -، ج1، ط10، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 143.

² - لقد كانت هذه المادة قبل تعديلها بموجب الأمر، رقم 05-10 المؤرخ في: 20/06/2005، أحادية الجانب تخص القانون الذي يحكم حالة الجزائريين وأهليتهم فقط دون الأجانب، حيث كان نصها كما يلي " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين، ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية"

كما يجد خضوع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون الجنسية موضعاً له في نص المادة (97) من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين الجزائري وأجنبية يعتبر صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"¹.

لقد اعتبر نص هذه المادة أن الزواج المبرم في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحاً بشرط أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي تتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج.

والملاحظ أن نص المادة (97) من قانون الحالة المدنية يعرض فكرة أحادية الجانب، من خلال تناوله لزواج الجزائريين في الخارج أو زواج الجزائري بالأجنبية دون أن يتطرق إلى زواج الأجانب في الجزائر أو خارج الجزائر، ويقابل هذا النص المادة 171-1 من القانون المدني الفرنسي²، ولم يتردد القضاء الفرنسي في بإعطاء نص هذه المادة تفسيراً مزدوجاً، وفي هذا الخصوص يرى الأستاذ أعراب بلقاسم أنه " لا مانع من إعطاء نص المادة (97) من قانون الحالة المدنية تفسيراً مزدوجاً، حيث نجعل الأجانب يخضعون بالنسبة لزواجهم الذي يُبرم في الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم، حتى ينسجم مع نص المادة (11) من القانون المدني التي تخضع بصفة عامة صحة الزواج القانون الجنسية الزوجين"³ ومن النصين السالفين الذكر أعلاه يتضح أن الشروط الموضوعية للزواج في القانون الدولي الخاص الجزائري يحكمها القانون الوطني لكل من الزوجين.

¹ - الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في 19/02/1970، معدل ومتمم بالقانون رقم: 17/03 المؤرخ في: 10/01/2017، الجريدة الرسمية رقم: 02 بتاريخ: 11/01/2017.

² - Article 171-1 "Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre.

Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises.

Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret

³ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 230.

وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق قاعدة الإسناد الواردة في المادة (11) من القانون المدني الجزائري، مرهون بعدم وجود قاعدة أخرى تخالفها في تحديد القانون المختص بشروط الزواج الموضوعية في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر¹.

إن المادة (11) من القانون المدني الجزائري تمثل قاعدة إسناد مزدوجة، أي أن إعمالها يؤدي إما إلى تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، حيث حددت القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية فيما يتعلق بانعقاد الزواج، فيكون القانون المختص هو قانون جنسية الزوجين، لكن هذه القاعدة تطبق فقط في حالة ما إذا كان الزوجان أجنبيين، سواء اشتركا في الجنسية أو لم يشتركا، وتعتبر هذه القاعدة هي القاعدة العامة ولقد أورد عليها المشرع استثناء هاما في نص المادة (13) من القانون المدني.

البند الثاني: الامتياز المقرر لصالح الجنسية الجزائرية

وضع المشرع الجزائري بالنسبة للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج أصل في المادة (11) من القانون المدني الجزائري يتمثل في تطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين، كما أورد استثناء مهم بموجب المادة (13) من نفس القانون حيث جاء فيها "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (11) و(12) إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج" من خلال هذا النص يبدو جليا أنه يكفي أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج حتى يخضع الزواج كله للقانون الجزائري، باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقاعدة التنازع الواردة في المادة (10) من القانون المدني أي لقانون الجنسية.

والملاحظ على هذا النص أنه جاء صريحا في اشتراط أن يحمل أحد الزوجين الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، فلو كان أحد الزوجين أجنبيا عند إبرام عقد الزواج ثم تنسب بالجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج فلا مجال لإعمال نص المادة (13) لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج، وعلى العكس فلو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ثم فقد أحدهما

¹ - نصت المادة (21) من القانون المدني الجزائري على: " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية".

الجنسية الجزائرية ففي هذه الحالة يطبق نص المادة 13 على اعتبار كونه جزائرياً وقت انعقاد الزواج¹.

فمثلاً لو تزوج جزائرياً بإيطالية فسوف يخضع جميع الشروط الموضوعية لهذا الزواج إلى القانون الجزائري فيما عدا أهلية الزواج فعلى القاضي أن يطبق على الزوجة قانون جنسيتها وهو القانون الإيطالي، والحال نفسه لو تزوجت جزائرية من إيطالي مسلم، فيخضع هذا الزواج من حيث شروطه الموضوعية للقانون الجزائري ماعدا أهلية الزوج تبقى خاضعة للقانون الإيطالي الذي يمثل قانون جنسية الزوج.

الأصل في قواعد الإسناد هي الطبيعة المزدوجة لها، كونها قد تعقد الاختصاص إلى القانون الوطني أو إلى القانون الأجنبي حسب طبيعة العلاقة المطروحة، وجاءت المادة (13) خالية من هذه الخاصية حيث عقدت الاختصاص للقانون الجزائري وحده، وهي حالة استثنائية أفقدت قاعدة الإسناد روحها، فجاءت قاعدة أحادية².

وحيث البحث في مضمون هذه المادة يتبين منح الاختصاص للقانون الجزائري وحده دون مزاحمة من القانون الأجنبي، في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج ليطبق القانون الجزائري على مسائل الزواج من شروط موضوعية وآثار الزواج وانحلاله، وهذا ما يعتبره الفقه استثناءً مقررًا لصالح القانون الجزائري، فهو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بتطبيق قانون جنسية الزوجين، حيث لا يؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري تطبيقاً استثنائياً وإنما يطبق هذا الأخير بصفة مباشرة، وهذا ما يجعلنا نعتقد بأنه في الحقيقة ليس استثناء بل امتياز مقرر لمصلحة الطرف الوطني في علاقة الزواج من جهة وحماية المصالح الوطنية من جهة أخرى.

فمراعاة لعادات الجزائريين وتقاليدهم المستمدة من الشريعة الإسلامية، فيجب حماية الطرف الجزائري في علاقة زواج مختلط وقت إبرام عقد الزواج خاصة المرأة الحاملة للجنسية

¹ - كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 236. وعلي علي سليمان، مرجع سابق، ص 70.

² - عبد الكريم موكة، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، المجلد 14، العدد 02، 2016، ص 163.

الجزائرية وللتصدي لتغيير الجنسية بعد إبرام عقد الزواج إفلاتا من اختصاص القانون الجزائري¹.

إن الإشكالات التي يثيرها الزواج المختلط، لا يمكن أن يكون على حساب الثوابت الوطنية لتعلقها بالنظام العام والمصالح الوطنية للدول، وبناءا عليه جعلت هذه المادة الاختصاص ينعقد أصلا للقانون الجزائري بهدف حماية المجتمع والمصلحة الوطنية².

من خلال ما سبق فإن المادة (13) من القانون المدني هي قاعدة حمائية أكثر منها قاعدة إسناد بالنظر إلى الأهداف التي تسعى لحمايتها (الطرف الوطني الحامل للجنسية الجزائرية من جهة وحماية المصالح الوطنية من جهة أخرى)³.

وعلى الرغم من إيجابيات هذه المادة إلا أنه وجهت لها عدة انتقادات من الفقه، حول عدم تعبيرها عن المعنى الصحيح لقواعد الإسناد باعتبارها قاعدة فردية مباشرة تعقد الاختصاص للقانون الجزائري، دون مراعاة طبيعة العلاقات الدولية الخاصة ولا تعدد الأنظمة القانونية المتزاحمة بشأنها. كما أن تطبيق المادة (13) من القانون المدني المقابلة للمادة (14) من القانون المدني المصري قد يؤدي إلى حلول شاذة، حيث يرى الأستاذ كمال عليوش قربوع " أنه في حالة تغيير الطرف الجزائري لجنسيته بعد إبرام عقد الزواج فيحتم على القاضي تطبيق القانون الجزائري وفقا لنص المادة (13) مع أن الشخص غير جنسيته ولا تربطه أية علاقة بالجزائر⁴. بالإضافة إلى تكريس هذا النص للنزعة الوطنية بما يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص المقارن ومبادئ العدالة والمساواة التي كرستها المواثيق الدولية⁵.

لكن يبدو أن دوافع الامتياز المقرر في نص المادة (13) لصالح القانون الوطني، متى كان أحد الزوجين جزائريا، له مبرراته بالرغم ما يمكن أن يتضمنه من عيوب، لأن الأحوال

¹ -سليمة وصيف خالد وبن زيطة عبد الهادي، القواعد الحمائية المقررة لمصلحة الطرف الجزائري في عقد الزواج المختلط، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 8، عدد 1، 2024، ص 178.

² -الطيب زوروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 295.

³ -عبد الكريم موكة، مرجع سابق، ص 163.

⁴ -كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 245.

⁵ -يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بتمنراست، عدد 1، سنة 2012، ص 55-68.

الشخصية عامة والزواج خاصة يجب أن يبقى خاضع للقانون الشخصي باعتباره الأكثر ملائمة من غيره في مجال الروابط الأسرية الدولية¹.

وقد منحت غالبية قواعد الإسناد في التشريعات العربية هذا الامتياز لقانونها الوطني منها بعض القوانين المغربية على غرار القانون الليبي² والقانون الموريطاني³، وقوانين بعض الدول الخليجية مثل القانون الكويتي⁴، في حين فضل المشرع التونسي الاكتفاء بالقاعدة العامة القاضية بإسناد الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدى دون أن يأخذ بهذا الاستثناء والامتياز⁵.

المطلب الثاني: إشكالات تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية الزواج

أسند المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية الزوجين، فعند قيام نزاع يتعلق بمدى صحة الشروط الموضوعية للزواج، فإن القاضي سوف يطبق قانون جنسية الزوجين، ففي الحالة التي يتحد فيها الزوجين في الجنسية فلا يثور أي إشكال حول تطبيق قانون الجنسية، بينما في حالة اختلافهما في الجنسية يبرز إشكال حول كيفية تطبيق قانون جنسيتهم (الفرع الأول)، كما أن إعمال قانون الجنسية يثير عدة إشكالات قانونية (الفرع الثاني).

¹ - خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية (دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغربية) ط1، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، 2001، ص186.

² - المادة 14 من القانون المدني الليبي: "إذا كان أحد الزوجين ليبيا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين ليبيا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الليبي وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

³ - المادة 9 من قانون الالتزامات والعقود الموريطاني: "يطبق القانون الموريطاني المتعلق بقضايا الأحوال الشخصية على الأزواج إذا كان أحدهم موريتانيا وقت انعقاد الزواج" الأمر القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ: 14/09/1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود المعدل بالقانون رقم: 31-2001 الصادر بتاريخ: 08/02/2001.

⁴ - المادة 36 من القانون الكويتي "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية وصحة الرضاء وشرط الخلو من موانع الزواج، إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية. فإن اختلفت وجب الرجوع. بالنسبة إلى كل زوج، لقانون جنسيته. وإذا كان أحد الزوجين كويتية وقت انعقاد الزواج. سري القانون الكويتي وحده فيما عدا شرط الأهلية"، قانون رقم 5 لسنة 1961م بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

⁵ - الفصل 45 مجلة القانون الدولي الخاص التونسي: "تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة"، قانون رقم : 97 المؤرخ في : 27/11/1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 96 بتاريخ : 01/12/1998.

الفرع الأول: كيفية تطبيق قانون جنسية الزوجين

انتهج المشرع الجزائري في قاعدة التنازع الواردة في المادة (11) أسلوب الإسناد المركب، حيث تضمن نص هذه المادة ضابط إسناد وحيد وهو قانون الجنسية الذي يشير إلى اختصاص قانونها، قانون الزوج وقانون الزوجة، هذا الأسلوب لا يطرح من الناحية العملية أي إشكال إذا كان الزوجين من نفس الجنسية، فيعود القاضي للقانون الجنسية لتطبيقه على الشروط الموضوعية لصحة زواجهما، بينما في الحالة التي يكون فيها الزوجان مختلفين في الجنسية، ومع إمكانية اختلاف مضمون كل من القانونين، فهل ينبغي أن تتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيته مع تلك المطلوبة في قانون جنسية الزوج الآخر؟ أم أن الأمر يقتصر على توفر هذه الشروط في كل زوج بحسب قانونه الوطني دون مراعاة مدى توفرها في قانون الزوج الآخر؟

ولحل هذا الإشكال وجدت عدة دراسات واجتهادات فقهية حول الكيفية التي ينبغي بها تطبيق هذه القاعدة في ظل وجود قانونين يحكمان نفس العلاقة القانونية وفي أغلب الحالات مختلفي المضمون ويختصان معا بحكمها، ولهما نفس الدرجة في صلاحية التطبيق، فظهر اتجاهاً أحدهما ينادي بتطبيق قانون الزوج وقانون الزوجة تطبيقاً جامعاً (البند الأول) والآخر يدعو إلى التطبيق الموزع (البند الثاني)

البند الأول: التطبيق الجامع

يرى الفقه التقليدي أن الهدف الذي وضعت من أجلها قاعدة الإسناد هو حماية الرابطة الزوجية في حد ذاتها، وتلافي قيامها صحيحة في نظر قانون أحد الزوجين وغير صحيحة في نظر قانون الزوج الآخر، بحيث تقوم الرابطة الزوجية على مبدأ احترام قانون كل زوج لقانون الزوج الآخر، ولكون الرابطة الزوجية علاقة ثنائية الأطراف مرتبطة بقانونين في حالة الزواج المختلط، فإنه من غير المعقول أن يستقر بها قانون دون الآخر، ولا يمكن قيام الرابطة الزوجية وفق قانون بصرف النظر على القانون الآخر، وعليه يتعين تطبيقهما على قدم المساواة وهذا لا يتحقق إلا من خلال التطبيق الجامع¹.

وبحسب هذا الاتجاه فإن الزواج لا يكون صحيحاً إلا إذا اعتبر كذلك وفقاً لكلا القانونين، ولا يتحقق ذلك إلا باستيفاء الزوج شروط الزواج في قانونه وفي قانون الزوجة أيضاً، واستفاء

¹-Jean-marc bischoff, Répertoire de droit international, Mariage, Tome11, Dalloz, Paris,1999,p 06 .

الزوجة شروط الزواج في قانونها وفي قانون الزوج أيضا، بمعنى إدماج أحكام كل من القانونين ثم تطبيق هذه الأحكام على كل من الزوج والزوجة¹، وفي هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي " " Lerebours-Pigeonnière " "إن الزوجين المستقبليين لا يمكن أن يكونا غير مكرثين بصلاحيية القانون المقابل (قانون الزوج الآخر) لأن كل قانون من القانونين يهدف إلى حماية مصالح الأسرة"².

إن هذا التطبيق وبالرغم من منطقيته كونه يجعل الزواج صحيحا في كلا القانونين وبالتالي يحول دون إعطاء امتياز لأحد القانونين على الآخر، إلا أنه من الناحية العملية صعب التطبيق، ومن شأن هذا التطبيق إهدار القواعد الأكثر تساهلا والاقتصار على أعمال القواعد الأكثر تشدد بالنسبة لكل من الزوجين³، وبالتالي تقل فرص قيام الزواج المختلط لاختلاف قوانين الأحوال الشخصية بين الدول عادة، وهي تتناقض مع مبدأ احترام قانون كل من الزوج والزوجة الذي استهدفه أنصار التطبيق الجامع⁴.

وبالنظر للانتقادات الموجهة لفكرة التطبيق الجامع تم اللجوء إلى الفكرة التي تعتمد على التطبيق الموزع.

البند الثاني: التطبيق الموزع

يقتضي التطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين، بحيث يكفي لصحة الزواج أن تتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته، دون مراعاة ما يتطلبه قانون الزوج الآخر، فلو تعلق الأمر بزواج جزائري بفرنسية، فيكفي أن يستقي الزوج الجزائري وحده الشروط الموضوعية لعقد الزواج التي يتطلبها قانون الأسرة الجزائري، وأن تتوفر في الزوجة ما يشترطه القانون الفرنسي من شروط موضوعية للزواج في القانون الفرنسي.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 216.

² -Yvon Lousouarn et Pierre Bourel, Droit international Privé, 3^{ème} édition, allos, paris, 1988, P. 468.

³ - أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجيا، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، القاهرة، ص 567.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ص -217 -216.

ويقوم هذا الرأي على فكرة مؤداها الولاية الشخصية للقانون الذي يحكم الزواج، فالقانون تقتصر ولايته وحمايته على وطني الدولة دون غيرهم، لذلك لا مبرر لتطبيق قانون الزوج على الزوجة أو العكس عند اختلاف مضامينها¹.

وعلى الرغم من ترجيح الغالبية من الفقه لأسلوب التطبيق الموزع، ومع ذلك، قد يواجه التطبيق الموزع بعض القيود عندما يتعلق الأمر بموانع الزواج. في هذا السياق، يقترح الفقه الألماني التمييز بين الموانع الفردية التي تتعلق بالشخص نفسه، والموانع ذات الطابع المزدوج التي تتعلق بالزواج ككل. في الحالة الأولى، يتم اللجوء إلى تطبيق الموزع للقوانين المتنازعة، بينما في الحالة الثانية، يتم استخدام التطبيق الجامع. وبناءً على ذلك، يتم تصنيف هذه الموانع ضمن فئات محددة، حيث تصنف الشروط ذات الطابع المزدوج والتي تتعلق بالعلاقة نفسها، مثل موانع الزواج كالقربة والرضاع وتعدد الزوجات، يتم بشأنها التطبيق الجامع لقانون الزوج والزوجة، نظرا لخطورتها وتأثيرها على الزواج ذاته².

أما الشروط التي تخص الشخص نفسه وتكون ذات طابع فردي المتعلقة بالسن والأهلية والرضا، فيطبق عليها التطبيق الموزع³.

والواقع أن الكثير من موانع الزواج يتصل في أحيانا عديدة بأحد الزوجين، غير أنه يتناول الزوجين في آن واحد، كالموانع الصحية والدينية، والقربة واختلاف الدين، والعدة، والزواج السابق، مما يستلزم بالضرورة تطبيق قانون الزوجين تطبيقا جامعا بشأنها⁴.

وفيما يتعلق بالمانع الصحي، يُعتبر ذا صفة مزدوجة لأنه يتعلق بكلا الطرفين، حتى وإن كان السبب يعود لأحدهما فقط⁵.

وبخصوص شرط عدم وجود زواج سابق منحل، اعتبرت بعض القوانين التي تعادي وتعارض فكرة التعدد هذا الشرط من الموانع ذات الصفة المزدوجة. وتوفره يمنع قيام الزواج الثاني، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن زواج الفرنسيات من أجانب يسمح قانونهم الوطني بالتعدد، يقع باطلا تطبيقا لنص المادة 147 من القانون المدني الفرنسي⁶، التي وإن

¹ - أنظر، فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 228.

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 219.

³ عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 216.

⁴ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 69 - 78.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 221.

⁶ - article 147 "On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier."

كانت بصيغة أحادية إلا أن طبيعة المانع مزدوجة، هذا ما تبين من خلال قرار لها، يتعلق بزواج لبناني كان ينتمي إلى الطائفة المارونية متزوج من لبنانية مارونية ثم اعتنق الإسلام بعد ذلك وتزوج بفرنسية، مما دفع بالنيابة العامة الفرنسية إلى طلب إبطال هذا الزواج استناداً إلى نص المادة 147 من القانون المدني، حيث اعتبرت أن المانع المذكور في هذه المادة - عدم جواز عقد زواج ثاني قبل حل الزواج الأول - ذو طبيعة مزدوجة ومطلقة. ومن ثم، يجب أن يكون هذا المانع غير متوفر في كل من الزوجة الفرنسية والزوج اللبناني. وبما أن ذلك غير محقق، نظرًا لأن الزوج اللبناني لا يزال مرتبطًا بالزوجة اللبنانية، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال الزواج¹. من خلال تطبيق القانون الوطني للزوجة الفرنسية بشكل جامع. ومع ذلك، هناك تشريعات أخرى اعتبرت هذا الشرط من الموانع الفردية².

وميز بعض الفقهاء في شأن موانع الزواج بين الموانع التي تهدف إلى مبادئ أخلاقية عليا كالقربة واختلاف الدين وبين تلك الموانع الإقليمية التي لا تمتد إلى خارج الإقليم، مثل موانع اللون أو الجنس.

وهناك تشريعات نصت صراحة على تطبيق قانون الزوجين تطبيقاً موزعاً كالقانون الكويتي بموجب المادة (1/36) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي³، والقانون التونسي من خلال الفصل 45 من مجلة القانون الدولي الخاص⁴.

وفيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري، يمكننا أن نستنتج أنه اتجه نحو التطبيق الموزع، وذلك من خلال الصياغة التي وردت في المادة 11 المشار إليها سابقاً. فاستعمال المشرع لعبارة "كل من الزوجين" يدل على تأثره بالاتجاه الثاني الذي يدعو إلى التطبيق الموزع. فلو اتجهت إرادة المشرع الجزائري إلى اعتماد التطبيق الجامع، لكان قد استخدم عبارة "لكلا من الزوجين".

¹ - Cour de cassation (1ere ch- civ)- 24 /09/ 2002, Revue critique de droit international"

² - آمنة محمدي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019، ص 304.

³ - المادة 1/36 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج كالأهلية وصحة الرضاء وشرط الخلو من موانع الزواج، إلي قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية. فإن اختلفت وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل زوج، لقانون جنسيته"

⁴ - الفصل 45 مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

ولعل الأمر يتأكد أكثر من خلال المادة (97) من قانون الحالة المدنية، والتي تعتبر زواج الجزائري بأجنبية في الخارج صحيحاً بشرط أن لا يخالف الزوج الجزائري الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري.

أما مسألة استثناء موانع الزواج من التطبيق الموزع تبقى غير واضحة في التشريع الجزائري. فغياب سابقة قضائية في هذا الشأن، يتيح مجالاً لتفسيرات وتأويلات متعددة. ومع ذلك، نرى أنه طالما أن المشرع لم يستثن هذه الموانع بشكل صريح، فإنه يمكن تطبيق قانون جنسية الزوجين بشكل جامع حفاظاً على الرابطة الزوجية وفي حال تم الاعتماد على التطبيق الموزع يجب مراعاة فكرة النظام العام وفقاً لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري¹. ومع ذلك كان من الأجدر على المشرع الجزائري الإشارة الصريحة لنوع التطبيق.

الفرع الثاني: إشكالية إعمال قانون جنسية الزوجين

لقد تناولنا سابقاً بأن المشرع الجزائري اخضع الشروط الموضوعية لصحة الزواج للقانون الشخصي للزوجين عن طريق ضابط الإسناد المتمثل في الجنسية، وتعرض تطبيق قانون الجنسية صعوبات فنية تتمثل في كونها قد تكون متعددة للشخص الواحد أو تكون منعدمة وقد تتغير الجنسية بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها وهو ما سنستعرضه نقطتين أساسيتين، حيث سنستعرض التنازع الإيجابي للجنسيات (البند الأول)، ثم التنازع السلبي للجنسيات (البند الثاني).

البند الأول: تطبيق قانون الجنسية في حالة تنازع الجنسيات

إن حرية الدول في تنظيم رابطة الجنسية، يترتب عليه أوضاع قد تتعدد فيه هذه الرابطة وأوضاع أخرى قد تنعدم فيها، وعلى اعتبار أن الشروط الموضوعية للزواج يسري عليها قانون جنسية الزوجين، فإن القاضي تعترضه حالات يكون فيها للشخص أكثر من جنسية، وعليه أن يرجح جنسية واحدة من بين الجنسيات المتنازعة، كما أنه عليه إيجاد حل في حالة انعدام الجنسية.

أولاً- التنازع الإيجابي للجنسيات

¹ - جاء في نص المادة 24 من القانون المدني: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر"

في هذه الحالة يتمتع الشخص الواحد بأكثر من جنسية أي يُثبت للشخص جنسية دولتين أو أكثر ونظرا لاستحالة تطبيق قوانين جميع الجنسيات التي يحملها الشخص في نفس الوقت، فإنه يتوجب على القاضي المطروح أمامه النزاع أن يختار إحدى الجنسيات التي يتمتع بها الفرد، هذا الاختيار قد يتوقف عليه مسائل بالغة الأهمية، فلو كان قانون إحدى الدول يسمح بزواج المسلمة بغير المسلم كما هو الحال في الدول الغربية، في حين قانون دول أخرى يعتبر هذا النوع من الزواج باطلا.

ان تعدد الجنسيات كان محل اهتمام من الفقه والتشريع والقضاء الدولي حيث أوجد حلولاً تختلف بحسب وجود جنسية دولة القاضي الناظر في النزاع ضمن الجنسيات المتنازعة أو عدم وجودها.

أولاً- عدم وجود جنسية دولة القاضي بين الجنسيات المتنازعة

في هذه الحالة يكون التنازع بين جنسيات كلها أجنبية على القاضي، ولحل هذه الإشكالية اقترح الفقه عدة معايير من بينها تفضيل الجنسية التي تتفق أحكام قانونها مع أحكام قانون دولة القاضي، أو اعتماد الجنسية الأقدم أو الأحدث¹، كما يرى جانب آخر منح الشخص الحرية في اختيار أحد الجنسيات الثابتة له².

إلا أن الاتجاه الغالب في الفقه يرى أن حسم التنازع بين الجنسيات يتم باللجوء إلى الجنسية المهيمنة أو الواقعية أو ما يطلق عليه بالجنسية الفعلية³، والمقصود بالجنسية الفعلية هي الجنسية التي تظهر الوقائع والظروف أن الشخص يرتبط بها فعليا أكثر من غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها⁴، وهذا الارتباط يستخلصه القاضي من ظروف وملابسات الحالة

¹ - مبدأ آخر جنسية يتحصل عليها الشخص حيث بموجب هذا الحل يتم تفضيل آخر جنسية ارتبط بها الفرد كونها المعبر الحقيقي عن إرادته، وقد أخذت بهذا الحل اتفاقية جامعة الدول العربية لسنة 1954 من خلال مادتها الثامنة والتي نصت " لكل من له أكثر من جنسية من جنسيات دول الجامعة العربية الحق في اختيار احداها خلال سنتين من تاريخ نفاذ هذه الاتفاقية، وفي حالة استقاء السنتان دون اختيار فإنه يعتبر أنه اختار الجنسية الأخيرة تاريخا، اتفاقية جامعة الدول العربية حول الجنسية، المنعقدة، بالقاهرة، بتاريخ: 1954/04/05. متاح على الموقع:

<https://haqqi.info/ar/haqqi/legislation/convention-nationality> تاريخ الزيارة: 2025/02/21 على الساعة 23:00.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين -دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 655.

³ - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، لبنان، 1994، ص 275.

⁴ - أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 86.

المعروضة عليه، فعلى القاضي أن يتبين الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها من بين الجنسيات التي يحملها، حيث تتجلى في جميع مناحي حياة الشخص وتكون لها الهيمنة، فيبحث عن موطن الشخص المعتاد، واللغة التي يحسنها ويتكلم بها، الدولة التي يمارس فيه وظيفته الخاصة، أو التي يشغل فيها منصب سياسي، أو التزم فيها بأداء الخدمة الوطنية، كل هذه المعايير تؤكد انتماءه لدولة ما أكثر من الأخرى و تكشف بذلك عن ارتباطه بها أكثر من غيرها¹.

ويلاقي هذا الحل تأييدا واسعا على اعتبار أن الجنسية وإن كانت رابطة قانونية إلا أنها مع ذلك فهي رابطة اجتماعية تقوم على أسس الاشتراك في الفكر والمشاعر والمصالح والأمان، وهذه العناصر هي مسائل واقعية وليست قانونية، ومن ثم لا يتم تفضيل جنسية على أخرى على أساس قانوني بل على أساس الواقع والاعتبارات العملية.

وهو الحل الذي اعتمدته اتفاقية لاهاي لعام 1930 المنعقدة في 12 افريل 1930 من خلال مادتها الخامسة التي جاء فيها " يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أن تعامله بأنه يتمتع بجنسية واحدة ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية أو جنسية الدولة التي يظهر من الملابس تتعلق الشخص بها فعليا"².

وأخذت بمعيار الجنسية الفعلية محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي بتاريخ 1912/6/3 في قضية "كانيفارو"³.

وقد تبنى المشرع الجزائري فكرة الجنسية الفعلية كحل لتعدد الجنسيات مع عدم وجود الجنسية الجزائرية من بينها وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني، والتي تنص على " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية" والملاحظ أن المشرع الجزائري عبر عن الجنسية الفعلية بالجنسية الحقيقية. وهو ما أدى بالفقه إلى انتقاد

¹ -- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين -دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 656-657.

² - المرجع نفسه.

³ -تتلخص وقائع هذه القضية بأن شخص يدعى كانيفرو، كان يتمتع بالجنسية الإيطالية إلى جانب جنسية البيرو، فطالبته البيرو بأداء الضرائب فلجأ إلى ايطاليا باعتباره مواطنا ايطاليا، وطرح النزاع إلى التحكيم الدولي، هذا الأخير أكد أن انتماء كانيفرو إلى دولة البيرو كونه مرتبط بها واقعا، بحيث يمارس حقوقه السياسية بها، ورشح لعضوية مجلس الشيوخ بدولة البيرو بما يدل دلالة واضحة على انتمائه الواقعي بجنسيتها.

صياغة المادة، إذ كان حريا بالمشعر الجزائري استعمال مصطلح الجنسية الفعلية وليس الحقيقة، على اعتبار أن كل الجنسيات التي يحملها الشخص تعد حقيقة بالنسبة له، وإلا لما حدث تنازع بينها¹.

كما اعتمد المشرع التونسي أيضا على الجنسية الفعلية لفض تنازع الجنسيات حينما لا تكون الجنسية التونسية من بينها بموجب الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص². في حين منحت تشريعات بعض الدول العربية الأخرى للقاضي صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات دون وجود جنسيته من ضمنها، من بينها المشرع المصري بموجب الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني³.

واستنادا لمبدأ الجنسية الفعلية، حين عرض نزاع على القاضي الجزائري متعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة عقد الزواج بين زوج تونسي وزوجة لبنانية تحمل في ذات الوقت الجنسية الفرنسية، فإذا تبين للقاضي من خلال الوقائع ارتباط الزوجة اللبنانية بدولة لبنان ارتباطا فعليا وواقعيا، فإنه يرجح في هذه الحالة الجنسية اللبنانية تطبيقا للفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني وبالتالي يطبق القانون اللبناني فيما يخص الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج بالنسبة للزوجة.

هذا الحل المعتمد في الحالة التي تكون الجنسيات المتنازعة ليس من بينها جنسية دولة القاضي، فما هو الحالة عندما توجد جنسية القاضي بين الجنسيات المتنازعة؟

ثانيا - وجود جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة

في هذه الحالة فإن جنسية دولة القاضي تلعب دورا حازفا بالنسبة لجنسيات الدول الأخرى التي يتمتع بها الفرد، إذ تزيج جنسية دولة القاضي مسبقا كل إمكانية للاختيار أو المفاضلة بين الجنسيات⁴، إذ يذهب الاتجاه الغالب في القانون المقارن إلى أنه إذا كانت

¹ - محمد حبار، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2013، ص 81.

² - الفصل 39 ينص على: " تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي. وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية"

³ - المادة 1/25 من القانون المدني المصري " المادة 1/25: يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد". ويقابها المادة 1-25 من القانون المدني الليبي والمادة 1-27 من القانون المدني السوري، المادة 26 مدني أردني.

⁴ - رعد مقداد محمود، يعقوب حسن حمد الجبوري، القانون الواجب التطبيق عند تنازع الجنسيات دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 5، المجلد 5، العدد 4، العراق، 2021، ص 58.

جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيات المتزاحمة، وجب اعتماد هذه الجنسية وتطبيقها بغض النظر عن باقي الجنسيات، ودون اعتبار لكون هذا الشخص مرتبطاً من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا، أو تربطه بها مصالح، أو يعيش هذه الجنسية فعلاً وواقعاً أو مجرد ارتباط إداري فقط¹.

ويجد تفضيل جنسية دولة القاضي على باقي الجنسيات المتنازعة أساسه في كون الجنسية من المسائل ذات الارتباط الوثيق بالسيادة، وهي اختصاص حصري لكل دولة. وهذا الحل واسع الانتشار، وقد أخذت به اتفاقية لاهاي 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية، في مادتها الثالثة، التي منحت الحق لكل دولة أن تعتبر الشخص متعدد الجنسيات الذي يحمل جنسيتها من بين الجنسيات التي يتمتع بها، مواطناً من مواطنيها².

واعتمدت هذا الحل تشريعات غالبية الدول العربية³، وتبناه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة (22) من القانون المدني، حيث أعطى الأفضلية للجنسية الجزائرية وألزم القاضي الجزائري بتطبيق القانون الجزائري على الشخص المتعدد الجنسيات وكانت من بينها الجنسية الجزائرية.

وتطبيقاً لقاعدة أفضلية الجنسية الوطنية في حال تنازع الجنسيات، فإذا رفع نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج بين سوري وزوجة فرنسية وتتمتع في نفس الوقت بالجنسية الجزائرية، فإن القاضي يرجح الجنسية الجزائرية بالنسبة للزوجة، إعمالاً للفقرة الثانية من المادة (22) من القانون المدني الجزائري.

بناءً على ذلك، يُعتبر الشخص الذي يحمل الجنسية الجزائرية، سواء كانت أصلية أو مكتسبة، ويقيم داخل الجزائر أو خارجها، مواطناً جزائرياً أمام القضاء في الجزائر، ويتمشى

¹ - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 657.

² - تنص المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية، "دون الإخلال بأحكام هذه الاتفاقية إذا كان الشخص متمتعاً بجنسيتين أو أكثر فيمكن لكل دولة يتمتع بجنسيتها أن تعتبره من تابعيها"، الاتفاقية باللغة الإنجليزية متاحة على الموقع: <https://www.refworld.org/legal/agreements/lon/1930/en/17955>

تاريخ الزيارة: 2025/01/01 على الساعة 8:00.

³ - مثل، المادة (25/02) من القانون المدني الليبي، والمادة (25/02) مدني مصري، والفصل (39) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة (24) من تقنين المعاملات المدنية اللبنانية.

هذا الحل مع المبدأ القائل بأن لكل دولة الحق في تحديد مواطنيها، إذ لا يُعقل أن تُترك مهمة تحديد رعاياها لدولة أخرى، وهو مبدأ متعارفاً عليه في النظام الدولي.

يظهر أن ترجيح قانون دولة القاضي في حال كون متعدد الجنسيات يحمل جنسية دولة القاضي، أصبح يشكل قاعدة عالمية من قواعد القانون الدولي الخاص، وهي لا تقتصر على تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسيات فحسب، بل تمتد إلى مركزه بين الأجانب وتحديد الاختصاص القضائي الدولي الخاص به¹.

والجدير بالذكر أن الحلول الواردة سابقاً، في الفرضين (وجود جنسية دولة القاضي بين الجنسيات المتنازعة أو عدم وجودها) تعد من الحلول التقليدية التي بالرغم من رواجها وانتشارها إلا أنها لاقت انتقادات، ففي الفرض الأول، فإن تطبيق قانون دولة القاضي على متعدد الجنسية، فقد تكون جنسية دولة القاضي لا تمت بصلة بالفرد حاملها كونه غير مرتبط بها واقعياً وفعلياً وقد تكون الجنسية المستبعدة هي الجنسية الحقيقية.

كما لم يسلم مبدأ تطبيق الجنسية الفعلية من الانتقادات، كونه قد يؤدي إلى الغش، كذلك لا يمكن تطبيقه إلا في حالة وجود الفرد في دولة ثالثة وما يتبع ذلك من إشكالية تحديد الموطن أو محل الإقامة² هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية لا يحقق الأمن القانوني لاختلاف تفسير الدول لمبدأ الجنسية الفعلية، مما يتسبب في اختلاف الحل حسب الدولة التي يثور النزاع أمام محاكمها³، كما أن البعض يرى بأن الجنسية الفعلية هي مسألة سياسية أكثر منها نظرية قانونية، حيث لا يمكن لدولة غربية كفرنسا على سبيل المثال أن تعترف للفرنسي الذي يكتسب الجنسية الجزائرية بحقه في تعدد الزوجات حتى ولو كانت الجنسية الجزائرية هي جنسيته الفعلية، وعليه قد يؤدي اعتماد الجنسية الفعلية إلى نتائج غير مقبولة في فرنسا⁴.

¹ - هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2003، ص 297 ومايليها.

² - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص - النظرية العامة لاحكام الجنسية العراقية، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، ص 234.

³ - عكاشة عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات - دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المقارن -، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 84.

⁴ - سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص 692.

وتجنباً لهذه الانتقادات الموجهة للحلول التقليدية، برز اتجاه حديث يركز على فكرة الحل الوظيفي، حيث يقتضي هذا الحل اعتماد القانون المحقق للهدف أو الغاية المرجوة من قاعدة الإسناد، سواء كان هو قانون الجنسية الفعلية أم لا، ويصطلح على هذا التوجه الحديث بالحل الوظيفي، الذي يستوجب النظر في تنازع الجنسيات على أساس أنها مسألة أولية، تقوم في إطار مسألة أصلية، وهي مسألة غير مستقلة بذاتها، لذا يتم التعامل مع كل مسألة على حدى بموجب حكم ينسجم مع طبيعة المسألة الأصلية التي عُرض تنازع الجنسيات بشأنها¹.

وعليه يتعامل القاضي بصفة نسبية وبموجب ذلك يختلف الحل من مسألة إلى أخرى على حسب طبيعة العلاقة المرتبط بها إشكالية تعدد الجنسيات، وبالرغم من أن فكرة الحل الوظيفي هي نتاج ما توصل إليه الفقه الحديث في إطار حلول لتعدد الجنسيات، إلا أنها لم تلق رواجاً كافياً في التشريعات المقارنة، كونها تترك المجال واسعاً أمام القضاء في بحث فكرة المصلحة أو الغاية المرجوة من قاعدة الإسناد، وهي مسألة مرنة ومتغيرة ليس من السهل على المشرع حصرها وضبطها في نصوص واضحة².

ثالثاً: التنازع السلبي للجنسيات

إن الاعتماد على الجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية، والتي على رأسها الزواج، حيث يقبل هذا الضابط التعدد للشخص الواحد، ينجر عنه صعوبات في تحديد القانون المختص، وقد رأينا كيف عالجت مختلف التشريعات تلك الصعوبات، كما قد يقبل الانعدام، وهو الوضع الذي يتطلب البحث من جديد عن القانون الواجب التطبيق على الشخص عديم الجنسية³.

¹ عكاشة عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات -دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 60.

² هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2001، ص 132.

³ -عرفت مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين الشخص عديم الجنسية بأنه "الشخص الذي لا يرتبط بموجب القوانين الوطنية - بالرابطة القانونية للجنسية مع أي دولة" أي حالة الفرد الذي لا يعتبر مواطناً من قبل أي دولة، وبما إن الدولة هي الطرف الآخر في رابطة الجنسية إلى جانب الفرد فأن وجود طرف دون الآخر كوجود الفرد دون دولة يرتبط بها برابطة الجنسية يجعله بلا دولة، وبالتالي بلا جنسية، المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، متاح على الموقع الإلكتروني الرسمي للأمم المتحدة على الموقع www.un.orgar/events/refugeeday/definitions.shtml تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2023/05/23.

ويطلق كثير من الفقهاء على انعدام الجنسية بالتنازع السلبي، وهي تسمية غير دقيقة بالمعنى الفني، كون انعدام الجنسية لا يشكل أي تنازع بين الجنسيات إطلاقاً، لأن الشخص عديم الجنسية لا يحمل أي جنسية أي دولة، أي أن قوانين كل الدول تخطت عنه¹، ما يجعل القاضي يبحث عن حل بديل لضابط الجنسية غير الموجود في هذه الحالة. لقد اختلفت الآراء الفقهية في الكيفية التي بواسطتها يتم تعيين القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية حيث وجدت ثلاث آراء.

1-الرأي الأول: مفاد هذا الرأي أن يطبق القاضي قانون الجنسية التي كان يتمتع بها عديم الجنسية قبل تجريده منها تعسفياً².

والانتقاد الموجه لهذا الرأي هو أن هذا الحل لا يشمل كل حالات الانعدام، كالانعدام المعاصر للميلاد، فهذا الحل يقتصر على حالة الانعدام اللاحق للميلاد أما الانعدام المعاصر للميلاد فلا يمكن تطبيق هذا الحل على أساس ان عديم الجنسية لم تثبت له جنسية ثم فقدها بل هو عديم الجنسية على الإطلاق. هذا من جهة ومن جهة أخرى تثار مشكلة تقدير تجريد الشخص من جنسيته هل كان تعسفياً أم لا³.

2-الرأي الثاني: ذهب هذا الرأي، إلى وجوب تطبيق قانون الدولة التي ولد عديم الجنسية على إقليمها وذلك لارتباطه بها بواقعة الميلاد، وتعرض هذا الرأي بدوره للانتقاد على اعتبار أن الولادة على إقليم دولة معينة قد يكون بصفة عرضية، كذلك من الممكن أن تكون هذه الدولة هي التي سحبت منه الجنسية وحرمتها منها، ليصبح عديم الجنسية⁴.

3-الرأي الثالث: وهو الغالب في الفقه والتشريعات الغربية المقارنة، ويذهب إلى تطبيق قانون موطن الشخص عديم الجنسية على أساس أنه أكثر القوانين التي يرتبط بها هذا الشخص⁵، كما أن الموطن ومحل الإقامة ضابط احتياطي عند تعذر أعمال الضابط الأصلي الذي هو

¹ - كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة، جامعة الإسكندرية، مصر، 1979، ص 110.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 824.

³ - عامر محمودي الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 268.

⁴ - المرجع نفسه، ص 208.

⁵ - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 88.

الجنسية، وإذا تعذر إعمال هذا الضابط الاحتياطي، لعدم وجود موطن أو محل إقامة لعديم الجنسية، يطبق قانون القاضي المناط به الفصل في النزاع¹.

أما التشريعات العربية فقد تركت الحرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية²، وقد كان التشريع الجزائري قبل تعديله للقانون المدني سنة 2005 من بينها، حيث كان يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية، لكنه تراجع عن موقفه بموجب تعديل 2005 من خلال إضافة فقرة جديدة للمادة (22) نصت على: "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة" وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد تبنى الرأي الغالب في الفقه والتشريع المقارن، وانسجم مع أحكام المادة (12) من اتفاقية نيويورك المبرمة في: 28/09/1954، التي جاء فيها: " الحالة الشخصية للشخص عديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلف الموطن، فيكون قانون بلد إقامته"³.

البند الثاني: تطبيق قانون الجنسية في حالة انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها الشرائع

قد يحدث أن تكون الدولة التي ينبغي تطبيق قانون جنسيتها على شروط الزواج الموضوعية وفقاً لما تحدده قواعد الإسناد، هي دولة تتميز بتعدد القوانين والشرائع. وتعدد الشرائع قد يكون تعدداً إقليمياً ينطبق على الدول ينطبق على الدول التي تنقسم إلى أقاليم بحيث يختص كل إقليم منها بشريعة خاصة به، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وكند، أو قد يكون تعدد شخصياً (طائفاً) في الدول المنقسمة طائفاً سواء بحسب الديانة أو المذهب أو العرق، حيث يكون لكل طائفة بشريعتها الخاصة، كما هو الحال في لبنان.

ومسألة تحديد الشريعة واجبة التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع من القضايا التي أثارت جدلاً واسعاً في فقه القانون الدولي الخاص، خاصة في ظل الجهود المستمرة التي يبذلها المجتمع الدولي لتعزيز حماية حقوق الأقليات الدينية والعرقية في مختلف

¹ -عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 667.

² - المادة (25/01 مدني مصري، المادة (25/01 مدني ليبي، المادة (26/01 مدني سوري، المادة (26) مدني أردني.

³ - المادة 1/12 من اتفاقية نيويورك، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم: 64 - 173، المؤرخ في: 08/06/1964، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتعلقة بالحالة الدولية لعديمي الجنسية المبرمة في نيويورك بتاريخ: 28/09/1954، الجريدة الرسمية، عدد 15 لسنة 1964.

أنحاء العالم، بما في ذلك حقها في اختيار الأنظمة التي تحافظ بها على هويتها الخاصة مما يؤدي إلى تعزيز التعدد التشريعي في بعض الدول من العالم¹.

ينتج على هذا التعدد إمكانية حدوث تنازع داخلي بين القوانين، فإذا كان التنازع الدولي يتعلق بتنازع قوانين دول ذات سيادات مختلفة فإن التنازع الداخلي هو تنازع قوانين تنتمي إلى نفس السيادة².

إن الأنظمة القانونية التي لم تتخذ حلاً لهذه المشكلة بشكل صريح، يرتبط الحل ارتباطاً وثيقاً بتفسير قاعدة الإسناد الوطنية. لذا، يجب على القاضي الوطني أن يوضح المقصود بعبارة "القانون الأجنبي" عندما يتعلق الأمر بقانون دولة تتعدد فيها الشرائع³.

وبحسب الرأي الراجح في الفقه والقضاء، فإن تحديد الشريعة واجبة التطبيق في هذه الحالة يوكل إلى القانون المختص نفسه دون تدخل من قانون القاضي في تحديد الشريعة واجبة التطبيق⁴ وهو ما يطلق عليه بقاعدة التفويض.

فبموجب هذه القاعدة، يُفوض قانون القاضي القانون الأجنبي لتحديد الشريعة المختصة بحكم النزاع، بمعنى أن أمر تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق، متروك لقواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المتعددة التشريعات⁵.

وهو الحل الذي كرسه قضاء بعض الدول، التي لم تعالج هذه المسألة تشريعياً، مثل لبنان، حيث توصلت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز اللبنانية إلى "أن من المبادئ العامة المعترف بها في القانون الدولي الخاص، أنه عندما تكون المحكمة الوطنية مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص ما، وتواجه تعدد القوانين الداخلية في ذلك البلد نتيجة لنظامه السياسي، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، فإنها تختار من بين هذه القوانين

1 - سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 77.

2 - المرجع نفسه.

3 - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 271.

4 - جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، ج 3، في تنازع القوانين، معهد الدراسات العربية العالية، بيروت، لبنان، 1974، ص 136.

5 - هو الحل الذي أخذت به العديد من الأنظمة القانونية العربية، من بينها القانون المصري في المادة (26) مدني والسوري في المادة (28) مدني، والليبي المادة (26) مدني، كما أخذت به القوانين الغربية على غرار القانون الإسباني لسنة 1974 بموجب الفقرة 5 المادة (12) والقانون البرتغالي لسنة 1966 بموجب المادة (20) مدني، فؤاد ذيب، مرجع سابق، ص 162.

الداخلية ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك" فتكون بذلك القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية¹.

وهو الحل الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة (23) من القانون المدني الجزائري التي نصت على: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه"

وبهذا الشكل، فإن المشرع الجزائري أوكل مهمة البحث عن التشريع الداخلي واجب التطبيق إلى القانون الأجنبي بمعنى أن تحديد هذا التشريع يعتمد على قواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المتعددة التشريعات، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى قاعدة التفويض وبشكل صريح.

فبناءً على ذلك، إذا أشارت قاعدة الإسناد الجزائرية إلى تطبيق قانون أجنبي على نزاع يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج، وتبين أن هذا القانون هو قانون دولة ذات تعدد شرائع داخلي، سواء كان هذا التعدد إقليمياً أو شخصياً، فإن قواعد التنازع الداخلي في ذلك القانون هي التي تتكفل بتحديد القانون الواجب تطبيقه من بين القوانين المتعددة، وذلك بتفويض من المشرع الوطني.

إن تطبيق قاعدة التفويض طبقاً للفقرة الأولى من المادة 23 من القانون المدني الجزائري يفترض بشكل بديهي أن القانون الأجنبي متعدد الشرائع يحتوي على قواعد إسناد خاصة لحل التنازع الداخلي، ولكن، ما هو الحل في حال عدم وجود أي قواعد من هذا النوع في القانون الداخلي للدولة الأجنبية، أو إذا كانت قواعد الإسناد الداخلية موجودة لكنها تعجز على حسم النزاع؟ إذن ما الحل عند استحالة أعمال قاعدة التفويض؟

تعددت الاقتراحات لحل هذه الإشكالية، حيث دعت بعض الآراء إلى ضرورة اعتماد الشريعة الرئيسية، وهي شريعة العاصمة. بينما اقترح آخرون تحليل مفهوم الجنسية بهدف الكشف عن الوحدة الإقليمية. في حين فضل البعض العودة إلى قانون القاضي، واختار

¹ - القرار رقم: 121 بتاريخ: 1968/03/07 النشرة القضائية، 1969، ص. 413 نقلاً عن، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ص218.

الأغلبية الرجوع إلى قانون الموطن، معتبرين أنه الأكثر توافقاً مع الواقع والأقل عرضة للشك والغموض¹.

والمشعر الجزائري، بين الحل الذي اعتمده في حال استحالة تطبيق التفويض، عن طريق إضافة فقرة ثانية للمادة (23) من القانون المدني جاء فيها: "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"، ويتبين من هذه الفقرة أن الحل الذي اعتمده المشعر الجزائري يختلف وفقاً لنوع التعدد التشريعي للدولة الأجنبية المختصة على النحو التالي:

أولاً: إذا كان التعدد طائفياً

إذا كان القانون واجب التطبيق هو قانون دولة تشريعاتها متعددة بناءً على أسس طائفية، سواء كانت دينية أو مذهبية أو عرقية، وكان هذا القانون خالياً من نص خاص يحدد أي تشريع داخلي يجب تطبيقه، فيتعين على القاضي تطبيق التشريع السائد في تلك الدولة الأجنبية.

على سبيل المثال، إذا كان القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة لزوج ينتمي بجنسيته لإحدى دول المشرق العربي، ولم يحتوي قانونه الوطني على قواعد تبين الشريعة الواجبة التطبيق، فإن القاضي الجزائري سوف يطبق قانون الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين في تلك الدولة، نظراً لأن غالبية سكانها من المسلمين.

وما يمكن ملاحظته بهذا الخصوص أن المشعر الجزائري، قد لجأ مباشرة إلى تطبيق التشريع السائد في البلد في حالة التعدد الطائفي عند عدم وجود نص لفض التنازع الداخلي الطائفي، مع العلم أنه كان بإمكانه تطبيق التشريع الداخلي بناءً على انتماء الشخص الطائفي، في حال أمكن إثباته قبل اللجوء إلى التشريع السائد في الدولة، وهو أمر يسهل التحقق منه، خاصة إذا كان الانتماء الطائفي مستنداً إلى الدين.

ويجب التنبيه إلى الفرض الذي لا توجد فيه شريعة غالبية في دولة القانون الأجنبي المختص، ففي هذه الحالة حسب الأستاذ: عكاشة محمد عبد العال، لا يوجد حل أمام القاضي

¹ - محمد مبروك الافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، 1994، ص 110.

إلا الاعتماد على القانون الطائفي للشخص وتطبيقه على المنازعة، هو أمر سهل التحقق منه، خاصة إذا كان الانتماء الطائفي يقوم على أساس الدين.¹

ثانياً: في حالة التعدد الإقليمي

وفقاً للمادة (23) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية، ففي حال كان القانون المختص هو قانون دولة تعدد تشريعاتها إقليمياً، ولم يتضمن هذا القانون نصاً خاصاً يحدد أي تشريع داخلي يجب تطبيقه، يتعين على القاضي تطبيق التشريع المعتمد في عاصمة تلك الدولة.

ومن ثم، فإن المشرع الجزائري قد اعتمد الاتجاه القائل بتطبيق تشريع عاصمة الدولة ذات التشريعات المتعددة، وهو الموقف الذي أيدته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في الأول من مايو 1958. وقد كان لهذا التأييد تأثير واضح على توجه محاكم الموضوع نحو تطبيق تشريع عاصمة الدولة على جميع الحالات التي تعجز فيها القواعد الداخلية عن تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعة.²

ويتميز الحل الذي اعتمده المشرع الجزائري بالبساطة والسهولة، سواء بالنسبة للقاضي الناظر في النزاع أو بالنسبة للخصوم عند مساعدتهم للمحكمة في إثبات مضمون القانون الأجنبي، إلا أنه حل لا يخل من الافتراض والمجاز، وغالباً ما لا يعكس الواقع بشكل دقيق، فلا يمكن اعتبار تطبيق قانون العاصمة على أنه الحل الأنسب أو الأكثر ملاءمة، فقد لا يكون هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة أو الأكثر اتصالاً بمعطيات النزاع. فتحديد قانون العاصمة بشكل مسبق يعد اختياراً عشوائياً قد لا يتماشى في كل الحالات مع روح النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع. فقد تنعدم الصلة بين قانون العاصمة والمسائل المتنازع عليها، مما قد يؤثر سلباً على توقعات الأطراف ويهدر الحكمة التي من أجلها شرعت قواعد الإسناد.³

اذن فالمشرع الجزائري اعتمد قاعدة التفويض وقرر الحلول في حالة خلو القانون الأجنبي من أي قواعد داخلية لفض النزاع بموجب المادة 23 من القانون المدني

¹ - أنظر بخصوص هذا الرأي، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 292.

² - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 229.

³ - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 288 وفي نفس الاتجاه: هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1993، ص 179.

ثالثاً: مجال إعمال قاعدة التفويض

تباينت آراء الفقهاء بشأن نطاق تطبيق قاعدة التفويض، خصوصاً في مسألتين رئيسيتين، الأولى تتعلق بمدى انطباق هذه القاعدة على حالات التعدد التشريعي سواء كان شخصياً أو إقليمياً، والثانية تتعلق بمدى انصراف قاعدة التفويض لمختلف ضوابط الإسناد.

1- مدى إعمال قاعدة التفويض على حالتي التعدد

سبق أن أشرنا إلى أن التعدد الداخلي يمكن أن يكون إقليمياً أو شخصياً (طائفيًا). فهل تنطبق قاعدة التفويض على هذين النوعين من التعدد التشريعي؟

يرى بعض الفقهاء، خاصة في إيطاليا، أن نطاق قاعدة التفويض يقتصر على التعدد الإقليمي دون الطائفي. ويرجع ذلك إلى أن قاعدة التفويض تتعلق فقط بالتعدد الإقليمي، حيث يتطلب الأمر في هذه الحالة تفويض قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها القانون الأجنبي المختص لتحديد التشريع الداخلي الواجب التطبيق، أما في حالة التعدد الطائفي، فلا يوجد مبرر لتفويض القانون الأجنبي لحل إشكاليات التنازع الداخلي. ويستند هذا الرأي إلى كون وظيفة قاعدة الإسناد تتمثل في تحديد شريعة إقليمية، وليس تحديد شريعة خاصة. لأن تحديد الشريعة الخاصة في هذه الحالة يرتبط في الأساس بتفسير القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص، وليس له أي علاقة بتفسير قاعدة الإسناد في قانون القاضي¹.

أنقد هذا التوجه لأنه يميز بدون مبرر بين التعدد الإقليمي والتعدد الشخصي، حيث اعتبر أن دور قاعدة التفويض يقتصر على تعيين التشريع الإقليمي الأجنبي دون أن يشمل التشريع الشخصي الواجب التطبيق.

إن النص الوارد في المادة (26) من القانون المدني المصري جاء بشكل عام دون تمييز بين نوعي التعدد، مما أدى بالقضاء والفقهاء السائدين في مصر إلى اعتبار قاعدة التفويض قابلة للتطبيق على كل صور التعدد، سواء كان التعدد إقليمياً أو شخصياً².

ينطبق هذا الموقف على المادة (23) من القانون المدني الجزائري، التي جاءت بصيغة مطلقة بما يفيد انطباقها على حالتي التعدد التشريعي.

¹ - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 110، هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 122.

² - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 273.

2- مدى اعمال قاعدة التفويض على جميع ضوابط الإسناد

الأمر الثاني المرتبط بهذه المسألة والمتعلق باختصاص القانون الأجنبي بفض التنازع الداخلي حين الاسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع، هو: ما مدى اختصاص هذا القانون بالنسبة لجميع ضوابط الإسناد؟ بمعنى آخر هل أن اختصاصه مرتبط ببعض الضوابط دون غيرها؟

يُعتبر ضابط الجنسية هو الضابط الوحيد الذي لا يستطيع بمفرده تحديد التشريع الداخلي الواجب التطبيق في حالات التعدد التشريعي الداخلي في القانون الأجنبي واجب التطبيق، الأمر الذي أدى إلى اجماع الفقهاء خصوصاً في مصر، حول تطبيق قاعدة التفويض كلما عقد الاختصاص لقانون أجنبي لدولة تتعدد فيها الشرائع على أساس ضابط الجنسية¹. في حين تسمح الضوابط الأخرى، مثل الضوابط المكانية (كضابط مكان إبرام العقد وموطن الشخص)، بتحديد الشريعة الداخلية المختصة. وبالتالي، إذا تم إبرام العقد في إقليم معين، وكان ضابط الإسناد هو مكان إبرام العقد، فلا يكون هناك حاجة لاستشارة قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي المختص في هذه الحالة².

وخلاصة القول أن القاضي الوطني يتوصل إلى القانون الذي يحكم المسائل الموضوعية لصحة الزواج والمتمثل في قانون جنسية كلا الزوجين تطبيقاً موزعاً بخلاف الموانع التي يطبق فيها التطبيق الجامع، وذلك بعد تذليل كل العقبات التي يثيرها ضابط الجنسية.

لكن قيام رابطة زوجية صحيحة لا يتوقف على مدى توفر الشروط الموضوعية التي أقرها المشرع فحسب، وإنما ينبغي إفراغ هذا التصرف في شكل معين، وهو محور الدراسة والتتبع في الفصل الثاني، حيث نتطرق إلى المسائل الشكلية في عقد الزواج والقانون المختص بحكمها.

¹ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 128.

² - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 110.

الفصل الثاني: إسناد المسائل الشكلية للزواج

بما أن الزواج تصرف قانوني تشترك في إنشائه إرادتين أو أكثر، فلا تكفي لقيامه الشروط الموضوعية فحسب، بل لا بد من توفر شكليات معينة لإبرامه ترتبط أساساً بالمظهر الخارجي أو القالب الذي يتم وفقه الزواج، حيث تتجسد ضمنه اقتران رجل بامرأة ويعدان زوجين، وبالعودة للشرعية الإسلامية نجدها لا تخضع عقد الزواج لشكليات معينة، وبالرغم من ذلك فكل الدول الإسلامية شرعت شروطاً شكلية لعقد الزواج حتى يكون له دليلاً رسمياً في ظل كثرة الدعاوى الباطلة إما ادعاءً أو إنكاراً للزواج، أو تلاعباً من الناس بهذا العقد لأهداف مادية أو معنوية¹، وبالنظر لاختلاف الأنظمة القانونية في شأن شكليات الزواج فإن الشروط الشكلية بدورها مجالا واسعا لتنازع القوانين.

وذلك لكون تكييف الشروط الشكلية للزواج له علاقة وطيدة بشكل الزواج السائد في الدولة هل هو نظام مدني أم ديني.

ومن ثم سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعالج في الأول المسائل المرتبطة بالمسائل الشكلية للزواج ونخصص الثاني إلى ضوابط الإسناد التي تحكم هذه المسائل.

¹ - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص 83.

المبحث الأول: المسائل المرتبطة بشكل الزواج

لإضفاء الطابع الرسمي على عقد الزواج، مما يتيح التصدي للدعوى الزوجية سواء بوجود هذه الرابطة أو إنكارها، فرضت جميع التشريعات إجراءات خاصة لتسجيل عقد الزواج، وكلفت أشخاصاً مؤهلين بتحريره، سواء كان التسجيل داخل التراب الوطني أو خارجه، عن طريق فرض مجموعة من القيود الإدارية والتنظيمية على عملية التسجيل والإشهار، ولكون تكييف شروط الزواج الشكلية يرتبط بشكل وثيق بشكل الزواج السائد في الدولة، قسمنا هذا المبحث لمطلبين تعرضنا في الأول إلى أشكال الزواج في الأنظمة المقارنة وخصصنا المطلب الثاني إلى فكرة الشروط الشكلية ومضمونها في القانون الجزائري.

المطلب الأول: أشكال الزواج في الأنظمة المقارنة

يختلف نظام الزواج من دولة إلى أخرى، فمن الدول من منحت الزواج الطابع الديني، فلا ينعقد صحيحاً إلا بتدخل رجل دين يقوم بالصلاة وطقوس دينية معينة، ودول أخرى جعلته نظاماً مدنياً، ينعقد أمام ضابط الحالة المدنية ومزجت أنظمة أخرى بين الطابعين.

الأمر الذي أدى إلى الاختلاف في تكييف شرط المراسم الدينية، بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية وهو ما سنعالجه من خلال هذا المطلب حيث سنخصص الفرع الأول لنظام الزواج ونخصص الفرع الثاني لتكييف شرط مراعاة الطقوس الدينية.

الفرع الأول: الزواج بين النظام الديني والنظام المدني

يعتبر الزواج نظام دينياً، إذا تمّ أمام جهة دينية وفقاً للأطر الدينية، حيث تتطلب بعض الشرائع غير الإسلامية على غرار المسيحية إبرام عقد الزواج أمام جهة دينية معينة، حيث لا يُعتبر الزواج صحيحاً إلا إذا قام رجل دين بإجراء طقوس ومراسم محددة¹. وبالتالي، لا يتم عقد الزواج إلا بعد تحقق هذه الطقوس والمراسم. حيث يشترط في عقد الزواج أن يُعقد من خلال احتفال كنسي يقيمه كاهن معتمد من الكنيسة، وذلك وفقاً للتقاليد الأرثوذكسية الشرقية. ويجب أن يكون الكاهن مؤهلاً لإجراء مراسم الزواج.

¹ - عبد الفتاح كباره، الزواج المدني - دراسة مقارنة -، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، د. ت، ص 476.

يمكن أن يتم الزواج إما في الكنيسة أو في منزل أحد الزوجين، بشرط حضور الزوجين وشاهدين على الأقل¹.

كما هو الحال في الطائفة الكاثوليكية وطائفة الروم الأرثوذكس والطائفة الإنجيلية الأسقفية العربية في الأردن، فإن هذه الطوائف تشترط إبرام عقد الزواج وفق إجراءات دينية محددة تتبعها كل طائفة، ويتم ذلك على يد رجل دين ينتمي إلى تلك الطائفة. وإذا لم يتم إبرام عقد الزواج لهذه الطوائف بحضور رجل دين ووفق مراسم محددة، فإنه يُعتبر عقدًا باطلاً².

وعلى خلاف لذلك، يقوم الزواج المدني على توافق إرادتي رجل وامرأة، على ارتباطهما ويستهدف إقامة الحياة المشتركة بينهما، وتبادل الرعاية والمعونة لخيرهما المشترك، وذلك على الوجه المحدد في القانون³.

ويستند الزواج المدني على فكرة حرية التعاقد القائمة على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، شريطة عدم تعارضه مع المبادئ الإنسانية، ويرتكز على حرية طرفيه في الاختيار وتمتعهما بنفس الحقوق والواجبات، والدول التي تتبنى الزواج المدني تستمد من بنود الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا سيما المادة 16 منه⁴.

وعلى هذا الأساس، فإن الزواج المدني مستقل عن القوانين الدينية، التي تتسم بنصوص وطقوس وشروط ثابتة تختلف عنه. ويترتب على ذلك أنه إذا أبرم الزواج بشكل مسبق أمام رجال الدين المنخرطين في السلك الكهنوتي فإن هذا الإبرام لا يتم الاعتراف به، وقد أشار لذلك حكم المحكمة المدنية الفرنسية بتاريخ 1888/01/25⁵.

فبناءً على مبدأ مساواة الطرفين في الحقوق، يجب أن يكون هناك تساوي بين الجنسين في الزواج، دون تفضيل أحد على الآخر لذلك، لا يُسمح بتعدد الزوجات، ولا

¹ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 533.

² - ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ج1، د ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 95.

³ - عبد الفتاح كجارة، الزواج المدني، مرجع سابق، ص 479.

⁴ - تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على " للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله"

⁵ - عبد الفتاح كجارة، مرجع سابق، ص 89.

يُفرض مهر، ولا حاجة إلى ولي أمر لراشد من أي جنس. كما لا يُسمح بفرض قيود دينية أو عرقية، وأن يكون هناك حرية متساوية في الطلاق بين الطرفين. ويُسمح للدولة باحترام عقد الزواج الخاص بين الطرفين بحرية تامة، وتحدد قواعد الإرث ضمن هذا العقد أو الوصية التي تتبعه. وفي حالة الطلاق، تكفل الدولة حقوق الأطفال المادية والمعنوية بما يتفق عليه الطرفان أو بما يُحدد قانوناً، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد¹.

ولا يشترط لصحة الزواج أن يتم وفق المراسيم الدينية، بل يكفي أن يكون مطابقاً للإجراءات المدنية ليصبح الزواج قانونياً ومُعترفاً به، حيث ويقوم موظف مختص بإتمام إجراءات العقد، مع وجوب خضوع الزواج لإجراءات شكلية تسمى بعملية الشهر تهدف إلى إعلام الغير به حتى يتسنى لمن له مصلحة الاعتراض على الزواج خلال فترة الإشهار في حالة ثبوت مانع من موانع الزواج².

ففي فرنسا على سبيل المثال تتم إجراءات شهر الزواج المدني في البلديات التي يقيم فيها أحد الزوجين أو في البلديات التي يسكن فيها أولياء الزوجين³.

وننوه في هذا الخصوص بأن هناك بعض الأنظمة على غرار كل من إنجلترا وإيطاليا تتبنى نظامي الزواج المدني والديني معاً. فقد اعتمدت إنجلترا الزواج المدني لصالح الأشخاص الذين ينتمون إلى ديانات مختلفة، وذلك لتجنب إجبارهم على إبرام عقد زواج أمام الكنيسة. كما يتعين الإعلان عن هذا الزواج أمام الكنيسة، سواء تم إجراؤه بالشكل الديني أو المدني⁴.

والزواج في الشريعة الإسلامية ليس عقداً دينياً بحثاً حيث لا ينعقد إلا تحت إشراف رجال الدين، كما تقرره الشرائع الأخرى، فالزواج في الإسلام ليس سراً كما هو الحال في المسيحية، ولا يتطلب إجراءه من قبل رجل دين أو أن يتم في مكان عبادة. بل هو عقد

¹ مأمون طربية، السلوك الاجتماعي للأسرة، مقارنة معاصرة لمفاهيم علم اجتماع العائلة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2012، ص 225.

² -Article 63 du Code civil français"Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré -"

³ -مأمون طربية، مرجع سابق، ص 178 وما يليها.

⁴ - هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 36-37.

يتطلب وجود طرفين وتوافر شروط معينة، وما لجوء الزوجان إلى عالم دين أو إمام لإبرام عقد الزواج لأنه غالباً ما يكون أكثر علماً بأحكام الزواج، وذلك لضمان تطابق جميع جوانب عقد زواجهما مع الشريعة الإسلامية¹.

كما أنه ليس عقد مدني بحت خال من المشروعية الدينية ولا صلة تربطه بالدين، كما تذهب إليه بعض القوانين الغربية وعلى رأسها فرنسا.

فهو عقد ذو امتياز خاص، فهو بالرغم من كونه عقداً مدنياً، إلا أنه يتميز عن سائر العقود الأخرى بإضفاء طابع القداسة عليه، كونه يتمتع بتقدير ديني كبير، حيث وصفه القرآن الكريم والذي هو المصدر الأول والأساسي من مصادر التشريع الإسلامي بالميثاق الغليظ، كما اعتبره الرسول عليه الصلاة والسلام بأنه من سننه².

تتوافق هذه الوسطية بين العقد المدني والعقد الديني مع مبادئ الإسلام التي ترفض وجود طبقة من رجال الدين، حيث يتساوى جميع المسلمين في الحقوق والواجبات والمكانة الاجتماعية. وبالتالي، فإن مدنية الزواج تعد أمراً ثابتاً في الشريعة الإسلامية، التي لم تحدد له إطاراً من الطقوس الدينية، ولم تتطلب تدخل أي سلطة بشرية، بغض النظر عن طبيعتها. فلا توجد شكليات دينية لازمة لعقد الزواج، ولا حاجة لتدخل أي سلطة دينية أو بشرية لإتمامه، إذ يُعتبر الزواج في الإسلام عقداً مدنياً محاطاً بإطار ديني. وبذلك، فإن جميع ما يتعلق بعقد الزواج يجب أن يتماشى مع الأحكام الإسلامية ومقاصدها³.

وفي النظام القانوني الجزائري، فإن عقد الزواج يعتبر عقداً مدنياً، وهو عقد رضائي طبقاً لنص المادة 4 من قانون الأسرة، وإذا افتقر العقد إلى الشكلية، فإن ذلك لا يمنع وجوده أو يعيق إثباته. لأن تسجيل عقد الزواج وفقاً للإجراءات القانونية لا يُعتبر منشئاً للعقد، بل هو وسيلة لإثباته، ولا يُعتبر التسجيل ركناً من أركان الانعقاد في الزواج أو شرطاً فيه. وفي حال تأخر تسجيله رغم توافر شروطه وفقاً للقانون الجزائري، يمكن إثباته

¹ - محمد شقير، الزواج المدني في التصور الإسلامي، مجلة الوحدة الإسلامية، تصدر عن تجمع العلماء المسلمين في لبنان، السنة 12، العدد 135، بيروت، لبنان، 2013، ص8.

² - قال تعالى في الآية من 21 من سورة البقرة. (وَأَخْذُنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) وقال صلى الله عليه وسلم (النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فهدى سبيلاً)، أخرجه مسلم في صحيحه، شرح النووي على مسلم (المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج)، كتاب النكاح باب استحباب النكاح، حديث رقم: 3403، ج7، ص 25.

³ عبد الفتاح كبراء، مرجع سابق، ص ص 191-192.

من بحكم قضائي وبأثر رجعي، ومن ثم يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وبسعي من النيابة العامة¹.

الفرع الثاني: تكييف شرط مراعاة الطقوس الدينية

أدى اختلاف طبيعة نظام الزواج من دولة لأخرى إلى صعوبة في تكييف الشروط اللازمة لإظهار الإرادة. ففي بعض الدول، يُعتبر الزواج عقدًا مدنيًا، حيث يتم توثيقه بشكل رسمي من خلال ضابط الحالة المدنية الذي يمنح الزواج طابعًا رسميًا. بينما في دول أخرى، يُعتبر الزواج نظامًا دينيًا يتطلب تدخل رجل الدين لإجراء الصلاة وطقوس معينة لضمان صحة العقد. ومن جهة أخرى، اكتفت بعض الدول بتراضي الطرفين، حيث يُعتبر الزواج صحيحًا دون الحاجة إلى إتباع أي شكلية معينة².

ومن الشروط التي أدت إلى صعوبة في تحديد طبيعتها أمام القضاء هو شرط الالتزام بالطقوس الدينية المفروض في بعض الأنظمة القانونية. وقد تم طرح هذا الشرط لأول مرة أمام محكمة النقض الفرنسية في قضية "Caraslanis"، حيث قام المواطن اليوناني، الذي ينتمي إلى طائفة الروم الأرثوذكس، بالزواج من مواطنة فرنسية وفقًا للإجراءات المحلية الفرنسية أمام ضابط الحالة المدنية. وقد كان القانون اليوناني في ذلك الوقت يلزم رعاياه إجراء الزواج في الشكل الديني على يد كاهن، حتى وإن كانوا في الخارج، ويعتبر الزواج الذي يتم مخالفًا لهذا الشكل باطلاً.

قدمت الزوجة، التي تحمل الجنسية الفرنسية، دعوى إلى محكمة باريس تطلب فيها الطلاق من زوجها اليوناني. وقد رد "Caraslanis" على طلبها بالقول إن الزواج غير موجود أصلاً، مستنداً إلى أن زواج الأرثوذكس، إذا لم يتم وفق الشكل الديني، يُعتبر كأنه لم يكن. ويستند هذا الرأي إلى المادة 1367 من القانون اليوناني القديم، التي تعتبر هذا الإجراء من الشروط الموضوعية لضرورة لصحة الزواج، والتي تخضع لقانون جنسية كل من الزوجين.

¹ - المادة 22 من قانون الأسرة " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

² - عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1982، ص 60.

إن الحكم الذي تصدره المحكمة يعتمد على تكييف طبيعة شرط مراعاة الطقوس الدينية، هل هذا الشرط شكلياً وبالتالي يخضع لقانون مكان الإبرام؟، ومنه الزواج يعتبر صحيحاً ويمكن الحكم للزوجة بالطلاق، أم يعد هذا الشرط من قبيل الشروط الموضوعية وبالتالي يسري عليه قانون جنسية الزوجين، مما يؤدي إلى اعتبار الزواج باطلاً وفي حكم العدم.

وقد توصلت محكمة باريس إلى أن إجراء الزواج وفق هذه الطقوس هو جزء من الشكل الذي يفرضه قانون معين، وبالتالي يخضع لقانون مكان الإبرام، وهو القانون الفرنسي. وبما أن الشكل المدني العلماني هو المعتمد في فرنسا، فإن الزواج يُعتبر صحيحاً وقائماً، مما يستدعي الحكم للزوجة بالطلاق¹.

أما محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، اعتبرت في حكمها الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1976، أن زواج الأقباط الأرثوذكس يُعتبر نظاماً دينياً، ولا يكفي لقيامه توافر الشروط الموضوعية مثل الأهلية والرضا وغياب الموانع، بل وجب أن يتم علناً وفقاً للطقوس الدينية وبعد أداء صلاة الإكليل، حيث تُعتبر الصلاة هي التي تحل النساء للرجال والرجال للنساء، وإلا فإن الزواج يكون باطلاً².

عند التعمق في شرط الالتزام بالطقوس الدينية الذي تفرضه بعض الدول على زواج رعاياها، يتضح أن تفسير هذا الشرط يختلف وفقاً للمبادئ العامة التي تحكم الزواج في كل دولة. وارتباط هذه المسألة بشكل وثيق بموقف كل مشرع من نظام الزواج، في ما إذا كان يعتبر الزواج نظاماً دينياً أو مدنياً.

ففي الأنظمة التي يعتبر فيها الزواج نظاماً مدنياً ينعقد بإرادة أطرافه مثل باقي العقود، فإنها تعتبر المراسيم الدينية وتدخل رجل الدين في الزواج شرطاً شكلياً بحتاً، لأنه يرتبط بالجهة المسؤولة عن عقد الزواج أو الطقوس الواجب الالتزام بها تدخل ضمن

¹ - عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 58.

² - نقلاً عن، رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 533.

طائفة الشروط الشكلية¹ كونها تعتبر دور القس أو الكاهن في مباركة الزواج، لا يتجاوز الدور المنوط بضابط الحالة المدنية، كما هو الحال في بلجيكا وفرنسا² وألمانيا³. أما الأنظمة التي تصنف الزواج كنظام ديني، وتفرض أن يتم عقده على يد أحد رجال الدين، فإن المراسيم الدينية تمثل شرطاً موضوعياً للزواج، فهي تُكَيِّف تدخل رجل الدين ليس لمجرد توثيق العقد بل هو تجسيداً للإرادة الإلهية في إتمام هذا العقد⁴، كما هو الحال في بلغاريا واليونان⁵.

والرأي السائد في الفقه، يشير إلى أن المراسيم الدينية في الدول الإسلامية التي لا تعتبر الزواج نظاماً دينياً، سوف تعدّه من قبيل الشكل الخارجي للزواج وليس من موضوعه. وذلك لأن القاضي يأخذ في اعتباره أحكام الشريعة الإسلامية أثناء تكييفه للمسائل المعروضة عليه، والتي تُعتبر المرجع الأساسي للأحوال الشخصية في هذه الدول. على هذا الأساس يتم تكييف شرط الانعقاد بواسطة رجل الدين على أنه شرطاً شكلياً في إطار الشريعة الإسلامية⁶.

وقد نص القانون الكويتي صراحة على أن مراعاة المراسيم الدينية شرط شكلي يتعين أن يسري عليه قانون محل الإبرام، وذلك لتجنب أي خلاف أو جدل، وذلك بموجب المادة 37 من الأمر الأميري رقم 05 لسنة 1961⁷.

¹ - عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 60.

² - المادة 156 من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1803.

³ - المادتين 11 و 15 من القانون رقم 16 الصادر في 1946/02/20 الخاص بتنظيم الزواج، والمادة 3/13 من مجموعة القانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة 1986.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 280.

⁵ - المادة 1367 من القانون المدني اليوناني تنص: يعتبر منعداً زواج الأشخاص التابعين لكنيسة الروم الأرثوذكس (الشرقية)، إذا لم يباشره أحد قساوسة هذه الكنيسة، ويكون الحكم كذلك بالنسبة إلى زواج مسيحي تابع لمذهب الروم الأرثوذكس بمسيحي تابع لمذهب آخر. نقلاً عن عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 61.

⁶ - هشام صادق وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 303، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 210، محمد مبروك اللاف، مرجع سابق، ص 124، علي علي سليمان، مرجع سابق ص 70، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 211.

⁷ - المادة 37 من القانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي "يرجع الأوضاع للزواج، كالتوثيق والماراسم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو قانون جنسية كل من الزوجين".

والجدير بالذكر أن المادة 05 من معاهدة لاهاي لعام 1902، تعتبر الزواج الذي عقد صحيحا من حيث الشكل طبقا لقانون البلد الذي يتم فيه، يعد صحيحا جميع البلدان الأخرى. ومع ذلك، فإنه متفق عليه أن الدول التي تتطلب قانونها شكلاً دينياً للزواج فلها عدم الاعتراف بصحة الزواج الذي يعقده رعاياها في الخارج دون مراعاة الشكل الديني المطلوب¹.

تشير هذه المادة إلى أن الشرط المتعلق بالشكل الديني لعقد الزواج يُعتبر من الشروط الشكلية التي تخضع لقانون الدولة التي أبرم فيها الزواج، ويمكن تجاوز في الدول التي تسمح بالزواج المدني. ولا يترتب على مخالفة هذا الشرط أي بطلان، إلا في الدولة التي تشترط هذا الشكل².

المطلب الثاني: مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج

يقصد بالشروط الشكلية لعقد الزواج "تلك الأوضاع التي يتطلبها القانون من أجل إظهار الإرادة كمراسيم الاحتفال إلخ"، وتتعلق الشروط الشكلية للزواج بالمقتضيات والإجراءات التي يتعين على الزوجين اتباعها لكي يعتبر زواجهما صحيحا في نظر القانون الذي تشير قواعد التنازع في قانون القاضي باختصاصه³، أي أنها تشمل كافة الشروط المطلوبة لإبرام الزواج والتي ترتبط أساسا بالقلب أو المظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج ويصبح بها الزواج معلوما لدى الغير⁴. وتختلف الشروط الشكلية من دولة لأخرى، فهناك من الدول من يشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج وأخرى تشترط الشكل المدني لذلك، ودول تجمع بينهما والاختلاف هذا يجعل من الشروط الشكلية للزواج دائرة لتنازع القوانين.

ونظرا لطبيعة عقد الزواج وخصوصيته، سعى المشرع الجزائري على غرار كافة التشريعات العربية والغربية، إلى إفراغه في قالب رسمي لحماية المتعاقدين من إنكار

¹ - Article 5 du Convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits matière de mariage, Disponible sur le site en français: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/the-old-conventions/1902-marriage-convention>, Date de visite: 22/02/2025.

² - عبد الرحمان جابر جاد، القانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص 97.

³ - السعدية بلمير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية المغرب، 1988، ص 22.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 25.

أحدهما لهذا العقد أو الاحتجاج بآثاره في مواجهة الطرفين أو الغير الذي له مصلحة، عن طريق سلسلة من القوانين نصت كلها على ضرورة تسجيل عقود الزواج كما حاول إدخال نظام تسجيل عقود الزواج المغفلة في سجلات الحالة المدنية ضمن قواعد النظام العام الجزائري مع احترام العادات والأعراف، وذلك من خلال تسجيله وتوثيقه لدى المصالح المختصة في سجلات الحالة المدنية بشكل قانوني، تحسبا لإمكانية الإثبات والاحتجاج به تحت أي ظرف، لذلك اشترط المشرع جملة من الشروط الشكلية والإدارية لإتمام هذا العقد، وأخضع مسألة تسجيله إلى إجراءات خاصة تم النص عليها بقانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، مع وضع آليات تمكن من تدارك الإغفال عن تسجيله من خلال سن إجراءات قضائية لإثبات الزواج العرفي ومن ثم تسجيله.

وعليه سوف نتطرق إلى جل هذه العناصر من خلال تسليط الضوء على الإجراءات الإدارية والتنظيمية لعقد الزواج (الفرع الأول)، وكذا التعرض لإجراءات تسجيل عقد الزواج (الفرع الثاني)، ثم نعالج مسألة الإثبات القضائي للزواج العرفي (الفرع الثالث)

الفرع الأول: إجراءات عقد الزواج الإدارية والتنظيمية

يقصد بإجراءات عقد الزواج هي الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد والتي وضعها المشرع بهدف تسجيله وإشهاره، حيث فرض المشرع الجزائري إجراءات إدارية وتنظيمية تحضيراً لتسجيل عقد الزواج وإضفاء الطابع الرسمي عليه، حيث حدد الوثائق اللازمة لتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية (البند الأول)، كما أوجب مراعاة إجراءات تنظيمية خص بها بعض الفئات (البند الثاني).

البند الأول: الإجراءات الإدارية لإبرام عقد الزواج

أوجب المشرع الجزائري على كل واحد من طالبي الزواج تقديم بعض الوثائق التي تعد من الشروط الشكلية لإبرام الزواج والتي تثبت هوية الأطراف وحالتهم المدنية، وينبغي على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجوده قبل مباشرة تحرير وثيقة عقد الزواج، وقد حددتها المواد (74) و(75) و(76) من قانون الحالة المدنية وتتمثل هذه الوثائق في شهادة ميلاد طالبي الزواج، وكذا شهادة إقامتهما، وبالنسبة للمرأة التي سبق

لها الزواج إما نسخة من شهادة وفاة الزوج السابق أو نسخة من حكم الطلاق بحسب الحالة، كما يلزم طالبي الزواج تقديم وشهادة طبية تثبت خلوهما من الأمراض الخطيرة¹.

البند الثاني: الإجراءات التنظيمية لتسجيل عقد الزواج

بالإضافة إلى الإجراءات الإدارية المذكورة سابقا، فقد خص بعض الفئات بإجراءات تنظيمية خاصة وقيد زواجهم بالحصول على تراخيص خاصة.

أولا: الإجراءات التنظيمية الخاصة بزواج بعض الفئات

تُلزم بعض الجهات موظفيها وأسلاكها بضرورة الحصول على رخصة الزواج قبل إتمام عقد الزواج، وهذه الفئات هي: موظفو الأمن الوطني، أفراد الجيش الوطني الشعبي، موظفو الهيئات الدبلوماسية والقنصلية.

حيث يخضع موظفي الأمن الوطني لأحكام المادة (3) من المرسوم رقم 83-481 المؤرخ في 13 أوت 1983 الذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني²، كما يستلزم زواج العسكريين والعاملين في سلك الدرك الوطني على غرار عقد زواج موظفي الأمن الوطني الحصول على رخصة مسبقة من الجهات العسكرية العليا³.

ثانيا: الإجراءات التنظيمية الخاصة بزواج الأجانب والزواج المختلط

نظر للخصوصية الإجرائية للزواج المختلط كونه يتضمن عنصرا أجنبيا، أحال المشرع الجزائري إجراءاته على التنظيم بموجب المادة (31) من قانون الأسرة التي وتطبيقا لهذا النص، صدرت التعليمات الوزارية رقم 02 عن وزارة الداخلية بتاريخ 11/02/1980 والتي تتعلق بوجوب الحصول على رخصة لإبرام عقد زواج الأجانب أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري حيث تضمنت هذه التعليمات حالة ثلاث من عقود

¹ - أنظر، المواد 74 و75 و76 من قانون الحالة المدنية و المادة 7 من قانون الأسرة.

² - حيث تنص المادة الثالثة على أنه: "لا يمكن لموظفي الأمن الوطني عقد الزواج بدون ترخيص كتابي صادر من السلطة التي لها صلاحية التعيين، إن طلب الترخيص بالزواج يجب أن يقدم ثلاثة أشهر قبل الإحتفال بالزواج"

³ - حيث تنص المادة 33 من الأمر رقم 06-02 المتضمن بالقانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين على: "لا يمكن للعسكري عقد الزواج ما لم يحصل على ترخيص كتابي مسبق من سلطته السلمية"

الزواج هي: حالة زواج أجنبيين مقيمين، وحالة كون الزوج أجنبي مقيم مع أجنبي غير مقيم، وحالة زواج الجزائري من الأجنبي من كلا الجنسين¹.

1- حالة زواج الأجانب المقيمين في الجزائر أو زواج أجنبي مقيم مع أجنبي غير مقيم

يخضع الزواج المراد إبرامه بين الأجانب المقيمين في الجزائر إلى وجوب الحصول على رخصة مسبقة من طرف الوالي المختص إقليميا لكان إقامة أحد الزوجين، وذلك عن طريق تقديمهما لطلب موقع من طرفهما يتضمن هويتهما وكذا بطاقة الإقامة لكل منهما، بعد التأكد من توفر الشروط اللازمة إثر تحقيق شامل يقوم به الوالي رفقة المديرين العامين للأمن الوطني بالولاية حول وضعية الأجنبي وظروف إقامته²

بالإضافة إلى الوثائق العامة المشتركة لكل طالبي الزواج، ويقدم طلب الترخيص بالزواج إلى والي الولاية التي يقيم بها الأجنبي، ويمنح الترخيص بعد القيام بتحقيق حول ظروف وأسباب إقامته في الولاية.

2- حالة الزواج المختلط بين الجزائريين والأجانب

يتعين على كل أجنبي سواء كان عربي أم لا . مسلم أم غير مسلم . مقيم أو غير مقيم بالجزائر، وكان يرغب في الزواج من مواطن أو مواطنة جزائرية طبقا للمادة 31 استيفاء الإجراءات القانونية المنصوص عليها باستصدار شهادة القدرة على الزواج وكذا رخصة إدارية من السلطات المختصة للترخيص بالزواج المختلط والتي يصدرها الوالي المختص إقليميا بحسب كون الأجنبي مقيم أو غير مقيم بحيث في حال كونه مقيم فإن إصدار الرخصة يكون من اختصاص والي ولاية إقامة الطرف الأجنبي، وفي حالة كون الأجنبي غير مقيم فإن الاختصاص يعقد إلى والي ولاية إقامة الطرف الجزائري، بعد توفر جملة من الشروط والكيفيات حددتها التعليمات الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 المتضمنة تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط، حيث حددت لشروط الواجب احترامها للحصول على رخصة للزواج المختلط والإجراءات المعمول بها لإصدار رخصة الزواج المختلط، الوثائق المطلوبة في ملف طلب رخصة الزواج المختلط.

¹ - أنظر، تعليمات وزير الداخلية الصادرة بتاريخ 1980/11/02 المتعلقة بإبرام الزواج المختلط في الجزائر.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 60.

حيث أوجبت أن يكون الأجنبي في وضعية إقامة قانونية فوق التراب الوطني¹، وأن يتمتع الأجنبي بالقدرة على الزواج، والتي تثبت بموجب شهادة القدرة على الزواج تصدرها ممثليته الدبلوماسية بالنسبة للدول التي تصدر هذه الوثيقة، أو أي شهادة رسمية مماثلة تقي بالغرض بالنسبة للدول التي لا تصدرها، لأن الهدف من هذه الشهادة وأن يحترم الأجنبي التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال لاسيما البند الأخير من المادة (30) من قانون الأسرة والتي تمنع زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم كأولوية مع ضرورة المحافظة على التماسك الاجتماعي والأمن القومي والنظام العام من خلال عدم تحايل الطرفين أو أحدهما على القانون والإجراءات التي تنظم الزواج المختلط، لتحقيق أغراض أخرى غير الغرض الرئيسي من الزواج².

ولعل الهدف من تضمين هذا الشرط، هو أن يكون إسلام الزوج حقيقيا لا مجرد إعلان صوري يهدف للارتباط بجزائرية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن يكون الزواج حقيقيا لا صوريا بغرض الاستفادة من آثار الزواج من جزائرية³.

وتحدد مدة صلاحية رخصة الزواج المختلط بسنة واحدة، وفي حالة عدم إبرام الزواج بعد انقضاء مدة صلاحيتها يتم إعادة إجراءات طلب الرخصة الإدارية من جديد، لا يمكن اعتبار هذه الرخصة بمثابة عقد زواج ولا يمكن استظهارها إلا في الغرض المحدد لها.

البند الثالث: التراخيص القضائية الخاصة بإبرام عقد الزواج

¹ - أي حائز على بطاقة المقيم الأجنبي أو متحصل على تأشيرة الدخول قيد الصلاحية بالنسبة لرعايا الدول الخاضعين لتأشيرة الدخول إلى الجزائر، أو جواز سفر قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا الذين لا يخضعون لتأشيرة الدخول إلى التراب الوطني، أنظر المادة 4 فقرة 2 من القانون رقم 08-01 المؤرخ في 25 يونيو 2008 والمتعلق بشروط دخول الأجانب وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

² - قرر المشرع الجزائري عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات غرامة من 5000 دج إلى 50000 دج و عززها بعقوبات تكميلية أخرى. راجع، الفقرة، 1 و 3 من المادة 48 من القانون 08/11 المؤرخ في 25/06/2008 والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

³ - مصطفى قايد و قديري محمد توفيق، الضوابط القانونية لزواج الجزائريات من الأجانب، دراسة على ضوء قرارات المحكمة العليا الجزائرية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 1، سنة 2023، ص 624-638.

يقصد بالتراخيص أو الأذونات القضائية، تلك التراخيص الصادرة عن السلطة القضائية والتي قررها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وأوجب الحصول عليها لتوثيق عقد زواج بعض الأشخاص، وفق شروط موضوعية وإجراءات خاصة وتتمثل في تراخيص صادرة عن الجهات القضائية المختصة، تسمح بمقتضاها لطالبي الترخيص بإبرام عقود زواجهم وتوثيقها، وهي إجراءات استثنائية للأصل العام، ويتعلق الأمر بالإذن القضائي بزواج القاصر حيث، تدخل المشرع بواسطة القضاء لضمان زواج القاصر فأخضع إبرامه لترخيص قضائي¹، كما ألزم المشرع طالب التعدد بالحصول على ترخيص من القاضي.

الفرع الثاني: تحرير وتسجيل عقد الزواج

نظم كل من قانون الأسرة الجزائري وقانون الحالة المدنية توثيق عقد الزواج فحدد حكمه وبين إجراءاته والأشخاص المكلفون بعملية التوثيق، حيث أوكل المشرع الجزائري إلى جهات محددة مهمة تحرير عقد الزواج، كما اشترط عدة إجراءات وترتيبات إدارية من أجل إبرام عقد الزواج. وعليه سوف نعالج الجهات المختصة بتحرير عقد الزواج (البند الأول) ونستعرض الإجراءات الإدارية لتسجيله (البند الثاني).

البند الأول: الجهات المختصة بتحرير عقد الزواج

أشارت أحكام المادة 18 من قانون الأسرة والمواد (71) و(95) و(96) من قانون الحالة المدنية الأشخاص المؤهلين بتحرير عقد الزواج، حيث يختلفون بحسب مكان إبرامه داخل إقليم الجزائر أو خارجها، حيث نص قانون الحالة المدنية صراحة على الموظف المختص بتحرير عقد وهو ما سنتناوله تباعا:

أولاً: الموظف المؤهل بتحرير عقد الزواج داخل الجزائر

أسند المشرع الجزائري مهمة إبرام عقد الزواج للموثق أو موظف مؤهل قانوناً بموجب المادة (18) من قانون الأسرة والتي جاء فيها " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو موظف مؤهل قانوناً، مع مراعاة ما ورد في المادتين (9) و(9 مكرر) من هذا القانون " .

¹ - عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015، ص80.

بالرجوع إلى نص المادة (71) من قانون الحالة المدنية يتضح أن الموظف المقصود في المادة 18 من قانون الأسرة هو ضابط الحالة المدنية أو الموثق¹. وضابط الحالة المدنية (L'officier d'etat civil) حسب المادتين (1) و(2) من قانون الحالة المدنية هو رئيس المجلس الشعبي البلدي، الذي يملك صلاحية تفويض مهامه كضابط للحالة المدنية إلى نائب أو عدة نواب أو إلى المندوبين البلديين أو المندوبين الخاصين أو إلى أي موظف بلدي مؤهل، المهام التي يمارسها كضابط للحالة المدنية².

أما الموثق (Le notaire) فهو ضابط عمومي مكلف بتحرير العقود التي يجب إفراغها في شكل رسمي وكذلك العقود التي يريد الأطراف إعطائها الشكل الرسمي³. وعليه فإن المادتين (18) من قانون الأسرة و(71) من قانون الحالة المدنية قد حددتا شخصين دون سواهما وأوكلت لهما مهمة تحرير وثيقة عقد الزواج وهما كما أسلفا ضابط الحالة المدنية، والموثق الذي يقع في دائرة اختصاصه محل إقامة طالب الزواج أو أحدهما، هذا بالنسبة للمواطنين الجزائريين، أما بخصوص عقد زواج الأجانب المبرم داخل التراب الوطني فيبقى الاختصاص منعقد لضابط الحالة المدنية والموثق لإبرام عقد الزواج شريطة أن تكون مدة إقامة الأجانب في دائرة اختصاص كل منهما قد استمرت لمدة شهر على الأقل حتى تاريخ انعقاد الزواج⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (18) من قانون الأسرة، قد قيدت الموظف المختص بتحرير عقد الزواج بشرط بالغ الأهمية، وهو مراعاة ما ورد في المادة (9) و(9 مكرر) من قانون الأسرة، بمعنى ألزمه قبل تحرير وثيقة الزواج مراعاة مدى توفر ركن الرضا وجميع شروط صحة الزواج.

¹ - حيث نصت المادة 71 على "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما باستمرار مدة شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج".

² - المادة 02 قانون الحالة المدنية

³ المادة 3 من قانون رقم 06/03 المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

⁴ - المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

ثانيا - الموظف المؤهل بتحرير عقد الزواج خارج الجزائر

خول المشرع الجزائري من خلال المادتين (96) و(97) من قانون الحالة المدنية، صلاحية تحرير عقود الزواج وتسجيلها خارج إقليم الجزائر إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على المراكز القنصلية، أو رؤساء المراكز القنصلية كونهم يتمتعون بصفة ضابط الحالة المدنية طبقا للمادة الأولى من القانون الحالة المدنية¹.

كما أنه يمكن الإذن لنواب القناصل القيام بمهام رئيس المركز القنصلي بصفة دائمة، بناء على مقرر من وزير الشؤون الخارجية يخول لهم من خلاله ممارسة السلطات الكاملة لضابط الحالة المدنية طبقا للمادة (104) من قانون الحالة المدنية².

البند الثاني: الإجراءات المتبعة لتسجيل عقد الزواج

نص المشرع الجزائري في المادة (21) من قانون الأسرة على تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج، وفرت المادة (72) من قانون الحالة المدنية في تسجيل عقد الزواج بين حالتين وفق الجهة التي تم إبرام الزواج أمامها، ففي حال تم أمام ضابط الحالة المدنية، يقوم بتسجيل عقد الزواج في سجلاته ويسلم للزوجين دفترا عائليا مثبتا لزوجهما³. وفي حال ما تم الزواج أمام الموثق فإنه يسلم للزوجين شهادة، ويرسل ملخص عن العقد إلى ضابط الحالة المدنية في أجل ثلاثة أيام، الذي يقوم بدوره بنسخه في سجلات الحالة المدنية في مهلة خمسة أيام ابتداء من تاريخ تسليمه، ويمنح الزوجين دفترا عائليا ويسجل بيان الزواج على هامش عقد ميلادهما⁴.

وسواء تم إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثق، فإنه يجب أن يتضمن عقد الزواج جملة من البيانات الجوهرية حددتها المادة (73) من قانون الحالة المدنية وأن يحتوي على البيانات التالية:

أسماء وألقاب وتاريخ ومكان ولادة كلا الزوجين.

اسم ولقب أبوي كلا الزوجين.

اسم ولقب وعمر كلا الشاهدين.

¹ - المواد 1 و 96 و 97 من قانون الحالة المدنية.

² - المادة 104 من قانون الحالة المدنية.

³ المادة 72 من قانون الحالة المدنية.

⁴ الفقرة 2 من المادة 72 من قانون الحالة المدنية.

الترخيص بالزواج المنصوص عليه قانونا عند الاقتضاء.

الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر.

وبالإضافة إلى البيانات الجوهرية المنصوص عليها في المادة (72) من قانون الحالة المدنية فإن قانون الأسرة نص من خلال المادتين (15) و(19) على بيانات تدرج ضمن عقد الزواج تتعلق الأولى بمقدار الصداق سواء كان معجلا أو مؤجلا، وتختص الثانية بوجوب ذكر الشروط التي اشترطها الزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، ما لم تتنافى هذه الشروط ومقتضيات العقد¹.

والجدير بالملاحظة أن عقود الزواج بالبلدية مطبوعة وفق نماذج لا تسمح بإدراج مقدار الصداق ولا الشروط المتفق عليها ضمن وثيقة العقد.

وقد رتبت المادة (46) قانون الحالة المدنية البطلان على العقد في حالة كان تسجيله مزورا أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها حتى لو كانت البيانات المتوفرة في العقد ذاته صحيحة شكلا، وهو الجزاء نفسه في حالة كون العقد محررا بصورة غير قانونية ولو كانت بياناته صحيحة.

من خلال هذا النص فإن المشرع الجزائري فرق بين عقد الزواج كوثيقة وبين الزواج كواقعة، فالبطلان المقرر في نص المادة (46) سالفة الذكر يخص عقد الزواج كوثيقة في حال كانت البيانات الأساسية المذكورة فيه مزورة أو في غير محلها حتى ولو كان العقد شكلا صحيح، أو كان محررا بصورة غير قانونية².

هذا وقد منح المشرع الجزائري من خلال المادة (77) من قانون الحالة المدنية للضابط الحالة المدنية والموثق صلاحية الرقابة على مدى توفر الشروط الإدارية، تحت طائلة المسؤولية الجنائية المنصوص عليها في نص المادة (441) في فقرتها الأولى والثانية من قانون العقوبات، كما يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات الإدارية الواردة في قانون الحالة المدنية إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به³.

¹ راجع المادتين 15 و19 من قانون الأسرة.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص60

³ - أنظر المادة 77 من قانون الحالة المدنية.

الفرع الثالث: الإثبات القضائي للزواج العرفي

رأينا سابقا أنه يتطلب تسجيل وتوثيق عقد الزواج لدى المصالح المختصة إفراغه بوثيقة رسمية مسجلة في سجلات الحالة المدنية بشكل قانوني، تحسبا لإمكانية الإثبات والاحتجاج بها تحت أي ظرف، ولذلك اشترط المشرع جملة من الشروط الشكلية والإدارية لإتمام هذا العقد، وأخضع مسألة تسجيله إلى إجراءات خاصة تم النص عليها من خلال إجراءات التسجيل الإداري لعقد الزواج.

وبالرغم صراحة النصوص القانونية لتسجيل عقد الزواج، إلا أن بعض الأشخاص يغفلون ذلك ويعقدون زواجهم دون تسجيله وهو ما يعرف بالزواج العرفي أو المغفل مما جعل المشرع يسن إجراءات أخرى تستلزم تدخل الجهات القضائية من أجل تثبيت عقد الزواج ومن ثم قيده في سجلات الحالة المدنية.

أولاً: إجراءات إثبات وتسجيل الزواج العرفي

يشترك الزواج العرفي مع الزواج الرسمي في جميع الأركان والشروط باستثناء التسجيل، حيث أن توثيق عقد الزواج أو تحريره في محرر مكتوب ليس ركنا من أركانه ولا شرطاً لصحته ولا لنفاذه ولا للزومه، وإنما هو وسيلة رسمية وضعها المشرع لإثبات عقد الزواج في حال النزاع أمام القضاء¹.

أولاً: إجراءات إثبات وتسجيل الزواج العرفي

إن توثيق عقد الزواج أو تحريره في محرر مكتوب ليس ركنا من أركانه ولا شرطاً لصحته ولا لنفاذه ولا للزومه، وإنما هو وسيلة رسمية وضعها المشرع لإثبات عقد الزواج في حال النزاع أمام القضاء².

وعليه حاول المشرع الجزائري معالجة عقود الزواج العرفية أو المغفلة، حيث يتم تثبيت عقد الزواج العرفي عن طريق المحكمة طبقاً لنص المادة (39) من قانون الحالة المدنية والمادة (22) من قانون الأسرة، حيث مكن المشرع من تدارك الإغفال عن تسجيل

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 185.

² - المرجع نفسه.

عقد الزواج باللجوء لاحقا للمحكمة من أجل إثبات الزواج وبالتبعية تسجيله في سجلات الحالة المدنية.

وفي الممارسة العملية، يتم ذلك عبر رفع دعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية أو المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه طبقا للمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ولم يحدد المشرع الجزائري ميعادا لرفع دعوى إثبات الزواج فيجوز رفعها في أي وقت على اعتبار أن الزواج لا تقتصر آثاره على الزوجين فقط بل تمتد إلى ورثتهما أيضا.

وتتلخص الإجراءات في رفع دعوى على شكل عريضة أمام قاضي شؤون الأسرة، طبقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد تلقي الملف من طرف قاضي شؤون الأسرة، يقوم بدراسته ويباشر التحقيق في مدى صحة الوقائع التي يزعمها المدعين، حيث يقوم وجوبيا بإجراء تحقيق، وذلك عن طريق سماع كل من المدعي والمدعي عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطرفين وأمين الضبط²، ثم يقوم بسماع الشهود المقدمين من طرف المدعي في محضر واحد بعد التأكد من هويتهم لأداء اليمين القانونية، ثم يقوم باستجوابهم حول واقعة الزواج ومدى توفر ركنه وشروطه، وتاريخه ومكان انعقاده، وبعد الانتهاء من التحقيق يصدر حكما برفض هذا الطلب إذا لم يجد ما يبرره شرعا وقانونا أو يصدر حكما يقرر فيه قبول الطلب وبأمر تسجيل عقد الزواج بأثر رجعي حسب التاريخ والمكان المنعقد فيهم.

وبعد ذلك يرسل وكيل الجمهورية منطوق هذا الحكم، مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي أبرم فيها عقد الزواج ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم وتقييده في السجل المخصص لتدوين أو تسجيل عقود الزواج للسنة التي كان العقد قد تم خلالها .

¹ - تنص الفقرة 2 من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: تكون المحكمة مختصة إقليميا.....2.

في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه...."

² - يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 69.

ولم يحدد المشرع الجزائري ميعادا لرفع دعوى إثبات الزواج فيجوز رفعها في أي وقت على اعتبار أن الزواج لا تقتصر آثاره على الزوجين فقط بل تمتد إلى ورثتهما أيضا.

وتتلخص الإجراءات في رفع دعوى على شكل عريضة أمام قاضي شؤون الأسرة، طبقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد تلقي الملف من طرف قاضي شؤون الأسرة، يقوم بدراسته ويباشر التحقيق في مدى صحة الوقائع التي يزعمها المدعين، حيث يقوم وجوبيا بإجراء تحقيق، وذلك عن طريق سماع كل من المدعي والمدعي عليه في محاضر يوقع عليها كل من الطرفين وأمين الضبط¹، ثم يقوم بسماع الشهود المقدمين من طرف المدعي في محضر واحد بعد التأكد من هويتهم لأداء اليمين القانونية، ثم يقوم باستجوابهم حول واقعة الزواج ومدى توفر ركنه وشروطه.

وبعد الانتهاء من التحقيق يصدر حكما برفض هذا الطلب إذا لم يجد ما يبرره شرعا وقانونا أو يصدر حكما يقرر فيه قبول الطلب وبأمر تسجيل عقد الزواج بأثر رجعي حسب التاريخ والمكان المنعقد فيهم.

وبعد ذلك يرسل وكيل الجمهورية منطوق هذا الحكم، مرفقا بنسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي أبرم فيها عقد الزواج ويطلب منه تدوين منطوق هذا الحكم وتقييده في السجل المخصص لتدوين أو تسجيل عقود الزواج للسنة التي كان العقد قد تم خلالها .

والجدير بالذكر أن الحكم الصادر بإثبات الزواج العرفي المتنازع فيه هو حكم ابتدائي قابل للطعن فيه بكل طرق الطعن العادية وغير العادية.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا، بأن الأحكام القضائية الصادرة بإثبات واقعة الزواج، تكتسي حجية مؤقتة، ومنه فالقضاء برفض طلب الطاعن الرامي إلى إلغاء عقد الزواج المسجل بالحالة المدنية، باعتبار أن حكم إثبات أو عدم إثبات واقعة الزواج العرفي، يكتسي حجية مؤقتة، ويكون حسب توفر الأدلة، تشكل تطبيقا صحيحا للقانون²

¹ - يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 69.

² - قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية رقم 211509 الصادر بتاريخ، 15/12/1998 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 56.

البند الثاني: وسائل إثبات الزواج العرفي

لم يتطرق قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية إلى طرق ووسائل إثبات الزواج لذلك لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات، -وقد نص المشرع الجزائري على وسائل الإثبات في الباب السادس من الكتاب الأول من القانون المدني في المواد من 325 إلى 350، وكذا أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة (222) من قانون الأسرة. وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجدها تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة التالية، وهي: الإقرار والبيئة والنكول عن اليمين.

أولاً: الإقرار

يعد الإقرار من أقوى أدلة الإثبات ويسمى أيضاً بالشهادة على النفس، أي أن المخبر إذا أخبر على نفسه فهو مقرر أما إذا أخبر عن غيره يعتبر شاهداً، هذا ما تنص عليه المادة 341 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

ويشترط في الإقرار الشروط العامة للتصرف القانوني، وألا يكذبه ظاهر الحال كأن تقرر الزوجة بقيام الزوجية مع وجود إشهاد رسمي بالطلاق ينفي إدعائها¹ وعليه فإقرار الزوج بأن المدعي عليها هي زوجته فعلاً وأنه ارتبط بها بواسطة عقد زواج شرعي مستوفي الأركان

وفي الفقه الإسلامي فيعتبر جمهور الفقهاء الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده ويتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفاً عاماً له، ولا يتعداه إلى غيره، ويعتبره وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي فإذا رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبيئة².

¹ - أنظر، عباس العبودي، شرح أحكام قانون البنات، دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والمبادئ القانونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص. 193-196.

² - الإمام أبوزهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 17.

إلا أن القضاء الجزائري لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، حيث يتم اللجوء للبيئة أو ما يسمى بشهادة الشهود باعتباره الدليل الأنجع من حيث القوة الثبوتية¹.

ثانيا: البيئة أو شهادة الشهود

أجازت المادة 1/336 من القانون المدني الإثبات بالشهود في ما كان يجب إثباته بالكتابة في حالة وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي².

والأصل أنه لا يجوز شهادة الشاهد بشيء لم يراه أو يعاينه، إلا أن قضاء المحكمة العليا سمح بشهادة التسامع في مسائل ثبوت الزوجية، إذ استقر قضاء المحكمة العليا الجزائري بالأخذ بكل أنواع الشهادة في إثبات الزواج العرفي حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي "المبدأ: يمكن إثبات الزواج بالشهرة والتسامع، تجوز الشهادة على الزواج عن طريق التسامع المتواتر حتى ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد"³.

وبخصوص جواز الإثبات بشهادة الأقارب في الزواج العرفي وتسجيله، فقد أقر نص المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجواز سماع اقارب أحد الخصوم بالنسبة للقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص والطلاق ويعتبر الزواج من قضايا الحالة⁴.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضية إثبات الزواج العرفي، حيث جاء في أحد قراراتها "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في الزواج والطلاق ولما تبين في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود

¹ - عبد الله حاج أحمد، "إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة الدراسات الفقهيّة والقضائية، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015، ص 134.

² المادة 336 : " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة : -إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

³ - قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية رقم: 693621 الصادر بتاريخ : 2012/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2012، ص 43.

⁴ - حيث نصت المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. . . ، غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في قضايا الخاصة بحالات الأشخاص والطلاق"

أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون¹.

ثالثا: النكول عن اليمين

اليمين هي الحلف الذي يصدر من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه، أو عدم صحة ما يدعيه الآخر، وهي عمل ديني تؤدي وفقا للأوضاع المقررة فيه²، والنكول عن أداء اليمين هو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها فإذا نكل عنها خسر دعواه³ قد استقر قضاء المحكمة العليا على أن: "الزواج العرفي يثبت بعد وفاة أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت" ومن ثم فالقضاء بتوجيه اليمين للزوجة، حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود يعد من قبيل التطبيق السليم للقانون⁴.

تلك هي الشروط الشكلية للزواج حسب القانون الجزائري ولكل نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلق بشكل الزواج، حيث تختلف الشروط الشكلية للزواج من دولة إلى أخرى ومن دين إلى آخر، وباختلاف ما إذا كان الشكل المحلي في الدولة التي يراد إبرام الزواج بها هو الشكل المدني أم الشكل الديني.

ولتحديد نطاق الشروط الشكلية، فيجب دائما إعمال القانون الجزائري كمرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين، ففي حالة تكييف شرط ما في نطاق الشروط الشكلية للزواج فلا بد من بحث قاعدة الإسناد التي تنظمه ومن ثم البحث عن ضابط الإسناد الذي يحكمه، وهو محور الدراسة في المبحث الموالي.

¹ - نظر، قرار رقم: 188707، الصادر بتاريخ: 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 50.

² - محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 281.

³ - تنص المادة 347 من القانون المدني: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه."

⁴ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 479362 بتاريخ: 2009/03/11، مجلة المحكمة العليا-العدد 2 لسنة 2009، ص 287.

المبحث الثاني: ضوابط الإسناد التي تحكم المسائل الشكلية في الزواج

سبق التطرق إلى أنه لقيام عقد الزواج صحيحاً لا تكفي توافر الشروط الموضوعية وإنما ينبغي إفراده في شكل معين واستيفاء الإجراءات والأوضاع ضرورياً لإظهار الإرادة إلى الخارج وبالتالي صحة عقد الزواج.

وقد خصت الدول شروط الزواج الشكلية والموضوعية بقانونين مختلفين، وقد تطرقنا للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

ووفقاً لقاعدة الخاصة بشكل التصرفات القانونية، يُعتبر الزواج من حيث شكله خاضعاً في الأصل لقانون الدولة التي أبرم فيها. وبالتالي، فإن الشروط الشكلية للزواج تخضع بشكل عام لقانون البلد الذي تم فيه إبرام الزواج. ويعود إلى قانون هذا البلد لتبيان إذا كانت الشروط الشكلية لصحة الزواج متوافرة في هذا العقد، خصوصاً مدى اتباع الإجراءات التي يتطلبها هذا القانون لتسجيل العقد وتوثيقه من طرف الجهات المختصة.

وعليه، فإن القاعدة العامة في حل المنازعات المتعلقة بالشروط الشكلية لصحة الزواج هي خضوعها لقانون الدولة التي تم فيها الزواج. أما الاستثناء فيتمثل في خضوعها للقانون الذي ينظم الشروط الموضوعية للزواج، أو لقانون الموطن المشترك للزوجين، أو لقانون جنسيتهما المشتركة.

ويلحق بحكم خضوع الزواج من الناحية الشكلية لقانون بلد الإبرام وفقاً للقاعدة العامة مسألة إثبات الزواج التي اتفق الفقه الراجح على خضوعها للقانون الذي يسري على شكل الزواج، فإذا تم إبرامه وفقاً للشكل المحلي فإن إثبات هذا الزواج بدوره يخضع لهذا القانون المحلي أيضاً.

وعليه سوف نعالج من خلال هذا المبحث: اختصاص قانون محل الإبرام بحكم الشروط الشكلية للزواج من خلال المطلب الأول ونخصص المطلب الثاني إلى نطاق اختصاص قانون المحل في إثبات الزواج في حين نعالج الاستثناء المقرر للقانون الوطني للزوجين من خلال المطلب الثالث.

المطلب الأول: اختصاص قانون محل الإبرام بحكم

الشروط الشكلية للزواج

القواعد العامة في القانون الدولي الخاص تعتد بخضوع المسائل الشكلية للزواج لقانون محل إبرام الزواج أي *Locus regit actum*، ويعود الفضل في خضوع شكل التصرفات لقانون بلد الإبرام إلى الفقيه (Bartol)، الذي كان زعيم المدرسة الإيطالية. حيث ميز بين شكل العقود وموضوعها، وأخضعها لقانون واحد هو قانون مكان إبرام العقد، معتبراً أن إرادة الأطراف تتصرف ضمناً إلى خضوع العقد، شكلاً وموضوعاً، لقانون هذا البلد. وقد عُرِفَت هذه القاعدة بعبارة "المحل يحكم التصرفات"، ثم جاء الفقيه (Dumoulin) ليخضع موضوع التصرف لقانون الإرادة، مما جعل مجال قانون المحل مقتصرًا على الشكل الخارجي للتصرف دون الموضوع. وقد استمرت هذه القاعدة، على مر العصور حتى أصبحت عرفاً دولياً متداولاً، وتبنتها الدول في تشريعاتها¹.

يستند الفقه في خضوع الشكل في العقد لقانون محل الإبرام إلى جملة من الأسس العلمية والنظرية، فالأسس العملية تعتمد على التيسير ورفع العناء على المتعاقدين في المعاملات الدولية الخاصة، بحكم أن أحكام قانون محل الإبرام عادة ما تكون معلومة لديهم، كما أن استيفاء شكل العقد يستلزم في الغالب تدخل سلطة عمومية أو موظف رسمي اللذان يعملان تحت سلطة قانون يدركون أحكامه².

وإلى جانب تلك الأسس العملية يوجد أسس منطقية تبرر هذا الخضوع، تفرضه طبيعة الأشياء فالعقد المبرم في مكان ما لابد من أن يخضع للإجراءات الشكلية التي يفرضها قانون ذلك المكان على اعتبار أن الإجراءات الشكلية التي يفرضها القانون تهدف بالأساس إلى تحقيق أمن المعلومات وعلاقتها، والبلد الذي إبرم فيه العقد هو الذي يتكفل بإعلانه وشهره³.

¹ - نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 55.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية للنشر، ط1، القاهرة، مصر، 2001، ص227.

³ - أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية للنشر، ط1، القاهرة، مصر، 2006، ص248.

لذا سنتطرق إلى طبيعة هذه القاعدة في نطاق الزواج من خلال (الفرع الأول)، كما نتناول تطبيقها على الزواج في الجزائر (الفرع الثاني). ومدى انطباقها على الوكالة في عقد الزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول: طبيعة قاعدة لوكيس (Locus) في مجال الزواج

تتميز قاعدة خضوع الزواج لقانون بلد الإبرام بصفة عالمية، حيث تُعتبر قاعدة معترف ومعمول بها دولياً، من خلال تسهيل إجراءات عقد الزواج على الأطراف، بصرف النظر عن مكان تواجدهم. وقد كرستها بعض الأنظمة القانونية الغربية بنص خاص كالقانون الفرنسي¹ والبلجيكي²، وحذت حذوها بعض القوانين العربية كالقانون التونسي³، الكويتي⁴، العراقي⁵، الإماراتي⁶، الأردني⁷، . بينما تركتها أنظمة أخرى إلى القاعدة العامة المتعلقة بشكل التصرفات القانونية بوجه عام على اعتبار الزواج أحدها، كما هو الحال في قوانين سوريا، ليبيا، اليمن، مصر، والجزائر.

على الرغم من وجود شبه إجماع على اعتماد هذه القاعدة فيما يتعلق بشكل الزواج، إلا أن هناك اختلافاً حول طبيعتها، أو بالأحرى حول طبيعتها الإلزامية. فهل يُلزم الأطراف باتباع الإجراءات التي يفرضها قانون البلد الذي تم فيه عقد زواجهما، أم أن ذلك يعد خياراً يترك لإرادة الزوجين لتحديد القانون الذي ينظم شكل زواجهما، خاصة وأن الدول لا تتفق على شكل موحد يخضع له الزواج؟

وقد تناولنا سابقاً أن الشكل المحلي للزواج في الأنظمة المقارنة يتخذ أحد شكلين: الشكل الديني والشكل المدني. وبين هذين الشكلين، توجد بعض الدول التي تعتمد كلا الشكلين معاً، حيث يتم إبرام الزواج أولاً بالطابع الديني ثم يتبعه الطابع المدني، كما هو

¹ - المادتين 47 و 170 من القانون المدني الفرنسي.

² - المادة 47 من القانون المدني البلجيكي.

³ - الفصل 46 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج. . . "

⁴ المادة 2/36 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين"

⁵ - المادة 19 فقرة 2 من القانون المدني العراقي.

⁶ - المادة 12 فقرة 2 من قانون المعاملات المدنية العراقية.

⁷ - المادة 13 فقرة 2 من القانون المدني الأردني.

الحال في الأوروغواي وبعض المناطق في بريطانيا. وفي أجزاء أخرى من بريطانيا، يُتاح للزوجين الخيار بين الشكل المدني أو الديني. بينما اكتفت دول أخرى، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، بإباحة الزواج بناءً على التراضي دون الالتزام بشكل معين¹.

هذا الاختلاف طبيعة نظام الزواج له تأثير على صفة قاعدة خضوع الشكل لمكان الإبرام من حيث إلزاميتها، خصوصاً في الزواج المختلط. أين يقوم الزوجان بعقد زواجهما وفقاً للشكل المحلي في بلد الإبرام، بينما قد يتطلب قانونهما الشخصي الشكل الديني. حيث اعتمدت بعض الأنظمة القانونية قاعدة لو كيس بصفة إلزامية أياً كان البلد الذي تم فيه الزواج بصرف النظر إن تم إبرام الزواج على إقليمها أو تم إبرامه في الخارج².

حيث تخضع الشروط الشكلية في الزواج لهذه القاعدة على سبيل الإلزام، بحيث لا يجوز للأجنبي إجراء الزواج في الشكل الذي يرسمه القانون الشخصي للزوجين أو قانون موطنهما في حالة اختلافهما عن قانون دولة بلد الإبرام، مادام أن الزواج المبرم من قبل الأجنبي وفقاً لقانون محل الإبرام يكون صحيحاً في جميع الدول بما في ذلك بلده الأصلي³.

وقد اعتنقت بعض الدول هذا التوجه على غرار الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا واليابان التي تخضع الشروط الشكلية للزواج لهذه القاعدة على سبيل الإلزام، حيث لا يمكن معها تطبيق أي آخر عليها.

وفي فرنسا يعتبر القانون الدولي الخاص فيها أن الزواج هو المجال الوحيد الذي تكتسي فيه قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام الصفة الأمرة⁴، ويستشف ذلك من المادة (47) من القانون المدني الفرنسي المعدلة، بقانون رقم 06-1376 المؤرخ في

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 87.

² - يرى بعض الفقهاء المعاصرين بأن قوانين الشكل متعلقة بالنظام العام، ومرتبطة باعتبارات دينية ومصالح سوسيو اقتصادية ومن بينهم الفقيه (BUZATTI) والفقيه أرمنجون الذي يرى أن الالتزام باحترام قاعدة لو كيس يعود لأسباب تفرضها الضرورات العملية، كون القوانين المحلية تعكس الأفكار السائدة في محل الإبرام، راجع في هذا الخصوص، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 187.

³ - أنظر، نادية فضيل، مرجع سابق، ص 89، وعبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط 1، دوندار للنشر، جامعة القاهرة، مصر، ص 234.

1- Gutmann Daniel, Droit international privé, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2000, P 119.

14 نوفمبر 2006 والتي تقر بأن كل التصرفات الخاصة بالحالة المدنية للفرنسيين والأجانب التي تتم في الخارج تكون صحيحة، متى كانت محررة طبقاً للأشكال المقررة في قانون مكان الإبرام"، حيث يستفاد من هذا النص، أن الشروط الشكلية لعقد الزواج تخضع للمكان الذي تمت فيه¹.

وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بشأن زواج سوريين من طائفة اليهود أبرم زواجهما في إيطاليا طبقاً للشكل المقرر في التوراة، حيث طبقت محكمة النقض قواعد الإسناد الإيطالية (قانون محل إبرام الزواج) والتي بدورها أحالت إلى تطبيق القانون الوطني السوري، وبالتالي تكون محكمة النقض الفرنسية قد اعترفت بالصفة الإلزامية لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام².

وقد انتقد هذا التوجه على أساس أنه يهدم أهم أساس تقوم عليه قاعدة لوكيس وهو التيسير على المتعاقدين.

وهناك أنظمة قانونية زوجت بين الزامية قاعدة لوكيس واختياريتها، حيث تجعل منها إلزامية بالنسبة للزواج المنعقد على إقليمها، واختيارية بالنسبة للزواج المبرم في الخارج على غرار ألمانيا³.

وغالبية الأنظمة القانونية تأخذ بقاعدة لوكيس بصفة اختيارية في مجال الزواج، بحيث يمكن للزوجين الاختيار بين الشكل الذي يقضي به قانونهما الوطني أو قانون محل الإبرام، على اعتبار أن قاعدة الشكل يخضع لمحل الإبرام ما هي إلا استثناء وارد عن مبدأ إقليمية القوانين وبالتالي فهي قاعدة اختيارية، يمكن للأفراد اتباعها أو الخروج عنها، وفي هذا الاتجاه يرى الفقيه (فاليري) Valery أن كل علاقة قانونية في القانون الدولي الخاص يجب أن تخضع للقانون الذي يتلاءم مع طبيعتها، مما يؤدي إلى عدة نتائج منها أن شكل التصرفات يجب أن يخضع للقانون الذي يجعله أكثر نجاعة وفعالية، وبالتالي

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 242.

² - محمد حمدي محمد بهنيس، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، المجلة القانونية والاقتصادية، جامعة الزقازيق، مصر، العدد 15، سنة 2004، ص 78.

³ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 240.

يمكن أن نستبدل أو نستبعد القوانين المحلية كلما كانت تراعي المصلحة العامة عن المصلحة الشخصية¹.

ومن التشريعات العربية، نجد أن المشرع التونسي قد اعتنق الطابع الاختياري للقاعدة لو كيس وجعل منها قاعدة احتياطية في حالة عدم اتحاد جنسية الزوجين، حيث أخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون جنسية الزوجين المشتركة أو لقانون مكان إبرام الزواج، هذا ما يمكن استنتاجه من نص الفصل 46 من مجلة القانون الدولي الخاص².

كما أكد على الطابع الاختياري لقاعدة لو كيس المشرع المصري من خلال المادة (20) من القانون المدني، والتي أجازت للزوجين الاختيار بين قانون بلد الإبرام، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد أو قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك. كما أخذ بالصفة الانتقائية لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج المشرع الأردني من خلال الفقرة الثانية من المادة (13) من القانون المدني إذ لم يلزم الزوجين بقانون معين، تاركا لهم الخيار بين القانون الشخصي للزوجين، وقانون محل الإبرام³.

وهو نفس ما قضت به قوانين كل من المغرب والكويت والإمارات العربية المتحدة⁴ وعند الرجوع إلى المشرع الجزائري، نجده لم يحدد قاعدة إسناد خاصة تنظم الشروط الشكلية اللازمة لإبرام عقد الزواج. كما أن هذه الشروط لا تتدرج ضمن نطاق المادة (11)، كما تم توضيحه، حيث خصص المشرع هذه المادة فقط للشروط الموضوعية، وذلك في تعديل عام 2005، بعد أن كانت لا تفرق بين الشروط الشكلية والموضوعية في السابق. وبالتالي، يمكن القول إن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى إخضاع الشروط الشكلية للزواج للقاعدة العامة التي تنظم التصرفات القانونية من حيث الشكل، باعتبار

¹ - أنظر، نادية فضيل، مرجع سابق، ص 104.

² - ينص الفصل 46 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على "تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج".

³ - الفقرة 2 من المادة 13 مدني أردني

⁴ - أنظر الفصل 11 من الظهير رقم 183197 الصادر بتاريخ 14/11/1986 المتعلق بالحالة المدنية للمغاربة والأجانب، والفقرة 2 من المادة 12 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

أن الزواج يُعتبر من هذه التصرفات. وهو ما تم تجسيده من خلال المادة (19) من القانون المدني الجزائري والمقابلة للمادة (20) من القانون المدني المصري¹. وقد أثارت هذه المادة جدلاً في أوساط الفقهاء المصريين هل تطبق هذه المادة على شكل الزواج باعتباره تصرف قانوني؟ أم أنها تقتصر فقط على شكل العقود الواقعة ضمن المعاملات المالية؟

حيث يرى بعض الفقهاء أن هذه المادة تخرج من نطاق الزواج وتدخل في مجال القواعد النازمة للعقود الأخرى²، في حين ترى طائفة أخرى أن الزواج يندرج من حيث شكله ضمن المادة 20 من القانون المدني المصري على اعتباره عقد مثل سائر العقود الأخرى وينطبق عليه ما ينطبق عليها، وبالتالي وفي غياب نص خاص، نلجأ إلى تطبيق القواعد العامة، أي تطبيق نص المادة 20 مدني مصري³.

وفي الجزائر رصدنا رأي للأستاذ (كمال عليوش قريوع) يرى فيه أن نص المادة 19 من القانون المدني تنصرف إلى كافة العقود ما عدا عقد الزواج⁴.

لكن بالإضافة لما هو مكرس في القاعدة العامة التي تضمنتها المادة 19 مدني، وباستقراء ما هو مقرر في قانون الحالة المدنية لاسيما المواد 95 و96 و97 منه، حيث نجد المادة (95) تقر بصحة عقود الحالة المدنية للجزائريين وكذا الأجانب الصادرة في البلدان الأجنبية متى تم تحريرها طبقاً للوضع المألوف والمعتاد في تلك الدول⁵، في حين أن المادة (97) في فقرتها الأولى من نفس القانون قد اعترفت بصحة عقود الزواج التي يبرمها الجزائريين فيما بينهم أو بين الجزائري والأجنبية في بلد أجنبي وفق لما هو مقرر في البلد الأجنبي تحت قيد عدم مخالفة الجزائري لمتطلبات القانون الوطني بخصوص الشروط الموضوعية للزواج.

¹ - حيث تنص المادة 19 من القانون المدني على "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"

² من مؤيدي هذا التوجه، فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، راجع، عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 257

³ - هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 232.

⁴ - كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 223.

⁵ - تنص المادة 95 من قانون الحالة المدنية على "كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا حرر طبقاً للأوضاع المألوفة في هذا البلد"

وتأسيسا على ذلك يتضح أن المشرع الجزائري تبني قاعدة لوكيس، ليس بطابعها الإلزامي وإنما اعتنقها على سبيل الاختيار، حيث نجد قاعدة التنازع التي تنظم شكل العقود المنصوص عليها في المادة (19) من القانون المدني تحتوي على أربع ضوابط بصفة اختيارية، فالعقد يعد صحيحا شكليا إذا أبرمه الأطراف وفقا للأوضاع المقررة إما في قانون المكان الذي تمت فيه، أو في القانون الوطني للزوجين، أو في قانون موطنهما المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، دون منح أفضلية أو تمييز لضابط عن الآخر، وما يمكن أن نلاحظه بخصوص هذه المادة أنها بالإضافة إلى تكريسها للطابع الاختياري لقاعدة لوكيس أنها وسعت من الضوابط التي يمكن أن تحكم الشكل حيث أصبحت أربع ضوابط بإضافة ضابطي إسناد جديدين في تعديل 2005 وهما قانون الموطن المشترك والقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية¹.

وهذا التوسع في ضوابط الإسناد، ربما قصد المشرع من خلاله صحة العقد من الجانب الشكلي متى أبرم وفق الأوضاع التي يقرها أحد الضوابط المحددة في المادة (19) مدني، وقياسا على ذلك تكون الرابطة الزوجية صحيحة من حيث الشكل إذا ما تمت وفق أحد الضوابط التالية لقانون محل إبرام العقد أو وفقا للقانون الوطني المشترك للزوجين أو طبقا لقانون الموطن المشترك للزوجين أو للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

ونرى أن ضابط الموطن المشترك المضاف لحكم الجوانب الشكلية في عقد الزواج ليس مهما، كونه يوجد قاسم مشترك بينه وبين قانون محل الإبرام، الذي هو غالبا موطن الزوجين، وموطن المتعاقدين في الغالب يكون محل الإبرام.

ونخلص إلى أن قاعدة لوكيس تتمتع بالطابع الاختياري في مجال الزواج بالنسبة للتشريع الجزائري إذ يمكن للزوجين الاختيار بين الشكل المقرر في قانون محل الإبرام أو الشكل الذي يتطلبه قانون جنسيتهم المشترك إذا كانا من نفس الجنسية أو قانون الموطن المشترك متى اتحدا هذا الأخير، ففي حال كان الزوجان يحملان نفس الجنسية (جنسية

¹ - تنص المادة 19 المعدلة على " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية " وكانت المادة قبل التعديل تنص على " تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها إلى لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجب أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين "

مشتركة)، فيمكن لهما إبرام زواجهما وفقاً لقانون تلك الجنسية المشتركة، كما يتضح من نص المادة (19) من القانون المدني. ويمكن أن يخضع الزواج من الناحية الشكلية للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين، وفي حال عدم وجود جنسية مشتركة، فإن الخيار المتاح هو الشكل المحلي، ومن ثم فإن الشروط الشكلية تخضع لمكان الإبرام بصفة إلزامية¹.

والجدير بالملاحظة أن بلد الإبرام يشمل كل إقليم الدولة تبعا لقواعد القانون الدولي العام، أي ما تمتد إليه سيادتها برياً وجوياً وبحرياً، فيعتبر الزواج قد تم في الجزائر، إذا ما تم فوق سفينة جزائرية راسية بالمياه الإقليمية لدولة أجنبية.

من خلال عرضنا لتباين الأنظمة القانونية حول طبيعة "قاعدة المحل يحكم شكل الزواج"، يمكننا القول بأن الرأي الذي يعتبر أن هذه القاعدة ملزمة، رغم توافقه مع أهداف الدول في احترام الشكل الذي تفرضه لإبرام الزواج على إقليمها، إلا أنه يتعارض مع ما هو متعارف عليه دولياً من أن خضوع التصرفات القانونية من حيث الشكل لقانون بلد الإبرام هو ذو طابع اختياري²، كما أنه يهدم الاعتبارات العملية التي استندت إليها هذه القاعدة، والتي تهدف بالأساس إلى التيسير على المتعاقدين عند إبرام تصرفاتهم القانونية، فقد لا يتسنى لطالبي الزواج معرفة شروط شكلية للزواج غير الشروط التي يتطلبها قانون دولة محل الإبرام.

ومن ثم، فإن خضوع الزواج من حيث الشكل لقانون بلد الإبرام بشكل اختياري يمنح الأفراد حرية اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم القانونية من جهة، ويضمن الاعتراف بالتصرف القانوني في جميع الدول من جهة أخرى، سواء تلك التي أبرم على إقليمها وفقاً لأوضاع التي يتطلبها قانونها أو وفقاً للقانون الشخصي، وهذا من شأنه تقليل حالات بطلان الزواج وفق قانون معين وصحته وفق قانون آخر، طالما لم تكن هناك نية من الأطراف للتحايل على القانون المختص بحكم العلاقة. كما يسهم ذلك في تحقيق الانسجام والتعايش بين النظم القانونية المختلفة، من خلال تمكين الأجانب المقيمين من إبرام زواجهم وفقاً للأشكال المحددة في قوانينهم الشخصية متى أرادوا ذلك³.

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 239-240

² - Gutmann Daniel, op. cit, P122

³ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 107.

علاوة على ذلك، يتناسب الطابع الاختياري مع طبيعة نظام الزواج المتبع في كل دولة. لذلك، يُفضل للدول التي تعتمد الشكل الديني أن تخضع الجوانب الشكلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين، وذلك في حال تم إبرامه في دولة لا تعترف بهذا الطابع وتعتبره مخالفاً للنظام العام. بينما ينبغي على الدول التي تتبع الطابع المدني أن تطبق قاعدة قانون الدولة التي تم فيها إبرام الزواج على شكله¹.

وخلاصة القول أن خضوع شكل الزواج لقاعدة "المحل يحكم شكل التصرف" قاعدة اختيارية وليست إلزامية في القانون الجزائري، حيث يتمتع المتعاقدان بحق إبرام زواجهما وفقاً لقانون بلد الإبرام كقاعدة عامة، مع الاحتفاظ بحق الاختيار والحرية في إبرامه وفق أحد القوانين المذكورة في نص المادة (19) من القانون المدني وبالتالي، يمكن لهما اختيار قانون جنسيتهما المشتركة، أو القانون الذي ينظم الشروط الموضوعية للزواج، أو قانون موطنهما المشترك.

الفرع الثاني: تطبيق ضابط محل الإبرام في الجزائر

سبق وأن أشرنا إلى أنه في القانون الجزائري تخضع المسائل الشكلية في الزواج لقانون محل الإبرام بشكل اختياري انتقائي، ومن ثم سوف نعالج تطبيق ضابط محل الإبرام على زواج الأجانب في الجزائر (البند الأول) ثم إلى تطبيقه على الزواج المختلط (البند الثاني).

البند الأول: زواج الأجانب في الشكل المحلي الجزائري

بالعودة لنص المادة (97) من قانون الحالة المدنية فإنها اكتفت بالنص على حالة زواج الجزائريين فيما بينهم أو زواج الجزائري بالأجنبية في الخارج ولم تتطرق لزواج الأجانب في الجزائر أو الزواج المختلط بالجزائر، هذا ما جعل الفقه² يرى أنه لا مانع من منح الصفة المزدوجة للمادة (97) إسوة بما فعله القضاء الفرنسي بشأن المادة (170) مدني فرنسي المقابلة للمادة (97) من قانون الحالة المدنية، مما يترتب عليه خضوع زواج الأجانب في الجزائر من حيث شكله للقانون الجزائري، كما يمكن أن يُستنتج ذلك من خلال نص المادة (71) من قانون الحالة المدنية التي بعد أن حددت الاختصاص

¹ - Jac Mestre, op. cit. P 8 .

² - إسعاد محند، ترجمة فائق انجق، القانون الدولي الخاص الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 299، بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 239.

الإقليمي لضابط الحالة المدنية بشأن عقود الزواج بالنسبة للجزائريين، وأوردت مهلة إقامة طالبي الزواج أو أحدهما، عادت لتقرر أن هذه المهلة والمقدرة بشهر واحد من تاريخ الزواج لا تخص المواطنين، بما يفيد أنه يجوز للأجانب إبرام زواجهم طبقاً للشكل المحلي الجزائري شريطة أن لا تقل مدة إقامتهم بالجزائر عن شهر قبل التاريخ المحدد لإبرام الزواج¹.

وقد تم توجيه نقد من طرف بعض الفقهاء لربط إقامة الأطراف على الإقليم الجزائري بمدة على أساس أن قاعدة خضوع شكل العقد لمحل إبرامه ما هي إلا تجسيد لفكرة التيسير على أطرافه، ويشتترط عليهم مهلة تؤكد إقامتهم على التراب الوطني، في حين من الممكن أن يكون مرور الأجانب قد تم بصورة عابرة على الإقليم الجزائري، وهذا ما يتنافى مع الغاية التي من أجلها تقرر وضع هذه القاعدة، إلا أن المدافعين عن تبني هذا الشرط أرجعوا سبب ذلك حتى يكون المتعاقدين قد تعرفوا على أحكام القانون الذي يحكم عقد زواجهما من حيث الشكل، خاصة والأمر يتعلق بعقد بمنتهى الخطورة كعقد الزواج².

وعليه متى رغب الأجانب في إبرام زواجهما في الشكل المحلي أمام الجهات المختصة وفق ما تقتضيه المادة (18) من قانون الأسرة والمادة (71) من قانون الحالة المدنية، فيجب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق حسب الحالة، التأكد من مدى استيفاء الزوجين للشروط المطلوبة لعقد الزواج لاسيما شرط الحصول على الترخيص بالزواج المسلم من طرف الوالي المختص إقليمياً.

والجدير بالذكر أن إمكانية إبرام زواج الأجانب في الشكل المحلي الذي يفرضه القانون الجزائري ليس إلزامياً فلهم عقد زواجهم وفقاً لقانون جنسيتها المشتركة، أو وفقاً لقانون موطنهما المشترك، أو طبقاً للقانون الذي يحكم شروط زواجهما الموضوعية تطبيقاً للنص المادة (19) من القانون المدني والتي تقضي بخضوع شكل التصرف إما للقانون المحلي أو للقانون الوطني المشترك أو الموطن المشترك أو القانون الساري على

¹ - تنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية على " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالب الزواج أو أحدهما باستمرار مدة شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين "

² -نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 212 وما بعدها.

أحكام العقد الموضوعية، ومن ثم يجوز إبرام زواج أجنبي وفقا للشكل المفروض في قانونهم الشخصي، فيعتبر الزواج الذي تم في فوق التراب الجزائري دون شكليات معينة صحيحا في حالة كان القانون الشخصي للزوجين يسمح بذلك، كما يجوز إبرام زواج الأجنبي في الشكل الديني شريطة أن لا يتعارض هذا الشكل مع النظام العام الجزائري¹. ويمكن أن نثير التساؤل التالي: هل يمكن فتح الباب للأجنبي لإبرام زواجهم وفق الشكل العرفي الجزائري؟ كون الزواج في الجزائر قد يتم عرفيا بالفاثحة دون تسجيل أو توثيق وهو زواجا شرعيا إغفال تسجيله وتوثيقه.

يرى جانب من الفقهاء المصريين، بأنه يحق للأجنبي إبرام زواجهم في الشكل العرفي كونه من الأشكال المحلية المعترف بها في القانون المصري، خاصة في الحالة التي يكون فيها القانون الشخصي للأجنبي لا يمنع هذا النوع من الزواج، فمن باب أولى أن لا تمنعهم دولة محل الإبرام من هذا الحق المكفول في قوانينهم الشخصية².

وقد استند مؤيدو هذا الرأي على القوانين الفرنسية التي تجيز إبرام الأجنبي لزواجهم في الشكل المدني حتى لو كانت قوانينهم الشخصية تفرض عليهم الشكل الديني.

وعليه يمكن للأجنبي مسلمين كانوا أو غير مسلمين أن يبرموا زواجهم في الشكل العرفي المصري شريطة احترام الشروط الموضوعية التي يفرضها قانونهم الشخصي، مع منح القضاء سلطة مراقبة مدى توفر تلك الشروط، وفي هذا المجال يؤيد بعض الباحثين أحقية الأجنبي في إبرام زواجهم وفقا للشكل العرفي، مع حقهم أيضا في رفع دعوى أمام المحاكم المصرية للحكم بصحة ونفاذ العقد غير الرسمي وغير الموثق³.

لكننا نعتقد بأنه لا يمكن فتح الشكل العرفي الجزائري على الأجنبي، كون الزواج بالفاثحة عندنا يعتبر زواجا خاليا من أي حماية قانونية ووجوده يرتكز إما جهلاً بالقوانين أو تحايلا عليها، وهذا الزواج حتى في شكله الداخلي يجلب اشكالات قانونية واجتماعية عديدة، وعليه لا يمكن أن يُفتح هذا النوع من الزواج للأجنبي، ولا يجوز قبول زواجهم في الشكل العرفي الجزائري على الرغم من محلية هذا الشكل إلا أنه يفترق إلى الغطاء القانوني، ومن أجل التخفيف عن المحاكم الجزائرية ورحلة الخوض في تثبيت هذا النوع

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 244.

² - هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 265-266.

³ - المرجع نفسه.

من الزواج وإثبات مدى توفر هذا الشكل في القانون الشخصي للزوجين من جهة، وعدم فتح المجال للأجانب للتلاعب بالقوانين الجزائرية وإبرام زيجات قد تكون صورية لا تعكس الهدف الأساسي من الزواج من جهة أخرى.

ومن ثم فللأجانب الحق في إبرام زواجهم وفق الشكل المحلي الجزائري الرسمي، أو المجال مفتوح أمامهم إلى إبرام زواجهم أمام بعثاتهم الدبلوماسية المعتمدة في الجزائر وهو حق مكفول ومشروع لهم¹.

البند الثاني: الزواج المختلط بين الجزائريين والأجانب وفق الشكل المحلي الجزائري

يمكن للجزائري الزواج بأجنبية وفق الشكل المحلي الجزائري شريطة احترامه للإجراءات التنظيمية المعمول بها لا سيما حصوله على ترخيص بالزواج المختلط من الجهات المختصة، كذلك على الأجنبية الحصول على رخصة من طرف والي ولاية إقامتها². كما سمح القانون الجزائري للجزائرية الزواج بالأجنبي تحت شروط وضعت تطبيقاً لنص المادة (31) من قانون الأسرة وقيدت بشروط وضعتها التعليمات الوزاريتين رقم 02 المؤرخة في 11/02/1980 ورقم 09 المؤرخة في 05/11/2018 اللتان سبق الإشارة لهما عند تناول إجراءات عقد الزواج في التشريع الجزائري وأبرز قيد يتمثل في إثبات إسلام الأجنبي الراغب في الزواج بجزائرية.

والجدير بالملاحظة أن هذا النوع من الزواج لا يسري عليه القانون الجزائري في جانبه الشكلي فحسب بل سوف يخضع برمته للقانون الجزائري حسب الامتياز الممنوح له في نص المادة (13) من القانون المدني سالف الذكر.

يمكن أن نطرح التساؤل التالي: هل يمكن للأجنبي أن يبرم زواجه من جزائرية على التراب الجزائري أمام السفارات أو القنصليات التابع لها الطرف الأجنبي؟

رأينا سابقاً أن هذا النوع من الزواج قيده المشرع الجزائري بشرط إجرائي يتمثل في الحصول على رخصة مسبقة للزواج مسلمة من طرف الوالي.

وبالنظر لاتسام إجراءات الحصول على الرخصة بالطول والتعقيد، الأمر الذي جعل بعض الجزائريات المرتبطات بأجانب، وفي محاولة منهن إلى الإفلات من قبضة القانون

¹ - أنظر محند إسعاد، مرجع سابق، ص 300 وما بعدها.

² - راجع الصفحتين رقم: 79 و 80 من هذه الأطروحة وكذا عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية، مرجع سابق، ص 268.

الجزائري، يلجئ إلى حيلة قانونية تتمثل في إبرام عقود زواجهن أمام السفارات أو القنصليات التابع لها الزوج الأجنبي.

وتعتبر هذه العقود عقود أجنبية بالنسبة للقانون الجزائري، مما يجبرهن على التقدم للمحاكم الجزائرية المختصة بقصد منح الصيغة التنفيذية لهذه العقود وفق لما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، وبعد الحصول على الصيغة التنفيذية يتوجهن إلى مصالح الحالة المدنية من أجل قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية الجزائرية.

الأمر الذي أدى بوزارة العدل إلى التحرك بغية احترام القرارات التنظيمية للدولة الجزائرية من جهة، ولحماية الجزائرية من جهة أخرى من تواطؤ السفارات الأجنبية خدمة لمصالح رعاياها المقيمين بالجزائر، حيث وجهت تعليمة تحمل رقم 77 للنواب العامين لدى المجالس القضائية تطلب منهم تكييف الدعاوى المتعلقة بعقود الزواج المبرمة في السفارات الأجنبية بالجزائر على أنها دعاوى إثبات زواج عرفي، وتطالبهم من خلالها إلى ضرورة التأكد من مدى صحة الزواج طبقا للقانون الجزائري، مؤكدة على ضرورة تسجيل أحكام إثبات الزواج المبرم في السفارات الأجنبية بمصالح الحالة المدنية للبلديات المختصة، وليس لدى مصالح الحالة المدنية على مستوى وزارة الخارجية².

من خلال هذه الإرسالية يتضح أن النظام القانوني الجزائري لا يقبل بالنسبة للزواج المختلط المبرم في الجزائر أي شكل غير الشكل المحلي الجزائري الرسمي، وذلك بغية مراقبة هذا الزواج وإبرامه وفق ما يقتضيه قانوني الأسرة والحالة المدنية.

البند الثالث: زواج الجزائريين في الخارج

يمكن للجزائريين المقيمين في الخارج إبرام عقود زواجهم وفقاً لقوانين الدولة التي يقيمون فيها، وذلك لما تنص عليه المادة (97) من قانون الحالة المدنية. ويجوز إبرام العقد في دولة أخرى أو في دولة موطنهما المشترك، وفي هذه الحالة تكون دولة الإبرام هي نفسها دولة الموطن. وعندما يتوجه الجزائريون إلى الجهات المحلية المختصة في البلد الأجنبي لإبرام عقود زواجهم، يُعتبر هذا الزواج صحيحاً في نظر القانون الجزائري، على أن يتم باحترام الشروط الشكلية المقررة في ذلك البلد، كما تنص المادة

¹ - المواد، 606 و 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - إرسالية وزارة العدل رقم: 2016/77، صادرة عن المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية، بخصوص عقود الزواج المبرمة في السفارات الأجنبية في الجزائر، الصادرة بتاريخ: 2016/06/09.

(97) من قانون الحالة المدنية تحت قيد عدم مخالفة الشروط الموضوعية التي يفرضها القانون الجزائري، مثل الرضا، أهلية الزواج، وانعدام الموانع الشرعية¹.

وتشير الفقرة الثانية من المادة (97) من نفس القانون بتطبيق نفس الأحكام على الجزائري المتزوج من أجنبية، حيث قضت " ويجري مثل ذلك أيضاً بالنسبة للزواج الذي يتم في بلد أجنبي بين الجزائري والأجنبية، والذي يتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية الجزائر وفقاً للقوانين الجزائرية"

وبالنسبة لزواج الجزائرية في الخارج، فإن أحكام الفقرة الثانية من المادة (97) من قانون الحالة المدنية قد سككت عن هذه الحالة، مما يجعلنا نعتقد أنه لا يمكن إبرام زواجها بأجنبي وفقاً للشكل المحلي الأجنبي، مخافة تجاوز الشروط الموضوعية لصحة الزواج التي يتضمنها قانون الأسرة الجزائري، لا سيما منع زواج المسلمة من غير المسلم. خاصة أن القانون الجزائري يتشدد في هذا النوع من الزواج ويقيد بإجراءات خاصة، منها الحصول على ترخيص من المصالح الإدارية المختصة بشؤون الأجانب في الجزائر، وقد تضمن ذلك تعليمة وزارية مشتركة بين وزير الداخلية ووزير العدل، بالإضافة إلى شرط إسلام طالب الزواج الأجنبي الراغب في الزواج من جزائرية، وقد لا تتحقق هذه الإجراءات في القانون المحلي الأجنبي، خاصة في ظل علمانية القوانين الغربية والتي تنظر إلى هذه المسألة من زاوية الحرية الشخصية، وعدم التمييز بين المرأة والرجل، بالإضافة إلى تعارضه حسبهم مع مبادئ الحرية والمساواة المكفولة في المواثيق الدولية وحقوق الإنسان²، الأمر الذي يجعلنا نعتقد أن المشرع الجزائري حسنا فعل حينما لم يمنح للجزائرية في الخارج الحق في إبرام زواجها بالأجنبي وفق الشكل المحلي الأجنبي.

ويرى الأستاذ: أعراب بلقاسم أن هذا التخوف ليس في محله، لأنه في احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية ضمانة كافية في عدم استطاعتها عقد زواجها بغير مسلم³، لكننا نعتقد أن الأمر مرتبط بنية بعض الجزائريات التهرب من أحكام القانون الجزائري، مع عدم إمكانية توفر شرط مراقبة هذه الشروط الموضوعية من طرف القانون الأجنبي خاصة وأن جل الدول الغربية خلعت الصفة الدينية على رباط الزواج.

¹ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 159

² - أنظر، خالد برجوي، مرجع سابق، ص 109.

³ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 243.

وما يعزز رأينا هو الانتشار الملفت لظاهرة زواج جزائريات بأجانب غير مسلمين في الخارج دون أي إشكالات تتعلق باحترام هذا الزواج للشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون الأسرة الجزائري لا سيما المادة 30 منه والتي تعتبر اختلاف الدين مانعا من موانع الزواج.

ومن المهم الإشارة إلى أنه رغم حق الجزائري في إبرام زواجه في الخارج وفق الأشكال المحلية، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً. فبعض الأشكال المحلية تُعتبر مخالفة للنظام العام في الجزائر، مما يستدعي منع الجزائري من إبرام زواجه في الخارج وفقاً لها. وبالتالي، يُعتبر زواج الجزائري في الخارج باطلاً إذا تم وفق شكل محلي ديني يتعارض مع العقيدة الإسلامية¹.

المطلب الثاني: اختصاص القانون الوطني للزوجين بحكم الشروط الشكلية للزواج

سبق التطرق إلى الصفة العالمية لخضوع الزواج من حيث الشكل إلى قانون بلد الإبرام بالرغم من الاختلاف حول الطبيعة الملزمة لهذه القاعدة، إلا أن جل الدول تمنح اختصاصاً استثنائياً لرجال السلك الدبلوماسي والقنصلي لإبرام عقد زواج رعاياها في الدولة التي يمثلونها.

وهذا الاختصاص لرجال السلك الدبلوماسي مكرس بموجب المعاهدات الدولية على غرار اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالزواج، واتفاقية فيينا الخاصة بالعلاقات القنصلية في 1963/04/24² وكذلك معاهدة لاهاي لسنة 1978 الخاصة بإبرام الزواج والاعتراف به، كما تضمن هذا الاختصاص المادة 8 ب من الاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية المنعقدة في باريس بتاريخ: 1974/05/24³.

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 243.

² - تمت مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية بالمرسوم رقم 66-85 المؤرخ في 1965/03/04، الجريدة الرسمية، العدد 4 بتاريخ 1965/09/22.

³ - الأمر رقم: 75/74 المؤرخ في 1974/06/12 المتضمن المصادقة على الاتفاقية القنصلية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية الموقعة بتاريخ 1974/05/24 بباريس، الجريدة الرسمية، عدد 62 بتاريخ 1974/08/2

وعليه سوف نتطرق لاختصاص السلك الدبلوماسي بإبرام عقد الزواج (الفرع الأول) والإعتراف بعقود الزواج المبرمة في الشكل الدبلوماسي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: اختصاص البعثات الدبلوماسية والقنصلية بإبرام عقد الزواج

لم يخالف المشرع الجزائري نظراؤه العرب في اختصاص القانون الشخصي لحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج حين منح للبعثات الدبلوماسية أو القنصلية الاختصاص بإبرام عقود زواج الجزائريين في الخارج بإضفاء صفة ضابط الحالة المدنية عليهم.

وهو الأمر المستخلص من حكم المادة (96) من قانون الحالة المدنية التي قررت صحة عقود الحالة المدنية للجزائريين المحررة بالخارج من طرف الأعوان الدبلوماسيين متى أبرمت طبقا لما هو مقرر في القانون الجزائري¹، فطبقا لما ورد في هذه المادة يسمح للجزائريين في الخارج إبرام زواجهم في الشكل المقرر في القانون الجزائري، شريطة أن لا يتعارض مع قوانين الدولة الموفد إليها وأنظمتها.

أما الفقرة الثانية من المادة (97) من قانون الحالة المدنية فقد قضت بحق القناصلة الجزائريين بإبرام الزواج في الشكل المقرر في القانون الجزائري متى كان فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية (الزواج المختلط)، حيث أجازت للزوج الجزائري اللجوء إلى القنصلية أو البعثة الدبلوماسية الجزائرية الواقعة في دائرة اختصاص محل إقامته في الخارج من أجل إبرام عقد زواجه، تحت قيد أن تكون الزوجة الأجنبية تحمل جنسية البلد المضيف، وفي الحالة التي تكون الأجنبية غير حاملة لجنسية البلد المضيف، فقد وضعت الفقرة الثالثة من نفس المادة شرطا يفيد بأن مراسيم هذا الزواج لا تتم إلا في البلدان التي سوف يحددها مرسوم خاص².

وقد عالجت هذه المادة حالة إذا كان الزوج جزائري والزوجة أجنبية وفي حالة الزوجة فرقت بين وضعيتين حالة إذا كانت الزوجة أجنبية تحمل جنسية البلد المضيف فهنا لا يوجد إشكال، أما الوضع الثاني إذا كانت الزوجة لا تحمل جنسية البلد المضيف، فإن مثل هذا الزواج لا يبرم إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم، وما يلاحظ أن هذا المرسوم لم يصدر لحد الآن.

¹ - المادة 96 من قانون الحالة المدنية.

² - المادة 3/97 من قانون الحالة المدنية.

بمعنى أن هذه المادة فرقت بين وضعيتين للزوجة المراد الزواج بها ففي حالة كونها تحمل جنسية البلد المضيف فإن رجال السلك الدبلوماسي الجزائري يختص بإبرام هذا الزواج، أما في الحالة التي تكون فيها الزوجة أجنبية عن البلد المضيف فإنه لا مجال لإبرام مثل هذا الزواج إلا في البلد الذي سيحدده مرسوم خاص، وبالنظر لعدم صدور هذا المرسوم فإن إمكانية إبرام هذا الزواج أمام البعثات الدبلوماسية يبقى مرهون بوجود اتفاقية دولية على غرار الاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية، أو يبقى متوقف على مدى سماح القانون الداخلي للبلد المضيف بمثل هذا الزواج وفقا لما تقتضي به اتفاقية فينا الخاصة بالعلاقات القنصلية¹.

وتطبيقا لمبدأ المعاملة بالمثل في الأعراف الدولية، يسمح للأجانب إبرام زواجهم أمام بعثات دولهم الدبلوماسية المعتمدة في الجزائر، متى كان الزوجين حاملين لجنسية القنصل،

وعلى نفس المنوال تسمح غالبية الدول العربية لبعثاتها الدبلوماسية في الخارج بعقد زواج رعاياها في الخارج وفقا لمقتضيات قوانينهم الوطنية.

فالقانون المصري يسمح للزوجين المصريين في الخارج أن يبرموا زواجهما عن طريق القنصليات التابعة للدولة المصرية، طبقا للشكل المقرر في قانون الأحوال الشخصية المصري²، إذا كان الزوجين مصريين، أما إذا اختلفا في الجنسية فاختصاص البعثة الدبلوماسية المصرية يبقى قائما كون أحد الأطراف مصري الجنسية شريطة حصول المصري على ترخيص من وزير الخارجية، وهذا الاختصاص يتوجب فيه أن تقره الدولة المعتمد لديها القنصل طبقا للأعراف الدولية والاتفاقات والمعاهدات، لأن النص يقيد هذا الاختصاص بعدم معارضته لقانون الدولة الموفد لديها³، مع تقييد القنصل بالديانة ليشمل اختصاصه جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين⁴.

¹ - موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 304.

² - عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في مصر وأوروبا، ط2، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر 1927، ص481.

³ - هذا الاختصاص مكرس بموجب المادة 61 من القانون 1954/166 الخاص بتنظيم السلكين الدبلوماسي والقنصلي، نقلا عن، هشام على صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 258.

⁴ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، مرجع سابق، ص 290.

أما المشرع الأردني فقد وسع من صلاحيات القنصلية في الخارج، حيث سمح لهم بإبرام زواج الأردنيين فيما بينهما، أو كان الزوج أردنيا والزوجة أجنبية يستوي أن تحمل جنسية الدولة المضيفة أو دولة أخرى أو حتى ولو كانت عديمة الجنسية، وهذا الاختصاص لا ينصرف لعقد زواج الأجانب أو أردنية مع أجنبي، ومن جهة أخرى، يجوز للقنصل الأجنبي الموفد إلى الأردن أن يبرم عقد زواج رعايا الدولة التي أوفدته في الأردن إذا كانا الزوجين من جنسيته، أو كان الزوج من جنسية القنصل والزوجة أردنية أو من جنسية أخرى أو عديمة الجنسية¹.

كما خول المشرع الليبي لبعثاته الدبلوماسية والقنصلية المعتمدة في الخارج صلاحية إبرام عقد الزواج عندما يكون الزوجين أو أحدهما يحمل الجنسية الليبية². وفي لبنان وباعتباره بلدا طائفيا يأخذ فيه الزواج الطابع الديني، فإنه لا يمنح الاختصاص للبعثات الدبلوماسية بإبرام زواج اللبنانيين إلا استثناء للطوائف الإسلامية مع تقييد ذلك بشرط أن يحصل الموظف القنصلي على ترخيص بذلك من قبل السلطات الشرعية المختصة في لبنان³.

ومن جهته يسمح القانون الفرنسي بزواج الأجانب طبقا لقانونهم الشخصي فوق إقليم فرنسا عن طريق بعثات دولهم الدبلوماسية أو القنصلية، شريطة أن يكون الزوجان من جنسية واحدة، وأن يسمح قانون بلدهم بذلك، ولا يسمح بالزواج المختلط بين رعايا دولة القنصل وفرنسيين أو بينهم وبين أجنبي من غير جنسية القنصل⁴. كما سمح القانون الفرنسي بزواج الفرنسيين في الخارج في الشكل الدبلوماسي دون تقييده بشرط قبول الدولة المفيد لها هذا الاختصاص⁵.

الفرع الثاني: الاعتراف بالعقود المبرمة وفق الشكل الدبلوماسي

إن الزواج الذي يتم إبرامه بواسطة رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي يثير مشكلة الاحتجاج به سواء في دولة محل الإبرام أو في دولة الممثل الدبلوماسي أو القنصلي

¹ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 169.

² - الفقرة 2 من المادة 43 من القانون رقم 16 لسنة 1959 المعدل والمتعلق بالسلك الدبلوماسي أو القنصلي الليبي.

³ - عبده جميل غصوب، دوروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 262.

⁴ - Bernard audit. op. cit, p551

⁵ - Jacques master, op. cit, P13.

البند الأول: الاعتراف بالعقود المبرمة وفق الشكل الدبلوماسي في دولة محل إبرام

يتوقف قبول أو عدم قبول هذا الشكل من الزواج، بمدى اعتراف قانون محل الإبرام باختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام عقود الزواج، فنجد دول مثل ألمانيا لا تعترف لممثلين الدبلوماسيين والقنصليين بالحق في إبرام عقود الزواج للرعايا التابعين لدولهم، ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتجاج بالزواج الحاصل لديهم في ألمانيا وتعتبره باطلا، رغم كونه صحيحا طبقا للقانون الشخصي للزوجين، فزواج جزائريين أم السلك الدبلوماسي الجزائري المعتمد في ألمانيا لا يمكن الاحتجاج به في ألمانيا، وليس للأطراف الجزائرية للاعتراف بزواجهم في ألمانيا سواء اللجوء إلى الشكل المحلي الألماني.

والأمر نفسه في سويسرا التي لا يعترف قانونها بأي زواج تم على إقليمها، إلا إذا تم في الشكل المحلي، وقد توضح ذلك من خلال حكم سويسري طالب فيه زوجين فرنسيين بأن يبرما زواجهما طبقا للإجراءات المعتمدة في القانون السويسري كونه بلد الإبرام وإلا حوكم على أساس أنهما في علاقة غير مشروعة، على الرغم من أن الزوجين أبرما زواجهما وفق لقانونهما الوطني أمام القنصل الفرنسي المعتمد في مدينة "بال" السويسرية¹. في حين تعترف قوانين دول أخرى كفرنسا للسلك الدبلوماسي الأجنبي إبرام الزواج بين رعاياهم ولكن لا تعترف به إذا كان أحد الزوجين أجنبيا أو فرنسيا فلا يجوز لقنصل الدولة الأجنبية أن يباشر الزواج بين أحد التابعين لدولته وبين فرنسية أو بينه وبين تابعة لدولة أجنبية أخرى، مع شرط أن يكون مختصا بذلك وفقا لقانون هذه الدولة².

في القانون الفرنسي فإن الزواج المختلط للفرنسيين والذي يتم فوق التراب الفرنسي يخضع فقط للشكل المحلي الفرنسي دون سواه، فهذه القاعدة تعد إلزامية ومن مقتضيات النظام العام الفرنسي³. في حين لا تبيح بعض دول أمريكا اللاتينية لسلكها الدبلوماسي هذا الاختصاص أصلا⁴.

البند الثاني: الاعتراف بالعقود المبرمة وفق الشكل الدبلوماسي في دولة القنصل.

¹ - نقلا عن، عبد الحميد أبو هيف، مرجع سابق، ص 483.

² - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 215.

³ - عبد الحميد أبو هيف، مرجع سابق، ص 484.

⁴ - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا، مرجع سابق، ص 116.

الاعتراف بصحة عقد الزواج المبرم في الشكل الدبلوماسي في دولة القنصل مرهون بمدى منح دولة القنصل هذه الصلاحية له، فكما ذكرنا سابقا فإن دول مثل ألمانيا لا تخول للقناصل هذه الصلاحية ومن ثم فإن الزواج المنعقد في هذا الشكل لا يمكن الاعتراف به ويعتبر صادر عن سلطة غير مختصة.

وفي الجزائر فإن المشرع الجزائري خول لرجال السلك الدبلوماسي والقنصلي صلاحية إبرام عقود زواج الجزائريين في الخارج، وكذا زواج الجزائري بالأجنبية، في حين لم يمنح لهم صلاحية إبرام زواج الجزائرية بالأجنبي في الخارج.

وخلاصة القول أن الاحتجاج بصحة الزواج المبرم في الشكل الدبلوماسي سواء في دولة محل الإبرام أو دولة البعثة الدبلوماسية، يرتبط بمدى قبول دولة محل الإبرام بهذا الشكل طبقا لما تقتضيه قوانينها وإجراءاتها التنظيمية، حيث يبقى هذا الإسناد مقيد بحرية الدولة في قبول هذا الشكل من جهة ومدى الاعتراف للسك الدبلوماسي والأجنبي والوطني بهذا الاختصاص، خاصة وأن اختصاص قانون دولة محل الإبرام بحكم المسائل الشكلية للزواج يعتبر نوعا من مظاهر بسط سيادة الدولة التشريعية، فيكون القانون الوطني لدولة الإبرام الأحق بالتطبيق عوضا عن القانون الوطني للزوجين، الذي يعد استثناء من القاعدة الأصلية المانحة لاختصاص قانون بلد الإبرام ليحكم الزواج من حيث شروطه الشكلية¹.

والجدير بالذكر أنه لوضع حد لمشكلة الاعتراف بصحة عقود الزواج المبرمة في الشكل الدبلوماسي، تلجأ الدول إلى عقد اتفاقيات دولية ثنائية من خلالها تخول للسك الدبلوماسي إبرام الزواج، كما هو الحال في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية سالفة الذكر.

المطلب الثالث: نطاق اختصاص قانون المحل في إثبات الزواج

والوكالة فيه.

تعتبر مسألة إثبات الزواج مرتبطة بحكم قاعدة خضوع الشكل لقانون مكان الإبرام، حيث يعني ذلك أنه إذا تم إبرام الزواج وفقاً للأشكال المعتمدة محلياً، فإن إثباته أيضاً

¹ - عبد الحميد أبو هيف، مرجع سابق، ص 485

يخضع للقانون المحلي. وفي حال تم اعتماد شكل الزواج وفقاً لقانون جنسية الزوجين أو لقانون موطنهما المشترك، فإن إثبات الزواج سيكون خاضعاً لهذا القانون أيضاً¹.

يؤيد الفكر الراجح في القانون الدولي الخاص مسألة خضوع إثبات الزواج للقانون الذي يحكم شكله، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على الجوانب الشكلية للزواج هو ذات القانون الذي يؤول إليه الاختصاص ليحكم مسائل إثباته وذلك للصلة الوثيقة بين تكوين العقد وكيفيات إثباته².

وعلى غرار العديد من مشرعي الدول، المشرع الجزائري لم يدرج قاعدة إسناد تبين القانون الذي يحكم إثبات الزواج، كما فعل القانون الكويتي الذي ضمن المادة (38) من القانون رقم 5 لسنة 1961 قاعدة إسناد تقضي بخضوع إثبات الزواج للقانون الذي يحكم الأوضاع الشكلية للزواج³، وعليه سوف نبحت نطاق قانون المحل في إثبات الزواج من خلال التعرض إلى مسائل الإثبات التي تخرج من قاعدة المحل (الفرع الأول) ونتعرض للقانون واجب التطبيق على حجية أدلة الإثبات في (الفرع الثاني) ولأن الزواج قد يبرم عن طريق وكالة فسوف نخصص الفرع الثالث إلى القانون الواجب التطبيق على الوكالة في عقد الزواج.

الفرع الأول: مسائل الإثبات غير الخاضعة لقانون المحل

إن إثبات عقد الزواج يدخل في نطاق القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، لأن الإثبات مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة الشكل، وعليه فإنه من غير المجدي استبعاد مسألة الإثبات من نطاق قاعدة قانون المحل يحكم الشكل⁴، لأن صور إثبات العقد هي الصورة غير المباشرة من صور الشكلية، كون القانون لم يتطلبها لقيام العقد وإنما من أجل إثباته في حال قيام نزاع بين أطرافه.

ومع ذلك ليست كل قواعد الإثبات خاضعة لقانون محل الإبرام وذلك لأنها قواعد ليست بالإجرائية البحتة ولا الموضوعية بحتة في طبيعتها، إذ أنها تتميز بالصفة

¹ - عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 155.

² - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 224.

³ - حيث نصت المادة 38 على " يرجع في إثبات الزواج إلى القانون الذي خضع له الزواج في أوضاعه الشكلية"

⁴ - أحمد سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 262.

المزدوجة، كونها تهدف إلى إظهار الحقيقة من جهة، وذات صلة في ذات الوقت بموضوع الحق، وعليه فإن أي تغليب لطابع عن آخر هو إهدار لطبيعتها المزدوجة¹. وللوهلة الأولى، قد تبدو قواعد الإثبات ذات طابع إجرائي لتعلقها بوجود الحق واقتناع القاضي بحدوث وقائع معينة، مما يشير إلى إخضاعها لقانون القاضي. إلا أنه حيثما تشير قواعد الإثبات إلى ضمان استقرار الحالة المدنية كما هو الحال في الزواج، فإنها تتعلق بالموضوع، وذلك لأن الإثبات في الأساس يعمل على تأكيد وجود حق وهناك صلة وثيقة بين الحق وإثباته، وبالتالي يؤدي إلى الاعتراف بالدور الأوسع نطاقاً للقانون الذي يحكم الموضوع أو قانون محل التصرف²، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الإثبات كنظام قانوني يحتوي نوعين من القواعد، قواعد موضوعية تبين طرق الإثبات وحالات تطبيق كل طريقة، وحجيتها كالدليل والشروط اللازمة للإثبات، وقواعد إجرائية تهدف إلى بيان الشروط عند اتباع كل طريقة من طرق الإثبات أو اللجوء إلى القضاء. وهذا التمييز يفسح المجال لتدخل قانون أجنبي غير قانون القاضي. والقانون الأجنبي إما أن يكون الذي يحكم موضوع الدعوى أو قانون المحل باعتباره القانون الذي يحكم المسائل الشكلية في التصرفات القانونية. ومن ثم، فإن نظام الإثبات لا يمكن إدراجه بالكامل في الفئة الإجرائية أو الموضوعية، لأنه موزع بين الطائفتين وبالتالي فهو يحكمه أكثر من قانون³.

ويتميز الزواج المشوب بعنصر أجنبي بتنوع الأنظمة القانونية التي تحكمه وفقاً لمنهج تنازع القوانين، مما يجعل إثباته يدخل ضمن عدة فئات قانونية، إذ يمكن يكون ضمن طائفة الإجراءات وبالتالي يخضع لقانون القاضي، كما قد يدخل ضمن القانون الذي يحكم موضوع الزواج (القانون الشخصي) كما قد يتعلق كذلك بالشكل وبالتالي تحكمه قاعدة محل الإبرام⁴.

¹ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 278.

² - Pierre Mayer, Vincent Heuze, Droit international privé, 9 éditions, Ontchrestien, Paris, 2007. P 371.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 498.

⁴ - نفس المرجع، ص 500.

ومما لاشك فيه أن اختلاف مذاهب الإثبات بين الإثبات الحر أو المطلق والإثبات المقيد أو القانوني والإثبات المختلط، يؤدي حتماً إلى الاختلاف حول القانون الواجب التطبيق عليه.

فالنظام الأنجلو أمريكي يأخذ بمذهب الإثبات الحر وبالتالي فإنه يخضع اثبات الزواج من جميع جوانبه لقانون القاضي، أما مذهب الإثبات المقيد فيمنح إمكانية لمزاحمة القانون الذي يحكم موضوع الزواج أو لقانون القاضي، أما مذهب الإثبات المختلط فيجعل التنازع قائماً بين قانون القاضي وقانون الموضوع¹.

وعليه تتموقع قواعد الإثبات في التشريعات ضمن اتجاهات ثلاثة، فنجد المشرع المصري يأخذ بنظام الإثبات المختلط حيث يمزج الجوانب الإجرائية مع الجوانب الموضوعية، في حين يميز النظام القانوني الفرنسي قواعد الإثبات حسب الموضوع المراد إثباته، فالإثبات حر في المواد التجارية، في حين تقديم دليل كتابي في التصرفات القانونية المدنية²، والقانون الجزائري يأخذ بنظام الإثبات المختلط، حيث أنه وزع قواعد الإثبات بين القانون المدني ضمن الباب السادس من الكتاب الثاني، المواد من (323) إلى (350) وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزء الخاص بوسائل الإثبات في الباب الرابع من الكتاب الأول، في المواد من (70) إلى (193) مما يوحي إلى أن مسائل الإثبات تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع أما وسائل الإثبات فتخضع لقانون القاضي.

ومسائل الإثبات تتضمن طرق الإثبات (البند الأول) وحجيتها (البند الثاني).

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات

ولكون العلاقة وطيدة بين طرق الإثبات وحجيتها، فقد اتفقت الآراء الفقهية بشأن القانون الواجب التطبيق على كل منهما على إخضاعها للقانون نفسه، لذلك من الضروري معالجة القانون الذي يحكم طريق الإثبات وحجيته الإثبات

¹ -Marie-Laure NIBOYET-HOEGY, Action en justice encyclopédie International, DALLOZ, Paris, 1998, P 422.

² -Marie-Laure Niboyet, Géraud de Geouffre de la pradelles, droit international privé, LGDJ, Paris, 2008, p 422

أولاً: إسناد طرق الإثبات

كما تطرقنا سابقاً تتمثل طرق إثبات الزواج في الكتابة، البينة (شهادة الشهود)، الإقرار، اليمين، وتنظم هذه الطرق بموجب قواعد موضوعية وأخرى شكلية، تثير مسألة قبول الأدلة، التساؤل حول القانون الذي يحكمها بين إخضاعها لقانون القاضي نظراً لطبيعتها الإجرائية وبين إسنادها للقانون المختص بموضوع النزاع للصلة الوثيقة بينهما.

1- خضوع طرق الإثبات لقانون القاضي (التكييف الإجرائي لطرق الإثبات)

والاتجاه السائد في الفقه، وفي بعض قوانين الدول الأنجلو أمريكية، هو تطبيق قانون القاضي¹، مبررين ذلك إلى الاعتماد على مذهب الإثبات الحر أو المطلق. فبموجبه لا يحدد القانون طريقة معينة للإثبات وللمتناقضين الحرية في اختيار الأدلة التي يفترضون أنها ستؤدي إلى إقناع القاضي. وله حرية الاقتناع أي دليل يتم تقديمه، مع جواز أن يقوم بدور إيجابي في البحث عن الحقيقة بأي طريقة يعتقد القاضي أنها ستؤدي إلى ذلك. وتتعلق هذه المسألة مدى اقتناعه بالأدلة المقدمة²، وبما أن تقييم الأدلة مرتبط بحسن سير العدالة، وبالتالي، فإن قانون القاضي هو من يحدد طرق الإثبات المقبولة³.

كما يبرر أيضاً بالطابع الإجرائي لمقبولية أي دليل، حيث أن طريقة الإثبات مسألة إجرائية. وقد ذهب القضاء الإنجليزي بأن "القاعدة التي تقضي بوجوب تقديم دليل مكتوب لإثبات تصرف قانوني يحكمها القانون الإنجليزي باعتباره قانون القاضي وهي قاعدة إجرائية لا يمكن الخروج عنها، وبالتالي لا يمكن تطبيق عقد شفوي غير مكتوب خاضع للقانون الفرنسي"⁴.

¹ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 805، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 265.

² - حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص. 289

³ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 219، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، 517.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، مرجع سابق، ص. 518

وقد رأى الفقيه الفرنسي "باتيفول" بأنه: يوجد تشابه بين إجراءات شهادة الشهود وبين قبول طرق الإثبات، ومنه استنتج أن القواعد المتعلقة بقبول الشهادة هي قواعد إجرائية خالصة وقياسا عليها تعد كل طرق الإثبات إجرائية¹.

ولم يسلم رأي (باتيفول) من النقد، حيث يرى منتقديه بأنه في استنتاجه تم الخلط بين مسألة قبول الأدلة ومسألة القوة الثبوتية لها وحجيتها، إضافة إلى اعتماده على التكييف الإجرائي للقواعد المقيدة في الإثبات من خلال النظر إلى غايتها والهدف منها، كما عمم التكييف الإجرائي على كافة قواعد الإثبات، وهذا ما تم الاعتراض عليه من طرف الفقه² الذي يرى ان إضفاء الطابع الإجرائي على طرق الإثبات ومن ثم إخضاعها لقانون القاضي، لا يركز على أسس سليمة خاصة في الدول ذات نظام الإثبات المطلق³.

2- خضوع طرق الإثبات للقانون الذي يخضع له موضوع النزاع (التكييف الموضوعي لطرق الإثبات)

على عكس التوجه السابق، يتجه طائفة من الفقهاء على أن القواعد المتعلقة بأدلة الإثبات ومدى حجيتها ترتبط بالطبيعة الموضوعية لا الإجرائية على اعتبار أن المشرع حين قررها لم يقصد من خلالها تنظيم سير مرفق القضاء، بل قصد من خلالها حماية حقوق الأفراد الخاصة، هذا ما ينفي التوصيف الإجرائي لهذه القواعد، بالإضافة إلى أن نظام الإثبات المقيد يرتبط ارتباطا وثيقا بمصلحة الأفراد الخاصة⁴.

كما يرى جانب آخر من الفقه أن تدخل المنهج التنازعي لحل نزاع مشوب بعنصر أجنبي يتطلب الاستعانة بالقانون الداخلي للدولة أو الدول المتصل بها العلاقة القانونية، الأمر الذي يتطلب تعيين نقط التقاطع التي تساهم في إخضاعها لنظام قانوني معين، وهذه الطريقة تطبق أيضا على قيود الإثبات، حيث يرى هذا التوجه وجود علاقة وطيدة

¹ -Thomas habu GROUD, La preuve en droit international privé, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000,p32

² - المرجع نفسه، ص 35.

³ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 220.

⁴ - عنايت عبد الحميد ثابت، خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 77 وما يليها.

بين الدليل والحق المدعى به مما يجعله مرتبط بموضوع النزاع وهذا القانون هو من يتكفل بمدى مقبولية أي دليل¹.

وفي هذا الصدد أيدت محكمة النقض المصرية في قرار لها مؤرخ في: 1958/01/08 هذا التوجه حيث اعتبرت أنه مادام أطراف الدعوى فرنسيين ومن ثم فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي ومن ثم يسري هذا القانون على موضوع الدعوى وكذا على الأدلة المعتمدة فيها².

ثانياً: القانون المختص بأدلة الإثبات

الجدير بالذكر بأن فقهاء القانون الدولي الخاص يميزون بين الأدلة التي أعدها صاحبها لإثبات حقوقه في حال النزاع، والأدلة غير المعدة مسبقاً كما يميزون أيضاً بين الأدلة التي أعدت في بلد القاضي والأدلة المعدة في بلد أجنبي.

حيث تعتبر الكتابة أهم طرق الإثبات على الإطلاق التي تمكن من إعداد الدليل وقت نشوء الزواج وقبل قيام نزاع بشأنه³، والكتابة قد تكون رسمية كما هو الحال في عقد الزواج المبرم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية في حدود سلطته واختصاصه، أو عرفية وللكتابة قوة ثبوتية مطلقة في لإثبات مالم يطعن فيها بالتزوير، وهي ملزمة للقاضي.

ويثار تنازع القوانين عندما يتم إعداد دليل إثبات خارج دولة القاضي الناظر في النزاع.

ويذهب اتجاه في الفقه والقانون المقارنين خاصة في الفقه الفرنسي والبلجيكي والقانون الإنجليزي⁴ إلى أن الكتابة تخضع لقانون القاضي بالنظر لطبيعتها الإجرائية لأن مسألة اقتناع القاضي ظاهرة نفسية لا علاقة لها بالمكان الذي أبرم فيه التصرف مع أن القائلين بذلك يقررون أنه من الصعب التمييز بين الإجراءات والموضوع في مختلف النظم القانونية الوضعية فعندما يحدد المشرع طريقة معينة وواضحة عن طريق الإثبات

¹ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 222.

² - المرجع نفسه.

³ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، مرجع السابق، ص 516.

⁴ - T. HABU GROUD, Op. cit, p 53.

بالكتابة، ويحدد الأوراق التي تصلح دليلاً كتابياً، وحجيتها في الإثبات، وهو أحد مظاهر الإثبات المقيد، التي تنافي السلطة التقديرية الواسعة للقاضي، مما يبرر خضوع الدليل الكتابي ولزومه لقانون القاضي¹.

لكن الراجح هو تطبيق قانون محل الإبرام على الكتابة بالرغم من الاختلاف حول خضوع طرق الإثبات لقانون القاضي أو للقانون الذي يحكم الموضوع، يتفق أغلب الفقه² على إخضاع الدليل الكتابي المعد لإثبات الزواج للقانون المحلي تطبيقاً لقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام تأسيساً على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي تدخل ضمن فكرة الشكل³، وعليه تخضع لقانون مكان إبرام الزواج لكون القاعدة تقوم على اعتبارات عملية تتمثل في التيسير على المتعاقدين، كما أن هناك علاقة بين إثبات الزواج وشكله، وإضفاء الطبيعة الإجرائية على قواعد الإثبات التي تقودنا إلى تطبيق قانون القاضي، تهدر قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام، التي تقيد بالرجوع لقانون المحل بغية تحديد ما إذا كان يجب إفراغ عقد الزواج في شكل معين، من أجل صحته أو بإثباته، ولذلك، عندما لا يشترط قانون بلد الإبرام مستندات أو أدلة مكتوبة فإن اشتراط هذه الأدلة من طرف قانون القاضي يكون مخالفاً لتوقعات الفرد. خصوصاً إذا كان يجهل المحكمة التي قد يلجئ إليها حال حدوث نزاع⁴.

كما أنه من المتناسق أن يخضع الدليل الكتابي لقانون بلد الإبرام في مذهب الإثبات المختلط، وذلك لأن المشرع حدد أدلة معينة وبين قوتها في الإثبات من جهة، ومن جهة أخرى خول القاضي سلطة تقييم الأدلة التي لم يحدد لها قوة معينة، ولكون قبول الأدلة ليس الهدف منها إقناع القاضي بالوصول إلى الحقيقة المطلقة وإنما الوصول إلى حقيقة نسبية⁵.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، مرجع سابق، ص 519.

² - عنايت عبد الحميد ثابت، مرجع سابق، ص 79، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 277.

³ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 288.

⁴ - عنايت عبد الحميد ثابت، مرجع سابق، ص 79.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، مرجع سابق، ص 519.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية في البداية بتطبيق قانون محل الإبرام، حيث أخضعت أشكال الإثبات للقانون الذي تخضع له الأشكال الرسمية قياساً على الترابط بين الإثبات والشكل¹، ثم تراجع بعد ذلك وطبقت قانون القاضي في قضية مرتبطة بإثبات زواج مبرم في الخارج²، حيث قررت في عدة قرارات بأن مقبولية دليل الإثبات يخضع لقانون القاضي مع عدم الإضرار بحق الأطراف في التمسك بقانون محل الإبرام إذا كان أقل صرامة³، وذلك لأن الارتباط الوثيق بين الشكل والإثبات هو المبرر الأساسي لخضوع قبول أدلة الإثبات للقانون الذي يسري على الشكل إذ هو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة فمن الممكن أن يتطلبه الانعقاد أو الإثبات، ومسألة تحديد مدى تعلق الأمر بالشكل أو بالموضوع تعود للتكييف الأولي والذي يخضع لقانون القاضي، أما تحديد كون الشكل مطلوباً للانعقاد أو للإثبات فترجع للتكييف اللاحق والذي يخضع للقانون واجب التطبيق⁴.

ونظراً لتأثير التكنولوجيا على القانون وما انجر عنه من تأثر الإثبات بذلك ظهر مؤخراً ما يعرف بالكتابة الإلكترونية التي تثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، كون قاعدة الإسناد التي تقضي بتطبيق قانون محل الإبرام أو مكان إعداد الدليل، من الصعب تطبيقها بسبب صعوبة تحديد مكان إبرام العقد أو مكان إصدار المحرر، أي يُطلق عليه في الفقه القانوني بصعوبة التوطين أو التركيز المكاني نظراً لاختلاف الوسائل التي يتم من خلالها عقد الزواج الإلكتروني.

فشبكة الإنترنت تتجاوز حدود كل الدول، إضافة لانفتاحها على الاستخدام من طرف الجميع دون التقيد بأي مكان محدد.

هذه المشكلة أوجدت له بعض النظم القانونية حل يتمثل في خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة سواء إرادة صريحة أو ضمنية غير أن هذا الحل قد لا يتوافق مع عقد الزواج لخصوصيته البالغة ولارتباطه بالنظام العام، ولهذا السبب، اعتمدت العديد من قوانين المعاملات الإلكترونية وقانون التجارة الدولية (الاونسترال) الإلكترونية على

¹ - Pierre Mayer, Vincent Heuze ,Op. cit, p 372.

² - Bernard Audit, Op. cit ,p 363.

³ -Marie-Laure Niboyet, Géraud de Geouffre de la pradelle, droit international privé, Op. cit, P 424.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. 227

مكان مفترض، وهو مقر عمل الأطراف المعنية، فيعتبر مقر عمل مرسل الرسالة هو مكان الإيجاب المفترض، ومقر عمل مستلم الرسالة هو المكان المفترض للقبول، وفي الحالة التي يتعدد فيها أماكن العمل فالعبرة للمقر العمل الرئيسي، وفي حالة انعدام مقر لعمل الشخص فالعبرة بمكان إقامته¹.

هذا بخصوص الدليل الكتابي المعد مسبقا للإثبات.

أما الأدلة العارضة²، وهي الطرق الأخرى للإثبات من غير الكتابة، كالبيئة والإقرار واليمين وغيرها، فهي الأخرى اختلف الفقه في إسنادها، بين قانون القاضي بالنظر لطابعها الإجرائي، وبين القانون الذي يحكم موضوع النزاع لارتباطها الوثيق به³، فمن غير الجائز للقاضي قبول أي دليل ما لم يكن القانون الذي يسري على الموضوع يقبل هذا الدليل⁴.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على حجية دليل الإثبات

وبخصوص حجية الدليل والقانون الواجب التطبيق عليها، سواء كان دليلا كتابيا أو دليلا عارضا، فقد اختلف الفقه بشأنها لنفس الاعتبارات السابقة، فمن اعتنق الطابع الإجرائي لأدلة الإثبات واعتبرها تدخل ضمن اقتناع القاضي فقد أخضع حجية وقوة الدليل لنفس القانون أي قانون القاضي، لكن بالنسبة للدليل الكتابي فمن الفقه من رفض إسناد حجته لقانون القاضي، بحيث يتم إسناده للقانون الذي يحكم الشكل، وطبقت محكمة النقض الفرنسية قانون القاضي الفرنسي في تكييف عقد مقدم على أساس أنه من عقود الحالة المدنية. وبالنسبة لعقود الحالة المدنية الأجنبية تم تطبيق المادة 47 من القانون المدني الفرنسي، على أن (عقود الحالة المدنية) يجب أن تثبت بأن تحريرها تم وفقا لما يتطلبه القانون المحلي، مع ضمان عدم نقضها بمستندات أخرى أو مع بيانات خارجية مستخرجة من المحرر ذاته تفيد بكونه لا شرعي، أو مزور أو أن ما تم التصريح به من وقائع لا تتوافق مع الحقيقة⁵.

¹ - بشرى النية، مكان انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، مجلة المنبر القانوني، العدد 12، سنة 2017، ص 34.

² - عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 228.

³ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 223.

⁴ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 811.

⁵ - M-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : Op. cit, p 424 .

أما بخصوص القانون الواجب التطبيق على حجية الأدلة غير الكتابية فهي الأخرى تتنازع حول إسنادها فقها اتجاهاين، حيث أسندها الاتجاه الأول إلى قانون القاضي تأسيسا على الارتباط بينها وبين الإجراءات، بينما الاتجاه الثاني نادى بإخضاع حجية الأدلة وقوتها الثبوتية للقانون الذي يحكم موضوعها، كونه هو الذي يحدد كون الدليل قاطعا أم لا، كما يحدد إمكانية نقض دليل بآخر¹.

كما يحدد قانون الموضوع الحالات التي يمكن الإثبات فيها باليمين أو الإقرار، كما يبين قوة أي دليل²، ويتكفل أيضا ببيان مدى قوة شهادة الشهود في الإثبات. وعلى اعتبار أن تقدير الأدلة يرجع للقاضي الناظر في النزاع بحسب المبادئ السائدة في قانونه، وعليه فالقاضي لا يعود للقانون الأجنبي الذي يختص بالموضوع، وإنما يتبع ما يمليه عليه قانونه، ومع ذلك فإن قانون الموضوع هو الذي يتكفل ببيان الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) في حين قوتها وحجيتها تخضع لقانون القاضي³.

وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة خضوع حجية الأدلة غير الكتابية للقانون الذي يخضع له الموضوع لا تؤخذ على إطلاقها، فقد استثنى الأستاذ: عكاشة محمد عبد العال كل من الشهادة والقرائن القضائية من الخضوع لقانون الموضوع⁴، كما استثنى الأستاذ: أحمد عبد الكريم سلامة القرائن القضائية من مجال تطبيق قانون الموضوع⁵.

أما بخصوص القانون الواجب التطبيق على حجية السندات الإلكترونية بعد أن تم قبولها كأدلة إثبات عن طريق قانون الأونسترال المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الذي أقر بها كدليل إثبات ويمنع تطبيق أي قانون من شأنه إهدار حجيتها، ففي حالة لم يتوفر عند الخصم دليل أحسن من السند الإلكتروني فلا يجوز أن تهدر قيمته⁶.

¹ - وسام توفيق عبد الله الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 155 وما يليها.

² - عكاشة عبد العال، تنازع القوانين مرجع سابق، ص 221.

³ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 225.

⁴ - عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 234.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولي، مرجع سابق، ص 534.

⁶ - وسام توفيق عبد الله الكتبي، مرجع سابق، ص 155 وما يليها.

وعليه فإنه عند صدور المحرر الإلكتروني في دولة تعترف به قانونيا، وأريد أن يحتج به في دولة لا تعترف به كدليل، في هذه الحالة فإن القانون واجب التطبيق على هذا المحرر هو قانون القاضي، أما إذا كان قانون الدولة المراد الاحتجاج بالسند الإلكتروني تعترف به، ففي هذه الحالة فإن القانون المطبق هو قانون مكان صدور المحرر¹.

الفرع الثالث: مدى اختصاص قانون محل الإبرام بالوكالة في عقد الزواج

من ضمن المسائل الشكلية في عقد الزواج، الزواج بالوكالة أو النيابة في عقد الزواج، وإن كان المشرع الجزائري قد ألغى الوكالة في عقد الزواج، بموجب تعديل سنة 2005 لقانون الأسرة، وهذا لا يعني عدم قيام تنازع للقوانين بشأنها، بالنظر لوجود أنظمة قانونية تسمح أن يقوم وكيل عن أحد الزوجين أو كلاهما بإبرام عقد الزواج، وفي الحالة التي يكون فيها الزواج دوليا، تُثار مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق على الوكالة في عقد الزواج، بالنظر لأن قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية وضعت من أجل حكم علاقات عقدية ناشئة بين أصلاء².

حيث يرى جانب كبير من فقهاء القانون الدولي الخاص المصريين بأنها تدخل ضمن المسائل الشكلية لعقد الزواج وبالتالي فهي تخضع لقانون محل الإبرام، وقد أيد الدكتور الطيب زوروتي هذا التوجه حيث يعتبر الوكالة في عقد الزواج مسألة شكلية وهي خاضعة لقانون محل الإبرام³.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن النيابة في عقد الزواج خاضعة لقانون موطن النائب أي الوكيل، على اعتبار أن هذا القانون يكون معلوما من طرف الأصل وكذا المتعامل معه⁴.

¹ -سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 220

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 57.

³ - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 168.

⁴ - هشام خالد، القانون واجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 144.

وقد انتقد هذا الرأي كونه يُركز على قانون لا يرتبط به أطراف العلاقة الأصلية ارتباطاً جوهرياً¹.

وذهب رأي فقهي آخر إلى تطبيق القواعد العامة القاضية بتطبيق قانون الإرادة على الالتزامات التعاقدية وبالتالي تطبيق القانون الذي يختاره الأصل في الوكالة الصادرة عنه².

إن النقد الموجه لهذا الرأي يركز على الطبيعة الشخصية لعقد الزواج التي تختلف اختلافاً جوهرياً عن الطبيعة المالية لبقية العقود.

وفي خضم هذه الآراء المختلفة حول القانون الواجب التطبيق على الوكالة في عقد الزواج، يُفضل الدكتور هشام خالد خضوعها للقانون الأصلح للأصيل، بصرف النظر إذا كان قانون جنسيته أو قانون موطنه، أو قانون محل الإبرام³.

الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على بطلان الزواج

سبق التطرق إلى أن المشرع الجزائري وضع قاعدة إسناد تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، ولم يخص شكل الزواج بقاعدة إسناد خاصة تاركا المجال للقاعدة العامة التي تخص شكل التصرفات القانونية عامة وهي الواردة في المادة 19 من القانون المدني.

وقد نواجه حالة من بطلان الزواج في كل حالة يفقد فيها الزواج كعقد أحد الشروط الأساسية لصحته، سواء كانت هذه الشروط موضوعية أو شكلية. لذا، يجب على القاضي أولاً تحديد هذه الشروط، ومن ثم يتعين عليه البحث عن القانون الذي يحكمها.

والمشرع الجزائري لم يخص الجزاء المترتب على مخالفة أحد هذه الشروط بقانون يحكمها، عكس ما اتجهت إليه بعض القوانين المقارنة التي خصت الجزاء المترتب على مخالفة شروط الزواج بقاعدة إسناد خاصة تبين القانون الواجب التطبيق.

يتبنى الفقه الراجح فكرة أن البطلان يخضع لنفس القانون الذي تم مخالفة شروطه اللازمة لانعقاد الزواج. فالقانون الذي يسري على الشروط الشكلية للزواج، مثل قانون بلد الإبرام، هو الذي يحدد أحكام البطلان الناتجة عن مخالفة هذه الشروط. كما أن القانون

¹ - هشام خالد، القانون واجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 144.

² - عبد الحميد أبو هيف، مرجع سابق، ص 400.

³ - هشام خالد، القانون واجب التطبيق على شكل الزواج، مرجع سابق، ص 203.

الذي يختص بتحديد الشروط الموضوعية للزواج (قانون جنسية الزوجين) هو الذي يوضح طبيعة الجزاء المقرر حال تخلف هذه الشروط، وما إذا كان هذا التخلف يؤدي إلى بطلان العقد أم لا، كما يحدد طبيعة البطلان هل هو بطلان نسبي أم مطلق، كما يحدد من لهم الحق بإثارة البطلان والتمسك به ومدة الدعوى وكذا تقادمها¹.

فلو تعلق الأمر بزواج جزائرية مسلمة بأجنبي غير مسلم أو ثبتت ردتها، وثار نزاع حول صحة هذا الزواج، فإن هذا الزواج وفقاً لقاعدة الإسناد المقررة في المادة 13 من القانون المدني والتي تقضي بسريان القانون الجزائري على الشروط الموضوعية للزواج حال كون أحد طرفي الزواج جزائرياً، فإن هذا الزواج يقع باطل بطلاناً مطلقاً سواء قبل الدخول أو بعده بغض النظر عن مكان إبرامه، لوجود مانع من الموانع المؤقتة، المقررة في المادتين (30) و (32) من قانون الأسرة الجزائري.

ولا تزول صفة البطلان عن هذا الزواج حتى وإن استوفى الشروط الشكلية لإبرامه، وتم قيده في سجلات الحالة المدنية بإحدى البلديات الجزائرية أو بإحدى القنصليات الأجنبية، ولا يمكن للزوجين أو غيرهما الاحتجاج به، فالتسجيل لا يزيل عنه صفة البطلان ولا يمنحه صفة الحلية، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر قانوني أو شرعي، ولا يمكن الاحتجاج به أمام القاضي الجزائري².

والأصل أن تتسحب إلى الماضي آثار عقد الزواج المترتبة عن مخالفة الشروط الشكلية أو الموضوعية، فيعتبر الزواج في حكم العدم، ومع ذلك، فإن بعض الأنظمة القانونية تخفف من صرامة هذه القاعدة في حالات معينة، حيث تقرر عدم تأثير البطلان على الماضي بشروط محددة، أبرزها حسن نية أحد الزوجين، وذلك حفاظاً على مصلحة الزوجين والأبناء. وبالتالي، يُعتبر الزواج من الناحية الفعلية قائماً منذ لحظة انعقاده وحتى يتم البت في بطلانه، ويُعتبر في هذه الأثناء زواجاً ظنياً أو وهمياً³.

يترتب على الزواج الظني عادة آثار معينة، أبرزها اعتباره قائماً خلال الفترة التي تسبق الحكم ببطلانه، وذلك بالنسبة للزوج حسن النية والأبناء. وهذا يعني أن الآثار

¹ - سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1987، ص 61.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 109.

³ - هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 278.

الناجمة عن الزواج الباطل خلال هذه الفترة تبقى سارية، سواء كانت آثاراً شخصية أو مالية. كما أن من نتائج ذلك أن الأبناء يُعتبرون شرعيين، وهو أثر دائم يظل ملازمًا لهم حتى بعد الحكم ببطلان الزواج. ففي فرنسا مثلاً يعتبر الأولاد الناتجين عن زواج ظني شرعيين بغض النظر عن حسن نية أحد الزوجين¹.

ويطرح تساؤل حول القانون الذي يحكم الزواج الظني، سواء من حيث وجوده أو شروطه أو الآثار المترتبة عليه.

يؤكد القضاء الفرنسي، بتأييد من أغلب الفقه، أن الزواج الظني يخضع لنفس القانون المختص ببطلان الزواج. أي القانون الذي يسري على الشرط ورتب تخلفه البطلان للعقد²، سواء كان القانون الذي يسري على الشكل أو القانون المختص بالموضوع، كما تم توضيحه سابقاً.

يستند هذا الرأي إلى حجة منطقية تفيد بأن الزواج الظني هو نتيجة من النتائج المترتبة عن بطلان الزواج في حالات معينة، وبالتالي فإنه يخضع بطبيعة الحال لنفس القانون المختص بالبطلان³.

وبالرغم من سلامة المنطق الذي اعتمد عليه هذا الرأي من الناحية النظرية، إلا أن هذا الرأي يصطدم بصعوبات من الناحية العملية من الصعب تجاوزها، ضف إلى ذلك إخلال هذا الرأي بمبدأ جوهرى في العلاقات الخاصة الدولية القائل بضرورة إسناد آثار العلاقات لقانون واحد، كما أن هذا الرأي تجاهل إمكانية وجود أسباب عديدة تؤدي إلى بطلان الزواج وفقاً لأكثر من قانون. فقد يكون الزواج باطلاً وفقاً للقانون الذي يحكم شكل العقد بسبب عدم استيفاء أحد الشروط الشكلية اللازمة لإبرامه، في حين أن القانون المختص بالشروط الموضوعية قد يقرر بطلانه أيضاً لعدم توافر أحد هذه الشروط. فيمكن أن يحكم قانون الشكل بوجود الزواج بشكل ظني خلال الفترة التي تسبق إعلان بطلان العقد، بينما يقضي القانون الذي حكم الشروط الموضوعية على أن أثر البطلان يمتد إلى

¹ - Article 201 du code civil français " Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux".

² - عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي مرجع سابق، ص 160.

³ - المرجع نفسه، ص 169.

الماضي، جاعلا من الزواج في حكم العدم، مما يثير إشكالات معقدة في التطبيق العملي¹.

وتتعدد الأمور أكثر عند اعتراف كلا القانونين بنظرية الزواج الظني، مع اختلافهما في تحديد الآثار المترتبة عليه. فمن الصعب، في هذه الحالة، قبول إخضاع الآثار لأكثر من قانون واحد².

هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى التأكيد على أهمية الرجوع إلى القانون الذي ينظم آثار الزواج في هذه الحالة، من أجل المحافظة على المبدأ الذي يقضي بإسناد آثار العلاقات لقانون واحد، فبحسب هذا الرأي فإن الزواج الظني في جميع الأحوال يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج، وهو بحسب المادة (12) من القانون المدني الجزائري قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

وعليه يسري على آثار الزواج الباطل نفس القانون الذي يسري على آثار الزواج الصحيح، وتتحقق بذلك الوحدة القانون المطبق على بالنسبة لآثار الزواج حسب هذا الرأي³.

ويتشابه الزواج الظني مع الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي، إذ يعتبر في الفقه الإسلامي الزواج الذي يفتقد لأحد شروط صحته زواجا فاسدا، ومع ذلك قد يصحح أو يتم فسخه ويرتب جملة من الآثار، كالعدة وحرمة المصاهرة وثبوت النسب.. إلخ⁴.

¹ أمانة محمدي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا، مرجع سابق، ص 331.

² - سامي عبد الله، مرجع سابق، ص 83.

³ - هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص -279 280

⁴ - عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي مرجع سابق، ص 168.

الباب الثاني

القانون والحكم الأجنبي المتعلق
بإثبات الزواج أمام القضاء الوطني

إن تطبيق القانون الأجنبي الذي عين بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية على مسائل إثبات الزواج ليس بالسهولة بمكان بالنظر للصعوبات التي تواجه القاضي الوطني عند تطبيقه، ومن أهمها نطاق القانون الأجنبي، فمن المعلوم أنه في كل نظام قانوني توجد بالإضافة إلى القواعد الموضوعية قواعد الإسناد، فهل عند تطبيق القانون الأجنبي يطبق القاضي القواعد الموضوعية مباشرة أم عليه استشارة قواعد الإسناد فيه؟ وهذا ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بمشكلة الإحالة.

وبعد تجاوز مشكلة الإحالة، والتوصل إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق سيعترض القاضي إشكالية نوعية المعاملة التي سيتلقاها هذا القانون ومدى تأثيرها على إثباته وتفسيره، وبعد تجاوز عمليتي الإثبات والتفسير، يكشف القاضي الوطني على مضمون القانون الأجنبي، وقد يجد فيه أحكاما تشكل تعارضا مع المبادئ والأسس الجوهرية الأساسية التي يبنى عليها النظام القانوني للمجتمع الجزائري، أو يتبين له أن هذا القانون الأجنبي قد اختص بحكم النزاع بواسطة تحايل أطراف العلاقة محل النزاع على قاعدة الإسناد الوطنية، فإنه يستبعد تطبيقه لدواعي المصلحة الوطنية وباسم النظام العام في الحالة الأولى، وتطبيقا لنظرية الغش نحو القانون في الحالة الثانية.

هذا، وكما يثير القانون الأجنبي المتعلق بإثبات الزواج الدولي إشكالات أثناء تطبيقه من طرف القاضي الوطني، فإن عرض النزاع المتعلق به على القضاء، يثير أيضا إشكالات البحث عن المحكمة المختصة بالمنازعة المتعلقة به، ومرد هذه الإشكالات الصفة الدولية التي تضافى على هذه النوع من الزواج، فمتى كانت رابطة الزواج وطنية خالصة، فإن النظر فيها هو من اختصاص القضاء الوطني، وفي حال اشتغالها عنصر أجنبي، قد يطرح النزاع المتعلق بها إما على القضاء الوطني أو القضاء الأجنبي، بحسب ما تشير إليه قواعد الاختصاص القضائي الدولي، الذي يبنى على ضابط يستمد من العلاقة محل النزاع، وتنتهي المنازعة بصدور حكم يفصل فيها، والذي قد يريد صاحب المصلحة تنفيذه في دولة أخرى غير الدولة التي صدر فيها. وهو ما سنتبعه بالدراسة والنقاش من خلال هذا الباب من خلال تقسيمه لفصلين نتعرض في الأول إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص بإثبات الزواج أمام القضاء الوطني ونتعرض في الفصل الثاني إلى تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في إثبات الزواج.

الفصل الأول: تطبيق القانون الأجنبي المختص

بإثبات الزواج أمام القضاء الوطني

إذا تقرر طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية اختصاص قانون أجنبي بحكم مسألة من مسائل إثبات الزواج الموضوعية منها أو الشكلية، فإن تطبيق ذلك القانون أمام القضاء الوطني يطرح أولاً إشكالية نطاق التطبيق والتي تتعلق بنوعية القواعد المطبقة من طرف القاضي الوطني أن كانت هي القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد فيه؟، كما يطرح أيضاً نوعية المعاملة التي سوف يتلقاها أمام هذا القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني والتي من خلالها يتحدد كيفية إثباته وتفسيره والرقابة عليه.

وحيث الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، قد يجد فيه القاضي الوطني ما يمس بالمبادئ العليا لمجتمعه أو أن اختصاصه انعقد بناء على تحايل أطراف العلاقة على القانون ومن ثم يستبعده ويطبق قانونه بدلاً عنه.

ومن أجل الوقوف على كل هذه المسائل بالتفصيل سوف نقسم هذا الفصل إلى بحثين، نتناول في الأول نطاق وكيفية تطبيق القانون الأجنبي المختص بمسائل إثبات الزواج، في حين نخصص المبحث الثاني لدراسة حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص بتلك المسائل.

المبحث الأول: نطاق وكيفية تطبيق القانون الأجنبي المختص

بمسائل إثبات الزواج

عندما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على إثبات الزواج المتضمن عنصر أجنبي، تبرز مسألة تحديد نطاق هذا القانون من حيث طبيعة القواعد القانونية. فهل تقتصر هذه القواعد على القواعد الموضوعية، مما يسمح للقاضي الفصل في النزاع مباشرة من خلال تطبيقها، أم أن القاضي يحتاج إلى العودة إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي التي توجهه نحو القانون الأنسب لحل النزاع؟. فإذا اختار القاضي الحل الأول، فإنه يرفض الإحالة، بينما إذا اختار الحل الثاني، فإنه يقبل الإحالة بشكل مبدئي.

وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي يتطلب توضيح وضع هذا القانون أمام القاضي الوطني. وهي مسألة تتعلق بطبيعة القانون الأجنبي و نوعية معاملته، وهي من المسائل التي لا تزال محل جدل فقهي واختلاف حول ما إذا كان القانون الأجنبي المختص يعامل بنفس معاملة القانون الوطني، حيث يعتبره القاضي قانوناً ويطبقه تلقائياً، أو قد يأخذ وضعاً مختلفاً عن وضع القانون الوطني، بحيث يعامله القاضي الوطني معاملة الوقائع، والاختلاف في طبيعة القانون الأجنبي، يؤدي بدوره إلى الاختلاف في دور القاضي في إثبات مضمون قواعده الموضوعية، كما أن مسألة خضوع القاضي في تطبيقها وتفسيرها لرقابة المحكمة العليا هي أيضاً محل خلاف.

ولأجل توضيح كل تلك المسائل، سوف نخصص المطلب الأول إلى نطاق تطبيق القانون الأجنبي (نظرية الإحالة)، ونستعرض في المطلب الثاني كيفية معاملة القانون الأجنبي.

المطلب الأول: مجال تطبيق القانون الأجنبي المختص

بمسائل إثبات لزواج

نوعية القواعد الأجنبية التي يطبقها القاضي عندما تشير قواعد الإسناد في قانونه إلى تطبيق قانون أجنبي، فإما أن يطبق القواعد الموضوعية مباشرة أو يمر على قواعد الإسناد في ذلك القانون، التي من شأنها أن تتمسك بالاختصاص أو ترفضه مشيرة إلى تطبيق قانون آخر، وهذه الحالة الأخيرة تعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالإحالة، وعليه سوف نستعرض مفهومها (الفرع الأول)، وما مدى اعمالها بخصوص شكل الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الإحالة

الإحالة فكرة تفرض أن يرجع القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية بتطبيقه، وقبل تطبيق القانون الذي أحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي ويعد هو القانون واجب التطبيق¹.

أو هي تلك النظرية القائلة بوجوب أن يأخذ القاضي الوطني بأحكام قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية، متى كانت أحكام الإسناد مختلفة

¹ - فؤاد عبدالمنعم رياض، وسامية راشد، مرجع سابق، ص 136.

بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، فالإحالة هي عبارة عن تنازع قواعد الإسناد في القانون الأجنبي مع قواعد الإسناد في قانون القاضي الوطني¹

فإذا عينت قاعدة الإسناد الوطنية قانون أجنبي معين واتضح أن قواعد الإسناد في هذا الأخير تشير إلى تطبيق قانون آخر، بمعنى ثبوت الاختصاص لقانون دولة ما ولكن قواعد الإسناد في ذلك القانون يرفض الاختصاص ويمنحه لقانون آخر، وعليه حتى نكون أمام الإحالة فلا بد من توفر شرطين يتمثلان في:

- الاختلاف بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص في ضابط الإسناد وينطبق هذا الأمر على قضايا الأحوال الشخصية² والتي من بينها الزواج. - تنازل كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص عن الاختصاص (التنازع السلبي). وبالتالي فالهدف من الأخذ بالإحالة هو تجاوز عقبة عدم اختصاص القانون الأجنبي المسند إليه حسب قانون القاضي³.

البند الأول: أشكال الإحالة

حين تفعيل القاضي الوطني لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، فإما أن تحيله إلى قانونه من جديد وهنا نكون أمام ما يسمى بإحالة الرجوع أو الرد Le retour - حيث أنه في هذه الحالة قد تخلت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية عن حكم النزاع وأعادته مجدداً إلى قانون القاضي، فهي إحالة إلى قانون القاضي أو الإحالة من الدرجة لأولى⁴.

ويفضي هذا النوع من الإحالة إلى رد النزاع لقانون القاضي⁵، فيتعين على القاضي في هذه الحالة التي يقبل قانون دولته هذا النوع من الإحالة أن يطبق قواعد قانون دولته الداخلية. وفي هذا النوع من الإحالة تسهيلاً للقاضي بحكم أنه سوف يفصل في النزاع

¹ - حسن الهدوي، مرجع سابق، ص 204.

² - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 156.

³ - الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، ط1، مطبعة الفسيحة، الجزائر، 2010، ص 11.

⁴ - عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، (دون سنة نشر)، ص 95، بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 99، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 49.

⁵ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 98.

بتطبيق قواعد قانون دولته، فهو حل مريح بالنسبة له، لأنه من المنطقي أن يفضل القاضي قانونه أكثر من القانون الأجنبي¹.

أو ترفض الاختصاص وتحيله لقانون دولة أجنبية أخرى غير قانون دولة القاضي² وهنا يتحقق ما يطلق عليه بالإحالة من الدرجة الثانية أو الإحالة المطلقة Le prolongation.

وفي هذه الصورة من الإحالة لا تحيل قاعدة التنازع في القانون الأجنبي المسند إليه الاختصاص إلى قانون القاضي بل إلى قانون دولة ثالثة، والتي قد تحيل إلى قانون دولة رابعة حيث قد تتعدد الإحالة في هذه الصورة³.

البند الثاني: الموقف الفقهي من الإحالة

أثارت نظرية الإحالة منذ ظهورها جدالا وخلافا حادا بين الفقهاء، وينحصر هذا الخلاف في اتجاهين إثنين، أحدهما يرفض الأخذ بها وآخر يؤيد إعمالها. أولاً: الاتجاه الرافض للإحالة

يقضي هذا التوجه الفقهي بوجوب رفض الإحالة وتطبيق قواعد القانون الأجنبي الموضوعية بشكل مباشر دون قواعد الإسناد، على اعتبار أن الإسناد للقانون الأجنبي ما هو إلا إسناد موضوعي وليس إسناد إجمالي⁴، واستناد لطبيعة قاعدة الإسناد ووظيفتها حيث تعتبر قواعد إقليمية وطنية التطبيق يختص بتطبيقها القاضي الوطني، وعودته إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي وتطبيق قانون آخر ترشد إليه، يشكل امتثالا لإرادة مشرع أجنبي وبذلك يكون قد انتهك سيادة قانونه الوطني⁵، كما يجب رفض إعمال الإحالة لتجنب الوقوع في حلقة مفرغة، حين تتوالى الإحالات حيث كل قانون يحيل على الآخر

¹ - عمر بلمامي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 45، العدد 02، الجزائر، ص 339. 385.

² - عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 178.

³ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 49.

⁴ - من الفقهاء الرافضين للإحالة نجد "Niboyet" و "PigeonnièreLerepours" و "Brtrin" و "Pillet" أنظر، عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 146، وعبد الحميد أبو هيف، مرجع سابق، ص 314، 302، عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص 181.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 445.

إلى ما لانهاية، ولا حل للخروج من هذه المتاهة إلا بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة وإهمال أعمال قواعد التنازع فيه، أي رفض الأخذ بالإحالة التي من شأن الأخذ بها أن يشكل إجحاف بحقوق الأشخاص حين يُطبَّق على طرفي النزاع نظام قانوني لا يخضعون له أصلاً وغريب عن ما هو مقرر في بلدانهم¹، خاصة في نطاق أحوالهم الشخصية التي عادة ما تكون ذات صبغة دينية، حيث يفضل الأفراد التمسك بأحكام الدين الذي يعتنقونه، فمن غير المتصور أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على أجنبى غير مسلمين².

كما أن في رفض الإحالة تخفيفاً على القاضي في حل تنازع القوانين مرتين، كون أن حل إشكالية التنازع بين القوانين يتم عن طريق أعمال قواعد التنازع في قانون القاضي وتحديد القانون واجب التطبيق، وحين إلزام القاضي بأعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي بمثابة فصل جديد في تنازع القوانين³.

ثانياً: الاتجاه المناصر للإحالة:

على عكس الاتجاه السابق، يرى اتجاه آخر في الفقه بوجوب الأخذ بالإحالة، لأنه حسبهم عندما تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى اختصاص قانون أجنبي، فعلى القاضي استشارة قواعد الإسناد في هذا القانون، لمعرفة هل تؤكد له الاختصاص، أم أن قانوناً آخر هو الأجدر بالتطبيق، معززين فكرتهم من خلال النظرة المتكاملة للقانون الأجنبي والتي لا تقبل التجزئة، حيث يجب أن يُطبَّق كلياً سواء قواعد الموضوعية أو قواعد الإسناد فيه، وعلى هذا الأساس لا يمكن تطبيق قانون أجنبي دون أن تكون قواعد الإسناد فيه تسمح بهذا التطبيق، وينبغي على القاضي الوطني أن يحترم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وأن ينصاع لما تقضي به، وعدم تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون دون قبول قواعد الإسناد فيه⁴، فالأخذ بقواعد القانون الأجنبي الداخلية دون قواعد التنازع - قواعد الإسناد - يعتبر من قبيل التجزئة والتمييز بين قواعده دون مبرر⁵.

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 52

² - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 110.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 461.

⁴ - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 92.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين مرجع سابق، ص 422

وفي هذا الصدد يؤكد الأستاذ علي علي سليمان أن قبول الإحالة، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، يحقق ميزتين هامتين لا يمكن تجاهلهما. تتمثل الميزة الأولى في توسيع نطاق تطبيق القانون الجزائري في حالة الإحالة من الدرجة الأولى على الأجانب، وذلك في الحالات التي يحيل فيها قانونهم الشخصي، عندما يكون هو قانون الموطن¹. أما الميزة الثانية فهي تسهيل عمل القاضي، خاصة في الحالة التي يؤول فيها الاختصاص إلى قانون دولة متعددة الشرائع. حيث سيوفر له ذلك عناء البحث في القوانين الداخلية لتلك الدولة².

في حين يذهب الأستاذ الألماني فرانكشتين-الذي يؤيد بدوره الإحالة-، إلى وجود إسناد أصلي ينظم الأحوال الشخصية وفقاً لقانون الجنسية، بالإضافة إلى إسناد ثانوي يضمن خضوع الأحوال الشخصية للأجانب لقانون الموطن. يمثل هذا الإسناد الثانوي قاعدة الإسناد في قانون جنسية الأجنبي، ويُطبّق في حال تعذر تطبيق الإسناد الأصلي³، أي بعبارة أخرى، هناك ضابطان للإسناد: أحدهما أصلي والآخر ثانوي أو احتياطي. حيث يُطبق قانون الجنسية بشكل أصلي، بينما يُطبق قانون الموطن بشكل احتياطي. ومن المهم أن يتم قبول الإحالة من قانون الموطن إلى قانون الجنسية، بينما العكس غير صحيح⁴.

كما يمكن أن يساهم اعتماد الإحالة في التصدي للتحايل على القانون، حيث يؤدي إلى استقلالية حل النزاع عن اختيار المحكمة، وبالتالي يصبح تطبيق القانون المشار إليه في قواعد الإسناد في النظام القانوني للمحكمة النازرة في النزاع غير مؤكد، مما يحول دون تلاعب الخصوم بضابط الإسناد⁵، كم من شأن إعمالها أن يؤدي إلى الفصل في النزاع بالطريقة نفسها التي سيفصل بها قاضي الدولة الأجنبية لو كان النزاع معروض

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 56

² - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 117، 118.

³ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 109.

⁴ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 112، ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 62.

⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين مرجع سابق، ص 448.

أمامه، وبالتالي يتحقق التناسق في حل تنازع القوانين بين الدول ذات الصلة بالنزاع، مما ينجبر عنه تسهيل في تنفيذ الأحكام الأجنبية¹.

ان الاختلافات الفقهية حول نظرية الإحالة، دفعت بالفقه الحديث إلى ترك الموقف المتخذ منها بالقبول أو الرفض يتوقف على وظيفة قاعدة الإسناد، بمعنى أن يبقى نطاق الأخذ بالإحالة أو رفضها دون تكريس لحل عام مجرد يطبق على كافة الحالات وجميع الفروض، حيث تؤخذ كل مسألة على حدة بالحل الذي يتماشى وغاية قاعدة الإسناد بشكل لا يترتب معه الإخلال بتوقعات الأفراد²، هذا التوجه ينطلق من فكرة التنسيق بين قواعد التنازع الوطنية وقواعد التنازع الأجنبية، حيث أنه عندما يقوم المشرع الوطني بوضع قاعدة إسناد، فإنه ينظم لعلاقة تتعلق بأكثر من قانون. ولذلك يتطلب الأمر تنسيقاً بين هذه القواعد وقواعد الإسناد الأجنبية³.

فالمشرع الذي اعتمد على ضابط الجنسية في قاعدة الإسناد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية ينطلق من كونه أفضل وأنسب ضابط من خلاله يتمكن من حماية مصالح رعاياه ومصلحه، والأمر نفسه بالنسبة للمشرع الأجنبي الذي يفضل إسناد الأحوال الشخصية لقانون الموطن، لهذا يتعين أن تفسح قاعدة التنازع الوطنية المجال لتطبيق ما تقضي به قاعدة التنازع في القانون الأجنبي واجب التطبيق متى أحالت لها ذلك، مع إمكانية الأخذ بالإحالة حتى في درجتها الثانية حين تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى قانون أجنبي آخر غير قانون القاضي⁴، ومن ثم، فإن العمل بالإحالة لا يُعتبر تنازلاً من قواعد الإسناد الوطنية لصالح القواعد الأجنبية، بل هو وسيلة لتحقيق التوافق والتعاون بينهما⁵.

¹ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص154 وأحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 447

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص246.

³ - Henri Batiffol, Lagarde Paul : "Traité de droit international privé", Librairie générale de droit et de jurisprudence, Tome1, 8ème édition, Paris, 1993, P231 .

⁴ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. 266

⁵ - Lousouarn Yvon et Bourel Piere, op tic ,P 479

البند الثالث: نظرية الإحالة في القانون الجزائري.

لم يدرج المشرع الجزائري في القانون المدني لسنة 1975 أثناء تنظيمه للقواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني أي نص على الإحالة، هذا الغموض في موقف المشرع الجزائري تجاه فكرة الإحالة أثار جدلاً فقهيّاً حول ما إذا كان قد اعتمدها أم أنه يرفضها، حيث يوجد من يعارضها ومن يدعو إلى قبولها.

وبعد تعديل 2005، كشف المشرع عن موقفه من الإحالة باستحداث المادة 23 مكرر 1 التي جاء نصها "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً 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 في القانون الأجنبي "

وبتحليل المادة (23 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري، يتبين تناقض واضح في موقف المشرع من الإحالة الدولية. فقد عبر وبشكل صريح عن رفضه لفكرة الإحالة في الفقرة الأولى، حين فرض الالتزام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد الجزائرية، دون الحاجة لتطبيق قواعد إسناد القانون الأجنبي، بما يفيد أن الإسناد إلى القانون الأجنبي يُعتبر إسناداً موضوعياً وليس إسناداً إجمالياً، وعليه يتوجب على القاضي تطبيق القواعد المادية في هذا القانون مباشرة، ولا يتعين عليه المرور على قواعد إسناد القانون الأجنبي من أجل استشارتها، لكون القاضي ملزم فقط بالامتنال لأوامر مشرعه الوطني ولا يخضع لأوامر أي مشرع أجنبي¹.

لكن بالعودة إلى الفقرة الثانية من نفس المادة نجدها تعقد الاختصاص للقانون الجزائري في الحالة التي تحيل إليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي حيث اقرت باختصاص القانون الجزائري، وهذا يُعتبر قبول للإحالة من درجتها الأولى، بما يفيد أن المشرع الجزائري في الأصل يرفض الأخذ بالإحالة واستثناءاً يقبلها متى كانت من الدرجة الأولى دون تقييد، ولعل هذا التوجه للمشرع الجزائري قصد من خلاله توسيع مجال تطبيق القانون الجزائري عن طريق تخفيف عبء بحث القاضي في القوانين الأجنبية وبالخصوص قوانين الدول متعددة الشرائع، خاصة وأن القانون الأجنبي المختص حقيقة

¹ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 158.

حسب قاعدة الإسناد الجزائرية يرفض الاختصاص ويحيل فض النزاع على القانون الجزائري، وهذا التوجه ينسجم مع فكرة أن الإحالة ماهي إلا وسيلة للتنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية التي تختلف في ضوابط الإسناد¹.

بالإضافة للنقد الموجه لصياغة المادة (23 مكرر) من القانون المدني السالف توضيحه فقد انتقد بعض الفقهاء أيضا موقف المشرع الجزائري تجاه نظرية الإحالة، حيث إن قبوله غير المشروط للإحالة من الدرجة الأولى يؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية على الأزواج الأجانب الذين لا يدينون بالإسلام. ومن المؤكد أن هذا يتعارض مع رغبة هؤلاء الأجانب في تطبيق قوانينهم الشخصية، مما يستدعي رفض الإحالة في هذه الحالة².

وفي هذا الخصوص يشير الدكتور موحند إسعاد إلى أنه لا يمكن قبول الإحالة في قضايا الأحوال الشخصية إلا في حال كان قانون الأحوال الشخصية غير مستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وإذا تم قبول الإحالة، فإن ذلك قد يؤدي إلى تطبيق أحكام الشريعة المتعلقة بالأسرة على الأمريكيين والبريطانيين، مما قد يسمح لهم بممارسة تعدد الزوجات وفقا لهذه الأحكام³.

وخلاصة القول، أنه وبالرغم من أن المشرع الجزائري اقتصر على الأخذ بالإحالة متى كانت من الدرجة الأولى، أي الرجوع للقانون الجزائري، وما في هذا الأخذ من المزايا سالفة الذكر، إلا أنه يعاب عليه قبوله الإحالة على القانون الجزائري دون قيد أو شرط، وهذا الإطلاق من شأنه أن يُفسر على أنه انقياد لإرادة المشرع الأجنبي، كما أن عدم استثنائه لمسائل الأحوال الشخصية وقانون الإرادة، على غرار غالبية التشريعات المقارنة، من شأنه أن يجعل الأخذ بالإحالة أن يمس بتوقعات الأشخاص⁴.

¹ - الطيب زروتي ، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 01/05، مجلة المحكمة العليا، عدد01، سنة 2006، ص 56.

² - عمر بلمامي ، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد، 02، سنة2008، ص356.

³ - موحند إسعاد ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 208.

⁴ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص12.

كما أنه لم يمنح أي سلطة تقديرية للقاضي في تقرير مدى عدالة ومعقولية وعدم تعارض الحلول التي تمنحها الإحالة مع هدف ووظيفة قاعدة الإسناد، أي أن المشرع الجزائري لم يعتبر الإحالة كأداة فنية ذات طابع وظيفي، ووسيلة تشريعية يعود إليها القاضي في نطاقات محددة من أجل تحقيق أهداف تراعي المصلحة الوطنية¹.

الفرع الثاني: نطاق اعمال الإحالة في قاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد الإبرام

يخضع الزواج من حيث شكله إلى القاعدة العالمية (المحل يحكم شكل التصرف)، وتتمتع هذه القاعدة بالصفة الاختيارية في غالبية الأنظمة القانونية، فما مدى الأخذ بالإحالة حول هذه المسألة؟

كان اتخاذ موقف واضح بشأن هذه المسألة يثار في السابق بشكل واسع، خاصة عندما كانت قاعدة لويس تتسم بطابع إلزامي في دولة وطابع اختياري في دولة أخرى. في هذه الحالة، لا مناص من اللجوء إلى الإحالة، نظرًا لما قد يترتب على رفضها من أضرار للعلاقة الناشئة².

فلو كان الأمر يتعلق بزواج مصريين أقباط وفق الشكل الديني الذي يفرضه قانونهم الشخصي في الولايات المتحدة الأمريكية، خلافاً للشكل المدني المعتمد في هذه الدولة، وعند النظر في النزاع حول صحة هذا الزواج في فرنسا، مع الأخذ في الاعتبار أن قاعدة لويس تُعتبر قاعدة ملزمة في أمريكا. وقاعدة الإسناد الفرنسية تعطي الاختصاص لقانون بلد الإبرام (القانون الأمريكي)، فإن هذا القانون يُعتبر قاعدة المحل إلزامية لا تقبل الاستثناء (القانون الشخصي) في هذه الحالة. وبالتالي، فإن الزواج الذي تم عقده على أرضيها وفقاً للقانون الشخصي يُعتبر باطلاً. فلو كانت هذه القاعدة اختيارية في القانون الأمريكي، لكان الوضع مختلفاً، حيث كانت ستشير قواعد الإسناد الأمريكية إلى القانون المصري الذي يعتبر هذا الزواج صحيحاً.

¹ - مثلما هو مكرس في المادة 04 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 التي جاء فيها "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعينة الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الوطنية"، مقتبس عن، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 463.

² - أنظر، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 112، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 257.

إن مثل هذه الحلول التي قد تخل بتوقعات الأفراد، دفعت الفقه الفرنسي إلى تبني مفهوم الحل الوظيفي للإحالة فيما يتعلق بقاعدة "المحل يحكم شكل التصرف". وبالتالي، يتم قبول أو رفض الإحالة بالنظر إلى كل حالة على حدة¹. لذا، فإن اتخاذ القرار بشأن الإحالة من عدمه فيما يتعلق بشكل التصرفات بشكل عام، وشكل الزواج بشكل خاص، يعتمد على طبيعة قاعدة لوكيس. حيث يمكن قبول الإحالة عندما تختلف قواعد الإسناد الأجنبية والوطنية في طبيعتها، حيث تجعلها إحداها إلزامية والأخرى اختيارية².

أما الفقه الحديث، فإنه يرى بما أن قاعدة لوكيس أصبحت تتمتع بالطابع الاختياري في معظم الأنظمة القانونية، مما يتيح للأطراف إمكانية الاتفاق على مخالفتها واختيار القانون الذي يتناسب مع إرادتهم، فإنه يجب استبعاد الإحالة وفتح المجال لقاعدة لوكيس. لأنه لو تم الأخذ بالإحالة كاستثناء على قاعدة لوكيس، فما الجدوى من الطابع الاختياري لهذه القاعدة ؟ ففي هذا السياق، يشير الأستاذ "ديلابورت" (Delaporte) إلى أن أحد أبرز الاعتراضات على نظرية الإحالة في مجال الشكل هو أن قاعدة لوكيس تضمن للأطراف صحة التصرف الذي خضع شكله لقانون المحل، فتأتي الإحالة لتبطل ذلك. ويتفق الفقيه "باتيفول" (Batiffol) مع هذا الرأي، حيث يرى أن قبول الإحالة في مجال الشكل يؤدي إلى عدم الاعتراف بالهدف الذي تسعى قاعدة لوكيس لتحقيقه، بالإضافة إلى هدم طابعها الاختياري³.

من المنطلقات السابقة، فإنه يتم استبعاد نظرية الإحالة وعدم تطبيقها على شكل التصرف عموماً، وذلك استناداً إلى الاعتبارات التي تستند إليها قاعدة لوكيس والرامية إلى التيسير على المتعاقدين، مع افتراض أنهم على دراية أكبر بقانون مكان الإبرام مقارنة بقوانين أخرى. وبالتالي، فإن تطبيق الإحالة في هذه الحالة قد يؤدي إلى تفويت وإهدار الأهداف التي وضعت من أجلها قاعدة خضوع الشكل إلى قانون مكان الإبرام⁴.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 256.

² - Jace Maste, Droit International Privé Français Mariage condition de la forme, juris classeur, Paris, France, 1993, P108

³ - نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 284-285.

⁴ سعيد يوسف البستاني، "الجامع في القانون الدولي الخاص"، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 655.

رأينا أنه وفي نطاق تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع فإن المشرع الجزائري وكأصل عام يرفض الإحالة، ويفرض على القاضي الوطني تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون قواعد التنازع فيه، إلا إذا أحالت هذه الأخيرة إلى القانون الجزائري، ففي هذه الحالة يتم قبول الإحالة ويطبق القانون الجزائري، أما في حال تمسك القانون الأجنبي بالاختصاص، فينبغي للقاضي تطبيق قواعده الموضوعية والتطبيق يقتضي المعاملة والتفسير وهي محور البحث في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: كيفية تطبيق القانون الأجنبي المختص بإثبات الزواج أمام القاضي الوطني

إذا تم تجاوز مشكلة الإحالة، وعقد الاختصاص للقانون الأجنبي تطبيقاً لقواعد الإسناد الوطنية، على نزاع مشوب بعنصر أجنبي يتعلق بإثبات الزواج، فإن القاضي ملزماً بتطبيق قواعده الموضوعية، وحين التطبيق سوف يواجه القاضي إشكالات تتعلق بنوعية المعاملة التي يتلقاها القانون الأجنبي المختص. فهل سيتم اعتباره مجرد واقعة من وقائع النزاع المعروض أمامه، أم أنه سيحتفظ بطبيعته ويعامل بنفس الطريقة التي يُعامل بها القانون الوطني؟. وعلى ضوء تلك المعاملة يتحدد كيفية تفسيره وإثباته وكذا الرقابة عليه

الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي المختص بإثبات الزواج

القانون قد يمتد تطبيقه إلى خارج حدود الدولة التي سنته متى كانت العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي، فما مدى احتفاظ القواعد القانونية الأجنبية بأوصاف القاعدة القانونية؟ بمعنى آخر هل سيفتقد الصفة القانونية كونها تجاوزت حدود الدولة التي أقرتها، أم أنها ستظل محتفظة بطبيعتها القانونية حتى في حال قام قاضي آخر بتطبيقها؟

البند الأول: القانون الأجنبي بين الواقعة والقانون

تباينت آراء الفقهاء حول طبيعة القانون الأجنبي، حيث اعتبره البعض مجرد واقعة، بينما رأى آخرون أنه يحتفظ بطبيعته القانونية. سنستعرض هذين الموقفين بالتفصيل كما يلي:

أولاً: تجريد القانون الأجنبي من صفته القانونية

يعتبر هذا الاتجاه أن قواعد القانون الأجنبي ليست سوى وقائع يتعين على الأطراف التمسك بها لتطبيقها على النزاع المطروح، وأن يبذلوا قصارى جهدهم لإثباتها أمام محكمة الموضوع. وقد استقر هذا الرأي في النظام القانوني الأنجلوسكسوني وبعض الأنظمة اللاتينية، ورغم تجريدهم للقانون الأجنبي من صفته القانونية إلا أنهم اختلفوا حول الأساس القانوني الذي استندوا إليه.

1-: الاستناد إلى فقدان القاعدة القانونية الأجنبية لعنصر الأمر

يتجه جانب من الفقه الفرنسي، المتأثر بمواقف القضاء الفرنسي الذي شهد ترددًا في تحديد طبيعة القانون الأجنبي، إلى اعتبار أن القانون الأجنبي لا يعدو كونه عنصرًا من عناصر الواقع أمام القاضي الذي يطبقه¹، حيث ينكر أنصار هذا التوجه أي صفة قانونية للقانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية، واعتبروه مجرد عنصر من عناصر الواقع. وتزعم الفقيه الفرنسي "باتيفول". هذا الاتجاه، على أساس أن القاضي الوطني لا يقوم بتطبيقه كقانون ملزم صادر عن المشرع الأجنبي، إذ إنه لا يلتزم إلا بأوامر مشرعه. وبالتالي، فإن القاضي الوطني يعامل القانون الأجنبي كواقع فقط، لعدم قدرته على الاعتراف بإلزاميته خارج حدود دولته².

ووفقًا لهذا الاتجاه، فإن كل قاعدة قانونية تحتوي على عنصرين رئيسيين، عنصر مادي وهو مضمون القاعدة القانونية، من حيث العمومية والتجريد بالإضافة إلى العنصر المعنوي والمتمثل في الأمر بالتنفيذ والإلزام، وهو المصدر الذي تستمد منه القاعدة القانونية قوتها الملزمة. فإذا كانت القاعدة القانونية الوطنية تحتوي على هذين العنصرين ضمن حدود الدولة التي أصدرتها، فإنها تفقد عنصر الإلزام بمجرد تجاوزها لتلك الحدود، وتصبح عندئذٍ مجرد واقعة مثل غيرها من الوقائع. لأن العنصران الأمر والإلزام يتحدد بطبيعة الحال بالإقليم الذي يمارس فيه المشرع سلطته، أما خارج هذا الإقليم، فلا يتبقى للقاعدة القانونية سوى مضمونها، مما يؤدي إلى فقدانها لصفة القاعدة القانونية³.

¹ - أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 492.

² - Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit International Privé, op. cit, P526.

³ - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 316، محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 232، بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 145.

لقد وُجّهت انتقادات لهذا الاتجاه لأنه يعتمد على الخيال والمجاز، حيث يجرّد القاعدة القانونية من طابعها القانوني ويحولها إلى مجرد واقعة، فقط لأن قاضيًا أجنبيًا هو من سيطبقها. وحتى لو فرضنا صحة الاعتقاد بأن عبور القاعدة القانونية للحدود يفقدها عنصر الإلزام، فإن قاعدة الإسناد الوطنية تعيد إليها هذا العنصر المفقود¹. بالإضافة إلى ذلك، فإن قبول ما يطرحه هذا الاتجاه لا يتماشى مع طبيعة العلاقات الدولية الخاصة ومصالح الأفراد، التي لا تعترف بمفهوم السيادة إلا في نطاق محدود².

2- الاستناد إلى فكرة احترام الحقوق المكتسبة

تسود نظرية احترام الحقوق المكتسبة في الفقه الأنجلوساكسوني، وتم تطبيقها من قبل القضاء الإنجليزي، وفقًا لهذه النظرية، لا يقوم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي استجابةً لأمر واضح، بل يركز عمله في الاعتراف بالحق الذي تم اكتسابه وفقًا لهذا القانون بمعنى آخر، يستعين القاضي بهذا القانون للتحقق من صحة هذا الاكتساب، مع عدم الإقرار له بالطبيعة القانونية، وإنما يعتبره عنصرًا واقعيًا، وبالتالي، فإن الاعتراف بهذا القانون يُعتبر اعترافًا بواقعة نشأت تحت سلطته لصاحب الحق، وذلك من خلال قاعدة الإسناد الوطنية³. وبناءً على ذلك، يقتصر دور القاضي الوطني المعروف عليه النزاع على التحقق من صحة اكتساب حق معين وفقًا للقانون الأجنبي، بدلاً من البحث عن القاعدة الموضوعية الأجنبية واجبة التطبيق على النزاع⁴.

لقد تعرضت هذه النظرية للانتقاد بسبب عدم شموليتها، حيث تركز على تطبيق القانون الأجنبي في حالة الحقوق المكتسبة، بينما يكون تطبيق القانون الأجنبي غالبًا في مرحلة نشوء الحق⁵. فقد يكون القانون الأجنبي مصدر لظهور أوضاع جديدة لم تكن موجودة من قبل، مثل الاعتراف بالزواج. وبالتالي، فإن النزاع حول هذه الأوضاع يتطلب

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 145.

² - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 233.

³ - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص - تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية -، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 197.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 492.

⁵ بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 141.

البحث وفقاً لقانون معين تحدده قاعدة الإسناد لتحديد ما إذا كانت الشروط اللازمة لنشأتها قد توافرت أم لا، كما هو الحال في صحة الزواج نفاذه¹.

ثانياً: احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية

يميل الاتجاه السائد في مجال القانون المقارن إلى اعتبار أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية، ليس فقط ضمن حدود الدولة التي صدر عنها، بل أيضاً أمام قاضي دولة أخرى. فهو لا يُعتبر مجرد عنصر من عناصر الواقع، بل هو قانون بمعناه الحقيقي². ومع ذلك، لم يتفق الفقهاء على الأساس الذي يُطبق بموجبه هذا القانون، رغم التأكيد على طبيعته القانونية. في هذا السياق، يرى الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويطبقه القاضي الوطني على هذا الأساس. بينما يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين والألمان إلى أن أساس تطبيق القانون الأجنبي هو التفويض الذي تمنحه إياه قواعد الإسناد الوطنية. بناءً على ذلك، سنستعرض نظرية الاستقبال والاندماج، ثم نظرية التفويض.

1-: نظرية الاستقبال والاندماج كأساس لاحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية

تبنى رواد المدرسة الإيطالية نظرية استقبال القانون الوطني للقانون الأجنبي، ويعتبر الفقيه "أنزلوتي" من أبرز مؤيديها. فترى هذه النظرية وجود ازدواجية كاملة بين النظامين القانونيين الداخلي والدولي³. بمعنى أن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءاً منه، مما يعني أن القانون الأجنبي المختص لا يمتلك قوة نفاذ مستقلة، بل يستمد قوته الإلزامية بعد دمجها في النظام القانوني الوطني⁴. وبالتالي، فإن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي بشكل مباشر، بل يطبق القواعد القانونية التي تتوافق من حيث المضمون مع القانون الوطني. ويشير أنصار هذه الفكرة إلى أن الاستقبال يمكن أن يكون: مادي، حيث تفقد القاعدة صفتها الأجنبية ويندمج مضمونها

¹ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 254

² - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 144؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 256.

³ - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 23.

⁴ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 231.

في القانون الوطني للقاضي بشكل مادي¹. أو يكون استقبالا شكليا بحيث يتم دمج القانون الأجنبي في قانون القاضي، ومع الاحتفاظ بقيمته ومعناه الذي يحدده المشرع الأجنبي الذي وضع أحكامه².

والنقد الموجه لهذه النظرية هو إفراطها في الخيال والمجاز من أجل تبرير تطبيق القانون الأجنبي بصفته القانونية. فهي تفترض إمكانية احتواء قانون القاضي لجميع قوانين دول العالم. علاوة على ذلك، فإنه من غير المعقول القول بأن قانون القاضي يمكن أن يحتوي قاعدة أجنبية تتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها³.

2- نظرية التفويض كأساس لاحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية.

يعتقد بعض الفقهاء الألمان والفرنسيين بأن القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي على أساس تفويض من قواعد الإسناد الوطنية. فحسب هذه النظرية، يحتفظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية ويسري بقوة إلزامية كونه أمراً صادراً عن مشرع أجنبي، وذلك بناءً على إنابة أو تفويض من المشرع الوطني وفقاً لقواعد الإسناد⁴.

وما يمكن ملاحظته حول هذه النظرية، أنها تحافظ على استقلالية القانون الأجنبي، بكل صفاته وهيئته كما هو في دولته. وبالتالي، يتعين على القاضي الالتزام بتطبيقه بتلك الصفة⁵.

والنقد الموجه لهذه الفكرة، يكمن في عدم تصور أن يقوم مشرع دولة القاضي بتفويض سلطة تشريعية أجنبية لتقوم بالتشريع بدلاً عنه. حتى لو افترضنا إمكانية التفويض، فإن المَقْوض يظل غير معروف مسبقاً، حيث يتغير وفقاً لطبيعة المنازعات المعروضة على القاضي، ولا يمتلك المشرع الأجنبي أي علم بتفويض المشرع الوطني له، مما يجعل هذا التفويض قائم على غير إرادة المَقْوض⁶.

¹ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 231.

² - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 144.

³ - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني مرجع سابق، ص 25.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 161.

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 498.

⁶ - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص 161.

إن الاختلافات المتعلقة بطبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني جعلت الفقه الحديث يدعو إلى ضرورة الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي والمعاملة الإجرائية المخصصة له. حيث يتم التأكيد على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي والتركيز على صفته كقانون أجنبي، دون اعتباره جزءاً من عناصر الواقع. بل يُعتبر قانوناً يطبقه القاضي الوطني استناداً إلى أمر المشرع المتضمن في قاعدة الإسناد الوطنية، دون الحاجة إلى مبررات غير منطقية. وبما أن هذا القانون هو قانون أجنبي، فمن الطبيعي أن يتلقى معاملة إجرائية تختلف عن تلك المخصصة للقانون الوطني. إن القول بأن القانون الأجنبي يفقد صفته الإلزامية بمجرد عبوره الحدود ويُعتبر بالتالي واقعة تُطبق أمام القاضي الوطني يؤدي إلى نتيجة غير منطقية، تتمثل في أن القاضي سيطبق واقعة على وقائع، وهو ما لا يمكن قبوله. وإذا كان للقانون الأجنبي هذه الخصوصية، فإنه من المؤكد أنه لا يُعامل مثل القانون الوطني، نظراً لوجود فوارق بينهما، حيث يصعب افتراض علم القاضي الوطني بمضامين جميع القوانين الأجنبية¹.

البند الثاني: الموقف التشريعي والقضائي المقارن من طبيعة القانون الأجنبي

توجد بعض الأنظمة القانونية التي تبنت وبشكل صريح الطبيعة الواقعية للقانون الأجنبي فلا يعدو حسبها أن يكون مجرد واقعة ويتم التعامل معه على هذا الأساس، على غرار القانون التركي بموجب المادة (76) من أصول المحاكمات المدنية، والقانون اللبناني بموجب المادة (134) من أصول المحاكمات اللبنانية القديم².

وهو التوجه الذي اعتمدته محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ: 1960/11/07 جاء فيه: "إن التمسك بتشريع أجنبي... لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها"³

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 377.

² - حيث تنص المادة 76 "من قانون أصول المحاكمات المدنية التركية" يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من نزاع، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي فإن إثبات ذلك القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به" وتنص المادة 134 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية "يجب إقامة البينة لدى المحكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي" نقلا عن محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 234

³ - محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1960/11/07، نقلا عن، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 138.

وقد تردد القضاء الفرنسي في موقفه، حيث اعتبرت بعض أحكامه القانون الأجنبي كواقعة، بينما أحكام أخرى اعتبرته قانوناً. فالحكمين الصادرين في 11 و 18 أكتوبر 1988، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه كان يتعين على قضاة الموضوع تطبيق القانون الأجنبي الذي ترشد إليه قاعدة الإسناد الفرنسية، وأن أعمالهم للقانون الفرنسي بدلا عن القانون الأجنبي المختص ما هو إلا نتيجة لإهمالهم الالتزام بهذه القاعدة¹.

أما محكمة التمييز الأردنية فقد اتجهت إلى إضفاء الطبيعة القانونية على القانون الأجنبي بموجب قرار لها بتاريخ 10/11/1983².

وبخصوص موقف المشرع الجزائري من طبيعة القانون الأجنبي، فبعد تتبع مختلف النصوص القانونية، واجتهادات المحكمة العليا حول هذا الموضوع، لم نعثر سوى على ما هو مقرر في نص المادة (358) في فقرتها السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول والتي نصت على "لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: 6...- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.."، وبالاعتماد على ما هو منصوص عليه في المادة (360) من نفس القانون والتي تقضي بـ "يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض".

من خلال هذين النصين يمكننا أن نستنتج بأن المشرع الجزائري يعد الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، دون سواه من المسائل الأخرى، أحد أوجه الطعن التي يجوز للمحكمة العليا أن تنقض الحكم أو القرار المخالف له، وهذا يؤكد أن المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي في المسائل المتعلقة بقانون الأسرة بمثابة قانون لا واقعة، ومن ثم فإنه يعامله كقانون، فحين تشير قاعدة الإسناد الجزائرية إلى إعمال هذا القانون، فيطبقه القاضي من تلقاء نفسه، ويخضع لرقابة المحكمة العليا في تطبيقه³، وعلى هذا الأساس فإن القانون الأجنبي الذي يحكم الزواج يعد قانوناً، لا واقعة.

فهل يمكن أن نستنتج وبمفهوم المخالفة أن القانون الأجنبي غير المتعلق بقضايا الأسرة يعتبر في نظر القانون الجزائري واقعة لا قانون؟

¹ - محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1988/10/11، نقلا عن، محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 234 و 235.

³ - قرار محكمة التمييز الأردنية بتاريخ: 1983/11/10، نقلا عن، أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 174.

³ - كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص الجوازي مرجع سابق، ص 148، عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، ط5، دار هومة للنشر، الجزائر، 2009، ص 56.

هذه المسألة جعلت الفقه الجزائري، ينقسم إلى اتجاهين، أحدهما يرى بأن المشرع الجزائري اخذ بالطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي، والثاني يرى بأن المشرع اعتبر القانون الأجنبي قانونا في جميع المسائل.

ف نجد أن الدكتور موحند إسعاد، يرى بأن المشرع اعتمد على الطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي، حيث اعتبره قانوناً في مجال الأسرة، أي عندما تكون الحقوق المتنازع عليها غير قابلة للتصرف من قبل الأطراف. أما في المجالات الأخرى، فلا يُعتبر القانون الأجنبي قانوناً. ويعد واقعة، وهذا ما يفهم من المادتين 233 و 234 من قانون الإجراءات المدنية القديم، والمقابلة للمادتين 358 و 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد¹.

وتبنى الدكتور الطيب زروتي نفس الموقف عند الإشارة إلى الفقرة 5 من المادة سالفه الذكر، حيث أشار إلى أن "المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي في قضايا الأسرة قانوناً، مثله مثل القانون الوطني، بينما في الحالات الأخرى يُعتبره مجرد واقعة"².

ونفس الرأي رصدناه للدكتور عليوش كربوع كمال، الذي يرى بأن المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي في قضايا الأحوال الشخصية فقط قانوناً، لأنه جعل من الخطأ في تطبيقه وجه من أوجه الطعن، وألزم القاضي بتطبيقه تلقائياً، أي أنه يتعلق بالنظام العام، في حين لا تخضع القوانين في المجالات الأخرى للطعن بالنقض لأنها تعتبر كواقعة³.

بينما يميل الأستاذ عبد الكريم بلعور إلى أن المشرع الجزائري يضيف الطبيعة القانونية على القانون الأجنبي ويستشف ذلك من خلال صيغ وعبارات التي صاغ بها قواعد الإسناد، والتي جاءت بصيغة آمرة، بما يفيد أن إرادة المشرع اتجهت إلى جعل القاضي يطبق القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد الإسناد الجزائرية من تلقاء نفسه دون

¹ - حيث يقول الدكتور محند اسعاد: "أنه يجدر التفريق بين المواد التي تعود للنظام العام كالأحوال الشخصية، وبين المواد التي تقبل حرية الأطراف، كما هي الحال في المواد التعاقدية، " راجع، محند اسعاد، مرجع سابق، ص 232.

² - الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، سنة 2006، ص 95.

³ - كمال عليوش كربوع مرجع سابق، ص، 121، 134، 135.

الحاجة لانتظار تمسك الخصوم به، ولا يتسنى ذلك إلا إذا كان القانون الأجنبي يتمتع بالطبيعة القانونية¹.

ونحن نعتقد بأن تخصيص المشرع الجزائري للقانون الأجنبي في مسائل الأسرة دون باقي المسائل الأخرى ضمن أوجه الطعن، ليس بغرض بيان نوعية المعاملة التي يتلقاها القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، بل بهدف تشديد الرقابة على القوانين الأجنبية المتعلقة بالأسرة، حتى لا يتم تطبيق قانون أجنبي قد يتعارض مع النظام العام الأسري المستمد من الشريعة الإسلامية، فيتم بسط رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي المتعلق بقضايا الأسرة، بما يعني أنه يعده قانونا، ومع ذلك لا يمكننا أن نستنتج بمفهوم المخالفة بأن القانون الأجنبي في غير قضايا الأسرة يعتبر واقعة لا قانونا، فالمشرع يعتبره قانونا ولكن لا مجال لرقابة المحكمة العليا على تفسيره، فربما المشرع قصد الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي ومعاملته الإجرائية². كون أن القانون الأجنبي وبالرغم من احتفاظه بطبيعته القانونية، فليس من الضروري أن يعامل من الناحية الإجرائية بنفس الكيفية كما القانون الوطني.

لأننا إذا سلمنا بالطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي بالنسبة للقانون الجزائري فسوف نصل إلى نتيجة غير مقبولة، تتمثل في تغير طبيعة القواعد القانونية الأجنبية وفقاً لنوع المسائل التي تتناولها.

¹ - عبد الكريم بليور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 160.

² - تدعيماً لرأينا فقد عثرنا على اجتهادا للمحكمة العليا قبلت فيه بطعن يتعلق بتطبيق قانون أجنبي في مجال الالتزامات غير التعاقدية، أي خارج مجال قانون الأسرة، حيث ناقشت وجه الطعن المأخوذ من سوء تطبيق القانون، وذلك في قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ: 1994/04/27 جاء بمناسبة رفع دعوى من الوكيل الفرنسي ضد قرار صادر عن محكمة وهران بتاريخ: 1990/12/11، الذي قضى بإبقاء القرار المعارض فيه القاضي بتحميل الدولة الفرنسية المسؤولية عن حادث مرور سببته شاحنة تابعة للدرك البحري الفرنسي وأدى بأضرار بالغة للضحية (ع. م). وبهذا الاجتهاد اعتبرت المحكمة العليا القانون الفرنسي في هذا النزاع قانونا وليس واقعة، طالما أنها ناقشت الدفع المتعلق بسوء تطبيق القانون، بمعنى أنها مارست الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي في مسألة ليست من الأحوال الشخصية، راجع، قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1994/04/27، ملف 107604، المجلة القضائية، عدد 03، سنة 1994، ص 33.

الفرع الثاني: إثبات وتفسير القانون الأجنبي

تتطلب عملية تطبيق القانون الأجنبي تناول مسألة قانونية مهمة تتعلق بإثبات هذا القانون وتحديد مضمونه. لذا، من الضروري تحديد الجهة التي تتحمل عبء إثبات هذا القانون، بالإضافة إلى البديل المتاح للقاضي في حال تعذر عليه أو على الخصوم إثبات مضمون هذا القانون. وإذا تمكن القاضي من إثبات مضمون القانون الأجنبي، فإنه يتعين عليه تطبيقه على النزاع المعروض أمامه، وفي بعض الحالات قد يكون من الضروري تفسير القانون الأجنبي، لذا سوف نتناول إثبات ثم تفسير القانون الأجنبي.

البند الأول: إثبات القانون الأجنبي

يقصد بإثبات القانون الأجنبي إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه القانونية¹، وقد سبق الإشارة إلى تباين الأنظمة القانونية بشأن طبيعة القانون الأجنبي، وهو ما ينعكس على الجهة المسؤولة عن إثبات مضمونه. ففي الأنظمة التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة ولا تعترف بطبيعته القانونية، يتحمل الخصوم عبء إثباته. بينما الأنظمة التي تبقى على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي فيجب على القاضي الوطني معاملته بنفس الطريقة التي يعامل بها قانونه الوطني. ويترتب على ذلك التزام القاضي بالتمسك بالقانون الأجنبي وتطبيقه، وإثارته من تلقاء نفسه. مع الالتزام بالبحث عن مضمونه، ويقع عليه عائق عبء إثباته، ويكون خاضعاً للرقابة في تطبيقه، ولا يُقبل العذر بجهل القانون الأجنبي².

وفي هذا الخصوص فإن محكمة النقض المصرية ألزمت القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، مع إمكانية الاستعانة بجهود الخصوم ويكون ملزماً بتطبيقه إذا علم بمضمونه³.

كما تبنى المشرع التونسي هذا الاتجاه بشكل صريح في الفصل (32) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، التي منحت الإمكانية للقاضي، وبشكل تلقائي، تقديم الدليل على محتوى القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد، وذلك في حدود معرفته به،

¹ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 146.

² - رحاوي أمينة "معاملة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد، 08 العدد، 2021، ص ص 360-361.

³ هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 160.

وفي فترة زمنية معقولة، مع الاستعانة بالخصوم عند الحاجة. وفي الحالات الأخرى، يتعين على الطرف الذي تستند دعواه إلى القانون الأجنبي إثبات محتواه. ويجب في جميع الأحوال الالتزام بمبدأ المواجهة¹.

ولم ينص المشرع الجزائري بشكل صريح على مسألة إثبات القانون الأجنبي، ولكن يمكن استنتاج موقفه منها ضمناً من خلال المادة (358/6) من قانون الإجراءات المدنية. حيث يتعين على القاضي الجزائري إثبات القانون الأجنبي في قضايا الأسرة. حيث أقر المشرع في هذا النص أن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة يتيح الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا. ومن الآثار الضمنية لذلك، يتضح التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي في قضايا الأسرة، مما يفرض على القاضي واجب البحث عن مضمون هذا القانون الأجنبي.

والجدير بالذكر أنه لا يوجد نظام محدد لإثبات القانون الأجنبي المختص، وفي الواقع، يعتمد القاضي على جميع وسائل الإثبات المتاحة، وغالباً ما يتم إثبات القانون الأجنبي من خلال تقديم نصوصه أو شهادة تثبت نصوصه تُعرف بالشهادة العرفية (CERTIFICA COUTUME)، والتي تصدر عن شخصيات مختصة مثل الدبلوماسيين والقناصل، أو حتى فقهاء القانون المتخصصين في القوانين الأجنبية، حيث يُعتبرون في هذه الحالة بمثابة خبراء يُسمح بالاستعانة بهم وفقاً لقواعد المرافعات².

ومع ذلك، تبقى جميع المعلومات المستخلصة من هذه الوسائل خاضعة لتقدير القاضي. كما يتم استبعاد وسيلتين هما الإقرار واليمين، حيث تُستخدمان في مسائل شخصية تتعلق بالخصوم، مما يتيح لهم الاطلاع عليها دون غيرهم، بينما يُعتبر القانون الأجنبي متاحاً للجميع بشكل عام. بالإضافة إلى ذلك، فإن مهمة القاضي تتمثل في

¹ - إذ تنص الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على "يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء. وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه."

² - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 219.

تطبيق القانون الأجنبي كما هو، وليس كما يرغب الخصوم في أن يكون من خلال الاتفاق عليه بالإقرار¹.

بغض النظر عن دور القاضي في إثبات القانون الأجنبي، فإن مهمته تنتهي إما بتطبيقه على النزاع المطروح، أو بعدم إمكانية تطبيقه لأسباب خارجة عن إرادته، وذلك بعد استنفاد جميع الوسائل المتاحة للعلم بمضمون القانون الأجنبي. وفي هذا السياق، وقع جدل واسع بين الفقهاء وتتنوع الآراء حول الحلول المقترحة في حال تعذر الوصول إلى أحكام القانون الأجنبي.

يمكن إجمال الحلول الفقهية المقترحة في ثلاثة اتجاهات رئيسية. الاتجاه الأول يقترح أن يقوم القاضي برفض الدعوى، بينما يرى الاتجاه الثاني بوجوب تطبيق قانون آخر، سواء كان ذلك المبادئ العامة المعمول بها في الدول المتمدنة أو القانون الذي يتشابه أكثر مع الأحكام المطلوبة من القانون الذي تعذر إثباته. أما الاتجاه الثالث فيرى ضرورة تطبيق قانون القاضي نفسه.

هذا الاتجاه الأخير هو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة (23 مكرر)² من القانون المدني، التي أكدت على تطبيق القانون الجزائري في الحالة التي يتعذر فيها إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق. وبالتالي، إذا استحال على القاضي الجزائري إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص بمنازعات إثبات الزواج المختلط، فإنه يعود إلى قانون الأسرة الجزائري ويطبق أحكامه على هذه العلاقة.

ومن المهم الإشارة في هذا السياق إلى أن تطبيق القانون الوطني يُعتبر حلاً احتياطياً لا يلجأ إليه كخيار سهل، حيث أن كلمة "تعذر" الواردة في نص المادة تشير إلى ضرورة استنفاد جميع الطرق والوسائل لإثبات مضمون القانون الأجنبي³.

البند الثاني: تفسير القانون الأجنبي المختص

² - عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 129.

² - تنص المادة 23 مكرر من القانون المدني على "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"

³ - أنظر، يمينة مومن، اعتبارات تطبيق قانون القاضي بين نظريتي تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، جامعة بن خلدون، تيارت، الجزائر، 2021-2022، ص 232.

عندما يقوم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، فإنه سيواجه إشكالات تتعلق بتفسير قواعد هذا القانون. فهل يعتمد القاضي نفس الأسلوب الذي يستخدمه في تفسير القوانين المحلية، أم يتبع منهجاً مختلفاً؟ وهل يمكن للمحكمة العليا أن تراقب الخطأ المحتمل في تفسير وتطبيق هذا القانون؟

أولاً: أسلوب تفسير القوانين الأجنبية.

تتباين الآراء حول هذه المسألة، حيث يعتقد بعض الفقهاء أنه يجب منح القاضي حرية كاملة في تفسير القانون الأجنبي، نظراً لأن هذا القانون قد امتزج مع القانون الوطني وأصبح جزءاً لا يتجزأ منه بعد أن قررت قواعد الإسناد الأخذ به. بينما توجد وجهة نظر أخرى تدعو إلى تفسير القانون الأجنبي بناءً على المفاهيم والظروف التي تم تطبيقه فيها في الدولة التي صدر عنها. وفي هذه الحالة، يتعين على القاضي الالتزام بقرارات المحاكم واتجاهات الفقه في الدولة التي يُراد تطبيق قانونها مع تقرير حرية نسبية في التفسير في حال عدم استقرار القضاء الأجنبي على تفسير معين¹.

وهو التوجه الراجح فقها وقضاء وقد تبنته محكمة العدل الدولية، حيث قضت بوجوب اعتماد التفسير القضائي المعتمد في الدولة التي تطبق المحكمة قانونها على الوقائع المتعلقة بالنزاع الدولي المعروض أمامها².

وقد تبني القانون التونسي هذا التوجه بشكل صريح من خلال الفصل (34) من مجلة القانون الدولي الخاص التي نصت على: "يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه"³.

وفي القانون الجزائري، لا يوجد نص يحدد كيفية تفسير القانون الأجنبي. ومع ذلك، يتفق الفقهاء في الجزائر على ضرورة أن يقوم القاضي الجزائري بتفسير القانون الأجنبي وفقاً للمبادئ القانونية المعمول بها في ذلك النظام القانوني، وكما هو مستقر في الاجتهاد القضائي هناك. إذ أن أي قول بخلاف ذلك قد يؤدي إلى تشويه القانون الأجنبي⁴.

¹ - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 174.

² - نادية فضيل، مرجع سابق، ص 92.

³ - المادة 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

⁴ - أنظر، الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 265، موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 229، كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 128.

ونحن بدورنا نميل إلى هذا الرأي القائل بتفسير القانون الأجنبي وفق التفسير السائد في الدولة التي صدر عنها، وندعو المحاكم إلى اتباعه، لأنه من غير المقبول أن تقوم محكمة بتطبيق قانون دولة أجنبية وتخالف في تفسيرها لهذا القانون ما توصلت إليه المحكمة العليا في تلك الدولة. فمن المستبعد أن تكون محكمة القاضي الوطني أكثر دقة في تفسير قانون دولة أجنبية، من التفسير المعطى له بالفعل من قبل محاكمها بكافة درجاتها بالخصوص في حالة وجود اجتهاد قضائي حول المسألة من طرف المحكمة العليا في الدولة الأجنبية.

ولكن قد يخطئ القاضي وهو بصدد تفسير وتطبيق القانون الأجنبي، فهل يخضع لرقابة المحكمة العليا؟

ثانياً:- رقابة المحكمة القانون على تفسير القانون الأجنبي.

يجب التمييز بين الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد والخطأ في تطبيق القانون الأجنبي. إذ يتفق الفقهاء تقريباً على أن أي مخالفة لقاعدة الإسناد أو خطأ في تطبيقها أو تفسيرها يخضع لرقابة المحكمة العليا، حيث يُعتبر ذلك خطأ في تطبيق القانون الوطني. على سبيل المثال، إذا قام القاضي الجزائري بتطبيق قانون الموطن على منازعات انعقاد الزواج بدلاً من قانون جنسية الزوجين كما تحدده قاعدة الإسناد في المادة (11) من القانون المدني، فإن ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون الوطني. كما أن المحكمة العليا تمارس رقابتها على كيفية تكيف القاضي للمسائل المعروضة عليه. فعلى سبيل المثال، يعتبر المشرع الجزائري موانع الزواج ضمن الشروط الموضوعية للزواج، وإذا قام القاضي بإدراجها ضمن الشروط الشكلية، فإن ذلك يُعتبر خطأ في التكيف يستدعي تدخل المحكمة العليا.

وقد تجسدت هذه الرقابة في محكمة النقض الفرنسية التي قامت بتمديد رقابتها على تكيف العلاقة القانونية محل النزاع¹.

أما الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي فهو محل خلاف في القانون المقارن، حيث يختلف الرأي حول ما إذا كان يجب أن تخضع هذه المسألة لرقابة محكمة القانون أم لا. ومرد هذا الاختلاف كيفية تعامل الدول مع القوانين الأجنبية. ويتنازع هذه المسألة

¹ - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 104. ؛ محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 242.

اتجاهين، الأول يرفض مد رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي، بينما الثاني يؤكد على ضرورة فرض هذه الرقابة.

حيث يوجد اتجاه في الفقه يعتبر أن تطبيق قواعد القانون الأجنبي لا يندرج ضمن نطاق رقابة المحكمة العليا. ويؤكد هذا الاتجاه على ضرورة رفض هذه الرقابة، مستنداً إلى أن ذلك يتعارض مع وظيفة المحكمة العليا في توحيد الاجتهاد القضائي الوطني، حيث يصعب عليها عملياً القيام بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية¹. ومن الدول التي تأخذ بهذا التوجه: بلجيكا، هولندا، سويسرا، ومعظم قضاء الدول الأوروبية².

وبهذا الخصوص رفض القضاء الألماني منح المحكمة العليا أي سلطة رقابية على تطبيق القوانين الأجنبية، واتبعت هذا الموقف كل من المحاكم الإسبانية والهولندية، بالإضافة إلى بعض الدول العربية مثل سوريا ولبنان، الذي رفضت محكمة النقض فيه ممارسة رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية حسب قرار لها بتاريخ: 1975/05/20³.

على الرغم من أن هذا الاتجاه سعى لتخفيف العبء عن المحكمة العليا، إلا أنه يتيح لقضاة الموضوع تفسير القانون الأجنبي بناء على أهوائهم، وهم متأكدون مسبقاً من عدم خضوع أحكامهم لرقابة محكمة القانون⁴.

وقد حاول هذا التوجه التقليل من صرامته في رفض رقابة محكمة القانون على تطبيق القانون الأجنبي، حيث قدم بعض التخفيفات، سمح من خلالها للمحكمة بمراقبة أي مسخ أو تشويه للقانون الأجنبي المختص في حال انحرف قضاة الموضوع عن المعنى الحقيقي والواضح لنصوص هذا القانون، حيث يُعتبر ذلك في النهاية خرقاً لقاعدة الإسناد الوطنية التي تفرض تطبيقه⁵.

¹ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 175.

² -- محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 244

³ - حيث جاء فيه "إن المحكمة العليا في الدولة لا تراقب إلا تفسير القوانين الوطنية وتطبيقها، ولا شأن لها بمراقبة وتفسير القوانين الأجنبية"، محكمة النقض اللبنانية، بتاريخ: 1957/05/20، نقلاً عن، عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 113

⁴ - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 265.

⁵ - كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 145

وقد تجلّى هذا الأمر في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 نوفمبر 1961، حيث نقضت المحكمة قراراً لمحكمة الموضوع بسبب تجاهلها وتشويهها للمعنى الواضح للقانون الأجنبي¹.

كما خففت المحكمة من الرفض المطلق للرقابة من خلال بعض الآليات الأخرى، مثل مراقبة التسبب عندما يقدم الأطراف القانون الأجنبي كوسيلة لدعم طلباتهم، مما يمنح المحكمة قدرًا من الرقابة، بالإضافة إلى ذلك، يمكن للمحكمة العليا ممارسة رقابتها من خلال التأكد من احترام مبدأ الوجاهية في الدعوى بين الخصوم. وقد أكدت محكمة التمييز في لبنان على هذه الأوضاع من خلال مراقبتها لتفسير القانون عبر رقابة التعليل².

وعلى عكس الرأي السابق، يرى رأي فقهي آخر بضرورة خضوع الخطأ في تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية لرقابة المحكمة العليا. وهو ما يتماشى مع الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي. وحسبهم، فإن منح المحكمة العليا سلطة مراقبة تطبيق قاعدة الإسناد يجب أن يتبعه منحها رقابة أخرى على تطبيق القانون الأجنبي لضمان مراقبة شاملة، لتكون الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد ذات قيمة فعلية حقيقية³.

لأن في ممارسة المحكمة العليا لرقابتها على تفسير القانون، ينبغي أن يشمل القانون الوطني أو الأجنبي، لأن القانون الوطني هو الذي أشار إلى تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لقواعد الإسناد. لذا، من الضروري أن تترافق رقابة تطبيق قاعدة الإسناد مع رقابة تطبيق القانون الأجنبي لتحقيق الهدف المنشود من الرقابة على قاعدة الإسناد⁴.

وقد تجسد هذا الرأي في تشريعات عدة دول، مثل إيطاليا وتركيا واليونان، حيث ورد في المادة (559) من قانون مرافعاتها الصادر في 1971/11/01، وكذلك في القانون الدولي الخاص السويسري⁵.

¹ - محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ: 1961/11/21، نقلا عن، كمال عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 145

² - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 547.

³ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 457.

⁴ - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 547.

⁵ - محمد وليد المصري، مرجع سابق،

وفيما يتعلق بالقوانين العربية، نجد أن المشرع التونسي قد نص في الفصل (34) الفقرة الثانية من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي صراحة على أن تأويل القانون الأجنبي يخضع لرقابة محكمة التعقيب¹.

وعند مراجعة النصوص التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة في التشريع الجزائري لا نجد سوى ما ورد في الفقرة السادسة من المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تشير إلى أن مخالفة القانون الأجنبي في مسائل الأسرة يعد سبباً من أسباب الطعن بالنقض، حيث تتولى المحكمة العليا مراقبة تطبيق هذا القانون.

ويتضح من خلال هذا النص أن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المختص في مسائل الأسرة يشكل وسيلة للطعن أمام المحكمة العليا. ومن ثم فإن الخطأ في تطبيق وتفسير القانون واجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط بشكل خاص وعلى العلاقات الأسرية بشكل عام، يخضع لرقابة المحكمة العليا، حيث يساوي المشرع بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي المتعلق بالأسرة من خلال تشديد الرقابة على القضايا المتعلقة بالأسرة لارتباطها بالنظام العام².

وخلاصة لما سبق، فإن عملية إثبات وتفسير القانون الأجنبي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بطبيعة المعاملة التي يتلقاها أمام القضاء الوطني. وسواء تم التعامل معه كقانون أو كوقائع، قد يقوم القاضي الوطني باستبعاد تطبيق هذا القانون في حالات معينة وهو ما سنتبعه بالدراسة والتحليل من خلال المبحث الموالي.

المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القواعد الموضوعية في القانون

الأجنبي المختص

إن سعي القاضي الوطني لإثبات مضمون القانون الأجنبي المشار إليه في قواعد الإسناد في قانونه لا يعني بالضرورة أنه مرجع الفصل في النزاع المعروض أمامه. فقد يتضح له عند التعرف على مضمون هذا القانون أن أحكامه تتعارض مع المبادئ الأساسية والقيم الجوهرية التي يقوم عليها نظام مجتمعه. كما يمكن أن يتبين له قبل

¹ -تنص الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على " . . . و يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب. "

² - كمال عليوش كربوع، مرجع سابق، ص 148.

الاطلاع على مضمون هذا القانون أن الاختصاص قد تم تثبيته من خلال تحايل أطراف العلاقة على قاعدة الإسناد الوطنية. في هاتين الحالتين، يتعين على القاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي واستبداله بقانون آخر. بناءً على ذلك، سيتم تخصيص المطلب الأول للدفع بالنظام العام، بينما سيخصص المطلب الثاني للغش نحو القانون.

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص

عندما قرر المشرع الوطني إمكانية تطبيق القانون الأجنبي على العلاقات الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً، فذلك يرجع إلى تقديره أن هذا القانون هو الأكثر ارتباطاً بتلك العلاقات وأنه الأنسب لحكمها، ولا يعني ذلك أن المشرع الوطني قد منح القانون الأجنبي تفويضاً مطلقاً لتطبيقه في جميع الحالات. فإذا تعارضت أحكام القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي، فإنه سيتم استبعاد تطبيقه استناداً إلى مبدأ النظام العام. فما هو النظام العام؟ وما هي الشروط اللازمة للدفع به؟ وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟

الفرع الأول: مفهوم الدفع النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام من المفاهيم الأساسية في علم القانون بشكل عام. في إطار القانون الداخلي بمختلف فروعها، توجد قواعد قانونية آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها، حيث تتعلق هذه القواعد بالنظام العام. يُعتبر النظام العام قيداً على إرادة الأطراف، ويترافق مع القاعدة القانونية لتحقيق فعاليتها وأهدافها. يهدف النظام العام إلى حماية المبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها المجتمع¹.

أما في إطار قانون العلاقات الخاصة الدولية أو القانون الدولي الخاص، يسعى النظام العام لتحقيق نفس الهدف ولكن بطرق مختلفة. ففي القانون الداخلي، يركز النظام العام بشكل أكبر على القواعد القانونية الوطنية، بينما في قانون العلاقات الخاصة الدولية ونظرية تنازع القوانين، يتم تحقيق هذا الهدف من خلال الاعتراض على تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي الذي يجب تطبيقه وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية²، وذلك عندما

¹ هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 188.

² - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 168.

تتعارض هذه الأحكام مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي. وبالتالي، يُعتبر النظام العام رقيباً على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق¹، بينما يختلف النظام العام في القانون الداخلي.

البند الأول: تعريف النظام العام

إن البحث عن تعريف دقيق للنظام العام أمر في غاية الصعوبة، بالنظر لاتسام هذه الفكرة بالتغير والتطور، والاختلاف من مكان لآخر واختلافها في البلد نفسه من زمن لآخر. ضف إلى ذلك، فإن النظام يعد فكرة وطنية خالصة ترتبط بكل دولة على حدة. وبالتالي، فإن مفهوم النظام العام يعتبر نسبياً ويختلف باختلاف التيارات الفكرية والاقتصادية والسياسية التي تؤثر في المجتمع. كما أن هذا المفهوم يتسع أو يضيق بناءً على مدى تدخل الدولة في العلاقات الاجتماعية².

وهذه الأسباب وغيرها حالت دون قدرة الفقه والقضاء على وضع تعريف دقيق لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، على الرغم من الدور الذي تلعبه هذه الفكرة، وظيفتها كحارس يحمي قيم ومصالح المجتمع أي انتهاك.

مما أفرز محاولات عديدة لوضع تعاريف فقهية خاصة بالنظام العام في نطاق تنازع القوانين.

فعرف أحد الباحثين البريطانيين النظام العام "بأنه المبدأ الذي يستدعي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الحالات التي يتعارض فيها تطبيقه مع سياسة القانون الإنجليزي أو مع قواعد الآداب العامة المعمول بها في إنجلترا، أو عندما يتناقض مع ضرورة الحفاظ على النظم السياسية في البلاد"³

كما يعرف بعض الكتاب الفرنسيين النظام العام بأنه "مبادئ ذات قيمة دولية مطلقة، تشمل كل ما يتعلق بالقانون الطبيعي، مثل حظر الرق والتمييز العنصري. كما تتضمن ما تم تضمينه في الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان، التي تؤكد على

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص، 602.

² - غالب الداودي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 240.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية مرجع سابق، ص. 247

أبسط حقوق الإنسان. وبالتالي، فإنها تشمل جميع المبادئ التي تهدف إلى حماية الأسس السياسية والاجتماعية للحضارة الفرنسية، مثل العلمانية ومنع تعدد الزوجات¹. ويعرفه الفقه المصري بأنه: "صمام الأمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع"² ومن التعريفات القضائية التعريف الذي أورده القضاء المصري أن النظام العام يتجلى في "القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي والمادي والمعنوي لمجتمع منظم، حيث تتفوق على مصالح الأفراد"³.

ويمكننا أن نحاول وضع تعريف للدفع بالنظام العام بأنه "دفع موضوعي بموجبه يعطل القاضي الوطني العمل بقاعدة الإسناد الوطنية حين ترشد إلى تطبيق قانون أجنبي وتكون أحكامه متعارضة مع قيم ومبادئ مجتمعه ويطبق بدله قانونه الوطني" ويشترط للتمسك بالدفع بالنظام العام أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، وأن تكون القواعد الموضوعية فيه مخالفة للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي، وأن تكون مخالفة للنظام العام آنية أي وقت رفع الدعوى.

البند الثاني: خصائص الدفع النظام العام

يتميز الدفع بالنظام العام، كأداة يتعطل بواسطته العمل بقاعدة الإسناد ويُستبعد باسمه القانون الأجنبي المختص المعين من قبل قاعدة التنازع الوطنية بجملة من الخصائص نوردتها كما يلي:

أولاً: تميز فكرة النظام العام بالصفة الوطنية والوقتية

إن النظام العام الذي يستبعد بموجبه تطبيق القانون الأجنبي هو النظام العام الوطني، أي النظام العام في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع. يهدف هذا النظام إلى حماية الأوضاع الأساسية والمبادئ الجوهرية السائدة في الإطار القانوني الوطني. وبالتالي، فهو نظام وطني بحت، يختلف من دولة لأخرى، بل وحتى بين الدول التي

¹ Daniel GUTMANN ,optic,p105.

² - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 186

³ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 253.

تشارك في تقاليد ومعتقدات معينة¹. بناءً على ذلك، يظل النظام العام متميزًا بخصائصه الوطنية، ويتغير مفهومه من مجتمع إلى آخر.

وليس صحيحًا وجود نظام عام دولي مشترك بين الدول وما وجود بعض المبادئ في القانون الدولي العام، مثل مكافحة الرق والعبودية والقرصنة والجريمة المنظمة، إلا لمواجهة الآفات المهددة للقيم العليا الإنسانية فمن الصعب توحيد العالم وفرض وجود مجتمع واحد موحد في معتقداته وتقاليدته وطموحاته².

وبالنظر لنسبية النظام العام فإن وقت تقديره، يثير إشكالا مفاده هل يتم تقدير مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام وقت نشوء المركز القانوني أم لحظة الفصل في الدعوى؟.

الفقه مستقر على أن القاضي يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته وقت فصله في الدعوى³.

وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بمناسبة تعريفها للنظام العام جاء فيه: " تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل وقت في فرنسا" ومن ثم فإن تحديد دائرة النظام العام يكون في مجتمع معين وفي جيل معين وفي الوقت الذي يفصل فيه القضاء في النزاع، وهو ما يطلق عليه بحالية أو آنية أو وقتية النظام العام⁴.

ثانيا: الدفع بالنظام العام نظام قضائي واستثنائي

تؤدي مرونة النظام العام وسرعة تطوره إلى صعوبة في تحديد الحالات التي يجب على القاضي فيها تفعيل الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي. وهذا يمنح القاضي سلطة تقديرية لتحديد مدى تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام في بلده، وذلك وفقًا لكل قضية على حدة. ومع ذلك، فإن هذه السلطة ليست مطلقة، بل هي

¹ فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 143

² - الطيب زوروتي، لقانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 276.

³ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص143.

⁴ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 533.

مقيدة وتخضع لرقابة المحكمة العليا، نظرًا لأن الأمر يتعلق بمسألة قانونية تؤدي إلى تعطيل قاعدة إسناد وطنية¹.

ونظرًا لأن القاضي لا يستخدم الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي في كل حالة تتعارض فيها أحكامه مع أحكام قانونه الوطني، فإن ذلك يجعل من النظام العام أداة استثنائية تُستخدم فقط في نطاق محدود، يتحدد بمدى تأثيره على المصالح الحيوية لمجتمعه².

ثالثًا: الدفع بالنظام العام دفع موضوعي:

حيث يوجه هذا الدفع إلى مضمون القانون الأجنبي، فيتم من خلاله استبعاد الأحكام الموضوعية فيه عندما تتعارض مع قانون القاضي ويصل هذا الاختلاف إلى درجة من التنافر والتباعد، مما يهدد الأمن الاجتماعي وبناء الدولة³.

لأنه عندما يضع المشرع الوطني قواعد الإسناد، يأخذ في اعتباره الفروق بين قانونه والقوانين الأجنبية التي قد تشير إليها قواعد تنازع القوانين. فهو يسمح بتطبيق هذه القوانين في إطار التعايش بين الأنظمة القانونية، مدرِّكًا أن مضمونها قد لا يتطابق تمامًا مع قانونه، ويفترض وجود حد أدنى من التوافق القانوني. ومع ذلك، إذا بلغ الاختلاف درجة التنافر، يصبح من الضروري تدخل النظام العام كوسيلة لحماية المجتمع من المخاطر، مما يستدعي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي⁴.

رابعًا: الدفع بالنظام العام ذو طابع حمائي

تعتبر فكرة النظام العام في جوهرها فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق هدف محدد، ولا يمكن ضبطها إلا من خلال هذا الهدف. لذا يوصف بأنه صمام الأمان الذي من خلاله تتم مراقبة القوانين وتقييمها، قبل منحها تأشيرة الدخول إلى بلد القاضي، وذلك لفحص الاختلافات الجوهرية التي قد تتعارض مع المصالح الأساسية للدولة. فهذا هو الدور الحمائي للنظام العام الهادف إلى حماية هذه المصالح. وفي إطار هذه الحماية، يتم تقييم تعارض المسألة للنظام العام بعد نشوب النزاع بشأنها أمام القضاء. ومن هنا يتضح أن

¹ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. 146

² - عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 136.

³ - فؤاد عبدالمنعم رياض، وسامية راشد، مرجع سابق، ص 149.

⁴ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 525.

المشرع لم يعتبر هذه المسألة من الاختصاص الأجنبي، وبالتالي كان عليه أن يحميها من التطبيق الأجنبي الذي قد يؤدي إلى تغيير الأوضاع القانونية السائدة في المجتمع¹.

خامسا: الدفع بالنظام العام ذو طابع احتياطي

يعد تدخل النظام العام للحيلولة دون تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعات الدولية الخاصة في حقيقته تدخل احتياطي، لارتباط أعمال هذا الدفع بشكل أساسي بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية المزدوجة، التي تنص على تطبيق القانون الأجنبي المختص، فعندما تتعارض أحكامه مع الأسس والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي يتدخل النظام العام ويستبعد باسمه تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية².

ومن ثم، فإن دور النظام العام في هذه الحالة يتمثل في حماية هذه الأسس والمبادئ بشكل احتياطي. على عكس النظام العام الوقائي³ الذي يكون دوره عدم وصول القانون الأجنبي إلى تلك الأسس، مما يمنح قانون القاضي في تلك الظروف اختصاص أصلي ومباشر، يشمل المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية. بينما يقتصر نطاق الحماية في ظل النظام العام الدفعي على المجال الاجتماعي فقط⁴.

البند الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

إذا تبين للقاضي أن هناك تعارضاً بين الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي المختص والمبادئ الأساسية في القانون الوطني، فإنه يتعين عليه تفعيل آلية الدفع بالنظام العام لحماية القيم العليا والمبادئ الأخلاقية والدينية لمجتمعه، مما يمنع تطبيق القواعد المتعارضة مع قانون القاضي فالسؤال هل يكون للنظام العام نفس الدور في علاقات تنشأ خارج محيط دولة قاضي النزاع، فكمثال إذا كان القانون الفرنسي يمنع تطبيق قانون جنسية الزوجين الذي يبيح تعدد الزوجات فهل يعترف هذا القانون بالزواج بأكثر من واحدة إذا تم خارج فرنسا وأريد الاحتجاج بآثاره في فرنسا؟.

¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص356.

² - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص128.

³ النظام العام الوقائي المتمثل في قوانين البوليس حيث يطبق قانون القاضي بصفة أصلية.

⁴ - حسام الدين فتحي انصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، ط، 1 دار النهضة العربية، القاهرة، مصر. ص464.

يجيب الفقه الغالب عن ذلك بوجود التمييز بين نشوء الحق وآثاره عند إنشاء علاقة قانونية جديدة تتعارض في ذاتها مع النظام العام، وبين تطبيقه فيما يتعلق بالآثار والحقوق المترتبة على علاقة نشأت أصلاً في الخارج.

أولاً: أثر الدفع بالنظام العام على العلاقة المراد إنشاؤها في دولة القاضي.

يرتب على إعمال الدفع بالنظام بالنسبة للمراكز القانونية المراد إنشاؤها في دولة القاضي أثرين:

1- أثر النظام العام السلبي:

عندما يتعارض تطبيق قانون أجنبي مع النظام العام لدولة القاضي، يتعين على القاضي حينها منع تطبيق هذا القانون على النزاع المعروض أمامه، وهو ما يُعرف بالأثر السلبي¹، ويجد نموذجاً لهذا الأثر في حالة امتناع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي الذي يسمح بزواج المسلمة من غير المسلم. غير أن هذا الأثر يطرح تساؤلات حول مدى استبعاد القانون الأجنبي، هل يشمل القانون بأكمله أم يقتصر الاستبعاد فقط على الجزء الذي يتعارض فعلياً مع النظام العام لدولة القاضي؟.

حيث يرى جانب من الفقه ضرورة استبعاد القانون الأجنبي بكامله، لأن الاستبعاد الجزئي لهذا القانون قد يؤدي إلى تشويهه ومخالفة إرادة مشرعه، بالإضافة إلى أن هذا الاستبعاد يتعارض مع متطلبات قاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى التطبيق الكلي لقواعد القانون الأجنبي، وهو ما لا يمكن تحقيقه من خلال الاستبعاد الجزئي².

في حين، يتبنى الرأي السائد في الفقه اليوم، مدعماً بأحكام القضاء³، إلى اقتصار الدفع بالنظام العام على الجزء المخالف فقط، مع السماح بتطبيق الأجزاء الأخرى التي لا تتعارض مع هذا النظام لأن الغرض من استخدام آلية الدفع بالنظام العام ليس الحكم على القانون الأجنبي بحد ذاته، بل هو استبعاد النتائج التي تمنع اندماج القواعد الأجنبية مع النظام القانوني الوطني⁴، فإذا تمكنا من تحديد نطاق هذا التناظر بين القوانين وتفاذي

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 176.

² - صلاح الدين جمال الدين، : تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 190.

³ --لقد أقر القضاء الفرنسي هذا الحل في العديد من القضايا، ومن أبرزها قضية "قيال"، حيث استبعدت محكمة النقض تطبيق القانون الألماني المتعلق بطرق إثبات النسب الطبيعي بسبب مخالفته للنظام العام. ومع ذلك، قامت المحكمة بتطبيق باقي أحكام هذا القانون فيما يتعلق بآثار النسب، لعدم ثبوت أي تناقض بشأنها.

⁴ Y Loussouarn et autres, Droit International Privé, éd 10, Dalloz, France, 2013, P37.

نتائج المتعارضة مع النظام العام، فلا حاجة بعد ذلك لمنع تطبيق الأجزاء الأخرى من القانون الأجنبي، طالما أنها لا تتصل بهذا التصادم والتعارض، مما يضمن للقانون الأجنبي مستوى عالٍ من الفاعلية والتطبيق، ويعكس الاحترام الواجب لقاعدة الإسناد الوطنية التي أقرته¹.

2 - أثر الدفع بالنظام العام الإيجابي:

قد لا يقتصر أثر مبدأ الدفع بالنظام العام على استبعاد تطبيق قواعد القانون الأجنبي وتعطيل أحكامها فحسب، بل يتطلب أيضًا النظر في القانون البديل الذي يحكم مسألة التنازع المعروضة أمام القضاء، وذلك لتفادي الفراغ القانوني الناتج عن ذلك وهو ما يُعرف بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام². فعندما تُعرض على القاضي مسألة زواج بين أجنبيين يمنع قانونهما الوطني هذا الزواج بسبب التمييز العنصري، يكون القاضي ملزمًا باستبعاد تطبيق هذا القانون نظرًا لمخالفته للنظام العام، ليحل محله القانون الوطني الذي يسمح بهذا الزواج. وهذا هو الجانب الإيجابي لأثر النظام العام³.

وعادةً ما يترافق الأثران السلبي والإيجابي في التطبيق القضائي بشكل واضح، إلا أن الأثر الإيجابي قد يكون أقل وضوحًا في بعض الحالات، مما يجعل من الصعب تمييزه في قضايا التنازع التي قد تبدو للوهلة الأولى أن تأثير النظام العام فيها يقتصر على الجانب السلبي فقط. على سبيل المثال، في حالة النزاع حول زواج مسلمة من أجنبي غير مسلم، قد يُعتقد أن دور القاضي يقتصر على رفض مثل هذه الزيجة لمخالفتها لأصول النظام العام الأسري الجزائري. ومع ذلك، تكشف الحقيقة أن هذا الدفع له أبعاد أعمق تتمثل في التطبيق الفعلي للقانون الجزائري الذي يمنع هذا الزواج⁴.

وقد كان المشرع الجزائري سابقًا يقتصر على الأثر السلبي للدفع بالنظام حيث كانت الصياغة القديمة للمادة 24 من القانون المدني تقضي بعدم جواز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفًا للنظام العام أو الآداب في الجزائر، و بعد تعديله للقانون المدني

¹ غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص 151. ، سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، عدد 43، سنة 2010، العراق، ص 95.

² - Y- Loussouarn et autre; op. cit, P 372.

³ - غالب علي الداوودي مرجع سابق، ص 151

⁴ - بلقاسم أعرب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 180.

بموجب القانون 05-10 تم معالجة هذا النقص، الذي كان يترك العلاقات القانونية بلا إطار يحكمها، من خلال إدخال الأثر الإيجابي في الصياغة الجديدة للمادة (24) من القانون المدني من خلال إضافة الفقرة الجديدة التي تحدد القانون الواجب التطبيق عند تفعيل آلية الدفع بالنظام العام، والتي قضت بأنه يتم تطبيق القانون الجزائري بدلاً من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة¹.

ثانياً: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للتمسك بآثار الحق المكتسب في الخارج

واجه مبدأ تأثير النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص، انتقاد شديد من طرف بعض الفقهاء الذين اعتبروه أداة مرنة وغير مضبوطة بيد القاضي لاستبعاد أي قانون يراه غير متوافق مع المبادئ الأساسية لمجتمعه، مما يؤدي إلى استبداله بالقانون الوطني، تخفيفاً لوطأة النظام العام المطلقة والمفتوحة، استقر الفقه اليوم على قبول بعض التسامح والتساهل مع الحالات التي يُراد فيها ترتيب آثار معينة لمركز قانوني مخالف للنظام العام نشأ خارج دولة القاضي، وهو ما يُعرف بالأثر المخفف للنظام العام.

ويعني الأثر المخفف للنظام العام ضرورة احترام الحقوق المكتسبة للمراكز القانونية التي نشأت بالفعل تحت قانون أجنبي، رغم أنها قد تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، إلا أنه يمكن الاعتراف بالآثار التي ترتب عنها².

وبناءً على ذلك، إذا كان النظام العام لقانون قاضي النزاع يمنع نشوء الحق داخل إقليم دولته، فلا يوجد ما يمنع من الاعتراف بآثار هذا الحق إذا نشأ في دولة أخرى (خارج دولة قاضي النزاع). على سبيل المثال، يمنع القانون الفرنسي تعدد الزوجات، ولكن يمكن الاعتراف بآثار الزواج المتعدد إذا تم عقده خارج فرنسا ورغبت الأطراف في الاعتراف بآثاره داخل فرنسا (مثل البنوة والميراث وغيرها)³.

ومن ثم، فإن تلطيف الدفع بالنظام العام يتماشى مع الطابع النسبي الذي يميز هذا النظام. فلا يوجد سبب وجيه لتفعيل الدفع بالنظام العام فيما يتعلق بمراكز قانونية نشأت

¹ - تنص المادة 24 من القانون المدني على: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة "

² - غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص 148.

³ بلقاسم أعرب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 180.

خارج دولة القاضي، مما يستدعي منه دراسة مدى توافقها أو تعارضها مع الثوابت والمبادئ الأساسية للقانون الوطني. فهذه المراكز ليست لها صلة وثيقة بالنظام العام لدولة القاضي، الذي ينبغي عليه بدلاً من ذلك أن يركز تقييمه على آثار هذه المراكز والحقوق المكتسبة منها، فهي الوحيدة التي تمتد إلى دولة القاضي¹. لأن الاعتراف بالعلاقات القانونية والمراكز التي تنشأ في الخارج لا يعدو كونه تكلفة بسيطة على الصعيدين الأدبي والاجتماعي، مقابل تحقيق استقرار العلاقات وضمان حرية الحركة الفردية على المستوى الدولي².

الفرع الثاني: مدى تدخل النظام العام في مسائل إثبات الزواج

تعتمد الدول الإسلامية ومنها الجزائر مبادئ الشريعة الإسلامية كمرجع أساسي في قانون الأسرة وهي المحدد الأساسي للنظام العام الأسري، وتعتبر رابطة الزواج مجالاً خصباً لتدخل النظام، إذ إنها ليست مجرد رابطة قانونية بل هي أيضاً رابطة اجتماعية تحمل أبعاداً أخلاقية ودينية.

إن الاختلاف في الأحكام القانونية المتعلقة بمؤسسة الزواج ينجم عنه في أغلب الأحيان تعارض هذه القوانين مع بعضها، مما يعيق تطبيق القوانين الأجنبية خاصة بين الأنظمة التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية - ومنها التشريع الجزائري - والأنظمة العلمانية.

وكما رأينا سابقاً فإن شروط عقد الزواج تنقسم إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية ولكل منها قانون يحكمها، وتعتبر الشروط الموضوعية أساس عقد الزواج في كل الأنظمة القانونية، حيث تُعد من العناصر الأساسية التي تمنح عقد الزواج صفة الشرعية وتوفر له القوة اللازمة لنفاذ آثاره القانونية. وقد اعترفت كل الأنظمة بخطورة الدور الذي تلعبه هذه الشروط، مما دفعها إلى إدراجها ضمن فئة الحقوق الخاصة المتعلقة بالنظام العام. هذه الحقوق محمية بقواعد آمرة لا يمكن خرقها أو انتهاكها، حتى في حالة وجود قواعد أجنبية واجبة التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد لدولة القاضي³.

¹ - فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، مرجع سابق، ص 157.

² - G. Daniel, Droit International Privé, op. cit., p120

³ - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 248.

وعليه، يستبعد القانون الأجنبي في حال تعارضه مع النظام العام الجزائري، خاصة عندما يخالف أحد الأركان أو شروط صحة عقد الزواج وفقاً لقانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية. فيتم استبعاد القوانين التي تسمح بالزواج دون رضا الطرفين، أو التي تتم تحت الإكراه أو التدليس، أو التي تتيح الزواج بين المسلمين دون وجود ولي أو شهود¹.

كما يستبعد باسم النظام، عند إبرام عقد الزواج، الموانع المؤقتة والمؤبدة. لذا، يتم استبعاد القانون الأجنبي المختص، في حال كان يجيز الزواج بين المسلمين خلال فترة العدة، أو يسمح بزواج المحارم²، أو يجيز زواج المسلمة من غير المسلم. فإن هذا الزواج يُعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح أو الفاسد³. وفي حكمين صادرين في 13/05/1952 و 06/10/1953 قضت محكمة القاهرة الابتدائية في الأول ببطلان زواج إسرائيلية مسلمة مع بريطاني مسيحي وفي الثاني حكمت ببطلان زواج تركية مسلمة من بريطاني مسيحي لمخالفتها هذا الزواج للنظام العام في مصر⁴.

كما يعتبر الشرط الوارد في بعض القوانين الأجنبية الذي يحظر زواج المسلم من الكتابية مخالفاً للنظام العام في الدول الإسلامية. فشرعاً، يُسمح للمسلم بالزواج من مسيحية أو يهودية، لكنه لا يسمح له بالزواج بمن لا تدين بدين سماوي. وتأسيساً على ذلك، اعتبر القضاء المصري أن الزواج الذي تم بين مسلم إنجليزي وامرأة يونانية مسيحية هو زواج صحيح، وأن ما ينص عليه القانون اليوناني من حظر لهذا الزواج يتعارض مع النظام العام في مصر⁵.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2004، ص 62.

² - محمد حمدي بهنيس، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقة غير العقدية، المجلة القانونية الاقتصادية، جامعة الزقازيق، عدد 15، سنة 2004، مصر، ص 139.

³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 57.

⁴ - حكما محكمة القاهرة الابتدائية الصادر بتاريخ 13/05/1952 و 06/10/1953 مقتبساً عن، عاكشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 300.

⁵ - حكم رقم 19، منشور في مجلة التشريع والقضاء المصرية، عدد 01، ص 357، نقلاً عن، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 140.

ويستبعد القانون الأجنبي الذي ينص على منع الزواج بين الأقارب، ومن ثم قضت، محكمة النقض المصرية بأن زواج الرجل من ابنة خالته لا يعد مخالفاً للنظام العام في مصر¹.

كما سوف يدفع القاضي في الجزائر بالنظام العام للحيلولة دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يسمح بزواج بين مثلي الجنس²؛ فهذا النوع من الزواج محرم شرعا وممنوعا قانونا لما ينطوي عليه من تعدي على أسس الأسرة الطبيعية التي تعترف بها أغلب الدول الإسلامية ويشكل تعديا على الخصوصيات الدينية.

وعموما، في الجزائر، التي تستمد أحكام الزواج من الشريعة الإسلامية، سوف يتجه القاضي إلى استبعاد القوانين الأجنبية التي قد تمس بحقوق المسلمين، بغض النظر عن جنسيتهم. على اعتبار أن القواعد والأحكام المتعلقة بحماية حقوق المسلمين من المبادئ الأساسية التي يجب الحفاظ عليها وحمايتها. وبالتالي، يتم استبعاد أي قانون أجنبي يتعارض مع ما هو جائز ومباح وفقاً للشريعة الإسلامية، مثل القوانين التي تمنع تعدد الزوجات³.

وفي هذا السياق، قام القضاء المصري باستبعاد القانونين الإنجليزي واليوناني بسبب منعهم لتعدد الزوجات، وأقر بصحة الزواج الثاني الذي تم بين زوج إنجليزي مسلم وزوجته الثانية اليونانية⁴.

كما يتدخل النظام العام أيضا لاستبعاد القوانين الأجنبية التي يتعارض تطبيقها مع مبادئ الحرية والمساواة⁵. فيتم استبعاد القوانين التي تفرض موانعا للزواج لاعتبارات عرقية

¹ - حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 12/04/1972، نقلا عن، إبراهيم محمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، دون دار نشر، 1997، ص 222.

² - محمود وليد المصري، مرجع سابق، ص 134

³ - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 65.

⁴ - حكم رقم 19، منشور في مجلة التشريع والقضاء المصرية، عدد 01، ص 357، نقلا عن، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 140.

⁵ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 268.

أو عنصرية، مثل اختلاف اللون أو الجنس أو بسبب الرق¹. كما يتم استبعاد القوانين الأجنبية متى كانت تمنع الزواج بسبب اختلاف المراكز الاجتماعية بين الزوجين، مثل حظر زواج الأمراء والنبلاء من غيرهم، أو منع زواج الدبلوماسيين والقناصل من أجانب².

وفي مجال الشروط الشكلية فقد رأينا سابقاً أن المشرع حدد المشرع ضوابط معينة يخضع لها شكل الزواج حتى يكون الزواج صحيحاً إذ يكفي أن يعقد وفق أحد الأشكال المقررة في أحد القوانين التي حددتها المادة (19) من القانون المدني والمواد، 95، 96 97 من قانون الحالة المدنية، فيكون قانون محل إبرام الزواج هو المختص إذا كان الزوجان أجنبيان أو أحدهما أجنبي بشرط أن يكون مقيماً في الجزائر لمدة سنة على الأقل وفقاً للمادة 71 من قانون الحالة المدنية، وإذا كان الزوجان أجنبيان مسلمان أو كان الزوج مسلماً فلا يكون الزواج صحيحاً إذا تم في الشكل الديني المعروف في الأنظمة الغربية بسبب اصطدامه بالنظام العام وعقيدة المسلم³.

ومما سبق، فإنه يستبعد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام في الجزائر، ويحل محله القانون الجزائري، أي قانون الأسرة، عندما يكون أحد أطراف العلاقة مسلماً. على الرغم من أن قواعد الإسناد تعتمد على الرابطة السياسية المتمثلة في الجنسية، إلا أن مسائل الزواج ترتبط بالشريعة الإسلامية. ومن هنا، يمكن القول إنه يتم الاعتماد على الديانة في حال كان أحد أطراف العلاقة مسلماً، بغض النظر عن جنسية الأطراف التي تستند إليها قواعد الإسناد. وبالتالي، يمكن اعتبار الديانة الإسلامية معياراً احتياطياً لتطبيق الشريعة الإسلامية⁴.

المطلب الثاني: استبعاد القانون الأجنبي المتعلق بالزواج عند تحايل أطراف العلاقة عن القانون

¹ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 283.

² شبورو نورية، الدفع بالنظام العام وتطبيقاته في مجال الزواج المختلط، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، سنة 2018، ص 58.

³ -بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 244.

⁴ - عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة، دراسة تأصيلية مقارنة، ط1، دار كنوز اشبيلية، السعودية، ص 33.

تمت الإشارة فيما سبق إلى اختلاف الأنظمة القانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج المشتملة على عنصر أجنبي فعمدت بعض الدول إلى إسناده بموجب ضابط الجنسية بالنسبة للمسائل الموضوعية أو ضابط محل إبرام بالنسبة للمسائل الشكلية، في حين عمدت أنظمة أخرى إلى إسناده لقانون الموطن، وهذه الضوابط قابلة للتغيير بإرادة أطراف العلاقة قصد نقل الاختصاص التشريعي من قانون إلى قانون آخر للتهرب من أحكام القانون المختص أصلاً، وإذا وقع هذا التغيير المتعمد لضابط الإسناد كنا أمام حالة الغش نحو القانون.

لذا سنخصص هذا المطلب لدراسة هذه الحالة، من خلال التعرض لمفهوم الغش نحو القانون في الفرع الأول، ثم أحكام الدفع بالغش نحو القانون في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون

إن إسناد علاقة الزواج الدولي بموجب ضوابط إسناد متغيرة تختلف الدول في تحديدها، يفسح المجال لأطراف العلاقة بالتحايل على القانون المختص ليضعوا أنفسهم تحت حكم قانون آخر ينسجم مع مصالحهم بكيفية أفضل¹.

ومن ثم نقف في هذا الفرع على تعريف الغش نحو القانون (البند الأول)، ثم نبين شروط الدفع بالغش نحو القانون (في البند الثاني)

البند الأول: تعريف الغش نحو القانون

لم يعرف المشرع والقضاء الجزائريين الغش نحو القانون، الأمر الذي يحتم علينا العودة إلى الفقه في تعريفه، فعرفه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة بأنه: "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي"²

ومن التعريفات الغربية تعريف الفقيه الأمريكي (مارتن ولف) " بأنه قيام الأطراف في علاقة قانونية الذين يرغبون بإحداث آثار قانونية معينة محظورة في القانون الذين

¹ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 274.

² أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 754.

يخضعون له بخلق تغيير بطريقة اصطناعية وغير طبيعية يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد في العلاقة"¹

هذه التعاريف تتمحور حول معنى واحد للغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، وهو تغيير ضابط الإسناد بصفة عمدية ارادية من قبل ذوي المصلحة بنية الإفلات والتهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع سواء كان القانون المتهرب منه قانون القاضي أو القانون الأجنبي.

وقد يكون الدافع وراء تحايل أطراف العلاقة على القانون هو السعي للحصول على مزايا ينص عليها القانون الجديد الذي اختص عن طريق الغش، أو الهروب من الالتزامات التي يفرضها القانون المختص أصلا بحكم العلاقة.

فالقانون الجزائري مثلا يفرض إجراءات صارمة على زواج الجزائريات بالأجانب من خلال فرض رخصة إدارية مسبقة تسلم من طرف الوالي قصد التأكد من اسلام الزوج، مما قد يدفع ببعضهن إلى تغيير الجنسية أو بلد إبرام الزواج للإفلات من القانون الجزائري.

ونظراً لخطورة التحايل عن القانون على الاختصاص التشريعي، نصت معظم التشريعات المعاصرة على الدفع بالغش كآلية لاستبعاد القانون الذي ثبتت له الاختصاص من خلال هذا الغش. وقد تم تبني هذا المبدأ في العديد من المؤتمرات الدولية، وطبقه القضاء مما جعله أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص².

والمشروع الجزائري بعد تعديله للقانون المدني سنة 2005 تبني نظرية الغش نحو القانون من خلال المادة (24) منه التي جاء فيها لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا...أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"

البند الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

وليتحقق الغش نحو القانون كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي المختص يجب أن يتوفر شرطين أساسيين، وهما محل إجماع فقهي، بالإضافة إلى شروط أخرى لم يتفق الفقه بشأنها.

أولاً: الشروط محل الإجماع الفقهي والقضائي

¹- walf Martin 'private international law 'oxford university 'England '1950, P156.

² غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 252.

الشرطين أو الركنين المتفق عليهما في الفقه يكتسي أحدهما الصفة المادية في حين يكتسي والآخر الصفة المعنوية.

1- الركن المادي: التغيير الإرادي لضابط الإسناد

يحدث التحايل على القانون نتيجة لتصرف إرادي يتمثل في تغيير ضابط الإسناد في قاعدة التنازع. ويعتبر التغيير الذي يحقق العنصر المادي للغش نحو القانون هو الذي يتدخل فيه الإرادة بشكل مباشر، فلو تغيرت جنسية شخص ما نتيجة تبدل السيادة على الإقليم، فإن هذا التغيير لا ينطوي على غش¹.

وتغيير ضابط الإسناد، يترتب عنه بالضرورة تغيير في القانون الواجب التطبيق. فيؤدي تغيير الجنسية إلى تغيير القانون الشخصي في الدول التي تعتمد على قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية. فقد يقوم طالب الزواج بتغيير جنسيته بهدف التهرب من أحكام قانون الجنسية القديم والاستفادة من مزايا قانون الجنسية الجديد، خاصة إذا كان هذا الأخير يوفر له مصالح مختلفة عن الأول، مثل السماح له بتعدد الزوجات بالنسبة للزوج أو السماح للزوجة المسلمة بالزواج من غير المسلم كما أن تغيير الموطن ينتج عنه تغيير القانون الشخصي في القوانين التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الموطن كالدول الأنجلوسكسونية.

كما يؤثر تغيير الموطن والجنسية في تغيير القانون الشخصي، فإن تغيير الديانة يؤدي إلى نفس النتيجة، كون معظم الدول العربية والإسلامية تطبق على الأحوال الشخصية أحكام الديانة التي يعتنقها الفرد، حيث تؤدي العقيدة نفس الدور الذي تؤديه الجنسية من حيث تحديد القانون الشخصي².

فقد يلجأ الشخص لتغيير ديانته بغية التهرب من القانون واجب التطبيق وتحقيق أهداف معينة لا يمكنه تحقيقها من خلال قانونه الشخصي. ومع ذلك، فإن الفقه والقضاء في الدول الإسلامية لا يطبقان نظرية الغش تجاه القانون عندما يتعلق الأمر بتغيير الاختصاص التشريعي من خلال اعتناق الدين الإسلامي³.

¹ محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 275 .

² -غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص 253 .

³ -المرجع نفسه، ص 251.

وفي هذا السياق، قرر القضاء المصري تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب، حتى وإن تبين أن اعتناقهم للإسلام كان بهدف التهرب من الأحكام المنصوص عليها في قانونهم الوطني. يعود ذلك إلى أن الدين في الدول الإسلامية يُعتبر جزءاً من النظام العام، ويكفي لإعلان اعتناق الإسلام النطق بالشهادتين، ولا يحق للقضاء البحث في الدوافع وراء دخول الشخص في الإسلام، حتى وإن كان يسعى لتحقيق مكاسب معينة من وراء ذلك.¹

2- توافر نية الغش نحو القانون (الركن المعنوي)

لا يكفي للدفع بالغش نحو القانون أن يحدث تغيير إرادي ومشروع لضابط الإسناد، بل يجب أن يصبح تغيير القانون المختص هدفاً بحد ذاته، مع وجود نية واضحة لتجنب الأحكام المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق.

وتعتبر نية الغش العنصر الأساسي الذي يقوم عليه التحايل على القانون، حيث إن التغيير الإرادي لضابط الإسناد الذي يتم بشكل مشروع لا يكفي بمفرده للكشف عن التحايل²، لأن هذا التغيير لا يعدو كونه استخداماً لوسيلة مشروعة. فلكل فرد الحق في تغيير جنسيته أو موطنه أو إبرام التصرفات في غير بلده، إلا أن الأشكال في هذه الحالة يتمثل في استخدام وسيلة مشروعة مع نية أو قصد لتغيير القانون المختص حقيقة بحكم العلاقة القانونية³، ويشبه نية الغش في هذا المقام القصد الجنائي في القانون الجنائي، حيث يعبر عن اتجاه إرادة الشخص بالقيام بفعل معين بهدف التهرب من القانون الأصلي واجب التطبيق. وإذا لم تتوفر هذه النية، فلا يمكن اعتبار الفعل بمثابة تحايل على القانون، وبالتالي لا يمكن الدفع بالغش في هذه الحالة⁴.

ويمتلك القاضي سلطة التحقق من نية الغش من خلال الوقائع المعروضة أمامه، ويمكنه استنتاج هذه النية من ظروف القضية، وهي مسألة تتعلق بالواقع وتخضع لتقدير القاضي، مما يخرجها من رقابة محكمة القانون⁵.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون -، مرجع سابق، ص 353.

² - المرجع نفسه.

³ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 212.

⁴ - عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 273.

⁵ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 317.

ثانياً: شروط الدفع بالغش نحو القانون محل الخلاف

سبق وأن بينا بأن الغش في القانون وحتى يعد دفعا يستبعد من خلاله القانون الأجنبي واجب التطبيق، لا بد أن يتوفر فيه ركنان أساسيان، الأول مادي، يتمثل في الفعل الذي ينتج عنه أثر قانوني، والذي يتجلى في قيام الفرد بتغيير ظرف الإسناد. والثاني معنوي، يشير إلى نية الغش تجاه القانون المختص، قصد تطبيق قانون أصبح مختصاً نتيجة لفعل الغش، وهذان الشرطان هما محل اتفاق فقهي وقضائي، ويضيف بعض الفقهاء شروط أخرى، إلا أنها لم تلق إجماع ولا تزال محل جدل وخلاف ومن بينها: أن يحصل الغش نحو قواعد أمرة في قانون القاضي، وأن تتحقق نتيجة غير مشروعة وأن لا يكون دفع آخر غير الدفع بالغش نحو القانون أي يكون للدفع بالغش نحو القانون دور احتياطي.

1- أن يحصل الغش نحو قاعدة أمرة في قانون القاضي

اشتراط بعض الفقهاء لتطبيق نظرية الغش تجاه القانون أن تكون القواعد التي يتم التهرب من أحكامها قواعد أمرة في قانون القاضي. وإذا لم تكن كذلك، فلا مجال لتطبيق هذا الدفع. نظراً لأنه من شأن التهرب من القواعد الأمرة في قانون الوطني المساس بالمصالح العامة في دولة القاضي، إضافة إلى أن مهمة القاضي تتمثل في حماية قانونه الوطني ومنع الأفراد من انتهاكه، ولا تشمل هذه المهمة حماية القوانين الأجنبية.¹ ولقد تبنى بعض الفقهاء هذا المبدأ وعمل به القضاء في فرنسا في البداية، ولكن منذ عام 1961، توالى أحكام القضاء الفرنسي بإبطال جميع العقود التي تتضمن الغش تجاه القوانين الأجنبية. وأيد الفقه الحديث هذا التوجه للقضاء الفرنسي، معتبرين أن الغش هو غش في جميع الحالات ويجب مكافحته أينما وُجد. كما أن التحايل على القانون الأجنبي يُعتبر في جوهره تحايلاً على قاعدة الإسناد في قانون القاضي، التي منحت الاختصاص للقانون الأجنبي.²

وفيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من هذا الشرط، فيمكننا من خلال تحليل الفقرة الأولى من المادة (24) من القانون المدني بعد التعديل الأخير أن نستنتج أن المشرع

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 193.

² - المرجع نفسه.

الجزائري قد اتبع نهج القضاء الفرنسي الحديث. فقد سمح بإمكانية الدفع بالغش نحو القانون بشكل عام، دون أن يقتصر هذا الجواز على القانون الجزائري فقط. إذ أن عبارة "نحو القانون" جاءت بشكل مطلق ودون أي تقييد، بما يفيد أن المشرع الجزائري لا يميز بين الغش الذي يهدف إلى استبعاد القانون الجزائري والغش الذي يسعى لاستبعاد قانون أجنبي¹.

2- أن تتحقق نتيجة غير مشروعة

يرى جانب من الفقه²، أنه ليتحقق الدفع بالغش نحو القانون يجب أن تتوصل الأطراف إلى نتيجة غير مشروعة نتيجة لتغييرهم ضابط الإسناد. بمعنى آخر، يجب أن يحقق تغيير ضابط الإسناد ضرر للغير. ويستند هذا على أن الغش نحو القانون غالباً ما يؤدي إلى الإضرار بمصالح مشروعة للآخرين. وبالتالي، فإن نية التحايل وحدها لا تكفي لتطبيق مفهوم الغش نحو القانون، بل يجب أن تتحقق الغاية غير المشروعة من وراء ذلك³.

إلا أن غالبية الفقه⁴ يتجه إلى أنه لا يُشترط تحقق النتيجة غير المشروعة كشرط مستقل للغش نحو القانون. بل يكفي أن تكون هناك نية للتحايل، بصرف النظر عن النتيجة المتوخاة. فإذا كانت نية التحايل موجودة وتمكن من كشفها، فإن ذلك يكون كافياً للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون⁵.

3 -الدفع بالغش نحو القانون يُعتبر وسيلة احتياطية.

يشترط بعض الفقهاء، وعلى رأسهم "نبواية"، أنه لكي نتمكن من تطبيق الدفع بالغش نحو القانون، يجب ألا يكون هناك دفع آخر يمكن استخدامه بدلاً منه. لذا، يُعتبر الدفع بالغش نحو القانون بمثابة دفع احتياطي، حيث إن المخالفة الناتجة عن الغش نحو القانون تُعتبر مخالفة غير مباشرة. وبالتالي، إذا كانت المخالفة مباشرة لأحكام القانون،

¹ - كمال عليوش كربوع، مرجع سابق، ص 102.

² - منهم الفقية " نيبوايه"

³ - أنظر، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 317.

⁴ -منهم، سعيد يوسف البستاني، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال.

⁵ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 507.

فلا حاجة لتطبيق هذا الدفع، لأن المخالفة المباشرة تستوجب الجزاء المناسب وفقاً للقواعد العامة¹.

على سبيل المثال، إذا قامت جزائرية بالتوطن في إنجلترا بهدف الزواج من مسيحي، وتم الزواج فعلاً رغم أن قانونها الشخصي يمنع ذلك، فإن هذا الزواج سيكون عديم الأثر في الجزائر. في هذه الحالة، تُعتبر المخالفة مباشرة للقانون الجزائري، ولا حاجة لتطبيق الدفع بالغش نحو القانون، نظراً لوجود دفع أصلي يمكنه استبعاد تطبيق القانون الإنجليزي، وهو تطبيق قواعد الإسناد الجزائرية².

ثالثاً: أساس الغش نحو القانون وعلاقته بالنظام العام

سعى الفقهاء الفرنسيون للبحث عن أساس قانوني لنظرية الغش نحو القانون، فظهرت عدة آراء فأسسها البعض على أنها صورة من صور الصورية في العقود³، نظراً لاشتراكهما في الهدف والمتمثل في تحقيق غاية غير مشروعة⁴، في حين أسسها آخرون على أساس نظرية السبب غير المشروع، كون السبب هو أحد أركان العقد ويمثل الدافع أو الباعث للتعاقد⁵، وقد انتقد هذا التوجه لاعتبارات عديدة أبرزها أن الجزاء المترتب عن السبب غير المشروع هو البطلان المطلق في حين يترتب على الغش نحو القانون عدم الاحتجاج بالتصرف الذي شابه الغش دون البطلان⁶. وهناك من الفقهاء من يرون أن هذه النظرية هي صورة من صور التعسف في استعمال الحق⁷، حيث أن كل من كل من المتعسف والغاش أساء استخدام الرخصة التي منحها لهما القانون⁸.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 164.

² - زرويتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، 167

³ - عرّفت الصورية بأنها: "اختاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي؛ وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفها الظاهر يكون صورياً، أمّا تصرفهما المستتر أو ما يسمى بورقة الضد فيكون حقيقي، أنظر، أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1999، ص11.

⁴ - نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط، 2 دار هومة، الجزائر، 2004، ص 89

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 549.

⁶ - نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 107.

⁷ - نص عليه القانون المدني في المادة 124 مكرر من القانون المدني

⁸ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 161.

بينما، اعتبر فريق آخر، من بينهم الفقيه (BARTIN)¹، أن هذه النظرية ليست سوى أحد تطبيقات الدفع بالنظام العام، حيث تمثلان وسيلة استثنائية لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، لا يلجأ القاضي إليها إلا كدفع احتياطي في مواجهة القانون الأجنبي. علاوة على ذلك، فإن هدفهما واحد، وهو حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع من خلال إهدار الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة التنازع، سواء بالتحايل على قاعدة الإسناد في حالة الغش نحو القانون أو المساس بالأخلاق العامة التي يستند إليها النظام القانوني الوطني في حالة الدفع بالنظام العام، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقييم شروط كل منهما، نظرًا لعدم وجود معيار دقيق لفكرة التعارض مع مقتضيات النظام العام، أو لإثبات من نية الغش لدى الأطراف. بالإضافة إلى ذلك، يحل قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد².

وعلى الرغم من التشابه بين النظام العام ونظرية الغش نحو القانون في الهدف، إلا أن هناك اختلافات جوهرية بينهما.

فيختلف الدفع بالنظام العام عن الدفع بالغش نحو القانون في الأسس التي يقوم عليها كل منهما والمجال الذي يعمل فيه. فالدفع بالنظام العام يستند إلى فكرة الاشتراك القانوني، ويستبعد بموجه القانون الأجنبي المختص أصلاً بمقتضى قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وذلك عندما تتعارض أحكامه الموضوعية مع المقومات الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، أما الدفع بالغش نحو القانون، فيعتمد على فكرة الباعث غير المشروع، ويُعتبر وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي لم يكن مختصاً أصلاً بحكم العلاقة، بل تم افتعال واصطناع اختصاصه تهرباً من الأحكام الآمرة في القانون المختص، سواء كان هذا القانون وطنياً أو أجنبياً. وبالتالي، يُعتبر الدفع بالغش نحو القانون أوسع نطاقاً من الناحية العملية³.

¹ - Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit International Privé, op. cit, P433 .

² محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط3، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 530.

³ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 561 ؛ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 371.

استنادًا إلى ما تم ذكره سابقًا، يتجه الفقه الحديث إلى الاعتراف بنظرية الغش نحو القانون كنظرية مستقلة بذاتها، فالدفع بالتحايل لا يقتصر على الإطار الضيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، بل يمتد إلى نطاق أوسع، كونه لا يقتصر على العقود فقط، كما أنه ليس مجرد تطبيق لنظريتي الصورية والسبب غير المشروع كما تم بيانه سابقًا، ولا تطبيقًا من تطبيقات النظام العام، إذ يشمل كل من القانون الوطني والأجنبي، ويمثل تطبيقًا لمبدأ عام وأصيل هو "الغش يفسد كل شيء"¹. ففكرة التحايل على القانون في مجال تنازع القوانين تحمل طابعًا خاصًا، وقد أصبحت من المبادئ الراسخة المنصوص عليها في العديد من التشريعات، وتشكل نظرية مستقلة قائمة بذاتها، ولا تستند إلى أي من النظريات السابقة نظرًا لميزاتها وخصوصيتها الذاتية².

الفرع الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون

نظرًا لأن الشخص الذي يستخدم الغش يعتمد على وسائل معينة (تغيير ضوابط الإسناد) لتحقيق أهداف ممنوعة وفقًا لقانونه، فقد اختلف الفقه في الآثار المترتبة على الدفع بالغش، هل يشمل الجزاء النتيجة والوسيلة معًا، أم يقتصر فقط على النتيجة غير المشروعة؟

البند الأول: الغش يؤدي لتعطيل والوسيلة النتيجة

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين، وعلى رأسهم الفقيه "باتيفول"، إلى أن أثر الغش يجب أن يشمل النتيجة والوسيلة على حد سواء³. بمعنى أنه لا ينبغي أن يقتصر الأمر على عدم سريان التصرف الذي قام به الغاش، بل يجب أيضًا إبطال الإجراء الذي تم من خلاله تغيير ضابط الإسناد⁴. على سبيل المثال، إذا قامت جزائرية بالتجنس بجنسية جديدة بهدف الاستفادة من أحكام لا يسمح بها القانون الجزائري، كالزواج مع اختلاف الديانة، فإنه يجب ألا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ قانون الجنسية الجديد، بل يجب

¹ - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 681، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 211.

² - أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، العدد الثاني سبتمبر 2017، ص 83.

³ - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 166.

⁴ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 225.

أن يمتد الأمر أيضًا إلى الوسيلة التي تم استخدامها، وهي تغيير الجنسية. فأثر الغش لا يقتصر على عدم نفاذ الزواج الذي تم بموجب قانون الجنسية الجديد، بل يجب أن يشمل أيضًا الوسيلة التي تم استخدامها، وهي اكتساب الجنسية الجديدة.

فُتُلغى حسب هذا الرأي، الجنسية الجديدة التي تم اكتسابها، لأنه من غير المنطقي تجزئة العمل القانوني الواحد من حيث الاعتراف ببعض الآثار، التي قد تبدو غير مهمة في نظر المتحايّل، في حين لا يتم الاعتراف بآثار أخرى اتجهت إليها نية الغاش. لذلك، يجب أن يكون الجزاء شاملاً، ويجب محو كل أثر ناتج عن ارتكاب الغش¹.

ولاقى هذا التوجه، انتقادات عديدة، أبرزها أن الوسيلة التي تم من خلالها سحب الاختصاص من القانون المختص وإسناده لقانون آخر قد تمت بطريقة صحيحة ومشروعة ويُفترض أن الشخص المعني قد استوفى جميع الشروط المطلوبة. وفي هذه الحالة، يبدو من المنطقي أن يكون الجزاء هو عدم الاعتداد بالتجنس فقط في القضية محل النزاع فقط².

البند الثاني: الغش يعطل النتيجة دون الوسيلة

ذهب الرأي الراجح فقها، إلى أن الجزاء يجب أن يقتصر على عدم نفاذ النتيجة المراد تحقيقها من الغش، دون النظر إلى الوسيلة المستخدمة. وذلك لأن النتيجة هي التي تعتبر غير مشروعة، بينما الوسيلة قد تكون مشروعة. وبناءً على ذلك، يتم استبعاد القانون الذي انتقل إليه الاختصاص بنية الغش، وتطبيق أحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لأول مرة، وذلك في حدود النزاع الذي تم التحايل بشأنه. أما خارج هذه الحدود، فيجب تطبيق ضابط الإسناد الجديد، ما دام أن هذا الضابط لم يؤدي إلى تحديد النتيجة التي سعى المتحايل لتحقيقها في البداية³.

كما أن أداة الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي تعتبر وسيلة احتياطية لحماية قاعدة الإسناد، فإنه ينبغي استخدامها ضمن الحدود التي تحقق هذه الغاية. وبالتالي، فإن عدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد من خلال إعادة

¹ - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 301.

² - موحّد إسعاد، مرجع سابق ص 314.

³ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 197

الاعتبار للقانون الذي تم التحايل عليه، والذي كان سيكون محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل. لذا، لا داعٍ لتتبع بقية الآثار وبطالها¹.

الجدير بالملاحظة، أن تأثير الغش نحو القانون في هذه الحالة هو عدم النفاذ وليس البطلان، حيث لا تستطيع أي دولة أن تحدد ما إذا كان التصرف صحيحاً أو غير صحيح في الدولة التي تم فيها إجراؤه. كل ما تمتلكه دولة القاضي قانونياً هو إصدار حكم بعدم نفاذ هذا التصرف في إقليمها².

ومما سبق فإن الرأي الراجح في الفقه هو أن أثر الدفع بالغش في القانون يجب أن يقتصر على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي يسعى الأفراد لتحقيقها من خلال تغيير ضابط الإسناد، دون النظر إلى الوسيلة المستخدمة. فالنتيجة هي ما يعد غير مشروعة، بينما الوسيلة قد تمت بطريقة صحيحة وسليمة تماماً ولا تتضمن أي تحايلاً عن القانون.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 565.

² - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 254.

الفصل الثاني: الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام

الأجنبية في دعاوى إثبات الزواج

مثلاً يطرح القانون الأجنبي المراد تطبيقه في القضاء الوطني إشكالات عديدة على النحو الذي بيناه سابقاً، فإن النزاع الدولي حول إثبات الزواج إذا كان مطروحاً على قضاء دولة أجنبية، وصدر بشأنه حكماً وأراد أحد الخصوم تنفيذه في الجزائر، فإن مدى جواز الاعتراف بآثار هذا الحكم في الجزائر يثير إشكالية أخرى تجيب عنها القواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية ويطلق عليها بقواعد الاختصاص القضائي الدولي غير المباشر على أساس أن القاضي الوطني قبل قبول أي حكم أجنبي يتعين عليه البحث عن مدى اختصاص القضاء الأجنبي الذي أصدره.

وان كان النزاع معروضا على القضاء الوطني دولي في مسألة من مسائل الزواج، فيجب على القاضي عندئذ أن يفصل في مسألة أولية هامة وهي: هل هو مختص من الوجهة الدولية بالنظر في النزاع المعروض أمامه أم لا؟

وتتولى الإجابة هذه المسألة قواعد تسمى بقواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تحدد الحالات التي ينعقد فيها اختصاص قضاء دولة القاضي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى بالمنازعات المتضمنة عنصر أجنبياً.

وتعتبر هذه القواعد من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولي الخاص على الإطلاق ذلك أن تحديد الاختصاص الدولي لمحاكم دولة ما يكشف غالباً ومنذ البداية عن الحل النهائي للنزاع.

ولا يقتصر الفصل عند ثبوت الاختصاص للقضاء الوطني وتحديد القانون الواجب التطبيق، بل يتطلب الأمر أيضاً صدور حكم يتضمن حلاً موضوعياً للنزاع المطروح. وعلى الرغم من أن هذا الحكم عادة ما يُنفذ ضمن حدود الدولة التي صدر فيها، وفقاً للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانونها، إلا أنه قد يحدث أن يتمسك الشخص الذي صدر الحكم لمصلحته بتنفيذه في دولة أخرى غير الدولة التي أصدرته. وهنا تبرز أهمية التساؤل حول إمكانية الاحتجاج بهذا الحكم وطلب تنفيذه في دول أخرى.

بناءً على ما تقدم، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعالج في الأول الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية في دعاوى إثبات الزواج ونخصص المبحث الثاني إلى تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في هذه الدعاوى.

المبحث الأول: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية في منازعات اثبات الزواج.

يقصد بالاختصاص القضائي الدولي: "القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص القضائي الداخلية في كل دولة والتي تحدد اختصاص كل جهة قضائية إزاء غيرها من الجهات القضائية لتلك الدولة"¹

تتمتع كل دولة بالحق في تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية في النزاعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً، وذلك بما يتماشى مع الأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي تسعى لتحقيقها من خلال سياستها التشريعية. وبالتالي فهي قواعد وطنية يشكل تطبيقها مظهراً من مظاهر السيادة للدولة. تراعي عند سنها مصالح مواطنيها ودون الإضرار بمصالح الأجانب لضمان معاملتها بالمثل من جهة، وللسماع بتنفيذ أحكامها خارج إقليمها من جهة أخرى²

وقواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية أحادية الجانب من حيث المبدأ، حيث تحدد اختصاص المحاكم الوطنية دون الإشارة إلى اختصاص المحاكم الأجنبية. وهذا يعني أنها تبين ما إذا كان القضاء الوطني مختصاً أو غير مختص.

ولا يوجد تلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. بمعنى أن اختصاص محاكم دولة معينة لا يعني بالضرورة أنها ستطبق قانونها الموضوعي على النزاع المعروض أمامها، وهذا لا يقود لعدم وجود أي تأثير في ما بينهما، فالقانون

¹ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 05.

² - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفتحة للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 21.

المختص بحكم النزاع يختلف بحسب المحكمة المعروض عليها ويرجع ذلك لاختلاف قواعد الإسناد اختلاف التكيف وقبول الإحالة أو رفضها من دولة إلى أخرى وكذلك في حالات استبعاد القانون الأجنبي لصالح القانون الوطني في حال التعارض مع النظام العام أو الغش نحو القانون أو في الحالة التي يتعذر فيها اثبات القانون الأجنبي. وتضع كل التشريعات معايير تراها مناسبة لتنظيم اختصاص محاكمها دوليا إما على أساس معايير أصلية تبنى على الصلة بين الخصوم ودولة القاضي أو تبنى على اعتبارات استثنائية طارئة، هذا ما سوف نحدده من خلال التطرق إلى معايير الاختصاص القضائي الدولي الأصلي (المطلب الأول) وإلى المعايير الاستثنائية للاختصاص القضائي الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضوابط الأصلية للاختصاص الدولي للمحاكم

الجزائرية للفصل في منازعات اثبات الزواج.

اكتفى المشرع الجزائري لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بمادتين فقط، وهما المادتان 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. تمنح هاتان المادتان للجزائري امتيازاً في إمكانية رفع الدعاوى أمام المحاكم الجزائرية. على عكس المشرع التونسي والمشرع المصري، اللذان نظما قواعد الاختصاص القضائي من خلال نصوص قانونية صريحة¹.

وأمام خلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أحكام قانونية تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأجانب، فقد اجتهد القضاء² وحاول سد الفراغ التشريعي، من خلال استنباط ضوابط تنظم الاختصاص القضائي الدولي اعتماداً على تمديد العمل بالقواعد المنظمة للاختصاص الداخلي وتكييفها لتتلاءم مع المنازعات

¹ - حيث خصص المشرع التونسي الفصول من 3 إلى 10 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لتنظيم اختصاص المحاكم التونسية، في حين نظم المشرع المصري ما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المدنية والتجارية

² - في قرارين قضائيين الأول حكم محكمة استئناف (مجلس قضاء الجزائر العاصمة) بتاريخ 19 / 01 / 1966، والثاني حكم محكمة قسنطينة الصادر بتاريخ 20 / 04 / 1972، والذي يبين صراحة تمديد العمل بالقواعد الداخلية للاختصاص القضائي في المجال الدولي

المشتملة على عنصر أجنبي¹، وذلك تطبيقاً لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي تقضي صراحة بأنه : "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول إن تحديد الاختصاص القضائي في المجال الدولي لإثبات الزواج يقتضي منا الرجوع إلى الأحكام الداخلية للاختصاص.

ومن ثم فإن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الأصلي، أي الضوابط التي يتم بمقتضاها تحديد اختصاص المحكمة الجزائرية للنظر في نزاعات إثبات الرابطة الزوجية المشتملة على عنصر أجنبي تتم تقريرها بالنظر إلى ارتباط الأطراف بالدولة خلال حالتين تتعلق الأولى بارتباط سياسي بين أطراف المنازعة ودولة القاضي عن طريق رابطة الجنسية أو بارتباط إقليمي عن طريق الإقامة فيها، وعليه سوف نتولى شرح كل من هاتين الحالتين من خلال الاختصاص القضائي الدولي القائم على امتياز الجنسية (الفرع الأول) ثم الاختصاص القضائي الدولي المبني على موطن المدعى عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص القضائي الدولي القائم على امتياز الجنسية

من مظاهر سيادة الدولة وسلطانها على الأشخاص المنتمين لها منح الاختصاص لقضاؤها بالنظر في الدعاوى التي ترفع على رعاياها، أو من رعاياها، ولو كانوا مقيمين بالخارج، ويعد ضابط الجنسية من أقدم وأهم ضابط تبني عليه الدول الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها².

ولقد منح القانون المحاكم الجزائرية الاختصاص في الحالات التي يكون فيها المدعي أو المدعى عليه جزائرياً، تكريساً لحق اللجوء إلى القضاء. حيث خول المشرع بموجب المادتين 41 و42 للطرف الجزائري الحق في اللجوء إلى القضاء الجزائري بصرف النظر عن مكان إبرام التصرف ومهما كان الضابط المؤدي إلى القواعد العادية للاختصاص. وبالتالي، فإن الاختصاص القائم على الجنسية يطرد أي اختصاص آخر مبني على معايير أخرى³.

¹ -محمّد إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص45.

² - هشام علي صادق، الكتاب الثالث، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 8.

³ -محمّد إسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص30.

من ثم، تختص المحاكم الجزائرية بالنظر في الدعاوى التي يرفعها جزائري ضد أجنبي أو التي يرفعها أجنبي ضد جزائري. ويكون معيار الاختصاص هو الجنسية الجزائرية التي يحملها أحد الطرفين، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، بصرف النظر عن موطن أي منهما. ومن باب أولى في حالة كون الطرفان جزائريين وليس لهما موطن في الجزائر، فإن القضاء الجزائري يظل مختصاً، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية مثل الزواج، حيث يتم تطبيق قانون الأسرة الجزائري¹.

وعليه سنستعرض في هذا السياق الاختصاص القضائي المرتبط بجنسية المدعي في البند الأول، ثم ننتقل إلى الاختصاص القضائي المتعلق بجنسية المدعى عليه في البند الثاني. بعد ذلك، سنبحث في إمكانية تنازل المواطن عن هذا الامتياز الممنوح له في البند الثالث.

البند الأول: الاختصاص القضائي القائم على جنسية المدعي.

اعتمد المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات المقارنة على جنسية المدعي لإقرار الاختصاص للمحاكم الوطنية وهو ما كرسته صراحة المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيماً في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أيضاً تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

ويقابل هذا النص المادة 14 من القانون المدني الفرنسي والتي بموجبها يخول

القانون الفرنسي الاختصاص لمحاكمه في حال كان المدعي في الدعوى يحمل الجنسية الفرنسية بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، سواء كان المدعى عليه أجنبياً أو فرنسياً ليس له موطن في فرنسا، أو كان النزاع غير مرتبط بالإقليم الفرنسي وفقاً لقواعد الاختصاص المحلي الداخلية، هذا ما استقرت محكمة النقض الفرنسية عليه من زمن بعيد².

¹ - محمد حبار، تنازع القوانين، دار الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص179.

² - Bernard audit, compétence internationale des tribunaux français, droit commune conflit de juridiction, règlement bruxelle, bis et litispendance, études et commentaires, Dalloz, 2010, p 59-60.

وبالرغم من قصور حكم المادة 14 من القانون المدني الفرنسي، - والتي تقابلها المادة 41 قانون الإجراءات المدنية والإدارية- على الالتزامات التعاقدية، إلا أن القضاء الفرنسي وسع من نطاق تطبيقها ليشمل جميع أنواع الالتزامات. وهذا الأمر يعد منطقياً، حيث إن الاختصاص المحدد في هذه المادة قائم على معيار الجنسية وليس على طبيعة النزاع. لذا، فإن تقييد هذا الاختصاص بالالتزامات التعاقدية فقط لا يوجد له مبرر¹.

لأنه لو كانت الغاية من تقرير هذا النص هو حماية الوطني، فإن هذه الحماية قد لا تتحقق إلا إذا تم تعميمها لتشمل جميع الدعاوى، وخاصة تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة عامة، ودعاوى إثبات الزواج بصفة خاصة.

وعليه، يبسط اختصاص المحاكم الجزائرية على جميع الدعاوى التي يكون الجزائري طرفاً فيها كمدعي أو المدعى عليه².

ومنه، ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية في النزاع الرامي لإثبات زواج يخمل فيه المدعي الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى³، يستوي في ذلك أن تكون جنسية أصلية أو مكتسبة أو كان يحمل جنسيات متعددة منها الجنسية الجزائرية.

كما اعتمد المشرع المصري على ضابط جنسية المدعي في الحالات التي تتعلق الدعاوى بمسائل الأحوال الشخصية، وقيده بشرط أن لا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر، أو موطن معروف في الخارج، أو أن يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق وذلك بموجب الفقرة 7 من المادة 30 من قانون المرافعات المصري⁴.

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، ط 5، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 41.

² - هذا الامتياز مستنبط من التشريع الفرنسي، الذي تبني التفسير الموسع للمادتين 14 و 15 مدني فرنسي المقابلتين للمادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث صرحت محكمة النقض رسمياً بتبنيها التفسير الموسع، مستثنية من ذلك حالتين حالة الدعاوى العينية العقارية والتفويض الجبري، احتراماً منها لسيادة الدولة الأجنبية والتي يعترف لها في هاتين الحالتين بالاختصاص المانع، راجع، هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 ص 31.

³ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 39.

⁴ - تنص المادة 730// مرافعات مصري: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية و ذلك. . . إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية

وحسب هذه المادة فإن الاختصاص المبني على جنسية المدعي ليس مطلقا بل مقيد بنوع الدعوى وكونها متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية¹، ومن ثم فالمشرع المصري لا يعتد بجنسية المدعي المصرية وحدها كضابط لاختصاص المحاكم المصرية إلا في حالات استثنائية محدودة وبشروط معينة²

كما اعتمدت اتفاقية لاهاي لعام 1971 المتعلقة بالاعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية في القضايا المدنية والتجارية هذا المعيار، حيث أكدت على أن أحد المعايير التي تحدد الاختصاص القضائي للدولة، مما يمكن من تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكمها، هو معيار جنسية المدعي³.

البند الثاني: الاختصاص القضائي القائم على جنسية المدعي عليه

تبنى المشرع الجزائري معيار جنسية المدعي عليه، إسوة بالمشرع الفرنسي بموجب المادة 15 من القانون المدني الفرنسي والتي ينص عليها اختصاص للمحاكم الفرنسية متى كان المدعي عليه فرنسيا، حيث نصت المادة 42 ق. إ.م على "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

وبهذا النص أعطى المشرع الجزائري الاختصاص للمحاكم الوطنية بالنظر في الدعاوي التي يكون فيها المدعي عليه جزائريا.

وكما سبقت الإشارة، فإن أحكام المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية، المقابلة للمادة 15 مدني فرنسي، تطبق على جميع الدعاوى، بما في ذلك تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، وذلك استنادا إلى ما أقره القضاء من توسيع نطاق تطبيقها وعدم حصرها في الالتزامات التعاقدية⁴.

وكان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية، و ذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1041.

² - محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص 638.

³ - عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 248.

⁴ - محمد حبار، مرجع سابق، ص 182.

وبناءً على ذلك، تُعتبر المحاكم الجزائرية مختصة بالنظر في دعاوى إثبات الزواج عندما يكون المدعى عليه يحمل الجنسية الجزائرية، سواء كانت أصلية أو مكتسبة، حتى وإن كان يحمل جنسية دولة أو عدة دول أجنبية إلى جانبها، والعبرة بالصفة الجزائرية وقت رفع الدعوى، ولا يهم التغيير الذي يطرأ على الجنسية لاحقاً بعد رفعها، أو قبل نشوء العلاقة القانونية¹.

فحسب المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية، والإدارية يجوز للجزائري التقاضي أمام المحاكم الجزائرية، بخصوص الالتزامات الناتجة عن عقود أبرمها خارج الجزائر ولو مع مواطن أجنبي، فينعتد الاختصاص للمحاكم الجزائرية إذا كان المدعى عليه يحمل الجنسية الجزائرية، ولا يلزم أن يكون هذا الأخير متوطناً في الجزائر أو مقيماً بها، فتكفي الصفة الجزائرية لتكون المحاكم الجزائرية مختصة، بصرف النظر عن مكان وقوع السبب المنشئ للالتزام محل الدعوى، فسواء تحقق السبب المنشئ للالتزام داخل الجزائر أو خارجها يثبت الاختصاص للمحاكم الجزائرية².

بناءً على ما تقدم، إذا تزوج جزائري من في أجنبية عرفياً خارج الإقليم الجزائري وتوطناً في إقليم غير الإقليم الجزائري فإنه يجوز للزوجة الأجنبية اللجوء إلى القضاء الجزائري لرفع دعوى إثبات لهذا الزواج إعمالاً للقاعدة الواردة في المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويترتب على ذلك تطبيق القانون الجزائري تطبيقاً للامتياز الممنوح للجزائري بموجب المادة 13 من القانون المدني.

وقد اعتمدت العديد من الدول العربية منها والأجنبية، بمعيار جنسية المدعى عليه لثبوت الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها³.

¹ - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 132.

² - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 41.

³ - من التشريعات العربية، التشريع المصري من خلال نص المادة 28 من قانون المرافعات المدنية رقم 13 لسنة 1968 حيث جاء فيها "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج" والتشريع اللبناني في المادة 76 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية رقم 5 لسنة 1987، والتشريع الكويتي في المادة 11 من القانون الكويتي لعام 1961 ومن التشريعات الغربية التشريع الإيطالي، في المادة 4/4 من قانون المرافعات لعام 1940.

البند الثالث: طبيعة الاختصاص القائم على معيار الجنسية

استهل المشرع الجزائري المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعبارة "يجوز"، مما يترتب عليه أن القاعدتين المذكورتين في هاتين المادتين قواعد اختيارية وغير متعلقة بالنظام العام. وبالتالي، يجوز الاتفاق على مخالفتها، كونهما تمنحان امتيازاً للطرف الجزائري الذي يمكنه اختيار استعماله أو التنازل عنه.

ويعتبر الاختصاص المنصوص عليه في هذه المواد امتيازاً وطنياً، مما يمكن للطرف الجزائري الذي تم منحه هذا الامتياز إمكانية التنازل عنه.

ويمكن أن يكون التنازل صريحاً من خلال تضمين العقد بند واضحاً يفيد التنازل عن الامتياز، كما قد يكون التنازل ضمناً من خلال قبول الطرف الجزائري اختصاص محكمة أجنبية دون أن يثير مسألة عدم اختصاصها واختصاص المحكمة الجزائرية. في هذه الحالة، يتنازل عن تمسكه بالامتياز المقرر له عند رفع دعواه أمام محكمة أجنبية، أو عندما تُرفع ضده دعوى أمام محكمة أجنبية، ويقدم طلباته ودفعه الموضوعية. ويعتبر حضوره أمام المحكمة الأجنبية قرينة بسيطة على تنازله، يمكن إثبات عكسها¹.

بما أن الأمر يتعلق باختصاص جوازي اختياري، فليس للقاضي إعمال المواد المتعلقة بالامتياز من تلقاء نفسه². ويلتزم بتطبيقها فقط إذا تمسك بها أحد الخصوم³.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي الدولي القائم على أساس الموطن

يعتبر الموطن من المعايير المهمة التي يتحدد بواسطتها الاختصاص القضائي الدولي، إذ يعتمد على وجود رابطة إقليمية بين أحد الخصوم وإقليم الدولة⁴. فيُحدد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم في الدولة التي يتواجد فيها موطن الشخص أو محل إقامته. وقد حظي هذا المعيار برواج كبير في التشريعات المقارنة المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي، كما هو الحال في الاختصاص الداخلي، نظراً لأنه يمثل

¹ - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم الإجرائي، مرجع سابق، ص 88.

² - محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 638.

³ - موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص 38.

⁴ - أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر،

1972، ص 78.

المكان الذي تتركز فيه مصالح الشخص وأمواله. وبالتالي، تُعتبر محكمة الموطن الأكثر ملاءمة لحل النزاعات، وهي الأكثر قدرة على ضمان تنفيذ آثار الحكم الصادر عنها¹.

فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص في العادة. وهو رابطاً حقيقياً يربط الفرد بإقليم الدولة². ولتحقق توطن الشخص في دولة معينة، يجب توافر عنصر مادي يتمثل في إقامة الشخص بشكل مستمر في تلك الدولة، وعنصر معنوي يتمثل في وجود نية لدى هذا الشخص للبقاء والاستقرار في دولة معينة وأن يتخذ فيها مستقراً مسكناً بشكل دائم³. والاستقرار لا يعني أن تتصل الإقامة دون انقطاع، وإنما يعني استمرار الإقامة وفق مع يتحقق معها شرط الاعتياد حتى وإن تخللتها فترات من الغيبة⁴.

ويمكننا التمييز بين الموطن والإقامة، فالموطن هو مكان إقامة الشخص لمدة غير محددة بنية الاستقرار، في حين أن محل الإقامة هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بشكل مادي لمدة محدودة دون نية البقاء. إذ يتوفر في محل الإقامة العنصر المادي فقط دون العنصر المعنوي⁵.

ورغم هذا الاختلاف، فقد جعل المشرع الجزائري محل الإقامة العادية يحل محل الموطن في حالة عدم وجود مقر للسكن الرئيسي، بموجب المادة 36 من القانون المدني بقولها: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن."

وعليه يكون القضاء الجزائري مختصاً متى كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في الجزائر، سواء حمل المدعي عليه الجنسية الجزائرية أو كان أجنبياً، وذلك وفقاً للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁶.

1 - محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 622.

2 - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 152.

3 - أحمد عبد الكريم سلامة، م رجع سابق، ص 1048.

4 - غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 283.

5 - المرجع نفسه.

6 - تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " 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

وتُعتبر قاعدة الاختصاص القائمة على أساس موطن المدعى عليه من أقدم قواعد الاختصاص القضائي الدولي. وهي الأكثر انتشاراً في التشريعات الحديثة، فهي قاعدة عامة وأصلية لتحديد الاختصاص القضائي على المستويين المحلي والدولي¹.
ويطرح الاختصاص القضائي المبني على معيار الموطن إشكاليتين تتعلق الأولى بتعدد المواطن في حين تتعلق الثانية بانعدام الموطن.

وبالعودة للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها وضعت حلاً لهاتين الإشكاليتين، حيث أكدت أن الاختصاص القضائي يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى كأصل عام، وفي غياب موطن معروف للمدعى عليه، فالاختصاص ينعقد للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص للجهة القضائية الواقعة في دائرة اختصاصها الموطن المختار، ما لم يقي القانون بما يخالف ذلك².

بناءً على ذلك، يجوز رفع دعوى قضائية متعلقة بإثبات زواج دولي ضد الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية إذا كان لديه موطن في الجزائر أو محل إقامة فيها، أو إذا كانت الجزائر تمثل آخر موطن له. كما ينطبق ذلك في حال اختار الخصوم موطناً لهما في الجزائر.

من المهم الإشارة إلى، أن بعض التشريعات العربية³ جعلت من موطن المدعي معياراً لتحديد اختصاص محاكمها الوطنية في قضايا الأحوال الشخصية. عندما يكون المدعي أجنبياً له موطن في دولة المحكمة، مع عدم وجود موطن معروف للمدعى عليه

المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. " ورغم تعلق هذه المادة بالاختصاص القضائي المحلي الداخلي، إلا أنه وفق ما هو معمول به فقها وقضاء يجوز مدها على المجال الدولي.

¹ محمد مبروك اللافي، مرجع سابق، ص 214.

² - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم الإجرائي، مرجع سابق، ص 82.

³ - من بينها المشرع المصري في المادة 30/7 من قانون المرافعات، والمشرع الكويتي في المادة 08 من قانون رقم 05 لعام، 1961 المشرع اللبناني بموجب المادة 79 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، المشرع السوداني بموجب المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية، المشرع السوري من خلال المادة 07 من قانون أصول المحاكمات المدنية، والمشرع البحريني بموجب المادة 15 من قانون المرافعات

في الخارج، أو إذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بانعقاد الزواج أو آثاره¹.

وعلى خلاف ذلك لا يوجد نص تشريعي جزائري يقرر الأخذ بضابط موطن المدعي لعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية في مسائل الأحوال الشخصية، وهو الأمر المكرس في بعض الدول العربية الأخرى على غرار ليبيا، الأردن، العراق².

وعلى العموم، يُعتبر موطن الشخص أو محل إقامته معياراً لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم. وبناءً على هذا المعيار، تتولى المحاكم النظر في المنازعات الدولية المتعلقة بعقد الزواج، مثل دعاوى المعارضة في الزواج ودعاوى إثباته.

البند الأول: دعوى المعارضة في عقد الزواج ودعاوى إثباته

وتبنى المعارضة في عقد الزواج على تخلف شرط من الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج، كتخلف الرضا أحد الزوجين أو من يتطلب القانون على الزواج كالوالدين أو أحدهما، أو تخلف أهلية الزواج، أو بوجود مانع من موانع الزواج. وتخلف أي شرط من الشروط، كما قد يعترض على الزواج الذي أبرم من طرف الموثق دون التأكد من توفر الشروط الموضوعية لعقد الزواج، فيقوم من له مصلحة بالاعتراض عليه لوقف توثيق العقد.

فبموجب الفقرة 3 من المادة 30 من قانون المرافعات المصري عقد المشرع المصري الاختصاص لمحاكمه الوطنية في دعوى المعارضة في عقد الزواج المراد إبرامه أمام مكاتب التوثيق المصرية³

¹ - حيث تنص الفقرة السابعة من المادة 30 من قانون المرافعات المصري على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي 2 ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال التالية - إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنياً أو أجنبياً له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى".

² - ممدوح حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 381.

³ - تنص المادة 30/3 من قانون المرافعات المصري على: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصري"

وتأسيسا على ذلك، في حال أراد الزوجان إبرام عقد زواجهما أمام موثق مصري وحدثت معارضة من قبل البعض على هذا الزواج من أجل وقف العقد لاشتماله على مانع من موانع الزواج، فإن دعوى المعارضة يؤول الاختصاص فيها للمحاكم المصرية. والحكمة من اختصاص المحاكم المصرية، هو سرعة الفصل في دعاوى المعارضة. وذلك لأن المحكمة المختصة بالنظر في هذه الدعاوى تقع في نفس الدولة التي تم فيها إبرام عقد الزواج. ولا تتحقق هذه السرعة لو تم تعليق أداء الموثق المصري لوظيفته على ما تقررته محكمة أجنبية بشأن المعارضة، لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل إبرام العقد حتى يتم الفصل في دعوى المعارضة من قبل تلك المحكمة، وهي نتيجة غير مقبولة. خاصة أن العقد نفسه يخضع من الناحية الشكلية لقانون بلد الإبرام أي الدولة التي تم فيها توثيق عقد الزواج. بالإضافة إلى أن الموثق يقوم بأداء وظيفته طبقا لقانونه، مما يستدعي أن يكون البت في الاعتراض من اختصاص السلطة المختصة في دولته¹.

أما المشرع الجزائري. فقد تعرض لبيان المحكمة المختصة بالفصل في بعض الدعاوى المتعلقة ببعض الشروط الموضوعية لعقد الزواج بموجب المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فجاء في الفقرة السابعة من هذه المادة " في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص" وجاء في الفقرة الثامنة منها " في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه" وقضت الفقرة التاسعة منها ب: " في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية"

من الفقرات السابقة، نستنتج أنه في حال كانت الدعوى تتعلق بالترخيص بالزواج لشخص لم يبلغ السن القانوني، فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن طالب الترخيص. أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالنزاع حول الصداق، فيؤول الاختصاص لمحكمة مكان موطن المدعى عليه. وفي حالة النزاع حول الولاية، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي تقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية².

ولا يشير تطبيق الفقرتين 8 و 9 من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أي إشكال في حال وجود موطن المدعى عليه أو مكان ممارسة الولاية

¹ - هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، التنظيم الإجرائي، مرجع سابق، ص 94

² سنقوقة سائح، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج 11. دار الهدى، الجزائر، 2011، ص. 584.

في الجزائر، حيث تكون للمحاكم الجزائرية الولاية. ويكون الإشكال في حالات الزواج المختلط إذا تم إبرامه في الجزائر وتخلف شرط الصداق مع عدم وجود موطن للمدعى عليه في الجزائر، أو تخلف شرط الولاية مع عدم وجود مكان لممارستها في الجزائر. في هذه الحالة، ما هي المحكمة المختصة؟

في هذه الحالة، إذا كان أحد أطراف الدعوى يحمل الجنسية الجزائرية، فإن المحاكم الجزائرية تكون هي المختصة. لكن بناءً على معيار الجنسية المنصوص عليه بموجب المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بدلا عن المعايير المحددة في الفقرتين الثامنة والتاسعة من المادة 426 من ذات القانون، أما إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية ولم يتمتع أيهما بالجنسية الجزائرية، فإن لإشكال يظهر أكثر بخصوص المحكمة المختصة. إذ لا يمكن في هذه الحالة أن ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية نظراً لعدم توفر الضوابط المنصوص عليها في الفقرتين 8 و 9 من المادة 426، بالإضافة إلى عدم توفر شرط ضابط الجنسية المقرر في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على الرغم من أن إبرام عقد الزواج تم في الجزائر. لذا، كان على المشرع الجزائري أن يدرج نصاً صريحاً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقضي باختصاص المحاكم الجزائرية في دعوى المعارضة في عقد الزواج، متى تم إبرام العقد أمام موثق جزائري، على غرار ما فعله المشرع المصري.

البند الثاني: دعوى إثبات الزواج

ومن الدعاوى التي ينعقد فيها الاختصاص على أساس ضابط موطن المدعى عليه دعوى إثبات الزواج- محل الدراسة- حيث ترفع هذه الدعوى بمكان تواجد موطن المدعى عليه والذي يكون في الغالب موطن الزوجية¹، وهو ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " تكون المحكمة المختصة إقليمياً: ... في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه"

بناءً على النص السابق، في حال نشوب نزاع حول واقعة الزواج المختلط بين الزوجين أو بين من لهم مصلحة، حيث يدعي أحدهما صحة الزواج قانوناً وشرعاً بينما ينفي الآخر ذلك ويطعن في صحته، فإن السبيل الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو رفع

¹ - الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 145.

دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه¹.

بالإضافة إلى دعوى المعارضة في الزواج ودعوى إثباته، فإن المشرع الجزائري قد أسس بعض الدعاوى المتعلقة بآثار الزواج على ضابط الموطن، ففي دعاوى النفقة عقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي المطالب أو الدائن بالنفقة، حيث خرج عن القاعدة العامة التي تمنح الاختصاص لموطن المدعى عليه² مراعي الجانب الضعيف في الدعوى، وهو ما قضت به الفقرة 2 من المادة 40 والمادة 426 في فقرتها الخامسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³

كما عقد المشرع الجزائري الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه في دعاوى: إثبات النسب أو الاعتراف به - بنوة كانت أم أبوة أم أمومة لشخص مجهول النسب، وأيضا في دعاوى إنكار الأبوة⁴ بموجب المادة 490 من الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: رفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعى عليه".

هذا، ويمكن أن يتعطل الدور الذي تلعبه معايير الجنسية أو الموطن المذكورة سابقاً في تحديد المحكمة المختصة دولياً في دعاوى إثبات الزواج، وذلك عندما تتدخل إرادة الأطراف في اختيار المحكمة المختصة. كما يمكن أن يُعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بغض النظر عن تحقق أي من الضوابط السابقة تفادياً لإنكار العدالة، وهو ما سيكون محور البحث في المطلب التالي.

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 88.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 108.

³ - حيث نصت المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها 2- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن " ونصت فقرة 5 من المادة 426 من نفس القانون على " في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها"

⁴ سنقوقة سائح، مرجع سابق، ص. 663.

الفرع الثالث: الاختصاص القضائي القائم على ضابط القانون المختص

يعقد بموجب هذا الضابط الاختصاص للمحاكم التي تقرر قواعد الإسناد في قانون دولتها أن قانونها هو الواجب التطبيق على النزعات المتضمنة عنصراً أجنبياً، وبني هذا الضابط على أساس أن القاضي الوطني يكون أكثر دراية وفهماً لقانونه مقارنة بفهم واستيعاب القانون الأجنبي في هذه المسائل¹.

وعليه، يُثبت الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية للنظر في نزاعات إثبات الزواج التي تتضمن عنصراً أجنبياً، وذلك في الحالات التي يتحدد فيها اختصاص القانون الجزائري بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية. مما يؤدي إلى تحقيق التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، رغم أن الأصل هو عدم التلازم واستقلالية كل منهما². ولم يتبنّ المشرع الجزائري هذا الضابط بشكل صريح، على عكس القانون المصري الذي تبناه صراحة بموجب المادة 30 من قانون المرافعات³، التي قرر فيها المشرع المصري عقد الاختصاص لمحاكمه الوطنية تأسيساً على أن القانون المصري هو المختص بحكم النزاع شريطة أن يكون المدعى وطنياً أو أجنبياً متوطناً في مصر. على أن يدور النزاع حول مسألة من مسائل الأحوال الشخصية – بما فيها مسائل انعقاد الزواج والمعارضة فيه، مع عدم وجود موطن أو محل إقامة للمدعى عليه في مصر، بالإضافة لكون القانون المصري هو الواجب التطبيق على النزاع⁴.

فخلافاً للمبادئ العامة وبموجب نص هذه المادة ألزم المشرع المصري القاضي بالبحث عن القانون الذي يحكم النزاع المرفوع إليه قبل الفصل في اختصاص المحكمة المصرية، فإذا تبين له أن القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإنه يقرر اختصاصه. أما إذا تبين له عكس ذلك، فعليه أن يحكم بعدم اختصاصه. ومن هنا، نجد

¹ غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 288.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 689.

³ نصت المادة 30 حيث نصت على أنه: "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 وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق".

⁴ هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم الموضوعي والإجرائي للعلاقات الدولية الخاصة، الجزء الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 80.

أن المشرع المصري قد نص في المادة المذكورة على حكم استثنائي بمقتضاه يجلب الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي¹.

ويتناول الفقهاء عدة حالات يجلب فيها الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي. من بينها حالة الزواج الأعرج، حيث يكون الزواج صحيحاً وفقاً لقانون القاضي ولكنه باطل من منظور القانون الشخصي للزوجين. فإذا تزوج زوجان إسبانيان في الشكل المدني في فرنسا، على نحو يتعارض مع قانونهما الوطني الإسباني، فزواجهما صحيحاً وفقاً للقانون الفرنسي، فإن الفقه الفرنسي والألماني يتجهان في هذه الحالة على أن الحكم بالطلاق بين الزوجين يخضع للقانون الفرنسي الذي منح زواجهما الشرعية. وبالتبعية، تكون المحاكم الفرنسية هي المختصة بإيقاع الطلاق².

وقد تبنى القضاء الفرنسي ضابط القانون المختص، ولعل من بين الأسباب التي دفعته إلى اعتماد هذا الحل هو أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على النزاع طبقاً لقواعد الإسناد الفرنسية³.

وبالنظر للتفسير الموسع الذي تبناه القضاء الجزائري للمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتضمنها جميع القضايا، ولكفالة تطبيق القانون الجزائري في حال كون أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، وفق ما تقضي به المادة 13 من القانون المدني الجزائري، منحت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 1993/06/23 الاختصاص للقضاء الوطني للنظر في النزاعات التي يكون طرفيها جزائريين، حتى في حال تخطى أحد الأطراف عن الامتياز المقرر لصالحه فتمسك أحدهما يكفي لاختصاص المحكمة بالنزاع والفصل كفالة لتطبيق القانون الوطني الذي هو مختص حسب قواعد الإسناد الجزائرية، إذ جاء في القرار: "من المقرر قانوناً 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، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن طرفي النزاع يقيمان في

¹ - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم الموضوعي والإجرائي للعلاقات الدولية الخاصة، الجزء الثاني،

الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 80

² - ممدوح حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 381.

³ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 132.

بلد أجنبي فإنه لا يمكن التخلي والامتناع على الفصل في النزاع القائم بين جزائريين لصالح قضاة أجنب وأنب إجابة قضاة الموضوع على الدفع المتعلق بعدم اختصاص القضاء الجزائري يكونوا قد أعطوا تعليلاً كافياً لقرارهم مما يستوجب رفض الطعن¹ يتضح من هذا القرار أن المحكمة العليا تمسكت باختصاص القضاء الجزائري بالنظر لكون القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على هذه القضية على اعتبار أنه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب ما تقضي به قاعدة الاسناد في المادة 12 من القانون المدني وكذلك الامتياز المقرر لصالح الوطني وفق ما تقضي به المادة 13 من نفس القانون.

بعد الانتهاء من مناقشة الضوابط الأصلية التي تحدد اختصاص المحاكم الجزائرية في النظر في دعاوى إثبات الزوجية، سنقوم بعرض الضوابط الاستثنائية التي تمنح المحاكم الوطنية سلطة النظر في هذه النزاعات، رغم عدم اختصاص القضاء الوطني في الأصل بالنظر فيها.

المطلب الثاني: الضوابط الاستثنائية للاختصاص القضائي الدولي

للمحاكم الوطنية في مسائل اثبات الزواج.

ينعقد الاختصاص القضائي الدولي استثنائياً للمحاكم الوطنية استناداً لمسألة فرعية ليست في الأصل من اختصاصه²، فهو إذن "الاختصاص الذي يخول المحكمة سلطة الفصل في الدعوى رغم غياب أي ارتباط إقليمي أو شخصي يتحدد بواسطته اختصاصها"³.

وتبنى الضوابط الاستثنائية على اعتبارات خاصة ترتكز احترام إرادة الخصوم في التقاضي أمام قضاء دولة معينة (الفرع الأول)، أو على معيار تقادي انكار العدالة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الاختصاص القائم على الخضوع الاختياري

¹ - قرار لمحكمة العليا، صادر بتاريخ 06/23 /1993، المجلة القضائية، عدد 01 لسنة 1994، ص 63-67.

² - غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 291.

³ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 310.

من المستقر عليه، أن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفتها. هذا ما أكد المشرع الجزائري من خلال المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية، التي نصت على أنه "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى وإن لم يكن مختصاً إقليمياً..."

وباعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي امتدادا لقواعد الاختصاص المحلي، فإنه يمكن التسليم بجواز الاتفاق بين الأطراف على رفع دعواهم امام جهة قضائية معينة تأسيسا على مبدأ الخضوع الإرادي المكرس العديد من التشريعات. وعليه سوف نستعرض مضمون مبدأ الخضوع الاختياري (البند الأول) ونبين شروطه (البند الثاني).

البند الأول: مضمون ضابط الخضوع الاختياري

يقصد بالخضوع الاختياري إرادة أطراف الخصومة في تعيين قضاء دولة بعينها، للفصل في المنازعة التي تنشأ بينهم، فبموجبه يقوم الأطراف بمنح الاختصاص القضائي لمحكمة في الأصل غير مختصة بالنظر في نزاعهم حسب قواعد الاختصاص في قانون دولتها، وفي الوقت ذاته يستبعدون اختصاص محكمة مختصة في الأصل للفصل في نزاعهم¹

وتم تعريفه في المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لسنة 2005 في إطار شرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية بأنه: "الاتفاق" الحصري بين طرفين أو أكثر والذي بموجبه يتم تعيين محاكم إحدى الدول المتعاقدة أو محكمة أو محاكم محددة لإحدى الدول المتعاقدة من أجل النظر في الدعاوى التي نشأت أو التي قد تنشأ بخصوص علاقة تعاقدية معينة، حتى وإن كانت الدعوى أصلا من اختصاص محاكم دولة معينة من الدول المتعاقدة"²

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 863.

² - المادة 3 من اتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية عقدت سنة 2005 ودخلت حيز النفاذ بالنسبة للدول التي صادقت عليها في 11/07/2015 بعد انضمام ومصادقة الاتحاد الأوروبي عليها في نفس العام. الاتفاقية موجودة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court>

تمت الزيارة في: 2024/06/28 على الساعة 16:00.

وتأسيساً على ذلك قد يتم اتفاق بين الراغبين في الزواج على تحديد قضاء دولة معينة للنظر في المنازعات التي قد تنشأ عند تنفيذ هذا العقد أو بعد إبرامه، ويمكن أن يكون هذا الاتفاق صريحاً بموجب عقد مكتوب يتفق الطرفان من خلاله على منح الاختصاص لقضاء دولة معينة للفصل في دعوى ثبوت الزوجية أو الاعتراض عليها. كما يمكن أن يكون الاتفاق ضمنياً، وذلك من خلال تعيين الطرفين موطناً مختاراً في دولة معينة، أو بحضور أحدهما جلسة المحاكمة دون أن يقيد خضوعه الاختياري لقضاء تلك الدولة. إذ يعد سكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص دليلاً على قبوله الضمني للخضوع لولاية محاكم هذه الدولة¹.

أما في حالة حضر المدعى عليه، وقدم دفعا بعدم اختصاص المحكمة، فيتعين عليها الاستجابة لطلبه². أما في حال غيابه عن الدعوى المرفوعة ضده، فلا يمكن اعتبار ذلك قبولاً ضمنياً لاختصاص المحكمة. بل يجب على المحكمة في هذه الحالة أن تقضي بعدم اختصاصها في الدعوى من تلقاء نفسها³.

البند الثاني: موقف القوانين المقارنة من ضابط الخضوع الاختياري

تباينت مواقف القوانين المقارنة تجاه اعتماد مبدأ الخضوع الإرادي كمعيار من معايير الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم. فقد تبنت بعض القوانين هذا المبدأ بشكل مطلق، مثل القانون الأمريكي⁴، الذي أخذ بالأثرين الجالب والسالب للاختصاص. بينما اعتمدت قوانين أخرى هذا المبدأ بشروط، كما هو الحال في القانون التركي⁵. وهناك قوانين اعترفت به جزئياً، حيث قبلت فقط الأثر الجالب للاختصاص، على غرار بعض

¹ - غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 291.

² - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 312.

³ - حسين الهداوي، مرجع سابق، ص 252.

⁴ - النسخة باللغة الإنجليزية من القانون الأمريكي متوفر على الموقع

⁵ - تنص المادة 48 من القانون الدولي الخاص التركي رقم 5817 لسنة 2008 على: "في حال عدم اختصاص المحاكم التركية في نظر الدعوى بسبب الارتباط الإقليمي، فإنه يحق للأطراف أن يتفقوا على إخضاع النزاع لمحاكم دولة أجنبية، والاتفاق يعد نافذاً فقط في حال تثبيته في العقد كتابة، وبشرط عدم دفع المحاكم التركية باختصاصها في نظر الدعوى، أما في حالة رفض المحكمة الأجنبية المختارة النظر في النزاع فتعد المحاكم التركية هي المختصة"، النسخة الرسمية للقانون باللغة التركية متاح على موقع الجريدة الرسمية المنشور فيها القانون على الرابط <https://www.resmigazete.gov.tr> تمت الزيارة يوم: 2025/01/28 على الساعة 15:00.

الدول العربية التي أقرت بمبدأ الخضوع الاختياري في الحالة التي يكون الاتفاق جالبا للاختصاص، أي الاتفاق الذي لا يسلب اختصاص محاكمها الوطنية، فيعتد القانون المصري بإرادة الأطراف كضابطا يمكن بموجبه الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، وكرسه بموجب المادة 32 من قانون المرافعات المصري التي نصت على " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا"، ويتبن من هذا النص أن المشرع المصري يأخذ فقط بالأثر الإيجابي لاتفاق الخضوع الاختياري، ونفس النهج تبناه المشرع الأردني من خلال الفقرة الثانية من المادة 27 من قانون الأصول والمحاكمات المدنية¹.

وقد أخذ المشرع التونسي بمبدأ الخضوع الاختياري بشكل صريح سواء كان الاتفاق عليه يجلب الاختصاص للمحاكم التونسية أو يسلبه منها، هذا ما يستشف من حيث نصت المادة 4 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على: " تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عينها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية"، ونصت الفقرة 2 من المادة الخامسة على " تنظر المحاكم التونسية أيضا : 2... - إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نفذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلا إذا تضمن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية²".

وبخصوص المشرع الجزائري فقد أجاز صراحة للخصوم على المستوى الداخلي الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا بنظر الدعوى من خلال المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا" ويستشف من نص هذه المادة أن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظم العام مادام الاتفاق على مخالفته جائزا هو الأمر الذي أكدته أيضا المادة 47 من ذات القانون التي

¹ - والتي نصت على أنه: " تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعاوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا"

² - المادة 4 و 5 من قانون ع. 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998م يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

أوجبت إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول¹

ولما كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر - بحسب الفقه والقضاء - ، امتدادا لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، فهي وفقا لنص المادتين السابقتين ليست من النظام العام. وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، بما يسلب الاختصاص من المحاكم الجزائرية رغم اختصاصها أو يجلب لها الاختصاص رغم عدم اختصاصها².

وما يعزز أخذ المشرع بمبدأ الخضوع الاختياري وإعماله في المجال الدولي، ما رصدناه في الاتفاقيات الدولية التي عبرت فيها الدولة الجزائرية عن قبولها لمبدأ الخضوع الاختياري، وعلى رأسها اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي بموجب المادة 34 في فقرتيها (د) و (فقرة هـ) والتي جاء فيها: "في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية (د) إذا قبل المدعى عليه صراحة اختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان ذلك عن طريق تعيين موطن مختار أم عن طريق الاتفاق على اختصاصها، هـ - إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع" و يتبين من خلالهما وبشكل جلي قبول مبدأ الخضوع الاختياري في صورتيه الضمنية (فقرة هـ) والصريحة فقرة (د)³، هذا ما تم تقريره أيضا في اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي بموجب المادة 28 منها والتي نصت على: "... في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و 27 من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية : ... هـ - إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق اتفاق الخضوع الاختياري في

¹ - تنص المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول"

² - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص

³ - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي والتي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 94-181 مؤرخ في: 1994/06/27، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة لانوف (ليبيا) في 09 و 10 مارس سنة 1991م، الجريدة الرسمية عدد 43، سنة 1994م، ص 06.

صورته الصريحة على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق، و إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع¹.

إن تطبيق قاعدة الاختصاص المبنية على مبدأ الخضوع الاختياري لمحكمة معينة تتطلب مسبقا وجود عدة شروط هامة، بمعنى تحديد مجال ما هو مقبول فهذه الحرية الممنوحة للأشخاص في مجال الاختصاص القضائي، والتي سوف نتناولها في البند الموالي.

البند الثاني: شروط الخضوع الاختياري.

لقد أصبح ضابط الخضوع الاختياري مستقر عليه في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وحتى يكون الاتفاق فعال يعقد الاختصاص لمحكمة معينة، أو يسلب منها الاختصاص، يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط نتناولها تباعا:

أولا: وجود صلة جدية بين النزاع ودولة المحكمة المختارة.

على غرار ما هو مقرر في مجال تنازع القوانين من اشتراط توفر صلة بين العقد والقانون الذي يختاره الأطراف لحكمه، فإن غالبية الفقهاء وكذا أحكام القضاء تشترط مثل هذه الصلة حين يتعلق الأمر بالخضوع الاختياري، ويتبلور هذا الشرط في ضرورة أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي اتفق عليها الخصوم، تستمد هذه الرابطة الجدية من عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم، كما قد تتحدد الرابطة الجدية استنادا إلى عناصر موضوعية مستمدة من العلاقة القانونية محل لنزاع كمحل إبرام العقد²

وفي حال انعدام الرابطة الجدية، كان للمحكمة المعروض أمامها النزاع عن طريق الخضوع الإرادي أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها³.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 11/02/2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06/04/1083، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر سنة 1997م من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، الجريدة الرسمية، عدد 11، سنة 2001م

² - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1059.

³ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 313.

ويستند حق القاضي في التخلي عن اختصاصه، الذي يستند إلى خضوع الأطراف الاختياري لسلطة محاكم دولته، على اعتبارين رئيسيين. يتعلق الأول بإغلاق باب التحايل أو الغش في تحديد الاختصاص من قبل الأفراد. فرغم أن القانون يعترف بإرادة الأفراد ويعتبرها معياراً للاختصاص القضائي الدولي، إلا أنه لا يترك لهم حرية مطلقة في اختيار المحكمة التي يرغبون فيها، وذلك لما قد يترتب على ذلك من تأثير على القانون الواجب التطبيق، والذي قد يتحدد بناءً على ميولهم وأهوائهم. أما الاعتبار الثاني فيتعلق بمبدأ فعالية تنفيذ الأحكام على الصعيد الدولي، حيث إن الحكم الصادر عن دولة معينة دون وجود رابط بين النزاع وإقليم تلك الدولة سيكون فاقداً للقوة والفعالية¹.

فمثلاً، لو اختارا زوجان مصريان - أبرما عقد زواجا عرفيا بمصر وكانا متوطنان بفرنسا - القضاء الجزائري - للفصل في إثبات زواجهما، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي الجزائري القضاء بعدم الاختصاص في هذا النزاع لعدم وجود أي صلة بينه وبين الإقليم الجزائري.

ثانياً: عدم قيام ضابط الخضوع الاختياري على الغش أو التحايل

وهذا الشرط يمثل الجانب الآخر لشرط الصلة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة، إذ أن في تطبيق إرادة الأطراف بخصوص تحديد بالاختصاص القضائي، يفتح المجال أمامهم للتحايل. فقد يسعى الأطراف عمداً إلى التهرب من المحكمة المختصة في النزاع المتعلق بإحدى مسائل الزواج، ويختارون المحكمة التي يعلمون مسبقاً أنها تطبق قانوناً تمكن أحكامه من الحصول على حكم يتماشى مع مصالحهم الشخصية. لذا، يُشترط للاعتداد بإرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة أن لا يتضمن هذا الخضوع الإرادي أي غش أو تحايل على القانون².

ثالثاً: شرط الصفة الدولية للنزاع

درج بعض الفقهاء على اشتراط أن يكون النزاع الذي يتفق الأطراف على إخضاعه لقضاء دولة معينة يحمل صفة دولية حتى يتم قبول اتفاق الخضوع الاختياري، مما يترتب

¹ - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 68.

² - هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي للعلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 70.

عليه بطلان أي اتفاق يمنح محكمة أجنبية اختصاص النظر في المنازعات الوطنية البحتة، إذ يُعتبر اتفاق الأطراف ذوي الجنسية المشتركة على منح اختصاص المحاكم في دولة أخرى للنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بينهما في الدولة التي ينتميان إليها باطلاً وعديم الأثر¹.

وقد لاقى هذا الشرط انتقاد من جانب بعض الفقه، كونه شرط يفنق للمضمون كون أن الاختصاص القضائي الدولي لا يقوم إلا إذا كانت العلاقة محل لتنازع القوانين، وهذا الأخير لا يطرح إلا بشأن علاقة ذات طابع دولي².

بالإضافة إلى الشروط التي تم ذكرها سابقاً، فقد اختلف الفقه المصري حول شرط وجوب أن يؤدي الخضوع الاختياري في دعاوى الزواج المختلط إلى جلب الاختصاص للمحاكم المصرية لا إلى سلبه منها فأيد البعض منهم³ هذا الشرط، في حين يرى جانب آخر من الفقهاء المصريين أنه لا مانعاً في تقرير حق الأفراد في سلب الاختصاص من المحاكم المصرية لصالح قضاء دولة أجنبية، شريطة أن يكون مصلحة للخصوم في عرض دعواهم أمام القضاء الأجنبي، وألا يكون النزاع مرتبطاً بالنظام القانوني المصري ارتباطاً وثيقاً. وإذا تحققت تلك الشروط، يتعين على المحاكم الوطنية التخلي عن الاختصاص الثابت لها في الأصل، في حال تبين لها أن الحكم الذي سيصدر عنها سيكون بلا قيمة، كون المحكمة الأجنبية التي سلب اختصاص المحاكم المصرية لصالحها ستكون أكثر قدرة في التصدي للنزاع، تكفل تنفيذ الحكم الصادر بشأنه. ويأتي ذلك في إطار مراعاة مبدأ التعاون الدولي الذي تفرضه متطلبات التعايش المشترك في المجتمع الدولي⁴.

وأخير نشير إلى، أن مسألة تقدير مدى جواز الخضوع الإرادي لولاية المحاكم الوطنية تخضع - وفقاً للرأي السائد - لقانون القاضي فهو الذي يحدد إمكانية جلب أو سلب الاختصاص بناءً على إرادة الأطراف، كما يختص بتحديد شروط هذا الخضوع في

¹ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 133.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1060.

³ منهم الدكتور عز الدين عبد الله ومحمد كمال فهمي وهشام صادق. راجع، هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم الموضوعي والإجرائي للعلاقات الدولية الخاصة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 123.

⁴ - هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي، . . . مرجع سابق، ص 110.

حال الأخذ به. وهو الذي يحدد مدى إلزامية امتثال القضاء الوطني لإرادة الخصوم في الخضوع لاختصاصه في جميع الحالات، وإمكانية التخلي عن نظر الدعوى في حالات معينة بسبب عدم توافر شرط من شروط صحة الاتفاق الذي يمنح الاختصاص¹.

الفرع الثاني: الاختصاص القائم على فكرة عدم إنكار العدالة.

الأصل أن يعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية للفصل في منازعات الزواج الدولية على أساس توافر أحد الضوابط التي يقرها قانونها، فإذا لم تخص المحاكم الوطنية لعدم توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص، فاحتمال بقاء الدعوى من دون قضاء يفصل فيها لعدم اختصاص أي قضاء للنظر فيها. وهذا ما ينتج عنه إنكار العدالة².

ولتجنب هذا الوضع، قررت بعض الدول، وعلى رأسها فرنسا، أن تجعل من تقاضي إنكار العدالة أحد الأسباب التي تستند إليها في تحديد اختصاص محاكمها الوطنية. فتوصل الفقه والقضاء في فرنسا، إلى أنه يتعين اختصاص المحاكم الفرنسية متى تعلق الأمر بخصومة ضالة لا ينعقد الاختصاص بنظرها لأي محكمة، شريطة أن لا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في فرنسا أو خارجها، وأن يكون للنزاع صلة بالإقليم الفرنسي، كأن يكون المدعي متوطن في فرنسا³.

وقد جعل القضاء الفرنسي الاختصاص المبني على فكرة تجنب إنكار العدالة اختصاصا عاما يشمل على حد سواء مسائل الأحوال الشخصية والعينية، مستثنا من هذا الاختصاص الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج⁴.

وبذلك ينصرف الحكم الاختصاص القائم على تقاضي إنكار العدالة دعاوى صحة انعقاد الزواج وإثباته، إذ يمكن للمحاكم الفرنسية الفصل في هذه الدعاوى بصرف النظر إن كانت مختصة أصلا بها أم لا، إذا توفرت الشروط المذكورة سابقا.

وتبنى فكرة عدم إنكار العدالة المشرع المصري بموجب المادة 30 من قانون المرافعات في فقرتها السابعة، والذي وفقها تختص المحاكم المصرية إذا لم يكن للمدعي

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1058.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1058.

³ - محمد حبار، مرجع سابق، ص 19.

⁴ - هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص 128.

عليه موطن معروف في الخارج وكان المدعي مصرياً أو أجنبياً متوطناً في مصر وكانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية¹.

ولئن كان المشرع المصري قد قرر هذا الحكم قصد تجنب إنكار العدالة²، إلا أنه وبخلاف القضاء الفرنسي، لم يأخذ به بشكل مطلق، بل اقتصر أعماله على القضايا دعاوى الأحوال الشخصية فقط³، متى وجدت رابطة بين النزاع والإقليم المصري.

وعليه وحتى ينعقد الاختصاص بناء على فكرة تجنب إنكار العدالة في هذه الحالة يجب أن لا يكون للمدعى عليه الأجنبي موطن أو محل إقامة في الدولة المعنية ولا موطن معروف في الخارج، ويكون المدعي في الدعوى وطنياً أو أجنبياً متوطناً في الدولة المعنية. وأن تتعلق الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة (كدعوى إثبات الزواج أو فسخه أو الطعن ببطلانه، وتحديد ما يدخل في الأحوال الشخصية يرجع فيه للقانون الوطني، لتعلق الأمر بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص الوطنية⁴).

كما اشترط المشرع المصري لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية استناداً للمبدأ السابق أن لا تكون هناك محكمة أجنبية مختصة على أساس ضابط آخر⁵.

ولتلافي بقاء دعاوى إثبات الزواج الدولية دون فصل بسبب عدم اعتراف أي قضاء باختصاصه، بشأنها، لا نجد ما يمنع المشرع الجزائري من تبني ما توصل إليه القضاء الفرنسي والتشريع المصري، ليورد نص يمنح من خلاله الاختصاص للمحاكم الجزائرية للفصل في منازعات الأحوال الشخصية وغيرها على أساس مبدأ تقادي إنكار العدالة.

هذا، ويترتب على ثبوت الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بالنظر منازعات إثبات الزواج المتضمنة عنصر أجنبي ثبوت اختصاص هذه المحاكم أيضاً في الفصل بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية ولم تكن مختصة بالنظر فيها فيما لو طرحت أمامها

¹ - تنص المادة 7/30 من قانون المرافعات المصري على " تختص المحاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى".

² - عز الدين عبد الله مرجع سابق، ص 689.

³ - المادة 30 من قانون المرافعات المصرية

⁴ - عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 75.

⁵ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 688

في صورة دعوى مستقلة¹، تحقيقاً لحسن سير العدالة وتجنباً لتضارب الأحكام² وهو شأن المسائل الأولية³، والطلبات العارضة⁴ والطلبات المرتبطة⁵، كما تختص تبعاً لذلك بالإجراءات الوقتية والتحفظية⁶.

هذا، وإذا آل الاختصاص للمحاكم الوطنية أو الأجنبية للفصل في دعاوى إثبات الزواج المشتملة على عنصر أجنبي وفقاً لأحد الضوابط المقررة في القانون الوطني أو في القانون الأجنبي، فإن الدعوى ستنتهي لا محالة بحكم يفصل في موضوعها. فإن كان الاعتراف بالحكم الوطني لا يثير أي إشكال في تنفيذه في الإقليم الوطني، في حين إذا صدر الحكم عن القضاء الأجنبي نتيجة لاختصاصه يثير التساؤل حول مصير هذا الحكم خصوصاً حينما يراد تنفيذه في دولة أخرى غير تلك التي أصدرته وهو ما سنتتبعه بالدراسة والتحليل في المبحث الموالي.

¹ - هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 99.

² - المرجع نفسه

³ - يقصد بالمسائل الأولية، تلك المسائل التي يتعين على القاضي الفصل فيها بداءة قبل لخوض في موضوع النزاع الأصلي المعروض أمامه، ومن أمثلتها، تحديد جنسية الخصم أو موطنه للتأكد من مدى اختصاص المحاكم بالنظر في النزاع، أو لمعرفة القانون واجب تطبيقه على النزاع، راجع محمد حبار، مرجع سابق، ص 219 وهشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 188.

⁴ - الطلبات العارضة، هي تلك الطلبات التي يقدمها أطراف الخصومة أثناء سير الدعوى من شأنها أن تؤدي إلى تغيير نطاق الدعوى زيادة أو نقصان من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها، راجع أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1093

⁵ - والطلبات المرتبطة، هي تلك الطلبات التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بطلبات أخرى يكون من المفيد جداً جمعها أمام محكمة واحدة لكي يفصل فيها في خصومة واحدة تلافياً لتضارب الأحكام القضائية، راجع محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 316

⁶ - الإجراءات الوقتية والتحفظية هي عبارة عن تدابير مؤقتة تتم بصفة مستعجلة ولا تمس أصل الحق وتكون في صورة تحفظية للحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها، راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1007.

المبحث الثاني: تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بإثبات الزواج

إن منازعات إثبات الزواج الدولي كسائر المنازعات الأخرى، تنتهي بصدور حكم قضائي يفصل في موضوعها، وليعطي الحكم ثماره يقتضي تنفيذه، لأن التنفيذ هو الهدف الأساسي من اصدار الحكم، إذ يعتبر آلية لاكتساب الحكم قيمته العملية. وفي حال تمسك من صدر الحكم لمصلحته بتنفيذه خارج الدولة التي أصدرته فإن الأمر يثير مسألة معاملة الحكم الأجنبي، فهل يتمتع بنفس المعاملة وقوة النفاذ التي يتلقاها في بلد إصداره؟.

ان التنفيذ التلقائي للحكم الأجنبي ومساواته بالحكم الوطني فيه مساس بسيادة الدولة، كما أن الرفض المطلق لتنفيذ الحكم الأجنبي يمس بأهداف التعايش بين الأنظمة القانونية وإهدار للحقوق المكتسبة الأمر الذي يهدد المبادئ التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص.

لهذا فرضت الضرورة التوفيق بين هذين الاعتبارين¹ حيث لا يتم رفض الحكم الأجنبي بصفة كلية باسم السيادة الدولة من جهة، ولا يتم من جهة أخرى، معاملته كالحكم الوطني في كل جوانبه²، ومن ثم وضعت شروط وضوابط لا يتم تنفيذ الحكم الأجنبي إلا بتوفرها.

وللإحاطة بكل ما سبق سوف تتم معالجة هذا المبحث من خلال مطلبين نعالج في الأول: الأحكام القانونية لتنفيذ الحكم الأجنبي في حين نحصل المبحث الثاني إلى إجراءات وأثار تنفيذ الحكم الأجنبي.

المطلب الاول: الأحكام القانونية لتنفيذ الحكم الأجنبي.

رغم اتفاق الدول على ضرورة التوفيق بين مبدأ السيادة من جهة، وحاجة المعاملات الدولية من جهة أخرى فيما يتعلق بالاعتراف بالحكم الأجنبي إلا أنها اختلفت حول الوسيلة التي يتم بها الاعتراف بالحكم الأجنبي، حيث وجد نظامين تعتمدهما الدول لتنفيذ

¹ - هشام خالد، ماهية الحكم القضائي الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في النظم القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 24.

² - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 359.

الأحكام الأجنبية على إقليمها، نظام رفع دعوى الجديدة¹ الذي يسود في الدول الأنجلوسكسونية والأنظمة المتأثرة به، والنظام الثاني هو نظام الأمر بالتنفيذ السائد في الدول اللاتينية، وعلى رأسها فرنسا، وجميع الدول المتأثرة بنظامها القانوني. وفقاً لهذا النظام، يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي بشرط أن تقوم المحاكم الوطنية بمراجعته أولاً، ثم إصدار أمر بتنفيذه في المحاكم الوطنية دون إعادة النظر في موضوع النزاع من جديد، وقد حاولت الدول التي اعتمدت هذا النظام، التوفيق بين اعتبارات السيادة الوطنية من جهة ومتطلبات العلاقات الدولية من جهة أخرى عن طريق السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية بعد التأكد من مدى توفر الشروط القانونية المطلوبة فيها، إلا أنها اختلفت بحسب مدى السلطة الممنوحة للقضاء الوطني في عملية فحص الحكم الأجنبي، بين موسعا من سلطات القاضي مانحة له حق مراجعة الحكم الأجنبي فاعتمدت نظام المراجعة²، وبين من ضيقت من سلطة القاضي فحولت له فقط صلاحية مراقبة الحكم فاعتمدت نظام المراقبة وهو النظام الذي اعتمده المشرع الجزائري (الفرع الأول) من خلاله وضع شروط لتنفيذ الحكم الأجنبي (الفرع الثاني)

¹ - لا يعترف هذا النظام للحكم الأجنبي كعمل قضائي بأي أثر، أي أن الحكم الأجنبي لا يحمل أي قيمة مباشرة بصفته حكماً. فيتعين على طالب التنفيذ رفع دعوى جديدة أمام إحدى المحاكم للمطالبة بالحق المتعلق بالحكم الأجنبي متبعاً القواعد الإجرائية والموضوعية المعمول بها في الدولة التي يتمسك بتنفيذ الحكم فيها، مؤسسا دعواه على هذا الحكم الذي يُعتبر دليلاً قاطعاً وحاسماً على ثبوت الحق المطالب به ولا يقبل إثبات العكس، راجع حول هذا النظام ممدوح عبد الكريم، "القانون الدولي الخاص تتازع القوانين" - الاختصاص القضائي الدولي لتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص. 300، 301، عبد الحميد أبو هيف، مرجع سابق، ص 669، عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص 873.

² - يخول هذا النظام للقضاء الوطني مراجعة الدعوى التي صدر بشأنها حكم قضائي أجنبي. إذ يمنح القاضي سلطات واسعة عند فحصه للحكم الأجنبي حيث لا يكتفي القاضي طبقاً لهذا الأسلوب بمراقبة مدى استقاء الحكم الأجنبي للشروط الأساسية اللازمة لصحته، بل يتعدى الأمر إلى مراقبة الحكم من حيث سلامة تطبيق القاضي الأجنبي للقانون، ومدى تقديره للوقائع. وميزة لهذا النظام تتمثل في كون المحكمة الوطنية تعتبر نفسها بمثابة درجة أخرى للتقاضي، إذ يتم من خلالها فحص الحكم ومراجعته عن طريق مراجعة الدعوى من بدايتها لنهايتها. مما جعل بعض الفقهاء يشبهون القاضي الذي يقوم بمراجعة الحكم الأجنبي بقاضي الاستئناف راجع، هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 365، صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 192.

الفرع الأول: النظام المعتمد في تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر

لم يتناول القانون الجزائري موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، إلا بعد صدور تقنين الإجراءات المدنية بموجب الأمر رقم 66/154 المؤرخ في 1966/06/08، في نص قانوني وحيد، في المادة 325 منه والتي قضت بأن الأحكام والسندات الأجنبية لا تنفذ في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم الجزائرية¹.

بموجب هذه المادة سمح المشرع الجزائري بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، حيث خضعها لنظام الأمر بالتنفيذ. إذ اشترط المشرع أن يحصل الحكم الأجنبي على الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية. غير أن نص المادة 325 سالف الذكر جاء خاليا من تحديد شروط منح الصيغة التنفيذية، التي من خلالها نتمكن معرفة النظام المعمول به هل هو نظام المراجعة أو المراقبة؟²

إلا أن الاجتهاد القضائي وعند تفسيره لنص المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية تبنى نظام المراقبة عن طريق مراقبته للشروط الشكلية الواجب توفرها في الحكم الأجنبي حتى يمهر بالصيغة التنفيذية دون التعرض لموضوع النزاع المفصول فيه بواسطة الحكم الأجنبي³، مستعينا بما جاء في الاتفاقيات الدولية- الثنائية منها والمتعددة الأطراف- التي عقدتها الجزائر في إطار تنفيذ الأحكام الأجنبية. وأولها الاتفاقية الجزائرية المغربية الموقعة سنة 1963⁴ والتي حددت المادة 20 منها عدة شروط لتنفيذ الحكم الأجنبي، وتبعتها عدة اتفاقيات أخرى ثنائية على غرار الاتفاقية الجزائرية المصرية⁵،

¹ تنص المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية أن " الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية. . . لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية، إلا وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائرية. . . . " - الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08، جريدة رسمية رقم 47 بتاريخ: 1966/06/09

² - شريفة ولد الشيخ، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 153.

³ - راجع، قراراتين للمحكمة العليا الأول صادر بتاريخ: 2001/03/28، المجلة القضائية، عدد 02 سنة، 2002، ص 312، والقرار الصادر بتاريخ 2006/04/12، المجلة القضائية، العدد 01 سنة 2006، يتضح فيهما أن المحكمة العليا انتهجت أسلوب المراقبة من خلال ذكر بعض شروط تنفيذ الحكم الأجنبي ولم تتعرض لموضوع النزاع.

⁴ - الأمر رقم 68-69 المؤرخ في 1969/09/02، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية، الجريدة الرسمية، عدد 77 لسنة 1969.

⁵ - الأمر رقم 65-195، المؤرخ في 1965/07/29، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القضائي، المبرمة بين الجزائر وجمهورية مصر العربية، والموقع عليها في الجزائر بتاريخ 1964/02/29، الجريدة الرسمية عدد 76 سنة 1965.

والجزائرية التونسية¹، والجزائرية الفرنسية² وغيرها، وأخرى متعددة كاتفاق التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، حيث تتجه جميع هذه الاتفاقيات نحو فكرة واحدة، وهي إخضاع الأحكام الأجنبية لنظام المراقبة³.

وبصدور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008، توضح موقف المشرع الجزائري صراحة بتبنيه نظام المراقبة من خلال نص المادة 605 منه والتي جاء فيها "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الاقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط. الآتية...".

وبتفحص الشروط التي جاءت بها هذه المادة، يتبين أن دور القاضي يقتصر على التحقق من توافر الشروط اللازمة في الحكم الأجنبي، ولا يحق له النظر في الموضوع. وهذا يعني أنه لا يمكن قبول أي طلبات جديدة أو دفع موضوعية أمام المحكمة الجزائرية، التي تملك فقط سلطة رفض أو منح الصيغة التنفيذية دون إجراء أي تعديلات⁴.

ومن خلال هذا التوجه، يكون المشرع الجزائري قد سائر التطورات التي شهدتها الأنظمة التشريعية المختلفة في مجال تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، من خلال استحداثه لإجراءات أكثر مرونة لتنفيذ هذه الأحكام داخل الأراضي الجزائرية. فحدد الشروط الموضوعية والشكلية التي تتيح للقاضي ممارسة رقابته على إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر، متماشيا مع التشريعات المقارنة⁵.

الفرع الثاني: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في القانون الجزائري

¹ - مرسوم رقم 63-450، المؤرخ في 14/11/1963، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليها في 26/07/1963، الجريدة الرسمية رقم 01 لسنة 1963.

² - الأمر رقم 65-194، المؤرخ في 29/07/1965، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المبرمة بين الجزائر وفرنسا، والموقع عليها في 28/08/1962، الجريدة الرسمية عدد 68 سنة 1965.

³ - عمارة بلغيث، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 81.

⁴ - الطيب زوروتي، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 246.

⁵ - عمارة بلغيث، مرجع سابق، ص 82.

سبقت الإشارة، أنه من خلال نص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، توضح أن المشرع الجزائري اعتمد نظام المراقبة، بوضعه لشروط يتعين على القاضي التحقق من مدى استقائها قبل إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، دون أن يتطرق إلى إعادة بحث الموضوع مرة أخرى، حيث وضع شروطاً إجرائية (بند أول) وأخرى متعلقة بمضمونه (بند ثاني).

البند الأول: الشروط المتعلقة بالجوانب الإجرائية في إصدار الحكم

نصت الفقرتين الأولى والثانية المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذه الشروط إذ يتعين على القاضي التأكد من عدم مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص، وأن يحوز قوة الشيء المقضي به.

أولاً: عدم مخالفة الحكم الأجنبي لقواعد الاختصاص

هذا الشرط عبرت عنه الفقرة الأولى من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي اشترطت بالألا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص، وهو ما يطلق عليه بشرط الرقابة القضائية، وقد جاءت صياغة هذه الفقرة بشكل مبهم وواسع، تثير مسألتان رئيسيتان هما محل جدل واختلاف في الحلول. الأولى تتعلق بتحديد القانون الذي بواسطته يتم تحديد الاختصاص الدولي، والذي يُعرف بالاختصاص العام. أما المسألة الثانية، فتتعلق بمدى الرقابة التي يمارسها قاضي التنفيذ، هل تقتصر فقط على الاختصاص العام، أم يمكن أن تمتد لتشمل مراقبة الاختصاص الداخلي أيضاً.

1- الرقابة على الاختصاص العام للمحكمة الأجنبية

ولئن كان المشرع الجزائري قد ألزم القاضي بضرورة التأكد من عدم مخالفة الحكم الأجنبي لقواعد الاختصاص، بما يفيد أن يصدر الحكم من محاكم مختصة، دولياً، إلا أنه لم يحدد ماهية القواعد التي بناء عليها يتم التحقق من صحة اختصاص القاضي الأجنبي، فهل هي قواعد الاختصاص في القانون الجزائري باعتباره قانون بلد التنفيذ، أم هي قواعد الاختصاص في قانون الدولة التي أصدرت الحكم؟

في الحقيقة، أثارت هذه المسألة جدلاً واسعاً واختلافاً في الحلول بين الأنظمة القانونية، فبعض التشريعات الغربية كفرنسا وألمانيا وإيطاليا، يتحدد الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية وفقاً للقواعد قانون الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم الأجنبي، في حين

أن دولاً أخرى مثل، سوريا ولبنان والإمارات تعتمد في تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية على قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون الدولة مصدر الحكم الأجنبي¹، على أساس، عدم منطقية مطالبة القاضي الأجنبي بتطبيق قواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانون آخر غير قانونه. فالقاضي في كل دولة ملزم بتطبيق قواعد الاختصاص الدولي المقررة في قانونه، وما على القاضي المطلوب منه منح الصيغة التنفيذية سوى مراقبة مدى تطبيق هذه القواعد بشكل صحيح².

واتخذ المشرع المصري موقفاً وسط بين الاتجاهين السابقين، حيث اشترطت الفقرة الأولى من المادة 298 من قانون المرافعات، لإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر أن يكون صادراً عن هيئة قضائية مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها، وأن لا يكون النزاع داخلاً في اختصاص محاكم الجمهورية³.

إذ يتوجب على القاضي المصري في البداية مراجعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي المصرية. وإذا لم تحدد هذه القواعد الاختصاص للمحاكم المصرية، فإنه يتعين عليه الرجوع إلى قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون الدولة التي أصدرت الحكم⁴.

فيما يتعلق بالمشرع الجزائري، لم يحدد موقفه بدقة حول المعيار الذي يحدد اختصاص المحكمة الأجنبية، واكتفى النص بضرورة صدور الحكم من محكمة أجنبية مختصة.

الأمر الذي يصعب معه الجزم بموقف محدد بسبب غياب النص الصريح من جهة، وتباين مواقف القانون الاتفاقي في الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر من جهة أخرى. التي تطلبت بعضها صدور الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف

¹ - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 373.

² - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 59.

³ - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 391.

¹ - تنص المادة (298): من قانون المرافعات المصري على " 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 طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونه" قانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً لآخر تعديل صادر في 2024/1/6.

الدولة طالبة التنفيذ، على غرار المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية¹ والمادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية². في حين يقدر الاختصاص حسب اتفاقية الرياض للتعاون القضائي العربي وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ الحكم لديها طبقا للمادة 25 من هذه الاتفاقية³.

هذا ما جعل بعض الفقه، يتجه إلى وجوب التمييز بين الاختصاص الحصري للمحاكم الجزائرية والاختصاص الجوازي لها. ففي الحالة الأولى، تكون الرقابة مستندة إلى أحكام القانون الجزائري، حيث يتم رفض تنفيذ الحكم الأجنبي على أساس أنه صدر عن محكمة غير مختصة دولياً. أما في الحالة الثانية، فيتم الرجوع إلى قواعد الاختصاص في قانون الدولة التي أصدرت الحكم، فإذا قضت باختصاصها، يُمنح الحكم الأمر بالتنفيذ⁴.

¹ - تنص المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية على:

: En matière civile et gracieuses rendues par les juridictions airgeant en Tuniste ou en Algérie ent de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre pays si elles réunissent les conditions suivantes

a- la décision émane d'une juridiction compétente selon les règles appliquées par l'Etat requérant, aauf renonciation oer-taine de l'intéresse.

² - تنص المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على:

En matière civile et commerciale, la décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant au Maroc ou en Algérie ont de plein droit l'autorité de la chosn jugée sur le territoire de l'autre pays si elles réunissent les conditions suivantes :

a) La décision émane d'une juridiction compétente selon les regles appliquées par l'Etat requérant, sauf renonciation certaine de l'intéress

³ - تنص المادة 25 من اتفاقية الرياض على : يعترف كل من الأطراف المتعاقدة بالأحكام الصادرة عن

محاكم أي طرف متعاقد آخر في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن محاكم جزائية، وفي القضايا التجارية والقضايا الإدارية وقضايا الأحوال الشخصية الحائزة قوة الأمر المقضي به وينقذها في اقليمه وفق الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في هذا الباب، وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقا لقواعد الاختصاص الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ. "

⁴ - جمال بن عصمان، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 11 العدد 2، سنة 2012، ص4.

وفي حال قرر الخصوم اختيار محكمة أجنبية للفصل في النزاع، يجب أن يكون هذا الاختيار خالياً من أي غش. فإذا ثبت وجود غش، يتم رفض تنفيذ الحكم الصادر عن تلك المحكمة، حتى وإن كانت مختصة دولياً، لأن الغش يفسد كل شيء¹.

2- رقابة الاختصاص الداخلي

ورود عبارة "قواعد الاختصاص" التي استخدمها المشرع الجزائري عامة ودون تحديد يشير التساؤل حول نطاق الرقابة التي يمارسها القاضي الجزائري. هل تقتصر هذه الرقابة على فحص الاختصاص الدولي فقط، أم تمتد لتشمل أيضاً رقابة الاختصاص الداخلي، أي التأكد من الاختصاص النوعي والمحلي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم؟ يتفق الفقهاء على ضرورة أن تكون المحكمة مختصة وفقاً للاختصاص الدولي. أما بالنسبة للاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية، فإن الرأي السائد هو عدم جدوى هذه الرقابة. فقاضي الأمر بالتنفيذ ليس ملزماً بمد رقابته على الاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية، ومرد ذلك إلى أن لتنفيذ الحكم الأجنبي يُشترط أن يكون حكماً نهائياً طبقاً لقانون الدولة التي أصدرته، كما سنوضح لاحقاً. ولا يمكن تصور ذلك إلا إذا صدر الحكم من محكمة مختصة نوعياً وإقليمياً. ضف إلى ذلك، أن هذه المسألة تخص القانون الأجنبي، فالقاضي الأجنبي أكثر دراية والمأمراً بقواعد الاختصاص الداخلي من قاضي التنفيذ².

الأمر الذي يجزنا للاعتقاد، أنه ليس للقاضي الجزائري مراقبة الاختصاص الداخلي، إذ لا يمكنه أن يتولى دور الرقيب على القاضي الأجنبي في تطبيقه للقواعد والإجراءات الداخلية، التي لا علاقة لها بالنظام القانوني الجزائري. وهذا يتماشى مع ما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تشترط أن يكون الحكم قد اكتسب قوة الشيء المقضي فيه وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه، وهو ما لا يتحقق إلا إذا صدر الحكم من محكمة مختصة.

ثانياً: وجوب أن يتمتع الحكم الأجنبي بقوة الشيء المقضي به

إن منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي يهدف إلى جعله قابلاً للتنفيذ على التراب الوطني. ولذلك، يجب أن يكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ في الدولة التي صدر فيها. أي أن

¹ - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 63.

² Henri BATIFFOL, LAGARDE, op. cit, P304.

يكون الحكم الأجنبي نهائياً، مما يعني أنه قد استنفد جميع طرق الطعن العادية . فالحكم القابل للطعن هو حكم لم تكتمل حجيته .

تختلف حجية الحكم للأمر المقضي به عن قوة الأمر المقضي به. فعندما يصدر حكم قضائي، فإنه يعتبر حجة لما تم الفصل فيه، وتثبت حجية الأمر المقضي به لكل حكم قطعي يحسم موضوع النزاع كلياً أو جزئياً، حتى وإن كان قابلاً للطعن بالطرق العادية مثل المعارضة والاستئناف، مما يعني أنها تثبت للحكم منذ لحظة صدوره حتى وإن لم يكن نهائياً. في حين أن قوة الأمر المقضي به، فهي لا تمثل صفة للحماية القضائية التي يقرها الحكم، بحيث لا يمكن إعادة النظر فيه، بل هي صفة تتعلق بالحكم نفسه ومدى القابلية للطعن فيه بطرق معينة. لذا، فإن قوة الأمر المقضي به تثبت للأحكام القضائية المستنفذة لجميع طرق الطعن العادية. وبالتالي، فإن حجية الأمر المقضي به أوسع من حيث النطاق من قوة الأمر المقضي به، حيث إن كل حكم يتمتع بقوة الأمر المقضي به يكون أيضاً حائزاً لحجية الأمر المقضي به، لكن العكس ليس صحيحاً¹.

واشترط حيالة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه من أجل اصدار أمر بتنفيذه يترتب عليه، عدم إمكانية تنفيذ الأحكام غير القطعية، والأحكام الأجنبية المشمولة بالإنفاذ المعجل، كونها أحكاماً قابلة للإلغاء أو التعديل. كما لا يمكن تنفيذ الأحكام المؤقتة، لأنها تحمل حجية مؤقتة تهدف إلى اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لحماية مصالح الخصوم حتى إلى حين الفصل في نزاعهم².

وترتبط ضرورة اشتراط حيالة قوة الشيء المقضي فيه في الحكم الأجنبي بفكرة تحقيق الاستقرار للروابط القانونية الدولية . فلو تم الاكتفاء بوجود الحكم فقط دون أن يكون نهائياً، فإن ذلك قد يتيح إمكانية إصدار أمر بالتنفيذ لحكم أجنبي تم إلغاؤه لاحقاً في الدولة التي صدر فيها، وبالتالي لا تمنح الحماية القضائية اللازمة لمواجهة الظروف الوقتية³.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 400.

² - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. 281

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1135، بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 8.

وعلى عكس الشرط الأول المتعلق برقابة الاختصاص القضائي، قام المشرع الجزائري بتحديد القانون الذي يجب الرجوع إليه لتحديد مدى توافر الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي فيه. حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشكل واضح وصريح على أنه يجب الرجوع إلى قانون الدولة التي أصدرت الحكم¹.

البند الثاني: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلقة بمضمونه

بعد أن يتأكد القاضي الجزائري من أن الحكم قد صدر عن جهة قضائية مختصة وأنه يتمتع بقوة الشيء المقضي به، يتعين عليه بحث مضمون الحكم الأجنبي، ليس من أجل مراجعته، لكن للتأكد من عدم تعارضه مع حكم آخر صادر عن القضاء الجزائري، ومن عدم احتوائه على ما يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.

أولاً: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم أو قرار سابق صادر عن المحاكم الوطنية

أدرج هذا الشرط بموجب الفقرة الثالثة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، التي جاء فيها "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام... متى استوفت الشروط التالية... 3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه..."

وغاية هذا الشرط هو احترام الأحكام الوطنية وتفضيلها على الأحكام الأجنبية في حال تزامنها أو تعارضها مع الأحكام الوطنية، فتحظى الأحكام الصادرة عن الهيئات الوطنية بالأولوية على الأحكام التي تصدر عن الهيئات القضائية الأجنبية. كما يهدف إلى تجنب تناقض الأحكام وتعارضها، ولتقادي تنفيذ نفس الحكم في أكثر من دولة. ولا يحدث هذا التعارض بين الحكم الوطني والحكم الأجنبي إلا إذا كان هذا الأخير يتطابق

¹ - تنص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "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: 2 - حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه."

معه عنصر الأطراف والموضوع، وذلك ما يتبين من خلال الفقرة الأولى من المادة 338 من القانون المدني الجزائري¹.

فلو صدر على القضاء الجزائري حكما يقضي بإثبات واقعة زواج ثاني لجزائري مسلم مع فرنسية، ويكون قد صدر في نفس الموضوع حكما ببطلان هذا الزواج في فرنسا كون نظامها القانوني يرفض تعدد الزوجات ويعدده من النظام العام، فلو أرادت الزوجة تنفيذ الحكم الفرنسي في الجزائر، فإن قاضي الأمر بالتنفيذ، يمنح الأولوية للحكم الوطني ويرفض منحها الصيغة التنفيذية لتعارض حكمها مع الحكم الصادر عن المحاكم الجزائرية. والقضاء بما يخالف ذلك، فيه مساس بسيادة الدولة والنظام العام فيها،² ويتعارض مع حجية الأمر المقضي به المكفولة قانونا للأحكام الوطنية. فلا يعقل أن تهدر هذه الحجية لصالح حكم صادر عن دولة أخرى³.

وآثار الفقه تساءل حول الحالة التي لا يصدر فيها حكم من القضاء الوطني، وإنما توجد فقط دعوى مرفوعة أمامه. هل يكفي ذلك للاعتبار بوجود تعارض وبالتالي رفض التنفيذ؟

وإن كنا نتقهم وجود هذا التساؤل والجدل الذي تبعه في فرنسا بسبب عدم وجود نص صريح في المسألة⁴، أما في الجزائر، وبالنظر لوضوح النص، فإن الأمر محسوم وفق ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 605 التي اشترطت ضرورة وجود حكم سابق لرفض الأمر بالتنفيذ. وبالتالي، فإن مجرد وجود دعوى قضائية مرفوعة أمام القضاء الجزائري في نفس الموضوع لا يمنع إمكانية إصدار أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي.

وقد أحسن المشرع صنعا، إذ إن رفض الأمر بالتنفيذ لمجرد وجود دعوى بنفس النزاع، سيفتح بلا شك باب التحايل. فقد يسعى الخصم الذي صدر الحكم ضده إلى رفع

¹ - جاء في نص المادة 338 من القانون المدني "الأحكام التي حازت على قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب"

² - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 282.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1137.

⁴ - للتفصيل حول هذا الجدل، راجع عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 264 وما يليها.

دعوى بسوء نية أمام القضاء الجزائري، ليعيق سير إجراءات التنفيذ في الجزائر¹. ومن جهة أخرى، فإن الامتناع عن إصدار الأمر بالتنفيذ لمجرد وجود دعوى أمام القضاء الوطني قد يؤدي إلى تعطيل العدالة على المستوى الدولي، مما يضر بالمعاملات الدولية².

إذن، وجود تعارض بين الحكم الأجنبي والحكم الوطني يعتبر سببا لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي، لكن من يثير هنا مسألة التعارض؟.

أوجب المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 605 على المدعى عليه إثارة مسألة وجود التعارض بين الحكم الوطني والحكم الأجنبي، بعبارة صريحة لا وجود لها في بقية الشروط الأخرى³. وهذا يعني أن القاضي الجزائري ليس له إثارة هذا التعارض من تلقاء نفسه، ولا يمكنه أن يرفض الدعوى حتى وإن كان على علم بوجود التعارض، بل يتعين عليه الانتظار حتى يقوم المدعى عليه بإثارة هذا الدفع⁴. على عكس ما هو معمول به في العديد من الأنظمة القانونية الغربية والعربية⁵، التي تعتبر هذا الشرط من النظام العام، وبالتالي يجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي، وللمحكمة إثارته تلقائياً استناداً إلى سمو الأحكام الوطنية على الأحكام الأجنبية⁶.

إن عدم الجواز للمحكمة إثارة وجود التعارض بين الحكم الوطني والحكم الأجنبي من تلقاء نفسها وتوقف التمسك بإثارته طرف المدعي عليه، قد يؤدي إلى إمكانية تنفيذ

¹ - بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 8-9، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1138.

² - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 366.

³ - الفقرة 3 من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " - ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه"

⁴ - بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 13.

⁵ - من الأنظمة الغربية النظام القانوني الفرنسي فعلى الرغم من عدم وجود هذا الشرط صراحة إلا أن أحكام القضاء في فرنسا تجري على عدم تنفيذ الحكم الأجنبي المتعارض مع حكم سابق صادر في فرنسا وتعتبر الأمر من النظام العام، راجع BATIFFOL et LAGARDE op. cit. P304، ومن الأنظمة العربية، القانون المصري بموجب الفقرة 4 من المادة 298 من قانون المرافعات والقانون اللبناني في المادة 1016 من قانون المرافعات اللبناني، رجع، هشام خالد القانون القضائي الخاص الدولي، دراسة مقارنة في القانون المصري والعربي مع إشارة خاصة للتحكيم التجاري الدولي وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في مصر والدول العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.

⁶ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 362.

حكم أجنبي يتعارض مع حكم وطني فقط لأن المدعى عليه لم يثر ذلك، ويعتبر متنازلاً عن هذا الحق ورضي بتنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان أصلح له.

لذا، نرى أنه كان من الأفضل للمشرع الجزائري أن يسير على خطى التشريعات العربية في اعتبار هذا الشرط من النظام العام، حتى يتسنى للمحكمة والمدعى عليه إثارتها، وذلك حفاظاً على هيبة القضاء الوطني سمو السيادة الوطنية فوق أي سيادة أخرى.

ثانياً: عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام.

تحول فكرة النظام العام الدولي دون تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان يتعارض من مع المبادئ والقيم السائدة في الدولة التي يُراد تنفيذ الحكم فيها، لهذا اشترط المشرع الجزائري -على غرار كل الدول التي تبنت نظام الأمر بالتنفيذ- لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي ألا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الجزائر بموجب الفقرة الرابعة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن المعلوم أن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة ومتطورة تتغير بتغير المكان والزمان. ويترتب على مرونة فكرة النظام العام على هذا النحو أنه يتعين بداهة توافر الشرط السالف عند التقدم بطلب تنفيذ الحكم الأجنبي، ولو لم يكن في هذا الحكم ما يخالف النظام عند صدوره عن القضاء الأجنبي¹. لذا فإن للقاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ تقدير مدى معارضة الحكم الأجنبي للنظام العام وفقاً لظروف وملابسات الدعوى، وتتجلى مخالفة النظام العام إما في ناحية مضمون الحكم أو من الناحية الإجرائية له.

فمن حيث مضمون الحكم، وبالنظر للصفة الوطنية لفكرة النظام العام، حيث تتمتع كل دولة بحرية في تحديد ما يدخل في نطاق النظام العام وما يخرج عنه، استناداً إلى مبادئها السياسية والاجتماعية والدينية. وفي حال كان الحكم الأجنبي مخالفاً للنظام العام، فإن أثر الدفع بالنظام العام في إطار تنفيذ الأحكام الأجنبية يقوم بدور يماثل في طبيعته دور أثره السلبي في تنازع القوانين. إذ يتم استبعاد القانون الأجنبي الذي كان مختصاً حقيقة بحكم النزاع طبقاً لما تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، إذا تبين أن مضمون القانون الأجنبي يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في الدولة، ليحل قانون القاضي

¹ - شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 205.

محل القانون الواجب التطبيق. أما بخصوص تنفيذ الحكم الأجنبي، فإن أثر النظام العام يتمثل في منع منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي الذي يتعارض مع المصالح العليا للدولة، مما يؤدي إلى استبعاد الحكم الأجنبي دون حلول بأي حكم آخر محله¹.

ولا تقتصر مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام على الناحية الموضوعية فحسب، فكذا فإن الحكم الأجنبي الذي لا يراعي المبادئ الأساسية في الإجراءات كأن يتجاهل الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع وفقاً للمفهوم السائد في دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ يعد مخالفاً للنظام العام في هذه الدولة من الناحية الإجرائية²، ومن ثم لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الذي لم يكلف فيه المدعي عليه بالحضور بالشكل الصحيح ومثل في الخصومة تمثيل صحيحاً أو لم يتمكن من تقديم دفوعه بشكل سليم³.

وبالنسبة لتسبيب الحكم، -أي توضيح الحجج والأدلة الواقعية والأسس القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه-، والذي يُعتبر من الشروط الأساسية لصحة الحكم. وفي حال غيابه، يُعتبر الحكم باطلاً وفقاً للقانون الداخلي⁴، إذ يُعد تسبيب الأحكام من الضمانات الحقيقية في مراقبة العمل القضائي. إلا أنه بالنسبة للحكم الأجنبي فقد قضت أغلب الاجتهادات القضائية بأن عدم تسببيه لا يعتبر حائلاً دون منحه الصيغة التنفيذية⁵.

فقد كان القضاء الفرنسي سابقاً يرفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الخالية من التسبيب، معتبراً أن ذلك يتعارض مع فكرة النظام العام. ثم عدل عن موقفه، فالقضاء الفرنسي الحديث، قضى بأن عدم تسبيب الحكم الأجنبي لا يشكل بذاته مبرراً كافياً لرفض تنفيذه،

¹ - محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 514.

² - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 404.

³ - هناك أنظمة قانونية نصت على سلامة الإجراءات بشكل مستقل عن شرط عدم انتهاك النظام العام. كالمشرع المصري بموجب المادة 298 من قانون المرافعات، والقانون الأردني بموجب الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية والفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 344، محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 369.

⁴ - إذ تنص المادة 11 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: «يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة» والمادة 277 من نفس القانون على «لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة»، كما تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: . . . إنعدام التسبيب

⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1164.

طالما أن الوثائق والمستندات المقدمة في دعوى التنفيذ كافية لتمكين القاضي الوقوف على ما تضمنه الحكم، وخلوه من ما يتعارض مع النظام العام¹.

وهو ذات الحل المكرس في القضاء المصري، حيث قضت محكمة النقض المصرية بإمكانية منح الأمر بالتنفيذ لحكم سوداني رغم عدم اشتماله على الأسباب مادام مستوفيا للشروط الأخرى².

وبخلاف النظامين القضائيين الفرنسي والمصري، اعتبرت محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر عام 1989 أن الحكم الأجنبي الذي يخلو من التسبيب ولا يشير إلى وجود لوائح أو مستندات أو إجراءات تم الاستناد إليها من طرف المحكمة في إصدار حكمها يعد مخالفاً للنظام العام الأردني³.

وفي الجزائر، وفي غياب أحكام أو قرارات قضائية حول المسألة، فإننا نعتقد أن عدم وجود تسبيب في الأحكام الأجنبية لا يعد مخالفة للنظام العام الجزائري، شريطة أن يقدم طالب التنفيذ المستندات والوثائق اللازمة في الدعوى، مما يمكن القاضي من مراقبة الحكم الأجنبي.

وبالإضافة إلى ضرورة عدم تعارض الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه مع النظام العام فقد اشترطت، بعض التشريعات، شرطاً آخر مفاده عدم ثبوت الاختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم بواسطة الغش نحو القانون. بمعنى آخر، يجب ألا يكون الخصوم قد جلبوا اختصاص المحكمة الأجنبية بطريقة تدليسية⁴.

هذا الشرط يُعتبر من الشروط اللازمة للاعتراف بالأحكام الأجنبية في فرنسا. ويحدث الغش نحو القانون في إطار الأحكام الأجنبية من خلال تحايل أطراف النزاع على الإجراءات المتبعة في الدولة التي أصدرت الحكم، وذلك باستخدام وسائل غير مشروعة

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1972/10/17، نقلا عن، أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق، ص 1141.

² - عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 501.

³ - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 273.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 62.

قد تؤدي إلى حرمان الخصم من حقه في الدفاع. كما يمكن أن يحدث ذلك من خلال القيام بحيل قد تؤدي إلى عدم تسليم الخصم للتبليغ¹.

يحدث الغش أيضًا عندما يعتمد أحد الأطراف بتغيير ضوابط الإسناد، من خلال إنشاء علاقة مصطنعة بين النزاع وقانون دولة معينة، بهدف الإفلات من تطبيق القانون المختص حقيقة بحكم النزاع. وفي هذه الحالة، يُفترض أن يتأكد القاضي من عدم وجود أي غش نحو القانون، وعليه منع تنفيذ الحكم الأجنبي إذا ثبت وجود هذا الغش². لأن تنفيذ الحكم الأجنبي الذي ينطوي على غش نحو القانون أمر يتعارض مع النظام العام³. كما يمكن أن يتحقق الغش عن طريق إنشاء علاقة مصطنعة بين النزاع وقضاء دولة معينة، بهدف التحايل على قواعد الاختصاص الدولي⁴. وهو ما يتحقق عادة في حالات انعقاد اختصاص هذه المحاكم بناء على الخضوع الاختياري رغم انعدام وجود صلة بين النزاع ودولة المحكمة الفاصلة في الدعوى، وأساس هذه الحلول هو فكرة أن الغش يفسد كل شيء، وبالتالي فلا يجوز للقاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن يمنح الأمر فيما لو انطوى الحكم الأجنبي المراد تنفيذه على غش نحو القانون أو نحو قواعد الاختصاص القضائي الدولي⁵.

¹ - في قضية تتلخص وقائعها، في رفع سيدة لدعوى طلاق أمام المحاكم الكندية، وادعت زيفاً أن زوجها لا يملك مقر إقامة معروف، وذلك لتستفيد من قواعد القانون الكندي والتي تقضي بإبلاغه عن طريق الإعلان في الصحف في هذه الحالة. وقد تم ذلك بالفعل، مما حال دون تمكين الزوج من الاطلاع على هذا الإبلاغ في الوقت المناسب، مما أدى إلى صدور حكم ضده اعتبر حضورياً. هذا الأمر حرم الزوج من فرصة الدفاع عن نفسه، لذا قررت محكمة النقض الفرنسية ضرورة رفض تنفيذ هذا الحكم بسبب وجود غش، بناءً على أن "الاستدعاء لم يكن يتطابق مع القانون الإجرائي إلا في الظاهر، وكان هذا الاستدعاء معيباً بشكل أساسي بسبب وجود غش يتعلق بحقوق الدفاع."، قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 2003/09/30، نقلا عن

NIBOYET DE LAPRADELLE, Droit international prive, Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris), 2007, P32.

² - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 644.

³ - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 405.

⁴ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين مرجع سابق، ص 259.

⁵ - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 406.

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية بصفة مستقلة عن مراقبة مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام، إلا أن التحايل على القانون، رغم أنه يظهر في إطار التحقق من تطبيق القانون المختص، أو في إطار مراقبة مدى توافق الحكم الأجنبي مع النظام العام، فإنه قد يتجاوز أحياناً هذين المفهومين. كأن يقوم المدعي بكتمان موطن المدعى عليه بغرض حرمانه من التبليغ بالحضور¹. لذا، نرى ليس هناك ما يمنع من اعتماد التحايل على القانون كشرطاً مستقلاً في مراقبة صحة الأحكام الأجنبية. خاصة وأن المشرع قد اعتمده في القواعد النازمة لتنازع القوانين.

فمنح النظام القانوني الجزائري قدرًا من المرونة في تنفيذ الأحكام الأجنبية بما يتماشى مع السياسات الدولية، وبالنظر لاعتبارات الأمان القانوني والتعاون الدولي في محاربة الغش يجب أن يقتصر تنفيذ الأحكام الأجنبية على الخصوم حسني النية دون سواهم.

بالإضافة للشروط الأربعة السالف ذكرها المنصوص عليها في القانون الجزائري لإمكانية تنفيذ حكم أجنبي في الجزائر. توجد شروطاً أخرى معروفة في العديد من الأنظمة القانونية لم يأتي القانون الجزائري على ذكرها. مما يطرح التساؤل حول إمكانية الأخذ بها من عدمه.

أولها شرط المعاملة بالمثل أو شرط التبادل لتنفيذ الأحكام الأجنبية²، الذي بمقتضاه لا يمكن للقاضي الوطني قبول تنفيذ حكم أجنبي إلا إذا كان القاضي الذي أصدر ذلك الحكم يقبل تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية بنفس القدر وضمن نفس الحدود. بمعنى أن سلطة القاضي في فحص الحكم الأجنبي تتحدد وفقاً للمعاملة التي يلقاها الحكم الوطني في الدولة التي صدر الحكم الأجنبي عن قضائها³.

¹ - موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، (القواعد المادية)، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 78.

² - من التشريعات العربية التي نصت على هذا الشرط، المادة 296 من قانون المرافعات المصري والمادة 7/2 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني، المادة 11/5 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 405 من قانون المرافعات الليبي والمادة 282 قانون المرافعات اليمني.

³ - هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 368.

ولقد واجه هذا الشرط انتقادات عديدة، أهمها هو العبء الملقى على قاضي الأمر بالتنفيذ في التعرف على الأنظمة القانونية المختلفة للدول الأجنبية فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الصادرة عنها. وتعتبر هذه المهمة شاقة على القضاء الوطني من الناحية العملية، حيث لا يمكن للقاضي بحث جميع القوانين والتشريعات في الدول الأجنبية للتأكد من إمكانية تنفيذ أحكامه الوطنية¹. بالإضافة إلى قيامه على فكرة سياسية بعيدة عن الروابط القانونية المتعلقة بحقوق الأفراد، إذ أنه لا يؤدي إلى تحقيق مصالح الأفراد، سواء كانوا مواطنين في حال صدور حكم أجنبي لصالح أحد رعايا الدولة التي يُراد تنفيذ الحكم فيها، أو كانوا أجنبان².

هذه الانتقادات من الأسباب التي دفعت بعض فقهاء القانون المصري إلى مطالبة المشرع بإلغاء شرط التبادل، كونه لا يتناسب مع "التطور المعاصر لفلسفة القانون الدولي الخاص". التي أصبحت أحكامه تهدف إلى تحقيق استقرار المعاملات الدولية وتعزيز التعاون الدولي والتعايش المشترك بين الدول الأعضاء في المجتمع الدولي³.

لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم ينص على شرط التبادل، إذ اشترط لإمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية توافر شروط أساسية، أهمها أن يكون الحكم الأجنبي غير متعارض مع النظام العام الجزائري. هذا الشرط كافٍ لاستبعاد أي حكم أجنبي يجد فيه القاضي الجزائري مساساً بالمصالح العليا للدولة.

والشرط الثاني الذي لم يتعرض له المشرع الجزائري هو شرط الرقابة التشريعية الذي كان معروفا عند القضاء الفرنسي، حيث يشترط القضاء الفرنسي أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في فرنسا قد طبق على النزاع القانون المختص وفقا لما تشير إليه قواعد الإسناد الفرنسية⁴.

¹ - صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 204.

² - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 548.

³ - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين مرجع سابق، ص 259.

⁴ - بيبير ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 362.

وبالنظر للانتقادات الشديدة التي وجهت لهذا الشرط من طرف الفقه، لكونه يشكل رفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية حين تختلف قواعد الإسناد الفرنسية مع القواعد المقررة في قانون دولة القاضي الذي أصدر الحكم، وهو ما يحدث في معظم الحالات. الأمر الذي دفع محكمة النقض الفرنسية إلى الحد من صرامة هذا الشرط، فقررت لمنح الأمر بالتنفيذ، الاكتفاء بأن يكون القانون الذي يطبقه القاضي الأجنبي يقترب في أحكامه الموضوعية مع القانون المشار إليه في قاعدة الإسناد الفرنسية¹، ومع ذلك، بقي الفقه ينتقد شرط الرقابة التشريعية، على اعتبار أنه يعرقل تنفيذ الأحكام الأجنبية دون مبرر كافٍ، مما جعل القضاء الفرنسي يستجيب لهذه الانتقادات، ويلغي في قرار صدر بتاريخ 20 فبراير 2007 شرط التأكد من الاختصاص التشريعي كشرط لتنفيذ الحكم الأجنبي².

وبعدم نصه على هذا الشرط يكون المشرع الجزائري قد انسجم مع ما تقرره في المعاهدات الثنائية الموقعة بين الجزائر ودول أخرى بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث تم استبعاد شرط الرقابة التشريعية في جميع هذه المعاهدات.

والجدير بالذكر أن الشروط سالفة الذكر والتي قررتها المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا تكون سارية على الأحكام الأجنبية الصادرة عن محاكم الدول التي ترتبط مع الجزائر باتفاقية دولية خاصة بمجال تنفيذ الأحكام الأجنبية. إذ يخضع تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة للقواعد والشروط المقررة الاتفاقية، وفق ما هو مقرر في نص المادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقضي ما يلي: «إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول». وهو ما ينسجم مع المبدأ الدستوري المكرس في المادة 154 من دستور 2020 والقاضي بسمو المعاهدات على القانون³.

¹- NIBOYET DE LAPRADELLE, op. cit P482

² Ibid.

³ - تنص المادة 154 من دستور 2020 على " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون، دستور الجزائر لسنة 2020، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 82 بتاريخ 2020/12/30.

وفي حال صدور حكم يخالف ما ورد في الاتفاقيات الدولية، فإنه يكون معرض للطعن لأنه مخالف للقانون وفق ما تقضي به الفقرة السابعة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

المطلب الثاني: إجراءات وآثار تنفيذ الأحكام الأجنبية

تمت الإشارة سابقاً إلى اعتماد المشرع الجزائري لنظام المراقبة كأحد أساليب نظام الأمر بالتنفيذ، ومن ثم فإن أطراف الحكم الأجنبي لن يتسنى لهم تنفيذه بالجزائر، إلا بطرق باب القضاء الجزائري، وذلك بتقديم دعوى يطلب فيها منح الصيغة التنفيذية. ونظم المشرع الجزائري إجراءاتها من خلال نصوص قانونية محلية ودولية. فحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجهة القضائية المختصة برفع دعوى الأمر بالتنفيذ (الفرع الأول)، بينما تناول القانون الاتفاقي مختلف الوثائق التي يجب توافرها لرفع هذه الدعوى.

الفرع الأول: إجراءات دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي.

أوجب المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على طالب الأمر بالتنفيذ رفع دعوى الأمر بالتنفيذ (البند الأول) وحدد الجهة القضائية المختصة التي ترفع أمامها هذه الدعوى (البند الثاني).

البند الأول: دعوى الأمر بالتنفيذ والمحكمة المختصة بالنظر فيها.

للحصول على الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي يستوجب القانون رفع دعوى قضائية (أولاً) أمام محكمة مختصة (ثانياً).

أولاً: مباشرة دعوى الأمر بالتنفيذ

طبقاً للمادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون الاتفاقي²، يجب منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية ليصبح قابلاً للتنفيذ في الجزائر. لذا، يجب على الخصم الذي يرغب في تنفيذ الحكم الأجنبي تقديم طلب للحصول على الصيغة التنفيذية، وذلك من خلال رفع دعوى يباشرها طالب التنفيذ.

¹ - تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: 7 - مخالفة الاتفاقيات الدولية. "

² - حيث نصت 21 من الاتفاقية الجزائرية التونسية على: « يصدر الأمر بتنفيذ الحكم بناء على طلب ممن له مصلحة في التنفيذ. . . »، هو النص المقابل لنص المادة 6 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 15 من الاتفاقية الجزائرية مع سوريا، المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية مع موريتانيا، وغيرها من الاتفاقيات.

ولم يتعرض المشرع الجزائري إلى الكيفيات التي تباشر بها هذه الدعوى، إذ لم يخصصها بإجراءات خاصة كما فعلت بعض التشريعات العربية الأخرى¹. ومن ثم، يتم رفع الدعوى وفقاً للقواعد العامة المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث يتم رفعها إلى المحكمة بموجب عريضة يتبعها تكليف بالحضور موجهه إلى المدعى عليه، وذلك وفقاً لأحكام المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية². ويجب أن تتوفر في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كافة الشروط المتطلبة في أي دعوى عادية، طبقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثلة في المصلحة، والصفة والأهلية حتى تكون الدعوى قابلة للنظر فيها، وفي حال تخلف أحد هذه الشروط فإنه يترتب عليه عدم قبول الدعوى³.

وعادةً ما تُرفع دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي ضد الطرف خاسر الدعوى أمام المحكمة الأجنبية. وفي حال عدم وجود هذا الطرف، يتم توجيه الدعوى ضد النيابة العامة، إما كطرف منظم أو كطرف أصلي كما هو الحال في أحكام الأسرة والتي من بينها الزواج⁴. وتتميز هذه الدعوى بكونها ذات طبيعة خاصة⁵، إذ ينصب موضوعها، على الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه، وليس على النزاع الذي تم الفصل فيه بموجب هذا الحكم

¹ - حيث تنص المادة 297 من قانون المرافعات المصري على أن: « يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى»، والمادة 24 من القانون الدولي الخاص الكويتي التي تنص على أن: « الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت، وفقاً للشروط وطبقاً للإجراءات المقررة في المادة 276 من قانون المرافعات المدنية والتجارية»، والمادة 252 من قانون البحرين التي تنص على أنه: يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الكبرى وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى بعد أداء الرسوم المقررة»

² - تنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"

³ - نصت المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على «الدفع بعدم القبول، هو الدفع. الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم الانعدام الحق في التقاضي، كإعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع. . . ونصت المادة 64 من قام وا على : « حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سجل الحصر فيما يأتي : - انعدام الأهلية للخصوم. انعدام الأهلية أو التفويض الممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي. المادة 65 من نفس القانون على أن «يتبر القاضي تلقائياً انعدام الأهلية، ويجوز له أن يثير تلقائياً انعدام التفويض الممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي "

⁴ - تنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة على تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

⁵ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 377.

فموضوعها هو طلب منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم ليتم تنفيذه في الجزائر، عكس الدعوى العادية التي تتعلق بنزاع قائم بين الأطراف أو بالمراكز القانونية. ولطالب التنفيذ (المدعي) تقديم كافة الوثائق والمستندات الداعمة لطلبه. كما للمنفذ عليه (المدعى عليه) تقديم جميع دفوعه لإثبات العكس، أي إثبات عدم توافر الشروط المطلوبة في الحكم الأجنبي، مثل عدم حيازة الحكم الأجنبي لقوة الشيء المقضي به. وبالتالي، فإن دعوى طلب تنفيذ الحكم الأجنبي تُعتبر دعوى موضوعية ذات طبيعة تنازعية، بصرف النظر عن نوع القرار المطلوب له الصيغة التنفيذية، سواء كان قضائياً أو ولائياً¹.

ومن المهم الإشارة، إلى أن دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بإثبات الزواج، قد يكون محل دعوى أصلية، حيث يطلب فيها صاحب المصلحة، الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي ومنحه الصيغة التنفيذية. كما يمكن أن تأخذ هذه الدعوى شكل دعوى فرعية، عن طريق دفع في مواجهة دعوى أصلية، ويتحقق ذلك في حالة قيام شخص برفع دعوى أصلية أمام محكمة في الجزائر ضد خصمه، فيدفع الخصم بطلب تنفيذ حكم أجنبي صادر سابقاً في الخارج كدفع لمواجهة الدعوى الأصلية المرفوعة ضده²، كتقديم الحكم الأجنبي الذي يثبت الرابطة الزوجية أمام القاضي الجزائري لرد دعوى احقية في الميراث. فيتعين على المحكمة أن توقف النظر في النزاع حتى يتم الفصل في دعوى الأمر بالتنفيذ، باعتبارها مسألة أولية ضرورية يجب البت فيها قبل أن تتمكن المحكمة من النظر في القضية الأصلية المتعلقة بالأحقية في الإرث.

ثانياً: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الأمر بالتنفيذ

وبموجب نص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حدد المشرع الجزائري الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب تنفيذ الأحكام الأجنبية. وهي محكمة مقر المجلس التي يقع دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ³.

¹ - الطيب زروني، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 254، فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 482

² - محمد حبار، مرجع سابق، ص 244.

³ - تنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "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".

إذ نصت المادة 607 على ما يلي " 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 "

وبناءً على هذا النص، ينبغي على طالب تنفيذ حكم أجنبي يتعلق بنزاع حول إثبات الزواج أن يرفع دعواه أمام محكمة مقر المجلس التي تتواجد في دائرة اختصاصها إما موطن المدعى عليه أو مكان التنفيذ.

وتجدر الإشارة، أن المشرع الجزائري لم يحدد القسم المختص في المحكمة للنظر في طلب التنفيذ. ومع أن المنطق يقتضي أن يعود الاختصاص إلى القسم المماثل للقسم الذي أصدر الحكم الأجنبي. وبالتالي وفي مجال إثبات الزواج، يؤول الاختصاص لقسم شؤون الأسرة في المحكمة المنعقدة في مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ.

وينعقد لمحكمة مقر المجلس الاختصاص النوعي بصرف النظر عن درجة الهيئة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه، سواء كانت محكمة أو مجلساً قضائياً أو محكمة قانون في الدولة الأجنبية¹.

ويترتب على ذلك أنه إذا تم رفع دعوى الأمر بالتنفيذ أمام جهة قضائية غير المحددة في المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن هذه الجهة تكون غير مختصة بنظر الدعوى. ويتعين عليها أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، كون الاختصاص النوعي يعد من النظام العام، تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، حتى وإن لم يتمسك به الخصوم. تطبيقاً للمادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²:

البند الثاني: ملف دعوى الأمر بالتنفيذ والحكم الصادر فيها.

لا تتم إجراءات دعوى الأمر بالتنفيذ إلا بتكوين ملف يضم السندات والوثائق اللازمة للطلب الصيغة التنفيذية (أولاً)، لتنتهي الدعوى بحكم صادر بمنح الصيغة التنفيذية أو رفض منحها (ثانياً).

¹ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 254.

² - تنص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى. "

أولاً: السندات والوثائق الواجب توفرها لقبول دعوى الأمر بالتنفيذ.

جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري خالياً من تحديد الوثائق التي يجب على طالب التنفيذ تقديمها أمام الجهة القضائية، لكن بالنظر إلى طبيعة الدعوى المقدمة التي تقتض وجود حكم أجنبي، وكذلك الشروط التي يفرضها القانون الجزائري لإصدار أمر بالتنفيذ، وبالاستناد إلى الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وبعض الدول في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، يمكننا تحديد الوثائق التي يجب أن يتضمنها الملف المقدم من قبل طالب التنفيذ.

حيث ضمنت المادة 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية¹ الوثائق التي يتعين على طالب التنفيذ تقديمها على النحو التالي:

- 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".

بالإضافة إلى الوثائق التي قررتها المادة 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية، أضافت كل من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 6 فقرة هـ والاتفاقية الجزائرية الموريتانية في المادة 24 فقرة هـ ترجمة الوثائق المذكورة والمصادقة عليها من قبل مترجم محلف أو معتمد، وفقاً لقوانين الدولة المقدم لها طلب التنفيذ². وهو ما ينسجم مع نص

¹ - تنص المادة 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على: "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"

² - حيث تنص المادة 6 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين على " يجب على الجهة التي تلتزم منح قوة التنفيذ القرار قضائي أو تطلب التنفيذ أن تقدم: هـ - وعند اللزوم ترجمة كاملة عن الوثائق الجاري تعدادها المصدقة طبق الأصل من ترجمان محلف أو مقبول طبق النظام الدولة طالبة

المادة 8 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي توجب أن تتم الإجراءات باللغة العربية وكذا المستندات المقدمة تحت طائلة عدم القبول¹.

وعليه، يجب تقديم جميع الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مرفقة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول. وهذا لا يعني عدم قبول الدعوى بل تبقى قائمة وانما عدم القبول يطل الوثيقة غير المترجمة التي لا تقبل في ملف الدعوى² وتنتهي الدعوى بصدور حكم يفصل في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي، وهذا ما نتطرق إليه فيما يلي.

ثانيا: الحكم الصادر في دعوى الامر بالتنفيذ.

إذا تم رفع الدعوى بتباعد الإجراءات القانونية الصحيحة، فإنها ستنتهي بصدور حكم يفصل في موضوعها.

ولما كان موضوع دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي، كما تم الإشارة إليه سابقاً، يتعلق بمنح الصيغة التنفيذية للحكم المراد تنفيذه في الجزائر. لذا، فإن القاضي لا يقوم بفحص الوقائع التي تم الفصل فيها من قبل القاضي الأجنبي، ولا يفحص مدى صحة تطبيق

التنفيذ"، وتنص المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية المتعلقة بالتعاون القضائي بين الدولتين على: هـ وعند الاقتضاء ترجمة لجميع العناصر المدنية أعلاه، معترف بصحتها حسب القواعد المقررة في قانون الدولة المقدم إليها الطلب، امر رقم 70 - 4 مؤرخ في 15/01/1970، يتضمن المصادقة على الاتفاقيتين المبرمتين بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الموريطانية والموقعين بتواكف في: 03/12/1969، الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 1970.

¹ - تنص المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض والمذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول. يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول. تتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية"، وهو ما أكدته المحكمة العليا أيضاً في قرارها الصادر بتاريخ 2 جوان 1992 الذي قضت فيه بأنه المبادئ العامة المقررة قانوناً توجب تقديم جميع وثائق الدعوى باللغة الوطنية أو مترجمة إليها إذا جاء فيه « . . . أن قرار قضاة المجلس بعدم احترام الطاعة لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 6 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا والمصادق عليها بالأمر رقم 194-95 ليوم 29-07-1965 قول في محله، مادامت قد طالبت في دعواها بإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي قصد تنفيذه، يستدعي ذلك حتماً تقديم كل وثائق الدعوى مترجمة إلى اللغة الوطنية. . . »، قرار المحكمة العليا بتاريخ: 02/06/1992، ملف رقم 84513، المجلة القضائية، عدد3، لسنة 1993، ص 91

² - عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص84.

القاضي الأجنبي للقانون على تلك الوقائع¹ تطبيقاً لنظام المراقبة المتبنى من طرف المشرع الجزائري. بل يقتصر دور القاضي في هذه الدعوى على النظر في مدى تحقق الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر، كما حددتها المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو وفقاً لما ورد في الاتفاقية إذا كان الحكم صادراً عن دولة ترتبط بالجزائر باتفاقية دولية.

ويتعين على القاضي التحقق من تلقاء نفسه من توافر الشروط القانونية اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي قبل أن يمنحه الصيغة التنفيذية. لأن هذه الشروط من النظام العام، ولا يجوز للأطراف استبعادها، وبالتالي، يمكن التمسك بهذه الشروط في أي مرحلة من مراحل الدعوى².

ولا يخرج مضمون الحكم في هذه الدعوى عن أحد الأمرين إما أن يصدر الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي متى تحقق القاضي من أن هذا الأخير مستوفياً للشروط اللازمة، أو رفض منحها دون التعديل في مضمون الحكم، وله أن يمنح الصيغة التنفيذية لجزء من الحكم الأجنبي ورفض الجزء الآخر في حال كان متعارضاً مع النظام العام وكان منطوق الحكم قابلاً للانفصال دون أن يتغير مضمونه³.

الحكم الصادر عن القاضي الجزائري في دعوى تنفيذ حكم أجنبي، سواء كان قبولاً أو رفضاً لمنح الصيغة التنفيذية، يُعتبر حكماً ابتدائياً قابل الطعن فيه. إذ يحق للطرف الذي تقرر هذا الحكم ضد مصلحته بالطعن وفقاً للقواعد العادية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للطعن في الأحكام الوطنية. وقد أشار القانون الاتفاقي

¹ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 380.

² - شريفة ولد الشيخ، مرجع سابق، ص 159.

³ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 372.

إلى ذلك في المادة 32/3 من الاتفاقية الجزائرية المجرية¹، وفي الفقرة 3 من المادة 33 من الاتفاقية الجزائرية البلغارية².

وتجدر الإشارة، وكما هو معلوم فإن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، إلا في حالات ذكرت على سبيل الحصر في (المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) وهي إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص وأهليتهم وبدعوى التزوير³.

وبمأن الزواج يتعلق بحالة الأشخاص فإنه في حالة صدور حكم يقضي بالأمر بتنفيذ حكم أجنبي يتعلق بإثبات الزواج، وكان هذا الحكم محل للنقض أمام المحكمة العليا، فإنه تطبيقا للنص المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتم وقف تنفيذ هذا الحكم وانتظار الفصل في الطعن بالنقض ليصبح الحكم باتا وقابلا للتنفيذ.

هذا ويترتب على منح الأمر بالتنفيذ أن يكتسب الحكم الأجنبي القوة التنفيذية، لكنها لا توضع موضع التطبيق الفعلي إلا بعد أن يُمهر الحكم بالصيغة التنفيذية. لذا، يجب التمييز بين الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي وامهارة بالصيغة التنفيذية. فالأمر بالتنفيذ هو الذي يترتب على دعوى الأمر بالتنفيذ، بينما وضع الصيغة التنفيذية يُعتبر نتيجة لاحقة للأمر بالتنفيذ⁴. فالأمر بالتنفيذ بمثابة الضوء الأخضر للاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه، في حين أن وضع الصيغة التنفيذية هو إجراء ضروري لاحق يمكن من اتخاذ إجراءات التنفيذ وفقاً لقوانين الدولة التي تنتظر محاكمها في دعوى الأمر بالتنفيذ⁵.

¹ - حيث تنص المادة 32/3 من الإتفاقية الجزائرية المجرية على أنه: «يجوز للمطلوب في التنفيذ في أرض الدولة المقابلة أن يعارض القرار بقوانين الطرف المتعاقد الذي تقوم محكمته بالبت في التنفيذ»، اتفاقية التعاون القضائي والعديلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية، المبرمة بين الجزائر والمجر، والمصادق عليها بالمرسوم رقم 84-25 المؤرخ في 11/02/1984، الجريدة الرسمية رقم 07 لسنة 184

² - اتنص الفقرة 3 من المادة 33 من الاتفاقية الجزائرية البلغارية على " (3) يجوز للمطلوب في التنفيذ في أرض الدولة المقابلة أن يعارض القرار بقوانين الطرف المتعاقد الذي تقوم محكمته بالبت في التنفيذ". لإتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية بلغاريا، بتاريخ 20/12/1973 والمصادق عليها بالمرسوم رقم 191/77 المؤرخ في: 24/12/1977، الجريدة الرسمية رقم 01 لسنة 1978

³ -المادة 361" لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير".

⁴ -المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

⁵ - سامية عبد اللاوي، تنفيذ الأحكام الأجنبية وفق القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الصادرة عن جامعة عباس لغرور -خنشلة - الجزائر، المجلد 1، العدد 2، سنة 2014، الصفحة 186-200

الفرع الثاني: آثار تنفيذ الحكم الأجنبي

بعد استنفاد المحكمة للإجراءات السابقة، يصدر حكماً بمنح أو رفض تنفيذ الحكم الأجنبي والحكم لا يمكن أن يترتب آثار تفوق تلك التي يترتبها الحكم الوطني¹. وفي إطار آثار تنفيذ الحكم الأجنبي، يمكن التمييز بين الآثار المستقلة عن الأمر بالتنفيذ، وهي الآثار غير المباشرة (البند الأول)، والآثار المرتبطة بالأمر بالتنفيذ، وهي الآثار المباشرة (البند الثاني).

البند الأول: الآثار المستقلة عن الأمر بالتنفيذ (الآثار غير المباشرة)

بالرغم من أن الأحكام الأجنبية تخضع مبدئياً من أجل تنفيذها لشروط الصيغة التنفيذية إلا أنها تنتج قبل منحها الصيغة التنفيذية آثاراً وهو ما يعرف بالاعتراف المجرد بالأحكام الأجنبية، إذ أن للحكم الأجنبي قوة وحجية قبل منحه الصيغة التنفيذية (أولاً)، كما يمكن الاستناد إليه بوصفه سنداً يتمتع بحجية في الإثبات (ثانياً) أو بوصفه واقعة (ثالثاً).

أولاً: حجية الحكم الأجنبي.

إن الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية تتمتع بحجية الأمر المقضي به، حيث تُعتبر حجة فيما تم الفصل فيه وقرينة لا تقبل إثبات العكس. تفيد أن الحكم قد صدر بشكل صحيح من الناحية الشكلية وعلى حق من الناحية الموضوعية². فالحكم الصادر يتضمن في طياته قرينة الحقيقة القانونية وقرينة الصحة. وينتج عن هذه الحجية أثاران: الأول سلبي، يقتضي عدم جواز إعادة النظر في النزاع، أي يمنع الخصوم إثارة النزاع مجدداً على القضاء طالما تم الفصل فيه سابقاً. والثاني إيجابي، يفيد إلى إمكانية الاحتجاج بما قضى به الحكم أمام أي محكمة أخرى³. ولا يكتسب الحكم هذه الحجية إلا

¹ - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 846.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 153.

³ - حفزية السيد الحداد - مرجع سابق، ص 416.

إذا كان متحدا في الموضوع والأطراف والسبب حسب ما تقضي به الفقرة 1 من 338 من القانون المدني¹.

هذا بخصوص الأحكام الوطنية، بينما تختلف القوانين المقارنة فيما يتعلق بالاعتراف بالأحكام الأجنبية، فنجد القانون الفرنسي، يرفض الاعتراف بالحجية للأحكام الأجنبية ما لم يصدر أمر بتنفيذه في فرنسا. ويقوم هذا الرأي على أساس أن التسليم بحجية الحكم الأجنبي مجردا عن الأمر بالتنفيذ هو اعتراف بمظهر من مظاهر السلطة الأمرة في دولة أخرى وهو ما لا يجوز² إضافة إلى أن قوة التنفيذ وحجية الحكم هما وجهان لنفس المسألة في تنفيذ الحكم. فقوة التنفيذ تخول صاحب الحق من الحصول على حقه جبرا، كما أن الحجية تؤدي إلى إقرار الحق حين التمسك بها³.

في حين تقبل قوانين أخرى، على غرار القانون الألماني، الاعتراف بالحجية للأحكام الأجنبية بشكل مستقل عن الأمر بتنفيذها بشروط معينة⁴.

بالرغم من رفض القضاء الفرنسي للحجية للحكم الأجنبي إلا بعد أن يشمل الأمر بالتنفيذ. إلا أنه استثنى من ذلك الأحكام الخاصة بحالة الشخص وأهليته، إذ تتمتع بحجية الأمر المقضي به، قبل صدور الأمر بتنفيذها، مبررين ذلك كون أحكام الحالة والأهلية تنشئ حالة واقعية لا يمكن إنكاره أو عرقلة حجيتها، والقول بعكس ذلك من شأنه الإخلال بالاستقرار الذي يجب أن يتوفر لحالة الأفراد وأهليتهم على مستوى الجماعة الدولية⁵.

وفي مصر وبالنظر لسكوت المشرع عن تنظيم هذه المسألة اختلف الفقه حولها، حيث اعتنق البعض مذهب القضاء الفرنسي، فأنكر أي حجية للحكم الأجنبي في مصر إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه الأمر بتنفيذه طبقا للشروط والإجراءات المحددة قانونا، حتى تكون له حجية الأمر المقضي وقوة التنفيذ⁶.

¹ - تنص المادة 338 "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم انفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب".

² - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 742.

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص. 159

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 941.

⁶ - المرجع نفسه، ص 939.

في حين يرى جانب ثاني من الفقه، وجوب الاعتراف للحكم الاجنبي بحجية الشيء المقضي فيه دون استلزام صدور الأمر بالتنفيذ، حيث يعتبرون تعليق الاعتراف بحجية الشيء المقضي فيه للحكم الاجنبي على صدور الأمر بالتنفيذ هو اسراف في الشكلية دون مبرر، وهذا الاعتراف لا يتم دون قيد أو شرط، بل يكون الأمر معلق على إجراء فحص للتأكد من توافر شروط معينة. ومن الطبيعي أن تكون هذه الشروط هي شروط منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية كحكم نهائي في النزاع¹. فيجدر أن يعترف بها القضاء الوطني بمجرد توافر الشروط الخارجية اللازمة لصدوره صحيحاً من الناحية الدولية².

وبالرغم من هذا التباين في الرأي في الفقه المصري، إلا أنه يجمع على التمييز الذي أخذ به الذي أخذ به القضاء الفرنسي بخصوص حجية الأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية، ولو لم يصدر حكم مصري بالأمر بتنفيذها³. ومن ثما فالأحكام المتعلقة بالعلاقة الزوجية والمرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالحالة والأهلية، كالحكم الذي يثبت صحة الزواج أو بطلانه، أو الذي يثبت الزواج أو النسب، أو الذي يحدد مدى توافر الأهلية لإبرام عقد الزواج. هذه الأحكام تتمتع بحجية الأمر المقضي به في مصر قبل صدور الأمر بتنفيذها⁴.

من المهم الإشارة إلى أنه في حال صدور أحكام أجنبية تتعلق بالحالة والأهلية وكانت تتضمن الإكراه على الأشخاص أو تنفيذ على الأموال، مثل الأحكام المتعلقة بالنفقة الزوجية أو تحديد حصة الزوج أو الزوجة في الأموال المشتركة، فإن تنفيذ هذه الأحكام يتطلب اتخاذ إجراءات تنفيذية وإصدار أمر بالتنفيذ. كما يجب التنبيه إلى أن الأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية لا تكتسب حجية قبل إصدار أمر التنفيذ دون قيود، بل تخضع لنظام رقابي للحصول على هذا الأمر⁵.

1 - محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 698.

2 - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 403

3 - عكاشة عبد العال وهشام صادق، مرجع سابق، ص

4 - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص 404.

5 - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 41.

وفي الجزائر، وفي ظل غياب نص تشريعي، يرى بعض الفقهاء من بينهم الأستاذ أعراب بلقاسم والأستاذ محند اسعاد¹، أنه لا ينبغي التمييز بين الأحكام القضائية الأجنبية، حيث يجب أن تتمتع جميعها بالحجية، بشرط توافر الشروط اللازمة لمنح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ والمنصوص عليها في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالأحكام الأجنبية تخضع لنفس النظام من حيث الشروط، سواء عند التذرع بحجيتها أو عند المطالبة بتنفيذها. وبالتالي، تصبح التفرقة غير ذات جدوى ما دام النظام القانوني موحدًا من حيث الآثار والشروط. ويعتقد هؤلاء الفقهاء أن الحجية تُمنح للحكم الأجنبي فقط عند حصوله على الصيغة التنفيذية من المحاكم الجزائرية، لذا لا يمكن الاعتماد بالحكم الأجنبي إلا إذا كان مهورًا بهذه الصيغة. ومع ذلك، يطالب أصحاب هذا الرأي باستثناء أحكام الحالة والأهلية من هذا النظام الصارم، عن طريق الاعتماد على رابطة الجنسية لمراقبة الأحكام الأجنبية المتعلقة بحالة وأهلية الجزائريين فقط، دون أن تشمل الأحكام الأجنبية المتعلقة بأشخاص ليسوا جزائريين. ويضربون مثالًا على ذلك بالقول إنه ليس من المنطقي اعتبار زوجين مطلقين بموجب حكم صادر في بلدهما ما زالًا متزوجين في الجزائر².

غير أنه بتتبع الاتفاقيات الجزائرية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، نجدها ترفض أي حجية للحكم الأجنبي خارج إطار الصيغة التنفيذية، وهو ما أكدته المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية المغربية والمادة 20 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، والمادة 02 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية³، ونفس الموقف أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 28 مارس 2001 الذي أكدت فيه أنه لا يمكن الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي

¹ - راجع، بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص71، موحد اسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، مرجع سابق، ص85.

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 254709 الصادر بتاريخ 2001/03/28، المجلة القضائية، العدد 01، 2002، ص 312 وما بعدها.

³ - جاء في المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية المغربية "القرارات المشار إليها في المادة السابقة لا يمكن أن تؤدي إلى تنفيذ حري من قبل سلطات البلد الآخر، أو أن تكون موضوعا لأي إجراء عام، كالقيد، والتعديل على السجلات العامة، إلا بعد إعلان قابليتها للتنفيذ، ضمن أراضي الدولة المطلوب منها هذا التنفيذ"

إلا بعد امهاره بالصيغة التنفيذية، حيث أكدت فيه أن منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي بالطلاق - وهو من قضايا الحالة - يمنح الحكم حجية الشيء المقضي فيه¹.

من خلال ما تم عرضه، يمكن الاستنتاج أن النظام القانوني الجزائري لم يتبع القضاء الفرنسي، حيث اعتبر أن جميع الأحكام الأجنبية، بما فيها المتعلقة بالحالة، لا تكتسب أي أثر مباشر في الجزائر إلا بعد الحصول على أمر بالتنفيذ من السلطة القضائية الجزائرية².

ثانياً: الحكم الأجنبي سنداً يتمتع بحجية في الإثبات.

إن الحكم الأجنبي المتعلق بإثبات الزواج، مستقلاً عن الأمر بالتنفيذ يمكن النظر إليه كسند قانوني. وبصفته هذه، يُعد دليلاً في الإثبات³، كونه وثيقة رسمية صادرة عن سلطة عامة أجنبية. وبذلك يكتسب أمام القاضي الوطني قوة الإثبات التي يتمتع بها أي محرر حرر في الخارج⁴. فالقضاء الحديث يعترف بقوة الحكم الأجنبي كدليل في الإثبات، حتى وإن لم يكن له حجية الأمر المقضي به. ويؤيد الفقه هذا الاعتراف، على أساس أن الحكم الأجنبي، حتى وإن لم يكن سنداً واجب التنفيذ، فإنه يُعتبر محرراً رسمياً، وتحدد قوته في الإثبات وفقاً لقانون السلطة التي أصدرته⁵.

وبناء عليه، يُعتبر الحكم الأجنبي دليلاً على ما يحتويه من أدلة في الإثبات، مثل الكتابة، والإقرار، واليمين، والبينة، والمعاينة، وغيرها من الأدلة، ويكون التحقيق الذي قام به القاضي في الدعوى ودون في الحكم حجة بالنسبة للتصريحات المذكورة فيه. ومع ذلك، فإن القاضي الوطني لا يتقيد بالنتيجة المتوصل إليها من طرف القاضي الأجنبي، فتبقى له الحرية في تقدير تلك الأدلة الثابتة في الحكم الأجنبي⁶. فالحكم الأجنبي يمكن

¹ - محند اسعاد، القانون الدولي الخاص القواعد المادية الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 87.

² - ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص 200.

³ - : تنص المادة 30 من قانون رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي (الكويتي) "يعتبر كل من الحكم أو الأمر الصادر في بلد أجنبي وحكم المحكين الأجنبي والسند الرسمي الأجنبي، محرراً رسمياً يتمتع في إثبات الوقائع التي قررها بالقوة التي يعطيها له قانون الدولة التي صدر منها".

⁴ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 951؛ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 73.

⁵ - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مرجع سابق، ص 405.

⁶ - ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص 197.

أن يزود القاضي الوطني بمعلومات أو قرائن تفيد في النزاع المعروض أمامه، وبالتالي يشكل الحكم الأجنبي سنداً للإثبات قبل تنفيذه¹.

وبخصوص عقود الحالة المدنية، كونها عقوداً رسمية تبين التغيرات التي ترد على حالة الأشخاص، فإنه بموجب المادة 95 من قانون الحالة المدنية والتي تعتبر أن كل عقد يتعلق بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب يتم إصداره في بلد أجنبي، صحيحاً في حالة تم تحريره وفقاً للأوضاع المعتادة في ذلك البلد. وبالتالي، فإن قانون الحالة المدنية الجزائري يعترف بصحة عقود الحالة المدنية التي تم إعدادها وفقاً للأشكال والإجراءات القانونية المعمول بها في الدولة الأجنبية التي صدرت فيها، مما يمنحها قوة ثبوتية².

وفيما يتعلق بالتأثيرات التي تسجل على هوامش عقود الحالة، فإن المادة 108 من قانون الحالة المدنية أقرت بعدم جواز تصحيح أي عقد متعلق بالحالة المدنية مسجل لدى مركز دبلوماسي أو قنصلي نتيجة خطأ أو اغفال، إلا بموجب حكم قرار صادر عن رئيس أي محكمة داخل التراب الوطني. وفي حال تم تصحيح عقد مدون في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم قضائي أجنبي، فإن تنفيذ هذا الحكم يتطلب حكماً من إحدى محاكم التراب الوطني لمنحه الصيغة التنفيذية.

حيث نصت المادة 108 من قانون الحالة المدنية " لا يمكن تصحيح أي عقد للحالة المدنية مقيد في مركز دبلوماسي أو قنصلي بسبب أخطاء أو اغفالات إلا بموجب حكم صادر عن رئيس أي محكمة عبر التراب الوطني. وإذا صحح عقد مسجل في سجلات الحالة المدنية بموجب حكم قضائي أجنبي فإن هذا الأخير لا يمكن تنفيذه إلا بموجب حكم صادر عن أي محكمة عبر التراب الوطني يمنحه الصيغة التنفيذية."

فالفقرة الأخيرة من المادة 108 تؤكد أن الأحكام الأجنبية التي تتعلق بتصحيح أو تعديل وثائق الحالة المدنية لا يمكن تنفيذها إلا بعد الحصول على أمر بالتنفيذ من أي محكمة داخل التراب الوطني³.

¹ - موحد إسماعيل، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 91

² - المادة 95 من قانون الحالة المدنية " كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا حرر طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد."

³ - نص المادة 108 من قانون الحالة المدنية.

ثالثاً: الحكم الأجنبي كواقعة موضوعية.

كان للفقيه الفرنسي بارتين (BARTIN) أسبقية التأكيد على أن للحكم الأجنبي المجرّد من الأمر بالتنفيذ آثاراً مستقلة عن طبيعته القضائية، ومن ثم فإنه يخلق حالة واقعية لا يمكن لأحد تجاهلها¹، وبالتالي، يمكن معاملة الحكم الأجنبي كواقعة قانونية قبل منحه الصيغة التنفيذية مما يترتب عليه آثار قانونية بهذا الوصف، إذ يمكن الاستناد إليه في نزاعات مستقبلية. وبالتالي، يمكن أن يكون هذا الحكم أساساً لقيام اتفاقات ومراكز قانونية جديدة لاحقة². كما يمكن أن يلعب الحكم الأجنبي دور السبب المشروع للأوضاع جديدة نشأت بعد صدوره، والتي تشكل واقعا يجب بالضرورة أخذه بعين الاعتبار³.

وفي هذا السياق، يتجه بعض الفقه إلى تشبيه الحكم الأجنبي بالتصرف القانوني. فإذا كان التصرف القانوني يترتب عليه آثار بالنسبة لأطرافه بوصفه تصرفاً، فإنه أيضاً يترتب عليه آثار أخرى كواقعة قانونية تجاه الغير. علاوة على ذلك، قد يترتب على هذا التصرف آثار كواقعة حتى بالنسبة لأطرافه في حال تقرر بطلان هذا التصرف⁴.

وبناءً على ذلك، يمكن أن ينتج عن الحكم الأجنبي آثار ذاتية بشكل مستقل عن أي اعتراف أو صيغة تنفيذية، حيث يُعتبر واقعة لا تقتصر آثارها على أطرافها فقط، بل تمتد إلى الغير. فيحق لصاحب المصلحة الاحتجاج بمنطوق الحكم كواقعة، كما يحق للغير الاستناد إلى الحالة الواقعية الناتجة عن تنفيذ الحكم في الدولة الأجنبية⁵.

ومن ثم، يُعتبر الزواج الجديد الذي يبرم بعد حكم الطلاق الذي لم يحصل على الصيغة التنفيذية في الجزائر صحيحاً، خاصة إذا نتج عنه آثار قانونية جديدة كإنجاب الأطفال. فالمحافظة على المراكز القانونية يقتضي الاعتراف بالحكم الأجنبي كواقعة، والأبناء الناتجون عن هذا الزواج الثاني لا يُعتبرون غير شرعيين⁶.

¹ - عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص-566 567.

² - موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 90.

³ - محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 689.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 167.

⁶ - موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 90.

هذه هي الآثار التي يربتها الحكم الأجنبي قبل منحه الصيغة التنفيذية وهي آثار ينبغي أن يأخذها القاضي الوطني بعين الاعتبار، في حين يرتب الحكم الأجنبي بعد امهارة بالصيغة التنفيذية آثار أخرى سوف نتناولها في الفرع الموالي.

البند الثاني: الآثار المرتبطة بالأمر بالتنفيذ (الآثار المباشرة).

إن منح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي لا يغير من طبيعته الأجنبية، بل يبقى كذلك ويرتب آثاره بهذه الصفة. ومنح الصيغة التنفيذية لا يعدو أكثر من تأشيرة تسمح بسرمان الحكم الأجنبي والاعتراف به ضمن النظام القانوني الوطني¹. وعليه، ومتى أصبح الحكم بمنح الصيغة التنفيذية نهائياً وحائز قوة الشيء المقضي به فإن الحكم الأجنبي يرتب آثاراً قانونية ابتداء من تاريخ الحصول على أمر التنفيذ، تتمثل في قوة التنفيذ وهو ما سنراه (أولاً)، وكذا حجية الشيء المقضي فيه (ثانياً).

أولاً: تمتع الحكم الأجنبي بالقوة التنفيذية

القوة التنفيذية للحكم هي الغاية من شمول الحكم الأجنبي بالأمر بالتنفيذ ولا تتحقق إلا إذا تم إمهار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية.

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 اللزوم².

ويتمتع الحكم الأجنبي بقوة التنفيذ اعتباراً من تاريخ صدور حكم الأمر بالتنفيذ، وليس من تاريخ صدوره من المحكمة الأجنبية. مما يؤكد أن هذا الأمر هو منشئ للقوة التنفيذية وبالقوة التنفيذية يرقى الحكم الأجنبي لمصاف الحكم الوطني ويتمتع بنفس القوة التنفيذية التي تتمتع بها الأحكام الوطنية، مع احتفاظه بصفته الأجنبية هذا ما أكدت عليه الفقرة 2 من المادة 42 من اتفاقية رأس لانوف³ والمادة 18 من الاتفاقية الجزائرية

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 1146.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 152.

³ حيث تنص المادة 42/2 على أن " ويحرز الحكم الذي صدر الأمر بتنفيذه بداية من تاريخ صدور هذا الأمر نفس القوة التنفيذية التي تحرزها الأحكام الصادرة من نفس المحكمة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ".

السوفياتية¹. والقوة التنفيذية تثبت للحكم الأجنبي بعد أن يتم منحه الصيغة التنفيذية من خلال حكم جزائي صادر عن محكمة مختصة، حيث يتم تحديد ما يجب تنفيذه بناءً على منطوق الحكم الأجنبي².

ويجب التمييز بين الأمر بالتنفيذ المترتب على دعوى الأمر بالتنفيذ، وبين منح الصيغة التنفيذية. فإذا كان الهدف من الأمر هو منح الضوء الأخضر للاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه، فإن إصدار الصيغة التنفيذية إجراءً لاحقاً وضروري يتم بموجبه اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري التي يقتضيها الحكم. ويسري أثر الحكم بالتنفيذ على جميع أطراف الدعوى المطلوب أمر التنفيذ لها، وفي جميع أنحاء التراب الوطني³. ويصبح الحكم الأجنبي بعد منحه الصيغة التنفيذية قابلاً للتنفيذ في الجزائر، دون أن تكون له آثار أكثر من تلك المقررة للأحكام الصادرة عن المحاكم الجزائرية⁴.

وتخضع كيفية تنفيذ الحكم الأجنبي وإجراءات وطرق تنفيذه للقانون الوطني، بصرف النظر عن ما إذا كان القانون الأجنبي للدولة التي أصدرت الحكم لا يأخذ بهذه الطرق أو يأخذ ببعضها أو كانت غير معروفة في إطار ذلك القانون، فإن هذه الطرق تُعتبر جزءاً من قواعد التنفيذ التي تتميز بالصفة الإقليمية⁵. وبذلك فإن قانون قاضي التنفيذ هو الذي يحدد الوسائل المتاحة للسلطة العامة في إجبار المحكوم عليه وطرق التنفيذ على الأموال. كون ذلك جزءاً من وسائل البوليس والأمن المدني، حيث لا يمكن تصور تطبيق قانون أجنبي بشأنها⁶.

¹ - المادة 18 من الاتفاقية الجزائرية السوفياتية تكون للأحكام التي يتقرر تنفيذها من قبل السلطات القضائية للطرف المطلوب إليه التنفيذ نفس القوة التنفيذية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة من السلطات القضائية في هذا الطرف، مرسوم رقم 83 - 423 مؤرخ في 9 / 07 / 1983 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية واتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية في مجال التعاون القضائي والقانوني الموقعة بمدينة الجزائر في 23 فبراير سنة 1982، الجريدة الرسمية رقم: 29 لسنة 1983

² - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 933.

³ ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص 193.

⁴ - بلقاسم عراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 72.

⁵ - غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 349.

⁶ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 301.

ويمكن للمحكمة المانحة للصيغة التنفيذية أن تأمر بنشر الحكم الأجنبي كما هو الحال في قضايا الحالة المدنية لأن تسجيل الحكم الأجنبي القاضي بإثبات الزواج غير كافٍ بل على ضابط الحالة المدنية أن يشير في هامش سجلاته إلى الحكم المانح للأمر بالتنفيذ.

وبناءً على ذلك، يقتضي تنفيذ الحكم صدور خطاب رسمي من السلطة إلى موظفي السلطة العامة لتنفيذ الحكم قسراً عند الاقتضاء طبقاً للمادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على: " لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، موهورة بالصيغة التنفيذية الآتية : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري و تنتهي بالصيغة الآتية : ... و بناء على ما تقدم، إن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو و تأمر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان اللذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار، ... و على النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية"¹.

ثانياً: تمتع الحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي به .

سبق التطرق إلى أن الأحكام الأجنبية في الجزائر لا تتمتع بأي حجية قبل إضفاء الصيغة التنفيذية عليها من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط المقررة قانوناً في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن ثم، فإنه وبعد صدور الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ويصبح نهائياً، يتمتع الحكم الأجنبي، بحجية الشيء المقضي به على غرار الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية. وتتضمن الحجية قرينة الحقيقة وقرينة الصحة. وفقاً لقرينة الحقيقة، يُعتبر الحكم عنواناً للحقيقة فيما قضى به لا يجوز إهدارها في أي مجال أو أمام أي سلطة قانونية في الدولة. وتفترض قرينة الصحة أن الحكم صدر بموجب إجراءات صحيحة، وبالتالي لا

¹ المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجوز الادعاء ببطلانه. كما لا يجوز لأي من أطراف النزاع رفع دعوى جديدة حول نفس الموضوع، وفي حال تم رفعها، يحق للطرف الآخر الدفع بسبق الفصل فيها¹.

وهوما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 28 مارس 2001، الذي جاء فيه: "إن الحكم الأجنبي الذي منح له الصيغة التنفيذية يتمتع بحجية الأمر المقضي به أن القرار المطعون فيه مؤسس تأسيساً سليماً وكان مصيباً لما قضى برفض دعوى الطاعن لسبق الفصل فيها"²

وإذا كان الحكم الأجنبي الممهور بالصيغة التنفيذية يتمتع بالحجية في الدولة التي أصدرته وكذلك في الدولة التي منحت الأمر بتنفيذه، فقد يثار التساؤل حول مدى سريان هذه الحجية في الدول الأخرى.

اختلف الفقه حول هذه المسألة إلى اتجاهين، إذ يرى جانب من الفقه أن الحكم الأجنبي لا يتمتع بحجية الشيء المقضي به إلا في إقليم الدولة التي أصدرته وفي إقليم الدولة التي أصدرت أمر تنفيذه، دون أن تمتد هذه الحجية إلى إقليم الدول الأخرى، إلا في حال وجود معاهدة أو اتفاقية دولية تقضي بخلاف ذلك³.

هذا الرأي وإن كان يعزز حرص الدول على سيادتها، إلا أنه يؤثر سلباً على التعاملات بين الدول، ويهدد المراكز القانونية الناشئة عن طريق الحكم الأجنبي ويحرم أصحاب الحقوق من تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحهم من المحاكم الأجنبية دون وجه حق⁴.

لذا، اتجه جانب آخر من الفقه إلى امتداد تمتع الحكم الأجنبي بقوة الشيء المقضي ليشمل كل الدول، وعدم اقتصار هذه الحجية في إقليم الدولة التي أصدرته والدولة التي منحت قوة التنفيذ، مبررين ذلك على أساس أن الحقوق المكتسبة في دولة معينة بواسطة العقد أو الفعل هي الأساس للاعتراف بالحكم الأجنبي وقوته التنفيذية في الدول الأخرى.

¹ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 397.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2001/03/28، الملف رقم: 254709، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2002، ص 312.

³ - غالب علي الداوي، مرجع سابق، ص 350.

⁴ - المرجع نفسه، ص 351.

وأي إنكار لهذه الحقيقة يعد إنكاراً لمبادئ القانون الدولي الخاص، خاصةً إذا كانت هذه الحقوق لا تتعارض مع النظام العام في الدولة التي يُراد تنفيذها فيها¹. وقد تبنت العديد من الدول هذا الرأي في قوانينها على غرار إنجلترا والعراق².

ومن المهم أن نشير في الأخير، أنه عندما يمهر الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، فإنه بالإضافة إلى قوة التنفيذ وحجية الأمر المقضي به يكتسب أيضاً قوة الإثبات، مما يجعله دليلاً رسمياً على ما يحتويه من أسباب ووقائع وحقوق. يمكن الاستناد إليه لإثبات بعض الحقوق، لأنه وثيقة رسمية أعدتها جهة رسمية. فلا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 535

² - وقد قصر القانون العراقي هذا الأمر على الأحكام الأجنبية المتعلقة بالإرث والوصايا فقط، من خلال نص المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية للأجانب لسنة 1931 التي نصت على أن : قرارات المحاكم الأجنبية التي يكون قانون دولتها هو القانون الشخصي للمتوفي، إذا كانت متعلقة بحقوق الإرث والوصية تعتبر لدى المحاكم العراقية كحجج قطعية للاستدلال بمضامينها على قدر الامكان مع مراعاة حقوق الدائنين".

الخاتمة

من خلال تتبعنا بالدراسة والتحليل لموضوع إثبات الزواج في القانون الدولي الخاص، تعرضنا لمختلف الإشكاليات التي يثيرها ظهور العنصر الأجنبي على علاقة الزواج المراد اثباتها، حيث تمت معالجتها في ظل قواعد القانون الدولي الخاص، سواء كانت قواعد تشريعية أو فقهية أو اتفاقية، وأسقطنا أهم موضوعاته على إثبات عقد الزواج، سواء ما تعلق بالموضوع بنظرية تنازع القوانين أو نظرية الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في منازعاته.

وأكثر الإشكاليات في هذا الخصوص تطرحه نظرية تنازع القوانين والبحث عن القانون الواجب التطبيق على علاقة الزواج، بالنظر لخصوصياتها كونها تتوفر فيها خصائص الواقعة من جهة وخصائص التصرف القانوني من جهة أخرى، الأمر الذي جعلها تخضع لقانونين يحكمانها هما قانون الموضوع بالنسبة لشروط الزواج الموضوعية وقانون محل الإبرام بالنسبة للشروط الشكلية، ومدى التداخل وصعوبة التمييز بين ما هو ضمن الشكل وما هو من الموضوع وتدخل القاضي من خلال عملية تكييف لتحديد ما يدخل ضمن موضوع الزواج وما يدخل ضمن شكله.

وقد عالج المشرع الجزائري الشق الموضوعي المتعلق بتنازع القوانين باعتماده المنهج التنازعي لحل إشكاليات البحث عن القانون المختص والتي وفق فيها نسبيا خاصة بعد تعديل 2005 للقانون المدني.

وتطبيق هذا المنهج يعتمد بالدرجة الأولى على استشارة قواعد الإسناد، التي اعتمد المشرع فيها على ضابط الجنسية مما يكفل تطبيق القانون الجزائري على المواطنين ولو كانوا في الخارج ، ومن ثم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري.

حيث خصص المشرع الجزائري المواد: (11) و(12) و(13) و(19) من القانون المدني لتنازع القوانين في الزواج المختلط، بالإضافة لنصوص أخرى تضمنها قانون الحالة المدنية متعلقة باختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي الجزائري بإبرام عقود الزواج، مفرقا في الإسناد بين الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وبين الشروط الشكلية له، فأخضع الشروط الموضوعية كقاعدة عامة للقانون الوطني لكل من الزوجين وأورد استثناء مهما بتطبيق القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام

الزواج. من خلال المادة (13) من القانون المدني. هادفا من خلالها تسهيل مهمة القاضي الجزائري في من خلال تطبيق قانونه الوطني من جهة، وحماية لمصلحة الوطنيين ومن جهة أخرى.

لكنه لم يحدد بشكل صريح كيفية إعمال قانون جنسية الزوجين بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج، هل هو التطبيق الجامع؟ أم التطبيق الموزع؟ خاصة بالنسبة للمسائل الأساسية، كموانع الزواج ولم يخص شكل الزواج بقاعدة إسناد خاصة وتركها للقواعد العامة بشكل التصرفات من خلال للمادة 19 مدني حيث أخضعه إلى قانون محل الأبرام أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك وهي قاعدة اختيارية. كما لم يخص بطلان الزواج بقاعدة إسناد خاصة.

بالإضافة لكيفية التطبيق يطرح ضابط الجنسية الذي اعتمده المشرع لحل تنازع القوانين في الأحوال الشخصية عموما وفي الزواج بالخصوص صعوبات متعددة، كتعدد الجنسية أو انعدامها أو الانتماء إلى دولة متعددة الشرائع، فسعى المشرع الجزائري إلى إيجاد حلول ملائمة وفق ما هو مستقر فقهيًا، من خلال المادة (22) من القانون المدني. وبخصوص نطاق القانون الأجنبي المسند إليه فقد أخذ المشرع الجزائري بالإحالة متى كانت من درجتها الأولى بمقتضى نص المادة 23 مكرر 01 من القانون المدني ما من شأنه توسيع تطبيق القانون الجزائري، رغم التناقض الذي يبدو للوهلة الأولى في صياغة نص المادة سالفة الذكر، حيث عبر صراحة في فقرتها الأولى عن رفض الإحالة، إلا أنه في الفقرة الثانية أقر اختصاص القانون الجزائري في حال أحالت إليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق.

أما مركز القانون الأجنبي المتعلق بإثبات الزواج أمام القضاء الوطني، فقد حددته الفقرة 6 من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي عد فيها المشرع القانون الأجنبي في مسائل الأسرة قانونا يبقى محتفظا بطبيعته القانونية ويترتب عليه تطبيقه من طرف القاضي تلقائيا متى أشارت إليه قاعدة التنازع الجزائرية، وخضوع القاضي عند الخطأ في تطبيقه إلى رقابة المحكمة العليا. وذلك لارتباط مسائل الأسرة بالنظام العام، الذي باسمه قد يعطل العمل بقاعدة الإسناد في حال خالف القانون الأجنبي النظام العام الجزائري فيستعمله كأداة يستبعد بها القانون المخالف للنظام العام ويحل محله

القانون الجزائري، ونفس المآل يكون للقانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه تحايلا على قاعدة الإسناد وهو ما تأكده المادة 24 من القانون المدني. والتي تبين استمرار تبني المشرع الجزائري لسياسته في توسيع تطبيق القانون الوطني.

وعلى عكس معالجة المشرع الجزائري لنظرية تنازع القوانين فإن معالجته لنظرية الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية بينت قصور واضح في هذا المجال، إذ خصه بمادتين فقط هما 41 و42 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، تضمنت ضابط واحد لاختصاص المحاكم الجزائرية دوليا وهو امتياز الجنسية الجزائرية فقط، مما أدى بالفقه والقضاء إلى القول بوجوب التوسع في تطبيق قواعد الاختصاص المحلي والقياس عليها دوليا، رغم ما قد تنبئه من الإشكالات لاختلاف المنازعات الوطنية عن منازعات العلاقات الدولية الخاصة، ولارتباط قواعد الاختصاص القضائي بسيادة الدولة من جهة وبتنفيذ الحكم الصادر عنها دوليا من جهة أخرى.

وفيما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية فقد تبني المشرع الجزائري نظام المراقبة من خلال إقرار شروط لتنفيذ الأحكام الأجنبية في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من أجل امهارها بالصيغة التنفيذية حتى يتم الاعتراف بها سواء كانت أحكام قضائية أو عقود وسندات ولم يستثن المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية من نظام الأمر بالتنفيذ وما يمكن ملاحظته بهذا الخصوص:

لم يتبين موقف المشرع بدقة حول القواعد التي تتحدد بها اختصاص المحكمة الأجنبية، هل قواعد الاختصاص الدولي في القانون الجزائري أم قواعد الاختصاص في الدولة مصدرة الحكم؟ حيث اكتفى بالنص على وجوب صدور الحكم من محكمة أجنبية مختصة.

وفي الفقرة الثالثة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جعل المشرع إثارة وجود التعارض بين الحكم الوطني والحكم الأجنبي على عاتق المدعى عليه، بما يفيد أن القاضي الجزائري لا يمكنه أن يثير هذا التعارض من تلقاء نفسه. تأسيسا على الملاحظات السابقة نورد الاقتراحات التالية:

أولاً: في الجانب الموضوعي

- تعديل نص المادة 11 من القانون المدني بما يكفل وبشكل صريح توضيح كيفية تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية، فيأخذ بالتطبيق الموزع صراحة مستثنيا موانع الزواج التي يجب أن يأخذ بخصوصها التطبيق الجامع.
- تخصيص قاعدة إسناد تخص شكل الزواج وعدم تركها للقواعد العامة بالنظر لخصوصية هذا العقد.
- تخصيص قاعدة إسناد تخص إثبات الزواج.
- تخصيص قاعدة اسناد تنص على القانون الذي يسري على بطلان الزواج.
- تعديل نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني بتقديم الفقرة الثانية على الفقرة الأولى حتى ينسجم المعنى ويزيل التناقض الذي يبدو فيها.

ثانياً: الجانب الإجرائي

- على المشرع الجزائري التدخل من أجل سد النقص المسجل في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فلا ينبغي الاكتفاء بالامتياز الجوازي المحدد الذي يعتمد فقط على معيار الجنسية. فعليه وضع قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية باعتماده معايير موضوعية تتماشى مع طبيعة العلاقات الدولية الخاصة، خاصة في ظل تزايد هذه العلاقات.
- على المشرع الجزائري أن يجعل من شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر عن القضاء الجزائري من النظام العام، فيتسنى للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها حفاظاً على هيبة القضاء الوطني وسمو السيادة الوطنية فوق أي سيادة أخرى.
- كما نضم صوتنا إلى توصيات الدراسات السابقة من ضرورة أن يلزم المشرع الجزائري شتات المواد القانونية المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي في تشريع مستقل تحت تسمية القانون الدولي الخاص، يضمه نصوصاً صريحة حول موقفه من كل نظريات هذا الفرع المهم من القانون الخاص، كما هو معمول به في الدول التي سلكت هذا المنهج والذي نعتقد أنه سليم وموفق إلى حد بعيد.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

القرآن الكريم: رواية ورش عن نافع، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، تمت الطباعة بموافقة مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، 1430هـ، 2009 م.

ثانياً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب

أ- الكتب العامة

أ1- كتب الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

1. أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010
2. أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.
3. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997.
4. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (دراسة مقارنة)، ط2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961.
5. بن حزم، المحلى، ج10، دار التراث، بيروت.
6. حسن أحمد فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
7. رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية الجزائرية، 2008.
8. ———، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008..
9. رمضان أبو السعود، شرح قانون الأسرة لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.

10. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
11. ———، الموجز في شرح الأحكام الشخصية لغير المسلمين، ، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2000.
12. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان.
13. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
14. ———، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
15. ———، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، ، 2013.
16. ———، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، ط5، دار هومة للنشر، الجزائر، 2009.
17. عبد الفتاح كباره، الزواج المدني - دراسة مقارنة-، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان.
18. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
19. العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، ج1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
20. ———، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

21. سنقوقة سائح، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج11، دار الهدى، الجزائر، 2011.
22. عباس العبودي، شرح أحكام قانون البيانات، دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والمبادئ القانونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.
23. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997.
24. عمرو عيسى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء 1، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005.
25. حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006 .
26. لكحل بن حواء، نظرية الولاية في الفقه الإسلامي و القوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.
27. مأمون طربية، السلوك الاجتماعي للأسرة، مقاربة معاصرة لمفاهيم علم اجتماع العائلة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2012.
28. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون سنة.
29. محمد فوزي فيض الله، الزواج وموجباته في الشريعة الإسلامية، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 2001.
30. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ، دون سنة نشر.
31. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
32. موفق الدين بن قدامي، المغني، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.
33. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج 7، ط2، دار الفكر، سوريا، 1989.
34. يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011.

35. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009.
- أ- 2 كتب القانون الدولي الخاص
36. إبراهيم محمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، دون دار نشر، 1997
37. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
38. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، 2010.
39. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية للنشر، ط1، القاهرة، مصر، 2001.
40. _____، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
41. _____، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، القاهرة، مصر.
42. _____، الأصول في في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008
43. أحمد قسمت الجداوي، العلاقة بين الأنظمة الدينية والأنظمة اللائكية في القانون الدولي الخاص، دالوز، 1971.
44. _____، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصر، 1972.
45. أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1999،
46. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري -تنازع القوانين -، ج1، ط10، دار هومة، الجزائر، 2008.

47. _____، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، ط 5، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 41.
48. بيير ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
49. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
50. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية، ط 2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
51. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان.
52. _____، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم الدولي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
53. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، لبنان، 1994.
54. سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، ونصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ج 1، ط 5، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2009.
55. سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995.
56. سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1987.
- 57.
58. سعيد يوسف البستاني، " الجامع في القانون الدولي الخاص"، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

59. _____، القانون الدولي الخاص- تطور وتعدد طرق حل النزعات الخاصة الدولية-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004
60. شريفة ولد الشيخ، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
61. شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968.
62. صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
63. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
64. _____، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2004.
65. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010.
66. _____، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004.
67. _____، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2010.
68. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
69. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط1، دوندان للنشر، جامعة القاهرة، مصر، ص 234.
70. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، ط2، مطبعة السعادة جوار محافظة مصر، مصر، 1967.
71. عبد الرحمان جابر جاد، القانون الدولي الخاص العربي، ج3، في تنازع القوانين، معهد الدراسات العربية العالية، بيروت، لبنان، 1974.

72. عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، (دون سنة نشر).
73. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
74. _____، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
75. عبد الكريم بلعور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
76. عبده جميل غصوب، دوروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
77. عكاشة عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات -دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المقارن-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1991.
78. _____، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
79. _____، تنازع القوانين -دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
80. _____، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، 1987.
81. _____، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996.
82. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
83. عمارة بلغيث، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
84. عنايت عبد الحميد ثابت، خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.

85. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة، ط4، دار وائل، الأردن، 2005.
86. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين -، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2011.
87. فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
88. كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.
89. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، 1994.
90. محمد حبار، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.
91. محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
92. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط3، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
93. _____، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة، جامعة الإسكندرية، مصر، 1979.
94. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
95. موحند إسعاد، ترجمة فائق أنجق، القانون الدولي الخاص الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
96. _____، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائق أنجق، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

97. ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
98. ———، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
99. نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط، 2 دار هومه، الجزائر، 2004 .
100. ———، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004
101. هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
102. ———، ماهية الحكم القضائي الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في النظم القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.
103. هشام صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
104. ———، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2003.
105. ———، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
106. ———، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
107. ———، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1993.
108. هشام صادق، عكاشة عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، لبنان، 2006.
109. هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني

الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2011.

أ- 3 الكتب المتخصصة.

110. آمنة محمدي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019.

111. خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية (دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغربية) ط1، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، 2001.

112. السعدية بلخير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية المغرب، 1988.

113. صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

114. عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة، دراسة تأصيلية مقارنة، ط1، دار كنوز اشبيلية، السعودية، 2009.

115. عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1982.

116. نادية فضيل ، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

117. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

118. وسام توفيق عبد الله الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001.

2- الرسائل الجامعية

1. سعاد بناني، تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج- دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2009-2010.
2. سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
3. عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015.
4. -محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2008-2009.
5. يمينه مومن، اعتبارات تطبيق قانون القاضي بين نظريتي تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، جامعة بن خلدون، تيارت، الجزائر، 2021-2022.
6. يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011-2012.

3-المقالات في المجالات

1. أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، العدد الثاني سبتمبر 2017.
2. أمينة رحاوي "معاملة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد، 08 العدد، 2021.
3. بشرى النية، مكان انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، مجلة المنبر القانوني، المغرب، العدد 12، سنة 2017.

4. بلقاسم اعراب، المفاضلة بين الإسناد إلى قانون الجنسية والإسناد إلى قوانين أخرى للشروط الموضوعية لعقد الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، عدد 4، لسنة 1995.
5. جمال بن عصمان، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، المجلد 11 العدد 2، سنة 2012.
6. جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الصادرة عن جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، عدد 4، 1999.
7. حسين نعمة نغموش، الزواج الأعرج في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة ارووك، الصادرة عن كلية التربية للعلوم الإنسانية - جامعة المثنى - العراق. العدد 2، المجلد 10، 2017.
8. رعد مقداد محمود، يعقوب حسن حمد الجبوري، القانون الواجب التطبيق عند تنازع الجنسيات دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 5، المجلد 5، العدد 4، العراق، 2021.
9. سامية عبد اللاوي، تنفيذ الأحكام الأجنبية وفق القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الصادرة عن جامعة عباس لغرور -خنشلة - الجزائر، المجلد 1، العدد 2، سنة 2014.
10. سليمة وصيف خالد وبن زيطة عبد الهادي، القواعد الحمائية المقررة لمصلحة الطرف الجزائري في عقد الزواج المختلط، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 8، عدد 1، 2024.
11. الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 01/05، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2006.

12. عبد الكريم موكّة، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 14، العدد 02، 2016.
13. عبد الله حاج أحمد، "إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015.
14. علي معزوز، الانجياز للقانون الوطني من خلال المفاضلة بين الجنسية والموطن في تنازع قوانين الأحوال الشخصية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، الصادرة عن جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 8، العدد 3، السنة 2023.
15. عمر بلمامي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر المجلد 45، العدد 02، 2008.
16. محمد حمدي محمد بهنيس، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، المجلة القانونية والاقتصادية، جامعة الزقازيق، مصر، العدد 15، سنة 2004.
17. مصطفى قايد وقديري محمد توفيق، الضوابط القانونية لزواج الجزائريات من الأجانب، دراسة على ضوء قرارات المحكمة العليا الجزائرية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، الصادرة عن جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 09، العدد 1، سنة 2023.
18. هشام صادق، المواطن في العلاقات الدولية الخاصة-الخلاف حول تصوره وكيفية تحديده-، المجلة الدولية للقانون الدولي، مجلة الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 31، سنة 1975.
19. ناصيف عبد الرضا، الإحالة في القانون الدولي الخاص تنازع قواعد الإسناد، مجلة دراسات البصرة، العراق، العدد 42، السنة السادسة عشر، 2021.

20. نورية شبورو، الدفع بالنظام العام وتطبيقاته في مجال الزواج المختلط، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، سنة 2018.

21. يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بتمنراست، عدد 1، سنة 2012.

22. محمد شقير، الزواج المدني في التصور الإسلامي، مجلة الوحدة الإسلامية، تصدر عن تجمع العلماء المسلمين في لبنان، السنة 12، العدد 135، بيروت، لبنان، 2013.

4- النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية لاهاي بشأن خفض حالات إنعدام الجنسية لسنة 1930
- مرسوم رقم 63-450، المؤرخ في 14/11/1963، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليها في 26/07/1963، الجريدة الرسمية رقم 01 لسنة 1963.
- مرسوم رقم 64-85 مؤرخ في 4/3/1965 يتضمن المصادقة على اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية المنعقدة في 24 أفريل 1963، الجريدة الرسمية، عدد 34، بتاريخ 22/09/1964.
- مرسوم رقم 64-63 بتاريخ 8/06/1964 يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالقانون الأساسي لفاقدي الجنسية والمبرمة في 28/09/1954، الجريدة الرسمية، عدد 15، بتاريخ 17/07/1964.
- الأمر رقم 65-195، المؤرخ في 29/07/1965، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القضائي، المبرمة بين الجزائر وجمهورية مصر العربية، والموقع عليها في الجزائر بتاريخ 29/02/1964، الجريدة الرسمية عدد 76 سنة 1965.

- الأمر رقم 65-194، المؤرخ في 29/07/1965، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المبرمة بين الجزائر وفرنسا، والموقع عليها في 28/08/1962، الجريدة الرسمية عدد 68 سنة 1965.
- الأمر رقم 68-69 المؤرخ في 02/09/1969، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية المغربية، الجريدة الرسمية، عدد 77 لسنة 1969.
- امر رقم 70 - 4 مؤرخ في 15/01/1970، يتضمن المصادقة على الاتفاقيتين المبرمتين بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الاسلامية الموريتانية والموقعتين بنواكشوط في: 03/12/1969، الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 1970.
- المرسوم رقم 191/77 المؤرخ في: 24/12/1977، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية بلغاريا، بتاريخ 20/12/1973 والمصادق عليها الجريدة الرسمية رقم 01 لسنة 1978.
- المرسوم رقم 84-25 المؤرخ في 11/02/1984، المتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية، المبرمة بين الجزائر والمجر، الجريدة الرسمية رقم: 07 لسنة 1984.
- المرسوم الرئاسي رقم 94-181 مؤرخ في: 27/06/1994، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة لانوف (ليبيا) في 09 و 10 مارس سنة 1991م، الجريدة الرسمية عدد 43، سنة 1994.
- مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 11/02/2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06/04/1083، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر سنة 1997م من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، الجريدة الرسمية، عدد 11، سنة 2001.
- **النصوص الوطنية**

- الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في: 19/02/1970 والمتعلق بالحالة المدنية. المعدل والمتمم بالقانون رقم: 17-03 المؤرخ في: 17/01/2017، الجريدة الرسمية عدد 02، بتاريخ 2017.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في: 13/05/2007 الجريدة الرسمية عدد 31 بتاريخ: 13/05/2007.
- قانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984 والمتضمن قانون للأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27/02/2005، الجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ: 27/02/2005.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في: 26/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 22-13 المؤرخ في: 12/07/2022، الجريدة الرسمية عدد 48 بتاريخ: 17/07/2022.

ج -القوانين الأجنبية

القانون المدني الفرنسي.

- القانون المدني المصري، الصادر في 16 يوليو سنة 1948.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، رقم 13 لسنة 1986 ، المعدل بالقانون 158 لسنة 2024 ، الجريدة الرسمية عدد 28 مكرر بتاريخ 10 /07/2024.
- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/5/1949.
- القانون المدني الليبي الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1975.
- القانون المدني الأردني الصادر بالقانون رقم 43 لعام 1976 .
- الأمر القانوني رقم 124-89 الصادر بتاريخ 14/09/1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، المعدل بالقانون رقم 31-2001 الصادر بتاريخ 08/02/2001.
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بالقانون رقم 5 لسنة 1985.
- قانون العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، رقم 5 لسنة 1961.

قانون رقم : 97 المؤرخ في : 27/11/1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 96 بتاريخ : 01/12/1998.

كل هذه القوانين متاحة على الموقع <http://jafbase.fr/docAsi/>

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية

1. Marie-Laure Niboyet, Géraud de Geouffre de la pradelles, droit international privé, LGDJ, Paris, 2008, p 422
2. Marie-Laure Niboyet -HOEGY, Action en justice encyclopédie Intenational, dalloz, Paris, 1998.
3. Thomas habu GROUD, La preuve en droit international privé, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
4. -Yacine chaib, Noces orientales, le mariage et la mort in la vie au uotidien, regards: ethnologique sur l'immigration et l'école,centre ationale de documentation pedagogique,n96,1994,
5. - Niboyet de lapradelle, Droit international prive, Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris),2007.
6. -Bernard audit, compétence international des tribunaux français, droit commune conflit de juridiction, règlement bruxello, bis et litispendance, études et commentaires, Dalloz, 2010.
7. -Bernard Audit, Droit international privé, 3ème édition, Economica, Paris, 2000.
8. Didier Martin, les régimes matrimoniaux, connaissance du droit, Dalloz ,1995.
9. Gutman Daniel, Doit international privé ,2ème édition, Dalloz, 2002.
10. Henri Batiffol, Lagarde Paul : "Traité de droit international privé", ibrairie générale de droit et de jurisprudence, Tome1, 8ème édition, Paris, 1993.
11. Jac Mestre, Droit International Privé Français, Mariage Introduction Générale. Condition de fond, juris-classeur, Paris. France,1992.
12. Jace Maste, Droit International Privé Français Mariage condition de la forme, juris classeur,Paris,France,1993,
13. -Jean-marc bischoff, Répertoire de droit international, Mariage, Tome11, Dalloz, Paris,1999,
14. Loussouam Yvon et Bourel pierre, Droit international privé, 7 éd, Dalloz, Paris, 2001
15. Pierre Mayer, Vincent Heuze , Droit international privé, 9 éditions , Ontchrestien
16. walf Martin ,private international law, oxford university, England ,1950.

17. Y Loussouarn et autres, Droit International Privé, éd 10, Dalloz, France, 2013.
18. Yvon Lousouarn et Pierre Bourel, Droit international Privé, 3^{ème} édition, alloz, paris, 1988.

رابعاً: المواقع الإلكترونية:

1. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court>
2. <https://www.resmigazete.gov.tr/>.
3. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/the-old-conventions/1902-marriage-convention>
4. www.un.orgar/events/refugeeday/definitions.shtml
5. <https://haqqi.info/ar/haqqi/legislation/convention-nationality>
6. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=87>.
7. <https://www.google.com/amp/s/alghad.com/>
8. <http://islamport.com/w/fqh/Web/2240/25.htm>
9. <https://www.wipo.int/wipolex/ar/legislation/details/19413>.
<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC9%86%D9%8A>

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	الإهداء
	شكر وعرفان
	قائمة المختصرات
01	مقدمة
	الباب الأول
	تحديد القانون المختص بإثبات الزواج الدولي
11	الفصل الأول: إسناد المسائل الموضوعية لإثبات للزواج
11	المبحث الأول: مضمون فكرة المسائل الموضوعية للزواج
12	المطلب الأول: الشروط الموضوعية الإيجابية
13	الفرع الأول: الرضا والأهلية
16	الفرع الثاني: الصداق والولي
21	الفرع الثالث: الشهود
24	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية السلبية
24	الفرع الأول: موانع الزواج المؤبدة
28	الفرع الثاني: المحرمات تحريماً مؤقتاً (موانع مؤقتة)
36	المبحث الثاني: ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج
37	المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية والقانونية لإسناد الشروط الموضوعية للزواج
38	الفرع الأول: إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون بلد الإبرام
40	الفرع الثاني: إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون موطن الزوجين
41	الفرع الثالث: إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية الزوجين
43	الفرع الرابع: إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج في القانون

	الجزائري
48	المطلب الثاني: إشكالات تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية الزواج
49	الفرع الأول: كيفية تطبيق قانون جنسية الزوجين
53	الفرع الثاني: إشكالية إعمال قانون جنسية الزوجين
68	الفصل الثاني: إسناد المسائل الشكلية لإثبات الزواج
69	المبحث الأول: المسائل المرتبطة بشكل الزواج
69	المطلب الأول: أشكال الزواج في الأنظمة المقارنة
69	الفرع الأول: الزواج بين النظام الديني والنظام المدني
73	الفرع الثاني: تكييف شرط مراعاة الطقوس الدينية
76	المطلب الثاني: مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج
77	الفرع الأول: إجراءات عقد الزواج الإدارية والتنظيمية
81	الفرع الثاني: تحرير وتسجيل عقد الزواج
85	الفرع الثالث: الإثبات القضائي للزواج العرفي
91	المبحث الثاني: ضوابط الإسناد التي تحكم المسائل الشكلية في الزواج
92	المطلب الأول: اختصاص قانون محل الإبرام بحكم الشروط الشكلية للزواج
93	الفرع الأول: طبيعة قاعدة لوكيس (Locus) في مجال الزواج
100	الفرع الثاني: تطبيق ضابط محل الإبرام في الجزائر
106	المطلب الثاني: اختصاص القانون الوطني للزوجين بحكم الشروط الشكلية للزواج
107	الفرع الأول: اختصاص البعثات الدبلوماسية والقنصلية بإبرام عقد الزواج
109	الفرع الثاني: الاعتراف بالعقود المبرمة وفق الشكل الدبلوماسي
111	المطلب الثالث: نطاق اختصاص قانون المحل في إثبات الزواج والوكالة فيه
112	الفرع الأول: مسائل الإثبات غير الخاضعة لقانون المحل
120	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على حجية دليل الإثبات
122	الفرع الثالث: مدى اختصاص قانون محل الإبرام بالوكالة في عقد الزواج

123	الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على بطلان الزواج
	الباب الثاني
	القانون والحكم الأجنبي المتعلق بإثبات الزواج أمام القضاء الوطني
129	الفصل الأول: تطبيق القانون الأجنبي المختص بإثبات الزواج أمام القضاء الوطني
129	المبحث الأول: نطاق وكيفية تطبيق القانون الأجنبي المختص بمسائل إثبات الزواج
130	المطلب الأول: مجال تطبيق القانون الأجنبي المختص بمسائل إثبات لزواج
130	الفرع الأول: مفهوم الإحالة
139	الفرع الثاني: نطاق اعمال الإحالة في قاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد الإبرام
140	المطلب الثاني: كيفية تطبيق القانون الأجنبي المختص بإثبات الزواج أمام القاضي الوطني
140	الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي المختص بإثبات الزواج
149	الفرع الثاني: إثبات وتفسير القانون الأجنبي
156	المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص
157	المطلب الأول: الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص
157	الفرع الأول: مفهوم الدفع النظام العام
166	الفرع الثاني: مدى تدخل النظام العام في مسائل إثبات الزواج
169	المطلب الثاني: استبعاد القانون الأجنبي المتعلق بالزواج عند تحايل أطراف العلاقة عن القانون
170	الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون
178	الفرع الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون
181	الفصل الثاني: الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في دعاوى إثبات الزواج

182	المبحث الأول: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية في منازعات اثبات الزواج
183	المطلب الأول: الضوابط الأصلية للاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية للفصل في منازعات اثبات الزواج
184	الفرع الأول: الاختصاص القضائي الدولي القائم على امتياز الجنسية
189	الفرع الثاني: الاختصاص القضائي الدولي القائم على أساس الموطن
196	الفرع الثالث: الاختصاص القضائي القائم على ضابط القانون المختص
198	المطلب الثاني: الضوابط الاستثنائية للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في مسائل اثبات الزواج
199	الفرع الأول: الاختصاص القائم على الخضوع الاختياري
206	الفرع الثاني: الاختصاص القائم على فكرة عدم إنكار العدالة.
209	المبحث الثاني: تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بإثبات الزواج
209	المطلب الأول: الأحكام القانونية لتنفيذ الحكم الأجنبي
211	الفرع الأول: النظام المعتمد في تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر
213	الفرع الثاني: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في القانون الجزائري
228	المطلب الثاني: إجراءات وآثار تنفيذ الأحكام الأجنبية
228	الفرع الأول: إجراءات دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي
235	الفرع الثاني: آثار تنفيذ الحكم الأجنبي
236	البند الأول: الآثار المستقلة عن الأمر بالتنفيذ (الآثار غير المباشرة)
242	البند الثاني: الآثار المرتبطة بالأمر بالتنفيذ (الآثار المباشرة)
249	الخاتمة
254	قائمة المصادر والمراجع
272	فهرس المحتويات

ملخص: إن موضوع إثبات الزواج في القانون الدولي الخاص، يطرح عدة إشكالات قانونية، مردها تقاطع الزواج بين المسائل الموضوعية والإجرائية وصعوبة التمييز بينها من جهة، والاختلافات بين الدول حول مفهومه ومرجعياته من جهة أخرى الأمر الذي يجعل منه المجال الرطب حين تتنازع القوانين بشأنه، الذي تتكفل قواعد الإسناد بتحديد القانون المختص بحكمه وإعماله، مالم يصطدم مع النظام العام في دولة القاضي إن كان قانونا أجنبيا أو آل إليه الاختصاص عن طريق الغش نحو القانون. وبما أن إثبات الزواج يتم عن طريق دعوى قضائية، فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تتكفل ببيان المحكمة المختصة دوليا للفصل فيها من ناحية وتحدد من ناحية أخرى الجهة التي تمنح الأمر بتنفيذ الحكم الصادر عن قضاء دولة أجنبية متى توفرت شروط تنفيذه حسب الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي على إقليمها.

الكلمات المفتاحية: إثبات الزواج، القانون الدولي الخاص، القانون الواجب التطبيق، القانون الأجنبي، النظام العام، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الحكم الأجنبي.

Résumé: La question de la preuve du mariage en droit international privé pose plusieurs problèmes juridiques, en raison de l'intersection du mariage entre les questions de fond et de procédure et de la difficulté de les distinguer, d'une part, et des différences entre les États sur son concept et ses références, d'autre part, ce qui en fait un vaste domaine lorsque les lois entrent en conflit à ce sujet, et les règles d'attribution déterminent quelle loi est compétente pour statuer et l'exécuter, à moins qu'elle ne heurte l'ordre public dans l'État du juge s'il s'agit d'une loi étrangère ou que la compétence lui ait été transférée par des moyens frauduleux à l'égard de la loi. Le mariage étant établi par un procès, les règles de compétence internationale sont chargées de déterminer, d'une part, la juridiction internationalement compétente pour statuer et, d'autre part, la partie qui donne l'ordre d'exécuter le jugement rendu par la justice d'un pays étranger lorsque les conditions de son exécution sont réunies selon le pays sur le territoire duquel le jugement étranger doit être exécuté.

Mots-clés : Preuve du mariage, droit international privé, loi applicable, droit étranger, ordre public, compétence internationale, exéquat.

Summary : The issue of proving marriage in private international law poses several legal issues, due to the intersection of marriage between substantive and procedural issues and the difficulty of distinguishing between them on the one hand, and the differences between states on its concept and references on the other hand, which makes it a wide field when laws conflict over it, and the rules of attribution are responsible for determining the law competent to rule and enforce it, unless it clashes with the public order in the judge's country if it is a foreign law or the jurisdiction was transferred to him by fraudulent means towards the law. Since marriage is established through a lawsuit, the rules of international jurisdiction are responsible for determining which court is internationally competent to adjudicate on the one hand, and on the other hand, the party that grants the order to execute the judgement issued by the judiciary of a foreign country when the conditions for its execution are fulfilled according to the country on whose territory the foreign judgement is to be enforced.

Keywords: Proof of marriage, private international law, applicable law, foreign law, public order, international jurisdiction, enforcement of a foreign judgement.