جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الأموال المكتسبة في الزواج المختلط

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص العقود والأحوال الشخصية

إعداد الطالبة:

سعيدة شيبوط

إشراف الدكتور:

عبد الرحمن بشيري

أعضاء لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الإنتماء	الصفة
أسعد المحاسن لحرش	أستاذ	جامعة الجلفة	رئيسا
عبد الرحمن بشيري	أستاذ محاضر أ	جامعة الجلفة	مشرفا و مقررا
محمد شريط	أستاذ محاضر أ	جامعة الجلفة	ممتحنا
عيسى معيزة	أستاذ محاضر أ	جامعة الجلفة	ممتحنا
راضية عيمور	أستاذ محاضر أ	جامعة الأغواط	ممتحنة
حياة كحيل	أستاذ محاضر أ	جامعة البليدة	ممتحنة

السنة الجامعية (1442/1441 هـ)(2020/2019م)

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

نحمد الله عزّ وجل الذي منَّ علينا بفضله وأعاننا على إتمام هذا العمل المتواضع، ونسأله الهداية والتوفيق في أعمالنا مستقبلا.

ثم نتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف بشيري عبد الرحمن.

كما نشكر كل الأساتذة والزملاء الذين قدموا لنا يد المساعدة وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور لحرش أسعد المحاسن والأستاذ الدكتور بن داود ابراهيم والدكتور جمال عبد الكريم والأستاذ الدكتور حمادي نور الدين

و أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء اللجنة الموقرة الذين قبلوا مناقشة هذا البحث، وإلى كل من يسر لنا الطريق لإتمام هذا العمل المتواضع.

وشكراً جزيلاً

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما أملك في الوجود أبي وأمي حفظهما الله رعاهما

إلى زوجي الفاضل موفق كمال

وإلى قرة عيني أولادي رانيا إسراء، لينة مارية، محمد زكرياء عبد الرؤوف ومرام إبتهال

إلى جميع إخوتي وأخواتي وأزواجهم وأبنائهم

إلى كل أفراد عائلة زوجي الكريمة كبيرا وصغيرا

إلى صديقتي الدكتورة حواسي يامنة، وطالبة الدكتوراه زريعة فايزة

إلى كل من لم تنسه ذاكرتي ولم يسعه قلبي

إلى كل من لي مكانة في قلبه

سعيدة

مقدمة:

تعتبر الأموال عصب الحياة ومحركها على مستوى جميع الأصعدة والمستويات وقد كان الاهتمام بالجانب المادي لحياة الشعوب والدول كبيرا على مر الزمن، لذلك اهتمت مختلف التشريعات الدينية والوضعية بتنظيم الجانب المالي، فكانت كل حضارة إنسانية تخلف آثارا مادية ملموسة تجسد إهتمامهما بالجانب الاقتصادي للأسر والجماعات، وفي هذا الإطار فإن الشريعة الإسلامية الغراء التي نظمت كل جوانب الحياة الإنسانية بشكل مفصل وكان اهتمامها واضحا بالجانب المالي.

وبما أن جانب تنظيم وتسيير الأموال وتسطير أهدافها يبدأ من الخلية الأساسية للمجتمع وهي الأسرة والتي لا تتكون إلا وفقا لطريق شرعي وحيد وهو الزواج الذي يعد مؤسسة قائمة بذاتها حددت مضمونه وأهدافه مختلف الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، لذلك اهتمت الشريعة الإسلامية بالزواج إهتماما بالغا كونه السبيل الأمثل لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، وفي المقابل اهتمت بالجانب المادي للأسر فقد نظمت هذا الجانب تنظيما دقيقا يقوم على أسس متينة تمكن من الاستغلال الأمثل للأموال الأسرية المملوكة للزوجين، كما اهتمت التشريعات القانونية الوضعية بجانب تسيير وتنظيم الأموال الأسرية حتى وإن كان مستوى هذا التنظيم لا يرقى إلى المستوى الذي عالجت به الشريعة الإسلامية موضوع الأموال المكتسبة لأنها دين متكامل يهتم بجانب المعاملات التي تجلب النفع للعباد، ولعل أهم وأولى المعاملات التي تكون بين الزوجين، فالحديث عن تنظيم الشؤون المالية للأسرة المسلمة مستمد من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة اللذان يضمنان أكبر قدر من الحقوق المالية للزوجين وخصوصا الزوجة فضمنت لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها.

إن الحديث عن تنظيم الجانب المالي للأسرة كان موضوع إهتمام التشريعات القانونية الوضعية منذ القدم، وقد إختلفت نظرة كل دولة لهذا الموضوع لاختلاف الإيديولوجيات والثقافات لدى الشعوب وعبر مختلف الحضارات الإنسانية، فالتشريعات العربية قد اهتمت بموضوع الأموال المكتسبة مثلما فعل التشريع المغربي والمصري والتونسي والجزائري و التي كانت في مجملها تتبنى

مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين والمستمد بدوره من الشريعة الإسلامية مع إدخال بعض التعديلات على هذا المبدأ بإقرار جوازية الاتفاق بين الزوجين حول هذه الأموال المكتسبة.

أما في التشريعات الغربية فكان القانون الفرنسي رائدا في معالجة هذا الموضوع بتبنيه لنظام الاشتراك القانوني ونظام الاشتراك الاتفاقي بمختلف صوره اللذان يحكمان نظام الأموال المشتركة للزوجين، كما حدد العناصر المكونة لأموال الزوجين المشتركة، والسلطات المخولة لهما على هذه الأموال بموجب العقد الذي يحكم نظامهما المالي.

إلا أنه وفي الوقت الراهن ونتيجة لما يعرفه العالم اليوم من تطورات حاصلة في كل المجالات فإن التقدم العلمي والتكنولوجي قد أثر بشكل مباشر على حياة الشعوب وعلاقات الأشخاص، فبعداما كانت كل دولة تطبق قانونها على رعاياها فحسب نتيجة انغلاق الدول على نفسها فإن إنفتاح الدول على بعضها وتطور العلاقات فيما بينها أصبح العالم كالقرية يعرف حركية كبيرة لتنقل الأفراد والأموال بين مختلف الدول.

هذا ما أدى بالدول إلى ضرورة إعادة النظر في قوانينها حتى تتلاءم مع هذه التطورات، وتضع حركة المواطنين الأصليين والوافدين الأجانب إليها في إطارها القانوني كي تتحكم بأكبر قدر ممكن في العلاقات الدولية الناشئة بينهم.

وفي هذا الإطار فإن وجود الأجانب على المستوى الوطني يؤدي إلى حدوث احتكاك وتنام فيما بينهما أو فيما بين الأجانب ومواطني الدولة المستضيفة، وقد يرتقي إلى مستوى قيام علاقات زواج طالما أن حق الزواج مكفول بموجب الاتفاقيات الدولية والإعلانات العالمية للوطنيين والأجانب على حد السواء، هو ما يساعد على ظهور العنصر الأجنبي في علاقات الزواج والمتمثل في عنصر الأفراد - إختلاف جنسية الزوجين- الذي ينقل علاقات الزواج من المستوى الوطني إلى المستوى الدولي وهذا ما يفسر وجود منظومات قانونية دولية تختلف من دولة لأخرى من حيث القواعد القانونية التي تحكم علاقات الأفراد في إطار القانون الدولي الخاص، كما يوجد اختلاف في السياسة التي تتبعها السلطات في تلك الدول في معالجة وتسيير العلاقات الدولية الناشئة بين المواطنيين والأجانب في إطار العلاقة الزوجية في تلك الدولة، وأبرز ما يعترض تسيير هاته العلاقات هو تسيير الجانب المالي في إطار العلاقات الزوجية المختلطة أثناء قيام الرابطة الزوجية

وسواء كانت هذه الأموال منقولة أو عقارية فهنا يمكن أن تظهر أهمية العنصر الأجنبي في التحكم في علاقة الزواج المختلط بشكل أكبر إذا كان النزاع حول أموال عبارة عن عقارات موجودة في الخارج وهنا تبدأ سلطة الدولة الموجود بإقليمها هذه الأموال، فيكون بروز العنصر الأجنبي مرة أخرى عن طريق وجود الأموال الزوجية المتنازع بشأنها بإقليم دولة أخرى إضافة إلى اختلاف جنسية الزوجين وهنا يتعدد وجود العنصر الأجنبي في العلاقة الزوجية الواحدة.

لذلك فإن قيام العلاقة الزوجية المختلطة يتحكم فيه على الصعيد المالي النظام المالي الذي تتبناه كل دولة لتسيير هذه المسألة، فيعتبر نظام فصل الذمة المالية للزوجين مبدأ أساسيا تبنته العديد من الدول حتى وإن أدخلت عليه إصلاحات استثنائية تخدم إمكانية اتفاق الزوجين حول الأموال المشتركة بينهما.

وفي المقابل يظهر نظام الاشتراك القانوني والاتفاقي في أموال الزوجين الذي يقوم على مبادئ تختلف عن المبادئ التي يقوم عليها نظام إنفصال الذمم المالية للزوجين وهذا النظام سائد في الدول الغربية عموما ويظهر بصورة جلية في فرنسا.

ومما يزيد الأمر تعقيدا هو اختلاف نظرة التشريعات القانونية الدولية لمسألة الأموال المكتسبة لأن المشاكل التي تثيرها هذه المسألة تبلغ حدها الأقصى كلما تعلق الأمر بالاختصاص التشريعي لكل دولة فبعض الدول تطبق مبدأ إنفصال الذمة المالية للزوجين ودول أخرى تخضعها لنظام الاشتراك القانوني، كما أن تعدد التكييفات وتنازعها يزيد من صعوبة إخضاع مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لقانون يخدم مصالح الزوجين معا، فهناك دول تلحق مسألة الأموال المكتسبة بنظام الأحوال العينية طالما الأمر يتعلق بالأموال ودول أخرى تلحقها بطائفة الأحوال الشخصية طالما المسألة من آثار الزواج القانونية، وبناءا على اختلاف القوانين التي تحكم الزواج المختلط تختلف هذه التكييفات القانونية لمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

وبما أن مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط قد يتحكم بها عنصران أجنبيان أساسيان هما عنصر الأشخاص وعنصر الأموال باعتبارهما موضوع النزاع وما يتحكم فيها انطلاقا من ارتباطها بإقليم وجودها وبالتالي اختلاف القوانين المطبقة بشأن هذه الأموال وتنازعها حولها، وهذا ما يجعل القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يتجاذبه

ضابطان أساسيان هما الضابط الشخصي والضابط الإقليمي ولكل ضابط منهما حجج وأنصار يدافعون عنه إنطلاقا من مزاياه المتعددة، كما له عدة عيوب تبرزها الانتقادات الموجهة له في مدى تحكمه بمسألة الأموال المكتسبة خصوصا.

وبما أن كل دولة لها الحرية في إخضاع مسائل الأحوال الشخصية عموما ومسائل الزواج وآثاره بما فيها مسألة الأموال المكتسبة إذا كان الزواج مختلطا للقانون الذي يخدم مصالح الزوجين سواء كان هذا القانون محدد عن طريق الاتفاق بين الزوجين أو تم تحديده عن طريق ضوابط إسناد محددة نصت عليها القوانين الداخلية للدول أو بنود واتفاقيات دولية كاتفاقية لاهاي التي حددت القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ووجدت هذه الاتفاقية صداها الكبير في قوانين الدول الغربية، أما موقف الدول العربية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فنجدها عموما قد ألحقته بقانون جنسية الزوج وذلك لاعتبارات إجتماعية ودينية وثقافية أهمها مكانة الزوج في الأسرة المسلمة، ولكن هذا الطرح لا يسلم من بعض العراقيل التي قد تواجه تطبيقه انطلاقا من صعوبات تمس الضوابط المشار إليها بموجب قاعدة الاسناد الوطنية.

كما أن تطبيق القانون الذي حددته قاعدة الأسناد الوطنية قد يستبعد انطلاقا من تعارضه مع النظام العام والآداب العامة في الدولة، أو أن عقد الاختصاص له كان بناء على وجود غش نحو القانون من طرف الزوج الذي يخدم مصالحه المالية.

لكن المسألة لا تتوقف عند تحديد الاختصاص التشريعي فحسب بل إن التعرف على القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط تعد بداية لحل النزاع فتطبيق هذا القانون لا يأت بثماره إلا إذا سهرت الأجهزة القضائية للدول على تطبيقه والتي يجب أن تكون مختصة قانونا بالنظر في هذا النزاع، وهنا تعترضنا إشكالية تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع والتي تتحكم فيها مجموعة من الضوابط القانونية المشار إليها بموجب قواعد الاسناد الوطنية فتختلف من ضوابط إقليمية إلى ضوابط شخصية والتي بناءا عليها قد يكون اختصاص هذه الجهة القضائية اختصاصا أصليا للفصل في دعاوى الأموال المكتسبة في

الزواج المختلط كما قد يكون اختصاصا جوازيا طارئا حسب موضوع النزاع وخصوصيته وتعلقه بإرادة الأفراد أو حتى وجود مستجدات و ارتباط في أجزاء النزاع.

وعلى المستوى الواقعي والعملي يعترض تطبيق هذه الضوابط المنوط بها تحديد الجهة القضائية المختصة عدة إشكالات لوجود شرح قانوني بين الجانب النظري الذي تنص عليه النصوص القانونية الوطنية والجانب التطبيقي الذي تتطلبه الإجراءات الدولية للفصل في نزاع يتعلق بالأموال المكتسبة على المستوى الدولي خصوصا وأن الاختصاص القضائي الدولي يحدد انطلاقا من تمديد العمل بقواعد الاختصاص الوطني مثلما تبنته العديد من التشريعات كالتشريع الجزائري والفرنسي.

كما أن مبدأ السيادة الدولية تقف عائقا أمام تطبيق قواعد الاختصاص القضائي الوطني لدولة ما على إقليم دولة أخرى انطلاقا من فكرة تمديد العمل بهذه القواعد إلى المستوى الدولي.

لكن رغم هذه االعراقيل التي تواجه تحديد الاختصاص القضائي الدولي فإن عمل الأجهزة القضائية للدول يبقى على قدر كبير من الأهمية، خصوصا وأن مهمة الجهات القضائية الدولية لا تقتصر على إصدار احكام قضائية دولية بل يتوجب عليها كفالة تنفيذ هذه الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الدولي، فلا قيمة لهذه الأحكام القضائية الأجنبية إذا لم تنفذ في الواقع وتعطي الحقوق لأصحابها ولكن هذا قد يصطدم بحاجز السيادة الإقليمية للدول عند تنفيذ هذه الأحكام القضائية الأجنبية ولذلك كان اللجوء للتعاون القضائي الدولي عن طريق الاتفاقيات الدولية حلا للتغلب على مشكل السيادة الإقليمية للدول وبالتالي ضمان تطبيق الأحكام الأجنبية على المستوى الوطني لكن بعد التأكد من الشروط الإجرائية والموضوعية الواجب توافرها في الحكم القضائي الأجنبي حتى تتمكن السلطات القضائية الوطنية من منحه الأمر بالتنفيذ على المستوى الوطني وحتى يصدر هذا الحكم القضائي الأجنبي آثاره القانونية بعد منحه الأمر بالتنفيذ على المستوى الوطني ويرقى إلى معاملة الحكم الصادر عن الجهات القضائية الوطنية.

دو افع وأسباب إختيار الموضوع:

وتنقسم إلى أسباب شخصية وأخرى موضوعية

الأسباب الشخصية:

- الرغبة في التعرف على مضمون الأموال المكتسبة في الزواج عموما من الناحية الشرعية والقانونية.
- الرغبة في معرفة طريقة معالجة التشريعات المقارنة لمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إنطلاقا من حجم المشاكل التي أصبح يثيرها هذا الموضوع في الزواج المختلط.
- محاولة المساهمة في تحقيق نوع من التراكم المعرفي والكمي للموضوع.
- محاولة إثراء الموضوع من جوانب متعددة بتمحيصه والتدقيق فيه للخروج بحوصلة تطبق على المستوى العملي.
- الرغبة في معرفة الأنظمة المالية للزوجين والمبادئ التي يقوم عليها كل نظام ومدى إمكانية الدمج بين النظامين.

الأسباب الموضوعية

- إبراز أهم المبادئ والأنظمة التي تحكم مسألة الأموال المكتسبة والمتمثلة في مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، ومبدأ الاشتراك القانوني لاموال الزوجين المكتسبة وتوضيح الفروق الجوهرية بين هذين المبدأين.
- إثراء موضوع الزواج المختلط بالتركيز على الجانب المادي له وكيفية تنظيمه نظرا لكثرة حالات الزواج المختلط التي عرفتها الدول وبالتالي كثرت المنازعات المرفوعة أمام القضاء الدولي والمتعلقة بالأموال المكتسبة.
- معرفة القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة وأهم الاتفاقيات الدولية المؤطرة والمنظمة له كاتفاقية لاهاي 1978، وحالات استبعاد القانون الواجب التطبيق إنطلاقا من وجود تعارض مع النظام العام في دولة القاضي أو حالات غش نحو القانون.
- ضرورة التعرف على المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط والضوابط القانونية التي تحكم منح الاختصاص لها.

- تسليط الضوء على الحالات التي يستفيد منها الاختصاص القضائي الوطني في تمكنه من جلب الاختصاص القضائي له بناءا على وجود ضوابط معينة تمنح له هذا الاختصاص.
- ضرورة التعرف على الأنظمة التي تتبناها الدول بشأن تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية المتعلقة بمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.
- التعرف على الشروط الموضوعية والاجرائية لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزوواج المختلط.
- تحديد الآثار المترتبة على تنفيذ الحكم الأجنبي الفاصل في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط قبل منحه الأمر بالتنفيذ وبعد منحه ذلك كون أن الأمر بالتنفيذ يعتبر شهادة ميلاد للحكم الأجنبي على المستوى الوطني.
- إبراز نقاط القوة والضعف في التشريع الجزائري لمعالجة موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إنطلاقا من الاستفادة من تجارب وآراء التشريعات المقارنة بشأن هذا الموضوع.

أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية دراسة موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في كونه قد سلط الضوء على الجانب الفقهي والقانوني لموضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وكيف أثر إختلاف جنسية الزوجين على أموالهما المكتسبة من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية التي وردت في القوانين الداخلية الجزائرية كالقانون المدني الجزائري 10/05 وقانون الحالة المدنية وقانون الإجراءات المدنية الجزائري 09/08 وقانون الأسرة الجزائري 02/05 أو في إطار القانون الدولي الخاص والتي تم إقرارها لتفسير العلاقة بين اختلاف الجنسية في المؤسسة الزوجية والجانب المالي لها.

هذا الموضوع إضافة في الرصيد الكمي والمعرفي لموضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط الذي يتميز بتشعب لارتباطه بجانب مهم للأسرة وتزداد هذه الأهمية في مجال القانون الدولي الخاص أين يظهر العنصر الأجنبي في النزاع والمتمثل في إختلاف جنسية الزوجين، فأهمية البحث في هذا الموضوع وتحديد معالمه تكون أكثر تعقيدا على المستوى الدولي منه على المستوى الوطني لأن

القواعد القانونية التي تحكمه على المستوى الدولي لم تكتمل بعض حلقاتها القانونية حتى في الدول المتقدمة.

أهداف الموضوع:

تتمثل الأهداف العلمية للبحث في موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في تسليط الضوء على كيفية معالجة هذا الموضوع في الأنظمة القانونية الدولية المختلفة من خلال التطرق للأنظمة المالية للزواج المتعارف عليها في هذا الصدد، وتوضيح أوجه التمايز والاختلاف بين نظام إنفصال الذمة المالية للزوجين ونظام الاشتراك القانوني في الذمة المالية للزوجين وتحديد نقاط التشابه بينهما وبالتالي توضيح ما لكلا الزوجين من أموال في إطار المؤسسة الزوجية وما ينفرد بملكيته كل واحد منهما ورسم حدود لهذه الملكية لتفادي المشاكل والنزاعات الزوجين في هذا الشأن.

تبيان أهمية الجنسية والموطن في تحديد الاختصاص التشريعي والقضائي الدوليين لحكم موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

التطرق لتحديد مدى إنسجام القانون الجزائري في هذا الموضوع مع الاتفاقيات العربية والدولية التي عقدت لهذا الغرض وتحديد المبادئ الأساسية التي اعتمدها التشريع الجزائري لتحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

تبيان مدى إعتماد المشرع الجزائري على دور إرادة الخصوم في تحديد الاختصاص القضائي من خلال تبنيه لضابط الخضوع الاختياري في مجال القانون الدولي الخاص.

صعوبات الموضوع:

إن موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لم يتم التطرق إليه بالقدر الكافي والمناسب لهذ الموضوع وإن كانت هناك بعض الإشارات له في بعض البحوث، وهذا ما يجعلنا أمام شح المراجع المتخصصة ونقص المادة العلمية التي تخدم هذا الموضوع خاصة العربية منها.

إن موضوع الأموال المكتسبة لم تتناوله التشريعات القانونية بشكل مستقل وإنما تم تناوله في إطار الحديث عن آثار الزواج وهذه المسألة في حد ذاتها مختلف في تكييفها القانوني والفقهي بين مختلف الأنظمة القانونية لانها تنقسم إلى آثار مالية و آثار شخصية وبالتالي فهل تكيف الأموال المكتسبة على أنها من الآثار المالية أو من الآثار الشخصية للزواج حتى يعرف القانون الواجب التطبيق عليها.

اختلاف تكييف مسألة الأموال المكتسبة بين الأنظمة القانونية يصعب من معالجة الموضوع خصوصا إذا كان هذا في إطار الزواج المختلط الذي له قواعده التي تحكمه في قواعد القانون الدولي الخاص والذي بدوره يختلف من دولة لأخرى وهذا ما يصعب من إمكانية الإلمام بها.

الدراسات السابقة:

من خلال البحث في موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لم أصادف عملا بهذا العنوان ، وإنما كانت هناك أطاريح ورسائل جامعية تضمنت إشارات لموضوع آثار الزواج بصفة عامة، ومن خلالها التطرق للآثار المالية للزواج أو ما يعرف بالأموال المكتسبة للزوجين من نفس الجنسية مثلما عالج الطالب رشيد مسعودي في أطروحة الدكتوراه الموسومة بعنوان النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري من جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان لسنة 2006/2005، حيث تطرق للنظام المالي في التشريع الجزائري في ظل قانون الأسرة المعدل 02/05 وخصوصا المادة 37 منه أين سلط الضوء على نظام فصل الذمة المالية للزوجين كأصل عام مع إمكانية الإعتماد على نظام الاشتراك في الأموال الزوجية، فكان تركيز الباحث على النظام المالي للزوجين في بعد القوانين الجزائرية الداخلية مع المقارنة بالقانون الفرنسي الداخلي (المدني).

وكذلك تم التطرق لموضوع الآثار المالية للزواج أين تمت الاشارة للأنظمة المالية للزواج والقانون المطبق عليها ضمن موضوع الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين المقدم كأطروحة دكتوراه

في القانون الخاص من طرف الطالبة شبورو نورية من جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان لسنة 2017/2016.

كما أشارت الطالبة رحاوي أمينة لكيفية معاملة الجانب المالي للأسرة في الزواج المختلط في موضوع الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص المقدم كرسالة ماجستير في القانون الخاص من جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان لسنة 2011/2010، حيث ابرزت موقف التشريعات المقارنة من تنظيم مسائل الزواج المختلط وكذلك تحيد القانون المناسب لحكم هذه المسائل المتعلقة بالزواج والتي من بين آثاره الآثار المالية فتطرقت لها الطالبة في جزئية بسيطة وخلصت لنتيجة مفادها أن المشرع الجزائري قد أسند الأحوال الشخصية لقانون الجنسية وأهم موضوع ضمن الأحوال الشخصية هو الزواج وآثاره الشخصية والمالية والتي تطرقت لها الطالبة لكن لم تف الموضوع حقه لأنه يتطلب توضيح ودقة أكثر.

وتطرقت طالبة الدكتوراه لعطر فتيحة من كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو لموضوع الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من خلال أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه لسنة 2018 وسلطت الضوء على الميراث في الزواج المختلط دون أن تطرق لباقي مثريات الذمة المالية في بعد القانون الدولي الخاص، لكنها في موضوع الميراث قد تناولته من جوانبه المختلفة.

وعموما فإن هذه الدراسات قد تطرقت لموضوع الأموال الزوجية لكن اختلفت في الزاوية المنظور لها منها فهناك من نظر للموضوع من بعد القانون الداخلي الجزائري، وهناك من نظر إليها في بعد القانون الدولي الخاص، وبالتالي الاختلاف في النتيجة المتوصل إليها، لكنها في مجملها ركزت على مشتملات الأموال الزوجية وطريقة التصرف فيها.

المنهج المتبع في الموضوع:

إن النظرة لمفهوم الزواج في حد ذاته والنظرة للأموال المكتسبة تختلف بين التشريعات الوضعية من دولة لاخرى لذلك تتطلب الإجابة على هذه التساؤلات اتباع المنهج المقارن لتسليط الضوء على مختلف الآراء المعتمدة في تنظيم وتسيير هذه المسألة في مختلف التشريعات

الوضعية بما فيها رأي المشرع الجزائري باعتباره التشريع الوطني، كما لا يمنع هذا من اعتماد المنهج التحليلي لدراسة الأحكام القانونية والقضائية التي تحكم موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وتحليل مختلف النقاط التي يرتكز عليها الموضوع، مبرزين ما كان يجب على المشرع الجزائري تداركه إسوة بباقي التشريعات، أو ما حسب له من حلول كان موفقا في إختيارها، كما لا نهمل اعتماد المنهج التاريخي بتتبع التأصيل التاريخي لمسالة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط عبر الحضارات الإنسانية.

الإشكالية العامة للموضوع:

وطالما كان الهدف الأساس هو تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط من جانب الاختصاص التشريعي وتحديد المحكمة المختصة بالنظر في هذا النزاع من جانب الاختصاص القضائي الدولي فإن الإشكالية الأساسية التي يمكن طرحها تكون على الشكل الآتي:

ماهي الآليات والحلول القانونية التي تضمنتها التشريعات القانونية الدولية على مستوى الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي لمواجهة النزاعات المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط من خلال القوانين الداخلية الجزائرية بالمقارنة مع التشريع الفرنسي والتشريع المغربي وبعض التشريعات العربية والغربية الأخرى؟.

وينضوي تحت هذه الإشكالية بعض التساؤلات الفرعية التي تتمثل في ما يلي:

ماهو التكييف الفقهي والقانوني لمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة؟ وكيف يعامل القاضي الوطني القانون الأجنبي إذا اتضح أن القانون الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام والآداب العامة؟ وكيف يعامل القاضي القانون الذي ثبت اختصاصه بالتطبيق على النزاع عن طريق غش نحو القانون وتحايل الخصوم؟ وما هي الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بناءا على الضوابط المحددة قانونا؟ وفي حالة صدور حكم أجنبي فاصل في دعوى الأموال المكتسبة في

الزواج المختلط فماهي الشروط المتطلبة قانونا لتنفيذ هذا الحكم الأجنبي؟ وما هي آثار تنفيذ هذا الحكم الأجنبي على المستوى الوطني؟.

خطة الموضوع

اعتمدنا في موضوعنا هذا على التقسيم الثنائي كالتالي:

الباب الأول: تنازع القوانين في مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

الفصل الأول: التكييف الفقهي والقانوني للأموال المكتسبة في الزواج المختلط

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط

الباب الثاني: الأحكام القانونية المنظمة للأموال المكتسبة في الزواج المختلط من جانب الاختصاص القضائي الدولي

الفصل الأول: الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط

الفصل الثاني: تنفيذ الأحكام المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط الصادرة عن القضاء الأجنبي

الباب الأول: تنازع القوانين في الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن انفتاح الدول على بعضها سهل تنقل أفرادها من دولة إلى أخرى بعد ما كانت كل دولة منغلقة على نفسها، هذا ما أدى إلى تطور العلاقات بين رعايا هذه الدول في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، ويعتبر الزواج أهم طريقة لربط علاقات إجتماعية وسياسية وإقتصادية بين رعايا هذه الدول، ومن هنا تنشأ زيجات يكون أحد طرفيها عنصر أجنبي وهو ما يصطلح عليه في القانون الدولي الخاص بالزواج المختلط.

وككل علاقة زواج مهما كانت سواء أكان أطرافها متحدي الجنسية أو مختلفيها تنشأ روابط إجتماعية وإقتصادية، ولعل الجانب المادي في العلاقات الزوجية له بالغ الأهمية في قيام هذه المؤسسة الزوجية، لذلك يلجأ الزوجان إلى تنظيم الشق المادي لحياتهم الزوجية، وتزداد أهمية تنظيم هذا الجانب المادي في الزواج الذي يحتوي على عنصر أجنبي على الأقل، ومن هنا وجب على الزوجين تنظيم مسألة الأموال المشتركة المكتسبة خلال حياتهما الزوجية حتى تتضح معالم القانون الذي سيحمي مصالحهما المادية ويطبق عليها في حالة نشوب أي نزاع.

ولذلك تعتبر مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط قضية مهمة يجب على الزوجين توضيح معالمها مع أدق التفاصيل كتحديد مجالها ومضمونها، وخصوصا القانون الذي تخضع له هذه المسألة لأن وجود العنصر الأجنبي في مسألة ما يؤدي إلى تزاحم القوانين، ولأن مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط تثير هذا التنازع للقوانين بغية الوصول إلى الحلول من خلال طرح مشكلة القانون الواجب التطبيق ليتسنى معرفة القانون المعني بالتطبيق على محل النزاع استعانة بقواعد التنازع التي تحدد هذا القانون.

وتبلغ المشاكل المترتبة على إثارة مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط حدها الأقصى عند مناقشة الاختصاص التشريعي لأن تزاحم القوانين وتنازع التكييفات بشأن هذه المسألة يتجاذبانها كون أن الأنظمة القانونية مختلفة النظرة فيما بينها، وبالتالي تحديد وضعية العقود التي تنشأ بين الزوجين وتكييفها فهل تخضع للضابط الشخصي طالما أعتمد كمبدأ عام لتحديد القانون الواجب التطبيق في العديد من الدول مع الإشارة إلى الاستثناء الوارد على القاعدة

العامة بإخضاع مسألة الأموال المكتسبة إلى قانون جنسية الزوج، وتزداد الصعوبات التي تواجه تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه عندما يوجد في هذا القانون ما يخالف المبادئ والأسس الجوهرية في دولة القاضي، أو أن أطراف النزاع استعملوا الغش والتحايل لإعطاء الاختصاص للقانون الذي يخدم مصالحهم الشخصية.

وبناءا على ما سبق فإن ضرورة تحديد المفهوم العام للأموال المكتسبة في الزواج المختلط من الجانب الفقهي والقانوني يكون من خلال التكييف الفقهي والقانوني لهذه المسألة وهو ما سنتطرق له في الفصل الأول، وإلى القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفصل الثاني.

الفصل الأول: التكييف الفقهي والقانوني للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط تثير جدلا واسعا انطلاقا من اختلاف وجهات النظر الفقهية في الدول، واختلاف النظرة لمفهوم الزواج في حد ذاته فمفهومها في الدول الإسلامية مغاير في مفهومها في الدول الغربية، وتنظيم الجانب المالي للأسرة لا يقوم على نفس المبادئ والأسس التي يقوم عليها في الدول الغربية وهذا نابع أساسا من الاختلاف في مفهوم الأسرة في حد ذاتها ومقوماتها و واجبات وحقوق الزوجين في الدول العربية والغربية، وعلى هذا الأساس حددت الدول مؤشرات لتحديد مسألة الأموال المكتسبة وما يدخل في إطارها وما يخرج عنه، لكن هذا التحديد مختلف فيه بين الدول ويعتبر إختلاف النظرة الفقهية لمسألة الأموال المكتسبة وتصنيفها مشكل كبير في حد ذاته وذلك لإختلاف تحديد هذه المسألة وتوضيح مضمونها فقهيا.

أما عن الجانب القانوني فهو على قدر من الأهمية لأن هذا يؤدي إلى استعمال ما يعرف بقواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

إن دراسة مسألة الأموال المكتسبة يتوجب علينا التطرق لنظام فصل أموال الزوجين بإعتباره نظاما مهما قائما بذاته، وكذا نظام الاشتراك في أموال الزوجين الذي يعرف انتشارا واسعا خصوصا في الدول الغربية، وذلك للمساعدة على فهم اختلاف التكييفات القانونية للأنظمة وذلك من خلال تحديد مبادئ ومرتكزات كل نظام مالي وآثاره على تسيير وتحديد الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

وطالما كان الهدف من وراء عملية التكييف معرفة الفئة التي تم إدراج الأموال المكتسبة ضمنها وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط باستعمال المرشد المتمثل في قواعد الإسناد التي تحدد الإطار العام لكل ما يدخل في فئة آثار الزواج وخصوصا الأموال المكتسبة.

إن تحديد القانون بموجب قواعد الإسناد مؤسس على ضوابط شخصية متعلقة بالأفراد وتتغير بتغير انتماءاتهم الدولية، وضوابط إقليمية تتعلق بانتماء الفرد لإقليم معين وهذا ضابط يكون صالح لحكم مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وينتج عنه تأييد للضابط الشخصي والإقليمي من طرف أنصار يدافعون عنه بحجج مختلفة رغم ما يثار ضدها من انتقادات، لكن الدول الغربية قد حسمت المشكلة وعقدت إتفاقيات بشأن هذه المسألة لتحديد كل تفاصيلها وهذا ما جعل بعض الدول العربية تتبنى ما نصت عليه هذه الاتفاقيات، ودول أخرى سلكت مسلكا آخر لفض مشكلة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وحافظت على بعض خصوصيتها وانتماء الأفراد لدولهم وجندت الضابط الشخصي رغم ما يثيره من صعوبات.

إن تحديد مجال تطبيق ضابط الإسناد الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد يجب أن يحدد المبدأ والشروط التي تبنتها الدول لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط

إن مسألة الأموال المكتسبة وما يثار بشأنها من تنازع للقوانين يثير صعوبات جمة خاصة بشأن تحديد مفهومها والعناصر التي تكونها أساسا والسلطات التي يخولها القانون للزوجين على هذه الأموال وكيف ينظر كل قانون دولة لهذه القضية وماهي أهم الأصول التي تقوم عليها هذه المسألة عبر الحضارات. لذلك سنتطرق للجانب الفقهي من خلال التكييف الفقهي لمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في المبحث الأول ونتطرق إلى التكييف القانوني للأموال المكتسبة في الزواج المختلط في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التكييف الفقهي للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن اختلاف وجهات النظر الفقهية والديانات والنظرة الإيديولوجية للدول له بالغ الأثر على إختلاف مقومات ومبادئ الشعوب، فمفهوم الفكرة الواحدة يجد إختلافا بين الشعوب العربية الإسلامية والشعوب الغربية كفكرة الزواج في حد ذاته والأموال الزوجية وهذا راجع للسبب السابق.

إن نظرة الدول لمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط مختلفة فيما بينها وهذا راجع لإختلاف تكييفها فقهيا، فالدول التي تحافظ على مبدأ استقلال الذمم المالية كالدول الإسلامية لا تعالج مسألة الأموال المكتسبة بالطريقة التي تعالجها بها الدول التي تتبنى نظام الاشتراك في أموال الزوجين كالدول الغربية، فما قد تتضمنه هذه المسألة في النظام الأول قد لا يدخل في إطارها في النظام الثاني وهذا راجع للأصول التاريخية الإسلامية لنظام فصل الأموال بين الزوجين وإلى الأصول الحضارية التاريخية المتعاقبة لنظام الاشتراك في الأموال.

ولتوضيح ذلك يجب تحديد المقصود بالأموال عموما والأموال المكتسبة خصوصا وتحديد مضمونها، وتحديد مفهوم الزواج وإختلاف طبيعته بإختلاف إيديولوجية الدول في المطلب الأول، وتوضيح مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط عبر مختلف الحضارات والقوانين في المطلب الثاني

المطلب الأول: المقصود بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يعتبر الجانب المادي أهم جانب بعد الجانب الانساني الذي ينظم الحياة الزوجية من خلال تسيير الموارد المالية للأسرة وتحديد النظام المتبع فيها سواء كانت الأسرة مسلمة أو غير ذلك، وبما أن المال عصب الحياة الاقتصادية للأسرة .

ولذلك سنعالج في هذا المطلب المقصود بالأموال عموما والأموال المكتسبة خصوصا وكذا المقصود بالزواج كنظام راق ينظم الجانب المادي للأسرة في الفرع الأول، ونعالج نظرة الشريعة الإسلامية لمسألة الأموال المكتسبة في الفرع الثاني، ثم نعرج على مفهوم هذه الفكرة في الفقه القانوني الجزائري في الفرع الثالث، ونظرة الفقه القانوني المغربي والفرنسي في الفرع الرابع وإلى مفهوم فكرة الأموال المكتسبة في فقه القانون التونسي في الفرع الخامس.

الفرع الأول: مفهوم الأموال و الزواج

سنحاول في هذا الفرع تسليط الضوء على مفهوم الأموال والزواج من كل النواحي وبشكل عام وبالتطرق لنظرة المذاهب الفقهية وكذا النظرة القانونية للأموال أولا والنظرة الفقهية والقانونية للزواج ثانيا لمحاولة ضبط المفاهيم.

أولا: مفهوم الأموال

1. مفهوم الأموال لغة: نقول تمول الرجل أي اتخذ مالا ويمول أي كثر ماله[1]، والمال المعروف بلسان العرب هو ما ملكته من جميع الأشياء، ومال الرجل يمول مولا مؤولا وتصغير ذلك تمويل[2]، كما أن المال ذكر في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿اَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ اُلْحَيَوٰةِ اِلدُّنْيَاۖ﴾[3]

2. مفهوم الأموال اصطلاحا: اختلف الفقهاء في تحديد معنى المال ولكن نجد تقاربا في مفهومه عندهم

أ. **عند الأحناف:** عرف المال أنه ما يميل إليه طبع الانسان، وما يمكن ادخاره لوقت الحاجة[4]

ب.**عند المالكية:** عرفوا المال بأنه ما كان محلا للتملك والاستبداد أي اختصاص المالك به ومنعه عن الغير إذا أخذ عن طريق شرعي سواء كان من الأعيان أو المنافع لأن كليهما يقع عليه الملك[5]

ت.**عند الشافعية:** يرى الإمام الشافعي بأن المال لا يقع إلا على ما له قيمة يتابع بها ويكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها[6]

ث.**عند الحنابلة:** يعرفه الحنابلة بأنه ما فيه إباحة للغير وحاجة أو ضرورة، أما ما لانفع فيه أو فيه نفع محرم كالخمور وما لا يباح إقتناؤه فليس مالا[7]

فالمالكية والشافعية وبعض الحنابلة وبعض الأحناف اعتبروا أن الأساس لإعتبار الأشياء أموالا من عدمها هو قيام المصلحة المشروعة

---

[1] احمد بن فارس بن زكرياء أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للنشر،الجزء الخامس، ص 582.

[2] جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، الجزء11، باب اللام، فصل الميم، ص636.

[3] سورة الكهف - الآية 46.

[4] محمد أمين ابن عابدين، رد الحتار على الدر المختار، الجزء3، الطبعة2، دار الفكر العربي، بيروت ،لبنان، سنة 1386 ه، ص289.

[5] أنس محمد عوض الخلايلة، وراثة الحقوق المالية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله في الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2004/2003، ص34.

[6] المرجع نفسه، ص45.

[7] المرجع نفسه، ص43.

3. مفهوم الأموال قانونا: الأموال في نظر القانون هي تعبير يطلق على الحقوق المالية أيا كان نوعها أو محلها ما دامت تلك الحقوق ذات قيمة ويمكن تقييمها نقدا[1].

المال هو كل ما يقتنى ويحوزه الانسان بالفعل سواء كان عينا أو منفعة، وهو كل ماله قيمة يلزم متلفه بضمانه.

ويرى المشرع المصري بأن الأموال ذلك الشئ المادي الذي ينقسم إلى منقولات وعقارات، فهو كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه فلا يمكن نقله دون تلف فهو في هذه الحالة عقار، وكل ماعدا ذلك من شئ فهو منقول[2].

أما القانون المغربي يعتبر المال المنقول كل شئ يقبل النقل من مكان لآخر دون أن يحدث تغيير أو تلف في هيئته الطبيعية، أما العقار ينقسم عندهم إلى عقار بالطبيعة و عقار بالتخصيص الذي هو في الأصل منقول لكنه رصد لخدمة العقار مما جعله يخضع لأحكام العقار، وكذلك إلى عقار بحسب المحل الذي ينصب عليه[3].

كما أن القانون الجزائري فقد تعرض لتحديد مفهوم الأشياء والأموال وتقسيمها[4]

فقد نص في المادة 682 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:« كل شيئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية».

والملاحظ أن المشرع الجزائري عرف المال استنادا إلى خاضيته الأساسية وهي قابليته للتعامل فهو في الغالب محل للمعاملات المدنية كالإيجار والبيع، كما أنه عنصر ضروري للحياة.

إن المعيار الذي اعتمده المشرع لتحديد مفهوم المال والمتمثل في القابلية للتعامل يجعلنا نقول أن المقصود بهذا المعنى ليس فقط الأشياء والأعيان المادية وإنما أيضا المنافع.

---

[1] إسحاق ابراهيم منصور، نظريتا الحق والقانون وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2001، ص231.

[2] المادة 82 من القانون المدني المصري.

[3] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، دار مطبوعات المعرفة، الطبعة3، مراكش، المغرب، 2006، ص397 و 402.

[4] المواد من 682 إلى 689 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

يمكن تقسيم الأموال إلى عدة تقسيمات حسب أحكام القانون المدني الجزائري الذي أعتمد التقسيم الآتي:

- بإعتبار استقراره في محله من عدمه يقسم المال إلى عقار[1] ومنقول: فالعقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله كالأرض والبنايات أو أمكن تحويله لكن بتغيير صورته وهيئته عند النقل كالأشجار، أما المنقول فهو ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وصورته الأولى كالسيارات، إلا أن المشرع قد توسع في معنى العقار وأدخل فيها المنقولات التي يضعها صاحبها في خدمة عقار يملكه وهو ما سماها بالعقارات بالتخصيص حسب المادة 683 فقرة2 من القانون المدني الجزائري، وكذلك اعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار كحق الارتفاق[2].
- بإعتبار بقاء عينه بالاستعمال من عدمه يقسم المال إلى استهلاكي واستعمالي: فقد نص المشرع في المادة 685 من القانون المدني الجزائري على مايلي: «الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها، ويعتبر قابلا للاستهلاك كل شيئ يكون جزء من المحل التجاري وهو معد للبيع» فيقصد بالمال الاستهلاكي المال الذي لايمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك عينه كأنواع الطعام والشراب، أما المال الاستعمالي فهو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات والمفروشات.
- وبإعتبار تماثل بعضها مع بعض من عدمه يقسم المال إلى مثلي وقيمي: نص المشرع الجزائري في المادة 686 من القانون المدني الجزائري على: «الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الميزان» فالمال المثلي هو ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائها أو وحداتها تفاوتا يعتد به كالقمح، أما المال القيمي فهو عكس ذلك أي ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل لكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته[3].

---

[1] نصت المادة 683 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على : « العقار هو كل شيئ مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيئ فهو منقول.....».

[2] بوذراع عبد العزيز، الحماية القانونية لموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر،جويلية 2004، ص12.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،الجزء4، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة1، 1989، ص50/49.

ثانيا : مفهوم الزواج عموما

1. مفهوم الزواج لغة: الزواج في اللغة له معاني كثيرة منها الازدواج والاقتران والارتباط، كما تستخدم كلمة النكاح بمعنى الزواج والنكاح في اللغة له معنى العقد والوطء والضم[1]، وقد ورد لفظ الزواج في القرآن الكريم في آيات عدة منه قوله تعالى: ﴿فَاسْلُكْ فِيهَا مِن كُلّ زَوْجَيْنِ إِثْنَيْنِ﴾ سورة المؤمنون - الآية 27،وقوله تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَٰهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾ سورة الدخان - الآية 54، أي قرناهم بهم، وقوله تعالى كذلك:﴿ٱحْشُرُواْ ٱلَّذِينَ ظَلَمُواْ وَأَزْوَٰجَهُمْ وَمَا كَانُواْ يَعْبُدُونَ﴾ سورة الصافات - الآية 22، أي وقرنائهم، ويقال لفلان زوجان من الحمام أي ذكر وأنثى[2]، ويقال أيضا فلان تزوجه النوم أي خالطه[3]، ونقول تزوج امرأة أي اتخذها زوجة فالزواج هو اقتران رجل بامرأة[4]

وقديستعمل لفظ آخر مرادف للزواج وهو النكاح وهو الأكثر شيوعا في كتب الفقه للدلالة على الزواج ومعناه في اللغة وهو الضم والجمع والاختلاط وقد ورد لفظ النكاح في قوله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّيَ أُرِيدُ أَنُ أنكِحَكَ إِحْدَي ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ﴾ سورة القصص - الآية 27، أي أزوجك ، فيقال تناكحت الأشجار أي تداخلت بعضها ببعض، ويقال نكح المطر الأرض أي اختلط ودخل في ثراها.

2. مفهوم الزواج اصطلاحا:عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة متفقة في المعنى ولكنها مختلفة في الألفاظ:

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 1، بيروت، لبنان، سنة 2007، ص47.

[2] الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق مهدي مخزومي و ابراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال،الجزء السادس، بدون طبعة، وبدون تاريخ، ص166.

[3] السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، تحقيق ابراهيم الترزي،دار احياء التراث العربي،بيروت، لبنان، الجزء العاشر، السنة 1984، ص24

[4] المرجع نفسه، ص25

أ. **تعريف المالكية:** يعرف الزواج على أنه " عقد لحل تمتع لأنثى غير محرم بمجوسية وغير أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا"[1] أي استمتاع وتلذذ وانتفاع وقوله "لحل" علة باعثة على العقد وخرج من سائر العقود، وقوله "غير محرم" أي غير محرم بنسب أو رضاع، أما قوله" غير مجوسية" فلا يصح العقد على مجوسية ولو حرة، وقوله" غير أمة كتابية" أي لايصح العقد على الأمة الكتابية بخلاف الحرة الكتابية، وقوله "بقادر" على ما يتحصل به النكاح من صداق ونفقة، أما قوله "محتاج" إما لكسر شهوته أو لإصلاح منزله وإن لم يرج نسلا أو"راج نسلا" أي راغبا فيه وإن لم يكن محتاجا.

ب. **تعريف الشافعية:**يعرف عندهم الزواج بأنه عقد يتضمن إباحة وطء والتلذذ به، بلفظ الانكاح والتزويج أو في ترجمة معناهما، فهو عقد إباحة لا تمليك[2].

ت. **تعريف الحنابلة:** يعرف الزواج عندهم على أنه عقد يعتبر في لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته، وعند إطلاقه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل والمعقود عندهم منفعة الاستمتاع[3].

ث. **تعريف الأحناف:** هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا[4].

والملاحظ أن هذه التعريفات متقاربة من حيث أنها تهدف إلى إمتلاك المتعة على وجه مشروع والغرض منها جعل هذه المتعة حلال في العرف والشرع وهي جزء من أغراض الزواج والتي أسماها التناسل وحفظ النوع الانساني.

3. مفهوم الزواج قانونا:حسب نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري فإن «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»[5]، فنص المادة عرف الزواج وأكد على مبدأ

---

[1] عبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين البغدادي المالكي، إرشاد السالك إلى أقرب المسالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة 3، مصر، بدون تاريخ، ص58.

[2] شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، السنة 1994،الجزء4، ص200.

[3] منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، الجزء الخامس، بدون طبعة وبدون تاريخ وبدون بلد النشر،ص06.

[4] زين الدين بن براهيم الشهير بإبن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، السنة 1970، ص85.

[5] المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الرضائية فيه[1]، كما نص على غايات الزواج النبيلة والمتمثلة في تكوين أسرة على أساس المودة والرحمة وتظافر جهود الزوجين في القيام بشؤون الأسرة.

و أول ما يلاحظ على نص المادة المعدلة أنه أضاف كلمة رضائي والتي لم تكن موجودة قبل التعديل[2] للدلالة على أنه عقد رضائي يقوم على عنصر الرضا بشكل جوهري عن طريق تبادل الإيجاب والقبول[3]، ونجد المشرع قد صرح بالطرفين المتعاقدين هما الرجل والمرأة وقيده بذلك للدلالة على موافقته للشريعة الإسلامية وفي تحريم الزواج المثلي كما هو واقع في الغرب، كما ذكر الغايات المثلى للزواج.

لكن يلاحظ على التعريف القانوني أنه لم يتطرق للجانب الموضوعي من عقد الزواج وآثاره القانونية، فموضوع عقد الزواج هو الاستمتاع أما ما ذكره القانون فيتمثل في الغاية من الزواج مما يؤدي إلى الاستنتاج أن تعريف الفقهاء الذي حوى الموضوع والآثار هو تعريف علمي فموضوع الزواج الاستمتاع وآثاره حل الاستمتاع، وما أغفل القانون ذلك إلا لقصور في تعريفه،ولعل إغفال المشرع هذا سببه هو خشيته ممن يظن أن عقد الزواج وضع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه فقط.

الزواج في القانون الفرنسي: إن مصطلح الزواج في القانون الفرنسي Le mariage يقصد به معنى مختلف عن مصطلح عقد الزواج Le contrat De mariage، والفرنسيون أنفسهم يتحررون في لغتهم الجارية عن الخلط بين هاذين المصطلحين، فهم يحرصون على عدم إقتران الزواج بالعقد إلا إذا أرادوا العقد الذي يقرر النظام المالي ذلك أنه يصطحب إرتباط الرجل بالمرأة بالزواج في القانون الفرنسي والقوانين الغربية عموما بنظام مالي يحكم علاقة الزوجين المالية، ويعرف هذا النظام المالي أنه مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين والتي تعمل على تبيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها ومن حيث الديون التي تتم أثناء الزواج وتسوية حقوق كل من الزوجين[4]

---

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، دار البصائر، الجزائر، بدون طبعة، 2010، ص24.

[2] حررت قبل التعديل في ظل قانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 كما يلي: الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

[3] عبد القادر داودي، المرجع نفسه، ص24.

[4] رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006/2005، ص73.

ويظهر من التعريف أن الأموال المكتسبة أثناء الزواج تنظم بموجب نص القانون أو عن طريق الاتفاق باتفاق الزوجين بمقتضى عقد خاص يسمى عقد مشارطة الزواج في القانون الفرنسي وهو ذو شكل خاص يكون طرفاه أهلا للتعاقد.[1]

ويعرف الزواج في القانون الفرنسي بأنه: «ارتباط الرجل بالمرأة لقصد إنشاء أسرة ارتباطا يقره القانون ويرتب عليه آثارا قانونية » والزواج بهذه الصفة له طبيعة مدنية فرضها القانون المدني الفرنسي ويعتبر كسائر العقود لكن يخضع في تنظيمه قواعد خاصة تجعل له طابعا متميزا، كما يتميز أنه عقد رسمي وآثاره تترتب بصورة آلية تبرر إعتباره نظاما قانونيا لا عقدا، ويستمد خاصيته الرسمية من مجموع الإجراءات المدنية اللازم إتباعها فهو صورة معينة من الصور الشكلية المدنية ويكون أمام موثق أو موظف الحالة المدنية الذي يعتبر دوره جوهريا لإنعقاد الزواج فهو الذي يعبر عن قيام هذا الزواج، والزواج الذي يتم بتوافق الإيجاب والقبول وبدون الشكل الرسمي الذي يحدده القانون يعتبر زواجا عرفيا معدوم الأثر القانوني[2].

وعموما إذا كانت العلاقة الزوجية بين الطرفين من نفس الجنسية فقد يسهل الحل لكن الإشكال يثار وبحدة إذا كانت العلاقة بين الزوجين مختلفي الجنسية أي زواج مختلط فكيف نتعامل مع هذه الأموال المكتسبة في هذه الزيجات وهذا هو لب موضوعنا.

4. الزواج من الوجهة الدولية: يختلف الزواج بإختلاف نظرة الدول له فلا يعتبر في بعض الدول من قبيل الزواج إلا الرابطة المؤبدة وغير المتعددة أما عند البعض الآخر يمكن أن يكون من قبيل الزواج الرابطة التي يمكن أن تنحل بإرادة أحد الزوجين ولا يترتب عنها أي التزام كالزواج الذي عرفه القانون السوفياتي قبل سنة 1944، وتختلف الدول كذلك في طريقة إنعقاد الزواج فعند البعض يعتبر الزواج نظاما مدنيا، وعند البعض الآخر يعتبر الزواج نظاما دينيا يشترط في إنعقاده مراسيم دينية معينة، أما من حيث الآثار فبعض الدول ترتب على الزواج آثار مالية وأخرى شخصية، بينما في دول أخرى لايترتب عليه إلا آثارا شخصية دون المالية منها.

---

[1] المادة 1421 من القانون المدني الفرنسي تنص على:" لكل من الزوجين بحسب قدرته أن يدير الأموال المشتركة وله الحق في الدفاع منفردا أو بالمساهمة على الأموال المشتركة" وهذا ما جسدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 2012/12/02 .

[2] مرزوقي قدار ،اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني للزواج في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران،2013/2012، ص82/81 .

فهذا الاختلاف في مفهوم الزواج وأثاره وخصوصا المالية منها أي ما يتعلق بالأموال المكتسبة بين الزوجين في الزواج المختلط يجعل من هذه المسألة المجال الرحب في تنازع القوانين خصوصا أن الأموال المكتسبة في معظم التشريعات لا تخضع لقانون واحد[1].

لقد أصبح الزواج المختلط حقيقة لا يمكن تجاهلها نظرا لما تعرفه الدول من إنفتاح في العلاقات فيما بينها، فالزواج المختلط هو الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا، أي هو الزواج الذي يحتوي على عنصر اجنبي، فكلما أختلفت جنسية الزوجين كان الزواج مختلطا ويدخل في ذلك حالة كون الزوجين من جنسية واحدة ثم تجنس أحدهما بجنسية أخرى[2].

ويعود بروز حالات الزواج المختلط بشكل كبير إلى عهد الفتوحات الإسلامية انطلاقا من الجزيرة العربية فكلما تم فتح بلاد حتى شاع الزواج المختلط فيها، ففي الأندلس لما فتحها المسلمين سنة 92 هـ 710 م انتشر الزواج المختلط بين العرب والإسبان، نتيجة لحاجة الجيوش لإتخاذ زوجات من أهل البلاد الإسبانية نظرا لطول فترة بقائهم فيها من جهة والحالة الاجتماعية المزرية التي كانت تعيشها نساء إسبانيا قبل مجيئ الفاتحين من عبودية وذل وهوان[3]، وكان لمجيئ الفاتحين سببا رئيسيا في تخليص المرأة من كل أشكال الاضطهاد التي تعيشها في إسبانيا ولأن حسن معاملة المسلمين لهم أثار دهشتهم وقادهم إلى الدخول في علاقات زواج مع المسلمين، فأزدادت الصلات وثوقا وتماسكا[4]، وهكذا ظهر جيل جديد انحدر من آباء مسلمين وأمهات إسبانيات، فكان للزواج المختلط أثر كبير في سرعة انتشار الإسلام في الأندلس.

الفرع الثاني:الأموال المكتسبة من الناحية الشرعية

إن الشريعة الإسلامية السمحاء قد اعتنت بالزواج غاية الاعتناء لأنه الرباط المقدس بين الزوجين وبه تنشأ الأسر والمجتمعات، وعلى هذا الأساس فقد اهتمت بجميع الجوانب المعنوية

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 11، ص227.

[2] مجد الدين طاهر خربوط، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية،رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1997، ص88.

[3] خالد حسن حمد الجبالي، الزواج المختلط بين المسلمين والإسبان من الفتح الإسلامي وحتى سقوط الخلافة(92هـ إلى 422هـ) مكتبة الآداب، القاهرة، مصر، 1995، ص89.

[4] خالد حسن حمد الجبالي، الزواج المختلط بين المسلمين والإسبان من الفتح الإسلامي وحتى سقوط الخلافة(92هـ إلى 422هـ) مرجع سابق، ص109.

والمادية للزواج، وقد محص الفقهاء ودققوا في كل الجزئيات الخاصة به منذ التفكير في نشأته حتى بناء أسسه وقواعده لذلك سنعالج نظرة الشريعة للأموال المكتسبة في الزواج أولا وتبنيها لمبدأ استقلال الذمم المالية ثانيا.

أولا: الأموال المكتسبة في نظر الشريعة الإسلامية

يعتبر الجانب المادي على قدر كبير من الأهمية في إنشاء عقد الزواج ولضمان الحقوق المالية للزوجين قد يلجأ الزوجان إلى الاتفاق حول مصير أموالهما المكتسبة في عقد الزواج أو في عقد لاحق.

إن العقود في مجملها تقوم على أركان أساسية هي الرضا والمحل والسبب والشكلية أحيانا، لكن الشارع الحكيم حفظا منه للعدل وصونا للمعاملات في العقود المالية عن النزاع، وحفظا للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترطه العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشرع ومرماه من ذلك العقد المقدس أكد على امكانية اعتماد الاتفاق الكتابي بين الزوجين بشأن أموالهما المكتسبة.

وإذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع الحكيم عند فقهاء المذاهب الأربعة، فإن الشروط المقترنة بالعقود لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التي رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد فما يشترطه من الشروط لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو لاتتنافى مع مقاصده[1]

.

وما تجدر الإشارة إليه أن معرفة ماهية الاتفاق الذي سيقدم عليه الزوجان ضرورية وهامة، وما يتضمن من تصرفات ترتب آثار شرعية معينة لذلك، لا بد من تحديد ضوابط هذا الاتفاق بتحديد ماهيته على التفصيل وأهدافه والقواعد المنظمة له.

إن الاتفاق بين الزوجين حول مصير أموالهم المشتركة يفوض للزوجين ترتيب حقوق وآثار مادية، ولأن آثار عقد الزواج من عمل الشارع الحكيم وليس من عمل المتعاقدين فقد قال الشيخ محمد أبو زهرة« إن القاعدة العامة في كل العقود وخصوصا عقد الزواج أن الآثار المترتبة عن العقد من عمل الشارع الحكيم.....»[2]

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، الطبعة 2، القاهرة، مصر، 1957، ص209/210.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص209.

ثانيا : مبدأ استقلال الذمم المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية

إن الفقه الإسلامي أثبت استقلالية الذمم المالية للزوجين وهو ما يقرره فقهاء المالكية وغيرهم للمرأة عموما وللزوجة خصوصا، فالزوج مسؤول بحكم العقد الشرعي عن النفقة،وقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] في روايات لهم أن نفقة الزوجة تصير دينا في ذمة الزوج من وقت وجوبها وهو العقد الشرعي، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ سورة البقرة، الآية 233، فقد أوجب الله سبحانه وتعالى النفقة على الزوج دون تقييدها بزمن من يوم العقد الشرعي مالم تكن الزوجة ناشزا لقوله تعالى:﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ سورة الطلاق، الآية 07، وهذه الآية صريحة بالحث على الانفاق على الزوجات، لكن بعض الأحناف[4] والحنابلة[5] يرون أنه لا يحق للزوجة مطالبة الزوج بالنفقة إلا بالتمكين لأنها مقابل للاستمتاع والاحتباس من الزوج، والرأي الأقرب للصواب هو ما ذهب إليه جمهور المالكية والشافعية وبعض الأحناف وبعض الحنابلة لأن حججهم أقوى بكثير عما أخذ به بعض الأحناف وبعض الحنابلة.

ولقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشر بدبي بالإمارات العربية المتحدة قرارات وفتاوى عن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، وعن إنفصال الذمة المالية بين الزوجين من بين ما جاء فيه: « للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة ولها الحق المطلق في إطار الشرع الحكيم مما تكسبه من عملها ولها

[1] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء4، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، ص258.

[2] محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، الجزء الخامس، الطبعة 2، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405هـ، ص107. وكذلك ابراهيم بن عبد الله بن يوسف أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص164.

[3] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في الفقه ابن حنبل،الجزء الثامن، تحقيق زهير الشاويس،المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1998،ص167.

[4] علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، لنان، 1982م، ص37.

[5] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني،الجزء الثامن، الطبعة 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1405هـ،ص166.

ثروتها الخاصة ولها حق التملك وحق التصرف فيما تملك، ولا سلطان للزوج على مالها ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف في مالها.»[1]

الفرع الثالث: الأموال المكتسبة في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على حق الزوجين في الاتفاق حول مصير أموالهما المكتسبة من خلال نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، هذا الاتفاق الذي قلد فيه المشرع الجزائري المشرع الفرنسي في بعض أحكامه فيما يخص نظام الأموال المشتركة في التشريع الفرنسي، ويشابه نظام الكد والسعاية في القانون المغربي.

و أكد المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة الأخير 02/05 على حق استقلال الذمة المالية للزوجين وأعطى لهما حق الاتفاق حول الأموال المكتسبة خلال قيام الرابطة الزوجية.

أولا: مبدأ استقلال الذمم المالية بين الزوجين كقاعدة عامة

تعرف الذمة المالية أنها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في الحال والاستقبال[2]، وهي تتألف من عنصرين عنصر إيجابي ويتضمن الحقوق المالية التي تكون للشخص، وعنصر سلبي يتضمن الالتزامات المالية التي تترتب على الشخص كا لإلتزام بمبلغ من المال[3].

فالاستقلال في الذمة المالية الذي نص عليه تعديل قانون الأسرة الجديد يظل قائما ولا يتأثر بالرابطة الزوجية، حيث نصت المادة 37 فقرة واحد من قانون الأسرة الجزائري على أنه « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر»، فنجد قانون الأسرة الجزائري قد استوحى ذلك من الشريعة الإسلامية التي أكدت على إعتماد مبدأ استقلال الذمم المالية للزوجين وتبناه فقهاء الشريعة الإسلامية خصوصا فقهاء المالكية، فالزوج مسؤول عن النفقة الزوجية ولا يحق له أن يتعدى على مالها إلا في حدود رضاها وبما لايفسده[4]

ثانيا: جوازية الاتفاق حول الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية

---

[1] قرار فتاوى المؤتمر الإسلامي المنعقد بدبي بالإمارات العربية المتحدة في دورته السادسة عشر والمنعقد من 09 إلى 14 أفريل 2005.

[2] جلال العدوي، الحقوق المالية وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996،ص210.

[3] رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2005، ص215.

[4] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص291.

لقد نص المشرع الجزائري على حق الزوجين في الاتفاق حول مصير أموالهما المكتسبة حيث نص في المادة 37 الفقرة الثانية على مايلي: « غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما»[1]، وما تجدر ملاحظته حول نص هذه المادة أن المشرع لم يبين المقصود بالأموال المشتركة ومضمونها التي يمكن أن يتفق عليها الزوجان لكنه وصفها بقوله التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية.

وهنا يتأكد أن هناك فراغ قانوني في قانون الأسرة الجزائري في المادة المتعلقة بالأموال المشتركة يجب البحث عن سده بالبحث في الشريعة الإسلامية بإعتبارها المصدر الذي رجع إليه المشرع الجزائري للنص على مسألة الأموال المكتسبة بين الزوجين والاشتراك فيها مع ضرورة التدقيق في بعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي لسد هذا الفراغ القانوني.

الفرع الرابع: الأموال المكتسبة في القانون المغربي والفرنسي

ستطرق في هذا الفرع إلى كيفية معالجة الفقه والقانون الفرنسي لنظام الأموال المكتسبة للزوجين وما هو مضمونه وعناصره المكونة له وما هي السلطات المخولة للزوجين على هذه الأموال أولا أما ثانيا نسلط الضوء على الأموال المكتسبة في فقه القانون المغربي ومعالجة مفهوم حق الكد والسعاية لتدبير الأموال المكتسبة.

أولا: الأموال المكتسبة من الزوجين في القانون المغربي

تقوم الأسرة على البعد الانساني بالدرجة الأولى، وبالموازاة مع هذا البعد الانساني هناك بعد إقتصادي يعتبر مقوما أساسيا لبناء الأسرة وتكوينها وضمان استمراريتها والمحافظة عليها وذلك يتطلب مجموعة من الالتزامات والحقوق، و في إطار هذه الالتزامات والحقوق الاقتصادية التي ترتكز عليها الأسرة، فإن العلاقات المالية بين أفرادها تخضع لمبدأ أساسي يعرف بمبدأ الذمة المالية المستقلة، فالزوجة تتمتع بحقها في إدارة أموالها بالطريقة التي تقررها والزوج يستقل بأمواله إدارة وتصرفا دون تدخل الزوجة إلا فيما يتعلق بحقوقهم الشرعية، ويرجع أصل هذا المبدأ إلى الشريعة الإسلامية - على عكس قوانين الدول الغربية[2] - التي تعرف نظاما واحدا لضبط

[1] المادة 37 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] يرتكز النظام المالي للزوجين في قوانين الدول الغربية على وجود مجموعة من الأنظمة المالية تتضمن مجموعة من القواعد والمبادئ التي تضبط المصالح المالية للزوجين من حيث تكوين الأموال وتقسيمها وتحديد سلطات الزوجين على تلك الأموال

العلاقات المالية بين الزوجين وهو نظام فصل الأموال، فالأصل السائد هو استقلال الذمم المالية للزوجين، لذلك نجد القانون المغربي كباقي قوانين الدول العربية الإسلامية قد كرس نفس المبدأ وهو استقلال الذمم المالية للزوجين، فقد قرر في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية ذلك بنصها « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ... »[1]

وفي نفس السياق نصت المادة 29 منها على أن« الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف تشاء ولا حق للزوج أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه»[2] .

كما أن المشرع تدخل في إطار المادة 34 من نفس المدونة وحسم في مسألة الجهاز و الشوار الذي أتت به الزوجة وأعتبره ملكا لها وأكد أن المنازعة الزوجية بخصوص أمتعة المنزل الأخرى تخضع للقواعد العامة للإثبات وفي حالة تعذر ذلك أخضعها لأحكام خاصة[3].

وإنطلاقا من مبدأ استقلال الذمم المالية فإن نظام فصل الأموال من الناحية النظرية يحقق المساواة المالية بين الزوجين وحرية كل زوج بالتصرف في أمواله والتمتع باستقلال ذمته المالية.

1. مكونات الذمة المالية لكل واحد من الزوجين[4]

أ. بالنسبة للزوج:

- الأموال المنقولة والعقارات التي أكتسبها قبل إبرام عقد الزواج
- الديون المستحقة له تجاه الغير
- الديون التي في ذمته لفائدة الغير

وطرق إدارتها، فالقانون الفرنسي مثلا يضم أربع أنظمة مالية مختلفة وهي – نظام الإشتراك القانوني – ونظام الإشتراك الإتفاقي – ونظام فصل الأموال – ونظام المساهمات المكتسبة.

[1] الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5184، الصادرة في 14 ذي الحجة 1424 الموافق لـ 2004/02/05، ص 425.

[2] الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5184، الصادرة في 14 ذي الحجة 1424 الموافق لـ 2004/02/05، ص 423.

[3] المادة 34 من مدونة الأسرة المغربية « كل ما أتت به الزوجة من جهاز يعتبر ملك لها وإذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات

غير أنه إذا لم يكن لأي منهما بينة فالقول للزوج بيمنه في المعتاد للرجال والقول للزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه مالم يرفض أحدهم اليمين ويحلف الآخر فيحكم له » أنظر الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5184، الصادرة في 14 ذي الحجة 1424 الموافق لـ 2004/02/05، ص 424.

[4] الحسين الملكي، الأموال المكتسبة خلال العلاقة الزوجية ومقتضيات الكد والسعاية، مقال بجريدة العلم بتاريخ 04 ماي 2004، العدد 19705، الرباط، المغرب، ص30.

- ما قد يؤول إليه عن طريق الهبة والإرث والوصية أو ما في حكمها أو عن طريق تعويض شخصي

ب. بالنسبة للزوجة:

- الأموال المنقولة والعقارات التي أكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج
- الديون المستحقة لها إتجاه الغير
- الديون التي في ذمتها لفائدة الغير
- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة والإرث والوصية أو ما في حكمها أو عن طريق تعويض شخصي
- الصداق الذي يقدمه الزوج عند إبرام عقد الزواج

لكن رغم مزايا نظام فصل الأموال واستقلال الذمم المالية للزوجين من الناحية النظرية فإن متطلبات الحياة الأسرية المشتركة من الناحية الفعلية غالبا ماتدفع الزوجين إلى المساهمة بجهدهما المادي والمعنوي في سبيل الحفاظ على مصالح الأسرة المالية وقد يتطور الأمر إلى حد المساهمة في تكوين ثروة الأسرة المالية وتنميتها وهو ما يؤدي في كثير من الحالات إلى خلق نوع من الإتحاد الفعلي للأموال بين الزوجين[1] ، ويطرح مشكلة الحفاظ على الاستقلال المالي من الناحية الفعلية إلا أن أهم سؤال يطرحه هذا الوضع يتمثل في مدى إمكانية الإعتراف بالحقوق المالية للزوجين في الثروة المنشأة بفعل مساهمتهما وكدهما خاصة أن هذه الثروة من الناحية العملية غالبا ما تكون في ملكية الزوج، وبما أن الإطار القانوني والشرعي[2] الذي يحدد العلاقات المالية داخل الأسرة يحكمه نظام فصل الأموال فإن ذلك سوف يؤدي إلى إجحاف الزوجين بخصوص حقوقهما المالية المتعلقة بالأموال التي أكتساباها بسعيهما.

[1] ليس المقصود بالإتحاد الفعلي للأموال إتحاد الذمم المالية للزوجين وصيرورتها ذمة مالية واحدة وإنما المراد بذلك أن مساهمة الزوجين في تنمية أموالها وتكوينها يجعلها بحكم الواقع مشتركين في تلك الأموال بفعل مساهمتهما وإن كانت تلك الأموال تبقى خاضعة لتصرف الزوج.

[2] يقصد بالإطار القانوني مقتضيات القانون الوضعي المغربي، أما الإطار الشرعي فيقصد به مقتضيات الشريعة وأحكام الفقه الإسلاميين

وهنا يطرح التساؤل حول إمكانية إيجاد صيغة قانونية لحل هذا الإشكال من خلال التوفيق بين مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين من جهة وضمان استفاء الحقوق المالية لكلا الزوجين من جهة أخرى كونهما ساهما في تنمية الثروة المالية للأسرة.

وعلى هذا الأساس نجد أن الفقهاء في المغرب قد تصدوا لهذا الإشكال قبل 06 قرون(القرن الثامن الهجري)[1] ، وأفتوا أن لكل من الزوجين الحق في الثروة الأسرية التي ساهم في تنميتها بقدر مساهمته وسعيه فيها وهو ما يسمى عند فقهاء النوازل[2]بحق الكد والسعاية.

2.مفهوم حق الكد والسعاية عند الزوجين

تعريف الكد لغة: الكد في اللغة مأخوذ من الفعل كدّ يكدّ كدا أي الشدة في العمل وطلب الرزق[3].

تعريف السعاية لغة: أصلها من الفعل سعى يسعى سعيا، يقول ابن منظور سعى إذا عمل والسعي أي الكسب وأصل السعي في كلام العرب التصرف في كل عمل[4]، ويشير إلى كونه يمثل مقابلا عما يبذله السعاة من كد وسعاية في سبيل تنمية مال الأسرة، وعلى العموم فدلالة

[1] هذا التحديد التاريخي لظهور العمل بمقتضايات حق الكد و السعاية إنما هو مبني على تحديد تاريخ الفتاوى الصادرة في الموضوع والتي كانت رائجة بين القرن الثامن والقرن الثاني عشر هجري وبصفة عامة فإن ظهور هذا الحق ارتبط بفتاوى فقهاء الشمال مثل أبو القاسم بن خجو وأحمد بن عرضون صاحب الفتوى المشهورة في المجال، وقد انتشر العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية في منطقة عمارة وامتد حتى منطقة سبتة وإلى حدود فترة استعمار المغرب أنظر في ذلك المختار الهراس، المرأة والملكية في أنجرة ابان فترة الإحتلال الفرنسي، مجلة مقاربات، سلسلة بإشراف عائشة بلعربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة1، الرباط، المغرب،1996، ص12.

[2] المقصود بفقهاء النوازل الفقهاء الذين أهتموا وأشتغلوا بالإفتاء في الحوادث التي تطرح أمامهم وتسمى النوازل وهذه النوازل تصنف إلى أربعة أنواع – نوازل وقعت في الماضي وأجيب عنها كالنوازل التي وقعت في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ثم أعيد السؤال عنها – نوازل أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم بوقوعها في المستقبل فيجتهد الفقهاء على إسقاط مضمونها على الواقع – نوازل إفتراضية لم تقع في الواقع ولكن الفقهاء افتوا بها واجابوا عنها على سبيل الإفتراض – نوازل مستجدة يفرضها الواقع المعاش فيتصدى الفقهاء للفصل فيها مثل حق الكد والسعاية يدخل ضمن هذا الإطار أنظر كتاب، أبو البصل عبد الناصر موسى، المدخل إلى فقه النوازل، مقال منشور في إطار ندوة جامعة الحسن الثاني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ص13.

[3] جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، باب كد، المجلد رقم 3، دار بيروت للطباعة والنشر، 1388 ه الموافق لـ 1968 م، ص377.

[4] المرجع نفسه، باب سعى، المجلد رقم 14، دار بيروت للطباعة والنشر، 1388 ه الموافق لـ 1968 م، ص376.

مصطلح الكد والسعاية من الناحية اللغوية كلها تدور حول معاني العمل وبذل الجهد في التحصيل والانتاج.

تعريف الكد إصطلاحا: هو العمل بجهد كبير لتحصيل أفضل النتائج وتحصيل الأموال.

تعريف السعاية إصطلاحا: فهي ما يستفاد من المال بعملهم[1].

وعموما يمكن تعريف حق الكد والسعاية بأنه حق شخصي يقوم على أساس مساهمة السعاة في إطار شركة عرفية على تنمية الثروة الأسرية وتكوينها مقابل استحقاقهم جزء من المستفاد ويتناسب قد مساهمتهم حين إجراء القسمة وكل ذلك يتم وفق مقتضايات العرف المحلي وقواعده[2]، وتتعدد تسميات حق الكد والسعاية فمنهم من يسميه "حق الجراية"[3]، وهناك من يسميها" حق الشقا"[4]، ومنهم من يطلق عليها مصطلح "الكد"[5] وهناك من يطلق عليها "حق السعاية"[6] فقط، وقد يعبر عنها بمصطلح " تامازّالت"[7] كما في اللغة الأمازيغية[8]، إلا أن مصطلح الكد والسعاية يبقى الأنسب بكونه يستجيب لفكرة الحق في ذاته ويتضمن فكرة المساهمة وبذل العمل والجهد بكافة الوسائل سواء المباشرة الفعلية من الساعي أو بغيرها من الأعمال.

وقد درج رجال الفقه والقضاء على استعمال لفظ حق الكد والسعاية وأتفقوا على أن مفهوم هذا الحق يشمل كل عامل في نظام الأسرة وكل مساهم في تنميتها إلا الأجنبي فإنه يخضع للقواعد العامة من إيجارة الخدمة أو عقد الشركة أو المزارعة[9]

---

[1] محمد بن قاسم السجلماسي، شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، الجزء1، بدون طبعة، الرباط، المغرب، ص255.

[2] عمر المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، بحث في إطار ديبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب،2006/2005، ص07

[3] عبد اللطيف الأنصاري، مفهوم السعايةونطاق تطبيقها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، مجلة الملحق القضائي،المعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المغرب، العدد 39، ديسمبر 2005، ص140-142.

[4] عمر الجيدي، ابن عرضون الكبير حياته وأرآؤه وآثاره وفقهه، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة 1، دار البيضاء، المغرب، 1407 هـ1987 م، ص205.

[5] عبد الله بن محمد الحشتمي، العمل السوسي في الميدان القضائي، نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الحشتمي، الجزء1، الطبعة 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب،1404هـ 1984م، ص284.

[6] أحمد الفقيه، إشكالية الشغل النسوي، بدون طبعة، وبدون سنة، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، المغرب، ص83.

[7] الحسين الملكي، مرجع سابق، ص18.

[8] يعني مصطلح تامازّالت ما أشتق من الفعل أزل بمعنى جرى وسعى ومنه تازلة وهي الجري والسعي وكذلك إلي د توزل وهو مقابل السعي.

[9] الصديق بلعربي، السعاية، مقال منشور في مجلة المرافعة، العدد6، جوان 1997، ص58/57.

ولكن نجد جل الباحثين يحصرون مفهوم حق الكد والسعاية في حق المرأة المتزوجة فقط، فيعرف بأنه: «الحق الذي يخول للمرأة الحصول على نصيب بعد وفاة الزوج أو الطلاق من أموال الأسرة التي ساهمت خلال الحياة الزوجية في توفيرها وتنميتها بكدها وجهدها »[1].

أو هو حق ينصرف مفهومه إلى جميع الحقوق التي تضمن للمرأة في المكسب المالي الذي يترعرع في مهده وينشأ بجهدها وكدها وسعايتها، ليمتزج بطريقة عفوية وتلقائية في الذمة المالية للزوج أثناء قيام الحيلة الزوجية مما يجعلها محقة في الاستحواذ على جزء من المكسب المالي متى عمد الطرفان إلى حل الرابطة الزوجية[2].

ونجد نص المادة 49 مدونة الأسرة المغربية تنص على: «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الرابطة الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها، يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر إذا لم يكن هناك إتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية اموال الأسرة.»[3]

فمن خلال نص المادة يتضح أن المشرع المغربي قد أقر نظاما جديدا لإدارة وتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية.

وما نستشفه من نص المادة هو:

- التأكيد على مبدأ استقلالية الذمة المالية لكل واحد من الزوجين من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، نجد أن المشرع المغربي حافظ على مبدأ استقلال الذمم المالية للزوجين تماشيا مع مقتضيات الشريعة الإسلامية التي تنص على عدم دمج وإختلاط الذمم المالية ولو نظريا.

[1] خالد برجاوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية، الطبعة 1، دار القلم، بدون سنة، الرباط، المغرب، ص200.

[2] يوسف بن باصر، جديد مدونة الأسرة: المسار والتطلعات، قراءة تحليلية وتقييمية في مستجدات قانون الأسرة الجديد 70/03، سلسلة بن باصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، السنة الثالثة، العدد 8، ص24/23.

[3] الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5184، سنة 2004، ص425.

- إقرار جوازية الاتفاق التعاقدي بين الزوجين على تدبير الأموال المكتسبة إنطلاقا من قول المادة «غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها»[1]

إن المشرع قد أكد على إمكانية اللجوء إلى التعاقد عن طريق إجراء إتفاق بين الزوجين للتمكن من تنظيم وتسيير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الرابطة الزوجية[2] ، وهو مايسمى بعقد تدبير الأموال المكتسبة أثناء الرابطة الزوجية.

أ. في حالة وجود إتفاق بشأن تدبير الأموال المكتسبة

إن عقد تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الرابطة الزوجية الذي نصت الفقرة الثانية من المادة49 من مدونة الأسرة المغربية على إمكانية الاتفاق عليه بين الزوجين للتمكن من تنظيم وتسيير الأموال الأسرية التي ستكتسب أثناء قيام الرابطة الزوجية يتميز بـ:

- جواز وإختيارية الاتفاق بين الزوجين على إبرام هذا العقد.
- أن ينصب الاتفاق على الأموال التي ستكتسب بعد إبرام عقد الزواج سواء من خلال عمل الزوجين المشترك أو الإدارة لأموالهما وتنميتها.
- إقرار شكلية العقد من خلال التأكيد على إفراغ الطرفين لإرادتهما في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.
- عدم تحديد أجل لإنجاز عقد التدبير المالي هذا بإعتباره عقدا رضائيا يبرم متى توافرت أسبابه ومبرراته وحسب تقييم المتعاقدين.
- التأكيد على استقلال الذمة المالية إيجابا وسلبا لكل واحد من الزوجين بخصوص أموال كل واحد منهما قبل الزواج من خلال عبارة « التي ستكتسب » التي يجب ربطها بدورها بمقتضيات جزء جوهري من الفقرة الأخيرة من المادة 49 تمت التنصيص عليه عند الإشارة إلى حالة عدم وجود العقد مما يستوجب من باب أولى إعتماده في حالة وجود هذا العقد[3]، حيث جاءت

[1] المادة 49 فقرة 2 من مدونة الأسرة المغربية.

[2] محمد الكشبور، الحقوق المالية للزوجين، مداخلة ألقيت بمناسبة الندوة الوطنية المنظمة من طرف كلية الحقوق جامعة طنجة، المغرب، فيفري 2004، ص06.

[3] الحسين الملكي، مرجع سابق، ص22.

الصيغة كما يلي:« مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة ».

ويمكن للأزواج الذين أبرموا عقود زواجهم قبل صدور مدونة الأسرة أن يبرموا هذا العقد تفعيلا لمقتضيات المادة 49 من المدونة، وهو مجرد عقد مدني بطبيعته لتنظيم وتدبير أموالهما التي ستكتسب أثناء قيام الرابطة الزوجية[1].

ورغبة من المشرع في التشجيع على هذا النوع من الاتفاقات، وتفاديا للإشكالات التي تطرحها العلاقات المالية الزوجية على المستوى العملي، فقد ألزم العدلين بصفة تلقائية إشعار طرفي عقد الزواج بمقتضى هذه احكام الجديدة حتى يكونا على بينة منها وهو إلتزام قانوني مفروض على العدلين[2]. وعدم القيام بهذا الإشعار يرتب مسؤولية العدلين التأديبية، اما المسؤولية المدنية فتقتضي إثبات الضرر من جانب من يطالب بالتعويض، وبخصوص إثبات قيام العدلين بالالتزام فأحسن وسيلة هي الإشارة إلى ذلك الإشعار في دفتر خاص يوقع عليه الزوجان[3].

ب. حالة عدم وجود إتفاق بشأن تدبير الأموال المكتسبة للزوجين

عادة ما لا يثار أي إشكال حول طريقة تسيير وتدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الحياة الزوجية طالما أفرغت في إتفاق كتابي حول إثبات الحقوق والالتزامات التي يحتويها هذا الاتفاق، لكن الإشكال يثار عندما لايفرغ الاتفاق في شكل مكتوب مما يؤدي إلى المساس بالحقوق وضياعها.

[1] محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية رقم 08، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة 1، بدون سنة الطبع، مراكش، المغرب، ص83 .

[2] إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج، مكتبة السلام، بدون طبعة، وبدون سنة النشر، الرباط، المغرب، ص19.

[3] محمد الكشبور، مرجع سابق، ص389.

ومن هذ المنطلق نجد نص المادة 49 في فقرتها الأخيرة تنص على: «إذا لم يكن هناك إتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة»[1].

وما يلاحظ على هذه الفقرة رغم أنها منحت للزوجين إمكانية إثبات حقوقهم طبقا للقواعد العامة للإثبات، إلا أنها تطرح عدة إشكالات تتمثل في:

- عدم تحديد المقصود من القواعد العامة للإثبات، لذلك نعود لنص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية على إعتبار أن المذهب المالكي مصدرا تكميليا لنص المدونة[2]، حيث يرى أن القواعد المنصوص عليها للإثبات هي القواعد المنصوص عليها في الفقه الإسلامي.
- عدم تحديد طبيعة ونطاق العناصر التي يعتمد عليها القاضي لترتيب حقوق الزوجين والمتمثلة في عمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات لتنمية أموال الأسرة، ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة[3].
- في حالة المنازعة أو الإدعاء بشأن كل أو بعض الأموال المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية فإن ذلك يستوجب إثبات الإدعاء الذي نشأت وتكونت بواسطته الأموال المدعى بشأنها أي أن يتم إثبات العمل ونوعه ومردوديته ومدى مساهمته في تكوين هذه الثروة، وإثبات ماتم تقديمه من مجهودات لتكوين الأموال الأسرة، وإثبات ما تحمله من أعباء لتنمية هذه الأموال.
- مدى إمكانية إعمال مقتضيات الفقرة الأخيرة من نص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية بأثر رجعي أي لنزاع صادر قبل صدور المدونة ونجد أن الدستور ينص على عدم رجعية هذا النص في النزاعات المالية للزوجين والتي تبقى خاضعة لمقتضيات المدونة الملغاة وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإبتدائية بمراكش[4]،و عموما فإن في حالة عدم وجود إتفاق كتابي حول

[1] هذه الفقرة لم تكن محل إجماع أعضاء اللجنة الاستشارية التي أعدت مدونة الأسرة المغربية، إذ لم يوافق على إدراجها سوى بعض الأعضاء، الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، ص21.

[2] تنص المادة 400 على أنه « كل مالم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه للمذهب المالكي والإجتهاد الذي يراعي فيه تحديد قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف » .

[3] عبارة « ما تحمله من أعباء » أضيفت من طرف لجنة التشريع وحقوق الإنسان في مجلس النواب ولم تكن موجودة في مشروع مدونة الأسرة المغربية المقدم للبرلمان .

[4] حكم صادر عن المحكمة الإبتدائية بمراكش رقم 322، ملف شرعي مؤرخ في 2004/12/27 (غير منشور) .

تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الحياة الزوجية وتدبيرها فإنه يرجع للقواعد العامة للإثبات مع تفعيل بعض العناصر ليسترشد بها القاضي لتقدير مساهمة كل زوج.

هذا ما يجرنا إلى إشكال آخر وهو مكانة الأعمال المنزلية التي تقوم بها المراة فهل تدخل في الأعباء التي تتحملها الزوجة لتنمية أموال الأسرة وهو ما سنجيب عنه في الفقرة الموالية.

3. مكانة العمل المنزلي من مقتضيات حق الكد والسعاية

لم يكن العمل المنزلي يستقطب إهتمام علماء الاقتصاد والاجتماع، لأن المجتمع ينظر إليه على أنه عمل بديهي لا يزيد عن كونه مجرد مهام للأكل والشرب والتنظيف مع تشبيهه بالوظائف البيولوجية كالولادة والرضاعة، ورأو أن خصائص هذا العمل المتمثلة في المجانية هي التي تؤدي إلى إلغائه وعدم إعتباره عمل أصلا[1].

لكن هناك من نظر إلى هذا العمل بإعتباره عمل منتج لقوة العمل على إعتبار قيام النساء بالأعمال المنزلية جعل الرجال أحرار من تحمل مسؤوليتهم، فالرجل عندما يعود إلى بيته يجد المرأة تقوم بخدمته وتسهر على راحته فهو يستغل وقته في الاستراحة من تعبه اليومي في القراءة والرياضة والترفيه عن نفسه مما يجعله يجدد نشاطه وقوته فإذا عاد إلى عمله في اليوم الموالي عاد بنشاط وحماس جديد[2].

ولقد تم انتقاد إقصاء الأعمال المنزلية من قبل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بقولها: «في بعض البلدان يكون التركيز موجها بدرجة كبيرة عند تقسيم ممتلكات الزوجية إلى المساهمات المالية في الأموال المكتسبة أثناء الزواج، بينما ينتقص من الإسهامات الأخرى للزوجة كتربية الأولاد ورعاية الأقارب المسنين والقيام بشؤونهم وأداء الواجبات المنزلية، فهذه الإسهامات ذات الطابع غير المالي التي تقدمها الزوجة كثيرا ما تمكن الزوج من كسب الدخل وزيادة الثروة المالية، فيجب إعطاء هذه الإسهامات نفس الوزن مع الإسهامات المالية»[3].

فعندما نقول مساهمة كل زوج حسب قدراتها الشخصية فإن ذلك يعني أن المساهمة لا تنحصر في المساهمة المادية بل يمكن أن تتم بكل الطرق مثلا مساعدة أحد الزوجين للزوج الآخر في

[1] دليلة شارب مطير، إشكالية العمل المنزلي في العلوم الإجتماعية، دار القصبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص116.

[2] BENNIS KANOUNI FADELA : Le travail féminin cas du Maroc, R·L, N°151, Novembre\Décembre, 1983, p :54.

[3] لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج والشؤون الأسرية المادة 16 منها، مجموعة التعليقات العامة المعتمدة من قبل هيئات معاهدات حقوق الإنسان وثيقة الأمم المتحدة رقم 30، سنة 2003.

ممارسة مهنته، فهذه المساعدة مجانية لكن تسمح بتقليص المصاريف المهنية، كما أن الأعمال المنزلية التي يقوم بها أحد الزوجين تعتبر مساهمة من قبله في الأعباء الأسرية لكن لا تعطى لها نفس القيمة الاقتصادية للعمل المكسب، فالزوجة تقوم بخدمة البيت وتسهر على شؤونه، كما ترضع الأولاد وتعتني بهم وهي تقوم بعدة أعمال منزلية يمكن أن تصنف بأنها عمل منتج ذا قيمة إقتصادية تدخل في تكوين رأس مال الأسرة[1].

من خلال ما سبق يتضح أن الزوجة لها دور كبير في تنمية الأموال التي تكتسب أثناء الحياة الزوجية، وهي بذلك تدخر قيمة مالية يومية كبيرة فلو كان الزوج يؤجر أشخاص للقيام بالأعمال المنزلية التي تقوم بها الزوجة لصرف أموالا باهضة، فالزوجة إذا لها دور إمتياز في تكوين رأس مال الأسرة.

لكن رغم ما سلف ذكره فإن المحاكم لا تخلو أروقتها من قضايا في هذا المجال، يكون موقف القضاء منها موقفا متأرجحا بين الإعتراف بالعمل المنزلي للمرأة في حالات وعدم الإعتراف في حالات أخرى، ومثال عن ذلك نجد حكم صادر عن محكمة الدار البيضاء ينص على: «طبقا لنص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية فإن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الرابطة الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها، ويضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، وإذا لم يكن هناك إتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات....حيث بناء عليه فإن عدم إدلاء المدعية بما يثبت مساهمتها المدعى بها في شراء الشقة المذكورة أعلاه لا يسعنا بالتالي سوى عدم قبول الطلب »[2].

بينما هناك جانب من القضاء قد اعترف بعمل الزوجة المنزلي وأنصفها ومثال ذلك نجد حكم آخر صادر عن محكمة الدار البيضاء من قسم شؤون الأسرة ينص على: « الحكم للزوجة بمبلغ 200 ألف درهم مغربي رغم غياب وثيقة الأموال المكتسبة بين الزوجين، وذلك بناءا على الحيثيات التالية: أن المدعية قامت بما ذكر اتجاه أولادها وزوجها وتعتبره عملا ومجهودا كبيرين يساهمان في تنمية أموال الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية، حيث أنه بالنظر لطول فترة الزواج التي استمرت أربعين عاما والأعباء المادية والمعنوية التي تكبدتها في تنمية أموال الأسرة لذلك فهي

[1] فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين، منشورات كلية العلوم القانونية والإجتماعية والإقتصادية، رقم 09، الطبعة 1، مراكش، المغرب، 1992، ص188.

[2] حكم صادر عن محكمة الدار البيضاء، رقم 3254، ملف رقم 733/503، 2007.

محقة والمحكمة لما لها من سلطة تقديرية، ومراعاة منها لما سبق فإنها تحدد لها مبلغ 200 ألف درهم مغربي »[1].

4. كيفية تقسيم وتوزيع الأموال المكتسبة خلال فترة الحياة الزوجية

إن المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية عند حديثها على مسألة التوزيع أو قسمة الأموال المكتسبة أثناء الزواج لم تتعرض مطلقا لطبيعة هذه القسمة، ولا للقواعد التي يجب مراعاتها في ذلك، وإنما أسندت مسألة التوزيع والقسمة لإرادة الزوجين التي تظهر في إتفاقهما لتدبير الأموال المكتسبة، وفي فقرتها الأخيرة نجدها تحدد بعض العناصر التي تفيد القاضي في تقدير نصيب كل من الزوجين من تلك الأموال، وكان جدير بالمشرع ذكر قواعد القسمة المتبعة في فرز حق الكد والسعاية حتى يكون قد جسد فكرة هذا الحق ومضمونه.

ثانيا: مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية فيما يتعلق بالأموال المكتسبة

يلاحظ على القانون الجزائري بخصوص ما يتعلق بالاتفاق على الأموال المكتسبة أن هذا الاتفاق يمكن أن يكون في عقد الزواج نفسه كما يمكن أن يكون في عقد رسمي لاحق أما في مدونة الأسرة المغربية فنصت على أنه يجب أن يكون في ورقة مستقلة عن عقد الزواج، وهذا له أهمية من حيث تأثير الشروط المقترنة بعقد الزواج التي يمكن أن تؤثر فيه، فتحاشى القانون المغربي أن يجعل هذا الاتفاق متضمنا في عقد الزواج[2].

وما يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود من هذا الاتفاق حول الأموال المكتسبة وفي المقابل نجد المشرع المغربي قد بين أن المقصود من هذا الاتفاق هو استثمار الأموال وتوزيعها. إضافة إلى أن القانون الجزائري قد منح الحرية الكاملة للزوجين في تحديد هذا الاتفاق وتضمينه ما يشاءان من النسب التي تؤول إليهما عند تقسيم ما سماه بالأموال المشتركة ولكنه لم يوضح المعيار الذي تحدد على اساسه النسب، على عكس القانون المغربي الذي أشار إلى مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما تحمله من أعباء وما ساهم به من أعمال[3].

[1] حكم صادر عن محكمة الدار البيضاء، رقم 1382، ملف رقم 06/5745، الصادر بتاريخ 2008/02/21.

[2] أحمد الشامي،مرجع سابق، ص104.

[3] الصديق بلعربي، مرجع سابق، ص68.

وما يسجل كذلك على الاتفاق المالي للزوجين في قانون الأسرة الجزائري أنه قد يهدد العقد بالفسخ والإبطال إذا ما نظرنا إليه من زاوية الشروط المقترنة بالعقد، فإذا فسد الشرط يتأثر العقد، وطالما أن الزواج عقد ورباط مقدس يبتعد به أن يقترن بشرط أو يشترط فيه أي معاملة مالية مبنية على المشاحة والمضايقة، لذلك يكون الاتفاق في عقد رسمي لاحق حفاظا على حقوق الزوجين المالية وخصوصا المرأة المتزوجة إذا انقطعت بها سبل الحياة بالطلاق أو الترمل.

ثالثا: مضمون نظام الأموال المكتسبة في القانون الفرنسي

1.تحديد المقصود بالأموال المكتسبة في القانون الفرنسي والعناصر المكونة له

الأموال المكتسبة هي تلك الأموال التي جناها أو اكتسبها الزوجين من عملهما مجتمعين أو بصفة منفردة أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما، ولقد تعرض المشرع الفرنسي إلى الأموال المكتسبة في نص المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على: « ينشأ نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين في حالة عدم وجود إتفاق بينهما أو من خلال تصريح بسيط بأن الزواج يخضع لنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة.....»[1].

وينصب نظام الأموال المكتسبة على كل الأموال المحصل عليها من تاريخ الزواج وتصبح مشتركة بينهما وتشكل كتلة واحدة وتقسم عند إنحلال الزواج فهو نظام يحدد القانون بمقتضاه المال والثروة المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية[2].

ويخضع الزوجان لهذا النظام مالم يورد قيودا خاصة أو إتفاقيات خاصة تنسجم مع مقتضياته ومع القواعد التي يحددها هذا النظام بشأن ماتم اكتسابه خلال الحياة الزوجية، ويقر نظام الأموال المكتسبة مبدأ الاشتراك القانوني بشأنها سواء نتجت عن تجميع المكتسبات أو نتاج المجهودات الشخصية أو ريع أو غلل الممتلكات الشخصية لكل واحد من الزوجين فهي تشكل كتلة واحدة.

[1] Art 1400 De code civil francais « La communauté qui s'etablit à défaut de contrat ou par simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté et soumise aux régles expliquées dans les trois sections qui suivent…».

[2] أحمد الشامي، مرجع سابق،ص94.

وتنص المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي على العناصر المكونة للأموال المكتسبة بنصها: « الأموال المشتركة تتألف إيجابيا من المكتسبات الحقيقية من قبل الزوجين معا أو بصفة منفردة خلال مدة الزواج

والذي يأتي من صناعتهم الشخصية والتمويل الحقيقي يعتمد على ثمارات وإيرادات أموالهم الخاصة. »[1].

ومن هنا وجب التطرق إلى معنى إيراد أموال الزوجين بإعتبارها عناصر مكونة لأموال الزوجين المكتسبة.

إيراد أموال الزوجين: يتضمن إيراد أموال الزوجين كل من إيرادات العمل وعائدات رأس المال.

أ. **إيرادات العمل:** يعتبر من الأموال المكتسبة المشتركة الأجرة الشهرية ويضاف إليه المنح والتعويضات، وعليه فإنه من غير الجائز الحجز على الراتب أو رأس المال باستثناء حالة الديون المترتبة من طرف أحد الزوجين والمتعلقة بإحتياجات البيت طبقا للمادة 220 من القانون المدني الفرنسي[2] .

ب. **إيراد رأس المال:** يتعلق إيراد رأس المال بكل الأملاك سواء كانت مشتركة أو خاصة إنفرادية او من الكتلة المشتركة لأموال الزوجين[3] وسواء كانت غلة أو ثمار أو فوائد، ويثور الجدل غالبا حول طبيعة الأموال المكتسبة فهل تصنف على أنها أموال خاصة أو مشتركة.

نجد أن المشرع الفرنسي حسم الأمر فيرى أن كل عقار أو منقول تمت ملكيته أثناء قيام العلاقة الزوجية من قبيل الأموال المشتركة بينهما[1]، وعلى الزوج الذي يدعي ملكيته الخاصة لهذا المال تقديم دليل لإثبات ذلك.

---

[1] Art 1401 De code civil francais « La communauté se compose activement des acquéts faits par les époux ensemple ou séparément durant le mariage et provenant taut de leur indistrie personnelle que des économies faites sur les friuts revenus de leur biens propre».

[2] Art 1414 De code civil francais (loi n°85/1372 du 23/12/1985) «Les gains et salaires d'un epoux ne peuvent etre saisis par les créanciers de son conjoint que se l'obligation à été contractée pour l'entretien de mariage ou l'éducation des enfants conforémement à l'article 220».

[3] Art 1403 De code civil française « chaque époux conserve la pleine propriété des se propre la communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés mais récompense pourra lui être due a la dissolution de la communauté, pour les fruits que l'époux a néglige de percevoir ou a consommés fraudulement sans qu'aucune recherche, toutefois soit recevable au de la cinq dernies années ».

2. السلطات المخولة للزوجين على الأموال المكتسبة

يتمتع كل من الزوجين بنفس السلطات على المكتسبة منهما، لكن يحدث أن يتجاوز أحد الزوجين سلطاته المخولة له، ولأن الأصل أن القانون الفرنسي قد خول للزوجين سلطات متساوية على الأموال المكتسبة، لكن أعطى إمكانية التصرف الفردي لأحد الزوجين شريطة موافقة الزوج الآخر في بعض التصرفات الفردية فيحق لكل زوج أن يتصرف تصرفا فرديا ويدير الأموال المكتسبة وهذا ما نصت عليه المادة 1421 من القانون المدني الفرنسي بقولها: « لكل زوج سلطة الإدارة الفردية للأموال المكتسبة ويكون هذا الزوج مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها في إدارته، أما التصرفات التي أنجزت بدون غش من أحد الزوجين تكون قابلة للإعتراض من الزوج الآخر الذي يمارس مهنة مستقلة له سلطة الإدارة وإجراء التصرفات الضرورية لهذه المهنة. »[2]

ونجد أن القانون المدني الفرنسي قد ألزم الزوجين بالمساهمة في الأعباء والتكاليف العائلية ويرتب مسؤولية تضامنية تجاه الغير فيما يخص النفقات، ويحدد معنى الأعباء والتكاليف العائلية على أنها المصاريف الخاصة بإدارة البيت ومستلزمات تربية الأولاد[3]، وذلك حسب المادة 220 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه: « يستطيع كل زوج بمفرده إجراء عقود يكون موضوعها خاص بإدارة البيت وتربية الأولاد »[4].

---

[1] Art 1402 De code civil français «tout bien meuble ou immeuble est réputé acquit de communauté l'on preuve qu'il est propre à l'un des époux par l'application d'une disposition de la loi Si le bien est de ceux qui ne partent pas en eux –même preuve ou marque de leur origine de la propriété personnelle de l'époux si elle contestée devra être établie par écrit notamment titre de la famille, registre et papier domestiques ainsi que documents de banque et factures, il pourra même admettre la preuve par témoignage ou d'résomption, s'il constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procures un écrit ».

[2] Art1421. De code civil français (L.N°85/1372 du 23/12/85) : « Chacun des époux a le pouvoir
d'administration seul les biens commun et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actesd'administration et de disposition nécessaires à celle-ci.Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425 ».

[3] Jean. Champion, régimes matrimoniaux et contrats de mariage, 9 éme edition, 1998, p30.
- Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998, p42

[4] Art 220 (La loi n°65-570 du 13/07/1965) «Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants; toute dette

أما عن مبدأ إلتزام الزوجين بالتكاليف العائلية فنجد أن الزوجة كانت تمارس سلطتها عن طريق الوكالة أو التمثيل القانوني، فالزوجة تمثل زوجها فيما يخص مصاريف إدارة البيت وذلك عن طريق استعمالها للأموال المتروكة من طرفه في هذا المجال وكانت هذه الوكالة مقتصرة على إحتياجات إدارة البيت، وبالتالي يكون الزوج مسؤولا مباشرا على الديون التي رتبتها الزوجة في ذمة العائلة[1].

أما عن إثبات طبيعة الأموال المكتسبة بعد الزواج فإن القانون الفرنسي يفترض أن كل عقار أو منقول تمت ملكيته أثناء قيام العلاقة الزوجية يعتبر من الأموال المكتسبة لهما[2]، وعلى من يدعي عكس ذلك واجب الإثبات بأن هذا المال خاص به آل إليه من ميراث أو هبة أو وصية أثناء قيام العلاقة الزوجية وسلطة إثبات ذلك ممنوحة للزوج الذي يدعي ذلك بكل وسائل الإثبات من كتابة وشهود وقرائن، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

الفرع الخامس:الأموال المكتسبة بين الزوجين في فقه القانون التونسي

لقد نظم المشرع التونسي قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين تحت رقم 94 لسنة 1998 المؤرخ في نوفمبر 1998 وعالج فيه ستة وعشرون فصلا.

لقد اعتبر المشرع التونسي نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة نظام إختياري بين الزوجين وهو غير مقيد بأجل، فإما للزوجين أن يتفقا عليه أثناء إبرام عقد الزواج أو خلال أجل لاحق، وقد نص المشرع على أن أموال المهر لاتدخل في الأموال المشتركة[3]، وتشمل الأموال المشتركة كل

---

ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement la solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives,eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne oumauvaise foi du tiers contractant ».

[1] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر2006/2005،ص215.

[2] Art 1402 De code civil français «tout bien meuble ou immeuble est réputé acquit de communauté l'on preuve qu'il est propre à l'un des époux par l'application d'une disposition de la loi

Si le bien est de ceux qui ne partent pas en eux –même preuve ou marque de leur origine de la propriété personnelle de l'époux si elle contestée devra être établie par écrit notamment titre de la famille, registre et papier domestiques ainsi que documents de banque et factures, il pourra même admettre la preuve par témoignage ou d'résomption, s'il constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procures un écrit ».

[3] الفصل الرابع من القانون رقم 07/98 الصادر في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية رقم 96 بتاريخ 01 ديسمبر 1998.

العقارات المكتسبة بعد الزواج مالم تؤل إلى أحدهما بوجه الإرث أو الهبة أو الوصية، وفي حالة ما إذا استعمل أحد الزوجين مداخيل أموال مكتسبة بالاشتراك لتحسين عقار خاص به أو الزيادة فيه فإن ذلك العقار يصبح مشترك بحكم القانون متى تساوت أو فاقت قيمة الزيادات أو التحسينات القيمة الأصلية لذلك العقار عن قيمة الشراء[1].

ولقد أقر المشرع في القانون رقم 94 لسنة 1998 أنه كل تصرف من أحد الزوجين من شأنه أن يعرض مصالح الزوج الآخر إلى التلف فللزوج الآخر المتضرر أن يطلب من المحكمة إنهاء حالة الاشتراك.

وأخيرا إذا وقع ما ينهي هذا الاشتراك في الأموال المكتسبة فعلى من يسعى إلى إنهائه أن يطلب من المحكمة تكليف مصفي لتصفية الأموال المشتركة، وبعد انتهاء عملية القسمة التي أخضعها المشرع إل أحكام المواد من 116 إلى 130 من مجلة الحقوق العينية التونسية[2].

وعموما يلاحظ أن المشرع التونسي قد أطر الأموال المكتسبة بين الزوجين تأطيرا قانونيا متميزا يخدم الجانب المادي والاقتصادي للأسرة.

المطلب الثاني: التأصيل التاريخي للأموال المكتسبة في الزواج

إن نظام الأموال المكتسبة ليس وليد القانون الفرنسي بل تمتد جذوره إلى القوانين القديمة نظرا لإهتمام جميع المجتمعات بالزواج وعليه سنتطرق لنظام الأموال المكتسبة في القانون الروماني في الفرع الأول ثم إلى نظام الأموال المكتسبة ضمن قوانين مصر الفرعونية في الفرع الثاني ثم نعرج إلى دراسة نظام الأموال المكتسبة في الفقه الإسلامي في الفرع الثالث وأخيرا إلى دراسة نظام الأموال المكتسبة في القانون الفرنسي في الفرع الرابع.

الفرع الأول: نظام الأموال المكتسبة في القانون الروماني

يعتبر القانون الروماني القديم المرجع القانوني الأساسي لجل القوانين الغربية، وبالعودة إلى القوانين التي كانت سائدة في روما القديمة نجد أنها إعتمدت على نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين، في حين نجد أن بعض الفقهاء يرون أن قوانين روما القديمة قد كرست

[1] الفصل العاشر من القانون السابق.

[2] الفصل الرابع والعشرين من القانون السابق.

العمل بمبدأ إنفصال الأموال ولا وجود للأموال المكتسبة المشتركة بل لكل زوج ذمته المالية المستقلة[1].

ويرى الفقهاء الذين قالوا بوجود نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة في قوانين روما القديمة أن أساس السلطة الأبوية التي كانت سائدة في روما هو خضوع الأسرة بكل ما فيها من أشخاص وأموال إلى رب الأسرة، وعليه فالزوجة تخضع لسلطة زوجها في شخصها ومالها، ومنه تختلط أموال الزوجين ويصبح الزوج هو رب الأسرة وهو مالك مالها الوحيد[2]، ونجد أن نظام الزواج مع السيادة قد طغى في هذه الفترة أين تذوب أموال الزوجة في الأموال العائلية دون مراعاة لنظام فصل الذمم المالية في الأموال المكتسبة، أما في فكرة الزواج بدون سيادة فتبقى الزوجة محتفظة بأموالها التي جلبت من عند أسرتها أو التي جنتها قبل الزواج أو تلك المتعلقة بالدوطة. ومنه فإن نظام فصل الأموال المكتسبة يبقى مرتبط بفكرة الزواج بدون سيادة الذي أصبح في الأخير هو النوع السائد بعدما الكان الزواج مع السيادة هو الرائج[3].

الفرع الثاني: نظام الأموال المكتسبة ضمن قوانين مصر الفرعونية

إن المتصفح لقوانين وتاريخ مصر الفرعونية في عهد الدولة القديمة يجد أن نظام فصل الذمم المالية كان سائدا، وبالتالي فإن نظام الأموال المشتركة لم يكن معروف إبان هاته الفترة فيبقى كلا من الزوجين يستقل بذمته المالية ويتصرف فيها بحرية دون أدنى وجود لفكرة الأموال المكتسبة المشتركة وتنميتها[4].

أما في عهد مصر الفرعونية الحديثة ومع تطور المجتمعات القديمة والتقدم في جميع المجالات من بينها مجال الحياة الأسرية فنجد أن مجال الأموال المكتسبة في الأسرة قد تطور في كيفية التعامل معها وتنميتها، ولقد انقسم الفقه في تقييم نظام الأموال المكتسبة خلال هذه الفترة

[1] مسعودي رشيد، مرجع سابق،ص10.

[2] مسعد قطب، محاضرات في تارخ النظم القانونية والإجتماعية، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1998، ص125.

[3] مسعد قطب، المرجع نفسه، ص204.

[4] أحمد ابراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، السنة 1999، ص391.

الزمنية من تاريخ مصر الفرعونية إلى عدة آراء فمنهم من يرى أن الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية تقوم على مساهمة الزوجة بالثلث والزوج الثلثين ويقوم الزوج بإدارتها بإعتباره رب الأسرة لكن تصرفه فيها مرتبط بموافقة الزوجة، وفي حالتي الطلاق والوفاة تقسم كل حسب نصيبه بين الزوجين في حالة الطلاق أو بين الزوج الذي بقي حيا وورثة الزوج الآخر[1].

وهناك فريق آخر يرى أن للزوجة الحق في الاحتفاظ بأموالها تتصرف فيها بحرية ويبقى الزوج مسؤولا عن الحياة الأسرية ينفق على أسرته من ذمته المالية الخاصة، ويرى جانب آخر أن كلا الزوجين يحتفظان بأموالهما ولا إشتراك في الأموال المكتسبة ولكل زوج ذمته المالية المستقلة[2].

الفرع الثالث: نظام الأموال المكتسبة في الفقه الإسلامي

إن المبدأ العام الذي جعلته الشريعة الأسلامية أساسا لضبط المعاملات المالية بين الزوجين يقوم على أساس الفصل التام بين الذمم المالية للزوجين.

أولا: من القرآن الكريم

إن الفصل بين الذمة المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية مستمدا أساسا من تمام الأهلية بين المرأة والرجل لقوله تعالى: ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ﴾ سورة النساء - الآية 32،وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ وَلَا تَاكُلُوهَآ إِسْرَافاً وَبِدَاراً اَنْ يَّكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَاكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيباً ﴾ سورة النساء - الآية 06، وقوله كذلك: ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَٰنِ وَالَاقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَٰنِ وَالَاقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾ سورة النساء - الآية 07 فهذه الآيات الكريمات كلها تدل على أهلية كل من الرجل والمرأة في الإلزام والالتزام وبصورة تماثلية، فلا

[1] رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2001، ص13.

[2] رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة،المرجع نفسه.

وصاية لأحدهما على الآخر في الذمة المالية، فالآيات الكريمة صريحة في إقرار مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين.

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة

لقد أكدت السنة النبوية الشريفة على مبدأ إنفصال الذمم المالية للزوجين استنادا إلى القرآن الكريم ونستشف ذلك من خلال الأحاديث النبوية التالية: حدثنا أبو عاصم عن أبي جريج عن ابن أبي مليكة عن عباد بن عبد الله عن أسماء رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله ما لي مال إلا ما أدخل علي الزبير فأتصدق. قال: ﴿ تصدقي ولا توعي فيوعى عليك. ﴾[1] وفي حديث آخريوضح لنا استقلالية الذمة المالية للزوجة، حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب عن الزهري قال عروة بن الزبير قالت عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:﴿ إشتري وأعتقي فإن الولاء لمن أعتق ﴾[2].

ثالثا: من الإجماع

إن جمهور الفقهاء متفقون بناءا على الأحاديث والآيات السابقة على أن الزوجة تحتفظ بنفس الحقوق والسلطات على أموالها، إذ ليس للزوج تأثيرا على أهليتها، فتبقى مالكة لأموالها التي جاءت بها قبل الزواج وأثناءه ولا تخضع لأي نوع من الوصاية والرقابة على إدارة أموالها والتصرف فيها، إلا أن المالكية أرادوا استثناء لهذا المجال ولم يجيزوا تصرف المرأة في مالها بدون عوض كالهبة والكفالة إذا تجاوز ثلث مالها[3].

الفرع الرابع : نظام الأموال المكتسبة في القانون الفرنسي

يعتبر القانون الفرنسي الأكثر إهتماما بهذا الموضوع في التشريعات الغربية عموما لأن جانب الأموال المكتسبة للزوجين يعد استثناء في تنظيمه يخرج عن نطاق القواعد العامة المنظمة لعلاقات الأفراد المالية المنظمة في إطار القانون المدني وهذا الاستثناء يتمثل في نظام ما يسمى بشيوع الأموال الزوجية

[1] محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها، الحديث رقم 2590 .

[2] محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، الحديث رقم 2155 .

[3] مهدي محمد الحجوي، المرأة بين الشرع والقانون، الطبعة 1، مطابع دار الكتاب، الدار البيضاء، المغرب،1967،ص 18/17.

Le régime de la communauté matrimoniale وهذا التنظيم مر بمرحلتين[1]:

أولا: مرحلة ما قبل فيفري 1966

كان الرجل والمرأة إذا اقترنا بالزواج تندمج أموالهما إلزاميا التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية بمقتضى ذلك العقد وبدون أي تصرف آخر، وتصبح حقوقهما مشتركة بالسواسية في المال وهذا ما يطلق عليه الأموال المكتسبة المشتركة وهي الأموال التي تعود من مجهود وعمل الزوجين وتنمية أملاكهما الخاصة، فالأملاك الخاصة Les biens propres هي الأملاك المنقولة والعقارات المملوكة في يوم الزواج والمكتسبات عن طريق الميراث والهبات بعد ذلك التاريخ وأملاك الاستعمال اليومي من ملابس وأمور شخصية[2].

ثانيا: مرحلة ما بعد فيفري1966

في هذا التاريخ استحدثت فرنسا تشريع جديد للفصل في مصير أموال الزوجين، ويحتوي على أربع نظم مالية تفصل في وجهة ومصير أموال الزوجين وذلك بناء على اتفاق بينهما في اختيار أحد هذه الأنظمة أثناء عقد الزواج ويكون ذلك عند الموثق، ويسمى هذا العقد المتضمن الاتفاق المالي بعقد الزواج Le contrat de mariage ويعني قانونا النظام المالي المتفق عليه بين الزوجين من حيث اعتماده والخضوع له، وكل زواج مقام ابتداء من 01 فيفري 1966 بدون انشاء مسبق لما يسمى بعقد الزواج المذكور يكون خاضعا في تنظيمه والفصل في الأموال المكتسبة للزوجين إلى النظام القديم الذي كان موجودا في المرحلة الأولى أي نظام الاشتراك القانوني في الأموال المكتسبة.

ونجد أن التشريع الفرنسي المنظم لمصير أموال الزوجين المعتمد حاليا يقر أربع أنظمة مالية أساسية[3]وهي:

---

[1] Gabriel Marty, Pierre Raynaud, Droit Civil, Les régimes matrumoniaux, seney 22 ree soufflot 75005 paris, 2eme édition, 1986, p17

[2] أحمد الشامي، التعديلات الجديدة الواردة على قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، اشراف الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009/2008،ص93.

[3] حسن الأشموني ومحمد عبد الكريم، القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الجزء 1، التشريع الفرنسي للأشخاص، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1970، ص131 .

- نظام الاشتراك القانوني Le régime de communauté Légale
- نظام فصل الأموال Le régime de separation de Bien
- نظام المساهمة في المكتسبات Le régime de participation aux acquets

ونظام الاشتراك الاتفاقي Le régime de communauté conventionelle

ويتميز التشريع الفرنسي بإدراجه للمقتضيات الخاصة بتأسيس وتنظيم العلاقات الزوجية وآثارها بما في ذلك الحقوق المالية للزوجين ضمن فصول قانونه المدني ولقد اعتمد المشرع الفرنسي بشأن تنظيم العلاقات المالية في إطار مؤسسة الزواج على الأنظمة السابقة ذات الطبيعة الاختيارية فيمكن للمقبلين على الزواج أو المرتبطين بعلاقات زوجية عموما تنظيم حياتهم المالية في إطارها عند إنشاء العلاقة الزوجية أو أثناء قيامها[1].

المبحث الثاني: التكييف القانوني للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن مسألة تكييف موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط مختلف فيها فقها وقضاءا، لأنها تتوقف على تكييف النظام نفسه، فإذا اعتبرت من الأحوال الشخصية يسري عليها القانون الشخصي، أما إذا كييفت على أنها داخلة في نطاق الأحوال العينية فتخضع إما لقانون موقع المال أو لقانون الإرادة أو لقانون موطن الزوجية[2]، وتوجد بعض الأنظمة القانونية تفصل بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج وتخضع كلا منهما لقانون مختلف ويرجع هذا إلى القانون الواجب التطبيق ومسألة التكييف، فأي مسألة تنحصر في ضرورة تكييفها وتصنيفها وإدراجها في إطار إحدى الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد[3]. فالتكييف هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين[4] لوضعها في نطاق طائفة النظم

[1] أحمد الشامي،مرجع سابق، ص94.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء1 تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة،سنة 2000،ص176.

[3] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009/2008،،ص89.

[4] من بين أهم القضايا التي خضعت للتكييف قضية زواج المالطي، حيث هاجر الزوجان Bartholo - بعد أن تزوج بدون عقد في مالطا- إلى الجزائر وقت كان تحت الإحتلال الفرنسي حيث تملك مجموعة من العقارات تم توفي الزوج دون أن يخلف أولادا، ولتنظيم الحقوق الخاصة بالأرملة وورثت الزوج فإن القانون الدولي الخاص الفرنسي كان يضح الحل كالآتي:حيث أن النظام

القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين، فمثلا نجد مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط هناك من يدخلها في فئة الأحوال الشخصية وحينئذ يخضعها للقانون الشخصي وبعضهم يدخلها في نظام العقود وهنا تخضع لقانون الإرادة، أما البعض الآخر فيدخلها في فئة الأحوال العينية خصوصا إذا كانت عقارات فيخضعها لقانون موقع المال، ولذلك عمدت كثير من القوانين على إعتبار الأموال المكتسبة من الأحوال الشخصية وأخضعتها للقانون الشخصي[1]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري والمصري والسوري والأردني والليبي واليوناني و الإيطالي والإسباني، حيث أخضع مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط للقانون الشخصي وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج[2].

وإذا كان التكييف بهذه الأهمية القصوى عند وجود العنصر الأجنبي في العلاقة المعروضة على القاضي حتى يتسنى له معرفة القانون الذي سيسند إليه حكمه فهي مرحلة سابقة لمرحلة الإسناد، وإذا أردنا تكييف مسألة الأموال المكتسبة وإسنادها إلى فئة قانونية معينة وبالتالي إلى

المالي للزوجين بما فيه الأموال المكتسبة في الزواج يخضع للقانون المالطي باعتباره قانون محل الموطن الأول للزوجية، اما التركة العقارية فتخضع للقانون الفرنسي باعتباره قانون موقع المال حسب المادة 231 من القانون المدني الفرنسي، لكن قانون Raham الساري في مالطا يخضع المتزوجين بدون عقد للنظام القانونية كالزوجية بعقد ويمنح الرفيق الباقي على قيد الحياة المعوز حصة تبلغ الربع في ملكية الرفيق المتوفي، أما القانون الفرنسي الساري المفعول في تلك الآونة فلا يعترف بأي حق في الإرث للرفيق الباقي على قيد الحياة

وطبقا لنظرية بارتانBartin فإن النزاع الدائر بين ورثة الزوج والأرملة يقوم على مدى إمكانية منح الأرملة حصة الربع الخاص بالرفيق يرتبط في الواقع بتنازع التكييفات القانونية للدول.

إن التقنين المالطي وعلى عكس القانون الفرنسي يعترف للأرملة بهذه الاستفادة لكن تطبيقه مرهون بكون موضوع النزاع يتعلق بالنظام المالي للزوجين، ومن ثم يتوقف على هذا التكييف عقد الاختصاص للقانون المذكور.

ومن بين أهم القضايا كذلك قضية وصية الهولندي، حيث حرر هولندي وصية قبل موته وعرضت صحة هذه الوصية على القضاء الفرنسي، فتأسس في الطعن أن القانون الهولندي يحرم الوصية الخطية على الهولنديين ولو في الخارج فتأسس دفاع الموصى له على أن القانون المختص بشكل وصية هو القانون الفرنسي، فتعين الرجوع للقانون الفرنسي لتكييف الشكل المطلوب الذي يرى أن شكل الوصية سواء كان خطيا أو رسميا مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات، وبالتالي تخضع للقانون الفرنسي الذي قضى بصحة هذه الوصية.

أما قضية زواج اليوناني الذي عقد بشكل مدني فرفعت دعوى بطلب بطلان زواجه لأنه لم يعقد في الشكل الديني المطلوب الذي يعتبره القانون اليوناني مسألة موضوعية لا يجوز إغفالها في إنعقاد الزواج، لكن القانون الفرنسي هو القانون المختص بالتكييف فيعتبر مسألة إشهار الزواج في شكل ديني مسألة شكلية وبالتالي تخضع لقانون المكان الذي تم فيه الزواج.

- أنظر عصام الدين القصبي، المرجع نفسه، ص91 وما بعدها.

[1] عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، آثار الأحكام الأجنبية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الثاني، مطبعة عين شمس، 1964، ص200.

[2] هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003 ، ص283.

القانون المعين الذي أشارت قاعدة الإسناد المطبقة أنه هو القانون الواجب التطبيق، وبعد عملية الإسناد هذه يمكن معرفة النظام الذي تتبناه الدولة صاحبة القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقات المالية بين الزوجين فهل هو نظام فصل الذمم المالية للزوجين أو نظام الاشتراك في الأموال الزوجية وهذا يختلف بإختلاف النظرة الفقهية والإيديولوجية لهذه الدولة، لذلك تعتبر عملية التكييف القانوني لمسألة الأموال المكتسبة وإسنادها إلى فئة الأحوال الشخصية وبالتالي تطبيق القانون الشخصي عليها، أو إلى فئة العقود أي إسنادها لقانون الإرادة وأخيرا إسنادها لقانون موقع المال حسب طبيعة هذا المال، لذلك كان من الضروري تحديد أنواع الأنظمة المالية التي تنظم مسألة الأموال المكتسبة التي تتبناها الدول، ويتطلب هذا دراسة نظام فصل الأموال الزوجية ونظام الاشتراك في الأموال الزوجية بإعتبارهما النظامين اللذين يحكمان العلاقات المالية للزوجين، رغم أن مبادئ النظام الأول تختلف عن مبادئ النظام الثاني، فنجد دول تأخذ بنظام فصل الأموال كقاعدة عامة ونظام الاشتراك في الأموال كاستثناء عليها مثل الجزائر والمغرب وبعض الدول العربية.

ولتوضيح هذا يتطلب دراسة وتحديد أسس مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في المطلب الأول، وتحديد مفهوم وشروط مبدأ نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة وصوره في المطلب الثاني.

المطلب الأول: نظام فصل الأموال بين الزوجين

إن نظام فصل الأموال بين الزوجين يتميز بأن كل زوج يستطيع بأن يحتفظ بأمواله الخاصة إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك الزوج الآخر، فيظل كل من الزوجين أجنبيا عن الآخر من الناحية المالية، ويبقى مسؤولا عن ديونه سواء كانت قبل الزواج أو بعده، والزوجة تحتفظ بكامل حقوقها وسلطاتها على مالها فلها الذمة المالية المستقلة عن ذمة زوجها فلا تتأثر هذه الذمة بعقد الزواج ووجود الزوج، ومنه وجب التطرق لمكانة المرأة في الأسرة عبر الحضارات الانسانية في الفرع الأول، وإلى تعريف الذمة المالية في الفرع الثاني، ثم نتطرق لمبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية في الفرع الثالث ونعرج على مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في القانون الجزائري في الفرع الرابع وإلى مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في القانون الفرنسي في الفرع الخامس.

الفرع الأول: مكانة المرأة في الأسرة عبر الحضارات الانسانية

كانت المرأة قبل الإسلام وبعد الإسلام عند غير المسلمين مهدورة الحقوق، وأختلفت الحضارات القديمة في مدى الاعتراف للمرأة بحقوقها الشخصية والمالية، فجلها جعلت من المرأة متاعا يباع ويشترى فلا قيمة لها في المجتمع.

- مكانة المرأة عند اليونان والرومان:

كانت المرأة عندهم لا تملك لنفسها أمرا ولا نهيا فهي مجرد سلعة تباع وتشترى ويقول مصطفى السباعي[1] أن الأهلية المالية للمرأة كانت مهضومة فلم يكن لها الحق في التملك وإكتساب الأموال وإن إكتسبت مالا أضيف إلى أموال رب الأسرة[2].

- مكانة المرأة في شريعة حمورابي[3]

تعتبر المرأة في شريعة حمو رابي في عداد الماشية وليس لها أي حقوق مالية[4].

- مكانة المرأة عند الهنود

لم يكن للمرأة عند الهنود أي حق من الحقوق فهي تابعة لأبيها في شبابها، وخاضعة لزوجها عند زواجها ولولدها عند تأيمها إذا كان لديها ولد وإن لم يكن لديها فهي تابعة لأقرباء زوجها، فهي قاصرة طيلة حياتها وغير صالحة للاستقلال بنفسها[5]، وفي الميراث لا ترث زوجها لأنها قطعة من مملوكاته معروضة للبيع تحت إسم التزويج[6]، فلا يسمح لها بأي استقلال فردي ولا يحق لها أن تجري أي تصرف في مراحل حياتها وفق رغبتها حتى ولو كان في الأمور الداخلية للمنزل.

- المرأة عند اليهود

---

[1] مصطفى السباعي هو مصطفى بن حسين أبو حسان السباعي عالم إسلامي مجاهد من الخطباء، ولد بحمص في سوريا وتعلم فيها وفي الأزهر، وأعتقله الإنجليز في فلسطين وفي مصر وسلموه للفرنسيين فسجنوه في لبنان 30 شهرا، أخذ شهادة الدكتوراه في التشريع الإسلامي وتاريخه من الأزهر سنة 1949، واستقر في دمشق وعمل استاذا في كلية الحقوق عام 1950، ومراقبا عاما لجمعية الإخوان المسلمين، وأنشأ مجاة حضارة الإسلام، من أهم كتبه المرأة بين الفقه والقانون، السيرة النبوية تاريخها ودروسها. ترجمة الزركلي خير الدين، كتاب الأعلام، الجزء السابع، طبعة 3، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1998، ص231.

[2] مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة1، القاهرة، مصر، ص13.

[3] حمو رابي هو الملك الذي حكم بابل بين عامي 1792و1750 قبل الميلاد، وقد بلغت القوانين التي سنها بـ 282 قانون وتعتبر هذه القوانين من أوائل الأنظمة القانونية في تاريخ البشر، وقد ركزت على الزراعة وحقوق المرأة والأطفال والعبيد، ورقمت البنود من 1 إلى 282 بند .

[4] مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص14.

[5] ستراتشي راي، المرأة ومركزها وأثرها في تاريخ العالم، الجزء الثاني، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص349.

[6] عبد العالي محمد الجبري، المرأة في التصور الإسلامي، الطبعة 6، مكتبة وهبة، القاهرة مصر، 1983، ص135.

المرأة عند اليهود في مرتبة الخادم، ولا ترث إلا إذا لم يكن لأبيها ذرية من البنين، ولا ترث ما دام في الأسرة رجال بل أنها تورث كالمتاع إذا مات زوجها[1].

- **المرأة عند الغرب المسيحي**

كتب الفيلسوف الإنجليزي سبنسر[2] أن الرجال كانوا يبيعون زوجاتهم، كما أن المرأة كانت محرومة من حق الملكية وإذا تزوجت تتبع زوجها، ونرى في قانون نابليون الصادر بعد الثورة أن المرأة المتزوجة حتى ولو كان زواجها قائما على أساس الفصل في ملكيتها وملكية زوجها لا يجوز لها أن تهب ولا أن تملك بعوض دون إشتراك زوجها في العقد ويكون ذلك بموافقة كتابية[3]، وبقيت المرأة حتى سنة 1882م محرومة من حقها في الملكية، وفي القرن العشرين كان أجر المرأة عن معظم الأعمال نصف أجر الرجل، وإذا تزوجت فإنها تتبع زوجها حتى في إسمها وما زال هذا قائما حتى اليوم في بلاد الغرب، كما أنها تفقد أهلية التصرف في مالها الخاص إلا بإذن زوجها، ولا تزال المرأة حتى اليوم لا تتمتع بالحقوق التي يتمتع بها الرجل ولا ترث قليلا ولا كثيرا[4]، وهذا موروث عن الفكر المسيحي الذي كان يشكك في إنسانية المرأة فما بالك عن سلب حق التصرف في مالها[5] هذا عند المرأة الإنجليزية، أما المرأة الفرنسية فلم تتمتع بهذا الحق إلا في النصف الثاني من القرن العشرين، مما جعل الكاتب المشهور توفيق الحكيم[6] يقول: الحضارة الأوروبية أحيانا كرداء يجمع من الألوان كل متناثر فهي في الوقت الذي تمنح النساء حق الانتخاب تحرمهن من حق التصرف في أموالهن و تجعلهن في حكم القاصر، فكأن المرأة تصلح لتدبير شؤون الدولة ولا تصلح لتدبير شؤون مالها.

---

[1] محمد علي البار، عمل المرأة في الميزان، الطبعة 1، دار مسلم للنشر، الرياض، السعودية،1415هـ 1994م، ص17.

[2] هاربرت سبنسر فيلسوف بريطاني وأحد رواد الفكر الإجتماعي، الذي تناول نظرية خاصة في تنمية وتطور المجتمع، ولد في ويرلي في انجلترا سنة 1820 وتوفي سنة 1903، أهم مؤلفاته الاستقرار الإجتماعي ومبادئ علم الإجتماع ترجمة الموقع www.css.kuniv.edu.

[3] علي عبد الواحد، المرأة في الإسلام، مكتبة غريب، القاهرة، مصر، 1971، ص20.

[4] محمد علي البار،مرجع سابق ، ص30.

[5] عبد العالي محمد الجبري، مرجع سابق،ص137.

[6] توفيق إسماعيل الحكيم ولد بالإسكندرية عام 1878، أتم تعليمه الإبتدائي بها ثم أتجه نحو القاهرة ليواصل تعليمه الثانوي، وهو رائد الحركة المسرحية الحديثة، اهتم بالتأليف المسرحي ومن مسرحياته: الضيف الثقيل، المرأة الجديدة، ومن مؤلفاته شهرزاد، صلاة الملائكة...ترجمة سلمان الجبوري، معجم الأدباء، الجزء1، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ 2003م، ص502.

- **المرأة عند عرب الجاهلية**

كانت المرأة في الجاهلية مهضومة الحقوق بشكل عام، فهم يرون أن المرأة كالمتاع، ولم يكن لها حق الإرث بل هي موروثة وليس لها على زوجها أي حق فهي مسلوبة في كثير من حقوقها[1]سواء في حق الملكية أو حق التصرف أو في الميراث أو المهر فهي نفسها موروثة فلا عجب في ذلك إذا ما علمنا أنها كانت مسلوبة حق الحياة فكانت البنت توءد عندهم لقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا ٱلْمَوْءُۥدَةُ سُئِلَتْ ۞ بِأَيِّ ذَنۢبٍ قُتِلَتْ﴾ سورة التكوير - الآية 08 و 09 وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُۥ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ۞ يَتَوَٰرَىٰ مِنَ ٱلْقَوْمِ مِن سُوٓءِ مَا بُشِّرَ بِهِۦٓ ۚ أَيُمْسِكُهُۥ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُۥ فِى ٱلتُّرَابِ ۗ أَلَا سَآءَ مَا يَحْكُمُونَ ﴾ سورة النحل - الآية 58 و 59.

- **المرأة في الإسلام**

لقد رفع الإسلام من قيمة المرأة وأعطاها أهليتها الكاملة وجعلها شريكة للرجل في الحقوق والواجبات، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿ إنما النساء شقائق الرجال﴾[2]، وكذلك قوله تعالى: ﴿ بَعْضُكُم مِّنۢ بَعْضٍ ﴾ سورة آل عمران - الآية 195 فهي منه وهو منها، لذا اعترف الإسلام للمرأة بحقوقها الشخصية كاملة، وقرر لها أهلية تامة في جميع التصرفات فلها الحق في الإرث والهبة والوصية والتملك والدين والإكتساب دون أن يكون ذلك متوقفا على موافقة الرجل، فالإسلام جعل لها ذمة مالية مستقلة خاصة بها لتستقر فيها حقوقها.

الفرع الثاني: الذمة المالية للمرأة

سنعرف في هذا الفرع الذمة المالية والذمة المالية في القانون الوضعي، والذمة المالية في الفقه الإسلامي.

أولا: تعريف الذمة

[1] مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص18.

[2] أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب الرجل يجد البلة في منامه، الجزء1،تحقيق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص119.

تعريف الذمة لغة : الذمة هي العهد لأن نقضه يوجب الذم، ومنهم من جعلها وصفا يصير به الشخص أهلا للإيجاب له وعليه والذمام بالكسر هو ما يذم الرجل على إضاعته من عهد[1]، والذمة هي الذات والنفس وكذلك الذمة تكون بمعنى العهد لقوله صلى الله عليه وسلم:

﴿ المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم﴾[2] وقوله كذلك: ﴿ من صلى الصبح فهو في ذمة الله ورسوله﴾[3].

تعريف الذمة إصطلاحا : إصطلح الفقهاء على استعمال الذمة بمعنى الذات والنفس كما تطلق على العهد والأمان ومحلها الذات فسمي محلها بإسمها أي الذات هي الذمة[4].

ثانيا:الذمة في القانون الوضعي

الذمة المالية في القانون Patrimoine وهي ما للشخص من حقوق مالية (Droits) وما عليه من إلتزامات مالية Obligations، أو هي مجموع الحقوق والواجبات التي لها قيمة مالية لكل شخص[5].

وتضم الذمة المالية للإنسان جانبين أو شقين هما الجانب الإيجابي ويسمى بأصول الذمة والجانب السلبي ويسمى بخصوم الذمة، ويضم الجانب الإيجابي الحقوق المالية للشخص ACTIF، أما الجانب السلبي فيضم الالتزمات المالية المترتبة عليه PASSIF فإذا زادت الأصول على الخصوم كانت الذمة المالية موسرة، أما إذا كانت الخصوم أكثر من الأصول فالذمة المالية للشخص معسرة[6].

---

[1] أبو يحي زكرياء بن محمد بن زكرياء، الحدود الأنيقة، تحقيق مازن مبارك، الطبعة 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1411ه، ص72.

[2] الإمام أحمد بن حنبل، كتاب السنن، الجزء الثاني، رقم الحديث 959، ص268 و كتاب المسند، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، الطبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1417ه 1997م،ص125 .

[3] الإمام مسلم أبو الحسين بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، 1419ه 1999م، ص330.

[4] أبو زكرياء محي الدين يحي بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، سوريا، 1408ه 1988م، ص343.

[5] منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، مكتبة دار الثقافة،الطبعة 1، عمان، الأردن، 1999، ص17.

[6] إذا كان الشخص تاجرا وكان معسرا فيسمى هذا إفلاس، أما إذا كان غير تاجر فإعسار ذمته يسمى إعسارا.

ثالثا: الذمة في الفقه الإسلامي

يرى علماء الأصول أن الذمة لا تثبت إلا بوجود أهلية الوجوب فالذمة هي محل الوجوب، ويرى رأي آخر أن الذمة المالية تقترن بأهلية الأداء فهم قرنوا بين الذمة والأهلية عموما، ويرون أن الذمة يراد بها نفس الانسان وهذه النفس إما أن تكون صالحة للتكليف الشرعي أو غير صالحة له[1]،وعرفها القرافي[2] أنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام والالتزام، فهو يساوي بين الذمة وأهلية الأداء وجعل معنى الذمة شرعا مساويا لمعناها لغة.

عرفها عبد العزيز البخاري[3] بأنها وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب والاستجاب، أما السنهوري[4] فعرفها أنها وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الانسان ويصير به أهلا للإلزام والالتزام[5].

وعرفها ابن الشاط من علماء المالكية[6] هي قبول الانسان شرعا للزوم الحقوق دون إلتزامها[7]

---

[1] أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين، أصول الإمام البزدوي، مطبوع على هامش كتاب كشف الأسرار، ضبط وتخريج محمد المعتصم بالله البغدادي، الجزء الرابع، الطبعة 3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،1417هـ 1997م، ص396.

[2] هو أحمد بن ادريس بن عبد الرحمان الصنهاجي البهنسي المشهور بالقرافي وهو فقيه وأصولي ومفسر، ولد بمصر وتوفي بدير الطين بالقرب من مصر القديمة سنة 684هـ ودفن بالقرافة، ومن مؤلفاته الذخيرة في الفقه، شرح التهذيب....ترجمة عمر رضا كحالة معجم المؤلفين، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص158.

[3] هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي فقيه وأصولي من تصانيفه كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي، وشرح الهداية في فروع الفقه الحنفي. ترجمة. ترجمة عمر رضا كحالة معجم المؤلفين، الجزء 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص242.

[4] هو أحمد عبد الرزاق السنهوري كبير علماء القانون المدني المصري ولد في الإسكندرية سنة 1312هـ 1895م إبتدأ موظفا في الجمارك وتخرج من كلية الحقوق سنة 1917، أختير عضوا بمجمع اللغة العربية سنة 1946 توفي بالقاهرة سنة 1971، من كتبه أصول القانون، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، الوسيط في مصادر الحق في الفقه الإسلامي. ترجمة الزركلي خير الدين، كتاب الأعلام، الجزء الثالث، طبعة 3، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1998، ص350.

[5] أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، الجزء1، بيروت، لبنان، 1954، ص20.

[6] هو أبو القاسم بن عبد الله بن الشاط الأنصاري الإشبيلي فقيه مالكي ولد سنة 643 هـ وتوفي سنة 723هـ من آثاره أنوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق، غنية الرائض في علم الفرائض... ترجمة عمر رضا كحالة معجم المؤلفين، الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص105.

[7] أبو القاسم بن عبد الله بن الشاط، إدرار الشروق على أنواء الفروق، الطبعة 1، الجزء3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ 1998م، ص183.

وهناك من يرى أن الذمة أمر زائد لا معنى له فهم لايعترفون بوجودها لأنها من مخترعات الفقهاء، ويعبرون بها عن وجود الحكم عن المؤلف والتعريف الراجح هو تعريف مصطفى الزرقا[1] رحمه الله: هي محل إعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه[2]

الفرع الثالث: مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية

إن مبدأ الفصل بين ذمم الزوجين مقرر في الشريعة الإسلامية والذي قرر بموجبه الفقهاء إلزام الزوج وحده بالانفاق، ما عدا ابن حزم الظاهري الذي حاول الخروج على هذه القاعدة و ألزم الزوجة الموسرة على الانفاق في حالة عسر الزوج، فقاعدة استقلال الذمم المالية للزوجين تبقي الزوجة محتفظة بنفس الحقوق والسلطات على أموالها كما كان الوضع قبل الزواج دون أن تكون ملزمة بالمساهمة بمالها في تكاليف الحياة وتربية الأولاد، فهي تتدبر أمورها حسب رغبتها دون إذن من زوجها الذي يبقى عليه واجب الانفاق على زوجته وأولاده وتحمل تكاليف الحياة الأسرية.

أولا: مكونات الذمة المالية للمرأة

تتكون اموال الزوجة من تلك التي تتكتسبها بمناسبة الزواج والخطبة وأخرى تكتسبها بعملها وجهدها أو عن طريق الإرث والتبرع لها.

1. الأموال التي تكتسبها الزوجة بمناسبة الزواج

يعتبر الصداق[1] أحد أهم الطرق التي تنمي الذمة المالية للزوجة، وهو عنصر جوهري في تكوين الزواج وقد ألزمت الشريعة الزوج بتقديم الصداق، وقد اختلف الفقهاء في تصنيفه، فمنهم من

[1] هو الفقيه مصطفى الزرقا الشيخ الحلبي بن الفقيه أحمد الزرقا ولد بمدينة حلب سنة 1322هـ 1904م ونشأ في بيئة علمية تحفزه على العلم توفي سنة 1999م من شيوخه أحمد الشافعي محمد راغب الطباخ. ترجمة منتدى الحوار الإسلامي www.alhewar.net

[2] مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الإلتزام، الطبعة 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1420هـ 1999م، ص197.

اعتبره من منافع البضع واستندوا على قوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ سورة الممتحنة - الآية 10وقوله تعالى كذلك: ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ سورة النساء - الآية 24، وقد كيفه جمهور الفقهاء أنه أثر من آثار الزواج واجب على الزوج دفعه وهو ملك للزوجة تتصرف فيه كيف تشاء، ولها الولاية الكاملة في قبضه وتستحقه الزوجة كاملا بوفاة الزوج وبالدخول، وتستحق نصفه في حالة الطلاق قبل الدخول، فهو ملك خالص للزوجة مقدم من الزوج.

وتعتبر النفقة كذلك من مصادر إشتغال الذمة المالية للزوجة، وإنطلاقا من مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين فالزوج هو المسؤول عنها، وحددت الشريعة مشتملات النفقة كما يلي :

- اللباس: وهو أمر مجمع عليه عند الفقهاء لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ سورة البقرة - الآية 233 وقوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع: ﴿ ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[2].
- الطعام: على الزوج إطعام زوجته المقيمة معه في بيت واحد، ويرى الفقهاء أن نفقة الطعام مقدرة بنفسها وذلك ما ذهب إليه إبن حزم الظاهري[3] والشافعي[4]، وعليه يجب تقدير نفقة الطعام بمقدار من الحبوب حسب حالة الزوج من جهة العسر أو اليسر،ويجب للزوجة الطعام من غالب قوت البلد كالحنطة والشعير والأرز، وقد استدل العلماء بقوله تعالى:﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ سورة الطلاق - الآية 07، ويرى جانب آخر من الفقه

[1] رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين، مرجع سابق، ص86.

[2] عبد الله بن عبد الرحمان أبو محمد الدارمي، سنن الدارمي، الجزء الثاني، طبعة 1، دار الفكر، بيروت، لبنان،1386ه، ص580.

[3] علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، بدون طبعة، الجزء العاشر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان،ص90.

[4] محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، الجزء الخامس، الطبعة 2، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405ه، ص89.وكذلك ابراهيم بن عبد الله بن يوسف أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص161.

أن النفقة مقدرة بكفاية الزوجة وذلك ما ذهب إليه المالكية[1] والأحناف[2] والحنابلة[3]، والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن النفقة تكون حسب الكفاية وذلك حسب إختلاف المكان والزمان وأحوال الناس.

- العلاج: إن العلاج يعتبر من أهم مشتملات النفقة، فالزوج ملزم بعلاج زوجته وتقديم أجرة الطبيب، لكن الفقهاء اختلفوا حول واجب الزوج في معالجة زوجته، فذهب جمهور الفقهاء من الأحناف[4] والمالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7] أن الزوج غير ملزم بعلاج زوجته ولا دفع أجرة الطبيب لأنه ليس من النفقة الثابتة وإنما نفقة العلاج تكون لعارض وتكون من مالها أو مال أبيها، أما الفقه الإباضي[8] قد خالف جمهور الفقهاء على أن يلزم الزوج معالجة زوجته ودفع أجرة الطبيب والدواء وإن كانت غنية، والراجح في القولين أن الزوج ملزم بعلاج زوجته وما يلزمها من دواء وطبيب.

وفي ظل نظام فصل الأموال المكتسبة للزوجين فإنه من الضروري التعرض للأموال التي تأخذها الزوجة بمناسبة الزواج والمتمثلة في الأمتعة المختلفة كالفراش والأدوات المنزلية وكل ما يطلق عليه إسم الجهاز فهو المال المقدم من طرف الأب لإبنته بمناسبة الزواج، وقد يقوم الأب بشراء هذا الجهاز بمال الصداق، ويعتبر الجهاز ملكا لها كما كانت ملكية الصداق ويدخل ذمتها المالية كا الأموال الأخرى، ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنه ليس من واجب الزوجة تجهيز البيت وأعتمدوا في ذلك على قوله تعالى:﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ سورة النساء - الآية 04، لكن

[1] سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان،ص509.وأحمد بن غنيم بن سالم النفروي المالكي، الفواكه الدواني،الجزء الثاني، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415ه، ص27.

[2] محمد عرفة الدسوقي، شرح الدسوقي، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة،تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان،ص294 .

[3] علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، لنان، 1982م، ص22.

[4] زين الدين بن براهيم الشهير بإبن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزءالسابع، مرجع سابق، ص270.

[5] النفروي المالكي، مرجع سابق،الجزء الثاني، ص27 .

[6] محمد الخطيب الشربيني، الإقناع للشربيني، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان،ص486.

[7] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في الفقه ابن حنبل،الجزء الثالث، الطبعة 5، تحقيق زهير الشاويس،المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1998،ص363.

[8] الإمام أبي زكرياء بن الخير الحناوي، النكاح في الفقه الإباضي، بدون طبعة، وبدون بلد نشر، وبدون سنة نشر ،ص199.

المالكية**1** في قول لهم يرون أن الجهاز واجب على الزوجة في حدود ما قبضته من مهر،والراجح هو قول الجمهور بأنهم لا يلزمون الزوجة بتجهيز البيت بصداقها أو بمال أبيها على العكس من وجود نص يلزم الأزواج بعدم أخذ شيئ من صداق الزوجات لأنه ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.

2. الأموال المكتسبة بطرق أخرى غير الزواج

- دخل الزوجة: يعتبر الراتب جزءا هاما في الذمة المالية للزوجة، وفي الشريعة الإسلامية لم يظهرعمل الزوجة بالشكل المعروف حاليا وإنما ظهر بشكل آخر كالقابلة والغازلة الذي يمكننا من القياس عليه[2] للوصول إلى مدى استقلالية الزوجة في ممارسة العمل، وقد رأى بعض الفقهاء بأن عمل المرأة قياسا على إجارة الظئر وهي المرضعة، فأجازوا عمل المرأة لكن بشروط تتمثل في إذن الزوج كقيد على عمل المرأة وقد رأوا بجواز عمل المرأة لكن يشترط إذن الزوج، أما ما يشترطه الزوج فتعتبر قيدا من قيود عمل المرأة فيجوز للزوج أن يشترط على زوجته عند إبرام عقد الزواج أن لاتمارس أي عمل.
- مداخيل التجارة التي تمارسها الزوجة: إن مبدأ إنفصال الذمم المالية للزوجين يؤثر في شكل مباشر على الأموال التي تكتسبها الزوجة جراء ممارستها للتجارة وما يعود عليها من أرباح التي تعتبر عنصرا هاما من الذمة المالية للزوجة، ويرى جمهور الفقهاء[3] جواز خروجها للتجارة،لكن الإمام مالك يرى بأنه لايجوز خروج المرأة للتجارة إلا بإذن زوجها[4] ، وإذا خرجت بدون إذنه فهي في حكم الناشز ولانفقة لها.
- أثر الإرث والتبرع في إشتغال الذمة المالية للزوجة: إن الذمة المالية للزوجة يمكن أن تزودها أموالا تدخل فيها عن طريق الإرث سواء كانت صاحبة فرض نسبي أو سببي، وأهم إثراء للذمة

---

[1] عبد الرحمان الجزائري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، كتاب النكاح والطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص143 .

[2] محمد الكدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في الدراسات الإسلامية إشراف الدكتور محمد الروكي، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جلمعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2003، ص102 .

[3] - محمد أمين بن عابدين، الدر المختار، الجزء الثالث، الطبعة2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1386ه، ص603 - زين الدين بن براهيم الشهير بإبن نجيم، مرجع سابق،ص195 – محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط، الجزء الرابع، طبعة 1، تحقيق أحمد محمود ابراهيم، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417ه 1997م، ص164 – سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي، الجزء الثالث، بدون طبعة، وبدون سنة، المكتبة الإسلامية،ديار بكر، تركيا، ص170 .

[4] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء1، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، ص441.

المالية عندما تكون زوجة[1]، فالمرأة كانت قبل الإسلام تمنع من التصرف في مالها دون إذن زوجها وهو يتصرف في مالها دون إذنها[2].

أما التبرع فهو سبيل آخر لإثراء الذمة المالية للزوجة، فلها الحق في قبول أي تبرع سواء كان هبة أو وصية أو وقف، لكن إذا كان هناك أي شك حول مصدر هذه الهبة أو الوصية أو الوقف أو الغرض منها فللزوج الحق في ردها[3]،فالأموال المكتسبة عن طريق الهبة سواء كانت من الأبوين أو الزوج أو الغير تثري الذمة المالية للزوجة، أما الوصية فيجوز للزوجة قبولها من زوجها، ولكن على الزوج ألا يوصي بأكثر من ثلث ثروته، وإذا فعل ذلك فهو متوقف على إجازة الورثة لأن الأصل أنه لا وصية لوارث[4] والزوجة وارثة فلا وصية لها، وإذا قبلها بعض الورثة ورفضها البعض الآخر نفذت في جزء من قبلها دون الجزء الآخر. أما الأموال المكتسبة عن طريق الوقف فيمكنها أن تدخل الذمة المالية للزوجة، فيرى الدسوقي في حاشيته ذلك فقال: لو وقف على بناتي أو زوجاتي مثلا وكل من تزوجت سقط حقها عملا بشرطه فإن تأيمت بعد ذلك رجع لها استحقاقها[5] ، ولم يكن في مذهب الإمام مالك منع للوقف على البنين دون البنات وقد اختلفوا في حكم هذا النوع بين الفسخ على الإطلاق أو رد المال لصاحبه أو إدخال البنات في الوقف[6].

الفرع الرابع: مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في القانون الجزائري

إن الشريعة الإسلامية كانت سباقة إلى الاعتراف بحق المرأة استقلالية ذمتها المالية وحرية التصرف في مالها، وبما أن قانون الأسرة الجزائري مستمد أساسا من الشريعة الإسلامية فإن مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين هو الأصل في القانون الجزائري ويعتبر القاعدة العامة.

لكن المستجدات الحاصلة والتأثيرات الخارجية جعلت الدول تعيد النظر في نوع النظام المالي المطبق على الأموال المكتسبة للزوجين، وذلك بإدراج تعديلات لإدخال نظام الاشتراك في الأموال

[1] وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، طبعة 1، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 2000، ص107 .

[2] أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق، ص283 .

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص162 .

[4] عبد الودود السريتي، ضوابط الإرث في التشريع الإسلامي، طبعة 1، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، 1990، ص15 .

[5] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، الجزء الرابع، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لنان، ص95 .

[6] محمد ابو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ص230 .

المكتسبة لأنه هو الأقرب للواقع المعاش ولأن نظام فصل الأموال للزوجين يبقى نظريا جزئيا بسبب ضغوطات الحياة والأعباء العائلية الكثيرة.

وبالرجوع لنصوص قانون الأسرة الجزائري نجد المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري كانت تنص قبل التعديل على ما يلي:«يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، والعدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة»، حيث أكد النص القديم للمادة 37 التي ألغيت بموجب تعديل قانون الأسرة 02/05 على أن النفقة واجبة على الزوج تجاه زوجته كأصل عام لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ سورة البقرة - الآية 233، وكذلك قوله تعالى: ﴿ اَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّنْ وُّجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ سورة الطلاق - الآية 07 هذه الآية خاصة بنفقة المطلقة في فترة العدة فمن باب أولى النفقة الواجبة لغير المطلقة، وهذا ما أكدته المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على:«تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بالبينة مع مراعاة أحكام المواد 80.79.78 من هذا القانون»[1]، إضافة إلى حث المادة على العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة طبقا للمادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

لكن نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل أصبح ينص على: :«لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانه خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما » فالقانون أقر الذمة المالية المنفصلة للزوجين من خلال نص المادة 37 فقرة واحد، لكن في الفقرة الثانية نجد أن المشرع أجاز الاتفاق كتابة حول الأموال المكتسبة من الزوجين خلال فترة الحياة الزوجية ولهما تحديد النسب التي تؤول لكل زوج على حدى[2] .

وعليه فإن الأصل في قانون الأسرةالجزائري هو استقلال ذمة المرأة عن ذمة زوجها بعد الزواج، بمعنى إنفراد كل واحد منهما في المسؤولية الشخصية أمام العمل الذي يقوم به لقوله تعالى: ﴿

[1] المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ومطابع شتات للنشر، القاهرة، مصر، 2009، ص80.

مَنْ عَمِلَ صَٰلِحاً مِّن ذَكَرٍ اَوُ اُنثِيٰ وَهُوَ مُومِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُواْ يَعْمَلُونَ ﴾ سورة النحل - الآية 97، فالذمة المالية المستقلة للمرأة مقررة شرعا وقانونا فهي كما تملك المهر وتملك حق التصرف فيه تملك أيضا مالها من غير مهر وتوجهه الوجهة التي تراها مالم يكن في غير العمل المشروع[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يتعرض لاستقلالية عمل الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، ولكن نجد بعض فروع القانون الأخرى قد بينتها فمثلا نجد القانون المتعلق بالعلاقات الفردية للعمل في نص المادة 16 منه[2] أين وفر لها الحماية خاصة في حالة الأعمال الخطيرة، أما بالنسبة لحدود الحرية في ممارسة العمل في القانون الجزائري فلم يتعرض لها المشرع الجزائري، لكن في المقابل أعطاها الحرية الكاملة في قبض الراتب ولا يجوز لزوجها أن يأخذ منه أو يتصرف فيه إلا بموافقتها وهذا طبقا لنص المادة 37 فقرة واحد من قانون الأسرة الجزائري وعملا بمبدأ استقلال الذمة المالية فلا سلطان للزوج على راتب زوجته لأن ولايتها عليه كاملة، لكن مشروع قانون الأسرة قيد حرية تصرف الزوجة في الراتب بالمساهمة المالية للتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد، لكن في مقابل هذه الإلزامية لأعباء البيت منح المشرع للزوجة العاملة حق فتح حساب جاري خاص بإسمها حتى دون موافقة زوجها ولها حق السحب منه متى تشاء[3].

الفرع الخامس: مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في القانون الفرنسي

يقر القانون الفرنسي على مبدأ استقلال الذمم المالية لكل واحد من الزوجين خلال الحياة الزوجية، وبمقتضى هذا المبدأ يؤكد الزوجان على طريقة إدارة أموالهما وحدود حرية التصرف بشأنها بالنسبة لكل واحد منهما، متحملا الديون الشخصية التي يلتزم بها أو تتحملها حقوقه كمسؤول وحده عن تصرفاته الشخصية بعد إبرام عقد الزواج، وبإبرام الزوجين هذا العقد في إطار مبدأ فصل الأموال فإنهما يخرجان أنفسهما من النظام القانوني العام ويدخلان

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص81.

[2] مادة 16 من قانون رقم 16/82، المؤرخ في 1982/02/27 المتعلق بالعلاقات الفردية للعمل، التي تنص على: «ما يمنع تشغيل النساء في أعمال خطيرة ووخيمة ومضرة بالصحة».

[3] هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية،كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2008، ص64.

في إطار المبدأ الاتفاقي الخاص الذي أخضعا أنفسهما له، وفي هذا النظام تقسم مصاريف الأسرة وأعباؤها بين الزوجين[1]، وهذا المبدأ معمول به في القوانين الأنجلوساكسونية وغير معمول به في القوانين اللاتينية[2]، وسنتناول المهر في القانون الفرنسي وأحقية الزوجة به وعمل المرأة في القانون الفرنسي.

أولا: المهر في القانون الفرنسي وأحقية الزوجة به

يعتبر المهر من أهم مثريات الذمة المالية للزوجة والزوج على حد السواء وحتى للأولاد فيما بعد، ويقدم من الأبوين أو الأقارب أو الغير ليساعد على تربية الأولاد [3] ولقد أدرجه المشرع الفرنسي ضمن الأنظمة المالية للزوجين[4]، وللمهر معنيان معنى خاص يتمثل فيما تحمله الزوجة لزوجها بمناسبة الزواج ومساعدته على ظروف الحياة المشتركة ويخضع لأحكام خاصة، قد تخضع لإدارة الزوجين[5]، ومعنى عام ويشمل ما يقدم من الغير من أموال للزوجين بمناسبة الزواج والهدف منه مساعدة الزوجين على أعباء الحياة الزوجية المشتركة وهو تمليك بلا عوض ذو طبيعة عائلية[6].

وما تجدر الإشارة إليه هو ضرورة التفرقة بين المهر ونظام المهر الذي كان نظاما ماليا مقررا في فرنسا لكنه ألغي بموجب قانون 1965، وقد يدفع الزوجان المهر لولدهما من الأموال المشتركة لهما فيتحمل كل واحد منهما نصف المهر إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك[7]، وفي نظام المهر(الدوطة) تنقسم أموال الزوجة إلى أموال الدوطة وأموال حرة وهي خاصة بالزوجة لها مطلق الحرية في التصرف فيها[8].

---

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2005، ص75 .

[2] Pierre Sipiteri : l'égalite des époux dans le régime matrimonial légal, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965, p40.

[3] رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص24.

[4] تعرض المشرع الفرنسي إلى أحكام المهر(DOT) في المواد 1440،1439،1438 من القانون المدني الفرنسي.

[5] F.Terré et Ph . Simler , droit civil, les régimes matrimoniaux, op cit. p 116 .

[6] سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه،الجزء الرابع، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2001، ص1361.

[7] رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص26.

[8] أحمد مسلم، الأحوال الشخصية للأجانب، دار الكتب القانونية، طبعة 1، القاهرة، مصر، 1956، ص131.

ثانيا: عمل المرأة في القانون الفرنسي

كان القانون القديم يعطي للزوجة حرية إختيار مهنة مالم يعارض الزوج ذلك، لكن يجب أن تكون هذه المعارضة مؤسسة على حجج بينة حتى تؤخذ في الحسبان، وبعد التعديل الذي طرأ على هذه الحرية الممنوحة للمرأة في ممارسة نشاط مهني مستقل للحصول على أرباحها ومداخيلها، واستبعد كتلة الأموال المكتسبة والمداخيل واحتفظ بالإدارة والانتفاع للمرأة مع الالتزام بالمساهمة في الأعباء والتكاليف العائلية.

وما تجدر ملاحظته أن المادة 223[1] من القانون المدني الفرنسي قد أعطت للزوجين حرية إختيار ممارسة مهنة معينة وحرية التصرف في مداخيل عملهما، فتعديل 1985 رسخ هذا المبدأ وجسد مبدأ استقلالية الذمم المالية للزوجين[2]، لأن إصلاح 1965 خلص الزوجة من هاجس معارضة الزوج في مهنتها المختارة والتصرف في أموالها الشخصية المملوكة لها، فأصبح كل زوج يستطيع قبض راتبه بكل حرية نتيجة للعمل الذي قام به وللزوج الآخر حق قبضه بالوكالة فقط[3]، وللزوج حق التصرف في الراتب شريطة تسديد الأعباء العائلية مهما كان نوع النظام المتبع[4].

وطبقا لحكام المادة 221 من القانون المدني الفرنسي فقد أعطت لكل زوج الحق في فتح حساب جاري مستقل خاص به، وقد جاء تعديل 1965 بموجب القانون 570/65 بتعديل المادة فأصبحت تنص على مايلي:«يستطيع كل زوج بمفرده فتح حساب سندات وحساب إيداع بإسمه الشخصي دون موافقة الزوج الآخر»، وتم في تعديل 1985 بموجب القانون 1372/85 تعديل الفقرة الثانية من المادة 219 من القانون المدني الفرنسي وأصبحت تنص على: « في مواجهة المودع لديه والمودع يملك الزوج حرية التصرف في الأموال والسندات المودعة حتى بعد إنحلال الزواج »[5]، فالزوجة لم يكن لها الحرية الكاملة من أجل أن تفتح حساب جاري بإسمها لكن

---

[1] Art 223 (LN°85/1372 du 23/12/85)«Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges de mariage ».

[2] رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص27

[3] رشيد مسعودي، مرجع نفسه،ص27.

[4] F.Terré et Ph . Simler , droit civil, les régimes matrimoniaux, op cit. p 87 .

[5] حسن الأشموني، القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1950، ص127.

إصلاح 1965 حقق المساواة بين الزوجين وأعطى لها الحرية في فتح حساب جاري شخصي مهما كان نوعه دون موافقة الزوج.

إن قانون 596/82 الصادر بتاريخ 1982/07/10 المتعلق بالأزواج الحرفيين والتجار تعرض إلى الأموال المكتسبة من التجارة واعتمد على قرينة الوكالة لتسيير أموال الزوج الآخر بغرض حماية أموال الزوجين تجاه بعضهما البعض واتجاه الغير فيمكن أن يكون الزوج أجيرا لذلك أقر له المشرع الحماية من أجل حماية أموال الأسرة، فقد يكون مساعدا لا يتقاضى أي أجر ولا يمارس أي نشاط مهني آخر، كما يمكن أن يكون شريكا يكتسب أسهما بتقديمه أموالا أو أعمالا، فتكون أموال الزوجين محمية من تنفيذ الدائنين[1].

المطلب الثاني: نظام الاشتراك في أموال الزوجين المكتسبة

في ظل القوانين الغربية يقوم تنظيم الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال فترة الزواج على أساس وجود أنظمة مالية مختلفة، كل منها يتضمن مجموعة من القواعد التي تضبط العلاقات المالية بين الزوجين، ففي القانون المدني الفرنسي يمكن للمقبلين على الزواج إختيار أي نظام لضبط علاقتهم المالية أثناء الزواج، وتسمى الأنظمة المالية الاتفاقية وتتمثل في: نظام الاشتراك الاتفاقي، نظام فصل الأموال، نظام المساهمة في المكتسبات، لكن عند عدم قيام الزوجين بإختيار أي نظام من تلك النظم الاتفاقية فإنهما سيخضعان للنظام القانوني الذي نظمه المشرع في المواد من 1400 حتى 1491 من القانون المدني الفرنسي والذي يسمى نظام الاشتراك القانونيLe régime de la communauté légale، حيث تصبح كل الأموال المكتسبة إبتداءا من تاريخ الزواج إلى حين إنحلاله مشتركة بين الزوجين، ويعتبر نظام الاشتراك القانوني هو الأكثر انتشارا في المجتمع الفرنسي حيث يخضع له حسب أحد الباحثين 98% من الفرنسيين[2].

[1] Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998, p57/58.

[2] محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، سلسلة البحوث القانونية رقم3، الطبعة 1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2001،، ص207.

وإنطلاقا مما سبق سوف نعالج النظام الاتفاقي للأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الأول وإلى صور نظام الاشتراك الاتفاقي في الفرع الثاني وإلى نظام الاشتراك القانوني للأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الثالث.

الفرع الأول: النظام الاتفاقي للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط في القانون الفرنسي

يقصد بالنظام الاتفاقي للأموال المكتسبة في الزواج المختلط ذلك الاتفاق المبرم بين الزوجين عن طريق التعاقد لتحديد النظام الذي سيطبق على الأموال المكتسبة ويسمى هذا الاتفاق بالعقد المالي للزوجين أو عقد المشارطات المالية، يتم من خلاله إختيار النظام لتسيير الأموال المكتسبة وخصوصا إذا كان الزواج مختلطا أين يكفل لكلا الزوجين حقوقهما فإذا خضع الزوجان للنظام الاتفاقي فإنهما مجبران على إنشاء العقد المالي للزواج الذي يتوجب توافر شروط وشكلية وموضوعية منصوص عليها قانونا، لذلك سنعالج الشروط الشكلية للعقد المالي للزواج وإلى إمكانية تعديل العقد المالي للزواج.

أولا: الشروط الشكلية للعقد المالي للزواج

إن العقد المالي للزواج هو عقد رسمي يتم تحريره أمام موظف مختص تحدد فيه الأمور المالية بدقة ويجب أن تتوفر فيه الشروط الشكلية والموضوعية، ولقد بين المشرع الفرنسي شكل العقد المالي للزواج حسب المادة 1394 من القانون المدني الفرنسي[1] بأنه عقد رسمي يتم تحريره أمام الموثق بتراضي الزوجين وحضورهما بمجلس العقد، ومن خلال هذا التعريف نستنتج بعض خصائص هذا العقد المالي:

- العقد المالي للزواج في النظام الاتفاقي يتميز بأنه عقد توثيقي، فقد أوجب المشرع توثيق هذا العقد المالي للزواج نظرا لأهمية ذلك، وتكون مصاريف العقد المالي للزواج مناصفة بين الزوجين[2].

[1] Art 1394/1 C civ. F : « Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par un actedevant un notaire en présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qu'ysont parties ou de leurs mandataires ».

[2] Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998, p64.

- أثناء إبرام هذا العقد المالي يجب حضور جميع الأطراف أو من ينوب عنهم قانونا وهم الزوجين والوالدين في حالة الزوجين القصر وغيرهم.
- يتضمن عقد النظام المالي للزواج الذي سيطبق أثناء الحياة الزوجية ما يتعلق بالعلاقات المالية، إضافة إلى بعض الشروط الأخرى مثلا الإعتراف بالأبناء بالتبني .....
- ضرورة إشهار العقد المالي للزواج فلا بد على الزوجين أن يشهرا العقد المالي للزواج حتى يعلم الغير به ولمعرفة أموال كل واحد منهما والسلطات المخولة له على هذه الأموال[1]، ويجب أن يسلم الموثق للزوجين شهادة تتضمن إسمي وعنوان الزوجين وتاريخ عقد الزواج حتى يسلمها الزوجان لضابط الحالة المدنية أثناء حفل الزواج ليتأكد من إختيار الزوجين لنظام مالي لزواجهما حتى يتسنى للغير معرفة هذا النظام، وإذا لم يوجد يطبق عليهما نظام الاشتراك القانوني[2].

وما تجدر الإشارة إليه فإن العقد المالي للزواج يجب أن تتوافر فيه أركان وشروط صحة أي عقد من تراضي وأهلية، إضافة إلى أركان وشروط خاصة بالعقد المالي للزواج كتاريخ العقد المالي وموضوعه، فالتاريخ يلعب دور أساسي فيما يتعلق بالآثار المترتبة عليه بالنسبة للزوجين أو الغير لأنه يجب أن يحرر قبل حفل الزواج حسب نص المادة 1395 من القانون المدني الفرنسي بنصها« يجب أن يحرر العقد المالي قبل إجراء حفل الزواج ولا يسري إلا إبتداءا من يوم الحفل ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا كل عقد مالي لم يتم تحريره قبل إجراء حفل الزواج»، كما يتضمن هذا العقد المالي الشروط المالية إبتداءا من تحديد النظام المالي من طرف الزوجين وسلطات كل واحد منهما على هذه الأموال وتقسيمها بينهما، وكذلك الأموال التي تقدم للزوجين من طرف الغير أو من أحدهما للآخر، ويرتب هذا العقد المالي للزواج أثناء الحياة الزوجية آثارا عدة أهمها أن الاتفاقات المالية بين الزوجين تحدد قبل الزواج ولا ترتب آثارها إلا بعد الزواج، وقد يتضمن العقد أن تمتد آثار هذا العقد المالي حتى بعد إنقضاء الزواج بالطلاق أو الوفاة.

ثانيا: إمكانية تعديل العقد المالي للزواج

[1] أحمد مسلم، مرجع سابق، ص127.

[2] Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998, p75.

إن العقد المالي للزواج كغيره من العقود الأخرى يتأثر بالمستجدات الحاصلة، وبذلك عادة مايثور التساؤل حول مدى إمكانية تعديل هذا العقد، فقبل تاريخ 1965 كان من غير الممكن تعديله لإتصاف هذا العقد بالجمود، لكن بعد إصلاح 1965 أصبح من الممكن إدخال بعض التعديلات على العقد المالي للزواج، وحتي يمكن تغيير نوع النظام المالي المتبع في الأسرة حسب ما تنص عليه المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي[1] والتي تنص على إمكانية تعديل العقد المالي للزواج، لكن مع ضرورة توفر بعض الشروط من بينها مرور سنتين من تطبيق النظام المالي الاتفاقي أو القانوني يستطيع الزوجان ومن أجل مصلحة الأسرة الاتفاق على تعديله أو تغييره بالكامل عن طريق عقد توثيقي مصادق عليه من طرف محكمة محل إقامتهما، مع ملاحظة أنه يجب أن تتوافر بعض الشروط لإجراء هذا التعديل أو التغيير أهمها:

- ضرورة تعديل العقد: فإذا كان النظام إتفاقي يجب ذكره في عقد التعديل وذكر النظام الجديد المتبع.
- ضرورة المصادقة القضائية اللاحقة: يجب تقديم العقد التعديلي للنظام المالي إلى محكمة مقر الإقامة الزوجية للمصادقة عليه.
- ضرورة إشهار العقد التعديلي: تبعا لضرورة إشهار العقد المالي للزواج فإنه من الضروري إشهار العقد التعديلي في مجلات المحكمة[2]، ويبلغ الحكم إلى الموثق الذي حرر العقد المالي للزواج من أجل ان يؤشر على النسخة المحتفظ بها لديه، ويجب التنبيه لضرورة مرور سنتين على الأقل منذ إنشاء العقد المالي للزواج، ولايقبل أي تعديل قبل مرور هذه المدة ويبدأ سريانها منذ المصادقة على الحكم[3].

[1] Art 1397 c civ. F: « Après deux ans d'application du régime matrimonial conventionnel ou légal ; les époux pourront convenir, dans l'intérêt de la famille de le modifier, ou même de le changer entièrement, par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile ».

[2] المواد 1294و 1303 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

[3] Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998, p85.

ويلاحظ أن التعديل قد يكون كلي أو جزئي، فالتغيير الكلي يكون بالانتقال من نظام إلى آخر، أما الجزئي فقد يكون في جزء فقط مثل إعادة توزيع السلطات بين الزوجين على الأموال المشتركة بينهما حتى يخدم هذا التعديل مصلحة العائلة ويعود عليها بالفائدة[1].

إن المصادقة على التعديل الجديد هو بداية لنظام جديد يرتب آثارا للزوجين إبتداءا من تاريخ حكم المصادقة على التعديل، أما الغير فيرتب له هذا الحكم آثارا بالمصادقة على التعديل الجديد بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ المصادقة على الحكم[2].

الفرع الثاني: صور نظام اشتراك الاتفاق

تتعدد صور نظام الاشتراك الاتفاقي حسب الحالات التي يتفق عليها الزوجان، والسلطات المخولة بموجب هذا الاتفاق، وسنتطرق لحالة الاشتراك الكامل ولحالة الاشتراك في المنقولات والمكتسبات ولحالة إدارة الأموال المشتركة و لحالة إدارة أموال الزوجة من طرف الزوج .

أولا: حالة الاشتراك الكامل

وبمقتضى هذه الحالة يتفق الزوجان على أن تصبح جميع أموالهما من منقولات أو عقارات الحالية والمستقبلية مشتركة بينهما[3]، على أن أموال المتوفى منهما تنتقل بأكملها إلى الزوج الباقي على قيد الحياة لضمان الاستمرارية للحياة الاقتصادية للعائلة كتلك التي كانت أثناء حياة شريكه[4].

ثانيا: حالة الاشتراك في المنقولات والمكتسبات

هذه الحالة كرستها أحكام المادة 1498 من القانون المدني الفرنسي وبمقتضاها فإن كل ما أكتسبه الزوجان خلال الحياة الزوجية من منقولات حاضرة ومستقبلية عن طريق الإرث أو تبرع آخر من طرف الغير للزوجين كالوالدين أو غير الوالدين تصبح مشتركة بينهما، ويكون هذا

[1] Jean. Champion, régimes matrimoniaux et contrats de mariage, 9 éme edition, 1998, p30.
- Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998, p83
[2] Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998, p97.
[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص74.
[4] المواد1526و 1527 من القانون المدني الفرنسي.

الاشتراك على الأموال التي تكتسب أثناء الحياة الزوجية ويختلف عن الاشتراك الكامل في كون الأخير يشمل كل الأموال الزوجية أما حالة الاشتراك في المنقولات والمكتسبات فتنصب على الأموال التي أكتسبت خلال فترة الزواج فقط، ويحتفظ كلا من الزوجين بحريته في التدبير والتصرف والانتفاع بالأموال، ومن الآثار الأساسية لهذا النظام أنه يقر حالة الشيوع بين الزوجين في المكتسبات على أساس النصف المتحصل عليه أو الزائد على الأصل لتلك الأموال التي تكتسب أثناء الحياة الزوجية ويتم تحديد المال أو قيمته عند المحاسبة ويخصم منه الأصل والناتج الزائد أي الفائض الإيجابي تتم قسمته مناصفة، وإذا كانت الحصيلة سلبية يتحمل كل واحد تصرفاته ويخول للزوجين الاقتسام مناصفة للأموال عند إنحلال الزواج وأثناء قيامه بحيث يؤول لكل منهما النصف فيما أكتسباه من مال.

ملاحظة: قبل تاريخ 13 جويلية 1965 كان يوجد ما يعرف بنظام الدوطة أو البائنة Régime dotal وقد تم إلغاؤه بموجب الإصلاح الذي قام به المشرع الفرنسي ويتضمن هذا النظام أن الزوجة تقدم لزوجها بعض أموالها على شكل مهر ليتولى إدارتها واستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، ولكن هذه الأموال تصبح حبيسة لا يجوز التصرف فيها[1] ولا يجوز الحجز عليها أما غيرها من أموال الزوجة تستقل بها وحدها ولها الحرية في التصرف فيها والاستقلال فيها.

ثالثا: حالة إدارة الأموال المشتركة

و بمقتضى هذه الحالة يتم الاتفاق بين المتعاقدين على طريقة إدارة الأموال المشتركة بينهما دون إمكانية تفويضها إلا بالاتفاق بينهما كما نصت عليه المادة 1503 من القانون المدني الفرنسي.

رابعا: حالة إدارة أموال الزوجة من طرف الزوج

وهذه الحالة تنظمها أحكام المواد من 1505إلى 1510 من القانون المدني الفرنسي، فبعد إبرام عقد الزواج تأتي مرحلة إنجاز نظام العقد المالي للزواج وتوثيق العلاقات الزوجية لدى الجهة المخولة لها ذلك قانونا وهي ضابط الحالة المدنية ومن خلال وثيقة العقد المالي للزواج وهي الوثيقة التي يجب أن تتم فيها الإشارة إلى هذا النظام المالي المتفق عليه من طرف الزوجين أي

[1] دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، الجزائر، ص27.

إعطاء صلاحيات الإدارة والتسيير لأموال الزوجة الشخصية لزوجها على أن تكون العائدات والفوائد لمصلحة كلا الزوجين، أما في حالة خسارة أو وجود ديون فتسدد من الذمة المالية للزوجة.

الفرع الثالث: نظام الاشترك القانوني للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

لقد نظم المشرع الفرنسي نظام الاشتراك القانوني لأموال الزوجين في المواد من 1400 إلى 1491 ويتمثل مضمون هذا النظام القانوني في أن الأموال المكتسبة للزوجين تصبح ابتداءا من تاريخ الزواج إلى غاية إنحلاله مشتركة، وتشكل كتلة واحدة لا تنقسم، وهذا النظام هو النظام الأكثر شيوعا في فرنسا.

إن نظام الاشتراك القانوني العام هو أحد أشكال الأنظمة المالية للزوجين وهو نظام متميز عن الأنظمة الأخرى (نظام فصل الأموال ونظام الاشتراك الاتفاقي)، ويقوم على مبدأ أساسي هام وهو وحدة الذمة المالية للزوجين ودون فروق في ممتلكات الزوجين فكلها تنصهر في ممتلكات الأسرة[1]، ويكون إعمال نظام الاشتراك القانوني في حالتين أساسيتين هما:

- حالة إختياره من قبل الزوجين المقبلين على الزواج.
- حالة عدم إختيار الزوجين لأي نظام مالي لزواجهما فيخضعان تلقائيا لنظام الاشتراك القانوني حسب ما تنص عليه المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي: «ينشأ نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين في حالة عدم وجود اتفاق بينهما ، أو من خلال تصريح بسيط بأن الزواج يخضع لنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة ، فيخضع للنصوص في الفصول التالية»[2].

وسنتطرق لمكونات الأموال الزوجية في نظام الاشتراك القانوني والديون المستحقة على الزوجين في إطار نظام الاشتراك القانوني .

[1] حسن الأشموني ومحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص131.

[2] Art 1400 C. civ. F: « La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sou le régime de la communauté est soumise aux règles expliquées dans les trois sections, qui suivent ».

أولا: مكونات الأموال الزوجية في نظام الاشتراك القانوني

تتكون الأموال المكتسبة في إطار نظام الاشتراك القانوني حسب ما نصت عليه المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي[1] من كافة الأموال المكتسبة من طرف الزوجين مجتمعين أو منفردين خلال الحياة الزوجية.

وتعتبر إيرادات أموال الزوجين أهم مكونات الكتلة المالية المشتركة بينهما، فإيراد العمل سواء كان راتبا أو أجرا أو إيراد رأس المال سواء كان غلة أو ثمارا من مكونات الأموال المشتركة، وكل ما أكتسب في إطار الحياة الزوجية يعتبر أموالا مشتركة مالم يثبت العكس، فالذي يدعي ملكيته الخاصة لهذه الأموال عليه تقديم الدليل بكافة وسائل الإثبات.

ولقد خول القانون الفرنسي للزوجين سلطات متساوية على الأموال المشتركة، أما التصرفات الفردية على الأموال المشتركة فهي مسموحة لكن في حدود إذن الزوج الآخر، وإذا ما ارتكب الزوج الذي قام بالتصرف في الأموال المشتركة خطأ فإنه يتحمل مسؤوليته كاملة.

وعليه فكل الأموال التي يكون مصدرها هو قيامهما بأعمالهما ومهنهما وما إقتصده الزوجان من ثمار وإيرادات من أموالهم الخاصة، وكل الأموال المكتسبة بعوض سواء كانت عقارات أو منقولات من قبل الزوجين منفردين أو مجتمعين ورواتب الزوجين وكافة الإيرادات الناتجة عن أعمالهما الخاصة، وكل شيئ تم إكتسابه خلال فترة الزواج يشكل قرينة على أنه من قبيل الأموال المشتركة[2] إلى أن يثبت أنه راجع إلى ملكية أحدهما منفردا، أما بالنسبة للأموال المكتسبة بدون عوض كالهبات والوصايا فهي لاتدخل في إطار الأموال المكتسبة إلا في حالة كون المتبرع قد اشترط دخول المال المتبرع به في الأموال المشتركة، أو أن التبرع تم للزوجين معاإلا إذا وجد شرط يخالف ذلك.

[1] Art1401. C civ. F : « La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage , et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ».

[2] Art1401. C civ. F : « La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ».

ثانيا: الديون المستحقة على الزوجين في إطار نظام الاشتراك القانوني

في نظام الاشتراك القانوني يتجسد مبدأ هام يتمثل في الاشتراك في الأصول التي هي الأموال المكتسبة للزوجين وفي المقابل الاشتراك في الخصوم أي الديون لأن الذمة المالية للزوجين واحدة حسب نص المادة 1409 من القانون المدني الفرنسي[1] التي تنص على مايلي: «تتألف الأموال المشتركة بين الزوجين سلبيا من – النفقات المستحقة من قبل الزوجين- الديون المرتبة من قبل الزوجين من أجل نفقات تدبير المنزل وتربية الأولاد – الديون الأخرى المرتبة خلال نظام الاشتراك».

إن قسمة الأموال المشتركة في إطار نظام الاشتراك القانوني تقوم على أساس إقتسام صافي الأموال المشتركة مناصفة بين الزوجين ويقابلها إقتسام الديون مناصفة كذلك[2].

وفي إطار النظام القانوني للإشتراك يلزم كل واحد من الزوجين المساهمة في الأعباء والتكاليف العائلية ويرتب مسؤوليتهما التضامنية اتجاه الغير فيما يخص النفقات، ويجب عليهم المساهمة في هذه التكاليف والتي تتضمن المصاريف الخاصة بإدارة البيت وتربية الأولاد[3]، حسب نص المادة 220 من القانون المدني الفرنسي[4].

ولقد كانت مساهمة الأزواج في التكاليف العائلية حسب قدرة الزوج وأصبحت بعد التعديل حسب مشاركة كل من الزوجين، ونجد أن المشرع قد فرق بين النفقات الشخصية الخاصة

[1] Art1409. C civ. F (L.N°85/1372 du 23/12/85) : « La communauté se compose passivement :
- à titre définitif, des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux pour l'entretien de ménage et l'éducation des enfants conformément à l'article 220.
- à titre définitif ou sauf récompense, selon les cas, des autres dettes nées pendant la communauté ».

[2] Malaurie phillippe,et Aynes lauraent, droit civil régime matrimauniaux, p319.

[3] Jean. Champion, régimes matrimoniaux et contrats de mariage, 9 éme edition, 1998, p30.

[4] Art 220 (La loi n°65-570 du 13/07/1965) «Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants; toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement la solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives,eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne oumauvaise foi du tiers contractant ».

بأحد الزوجين التي تلزمه شخصيا وبين النفقات التي يجريها أحد الزوجين وتلزم الزوج الآخر والأولاد.

وتجدر الإشارة أن المشرع أعطى حماية خاصة للمسكن الزوجي حيث لا يستطيع أحد الزوجين التصرف فيه منفردا دون موافقة الزوج الآخر، كما أقر كذلك حماية للأثاث الذي يجهز به السكن العائلي[1] بغض النظر عن طبيعته فلا يستطيع أحد الزوجين بمفرده التصرف فيه ما دام في المسكن الزوجي وليس بحوزة أحد الزوجين حيث تسري على الأثاث الذي يكون في حوزة أحد الزوجين أحكام المادة 222 فقرة واحد من القانون المدني الفرنسي «إذا رتب أحد الزوجين بمفرده على ملكية أثاث بحوزته عقد إدارة وانتفاع وتصرف يعتبر في مواجهة الغير حسن النية له سلطة إجراء هذا التصرف بمفرده ويسري هذا الحكم على أثاث تجهيز البيت العائلي المشار إليه في المادة 215 فقرة 3 ».

[1] Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998, p31.

الفصل الثاني:القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة بين الزوجين ضمن الزواج المختلط

يعتبر الجانب المالي للأسرة من أهم الأسس و الدعائم للحفاظ على استقرار الأسرة وتوازنها، ولذلك فإن نظام الأموال المكتسبة بين الزوجين يشكل مجالا خصبا لتنامي إشكالات كبيرة، خصوصا إذا تعلق الأمر بوجود عنصر أجنبي في القضية وتمثل في عنصر الزوجان فيكون هذان الزوجان يحملان جنسيتين مختلفتين فإن سوء التفاهم هنا يظهر بصورة واضحة حول هذه الأموال المكتسبة مما يستدعي الفصل فيها باللجوء لأحكام القانون الدولي الخاص لبحث تنازع القوانين الحاصل بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة للفصل في النزاع، وهنا نجد القاضي مجبر على الفصل في هذه القضية بتفضيل أحد القوانين المتزاحمة على القضية على بقية القوانين باعتباره القانون الأنسب والأصلح للفصل في هذا النزاع الدولي حتى يحقق العدالة ويعطي لكل طرف حقه.

لكن ما يمكن الإشارة إليه أن الدول تختلف في نظرتها من قضية تبني نظام مالي معين للزواج، مما أدى إلى ظهور عدة صعوبات عند إعمال قاعدة الإسناد التي توضح لنا القانون الواجب التطبيق بواسطة ضوابط الإسناد الشخصية والمتمثلة في ضابط الجنسية أو ضابط الموطن ومما يزيد من صعوبة حل النزاع وجود حالة التلاعب بهذه الضوابط وتغييرها حسب مصالح الأطراف وهذا ما يثير عدة مشاكل مثل حالة تعدد جنسيات الزوج أو إعتماد الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته على ضابط مختلف عن الضابط التي تعتمد عليه الدولة التي رفعت أمامها دعوى الفصل في نظام الأموال المكتسبة بين الزوجين في الزواج المختلط، كما أنه قد يزيد من صعوبة التصدي لهذا النزاع عندما يجد القاضي المكلف بالنظر في القضية أن القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد متعارض مع المبادئ العامة السائدة في الدولة ومع النظام العام والآداب العامة فيها، أو أن الزوج يتحايل عن القانون ليثبت الاختصاص للقانون الذي يخدم مصالحه ويتلاعب بالضوابط عن طريق تغيير الجنسية أو تغيير الديانة.

وعليه سنتطرق لقواعد الإسناد التي تحكم الأموال المكتسبة في الزواج المختلط من خلال وضع الأموال المكتسبة في حدود الضابطين الشخصي والإقليمي المسؤولان على تحديد القانون

الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة بين الزوجين في الزواج المختلط وهذا في المبحث الأول من هذا الفصل، أما في المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى مدى إعمال قواعد الإسناد التي تحكم الأموال المكتسبة في الزواج المختلط من حلال التطرق للدفوع التي يمكن أن تثار لعرقلة تطبيق القانون المشار إليه من طرف قواعد الإسناد باختصاصه بالنظر في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

المبحث الأول: قواعد الإسناد التي تحكم الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يثير الشق المادي للأسرة عدة مشاكل وخصوصا إذا تعلق الأمر بالزواج المختلط – زوجين مختلفي الجنسية – الذي يعد حافزا للبحث عن أي من قانوني جنسية الزوجين سيطبق على مسألة الأموال المكتسبة في هذا الزواج في حالة وجود نزاع بين الزوجين في شأنها.

ففي العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي(إختلاف جنسيتي الزوجين) لا بد من تحديد القانون الواجب التطبيق بتفضيل أحد القوانين المتنازعة على بقيتها لحكم هذه العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي[1]، ويتم هذا التفضيل بقواعد قانونية تسمى قواعد التنازع أو قواعد الإسناد التي تعتبر وظيفتها الأساسية إسناد العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي إلى قانون معين من بين القوانين المتنازعة، وقواعد الإسناد هذه هي قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني لكل دولة والتي تعتبر مؤشر لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وتتضمن هذه القواعد ضابط الإسناد الذي يتم استنتاجه من خلال استخراج العنصر الأكثر فعالية في النزاع سواء كان مالا أو أشخاصا أو عقدا، ففي كل علاقة قانونية يعتبر ضابط الإسناد مركز الثقل فيها وأساس النزاع القائم.

وفي موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يعتبر الزوجان المختلفا الجنسية العنصر الفعال في القضية (الأشخاص) وبالتالي فالموضوع يدخل في إطار الأحوال الشخصية لأنه يتعلق بالزواج الذي يعد موضوعا أساسيا في مسائل الأحوال الشخصية.

ولذلك سنعالج في المطلب الأول تأرجح الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بين الضابط الشخصي والضابط الإقليمي وفي المطلب الثاني مجال تطبيق ضابط الإسناد على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط حتى نحدد الضابط الأكثر ملاءمة والذي اعتمدت عليه التشريعات لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط أن نشير إلى بعض الحلول التي تسهل تفادي بعض الإشكالات القانونية التي يثيرها الاعتماد على هذا الضابط (خصوصا ضابط الجنسية).

[1] أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، كلية الحقوق، جامعة بنهة، السعودية، 1989، ص290.

المطلب الأول: تأرجح الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بين الضابط الشخصي والضابط الإقليمي

يدخل موضوع الأموال المكتسبة ضمن قوانين الأحوال الشخصية التي تضم العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة وبعلاقته بأسرته[1] التي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن أو رابطة الجنسية وهو ما يعرف بالضابط الإقليمي أو الضابط الشخصي، فإذا كان الزوجين طرفي العلاقة وطنيين وهو الحالة العادية فلا إشكال يثار عادة، أما إذا كان الزوجان أجنبيان عن بعضهما فهنا يثار الإشكال الأساسي وخصوصا إذا تعلق الأمر بالأموال المكتسبة والتي تعرف في التشريعات الغربية بالنظام المالي للزوجين لذلك سنعالج صلاحية الضابط الإقليمي لحل النزاعات المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط أي تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة في الفرع الأول و صلاحية الضابط الشخصي لعلاج مشكل الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الثاني وموقف التشريعات الغربية من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الثالث، و موقف التشريعات العربية من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الرابع وأخيرا في الفرع الخامس سنتعرض فيه للعراقيل التي تواجه تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

الفرع الأول: صلاحية الضابط الإقليمي لحل النزاعات المتعلقة بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن الدول المتأثرة بالأفكار الإقطاعية تخضع مسالة الأموال المكتسبة إذا كان الزواج مختلطا إلى قانون موطن الشخص وهذا ما هو معمول به في القانون الأنجليزي والدنماركي والنرويجي وقانون الولايات المتحدة الأمريكية[2] وإنطلاقا من تبني الضابط الإقليمي لحل النزاع في الأموال المكتسبة فإن رواد هذا المبدأ يبررون إسناد مسألة الزواج بصفة عامة والأموال المكتسبة بصفة خاصة إلى القانون الذي يحدده الضابط الإقليمي ولذلك سنعالج حجج أنصار الضابط

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص84.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، المرجع نفسه، ص85.

الإقليمي لعلاج مشكل الأموال المكتسبة في الزواج المختلط و مناقشة حجج أنصار الضابط الإقليمي لعلاج مشكلة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

أولا: حجج أنصار الضابط الإقليمي لعلاج مشكل الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن ما يبرر إعطاء الاختصاص في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لقانون الموطن هو أن العرف والتقليد التاريخي استقرا على إعطاء الاختصاص في ذلك لقانون الموطن، فمنذ الوقت الذي إهتم فيه أهل الحواشي(النظرية الإيطالية القديمة) بوضع قواعد خاصة بالتنازع قاموا بإسناد الأحوال الشخصية وبما فيها مسألة الأموال المكتسبة إلى قانون الموطن، لأن الفرد الذي يتوطن في دولة من الدول يندمج في أغلب الأحيان في مجتمعها الذي يعيش فيه، ويكون من مصلحته أن يطبق عليه قانون البلد الذي وجد فيه موطنه وهو بذلك يوفر مصلحة للغير الذي يتعامل معه على ضوء قواعد الموطن الذي تسهل عليهم التعرف بالأحكام القانونية التي تربط علاقة الأشخاص لهذا الموطن ولإرتباطه بواقعة مادية واضحة للعيان وهي التوطن[1]، إضافة إلى أن أنصار قانون الموطن يعتمدون على حجج عديدة لدعم رأيهم المؤيد للضابط الإقليمي أهمها[2]:

1. أنه من اليسير توحيد موطن الأسرة حتى إذا اختلفت جنسية الزوجين، لكنه من العسير توحيد جنسية الأسرة، إذ أن موطن الزوجة والأولاد القصر هو موطن الزوج والأب في حين أن جنسيته قد لاتكون هي نفسها جنسيتهم.
2. قانون الموطن هو واجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط حينما يكون هناك شخص بلا جنسية.
3. قانون الموطن هو الأصلح من قانون الجنسية بالنسبة للمهاجرين الذين توطنوا في إقليم آخر، إذ يكون من مصلحتهم أن يسري عليهم قانون الموطن الذي يعرفونه دون قانون جنسيتهم الذي ربما كانوا يجهلونه لبعدهم عن إقليم دولتهم، ثم أنه من شأن سريان قانون الموطن على المهاجرين أن يسهل إندماجهم في رعايا الدولة وإلحاقهم بمواطنيها بدلا من أن يظلوا أجانبا عنها.

[1] أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ،مرجع سابق، ص293.

[2] غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص: الجنسية الموطن مركز الأجانب وأحكام في القانون العراقي، الجزء 1، الطبعة1، بغداد، العراق، ص97.

4. بالنسبة للمواطنين في هذه الدولة خير لهم أن يتعاملوا مع الأجانب المقيمين معهم في إقليمهم على أساس قانون الموطن الذي هو معروف لديهم فلا يتعرضوا لمفاجآت غير سارة في حالة إذا ما كان قانون جنسية هؤلاء الأجانب- وهو خفي على المواطني- يقضي بأحكام غريبة فيما يتعلق بنقض أو تبديل أو تغيير أي حكم يتعلق بمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.
5. من مصلحة القاضي أن يطبق قانونه الذي يعرفه حق المعرفة بدل من أن يبحث على قانون أجنبي الواجب التطبيق ولا سيما حالة كون الأجانب من دول مختلفة وعديدة فيجب على القاضي أن يرجع إلى قانون كل منهم وفي ذلك مشقة كبيرة.
6. لو طبق على كل أجنبي قانون جنسيته في بلد يكثر فيه الأجانب يعد ذلك عدم إنصاف لتطبيق القانون الوطني لما فيه من ضرر لسيادة الدولة وسيادة قانونها على إقليمها.
7. وأخيرا فإن الشخص الذي يرتبط بموطنه الذي به مصالحه أكثر مما يرتبط بجنسيته فربما قضى حياته كلها في موطن بعيد عن إقليم دولته الأصلية.

ثانيا: مناقشة حجج أنصار الضابط الإقليمي لعلاج مشكلة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن إعطاء حكم مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لقانون الموطن المعروف لقابليته للتغيير فهذا لايحقق الاستقرار في العلاقات الأسرية والمراكز القانونية، كما أن تحديد الموطن وتعيينه يثير بعض الصعوبات خصوصا بالنسبة للأشخاص الذين يقطنون في جهات مختلفة، كما أن سهولة تغيير الموطن وصعوبة تحديده يرتبان نتيجة خطيرة وهي عدم ثبات القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية بما فيها مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط[1].

وعموما فإن تبني قانون الموطن يتوقف على الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل دولة سواء كانت مصدرة للسكان أو مستوردة لهم، فالدولة المستوردة للسكان تحاول أن تقيم إتصالا مباشرا بين الدولة والمقيمين على أرضها بإخضاع الروابط الشخصية والعائلية لأفراد ينتمون إلى دول وحضارات مختلفة إلى قانونها المحلي لتحقيق غاية هامة تتمثل في صهر المقيمين

[1] أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ،مرجع سابق، ص295.

في مجتمع واحد وهو مجتمع محل الإقامة واستبدال الرابط الشخصي بدولة الجنسية برابط موضوعي بدولة محل الإقامة.

ونظرا للانتقادات الكثيرة التي تعرض لها أنصار الضابط الإقليمي المعني بتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يجب تسليط الضوء على موقف أنصار الضابط الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسالة ومناقشة ارائهم وحججهم في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: صلاحية الضابط الشخصي لعلاج مشكل الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن قانون الوسط الاجتماعي للشخص يعتبر الأصلح من غيره لحل التنازع المتعلق بأحواله الشخصية بما فيها مسألة الأموال المكتسبة ذلك لأن قانون البيئة التي ينتمي إليها الفرد يكون اكثر ملاءمة لمزاجه وأخلاقه والمظاهر القانونية لشخصه، وعلى الخصوص تلك التي تتعلق بحياته العائلية، ثم إن القوانين المتعلقة بحالة الفرد وأهليته هدفها حماية الفرد والعائلة ولا تتحقق هذه الحماية إلا بتغليب صفة الاستمرار لهذه القواعد لتستمر في ملاحقة من وضعت القواعد لحمايته وتطبق عليه حتى ولو تواجد خارج الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته[1].

ولهذا السبب سنعالج حجج أنصار الضابط الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط ونتطرق لمناقشة هذه الحجج في:

أولا: حجج أنصار الضابط الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن مايبرر إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية عموما ومسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط خصوصا أن الفرد غير قابل للتعدد والإنقسام لذلك وجب أن يكون للقانون المتعلق

[1] سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي،الجزء1، الطبعة1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص753.

بشخصه ذات الصفة[1]، وتبعا لذلك وجب أن يكون النظام الذي يحكمه أهليته وزواجه واحدا بصورة مستمرة وبدون تجزئة[2]، ومسألة الأموال المكتسبة يكون حكمها واحدا في مثل هذه الحالات فلا تخضع في مكان لنظام فصل الأموال وفي مكان آخر لنظام الاشتراك القانوني تبعا لإخضاعها لقانون هذا البلد أو ذلك ولا يمكن أن يتم هذا الاستقرار في العلاقات القانونية إلا في ظل قانون الجنسية الذي يرى أنصاره أحقيته بأن يكون الضابط الذي يحدد على أساسه القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط ويدعمون رأيهم بالحجج التالية[3]:

8. ضرورة استقرار الأحوال الشخصية وثباتها، فبما أن الجنسية ثابتة مستقرة عسيرة التغيير فإن القانون الذي يرتبط بها يكون أثبت وأصلح من قانون الموطن لحكم الأحوال الشخصية التي تتضمن مسائل الحالة والأهلية والزواج باعتباره أهم مواضيع الأحوال الشخصية فيندرج ضمن المواضيع التي تخضع لقانون الجنسية في العديد من الدول كالدول اللاتينية والعربية، ولعل موضوع الأموال المكتسبة الذي يعتبر أهم أثر للزواج من الناحية المالية فهو بدوره يندرج ضمن قانون الجنسية، بينما قانون الموطن غير مستقر وغير ثابت تبعا لتغير الموطن وعدم ثباته.
9. تضع الدولة قوانين الأحوال الشخصية بما فيها موضوع الأموال المكتسبة لرعاياها دون سواها من الأجانب، فيجب أن تتبع هذه القوانين رعاياها أينما انتقلوا وهي لا تتبعهم خارج الدولة إلا إذا أرتبطت بجنسيتهم، وقد كانت هذه هي حجة المدرسة الإيطالية الحديثة بزعامة "مانشيني" الذي يرى أن القوانين على العموم هي المرآة التي تعكس أخلاق الرعايا وتقاليدهم لأنها كثياب فصلت عليهم ولا يستطيع غيرهم أن يلبسها.
10. الأخذ بقانون الجنسية يغرس في نفوس رعايا الدولة التي يتبعونها بجنسيتهم و الشعور بقوميتهم ويجعلهم يتعلقون بوطنهم الذي يحملون قانونه أين ماوجدوا.

[1] أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص294.

[2] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي،الجزء1، الطبعة1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص783.

[3] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، مرجع سابق، ص87.

11. كل دولة تهتم برعاياها وتعنى بحمايتهم وصون حقوقهم بواسطة سفاراتها وقنصلياتها، ومن حق هؤلاء الذين يحملون معهم قانون جنسيتهم أن يرجعوا في كل تصرفاتهم لتلك السفارات والقنصليات لتدافع عن حقوقهم وتحميهم، فبينما لوا أنصهروا في قانون موطنهم الجديد فسوف تنقطع الصلات بهذه السفارات والدول، والدليل على ذلك هو أن البلاد التي تعتنق قانون الموطن تعطي لمواطنيها حق اللجوء إلى سفاراتها وقنصلياتها في الخارج للقيام بتصرفاتهم طبقا لقانون موطنهم ففي هذه الحالة يكون قانون الجنسية هو الذي يطبق دون قانون الموطن، وقد أخذ القانون المدني الفرنسي القديم بقانون الجنسية.

ثانيا: مناقشة حجج أنصار الضابط الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يرد أنصار الضابط الإقليمي على حجج أنصار الضابط الشخصي بأنه ينبغي التوفيق بين القانونين ولا يجب الأخذ بقانون الجنسية على الإطلاق، فيجب أن تفسح المجال لتطبيق قانون الموطن خصوصا بالنسبة لعديمي الجنسية وبالنسبة إلى الأسرة متعددة الجنسيات.

ويقترح الفقيه "نيبوابيه" وهو من أنصار قانون الموطن أن تفرق دولة كفرنسا بين رعاياها والأجانب المقيمين فيها باستمرار والأجانب الموجودين فيها بصفة مؤقتة، ويرى ان تسند مسائل الأحوال الشخصية بما فيها مسألة الأموال المكتسبة إلى قانون جنسيتها بالنسبة لرعاياها، فالأجانب المقيمون فيها بصفة دائمة يخضعون لقانون الموطن، أما الأجانب المقيمين فيها بصفة مؤقتة فيخضعون لقانون جنسيتهم[1].

وعموما يوضح إجراء مفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الإقليم بعض نقاط القوة والضعف في كلا الضابطين: فالجنسية عنصر ثابت لا تتبدل بتبدل محل الإقامة فقانون الشخص لا يتغير بتجاوز الحدود، وهي تحقق الاستقرار في التعامل ويسهل إثباتها بعكس محل الإقامة الذي يكون مصدرا لصعوبات هامة في إثباته كما أن الإقامة في إقليم معين قد تتعدد أشكالها ويسهل تبديلها، ومن جهة أخرى يرى أنصار الموطن أن الإقامة عنصر يحقق الاندماج الأجنبي في المجتمع الذي يقيم فيه، فالإتصال يكون أكثر بالإقليم الذي يقيم فيه من موطنه الأصلي، ويؤدي إلى

[1] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص723.

الجمع بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، ويتيح للقاضي تطبيق قانونه لأن المحكمة الناظرة في النزاع هي محكمة محل الإقامة.

وعليه فإن قانون الجنسية يطبق على الأحوال الشخصية للمواطنين في الخارج، وبالتالي فمسألة الأموال المكتسبة تخضع لقانون الجنسية بالنسبة للدول المصدرة للسكان[1] تحاول أن تبقي الإتصال مباشرا بين الدولة والمواطنين في الخارج بإخضاع الروابط الشخصية والعائلية إلى قانونها أي تفعيل ضابط الجنسية، وإذا نظرنا إلى شكل الدولة الداخلي فهي إما أن تكون متعددة الشرائع قانونا أو موحدة الشرائع قانونا، فالنزعة الفقهية والقضائية هي إعتماد قانون الجنسية كعنصر للتعيين في مادة الأحوال الشخصية بما فيها موضوع الأموال المكتسبة وعندما يكون التعدد التشريعي هو على أساس شخصي، وذلك التعدد وصعوبة الإختيار عندما تكون الإقامة على أراضي الدولة وفي الدول متعددة الشرائع طائفيا تعد العودة إلى قانون الموطن غير منتجة لغياب قانون داخلي موحد يحكم المسائل الشخصية بما فيها موضوع الأموال المكتسبة، فضابط محل الإقامة يكون أقل تلقيا لتطبيق القوانين الطائفية من ضابط الجنسية[2].

أما قانون الموطن فتعتمده الدول المستوردة للسكان التي تخضع الأحوال الشخصية لجميع المقيمين على أراضيها إلى القانون المحلي رغم انتماء هؤلاء إلى دول وحضارات مختلفة، وتعتمد على هذا الضابط الدول التي تتعدد فيها الشرائع فتخضع إلى الدولة الإتحادية[3] كالولايات المتحدة الأمريكية.

كما تختلف البلدان من حيث موقعها في إخضاعها للأحوال الشخصية لقانون الموطن أو قانون الجنسية، فالدول الواقعة في شمال أوربا تتطلب لتطبيق قانون الموطن أن يستمر التوطن مدة كافية وإلا طبق قانون الجنسية، في حين نجد أن الدول الأنجلوسكسونية أخذت بقانون الموطن وكذلك دول الإتحاد الإسكندنافي في حين أخذت أغلب بلدان أوربا وأمريكا اللاتينية والبلدان العربية بقانون الجنسية.

[1] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة 1، بيروت، لبنان، 2008ص242.

[2] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص106.

[3] عبده جميل غصوب، المرجع نفسه، ص243.

لكن الواقع في إختيار قانون الجنسية وقانون الموطن مسألة نسبية يتوقف حلها على ظروف كل دولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وإذا ما كانت هذه الدولة مصدرة أو مستوردة للسكان.

الفرع الثالث: موقف التشريعات الغربية من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

تختلف الأنظمة القانونية في نظرتها للجانب المالي للأسرة، وهناك بعض التشريعات تفصل بين نظام الأموال المكتسبة في الزواج وبين العقود التي تجرى بين الزوجين، فالأموال المكتسبة تخضع للنظام المالي الناشئ عن عقد الزواج فتتصل بقانون الجنسية لأن له علاقة بالأطراف، فالقانون الفرنسي يرجح صفة الأطراف كعنصر لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة[1]، أما العلاقات التعاقدية التي تجرى بين الزوجين فتخضع للنظام التعاقدي حتى ولو كانت بين الزوجين شأنها شأن باقي العقود.

ولقد اختلفت نظرة التشريعات الغربية للقانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة حسب الحالة القانونية من إختيار الزوجين للقانون المطبق على أموالهما المكتسبة من عدمه، وكذلك حسب إختيارهما للحلول السابقة على اتفاقية لاهاي 1978 أو الحلول اللاحقة للاتفاقية ولذلك سنعالج في أولا حالة إختيار القانون الذي يحكم الأموال المكتسبة من قبل الزوجين في الزواج المختلط وفي ثانيا حالة عدم إختيار القانون المطبق على الأموال المكتسبة من قبل الزوجين في الزواج المختلط.

أولا: حالة إختيار القانون الذي يحكم الأموال المكتسبة من قبل الزوجين ضمن الزواج المختلط

عندما يباشر الأزواج إنشاء عقد الزواج فعليهم تعيين القانون الذي يحكم نظامهم المالي بما فيه الأموال المكتسبة وإذا لم يفعلو ذلك كتابة فإن مضمون العقد يظهر ذلك عادة، وعند وجود إختيار للقانون الذي سيطبق على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فيجب أن يكون هذا الإختيار سليما أي أن قبول الزوجين لهذا القانون غير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا،

[1] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،الطبعة 1، 2008، بيروت، لبنان، ص786.

فالأهلية تتحدد بالقانون الذي يحكم أهلية الأفراد، أما في شكل العقد فيجب أن يتوافق و القواعد الموضوعة لعقود الزواج[1].

إن الشرط المضمن في العقد يجب أن يكون مكتوبا على ورقة مؤرخة وموقعة من الزوجين، فيستطيع الزوجان من أجل التحكم بمجمل مملوكاتهم إختيار القانون الوطني لأي منهما أو إختيار مكان الإقامة المعتادة لأي منهما، والجنسية والإقامة هنا تقدران لحظة التعيين وكذلك لهما الحق في إختيار قانون أول دولة يقيم فيها أحدهما أو كلاهما إقامة جديدة معتادة بعد الزواج ويبقى للمحاكم أن تحدد المدة الدنيا لهذه الإقامة[2].

وبإمكان الزوجان إخضاع عقاراتهما إلى قانون مكان وجودها، وإذا اعتمد الزوجان اللذان تزوجا في نظام شراكة هذا الشرط فالأموال التي اكتسبها أحدهما في بلد من بلدان القانون المشترك ونظام قانونه هو فصل الأموال بين الزوجين تصبح ملكا خاصا له دون الزوج الآخر.

ففي فرنسا تخضع مسألة الأموال المكتسبة إلى قانون الإرادة الصريحة عند وجود عقد يرعى النظام المالي للزوجين أي أن الزوجان قد اختارا القانون الذي سيطبق على هذه الأموال المكتسبة، أو إلى الإرادة الضمنية التي تتجه إليها إرادة الأطراف عند عدم وجود عقد يرعى نظامهما المالي، فهنا يطبق قانون محل الإقامة الزوجية الأولى استنادا إلى قرينة قانونية مفادها أن إرادة الزوجين إنصرفت إلى تركيز العلاقة المالية المتصلة بالزواج في هذا المكان وعلى القضاء استنتاج تلك الإرادة وإعمالها[3].

ونجد أن القانون الفرنسي قد كرس قانون الإرادة في مادة الأموال المكتسبة ففي قضية" Gouthertz" التي تتضمن حيثياتها أن فرنسيا تزوج بروسية وأقاما في روسيا التي تعتبر موطن الزوجية الأول، فقد أصدرت محكمة التمييز الفرنسية عن غرفتها المدنية في قرار لها بتاريخ

[1] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص789.

[2] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص791.

[3] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص783.

شباط 1972 وقضت فيه بإخضاع الزوجين للقانون الداخلي الروسي في مسألة الأموال المكتسبة في معزل عن قواعد التنازع التي تحيل على القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية الزوج[1].

أما في قضية الزوجين" ماسينMassine" نص القرار الصادر عن المحكمة من الدرجة الأولى بباريس في 20 حزيران 1974 على أن قانون موطن الزوجية الأول هو المطبق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في حالة عدم وجود عقد يرعى النظام المالي للزوجين، لكن تفاصيل القضية تثبت إرادة الزوجين في إختيارهما لنظام فصل الأموال تطبيقا لقانون ولاية نيويورك وهو قانون جنسية الزوجين المكتسبة بالتجنس الذي يتفق مع قانون جنسيتهما الأصلية وهي الجنسية الروسية، فلا شيئ يدل على إختيار الزوجين ماسين لنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة الذي ينص عليها القانون الفرنسي وبما أن فرنسا هي موطن الزوجية الأول فيطبق قانونها إذا لم تحدد إرادة الزوجين لكن حيثيات القضية تثبت إتجاه إرادة الزوجين نحو تطبيق قانون ولاية نيويورك وهو قانون الإرادة الصريحة للزوجين[2].

أما في قضية الزوجين" دوغاني"نجد أن الفقيه "ديمولان" قد شرح استشارة بشأن هذه القضية ورأى أن الزوجين إن لم يعقدا عقدا فنيتهما بشأن مجمل أملاكهما هي إعتماد النظام القانوني المكرس بعرف المكان الذي سوف يحددون فيه توطنهم وهذا التحليل مازال معتمدا من المحاكم[3].

ثانيا: حالة عدم إختيار القانون المطبق على الأموال المكتسبة من قبل الزوجين ضمن الزواج المختلط

تختلف الحالة حسب ما إذا كانت العلاقة الزوجية سابقة عن اتفاقية لاهاي1978[4] أو لاحقة للاتفاقية لاهاي 1978.

1. الحلول السابقة لاتفاقية لاهاي1978

[1] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص779.

[2] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص792.

[3] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص790.

[4] Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, conclue le 14 mars 1978.

في القانون السابق عن اتفاقية لاهاي إذ لم يجر الزوجان عقد زواج ولم يعينا خطيا القانون المطبق على نظامهما المالي فرضت محكمة التمييز على القضاة إعتماد إرادة مفترضة[1].

وفي الواقع يبدو أن أي مؤشر يمكن أن يتغلب في حال الخلاف على الموطن الزوجي، خاصة وأن محكمة التمييز نقضت القرارات التي فضلت جنسية الزوجين المشتركة على الموطن وإن كان الموطن الزوجي المكان الذي يقيم في الزوجان مركزا لنشاطهما المالي وكان من المفترض أن يكون الزوجان قد أرادا أن تحكم علاقتهما المالية بقانون البلد الذي تجرى فيه، أما التمسك بأول مكان للاستقرار الزوجي فإنها تفسر فكرة أن الزوجين فكرا فيه لحظة الزواج[2].

إن مزايا قاعدة التنازع الفرنسية كما أوضحها الإجتهاد تقوم على المرونة والواقعية وعيبها يقوم على عدم اليقين و الوثوق، وقد إقترح أحد الكتاب أن يفتعل الزوجان دعوى (نزاعا) ليعرف من المحكمة النظام الذي تزوجا في ظله وبالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق على علاقاتهما المالية.

2. الحلول اللاحقة لاتفاقية لاهاي 1978

أراد محررو اتفاقية لاهاي استبدال معيار الموطن الأول للزوجية بمعيار موضوعي حتى يؤخذ به بصفته هذه ويكون سهل المعرفة وتبنوا لهذه الغاية معيار محل الإقامة المعتادة الأول عقب الزواج (حسب المادة 4فقرة 1 من الاتفاقية)، وجاء هذا حرصا على إرضاء بلدان الأكثرية في مؤتمر لاهاي التي كانت ترى أن النظام المالي للزوجين عنصرا من عناصر الحالة الشخصية فأسندوا إلى قانون الجنسية المشتركة[3] دورا ثانويا (مادة 4 فقرة 2و3 من الاتفاقية).

إن الإقامة المعتادة الأولى للزوجين بعد الزواج معيار سهل وهذه هي ميزته الرئيسية التي تميزها عن الموطن الزوجي، فمفهوم الإقامة هو مفهوم مادي خالص ولا يقتضي أي بحث عن النية في

[1] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص792.

[2] ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، مصر، 1997، ص243.

[3] االجنسية المشتركة هي الجنسية التي يمتلكها الزوجان قبل الزواج، أو هي جنسية أحدهما قبل الزواج ويكتسبها الآخر عند الزواج إما بموجب التصريح أو بصورة أتوماتيكية دون استخدام إمكانية التخلي عنها عندما تعرض عليه المادة 15 فقرة 1 من الإتفاقية .

التوطن، ولكنه لا يخلو من مصاعب بشأن الإثبات عندما تطرح مسألة القانون المطبق لأول مرة بعد عشرات السنين من الزواج[1].

إن الخفة في المعيار المعتمد حمل محرري الاتفاقية على توقع إمكانية تغيير أوتوماتيكي في القانون المطبق، وخروجا عن صلاحية قانون الإقامة المعتادة يطبق قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالات مثل عندما لايقيم الزوجان في إقليم الدولة ذاتها محل إقامتهما المعتادة الأولى بعد الزواج فينهار المعيار الأول عندها يتم اللجوء على سبيل الإحتياط إلى معيار الجنسية المشتركة (مادة 4 فقرة 2و3 من الاتفاقية)، فإن لم تكن هناك جنسية مشتركة عندها يتم البحث عن قانون الدولة التي يكون لنظام الزوجين المالي معها الصلات الأوثق (مادة 4 فقرة 3 من الاتفاقية).

إن الفارق البسيط في الوقت بين استقرار أحد الزوجين ثم الآخر في بلد واحديتناسب مع اللجوء إلى فكرة الإقامة المعتادة الأولى للزوجين، ومنذ أن تصبح الإقامة فعلية مشتركة فإن قانون بلد الإقامة هذه يحل محل القانون الوطن للزوجين(مادة 7 فقرة 2 من الاتفاقية).

لقد فتحت الاتفاقية أمام الدول التي ترغب في ذلك إمكانية التصريح المعلن عنها في المادة 4 فقرة 2 والمادة 5 من الاتفاقية التي استخدمتها هولندا ومنذ أن يكون الزوجان من الجنسية الهولندية فالقانون الهولندي هو الذي يطبق، لكن إذا استمر الزوجان في الإقامة بعد الزواج في بلد كانا يقيمان فيه كليهما منذ 5 سنوات على الأقل(مادة 5 فقرة1 من الاتفاقية) فإن قانون البلد الذي يقيمان فيه هو المفضل[2].

أما شكل المشارطة في الزواج فنجد أن المادة 6 فقرة 1 من اتفاقية لاهاي المبرمة في 17 جويلية 1905 [3] تخضع شكل المشارطة إلى قانون مكان الإبرام أو للقانون الوطني للزوجين وقت إبرام

[1] عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص304.

[2] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص813.

[3] Art 6/1 de la convention du 17/07/1905 concernant lec conflits de la loi relatifs au effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personels et sur les biens des époux qui dispose : « le contrat de mariage quand à la forme s'il se été conclu soit conformément a la loi du pays ou il a été fais soit conformément a la loi nationale de chacun des futurs époux au momant de la célépration de mariage ou ancore s'il a été conclu au cours des mariages conformément a la loi nationale des chacun des époux»

عقد الزواج أو القانون الوطني للزوجين أثناء الزواج، أي أنه في حالة الزواج المختلط فشكل المشارطة في الزواج يخضع لقانون مكان الإبرام، أما بشأن تصنيف المشارطات على أنها عقدا من العقود المالية فتخضع بالتالي إلى القانون الذي يحكم العقود وهو ما يعرف بقانون الإرادة، أما إذا تعلق الأمر بعقار فإنها تخضع لقانون موقع العقار[1].

وعموما يلاحظ أن الفقه الفرنسي الحديث يميل إلى إسناد الأموال المكتسبة للزوجين للقانون الشخصي للزوج[2] وقت إنعقاد الزواج، ولقد سارت عدة تشريعات أوربية على هذا المنوال فأسندت الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج مثل ما أقرت ذلك ألمانيا.

أما النظام القانوني الإنجليزي فيخضع مسألة الأموال المكتسبة إلى قانون موطن المال مع ما في ذلك من مخاطر التعدد في القوانين التي تخضع لها مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في العلاقة الزوجية الواحدة عند تعدد المواطن التي تتواجد بها أموال الزوجين، خاصة عندما تتواجد أموال أحد الزوجين في مكان يخضع هذه الأموال المكتسبة إلى نظام الفصل في الأموال المكتسبة في حين أن أموال الزوج الآخر توجد في مكان يخضعها إلى نظام الشيوع كما هو الوضع في فرنسا عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية[3].

الفرع الرابع: موقف التشريعات العربية من القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

قد تختلف الدول العربية في إتباعها للنظم الغربية في العديد من المسائل، لكن في مسائل الأحوال الشخصية وموضوع الزواج خصوصا فقد انتهجت نفس الطريق في إخضاعها لمسائل الزواج وآثاره بما فيها مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وتبنت موقف بعض الدول اللاتينية كفرنسا باعتبارها المثل الأعلى لبعض الدول العربية، وأخضعت معظم هذه الدول العربية مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج

[1] ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين،مرجع سابق، ص240.

[2] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص399.

[3] قرار ريفيير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 17 نيسان 1953، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1953، ص412.

ولذلك سنتطرق لموقف المشرع المصري من القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وإلى موقف المشرع الأردني من هذه المسألة وإلى موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وإلى موقف المشرع التونسي من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وإلى موقف المشرع اللبناني من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في النقاط التالية:

أولا: موقف المشرع المصري من القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن المشرع المصري قد ألحق مسألة الأموال المكتسبة في الزواج بآثار الزواج، وبذلك حسم خلاف حول إتصال الأموال المكتسبة بمركز الأموال من جهة وبالأحوال الشخصية من جهة ثانية[1]، وتنص المادة 13 من القانون المدني المصري على:« يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال»[2]، فضابط الإسناد في شأن آثار الزواج هو جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج وهو ما ذهبت إليه التشريعات العربية على اعتبار أن الزوج هو رب العائلة، وبالتالي حسم مشكلة التنازع المتغير نتيجة تغيير الزوج لجنسيته فأعتد بقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.

أما فيما يخص شهر المشارطة المالية بين الزوجين ففي حالة إهماله فإنه يجوز للغير أن يثبت أن الزواج قد تم وفقا لنظام مالي أكثر ملاءمة لمصلحته لنظام فصل الأموال الذي تتبناه الدول العربية حسب المادة 15 فقرة 3 من القانون المدني المصري[3].

---

[1] هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المكتبة القانونية العامة لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص275/274.

[2] يقابل هذه المادة 13 من القانون المدني المصريالمادة 12 من القانون المدني الجزائري، وقد قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/02/17 الذي جاء فيه « من المقرر شرعا أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود إلى المال »، المحكمة العليا الجزائرية، قرار رقم 170082، المجلة القضائية، العدد1، سنة 2000، ص167.

[3] هشام علي صادق،مرجع سابق ص276.

أما فيما يتعلق بالعقود بين الزوجين فتخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج رغم أن القانون الدولي الخاص يتردد بين إتجاهين:

1. جانب يرى ضرورة إخضاع هذه العقود لقانون الإرادة إسوة بغيرها من العقود المالية.
2. جانب آخر يرى إخضاع هذه العقود بين الزوجين لنفس القانون الذي يحكم آثار الزواج - وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج في هذه الحالة-، ومفاد هذه الفكرة أن القيود التي يفرضها المشرع على العقود بين الزوجين لا تهدف إلى حماية العقد، وإنما تسعى بالدرجة الأولى إلى حماية نظام الزواج ومنه إخضاعها مباشرة للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهي حالة خاصة وليس رجوعا عن القاعدة العامة.

ويرد على القاعدة العامة الواردة في المادة 13 من القانون المدني المصري استثناء نصت عليه المادة 14 من نفس القانون[1] فمؤدى هذا الاستثناء أنه يكفي أن يكون أحد الزوجين مصريا حتى يطبق القانون المصري على الزواج كله بما فيها مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، فإذا كان أحد الزوجين مصريا عند إنعقاد الزواج فخلافا للقاعدة العامة التي تنص عليها المادتين 12 و13 من هذا القانون والمتمثلة في إخضاع الأموال المكتسبة إلى قانون جنسية الزوج عند إنعقاد الزواج، فمجال تطبيق الاستثناء بالنسبة لآثار الزواج هو كون أحد الزوجين مصريا فإن القانون المصري هو الذي يطبق على آثار الزواج والفائدة لا تظهر إلا في حالة كون الزوجة مصرية وقت الزواج، أما إذا كان الزوج هو المصري وقت إنعقاد الزواج فهنا تطبق القاعدة العامة دون الحاجة للاستثناء المقرر في هذه المادة 14 من القانون المدني المصري[2]، لكن بعض الفقهاء قد أوضحوا أن القانون المصري يجب تطبيقه إذا كان أحد الزوجين وطنيا عند إنعقاد الزواج حتى ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك، بينما لايطبق القانون المصري إذا كان أحد الزوجان أجنبيا وأكتسب الجنسية المصرية بعد إنعقاد الزواج.

[1] المادة 14 من القانون المدني المصري تنص على: « إذا كان احد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج فإن القانون المصري وحده هو الذي يسري، فيماعدا شرط الأهلية للزواج».

[2] المادة 14 من القانون المدني المصري تنص على: « إذا كان احد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج فإن القانون المصري وحده هو الذي يسري، فيماعدا شرط الأهلية للزواج».

أما في حالة إذا كان الزوجان من جنسيتين مختلفتين وليس من بينهما جنسية القاضي فنطبق قانون محل إقامتهما المشترك لأنه مكان تمركز مصالح العائلة وهو قانون موحد يجري تطبيقه على العلاقة.

ثانيا: موقف المشرع الأردني من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

في القانون الأردني نجد أن المشرع قد أخضع مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج حيث نصت المادة 15 من القانون المدني الأردني على مايلي: « يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال » فقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد العقد له الاختصاص الكامل في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ويرجع إخضاع مسألة الأموال المكتسبة لقانون جنسية الزوج للاعتبارات عديدة أهمها أن الزوج هو الذي يعتبر رب العائلة، كما أن المرأة في غالب الأحيان تكتسب جنسية زوجها.

ويتأثر تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج بما هو مقرر بقانون موقع المال وذلك لأن قانون موقع المال يسري على العقود التي أبرمت بشأنه[1]ويسري على الحقوق العينية للعقار قانون موقع العقار، كما أن المنقول يسري عليه قانون الدولة التي وجد فيها وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده، وينبني على ذلك أنه لايمكن أن يحتج يما يقرره قانون الزوج وقت الزواج من رهن قانوني على أموال الزوج الموجودة في الأردن ضمانا لإلتزاماته نحو زوجه، لأن مثل هذا الرهن يعتبر من الأحوال العينية التي تعطي فيها المادة 19 من القانون المدن الأردني الاختصاص لقانون موقع المال .

ويرد على قاعدة إخضاع مسألة الأموال المكتسبة لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج استثناء تمليه المادة 15 من القانون المدني الأردني التي تعطي الاختصاص للقانون الأردني كلما كان أحد الزوجين أردنيا وقت إنعقاد الزواج فيعني أنه بإمكان تطبيق القانون الأردني على

[1] مادة 20 فقرة 2 من القانون المدني الأردني.

مقتضيات الأموال المكتسبة في الزواج المختلط حتى ولو كان الزوج أجنبيا والزوجة هي الأردنية وقت إنعقاد الزواج وقرر هذا الاستثناء لمصلحة الزوجة .

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية أخضع الآثار المالية للزواج بما فيها مسألة الأموال المكتسبة إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج حيث جاء في نص المادة 12 من القانون المدني الجزائري[1]، فالمشرع قد نص في هذه المادة على القاعدة العامة وهي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج وذلك يرمي إلى تحقيق ما يلي:

1. تجنب مشكلة التنازع المتغير الذي ينشأ نتيجة تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج فنصت على أن الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الزوج هو وقت إنعقاد الزواج وليس بعد إنعقاده.
2. تأمين استقرار آثار الزواج وما في ذلك من استقرار للأسرة.
3. إن تطبيق قانونين على مسألة الآثار المالية للزواج بما فيها مسألة الأموال المكتسبة يؤدي إلى تعذر تطبيق أحدهما عند إختلافهما لذلك فضل المشرع الجزائري تطبيق قانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.
4. يرجع إختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج لحكم مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إلى الدور المعترف به للزوج في المجتمع الإسلامي وهذا ما يفسر أخذ الدول العربية لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة القاعدة العامة أو قانون موطنهما المشترك مثلما هو الحال في فرنسا فيوم أن كانت فرنسا تعتبر الزوج هو رب الأسرة فقد أخضعت آثار الزواج لقانون جنسية الزوج[2].

[1] المادة 12 من القانون المدني الجزائري ما يلي: « يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج »،

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص248.

أما الاستثناء الوارد على القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 12 من القانون المدني الجزائري فقد جاء في المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: « يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج »، وتقابل هذه المادة المقررة كاستثناء المواد التالية[1] : 14 من القانون المدني المصري، والمادة 19 فقرة 5 من القانون المدني العراقي والمادة 14 فقرة 1 من القانون المدني السوري والمادة 15 من القانون المدني الأردني والمادة 14 من القانون الليبي.

إن الفائدة المرجوة من تطبيق هذا الاستثناء لا تظهر إلا إذا كانت الزوجة جزائرية وقت إنعقاد الزواج، أما إذا كان الزوج هو الجزائري فإن القاعدة العامة هي التي تطبق حسب المادة 12 من القانون المدني الجزائري[2].

إلا أنه على الرغم من أهمية إدراج هذا الاستثناء لكنه انتقد نظرا لما يرتبه من آثار حيث أن:

1. تطبيق القانون الوطني على الرغم من أن الزوجان أجنبيان فقد يغير الزوج جنسيته الجزائرية إلى جنسية أخرى بعد إنعقاد الزواج، ومن جهة أخرى فإن القانون الوطني لا يطبق على أطراف العلاقة الزوجية على الرغم من إكتساب الزوجة الجنسية الجزائرية بعد إنعقاد الزواج[3].
2. كما أن المشرع الجزائري لم يفرق بين قانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج والقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية له.
3. إن إخضاع الآثار المالية بما فيها مسألة الأموال المكتسبة إذا كان أحد الزوجين جزائريا إلى قانون جنسية الزوج أمر منتقد لأنه يجمد العلاقة الزوجية ويتجاهل آثارها عبر الزمن.

[1] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء1، الطبعة 2،دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،، 2007 ص234.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص249.

[3] فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية،كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعةالجزائر،الجزء2، العدد 37، سنة1999، ص115. وعليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص238.

4. إن هذا الطرح في تطبيق القانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا يؤدي إلى تفضيل قانون على حساب آخر وهذا ما يؤدي إلى وقوف هذا الاستثناء حجر عثرة أمام كل محاولة للتنسيق بين الأنظمة القانونية للوصول إلى حلول موحدة[1].

رابعا: موقف المشرع التونسي من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

لقد نص المشرع التونسي في الفصل 48 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[2]على أن القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط طالما هي ضمن مانص عليه الفصل بقوله « واجبات الزوجين» هو القانون الشخصي المشترك للزوجين، أما في حالة إختلاف جنسية الزوجين فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون أول موطن مشترك بينهما إن وجد، وإذا لم يوجد فقانون المحكمة باعتباره قانون مكان إبرام عقد الزواج.

لقد فرق المشرع التونسي بين ثلاث حالات مختلفة وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة في عقد الزواج المختلط[3]:

1. في حالة إتحاد جنسية الزوجين عند إبرام عقد الزواج يطبق القانون الشخصي المشترك لهما.
2. في حالة إختلاف جنسية الزوجين تخضع الآثار المالية بما فيها الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لقانون أول موطن مشترك للزوجين.
3. وفي حالة إذا لم يتوصل القاضي لمعرفة أول مقر مشترك للزوجين يطبق قانون دولة إبرام عقد الزواج.

خامسا: موقف المشرع اللبناني من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص249.

[2] ينص هذا الفصل على: « تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة ».

[3] الفصل 48 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

القانون اللبناني شأنه شأن الأنظمة القانونية في البلاد العربية فلا يعرف النظام المالي للزواج بالنسبة للوضعية المالية للزوجين مما يستدعي عدم وجود قاعدة تنازع تختص بالأموال المكتسبة للزوجين، وإقتصار دور القاضي اللبناني في هذه المسائل على تكييف العلاقة المطروحة تمهيدا لتحديد القانون المختص، وعليه فقد أخضعت المحاكم اللبنانية مسألة النظام المالي للزوجين إلى قانون الإرادة[1].

و يميل الفقه اللبناني إلى القول بأن مسألة النظام الزوجي تتصل بالعقد لا بأطرافه، خاصة أن المادة 212 من قانون الموجبات والعقود لم تجعل من النفوذ الأدبي سببا لإبطال العقد[2].

إن عدم وجود مؤسسة قانونية قائمة في مسألة النظام المالي بين الزوجين لا يعني أن القانون اللبناني في فراغ تشريعي من هذا الجانب[3].

إن قواعد التنازع الموجودة في لبنان تتعلق بحالة الأشخاص وقواعد خاصة تتعلق بزواج اللبنانيين أو بالزواج المختلط بين اللبنانيين من مختلف الطوائف أو بين لبنانيين وأجانب في لبنان أو في الخارج، وعليه فإن المسألة تقتصر على العلاقات التعاقدية التي قد تنشأ بين الزوجين بمعزل عن أي موضوع للنظام المالي للزوجين فلا وجود لهذه المسألة في القانون اللبناني[4].

لكن مسألة الأموال المكتسبة قد توجد في القانون اللبناني باعتباره أثرا ماليا للزواج وليس نظاما ماليا للزواج كالنظام المالي المعروف في الأنظمة الغربية على اعتبار أن لبنان بلد طائفي يتكون من العديد من الطوائف وتحكمه العديد من الشرائع القانونية، لكن المتفق عليه أن مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط تحكمه قاعدتين أساسيتين هما[5]:

1. استقلال الذمة المالية للزوجة عن الذمة المالية للزوج وهي قاعدة مكرسة في الشريعة الإسلامية ونجد أن قوانين الأحوال الشخصية للطوائف المسيحية وللطائفة الإسرائيلية قد كرست هذه القاعدة.

[1] استئناف محكمة بيروت، القرار رقم 357 المؤرخ في 29 اذار 1955، النشرة القضائية لسنة 1955، ص391.

[2] عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص268.

[3] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص495.

[4] عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص269.

[5] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص484-486.

2. إن حق الإدارة والتصرف في الأموال تعود إلى كل من الزوجين وهي تدخل في الأموال المكتسبة للزوجين أثناء الزواج وقد أخضعها القانون اللبناني لقانون الأحوال الشخصية الذي تخضع له الزوجة وإلى قانون الجنسية عندما تكون الزوجة أجنبية، فالقانون الشخصي للزوجة لا يطبق إلا في الحالة التي يكون فيها نظام فصل الأموال الزوجية هو السائد، فهنا يطبق القانون الشخصي للزوجة حماية للحياة الزوجية.

وعليه فإذا كان للإرادة دور في إختيار القانون الذي يحكم العلاقة المالية للزواج وخصوصا مسألة الأموال المكتسبة، ويبقى القانون اللبناني هو الصالح لحكم هذه المسألة[1] بتطبيق القاعدة العرفية التي تكرس نظام الفصل بين أموال الزوجين ويترك للقانون تحديد إمكانية ومدى القبول بالإرادة المخالفة لتلك القاعدة العرفية، فإذا أراد الزوجان الارتباط على أسس مالية معينة تنظم أموالهما المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، فالعقد المنظم لهذه العلاقات يكون صحيحا وبالتالي يؤخذ بقانون الإرادة في تنظيم هذه الأموال المكتسبة للزوجين[2].

الفرع الخامس: مناقشة تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج على نزاع الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يثير الضابط الشخصي المتمثل في الجنسية والمعتمد من طرف المشرع الجزائري والتشريعات العربية عدة إشكالات، الأمر الذي جعل المشرعيين يتدخلون حتى يتمكن القاضي من تطبيق قانون محدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية.

كما أنه في إختلاف الضابط الشخصي ما بين قانون دولة القاضي التي تتبنى رابط الجنسية وما بين القانون المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية التي تتبنى ضابط الموطن يظهر مايعرف بمشكل الإحالة.

وقد يتعارض القانون الذي يحكم الآثار المالية وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج مع أحكام قانون موقع المال إذا كانت هذه الأموال عبارة عن عقارات فيثير ذلك عدة صعوبات.

[1] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، المرجع نفسه، ص490.

[2] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص491.

كما أن إعمال الدفع بالنظام العام قد يثار في مواجهة قانون جنسية الزوج إذا ماوجد في هذا القانون ما يتعارض مع المبادئ العامة والنظام العام لقانون القاضي فتثار إشكالية الدفع بالنظام العام في مواجهة قانون جنسية الزوج وقد تثار إشكاليات حول تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج، لذلك سنعالج الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية والصعوبات التي يثيرها إختلاف ضوابط الإسناد لحل نزاع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط والصعوبات التي يثيرها قانون موقع المال وإلى الصعوبات التي يثيرها إعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة قانون جنسية الزوج, وأخيرا تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج.

أولا: الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية

تعتبر الجنسية رابطة سياسية قانونية تستأثر كل دولة بوضع قواعدها وتحديد الأحكام الخاصة بإكتسابها أو بفقدها لكن قد يثار مشكل تنازع الجنسيات أو التمتع بجنسية دولة تتعدد فيها الشرائع.

1. تنازع الجنسيات

يثير ضابط الجنسية الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري وباقي التشريعات العربية لحسم مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط قضية تنازع الجنسيات، فقد يكون الزوج يتمتع بأكثر من جنسية كما قد يكون عديم الجنسية، فقد يكون الزوج من الأفراد الذين يتمتعون بجنسية أكثر من دولة وهو ما يطلق عليه تعدد الجنسية أو التنازع الإيجابي في الجنسية، كما قد يكون من الأفراد الذين لايتمتعون بجنسية أي دولة وهو ما يطلق عليه إنعدام الجنسية أو التنازع السلبي في الجنسية[1] وقد عالجت التشريعات القانونية الدولية هذه المشكلة وفقا لإتجاهين الإتجاه التقليدي والإتجاه الحديث

[1] إيناس محمد البهجي ويوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة 1، 2013، ص23.

أ. **الإتجاه التقليدي**: عالج المشرع مشكلة تعدد الجنسيات أي في حالة تمتع الزوج بأكثر من جنسية مما يؤدي إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الدولة التي تأخذ بضابط الجنسية[1]؛ وقد سعت التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري إلى إيجاد حلول في حالة ما إذا كانت الجنسيات المتزاحمة كلها أجنبية فيجب إختيار جنسية من الجنسيات التي يتمتع بها الزوجين لحل نزاع الأموال المكتسبة وفقا للمادة 5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930[2]، أو المادة 3 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية[3]، ولقد استقر الرأي االقانوني السائد على الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية للشخص، ولقد تبنى المشرع الجزائري في المادة 22 فقرة1من القانون المدني الجزائري هذا الحل، أما في حالة أن تكون جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة[4] فهنا يجب الاعتماد على جنسية دولة القاضي دون غيرها من الجنسيات المتنازعة[5]، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل في المادة 22 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، فلو كان هناك نزاع حول الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بين زوجين فرنسيين ويكون الزوج يتمتع بالجنسية الفرنسية والجزائرية فهنا نكون أمام إعمال قاعدة الإسناد الوطنية الواردة في المادة 22 فقرة والمادة 12 فقرة من القانون المدني الجزائري الذي تطبق القانون الجزائري.

انعدام الجنسية: قد يكون الزوج عديم الجنسية أي أنه لايتمتع بأي جنسية فهو أجنبيا من وجهة نظر قوانين الجنسية في جميع الدول[6]، فقد اختلف الفقه بشأن علاج مشكلة عديم

---

[1] طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص الجنسية الموطن مركز الأجانب تنازع القوانين تنازع الاختصاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص79.

[2] تنص المادة 5 من إتفاقية لاهاي 1930 على:« يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أجنبية أن تعامله على أنه يتمتع بجنسية واحدة ويجوز لها أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية».

[3] تنص المادة 3 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية « إذا أمكن للشخص أن يعد فيما يتعلق بالعنصرية المحكمة متمتعا برعاية أكثر من دولة واحدة أعتبر من رعايا الدولة التي يباشر فيها عادة حقوقه المدنية والسياسية».

[4] عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996، ص73.

[5] بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص220.

[6] بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب، المرجع نفسه، ص220.

الجنسية بالبحث عن أكثر القوانين صلة بعديم الجنسية ليقوم مقام قانون الجنسية بالنسبة لهم فذهب إلى تطبيق قانون آخر دولة كان يتمتع بجنسيتها، وذهب إتجاه آخر إلى القول بتطبيق قانون القاضي الذي يعرض أمامه النزاع لكنه انتقد لأنه قد يكون منعدم الصلة بالنزاع[1]، والرأي الصائب هو تطبيق قانون الدولة التي يكون الشخص أكثر إرتباطا بها ويتحدد ذلك على أساس الموطن، أما في حالة توطن عديم الجنسية في دولة معينة يطبق عليه قانون الدولة التي يقيم فيها عادة، فإذا لم يكن يقيم في دولة ما فيعتد بدولة الإقامة الحالية لعديم الجنسية[2].

فإذا وجد نزاع بين الزوجين حول الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وكان الزوج عديم الجنسية فنطبق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة لأنهما ضابطين إحتياطيين يمكن الاستعانة بهما[3] لأن المشرع الجزائري قد تبنى هذا الرأي.

ب. **الإتجاه الحديث:** يرى وجوب تبني معيار الحل الوظيفي لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمتعددي الجنسية أو عديميها خاص في منح القاضي صلاحية وضع قاعدة الإسناد إحتياطية عند تعذر استعمال قاعدة الإسناد الأصلية التي تنص عليها المشرع[4]، مع النظر للغاية من قاعدة الإسناد فعدم تطبيق قانون جنسية القاضي لا يعد إنكارا لصفته الوطنية وإنما ضرورة حتمية للحفاظ على الحالة الشخصية للفرد وخصوصا من الجانب المالي منها فيما يتعلق بمسألة الأموال المكتسبة، وهذا ما يجنب القاضي مخاطر التوصل للحلول التي تفتقر للأمن القومي.

2. انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات

لقد رصد المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية حلولا يستعين بها القاضي في حالة انتماء الشخص لدولة تعددت فيها الشرائع، فنجد نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري « متى ظهر من الأحكام الواردة للمواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة

[1] إيناس محمد البهجي، مرجع سابق، ص38.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 33 فقرة 1 من القانون المدني العراقي والمادة 25 من القانون المدني المصري والمادة 26 من القانون المدني الأردني.

[3] بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب، مرجع سابق، ص223.

[4] عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة لمشكلة تنازع الجنسية، مرجع سابق، ص143.

تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر رأي النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه»، وعليه فإذا لم يوجد في القانون المختص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي وهذا ما نجده في مصر ولبنان[1].

فمثلا في حالة وجود لبنانيين متوطنين في الجزائر رفعا دعوى حول نزاع الأموال المكتسبة أمام القضاء الجزائري فحسب قاعدة الإسناد الجزائرية يطبق القانون اللبناني، ولما كان القانون اللبناني متعدد الشرائع يتعين على القاضي الجزائري البحث عن التشريع الواجب التطبيق على هذا النزاع، فيتوجب عليه الفصل في النزاع وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لأن لبنان تخضع مسألة الأموال المكتسبة لمبدأ الفصل للذمم المالية للزوجين المستمد من الشريعة الإسلامية على الأغلب فيكون نظام فصل الأموال هو الحل، أما إذا كان هذان الزوجان قد أفرغا إرادتهما في عقد يتضمن العقد المالي لزواجهما فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة لأن للإرادة دور في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة المالية للزوجين.

أما في حالة إذا كان الزوجان من دولة تتعدد إقليميا كالولايات المتحدة الأمريكية فإن قانون العاصمة (واشنطن) هو القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

ثانيا: الصعوبات التي يثيرها إختلاف ضوابط الإسناد لحل نزاع الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن عدم التماثل في ضوابط الإسناد التي تعتمدها الدول لحل نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية وخصوصا موضوع الأموال المكتسبة، يجعل الدول العربية بما فيها الجزائر والدول اللاتينية تعتمد على ضابط الجنسية لحل مسألة الأموال المكتسبة، في حين نجد الدول الأنجلوسكسونية

[1] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص100.

تعتمد على ضابط الموطن، وهذا الإختلاف في الضوابط المعتمدة يؤدي بنا إلى ظهور مشكلة الإحالة[1].

ولقد ظهرت مشكلة الإحالة لأول مرة في القضاء الفرنسي في قضية شهيرة تسمى قضية" فورقو Forgo[2]" ومن يومها والفقهاء في جدل بشأنها لا يزال مستمرا إلى الوقت الحاضر.

وتعرف الإحالة بأنها الفكرة التي تقتضي تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى أختلفت مع هاته الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا[3].

ولقد اختلفت الأراء الفقهية بشأن نظرية الإحالة بين مؤيد ومعارض وهو ما انعكس على التشريعات الداخلية، فهناك دول أخذت بنظرية الإحالة[4] في حين رفضت دول أخرى الأخذ بها[5] وهناك دول لم توضح موقفها منها[6].

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط حسب القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم سنة 2005 تحت رقم 10/05 وحسب ما جاء في المادة 23 مكرر1 التي تنص على:«إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

---

[1] تبلورت نظرية الإحالة من خلال إجتهادات القضاء الفرنسي إثر قضية فورقو Forgo سنة 1875، لكن تعود جذورها التاريخية إلى القضاء الإنجليزي سنة 1841 والقضاء الألماني سنة 1861أنظر أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص100.

[2] تتلخص وقائع هذه القضية في أن فورقو ولد غير شرعي ولد في بافاريا، وانتقلت به أمه إلى فرنسا وهو في سن الخامسة من عمره، ولما توفي في سن 68 سنة ترك ثروة منقولة، ولم يكن له زوجة ولا أولاد، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على ثروته، فثار نزاع بينها وبين الحواشي من عائلة ديتشلDitchel الذين طالبوا بحقهم في الميراث، وبعد عدة إجراءات ماراطونية إتضح أن محكمة النقض الفرنسية قد قامت بتطبيق قاعدة الإسناد في قانون البافاري التي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي فتكون بذلك قد أخذت بفكرة الإحالة، أنظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص101 .

[3] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص48.

[4] من الدول التي أخذت بنظرية الإحالة نجد القانون الألماني في المادة 40 من قانون 1986 والقانون السويسري مادة 14 من قانون 1987 والقانون النمساوي المادة 5 من قانون 1978 والقانون التركي المادة 2 من قانون 1982، وعمل بها القضاء في انجلترا والعراق وفرنسا.

[5] من بين الدول التي رفضت الأخذ بالإحالة نجد المشرع المصري في المادة 27 من القانون المدني المصري والقانون الإيطالي في المادة 30، والقانون اليوناني المادة 32 منه والقانون السوري المادة 29 من القانون المدني السوري والمادة 72 من القانون المدني الكويتي والقانون الليبي المادة 28 من المدني الليبي ، أنظر زيروتي الطيب، مرجع سابق، ص124.

[6] كقانون المملكة العربية السعودية والقانون السوداني، أنظر غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص135.

غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص. »

فالإحالة من الدرجة الأولى هي تخلي قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عن الاختصاص المنعقد لها إلى قانون القاضي، فمثلا عندما يتنازع زوجان حول الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فترفع الدعوى أمام القضاء الجزائري ويكون الزوج انجليزيا ويكون هذان الزوجان متوطنان في الجزائر فهنا يطبق القاضي الجزائري القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الزوج حسب المادة 12 من القانون المدني الجزائري ومنه يطبق الأحكام الداخلية للقانون الإنجليزي والتي تقضي بدورها بتطبيق قانون الموطن وهو القانون الجزائري.

وتعتبر قضية "Gouthertz" المرجع في الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وقد جاء في حيثياتها أن فرنسيا تزوج بروسية في روسيا وأقام معها فيها على أساس أنها موطنهما الزوجي الأول، وقد وافقت محكمة التمييز الفرنسية على قرار محكمة الاستئناف حين حكمت بأن الزوجين قد استندا على القانون الروسي الداخلي باستثناء القواعد التنازعية الروسية والتي تحيل على القانون الفرنسي بصفته قانون جنسية الزوج إذ لا يعقل أنهما فكرا بوجودها[1]، فنجد أن القضاء الفرنسي وإن كرس قانون الإرادة في مادة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط والذي كان من نتيجته استبعاد تلك المادة من نطاق الإحالة، إلا أن قرارات عديدة أكدت تلك النتيجة وحسبت الإحالة من الدرجة الأولى مثل قضية الزوجين" Goutherz ".

والخلاصة أن تكون الإحالة شاملة طالما أنه ليس هناك سبب خاص يبرر إنحصارها في مواد معينة على ضوء التقنية الوضعية لتنازع القوانين[2].

ونجد أن اتفاقية لاهاي 1978 تستبعد الإحالة من الدرجة الأولى كما توضحه في أن القانون المطبق هو القانون الداخلي للدولة التي تعينها[3].

[1] بيار ماير وفانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص718.

[2] سامي بديع منصور ونصري أنطوان دياب وعبده جميل غصوب،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص783.

[3] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص278.

ففي حالة سكن زوجين إيطاليين تزوجا بدون عقد في ألمانيا فمن المحتمل أنهما اعتبرا نفسيهما خاضعيين إلى القانون الإيطالي على أساس فكرة الإشتراك في الأموال المكتسبة وليس خاضعين للنظام القانوني الألماني الذي يطرح فكرة الإشتراك المؤجل في الأموال المكتسبة وهو النظام المحدد لقاعدة التنازع الفرنسية[1].

وفي القانون المطبق على مادة الأموال المكتسبة نجده في القانون الفرنسي من فئة الأعمال الإرادية، ومحكمة التميز الفرنسية تسلك مسلكا قاطعا وهو رفض الإحالة[2].

اما في قضية الزوجين "ماسين Massine" فقد تم الاعتقاد بقبول المحكمة بنظرية الإحالة في هذه المادة[3].

أما في قضية الزوجين" Lizazianoz" فقد أقفلت المحكمة في قرار هذين الزوجين كل مجال بالقبول بالإحالة ولو تطبيقا للإرادة الزوجية مثل ما فعلت في قضية الزوجين "ماسين"أين أبقت المجال مفتوحا لقبول نظرية الإحالة عندما تثبت إختيار الزوجين للقانون الذي تحيل عليه قاعدة التنازع في قانون الموطن الزوجي الأول[4].

وفي القانون الجزائري نجد أنه رغم ماتبناه المشرع الجزائري لحل مشكلة الإحالة بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية عموما ومسألة الأموال المكتسبة خصوصا إلا أنه يبقى مقيدا، لذلك اتجه

[1] بيار ماير وفانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص719.

[2] رفضت المحكمة بقرارات مستمرة الإحالة من قانون المسكن الزوجي الأول إلى القانون الشخصي على أساس إنصراف نية الزوجين الضمنية إلى تطبيق ذللك القانون وقت إبرام الزواج .

[3] بعد إصدار محكمة استئناف باريس قرار يقضي بالطلاق بين الزوجين استبعدت ومن جهة أولى البحث عن القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين فالزوجين أختارا نظام فصل الأموال تطبيقا لقانون ولاية نيويورك وهو قانون جنسية الزوجين المكتسبة بالتجنس والذي يتفق مع قانون جنسيتهما الأصلية الروسية، فلا شيئ يدل على إختيار الزوجين "ماسينMassine" لنظام إشتراك الأموال الذي ينص عليه القانون الفرنسي عند وجود زواج دون عقد وهو ماطلبت الزوجة، وحسب قانون نيويورك الذي يأخذ بنظام فصل أموال الزوجين فيكون بذلك صالحا لحكم علاقات الزوجين "ماسين" على ضوء كل من الأموال التي عددها القرار ولكل فئة منها وهو ما يفترض قبول المحكمة إبتداء بنظرية الإحالة دون تسميتها .

[4] أعتبرت المحكمة في قضية الزوجين"Lizazianoz"أن إحالة استبعاد القانون الأمريكي إلى القانون الفرنسي في المسألة يرتد إلى تلك النتيجة التي تؤدي إلى تطبيق قواعد التنازع الأجنبية وفي هذا إضرار بوحدة النظام المالي للزوجين.

الإتجاه الحديث الذي يقضي بفكرة الحل الوظيفي والتي بمقتضاها لا يمكن التأكد من قبول أورفض الإحالة إلا بعد تحديد الغاية من قاعدة الإسناد و وظيفتها[1].

أهيب بالمشرع الجزائري أن يأخذ بالحل الوظيفي، فالتسليم بقبول الإحالة أو رفضها يتحدد على ضوء وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية والغاية منها ليتم بعدها الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية إن كان مسموحا به، خصوصا في مسألة الأمول المكتسبة في الزواج المختلط ، فنجد أن المشرع الفرنسي أخذ فيها بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، وقد سار على نهجه المشرع الجزائري في ذلك.

ثالثا: الصعوبات التي يثيرها قانون موقع المال

إذا كان قانون دولة الزوج هو الذي يحكم الآثار المالية للزواج، فلا يجب أن تتعارض أحكام هذا القانون مع أحكام قانون موقع الأموال التي يمتلكها الزوجان[2]، فالأصل أن المركز القانوني للأموال يخضع لقانون موقعها حسب المادة 17 من القانون المدني الجزائري[3]، فإذا كانت اموال الزوجين تقع في إقليم دولة معينة وكان قانون الزوج وقت الزواج يقر أو يعترف بحقوق معينة على هذه الأموال فلا يجب أن تتعارض هذه الحقوق مع أحكام قانون الموقع الذي يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى[4]، فأحكام الملكية العقارية يجب إخضاعها لقانون موقع المال[5]، وعليه إذا تعارضت أحكام قانون جنسية الزوج مع أحكام قانون موقع المال فإن

[1] عكاشة عبد العال ،دراسات في القانون الدولي الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص60.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص233.

[3] المادة 17 من القانون المدني الجزائري 10/05 المعدل والمتمم في 20 يونيو 2005« يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها».

[4] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجانب،دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1998، مصر، ص60.

[5] وهذا ما أكدته إتفاقية لاهاي 1978 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النظم المالية للزوجين، حيث نصت في المادة 3 فقرة4 على وجوب تطبيق قانون الموقع على الأموال العقارية، وأيضا جسد هذا الحل صراحة في المادة 3 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه تخضع للقانون الفرنسي كافة العقارات التي تقع على الإقليم الفرنسي.

العبرة بقانون موقع المال ولأن العبرة التي يقررها قانون جنسية الزوج لا يمكن ترتيبها على الأموال الموجودة في دولة أجنبية إلا إذا أقرها قانون موقع هذه الأموال[1].

وبالتالي يمكن القول أن تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لعقد الزواج مقيد بمراعاة المجال الذي يعمل فيه قانون موقع المال كبيان للحقوق العينية التي تكتسب فيه، وبتطبيق ذلك فإن المشرع الوطني قد حدد الحقوق العينية الأصلية والتبعية، كما حدد الآثار التي تترتب عليه.

فإذا قرر قانون جنسية الزوج وقت الزواج حقوقا عينية على الأموال الموجودة في الجزائر أو أورد على الحقوق العينية غير تلك الحقوق التي قررها المشرع الجزائري أو القيود التي اوردها فإنه يتعين عدم الإعتراف بهذه الحقوق والقيود في الجزائر.

رابعا: الصعوبات التي يثيرها إعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة قانون جنسية الزوج

يتعطل تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج المختص أصلا بحكم العلاقات المالية بين الزوجين إذا كان قانونا أجنبيا تخالف أحكامه المنظمة لآثار الزواج المالية النظام العام والآداب العامة في الجزائر[2]، وذلك إعمالا لأحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري[3].

خامسا: تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج

بمقتضى الاستثناء المقرر في المادة 13 من القانون المدني الجزائري فسيطبق القانون الوطني وحده على الآثار المالية للزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، وسينتج هذا الاستثناء مفعوله في حالة إذا كان الزوج أجنبيا وقت إنعقاد الزواج، وكانت الزوجة جزائرية في هذا الوقت، ففي هذه الحالة وخلافا للقاعدة العامة ستطبق أحكام القانون الجزائري المتعلق بآثار الزواج المالية، اما إذا كان الزوج جزائريا وقت إنعقاد الزواج فسيطبق القانون الوطني طبقا

[1] ابراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص241.

[2] عكاشة عبد العال ،القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية،دار الجامعة الجديدة القاهرة، مصر، 1996، ص484.

[3] المادة 24 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي:« لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.....».

للقاعدة العامة الواردة في المادة 12 من القانون المدني الجزائري[1]التي تنص على:« يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج ..... ».

لكن هذا الاستثناء ترتب على إعماله في الواقع نتائج غير منطقية فنجد أن نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري تنص على أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج حتى ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك، بينما لا يطبق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين أجنبيا وأكتسب الجنسية الجزائرية بعد إنعقاد الزواج.

المطلب الثاني: مجال تطبيق ضابط الإسناد على الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن وظيفة ضابط الإسناد هي إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق والمنوط به حكم العلاقة القانونية المطروحة أمام النزاع، فإذا كانت الفئة المسندة تعد حيلة قانونية فهي أيضا عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها إلى قانون معين[2]، وطالما أن الفئة القانونية تهدف إلى جمع المسائل المتقاربة التي تندرج تحتها فإن ما يتعلق بمسألة الأموال المكتسبة يتغير من دولة إلى أخرى[3].

ولذلك سنتطرق للقاعدة العامة في بعض الدول لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الأول وإلى حالة إخضاع العقود ما بين الزوجين لقانون معين في الفرع الثاني وإلى الاستثناءات الواردة على قاعدة إخضاع مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج في الفرع الثالث.

---

[1] هذا ماجسدته المحكمة العليا صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/07 حيث قضت« من المقرر شرعا أن يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج في ما يعود منها للمال .....

ومن المقرر أيضا أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياوقت إنعقاد الزواج إلا في ما يخص أهلية الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للقانون» المحكمة العليا قرار صادر،1998/02/07، قرار رقم 170032، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 1، ص167.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص67.

[3] ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص246.

الفرع الأول: القاعدة العامة في بعض الدول لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن اعتبار مسألة الأموال المكتسبة من الآثار المالية للزواج جعل العديد من الدول تخضعها إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج كالتشريعات العربية وتشريعات الدول اللاتينية، إذا كانت هذه الأموال المكتسبة عبارة عن عقارات فإنها تخضع لقانون موقع المال الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأن هذا العقار وما يتعلق به من حقوق عينية كالحيازة والملكية[1].

فنجد في القانون الأردني أنه نص على إخضاع الأموال المكتسبة إلى قانون جنسية الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج بما في ذلك الأثر بالنسبة للمال[2]، وهو ما أخذت به جل التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري.

إن القانون المطبق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الدول التي تأخذ بالنظم المالية للزواج مثل فرنسا فإنه وخصوصا في نظام الاشتراك الاتفاقي نجد القانون الواجب التطبيق على هذه الأموال المكتسبة والمتمثل في قانون الإرادة نجده كذلك يطبق على مدى توافر القبول والإيجاب في العقد وكذلك حرية الاتفاقات الزوجية والمشارطات المالية و وجود السبب المنشئ لهذا الاتفاق وشرعيته فإن كل هذه المسائل تخضع للقانون المشار إليه بموجب ضابط الإسناد[3].

أما في مسألة الأموال المكتسبة خصوصا فإنه يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مسائل أساسية تتمثل في توزيع الأموال وتخصيص السلطات وعبء الديون، فكل هذه البنود تخضع للقانون الذي يحكم الأموال المكتسبة في الزواج المختلط أيا كان نوع النظام المالي المتبع سواء كان نظام إشتراك قانوني أو اتفاقي[4].

---

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص110.

[2] المادة 15 من القانون المدني الأردني.

[3] بيار ماير و فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص712.

[4] بيار ماير و فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص ، المرجع نفسه، ص246.

إضافة إلى أن إثبات ملكية الأموال بما فيها من وسائل الإثبات المعتمدة سواء كانت قرائن بسيطة أو قاطعة لإثبات ملكية الأموال المكتسبة فهي كذلك تدخل في نطاق القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة.

وتجدر الإشارة أنه عند إنقضاء الزواج بالطلاق أو الوفاة فإن مآل الأموال المكتسبة هو التصفية التي تخضع بدورها للقانون الذي تخضع له الأموال المكتسبة، لكنه في حالة إنقضاء الزواج بالطلاق وكان الزوجان ذوا أهلية فبإمكانهم إخضاع عملية التصفية لقانون مختلف يتفقان عليه[1].

ففي فرنسا تخضع مسألة الأموال المكتسبة للزوجين إلى قانون الإرادة الصريحة عند وجود عقد يرعى أموالهما المكتسبة أو إلى الإرادة الضمنية التي تستخرج من حيثيات النزاع فهنا يطبق قانون محل إقامة الزوجين الأول استنادا إى قرينة قانونية هي إنصراف الإرادة الزوجية إلى تركيز العلاقة المالية المتصلة بالزواج في هذا المكان وعلى القضاء في تلك الدولة استنتاج تلك الإرادة من حيثيات القضية وإعمالها للوصول إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقات المالية للزوجين[2].

أما في التشريع الإنجليزي فنجد مسألة الأموال المكتسبة تخضع إلى قانون الموطن أي المكان الذي توجد فيه هذه الأموال مع ما في ذلك من مخاطر في حالة تعدد المواطن والقوانين التي تخضع لها مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في العلاقة الزوجية الواحدة.

أما في القوانين العربية قد أخذت قواعد التنازع بالإتجاه الذي يجعل الغلبة لقانون الزوج على قانون الزوجة في مجال تحديد القانون الذي يحكم الأموال المكتسبة، وفي الواقع لاقى هذا الإتجاه نقدا شديدا في أوربا على إثر تزايد نشاط الحركات النسائية المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة مما دفع القضاء والفقه يميلان إلى تطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين في أوربا مثل" باتيفول" و"لاغارد".

[1] بيار ماير و فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص713.

[2] سامي بديع منصور ونصري أنطوان دياب وعبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص783.

إلا أن القضاء والفقه في الدول العربية لا يريان أن إختيار قانون جنسية الزوج دون جنسية الزوجة في القاعدة العامة لكي يحكم الآثار المالية في الزواج بما فيها مسألة الأموال المكتسبة إذا كان الزواج مختلط لأنه لا يخل بمبدأ المساواة، بل إن إحتفاظ الزوجة بجنسيتها بالرغم من هذا الزواج المختلط إنما هو تعبير عن وجود هذه المساواة[1]، وإن إختيار قانون جنسية الزوج هو إختيار موضوعي لقانون رب العائلة يتحقق بإعماله وحدة النظام القانوني الواجب التطبيق.

ومن بين التشريعات العربية التي أخذت بقانون جنسية الزوج كقانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط نجد القانون الأردني المادة 15 من القانون المدني الأردني بنصها:«يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الزواج على الآثار التي يتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال»، ويتأثر تطبيق قاعدة إخضاع أثار الزواج بالنسبة للمال لقانون جنسية الزوج وقت الزواج بما في ذلك من أموال مكتسبة بما هو مقرر بقانون موقع المال.

أما المشرع المصري فنجده قد أخضع الآثار المالية للزواج حسب المادة 13 الفقرة 2 من القانون المدني المصري إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال[2].

فالمشرع المصري قد حسم الخلاف الفقهي الصاخب حول مسألة الأموال المكتسبة، وهو خلاف مما زال يتردد في مؤلفات القانون الدولي الخاص نتيجة للطبيعة المختلطة للنظام المالي للزوجين وخصوصا الأموال المكتسبة والذي لم تحل طبيعته الاتفاقية دون إتصاله بمركز الأموال وبالأحوال الشخصية في نفس الوقت[3].

وإذا كانت مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج وبالضبط هو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج في الدول العربية وبعض الدول اللاتينية،

[1] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص248.

[2] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص274.

[3] إيناس محمد البهجي ويوسف المصري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص117.

غير أنه يقيد تطبيق هذا القانون مراعاة لمجال إعمال قانون موقع المال الذي يسري على الحيازة و الملكية والحقوق العينية الأخرى[1].

وعلى ذلك فإن منع التصرف في أموال الدوطة المقررة في قانون جنسية الزوج لا يحتج به بالنسبة للأموال الكائنة في مصر.

ورغم خضوع الأموال المكتسبة لقانون جنسية الزوج وهو ما يتصور معه في حالة كون الزوج أجنبيا أن يكون الزواج قد تم وفقا لنظام إشتراك الأموال، إلا أن المادة 15 فقرة 1 من القانون التجاري المصري الجديد قد حرست على استقرار المعاملات في الأسواق التجارية المصرية، فنصت على أنه:« بفترض في الزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت وفقا لنظام إنفصال الأموال إلا إذا كانت المشارطة المالية بين الزوجين تنص على خلاف ذلك»[2]، و لا يحتج على الغير بالمشارطة المالية بين الزوجين إلا إذا أشهرت بقيدها في السجل التجاري ونشر ملخصها في صحيفة السجل حسب المادة 15 فقرة 2 من القانون التجاري المصري الجديد، وفي حالة إهمال شهر المشارطة المالية بين الزوجين فإنه يجوز للغيرأن يثبت أن الزواج قد تم وفقا لنظام مالي أكثر ملاءمة لمصلحته من نظام فصل الأموال حسب ما نصت عليه المادة 15 فقرة 3 من القانون التجاري المصري الجديد، واستمرارا لسياسة الحرص على حماية الغير من المتعاملين مع الزوجة الأجنبية التاجرة قد أكدت المادة 15 الفقرة 4 من القانون السابق على أنه لايحتج على الغير بالحكم الصادر خارج مصر والقاضي بإنفصال الذمم المالية بين الزوجين إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري ونشر ملخصه في صحيفة السجل.

الفرع الثاني: حالة إخضاع العقود ما بين الزوجين لقانون معين

[1] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص275.

[2] المادة 15 من القانون التجاري المصري الجديد الصادر في 15 يوليو 1999.

إذا طرحنا جانبا العقود المنظمة لنظام الأموال المكتسبة بين الزوجين والتي تخضع بلا شبهة للقانون الذي يحكم آثار الزواج، فإن هناك عقود أخرى يمكن أن تنعقد بين الزوجين مثل البيوع والهبات والشركات الزوجية[1].

ومن هنا يثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق بشأن صحة هذه العقود ودون الدخول في جدل فقهي حول هذه المسألة فإنه يمكن القول بأن فقه القانون الدولي الخاص يتردد بين إتجاهين رئيسين:

1) إتجاه من الفقهاء يرون إخضاع هذه العقود لقانون الإرادة إسوة بغيرها من العقود المالية الأخرى.
2) لكن جانب من الفقهاء يرون ضرورة إخضاع العقود بين الزوجين نفس القانون الذي يحكم آثار الزواج والفكرة الأساسية التي تحكم هذا الإتجاه هي أن القيود التي يفرضها المشرع على العقود بين الزوجين لا تهدف إلى حماية العقد أو كفالة للتوازن المتطلب فيه وإنما هي قيود تسعى بالدرجة الأولى إلى حماية نظام الزواج[2]، وما دام الأمر كذلك فإنه يتعين إسنادها إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج خروجا عن القواعد العامة في شأن إسناد العقود.

ولا يعني إسناد العقود بين الزوجين إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج وتحديدا هو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج الرجوع المطلق للقانون الذي يحكم آثار الزواج في شأن العقود المالية بين الزوجين والاستبعاد الكامل لتطبيق قانون الإرادة في وصفه القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية للعقود المالية وفقا للقواعد العامة[3].

فإذا كنا بصدد عقد بيع مثلا فإنه يتعين الرجوع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج بمعرفة ما إذا كان هذا القانون يجيز إبرام مثل هذه العقود بين الزوجين من عدمه، والقيود التي يفرضها في

[1] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القاوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص96.

[2] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص277.

[3] عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص248.

مثل هذا الشأن، وفي خارج هذه الحدود فإن قانون الإرادة يستعيد اختصاصه الطبيعي لحكم العقد سواء من حيث شروطه الموضوعية أو من حيث آثاره[1].

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على قاعدة إخضاع مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج

قد يرد على قاعدة تطبيق القانون الوطني للزوج على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط استثناءات تفرضها الحالات القانونية الموجودة كحالة تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا الذي سنتطرق إليه في أولا أو حالة موقع وجود المال الذي سنعالج حالته في ثانيا.

أولا: تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا

إن تطبيق قواعد قانون أجنبي على رعايا الدولة الوطنية قد يمس بمصالحهم وحقوقهم لأنهم يجهلون الأحكام القانونية التي ينظمها هذا القانون الأجنبي وكيف ينظر إلى مراكزهم القانونية، لأن النظرية العامة تؤكد أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبي على المواطنين لما في ذلك من مساس بسيادة الدولة على قانونها، لذلك نادى الفقهاء بتطبيق القانون القاضي[2] نظرا للفائدة العملية التي تتبع تطبيق هذا الطرح، ولقد أجمعت التشريعات العربية على تطبيق القانون الوطني للقاضي واعتبرته قاعدة عامة، لكن تطبيق هذا القانون الوطني بشكل أحادي يجعلنا أمام حالة استثنائية أمام القاعدة العامة، لذلك يثور التساؤل حول وقت تطبيق هذا الاستثناء ومجال تطبيقه.

إن جل التشريعات بما فيها العربية منها ترى ضرورة إخضاع مسألة الأموال المكتسبة إلى قانون جنسية الزوج عند إنعقاد الزواج، فنجد المشرع الأردني مثلا في المادة 15 من القانون المدني الأردني التي تنص على «في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت إنعقاد الزواج يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج» فهو بذلك يعطي الاختصاص للقانون الأردني متى كان أحد الزوجين أردنيا وقت إنعقاد الزواج، وبناءا على ذلك يلزم إتباع أحكام القانون الأردني حتى ولو كان الزوج أجنبيا مادامت الزوجة أردنية الجنسية

[1] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص96.

[2] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص215.

وقت إنعقاد الزواج[1]،وعليه فإنه سواء كان الزوج أردنيا والزوجة أجنبية أو الزوجة أردنية والزوج أجنبي فيطبق القانون الأردني وحده[2].

أما في القانون المصري نجد المادة 14 من القانون المدني المصري تنص على: «في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج»، و يبدو أن المشرع المصري قد وضع استثناء بمقتضى هذا النص على ضابط الإسناد الذي تضمنته المادة 13 من القانون المدني المصري، فيكفي أن يكون أحد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج حتى يخضع الزواج كله للقانون المصري[3].

إن هذا الاستثناء الوارد على قاعدة الإسناد التي تحكم مسألة الأموال المكتسبة في القانون المدني المصري بموجب المادة 14 منه يقضي تطبيق القانون المصري متى كان أحد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج[4].

أما في القانون الجزائري فنجد نص المادة 13[5] من القانون المدني الجزائري تنص على: «في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج يسري القانون الجزائري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج»، إن الفائدة المرجوة من إدراج هذا الاستثناء تظهر في حالة كون الزوجة هي الوطنية (أردنية، مصرية ، جزائرية،.....) وقت إنعقاد الزواج، أما إذا كان الزوج هو الذي يتمتع بالجنسية الوطنية وقت إنعقاد الزواج فإن القاعدة العامة هي الواجبة التطبيق فيطبق القانون الوطني للزوج بمقتضى الضابط العام في الإسناد وهو قانون جنسية الزوج.

[1] حسن الهداوي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص112.

[2] غالب علي الداوودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص106.

[3] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص292.

[4] عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص249.

[5] تقابل هذه المادة مادة 14 من القانون المدني الليبي والمادة 19 من القانون المدني العراقي والمادة 14 من القانون المدني السوري.

إلا أن إدراج هذا الاستثناء على القاعدة العامة بموجب النصوص القانونية السابقة الذكر جعلها تخضع للنقد على أساس أن الزوج الوطني قد يغير جنسيته بعد الزواج فنصبح نطبق عليه القانون الوطني رغم أنه أصبح أجنبيا، كما أنه قد ينزع الاختصاص من القانون الوطني ولا يطبق رغم أن الزوجة أكتست الجنسية الوطنية بعد إنعقاد الزواج[1].

أما عن مجال تطبيق القانون الوطني نجد أن المشرع الجزائري والتشريعات العربية عموما قد أوردت استثناءا يتعلق بتطبيق القانون الوطني على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط متى كان أحد الزوجين وطنيا(جزائريا) وقت إنعقاد الزواج، ومنه فإن القاضي الوطني ملزم بتطبيق نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج وفي عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما »[2].

ويتضح من خلال نص المادة السابقة أن النظام الذي يحكم الأموال المكتسبة في الجزائر هو نظام إنفصال الذمم المالية للزوجين وهو مستمد من الشريعة الإسلامية، لكن إذا دققنا النظر نجد أن إنفصال الذمم المالية هو إنفصال نظري بينما عمليا قد تجد إندماج فعلي للذمم المالية للزوجين، ولذلك نجد أن نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية قد منحت إمكانية الاتفاق في عقد الزواج إو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بين الزوجين التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية.

أما في القانون المصري فإن الجدوى من الاستثناء الوارد في نص المادة 14 من القانون المدني المصري لا تظهر إلا إذا كانت الزوجة هي المصرية وقت إنعقاد الزواج فإذا كان الزوج هو المصري وقت إنعقاد الزواج فإن القانون المصري هو الذي يطبق وفق القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 13 من القانون المدني المصري دون الحاجة إلى الاستثناء المقرر في المادة 14 من القانون المدني المصري.

[1] فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل الأسرة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص115.

[2] المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وقد وجه لهذا المبدأ نفس الانتقاد الموجه للقانون المدني الجزائري على أن أساس القانون المصري يجب تطبيقه على الأموال المكتسبة إذا كان أحد الزوجين وطنيا عند إنعقاد الزواج ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك، بينما لايطبق القانون المصري إذا كان أحد الزوجين أجنبيا وأكتسب الجنسية المصرية بعد إنعقاد الزواج[1].

ثانيا: حالة موقع وجود المال

إن قاعدة الإسناد فيما يخص الأموال العقارية والحقوق العينية المتعلقة بها كالحيازة والملكية هي موقع المال فالقانون الواجب التطبيق على هذه الأموال العقارية هو قانون موقع المال، ففي ما يخص الأموال العقارية الداخلة في المشارطات الزوجية فإنها تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال، وعليه فإن قانون موقع المال يعطل تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج فمثلا في نظام الدوطة لا يمكن الاحتجاج به على أموال عقارية موجودة في الخارج إذا لم تراعى إجراءات الشهر العقاري المقررة في هذا البلد ، ولا يمكن الاحتجاج به فيما يقره من عدم قابلية التصرف والحجز على الأموال التي يتناولها إلا إذا تم قيده أيضا وفقا للشروط المنصوص عليها في قانون ذلك البلد، كما لايجوز الاحتجاج بتصفية أموال الزوجين وتقسيمها بعد إنحلال الزواج في مواجهة الغير إلا إذا روعيت الإجراءات المقررة في قانون موقع المال[2].

وعليه فإن قانون موقع المال يعد استثناءا هاما على قاعدة تطبيق القانون الوطني للزوج على الأموال المكتسبة في الزواج المختلط الذي يعتبر القاعدة العامة في إسناد الآثار المالية للزواج المختلط بالنسبة للدول العربية والدول اللاتينية لما يحظى به الزوج من مكانة عامة في الأسرة، وفي المقابل تظهر أهمية الأموال الموجودة في الخارج وضرورة بسط سيادة الدولة الموجودة فيها هذه الأموال عليها من خلال تطبيق قانونها عليها، فالأولوية لقانون موقع المال على قانون جنسية الزوج.

[1] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص296/295.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص166.

المبحث الثاني: إعمال قواعد الإسناد التي تحكم الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي على مسألة الأموال المكتسبة كما هو الحال في الأموال العقارية الموجودة في الخارج فهنا قانون الموقع لهذه الأموال هو ضابط الإسناد، فالقاضي مجبر على التقيد والعمل بالقانون الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه، فإذا لم يعمل بالقواعد الموضوعية لهذا القانون رغم الإشارة إليه من طرف قاعدة الإسناد بوجوب تطبيقه فيكون القاضي في حالة إنكار العدالة.

إلا أنه قد يعيق تطبيق هذا القانون المشار إليه من طرف قاعدة الإسناد وجود مانع يحتم على القاضي استبعاد تطبيقه، فظهور بعض المشاكل مثل تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في قانون القاضي فهذا يجبر القاضي على الدفع بهذا التعارض الموجود بين القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه مع المبادئ والنظام العام في دولة القاضي وهذا الدفع بالنظام العام والآداب العامة يعطل تطبيق القانون الأجنبي بدولة القاضي.

كما قد تثور مشكلة أخرى للتصدي لتطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي وتتمثل هذه المشكلة في ثبوت الاختصاص لهذا القانون الأجنبي نتيجة التحايل على القانون وبسبب الغش نحوه للهروب من القانون الواجب التطبيق أصلا إلى هذا القانون الذي يخدم مصالح الأطراف[1] بدلا من القانون الأصل الذي من المفترض أن تشير إليه قاعدة الإسناد لو لا استخدام الحيل القانونية والغش نحوه.

[1] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص152.

وبذلك يعتبر الدفع بالنظام العام السائد في دولة القاضي والدفع بالغش نحو القانون بإختلاف الطريقة المتبعة في الغش وسيلتان لتعطيل واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وبإعمال هذين الدفعين يستبعد القانون الأجنبي كله أو في جزء منه على حسب الحالة.

لذلك سنتطرق إلى مفهوم الدفع بالنظام العام وشروط إعماله والآثار القانونية التي تترتب على إعمال هذا الدفع في المطلب الأول وعن مفهوم الدفع بالغش نحو القانون ةالشروط الواجب توفرها لهذا الدفع وعن الآثار القانونية المترتبة على إعماله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي مجال خصب لإعمال الدفع بالنظام العام[1] وخاصة على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، لأن فكرة إكتساب هذه الأموال في تسييرها وطريقة التصرف فيها في إطار المؤسسة الزوجية تخضع لاعتبارات أخلاقية وسياسية وإقتصادية تؤثر وتتأثر بفكرة النظام العام والآداب العامة السائدة للدولة، فإذا أشارت قاعدة الإسناد باختصاص قانون أجنبي معين وكونه الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وكان هذا القانون في مضمونه مع الاعتبارات السائدة في الدولة فللقاضي الوطني الحق في استبعاده رغم أن قاعدة الإسناد أشارت باختصاصه في الأصل لكن التعارض الموجود بينه وبين المبادئ العامة السائدة في الدولة يحتم إمكانية استبعاده لهذا السبب.

لكن فكرة النظام العام في حد ذاتها غير محددة المعالم وغير محصورة، فما يعد من النظام العام في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى ولذلك سنعالج مفهوم النظام العام في الفرع الأول و خصائص وشروط الدفع بالنظام العام في الفرع الثاني وآثار الدفع بالنظام العام في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الثالث.

الفرع الأول:مفهوم الدفع بالنظام العام

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

إن فكرة النظام العام ليست وليدة العصر الحالي وإنما تطورت عبر مختلف الأنظمة القانونية، كما أن إشكالية تحديد تعريف لهذه الفكرة يختلف من دولة لأخرى ومن نظام قانوني لأخر حسب المقومات الفكرية والقانونية لكل دولة، وبذلك تختلف فكرة النظام العام في العلاقات الدولية عن فكرة النظام العام في العلاقات الداخلية في كل دولة، فالدفع بالنظام العام في الدول العربية يختلف عن الدفع بالنظام العام في الدول الغربية مثل فرنسا التي تعد رائدة في إعمال هذا المبدأ وعليه سنعالج التطور التاريخي لفكرة النظام العام وإلى معايير محاولة تحديد وتعريف فكرة النظام العام وإلى النظام العام في العلاقات الدولية والعلاقات الداخلية في وإلى الدفع بالنظام العام في الدول الإسلامية والدفع بالنظام العام في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في القانون الفرنسي.

أولا: التطور التاريخي لفكرة النظام العام

إن مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص مفهوم فضفاض واسع وغامض متغير من دولة لأخرى وقد يتغير داخل الدولة نفسها[1].

وهذه الفكرة تجد نواتها الأولى في العصور الوسطى عندما أقام الفقيه "بارتول Bartol" تفرقته بين مايعد من الأحوال المستحسنة Des statues favorables وما يعد من الأحوال المستهجنة Des statues Odieux، كما وضع الفقيه " بوهييه bouhier" تفرقة مماثلة حيث قرر بوجود قوانين ذات سمة غير مألوفة Exorbitautes يبدو فيها بوضوح وجه العدالة غائبا[2].

ولقد اختلفت المصطلحات المستعملة من دولة إلى أخرى، فنجد المشرع الجزائري والمصري استعملا عبارة النظام العام، في حين نجد المشرع التونسي استعمل عبارة الاختيارات الأساسية[3].

وقد أخذت التشريعات بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص ونصت عليه قوانينها[1].

[1] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص161.

[2] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص170.

[3] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص161.

لأنها تقف كحاجز أمام القوانين الأجنبية التي تمس المبادئ الأساسية السائدة فيها فلا تتركها تعبر إلى مجتمعها، وقد شبه بعض الفقهاء الدور الذي يلعبه النظام العام بالنسبة للقوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمن une soupape de sécurite[2] ، كما صوره الاستاذ الألماني "راب" بأنه مثل« المزلاج على الباب الخارجي الذي يغلق عند الضرورة »[3] .

وبذلك فإن النظام العام يمكن أن يعيق حركة عبور القانون الأجنبي إلى داخل دولة القاضي وهو بهذه الصفة يعطل فكرة تنازع القوانين وقد يشوهها، ففكرة النظام العام ليست وليدة الوقت الراهن وإنما جاءت على خلفية عدة تطورات في مجال تنازع القوانين لكنها لم تكن واضحة المعالم لكون التنازع لم يكن تنازعا دوليا وإنما هو تنازع بين أحوال المدن المختلفة وهذه الأحوال قريبة من بعضها لكونها مستمدة من القانون الروماني أساسا.

وفي القرن التاسع عشر ظهر في إيطاليا الفقيه " مانشيني" وقد بنى فقهه فيى تنازع القوانين على مبدأ شخصية القوانين أي إمتدادها، غير أن هذا الفقيه لم يأخذ بهذا المبدأ بشكل صارم وقد أورد عليها استثناءات من بينها فكرة النظام العام[4].

فعنده فكرة النظام العام تعتبر أداة في يد القاضي يستخدمها عندما يكون القانون الأجنبي مختصا وفقا لقواعد الإسناد في قانونه فيستبعد تطبيقه بها.

أما في الفقه الألماني نجد الفقيه" سافيني" أول من وضع أسس النظام العام في القانون الدولي الخاص ضمن فكرته الشهيرة "الاشتراك القانونيCommunauté juridique "، وقد أسند مبدأه في الاشتراك القانوني على عاملين أساسيين هما الديانة المسيحية في القانون الروماني[5]، فإذا

---

[1] ورد في التشريع لجزائري في المادة 24 من القانون المدني الجزائري ،التشريع المصري في المادة 28 من القانون المدني المصري، والمادة 30 من القانون المدني السوري، والمادة 28 من القانون المدني الليبي، والمادة 73 من المرسوم الأميري لعام 1961 الكويتي، والمادة 32 من القانون المدني العراقي، والمادة 29 من القانون المدني الأردني، والمادة 6 من قانون 1966 البولوني، والمادة 36 من قانون 1963/02/04 التشيكسلوفاكي ، والمادة 23 من القانون المدني البرتغالي، والفقرة 6 من القانون الفيديرالي النمساوي

[2] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص167.

[3] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، 2009، بيروت، لبنان، ص734.

[4] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص169.

[5] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص736.

تبين للقاضي عدم توافر مثل هذا الاشتراك القانوني مع قانونه الوطني فيمتنع عن تطبيقه ويتجه إلى قانونه الوطني.

ففكرة النظام العام عند سافيني أداة استبعاد تطبيق قوانين الدول التي ليس بينها وبين الدول الغربية إشتراك قانوني[1]، لكن هذا الاشتراك لم يكن يعني تماثل أحكام القانون الأجنبي مع أحكام القانون الوطني بقدر ما يعني اتفاقه في أصوله العامة وأسسه الجوهرية مع المبادئ والقواعد المطبقة في دولة القاضي بحيث لا يكون تطبيق لقانون الأجنبي متنافرا تنافرا بينا مع الأحكام الموضوعية في دولة القاضي.

ثانيا: معايير محاولة تحديد وتعريف فكرة النظام العام

لقد لاقت عملية تحديد وضبط فكرة النظام العام صعوبات عدة نظرا لإختلاف النظرة لهذه الفكرة من دولة لأخرى ولهذا السبب ظهرت عدة معايير تحدد كيفية وقت إعمال الدفع بالنظام العام، فهناك من يرى استبعاد القانون الأجنبي متى كان متعارضا مع المصالح الحيوية على المصلحة العامة[2]، وهناك فريق آخر يرى إعمال فكرة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الأجنبي متعارضا مع السياسة التشريعية للدولة[3].

ويرى آخرون أن استبعاد القانون الأجنبي بموجب الدفع بالنظام العام إذا كان يتعارض مع المعتقدات المشتركة للمجتمع الإنساني ومبادئ القانون الطبيعي[4].

وعموما فإن مختلف الآراء تتقارب حول فكرة أساسية وهي وجوب استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المبادئ والأفكار الأساسية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين، ويجب تأييد الرأي القائل أنه من الواجب أن يكون الدفع بالنظام العام مقرونا بالاعتدال والحكمة، ولا يتم استخدامه إلا في الحالات التي تستدعي إعماله فعلا، لأنه في سوء استخدامه يؤدي إلى هدم نظام قواعد التنازع.

[1] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص169.

[2] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص738.

[3] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص170.

[4] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص738.

لذلك لابد من إعمال معايير موضوعية، فنجد أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في تعليق على فكرة النظام العام «بيدا أنه يخلق بالقاضي من إحلال إرادته الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أوالآداب،فالواجب يقتضي أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا»[1].

ومن خلال ما سبق فإنه لا يمكن وضع تعريف جامع لفكرة النظام العام بل يجب ترك الأمر للقاضي لتقدير ذلك، لكن يمكن الكشف عن الملامح الرئيسية للفكرة فنرى أنها مجموعة القوانين التي تتعلق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والتي يحدث خرقها خللا في هذه الركائز[2].

ويمكن أن تكون فكرة النظام العام هي النظام الذي يحوي القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم تعلو فيه المصلحة العامة على مصالح الأفراد[3].

وعموما يمكن تعريف النظام العام بأنه « مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة التي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وقانونيا وأخلاقيا ويكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام »[4].

ثالثا: النظام العام في العلاقات الدولية والعلاقات الداخلية

رغم أن فكرة النظام العام تهدف إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع، وهو هدف تسعى إلى تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي، إلا أن هذه الحقيقة لا تعني في نظر الفقه تطابق فكرة النظام العام في كل من المجالين.

[1] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص223.

[2] أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بدون طبعة، وبدون سنة الطبع، ص203.

[3] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص202.

[4] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص196.

إن فكرة النظام العام تستخدم في مجال القاانون الداخلي لضمان عدم الخروج الارادي عن أحكام قواعد القانونية الآمرة بينما يستعان بها في نطاق القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه[1].

وفي الواقع إن الفارق بين النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص والنظام العام في مفهوم القانون الداخلي واضح لا غبار عليه، فالقانون الداخلي يضم مجموعة من المسائل تنطلي عليها هذه الصفة بصرف النظر عن مختلف القواعد المنظمة لها، فهذه القواعد تعد من النظام العام بمجرد تعلقها بواحدة من هذه المسائل كحالة الأشخاص وأهليتهم، على العكس من النظام العام الدولي الذي يمثل مجموعة من المبادئ والحلول المادية.

وعليه فمجال النظام العام الدولي أقل إتساعا من مجال النظام العام الداخلي[2].

فالطابع الاستثنائي يطغى على فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص ونطاق إعمال فكرة النظام العام يضيق في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلي[3].

فنتيجة الدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الداخلية مختلفة عن إعمالها في نطاق تنازع القوانين، ففي القانون الداخلي ليس هناك حلول قانون محل آخر إنما تأكيد اختصاص قانون القاضي.

إن فكرة النظام العام المعروفة في القانون الداخلي مختلفة في هدفها عن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، فإذا كان هدفها في القانون الداخلي هو استبعاد تطبيق اتفاقات الأفراد المخالفة للنصوص الآمرة، فإن هدفها في القانون الدولي الخاص هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية باختصاصه إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني، ويترتب على هذا الاختلاف في الهدف نتيجة هامة تتمثل في إختلاف نطاق إعمال كل منهما[4].

[1] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص197.

[2] عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص174.

[3] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص742.

[4] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص175.

إن السماح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية وفق قواعد الإسناد الوطنية لدولة المحكمة يستلزم بالضرورة تضييق حالات النظام العام على المستوى الدولي اكثر من المستوى الداخلي[1].

إن النظام العام في القانون الداخلي لا يسمح بأي اتفاق مخالف لأحكامه، فإن المسائل المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص لا تسمح بتطبيق قانون أجنبي مخالف[2].

إن النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هما فكرتان مختلفتان تم تعقبهما بمصطلحين متشابهين.

وتوضيحا للتمييز بين فكرة النظام العام في المجالين الداخلي والدولي الخاص فقد عبرت المحكمة العليا الألمانية عن هذا الأمر بقولها« إن القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد يستبعد تطبيقه إذا كان الفرق بين الأفكار السياسية والاجتماعية التي أوجبت القانون الأجنبي وبين تلك التي تسود في القانون الألماني كبيرا لدرجة أن تطبيق القانون الأجنبي يمس قاعدة الحياة السياسية والاقتصادية الألمانية»[3].

ويتضح من كل ذلك أن النظام العام في مجال التنازع جزءا من النظام العام الداخلي، ولتوضيح هذه الفكرة أي كيفية اعتبار النظام العام الدولي جزءا من النظام العام الداخلي فلقد أخذ مؤتمر لاهاي 1894 بالتمييز الذي قال به الكاتب السويسري "بروشيهBrocher "[4].

ولتوضيح ذلك مثلا في القانون الجزائري نجد نص المادة 96 من القانون المدني الجزائري تنص على مايلي:«إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا» كما نجد المادة97 من القانون المدني الجزائري في هذا الصدد تنص على ما يلي: :«إذا ألتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام كان العقد باطلا ».

[1] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص200.

[2] عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص173.

[3] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص744.

[4] قرر الكاتب بروشيه أنه من الوجهة الداخلية يشمل النظام العام مجموعة القوعد القانونية التي لايمكن للوطنيين الإتفاق على ما يخالفهم، ويدخل ضمن هذه القواعد والأحكام التي لا يستطيع المشرع نفسه أن يعدلها بدون تغيير أو هدم النظام الإجتماعي أو الدستوري للدولة، وهذه الأحكام الأخيرة هي التي تعتبر من النظام العام من الوجهة الدولية والتي لا يمكن أن تتغلب عليها القوانين الأجنبية.

إن النظام العام في القانون الداخلي يبطل التصرفات التي يقوم بها الأفراد بطلانا مطلقا، كما أنه يمكن للقاضي أن يطبق قاعدة قانونية واجبة التطبيق لم يثرها الخصوم(233و 234 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)، كما يمكن للنيابة أن تكون خصما أصليا في بعض الدعاوى[1]، كما أنه يسمح تبرير تطبيق قانون جديد على ما سوف يترتب من آثار لعقود أبرمت قبل صدوره[2].

أما فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع.

رابعا: الدفع بالنظام العام في الدول الإسلامية

تبنت جل التشريعات الإسلامية والعربية مبدأ إعمال الدفع بالنظام العام في قوانينها، فنجد في القانون الجزائري المادة 24 من القانون المدني الجزائري تنص على: « لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر....»، إن المقصود بهذه المادة هو أنه كلما عينت قاعدة تنازع القوانين الجزائرية قانونا أجنبيا وفقا للمواد من 9 إلى 23 من القانون المدني الجزائري وكان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر فإنه يستبعد تطبيقه[3].

أما في القانون المصري فإنه متى ثبت الاختصاص للقانون المصري وفقا للمادة 14 من القانون المدني المصري وكما هو معلوم فإن قواعد الإسناد الداخلية في مصر تقضي بتطبيق الشريعة الإسلامية على آثار الزواج وخصوصا مسألة الأموال المكتسبة، فإذا تم الزواج بين مصري مسلم وأجنبية غير مسلمة فالعقد يقع صحيحا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وباطلا وفقا لقانون جنسية الزوجة وهو ما يؤدي إلى بطلان الزواج إعمالا لحكم المادة 12 من القانون المدني المصري.

إن إنعقاد الزواج صحيحا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية يتعين معه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف لهذه الأحكام بإسم النظام العام في مصر دون اللجوء إلى المادة 14 من القانون

[1] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص163.

[2] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص51.

[3] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص159.

المدني المصري التي تبقى عاجزة عن حماية مصلحة المصري المسلم نفسه إذا كان إكتسابه للجنسية المصرية قد جاء لاحقا على الزواج، ففي هذا الفرض بدوره فإن رعاية حقوق الزوج المسلم في مسألة الأموال المكتسبة لن تتأتى بغير استخدام فكرة النظام العام[1].

إن فكرة النظام العام كانت كفيلة في ذاتها لإدراك الغاية التي حاول المشرع تحقيقها من خلال نص المادة 14 من القانون المدني المصري، بل إن النص المتقدم يقف عاجزا عن تحقيق الهدف المطلوب في فروض أخرى ولا يتأتى إدراكه فيها بغير وسيلة النظام العام، فنجد المشرع المصري قد نص على الدفع بالنظام العام في المادة 28 من القانون المدني المصري التي تنص على:«لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب العامة في مصر ».

وإذا كانت مسألة الأموال المكتسبة تخضع للشريعة الإسلامية وبالتالي نظام إنفصال الذمم المالية للزوجين وقضى القانون الأجنبي المعين بموجب قاعدة الإسناد إلى نظام الاشتراك القانوني في الأموال المكتسبة والذي قد يتضمن بنودا تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية خصوصا فيما يتعلق بنظام الإرث والوصية وغيرها من التصرفات المالية فإن هذا القانون الأجنبي المختص والذي يعتمد على نظام الاشتراك القانوني الذي يخالف بدوره مبادئ الشريعة الإسلامية في عدة نقاط يستبعد بواسطة إعمال الدفع بالنظام العام لكن بما أن مصر دولة تتعهد فيها الشرائع تعددا شخصيا يحتل الدفع بالنظام العام مكانا أوسع مقارنة بباقي الدول وخصوصا لبنان[2] والسبب يعود إلى أنه في القانون المصري تعتبر الشريعة الإسلامية شريعة عامة يجب أن تحترم القوانين الطائفية الأخرى قواعدها المعتبرة من النظام العام بعكس لبنان حيث تتساوى جميع الطوائف[3]، وهذه الصورة تتقوى وتتعمق خصوصيتها في معظم الدول العربية التي تعرف فكرة النظام العام الإسلامي وهذه الفكرة تنطبق على كل الدول الإسلامية عند إعمالها بالدفع بالنظام العام لاستبعاد قانون اجنبي يحكم آثار الزواج عموما ومسألة الأموال المكتسبة خصوصا بمبادئ تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد الآداب العامة وقواعد النظام في هذه البلدان

[1] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص294.

[2] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص746.

[3] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص203.

الإسلامية كمصر والجزائر وغيرهما، ففي الأردن نجد نص المادة 29 من القانون المدني الأردني تنص على:« لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام والآداب العامة في المملكة الأردنية الهاشمية»، أما في القانون المدني العراقي نجد نص المادة 32 منه تنص على مايلي: :« لا يجوز تطبيق قانون احكام أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام والآداب العامة في العراق»[1].

أما المشرع التونسي فاستعمل مصطلحا آخر للتعبير عن النظام العام فجاء في نص المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي مايلي:« يلجأ القاضي إلى الدفع بالنظام العام عندما يكون القانون الأجنبي المعين يتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي»[2]، فنجد المشرع التونسي استعمل عبارة "الاختيارات الأساسية" للتعبير على فكرة النظام العام.

خامسا: الدفع بالنظام العام في مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط في القانون الفرنسي

في القانون الفرنسي يتم إعمال الدفع بالنظام العام طالما كان القانون الأجنبي الذي قضت قاعدة الإسناد باختصاصه مخالف للآداب العامة والنظام العام الفرنسي، ففي قضيت الزوجين"Lizazianos" فإن استبعاد إحالة القانون الأمريكي إلى القانون الفرنسي في مسألة النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة للزوجين يرجع إلى نتيجة تطبيق قواعد التنازع الأجنبية وهذا ما يسبب الإضرار بوحدة النظام المال الزوجي واستمراريته وهو مبدأ أساسي يتصل بالنظام العام الدولي الفرنسي، إلا أن النظام العام الدولي الفرنسي الذي يهدف في وظيفته تقنيا إلى حماية النظام القانوني لقاضي النزاع باستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع قاعدة أساسية للمجتمع أصبح يهدف في وظيفته على ضوء قرار "Lizazianos" إلى استبعاد القانون الفرنسي نفسه[3].

الفرع الثاني: خصائص وشروط الدفع بالنظام العام

[1] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص203.

[2] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص159.

[3] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص782.

إن صعوبة إيجاد تعريف جامع مانع لمفهوم النظام العام جعله مصطلحا يتميز بالغموض، ونظرا للمحاولات العديدة لإيجاد تعريف للنظام العام – والتي سبق الإشارة إليها- سنحاول استخلاص بعض الخصائص التي تميز الدفع بالنظام العام ثم نوضح مجموعة من الشروط التي يجب توافرها حتى يمكن الدفع بالنظام العام.

أولا: خصائص الدفع بالنظام العام

تتميز فكرة النظام العام بجموعة من الخصائص أهمها:

1) فكرة النظام العام وطنية[1] فهي تتعلق بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع الوطني من أسس إقتصادية وسياسية وإجتماعية لدولة القاضي.
2) يستحيل تحديد مجال الدفع بالنظام العام، أي أنه يدخل في كل المجالات وقد يدخل أكثر في مجال الأحوال الشخصية وخصوصا في موضوع الزواج وآثاره وتحديدا في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط[2]، وما يجعل تحديد تدخله صعبا هو أن استبعاد القانون الأجنبي لا يكون دائما لمخالفته للنظام العام فقد يكون لسبب آخر.
3) فكرة النظام العام وقتية: وتكون العبرة بتقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدعوى، وليس وقت إنشاء المراكز القانونية، لأن الحق عند نشوئه قد يكون مخالفا للنظام العام وعند رفع الدعوى يكون غير مخالف له أو العكس، فالفقه في فرنسا يجمع على أن النظام العام السائد عند الفصل في النزاع هو الذي ينبغي أن يأخذ به القاضي[3].
4) فكرة النظام العام نسبية ومتغيرة تختلف من زمن إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، فليس من الممكن تصور مفهوم واحد للنظام العام في كافة الدول لإختلاف المفاهيم السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفلسفية والقانونية، أما النسبية التي يتميز بها النظام العام تجعل القاضي يعتد فقط بمفهومه وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء وقت العلاقة موضوع النزاع[4].

[1] فتيحة يوسف عماري، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص216.

[2] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص177.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص171.

[4] فتيحة يوسف عماري، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص216.

5) إن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض، لذلك نعتد بوقت النظر في الدعوى فتكون بذلك فكرة النظام فكرة حالية.
6) إن فكرة النظام فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة[1] و وظيفة محددة.
7) إن محكمة الموضوع هي التي تحدد فكرة النظام العام وضوابط تطبيقه وتحديد الوقت المناسب والسبب الصحيح[2].
8) قد تواجه مشكلة القانون الذي يحكم النظام العام في مسالة نفاذ حق تم إكتسابه في الخارج، فيرى البعض أن يكتفى فقط بعدم الاعتراف بهذا التصرف في دولة القاضي ويكون للنظام العام أثر سلبي فقط[3].

ثانيا: الشروط التي يجب تو افرها حتى يمكن الدفع بالنظام العام

لكي يتم الدفع بالنظام العام يجب أن تتوافر شروط أساسية تتمثل في:

1. أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد التنازع في القانون الوطني:

يقتضي هذا الشرط أن إعمال الدفع بالنظام العام لا يكون في مرحلة وضع قواعد الإسناد، لأن القانون الأجنبي الذي ينعى عليه تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي لا يكون قد تم التعرف عليه بعد، وهذا الشرط يعني أن إعمال الدفع بالنظام العام لا يتضمن إلغاء فكرة تنازع القوانين وإنما على العكس فإنه يثور بمناسبة تطبيقه، ولا يثور هذا الدفع بالنظام العام إذا كان القانون المشار إليه هو قانون دولة القاضي مثلما تنص عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري كلما كان أحد الزوجين جزائريا، والمادة 22 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري إذا كان الشخص يتمتع بجنسية جزائرية إلى جانب الجنسية الأجنبية، لكن هذا الدفع قد يكون في حالة تنازع بين قوانين محلية أو إقليمية داخل دولة واحدة.

[1] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص178.
[2] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص201.
[3] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص202.

2. أن يكون القانون الواجب التطبيق متعارضا مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية لدولة القاضي: يتضمن هذا الشرط أن يختلف مضمون القانون الأجنبي عن مضمون قانون القاضي، وأن يكون هذا الاختلاف واضحا ولو بشكل جزئي، بل أنه لا جدوى من إجراء محاولات مسبقة للحد من نطاق تدخل النظام العام عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين من النظام العام وأخرى ليست من النظام العام[1].

ثم إن مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا في مدى إنضباطه وصرامته في تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام.

ثالثا: تزامن فكرة الدفع بالنظام العام مع لحظة الفصل في الدعوى:

قد يتغير مفهوم النظام العام عبر الزمن داخل نفس الدولة فقد يكون الحق عند نشوئه مخالف للنظام العام وعند رفع الدعوى يصبح غير مخالف للنظام العام أو يكون غير مخالف للنظام العام وعند رفع الدعوى يصبح مخالف للنظام، فالفقهاء فقي فرنسا يرون أن النظام العام السائد عند الفصل في النزاع هو الذي ينبغي أن يأخذ به القاضي[2]، وإذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأت المركز القانوني[3] ثم أصبح غير مخالف للنظام العام عند رفع الدعوى، فإن القانون الأجنبي لا يستبعد إنطلاقا من الدفع بالنظام العام.

بعد تعرضنا لشروط الدفع بالنظام العام ينبغي التساؤل عن آثار الدفع بالنظام العام في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام

يعتبر الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج وخصوصا الأموال المكتسبة في الزواج المختلط حقل خصب لتنامي عدة مشاكل في هذه المسائل لأن مجال الأحوال الشخصية حساس يؤثر على العلاقات الخاصة للفرد بأسرته، كما يمتد هذا التأثير إلى علاقات الفرد مع مجتمعه

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص279.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص171.

[3] فتيحة يوسف عماري، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص215.

خاصة وأن استعمال الدفع بالنظام العام قد يضر بمصالح الأفراد وعلاقاتهم سواء بمصلحة الفرد أو مصلحة المجتمع ككل، لذا يجب التخفيف من حدة أثر الدفع بالنظام العام على مصالح الأفراد والمجتمع.

ونجد المادة 24 من القانون المدني الجزائري تنص على:« لا يجوزتطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العامم والآداب العامة في الجزائر....»، فهذه المادة لم تنص على الآثار المترتبة على عدم تطبيق القانون الأجنبي وهو ما يعبر عنه بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، إلا أن القضاء الجزائري في القضايا المثارة أمامه التي نظر فيها في المسائل المتعلقة بالدفع بالنظام العام قد استخلف القانون الأجنبي المستبعد بالقانون الجزائري وهو ما يعبر عنه بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

لكن في حالات أخرى فإن القانون الأجنبي لا يستبعد كليا لتأثره بمرحلة نشوء الحق ومرحلة الاعتراف بهذا الحق المكتسب الذي أكتسب في الخارج وأريد التمسك به في دولة القاضي، فإذا أكتسب هذا الحق في دولة أخرى وتم التمسك به في دولة القاضي فيصبح عندنا نا يعبر عنه بالأثر المخفف للدفع بالنظام العام.

وقد يحدث أن ينشأ الحق في دولة أجنبية كنتيجة لإعمال الدفع بالنظام العام في هذه الدولة فهل ينعكس أثر النظام العام الأجنبي ويؤثر في الحلول المأخوذ بها في دولة القاضي وهو ما يعبر عنه بالأثر الإنعكاسي للنظام العام.

وإنطلاقا مما سبق سنعالج الأثر السلبي والأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام وإلى الأثر المخفف للدفع بالنظام العام وإلى الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام.

أولا: الأثر السلبي والأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

يمثل الأثر السلبي والأثر الإيجابي الأثر العام للدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بتنظيم حقوق يراد إنشاؤها في دولة القاضي[1]، وعليه سنعالج الأثر السلبي للدفع بالنظام العام وإلى الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

1. الأثر السلبي للدفع بالنظام العام

إن النظام العام قد يدفع به فيتدخل لمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه، فنجد المادة 24 من القانون المدني الجزائري تنص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر غير أنها لم تبين هل يستخلف القانون المستبعد بقانون آخر أم لا، وقد قال بهذه الفكرةبعض الفقهاء[2] مثل "باتيفولBATTIFOL " لاغارد LAGARDE" ونيبوابيه Niboyet" وبارتانBARTIN".

وعليه فإن استبعاد القانون الأجنبي الذي نص على التعامل بالفوائد في مسألة الأموال المكتسبة بين الزوجين في الدول الإسلامية التي تحرم هذا النوع من التعامل يعبر عنه بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام لأن الدول الإسلامية تحرم التعامل بالفوائد، وبالتالي فإن استبعاد القانون الأجنبي المختص أصلا دون استخلافه بقانون آخر، ويكون الأثر سلبيا إذا كانت قاعدة النظام العام في بلد القاضي ناهية مثال ذلك: إذا أجاز القانون الأجنبي الواجب التطبيق التعامل بالفوائد في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، وهذا الأمر لا تجيزه قواعد النظام والآداب العامة في الدول الإسلامية بما فيها الجزائر، فهنا يجب على المحكمة الجزائرية الامتناع عن تطبيق هذا القانون الأجنبي لمخالفته لمبائ النظام العام والآداب العامة في الجزائر، وهذا الامتناع عن التطبيق هو ما يصطلح عليه بالأثر السلبي للنظام العام.

لكن قد يطرح السؤال عن مدى استبعاد هذا القانون الأجنبي، فهل يستبعد كليا أم يستبعد فقط الجزء المخالف للنظام العام؟وهو ماسنعالجه في النقطتين التاليتين:

[1] نعوم السيوفي،الحقوق الدولية الخاصة، محاضرات للسنة الرابعة حقوق، جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا، سنة 1967، ص877.

[2] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص180.

أ. إقتصار الاستبعاد عن الجزء المخالف للنظام العام (الاستبعاد الجزئي):

يذهب الإتجاه الراجح إلى أن الاستبعاد يطال فقط الجزء المخالف لمقتضيات النظام العام دون سائر الأجزاء الأخرى، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية على أنه إذا كان القانون الأجنبي متعارضا مع النظام العام الفرنسي في مسألة معينة - متعلقةبالآثار المالية للزواج – فإن الاستبعاد يقتصر على هذه المسألة دون غيرها من المسائل الأخرى المتعلقة بآثار الزواج[1].

ويرى الرأي الغالب في الفقه الفرنسي أن استبعاد القانون الأجنبي وفق مقتضيات الدفع بالنظام العام ينحصر في استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط في دولة القاضي[2]، فإن استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي هو الذي يستبعد فقط دون بقية الأجزاء، فنكون بذلك قد إحتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه أكبر قدر من الفعالية[3].

إن المشرع الجزائري نص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر فيهم أن الأمر يتعلق بالقانون الأجنبي برمته وليس جزءا منه فقط[4].

ب.استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بصورة كلية

يرى بعض الفقهاء أن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطني لمخالفته للنظام العام ينبغي أن يكون كليا، لأن استبعاد الجزء المخالف منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا لا جزء منه، لأن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى فسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه[5].

[1] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص215.

[2] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص753.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص177.

[4] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص183.

[5] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص151.

ونكون بصدد الاستبعاد الكلي إذا كان النص أو الجزء المراد استبعاده مرتبطا إرتباطا وثيقا بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي، ففي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه استبعادا كليا بمجمل أحكامه[1] وهو ما أخذ به المشرع الجزائري فنجده ينص على استبعاد القانون المخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر استبعادا كليا.

ويرى جانب آخر من الفقهاء وجوب الاستعاضة عن أحكام القانون الأجنبي المستبعد وإحلال قانون القاضي محله ولو بصفة جزئية، ذلك أن الاستبعاد الكلي يتعارض مع حكمة التشريع[2].

ويشبه البعض الحالة التي يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي استبعادا كليا عند إرتباط أجزائه إرتباطا لا يقبل التجزئة بدون تفريق بين جزء مخالف للنظام العام الوطني وجزء آخر غير مخالف له بحالة العقد الذي يتضمن بندا باطلا ويكون هذا البند هو الدافع للتعاقد ويؤدي إبطاله إلى إبطال العقد بمجمله[3].

وفي هذا الإطار نجد قضية " باتينوPATINO"[4] حيث استبعدت محكمة النقض الفرنسية القانون البولوني المخالف للنظام العام الفرنسي على مسالة النظام المالي للزوجين لاعتبار أن ذلك القرار يقود شرعا وكنتيجة إلى تشويه المصالح المالية للزوجين.

[1] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص755.

[2] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص235.

[3] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص217.

[4] في قضية "باتينو PATINO" وعلى إثر المنع المزدوج للطلاق والإنفصال الجسماني المنصوص على الأول في القانون الإسباني وهو قانون الجنسية الأصلية للزوجين "باتينو" وعلى الثاني في قانون الجنسية الجديدة وهو القانون البولوني، وجد القاضي الفرنسي أن الزوجين "باتينو" في وضع قريب فليس بإمكانهما الطلاق ولا الإنفصال الجسماني مما بدا له متعارضا مع النظام العام في فرنسا، الأمر الذي دعاه إلى تطبيق القانون الفرنسي الذي يأخذ بالتفريق الجسماني، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل إمتد إلى تطبيق أثر هذا التفريق على النظام المالي للزوجين، حيث أيدت محكمة النقض ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من تطبيق القانون الفرنسي وجعلت من حل الشركة المالية للزوجين سببا طبيعيا للإنفصال وتصفية علاقتهما المالية، أنظر جندولي فاطمة الزهراء، إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010، الجزائر، ص79.

و نجد أن المشرع التونسي قضى بالاستبعاد الجزئي للقانون المخالف للنظام العام التونسي في الفصل 36 فقرة 5 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

أما المشرع الجزائري ففي المادة 24 من القانون المدني الجزائري إقتصر على بيان الأثر السلبي للنظام العام، دون أن يفرض على القضاءمسلكا معينا لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد، وبذلك ترك السلطة التقديرية للقاضي حسب كل قضية.

2. الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

يتمثل الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام في إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد بإسم النظام العام.

ولقد استقر القضاء الفرنسي مؤيدا الفقه على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام وهو ذات الحل الذي استقر الفقه والقضاء المصري[1].

أما في القانون الجزائري في المادة 24 من القانون المدني القاضي قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و استخلفه بالقانون الجزائري، فنجد المشرع قد استبعد القانون المخالف برمته وعليه فقد أخذ بالرأي القائل إذا ما أخل القانون الأجنبي بالنظام العام فمن الأحسن أن يخضع النزاع برمته إلى قانون القاضي[2].

وإلى جانب الرأي المستقر في القضاء الفرنسي والمؤيد لرأي الفقه الغالب في فرنسا ومصر هناك رأي آخر يسود في ألمانيا يتمثل في البحث في القانون الأجنبي المختص عن قاعدة قانونية أخرى تحل محل القاعدة القانونية المستبعدة[3].

وأخيرا ينبغي على القضاء الجزائري أن يقرن الأثر السلبي بالأثر الإيجابي والمتمثل في إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد.

ثانيا: الأثر المخفف للنظام العام

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص179.

[2] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص183.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص180.

ويصطلح عليه بالدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة، وفيها يمكن للقاضي الوطني التمسك بالأثر المخفف للنظام العام عندما يتعلق الأمر بالتمسك بآثار علاقة قانونية نشأت في الخارج تطبيقا لقانون القاضي الناظر في النزاع أو تطبيقا لقانون أجنبي يجيز تطبيقها.

فقد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام ولا يتعارض نفس هذا المركز القانوني مع النظام العام في الدولة التي أنشئ فيها في الخارج وهنا يمكن الاحتجاج بأن نشوء هذه المراكز القانونية كان في الخارج في دولة لا يتعارض فيها هذا المركز القانوني مع النظام العام[1].

أما في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فإن الأثر المخفف للنظام العام قد يجد مكانه مثلا في حالة الاتفاق على نظام الاشتراك القانوني في الأموال المكتسبة في فرنسا وفي الجزائر يصطدم مع مبدأ إنفصال الذمم المالية للزوجين الذي يعد بمثابة القاعدة العامة في مسألة الأموال المكتسبة في الدول الإسلامية والجزائر بصفة خاصة طبقا للمادة 37 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري[2] مالم يوجد اتفاق في عقد الزواج وفي عقد رسمي لاحق يقضي بغير ذلك، فهنا لا يحتج الزوجان بالاشتراك القانوني في حالة عدم وجود اتفاق بشأن الأموال المكتسبة في الزواج المختلط رغم صحة الاحتجاج به في فرنسا أين يمكن للزوجين الاحتجاج بهذا الاشتراك القانوني في الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لأن المركز القانوني للزوجين قد نشأ صحيحا في فرنسا وهو بذلك غير مخالف للنظام العام فيها، لكن في الجزائر فلا يعترف بالاشتراك القانوني في الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بالشكل المعروف في فرنسا وهو بذلك مخالف للنظام العام في الجزائر التي تأخذ بنظام فصل الذمم المالية للزوجين كقاعدة عامة طبقا للشريعة الإسلامية وحسب نص المادة 37 فقرة1 من قانون الأسرة الجزائري.

فالأثر المخفف لفكرة النظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني إنكار كل أثر للنظام العام بوصفه صمام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع[3].

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص181.

[2] المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على:«لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانه خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ».

[3] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص210.

ثالثا: الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام

قد ينشأ حق في دولة أجنبية ويكون غير مخالف للنظام العام فيها وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاصه ويكون هذا الحق مخالف للنظام العام في نظر هذا اقانون الأجنبي المختص، فهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية الاحتجاج بهذا الحق في بلد القاضي الوطني[1].

إن القاضي الجزائري في مسألة تتعلق بحقوق أكتسبت على أساس نظام عام في دولة أخرى، فهنا القاضي ليس ملزما بذلك مبدئيا[2].

ففي مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لا يمكن الاحتجاج بالنظام الاشتراك الكامل الموافق للنظام العام في فرنسا في الجزائر مالم يوجد اتفاق حول الأموال المكتسبة الذي حتى وإن وجد فلا يكون بقدر الاتفاق الكامل الموجود في فرنسا لأن الجزائر أصلا تعتمد على نظام إنفصال الذمم المالية كمبدأ عام.

وعموما إذ كان الدفع بالنظام العام أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي المعين بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، فإن هناك مانع آخر يمنع تطبيق القانون الأجنبي وهو ما يعرف الدفع بالغش نحو القانون الذي يمنع كذلك تطبيق القانون الأجنبي المختص وهذا ما سنعالجه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

من القواعد الأصولية في علم القانون أن الغش يفسد كل شيئ، وبما أن القانون الدولي الخاص من المجالات الخصبة التي يقع فيها الغش نحو القانون، لأن إختلاف الأنظمة القانونية بين الدول يدفع الأفراد أحيانا إلى التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق عادة على علاقاتهم القانونية، وذلك بإصطناع ضابط إسناد صوري من أجل الخضوع لأحكام قانون يتفق مع أحكام

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص183.

[2] عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص185.

القانون الأجنبي المختص كالقانون الذي يتبنى نظام الاشتراك القانوني في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط أو حتى في حالة استقلال الذمم المالية بغرض تحقيق مصالح، وما يرغبون فيه من حلول، وقد وجد القضاء في الدفع بالغش نحو القانون أداة فعالة لإحباط مثل هذه المحاولات.

وحتى نبين ذلك سنعالج مفهوم الدفع بالغش نحو القانون في الفرع الأول وشروط الدفع بالغش نحو القانون ونطاقه في الفرع الثاني وأخيرا آثار الدفع بالغش نحو القانون في الفرع الثالث.

الفرع الأول:مفهوم الدفع بالغش نحو القانون

لتحديد مفهوم الغش نحو القانون نحاول تعريف الغش نحو القانون ولنشأة نظرية الغش نحو القانون وتحديد أساس نظرية الغش نحو القانون ثم نتطرق لنطاق الدفع بالغش نحو القانون.

أولا: تعريف الغش نحو القانون

إختلفت التعريفات لنظرية الغش نحو القانون في الألفاظ ولكنها اجتمعت في المعاني، فيعرف الغش نحو القانون بأنه «الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الآمرة للقانون الواجب التطبيق»[1]، كما يعرف أنه «إتخاذ أعمال إرادية عمدا أو عن غير عمد لإيجاد مركز يتفق مع القانون في نصه ولكن مضمونه يخالف الغرض»[2]، ويمكن أن يعرف كذلك بأنه«قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة»[3].

فيلاحظ من جل هذه التعريفات إجماعها على الاستخدام الإرادي وتغيير ضابط الإسناد بهدف الخضوع لقانون يخدم مصالح الأطراف والتهرب من أحكام القانون المختص أصلا.

ثانيا: نشأة نظرية الغش نحو القانون

[1] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص191.

[2] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص159.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص187.

تعتبر نظرية الغش نحو القانون قضائية النشأة، وظهرت لأول مرة في قضية " البرنسيس دي بوفرمونت la princesse de bauffremont "[1]، وتتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي de bauffremont وأكتسبت الجنسية الفرنسية بناءا على ذلك، ثم أرادت الطلاق منه فوقفت أحكام القانون الفرنسي وهو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة وفقا لقواعد الإسناد عقبة تحول دون إمكان تحقيق رغبتها لأن القانون الفرنسي لا يسمح بالطلاق آنذاك[2].

لكن الأميرة تجنست بجنسية دوقية وهي إحدى الدويلات الألمانية تسمى "سايكس التمبورغ" التي يسمح قانونها بوقوع مثل هذا الطلاق وحصلت على الطلاق ، ثم تزوجت من الأمير الألماني "بيبسكوBibescou"[3].

لكن زوجها الأول الأمير الفرنسي رفع دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني بناء على أن تجنس الزوجة كان يهدف إلى الغش نحو القانون ومن ثم لا يعتبر الطلاق الحاصل صحيحا[4].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 مارس 1878 ببطلان الطلاق والزواج الثاني المترتب عنه وكان ذلك لصالح الزوج الأول، وقد استندت محكمة النقض الفرنسية في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون[5].

وهناك من يرى أن تطبيقات نظرية الغش نحو القانون كان قبل هذه القضية وطبقت في قضايا أخرى مثل قضية" بلاس إي شوبان Place et choppin "[6] .

---

[1] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص190.

[2] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص213.

[3] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص190.

[4] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص213.

[5] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص188.

[6] وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصا فرنسيا كان متزوجا من فرنسية منذ 20 سنة، ثم صدر حكم بحقهما يقضي بالتفريق الجسماني، فذهب وأقام بسويسرا مع خليلته وتجنس بجنسية سويسرية بمدينة بال Bale ثم طالب بتحويل التفريق الجسماني إلى طلاق ، ثم بعد ذلك تزوج بخليلته وعاد لفرنسا للعيش معها، لكن الحظ لم يحالفه وتوفيت هذه الزوجة الثانية، فرجع إلى سويسرا ليعقد زواجه للمرة الثانية ثم عليه العودة إلى فرنسا ليستقر بها نهائيا. انظر نادية فضيل، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، جوان 1984، ص47.

ثالثا: تحديد أساس نظرية الغش نحو القانون

رغم اتفاق الفقهاء على ضرورة إعمال هذه النظرية، لكنهم إختلفوا في الأساس القانوني الذي تقوم عليه، حيث يرى البعض أن فكرة الغش نحو القانون هي مظهر من مظاهر فكرة النظام العام فكلاهما يؤدي إلى استبعاد قانون مختص بموجب قاعدة الإسناد، لكن يوجد هنك فرق بينهما وهو فرق واضح في الأساس[1].

وهناك من يرى أن أساس نظرية الغش نحو القانون هو التعسف في استعمال الحق، لأن التحايل على القانون في الحقيقة هو إنحراف في الحقوق عن غرضها العادي المشروع، لكن انتقدت على أساس أن الغش نحو القانون يمس بالمصلحة العامة في الدولة في حين أن التعسف في استعمال الحق يضر بمصلحة الأفراد.

وهذا ما ادى بالفقهاء إلى الاعتراف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون وهي تطبيقا للمبدأ القاضي بأن الغش يفسد كل شيئ" frauscorrumput omnia"[2].

والملاحظ أن القضاء الفرنسي خاصة محكمة النقض قد أبطلت جميع عقود الزواج التي تمت بقصد التهرب من احكام المادة 170 من القانون المدني الفرنسي[3]، كما نص مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي على نظرية الغش نحو القانون في المادة 47 من القانون المدني الفرنسي حيث نصت هذه المادة على:« لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ طبقا لقانون اجنبي لم ينعقد اختصاصا إلا غشا نحو القانون الفرنسي»[4].

ولقد تبنى المشرع الجزائري نظرية الغش نحو القانون في القانون المدني الجزائري المعدل سنة 2005 في نص المادة 24 منه بنصها على: « لاي جوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة.....أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون»، نجد أن المشرع الجزائري نص

[1] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص680.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص189.

[3] تنص المادة 170 من القانون المدني الفرنسي على:« الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا متى تم طبقا للشكل المطلوب في البلد الذي تم فيه، بشرط أن يكون الإعلان عنه تم طبقا لما تقضي به المادة 63 من هذا القانون ...».

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص289.

على هذه النظرية واستبعد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص باستعمال الغش نحو القانون استبعادا كليا.

رابعا: نطاق الدفع بالغش نحو القانون

لقد سار القضاء الفرنسي في البداية على إتجاه محدد وهو أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب منه هو قانون القاضي، حيث قصر إعمال الدفع بالغش نحو القانون على الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من أحكام القانون الفرنسي[1]، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية سنة 1922 في قضية "فيراري"[2] إذ أكد صحة طلاق السيدة" فيراري"طبقا للقانون الفرنسي رغم ما تضمنه من تحايل على القانون الإيطالي، لكن نظرا للاستهانة بالقانون الأجنبي قد وضعت محكمة النقض الفرنسي شرط إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي شرط غياب كل غش نحو القانون سواء الوطني أو الأجنبي وكان ذلك في قضية "MUNZER" الصادر في 1964/01/07، وقد أيد الفقه الحديث هذا الإتجاه واعتبر أن الغش يكون غشا في جميع الحالات سواء كان على القانون الوطني او القانون الأجنبي[3]، كما أضاف بعض الفقهاء كون أن الدفع بالغش نحو القانون هو دفع إحتياطي أي أنه ليس هناك وسيلة أخرى يستبعد بها القانون الأجنبي غير الدفع بالغش نحو القانون.[4].

أما عن تطبيقات نظرية الغش نحو القانون في الدول الإسلامية فإن القضاء والفقه في بعض هذه الدول يتنكر لنظرية الغش نحو القانون عندما يكون التغيير في ضابط الإسناد ليس في الجنسية وإنما في الديانة إلى الإسلام[5]ن ففي بعض الدول الإسلامية لا يعتبر تغيير الشخص لدينه من غير الإسلام إلى الإسلام غشا نحو القانون لأن ذلك يتعلق بالدفع بالنظام العام، ولا

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص192.

[2] تدور وقائع هذه القضية حول تجنس إيطالي بالجنسية الفرنسية للتهرب من تحريم الطلاق الذي كان منصوصا عليه في تلك الآونة في القانون الإيطالي، حيث قررت المحكمة أن الدفع بالغش نحو القانون لا يتحرك إلا إذا كانت نية الأطراف قد ذهبت إلى التهرب من الأحكام الآمرة في القانون الفرنسي.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص193.

[4] جندولي فاطمة الزهراء، إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص89.

[5] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص689.

يجوز بعده تغيير الدين الإسلامي الذي اعتنقه وإلا يعتبر ذلك ردة ولها نتائجها وأحكامها الخاصة بها.

إن القضاء في مصر والعراق يصر على حماية حقوق الإسلام والمسلمين بغض النظر عن حقيقة الدوافع الكامنة وراء تغيير الشخص لدينه إلى الإسلام، حتى ولو يرغب بتحقيق مكسب له كالمكسب المالي الذي يرد تحقيقه لا سيما في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الدول الإسلامية التي تعمل بمبدأ إنفصال الذمم المالية للزوجين هروبا من مبدأ الاشتراك القانوني المعرف في دول الغرب[1].

ويتحقق الغش نحو القانون عن طريق تغيير الديانة كما يظهر ذلك في النظام القانوني المصري الذي يأخذ بالدفع بالنظام العام الإسلامي إذا ثبت الغش نحو القانون بتغيير الديانة وذلك حماية لحقوق المسلمين في مصر عندما يلجأ بعض الأجانب إلى إعتناق الإسلام [2] للاستفادة من مزايا نظام فصل الذمم المالية للزوجين والتهرب من الأعباء التي يتحملها أحد الزوجين في ظل نظام الاشتراك القانوني الشائع تطبيقه في الدول الغربية.

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

مهما أختلفت التعريفات لنظرية الغش نحو القانون، وأي كان الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، فإن قيامها يتطلب توافر شرطين أساسيين يتمثلان في شرط مادي وهو إجراء تغيير إرادي لضابط الإسناد وهو ما سنعالجه أولا وشرط معنوي وهو توافر نية الغش نحو القانون الذي سنتطرق إليه ثانيا.

أولا: إجراء تغيير إرادي لضابط الإسناد

يشترط القضاء الفرنسي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يجري المعني تغيير إرادي لضابط الإسناد عندما يكون هذا الضابط قابلا لتغيير كتغير الجنسية أو تبديل الموطن[3] أو تغيير مكان

[1] ممدوح عبد الكريم،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص206.

[2] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص676.

[3] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص682.

وجود المال المنقول أو تغيير الشخص لدينه أو مذهبه[1] ويشترط أن يكون هذا التغيير بإرادة الأفراد، أما إذا كان التغيير لا يد للأفراد فيه فلا يعد تغييرا إرديا ولا يدفع بالغش نحو القانون كإكتساب الجنسية بالتجنس[2].

كما يشترط أن يكون هذا التغيير فعليا، إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد صوريا لما كان في حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون[3]، كما يشترط أن يتم الاتفاق على تطبيق قانون معين حقيقة وليس مجرد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق دون تحديد قانون معين كقانون مختص آخر غشا نحو القانون[4].

كما يشترط أن يكون التغيير مشروعا، كتغير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول في الحالة العادية مشروعا طالما اعتبر حق يحميه القانون[5]،فتغيير الجنسية أو الموطن أمر إرادي للأفراد يمكن من التحايل فيه، فالغش في هذه الضوابط خاصة في مسائل الأحوال الشخصية كمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ففي القانون المدني المصري نجد المادة 13 قد عالجت مشكلة جادة من المحتمل وقوعها تتعلق بتغيير الزوج لجنسيته في فترة ما بين الزواج وبين وقت رفع الدعوى المتعلقة بمسألة الأموال المكتسبة، وهذا تهربا من قانون جنسيته، فقرر تطبيق قانون جنسية الزوجة وقت إنعقاد الزواج دون إعتداد بأي تغيير لاحق يطرأ على جنسيته حتى ولو إكتسب هذا الزوج جنسية زوجته[6]، وقد أصاب المشرع المصري بإعتداده بهذا الضابط الزمني لتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج، ومع ذلك فنحن نتفق مع ما ذهب إليه الفقه المصري من أنه كان يتعين النص على أنه في حالة إتحاد الجنسية وقت رفع الدعوى يجب الرجوع في هذه الحالة لقانون الجنسية المشتركة الجديدة استثناءا، وأن ذلك لا يعيبه لجوء الزوج أحيانا إلى تغيير جنسيته لتصبح متفقة مع جنسية الزوج والتي وجد الزوج في قانونها ما يتفق مع

[1] بعض الدول العربية لا تعتبر تغيير الديانة من غير الإسلام إلى الإسلام غشا نحو القانون على أساس أن كل ما يتعلق بالدين مسألة نفسية باطنية.

[2] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص683.

[3] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص214.

[4] ممدوح عبد الكريم،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص206.

[5] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص683.

[6] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص215.

مصالحه المالية لأن القاضي يكون له في هذه الحالة أن يعطل تطبيق هذا القانون إعمالا للدفع بالغش نحو القانون[1]، فالغش نحو القانون ممكن بتغيير الضوابط وهو وارد طالما أن تغيير هذه الضوابط أمر مشروع عادة، فضابط الجنسية من الضوابط التي تقبل التغيير بالنسبة للأحوال الشخصية فيقوم الشخص بتغيير جنسيته بالتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة لكونه لا يحقق مصلحته وخصوصا الجانب المالي منها[2].

أما ضابط الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية في البلدان التي تجعل من قانون الموطن هو القانون الشخصي فتغيير ضابط الموطن أسهل من تغيير ضابط الجنسية.

أما ضابط موقع المال بالنسبة للمنقولات فهو من الضوابط التي تغير بسهولة فيقوم الشخص بتغيير موقع المال المنقول بنقله من بلد لآخر ليفلت من قانون البلد الأول[3].

فالغش نحو القانون يكمن إذا ما استعمل الأفراد هذه الرخصة الممنوحة قانونا للتهرب من القانون الذي لا يخدم مصلحة الزوج في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، أو إذا غير مثلا مواطن فرنسي جنسيته إلى جنسية سعودية من أجل الاستفادة من مزايا مبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين المقرر في الشريعة الإسلامية والتهرب من مبدأ الاشتراك القانوني الذي يقوم عليه النظام المالي للزوجين في فرنسا، فهذا التغيير مشروع أصلا لكن النية المرجوة منه هي التي تحمل في خباياها نية الدفع بالغش نحو القانون، لذلك لا بد من عدم شرعية الوسيلة التي أعتمد عليها حتى يتم استبعاد القانون المحدد من منطلق عدم شرعيته وليس من منطلق الدفع بالغش نحو القانون.

ثانيا: تو افر نية الغش نحو القانون

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول أن هناك غش نحو القانون، بل ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة، فالأميرة "دي بوفورمنت"عندما غيرت جنسيتها الفرنسية إلى الجنسية الألمانية فذلك ليس حبا في

[1] عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص249.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص190.

[3] عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص191.

الجنسية الألمانية، وإنما لكي تتخلص من تطبيق القانون الفرنسي الواجب التطبيق أصلا إلى القانن الألماني الذي يمنحها الطلاق، وهي نية سيئة غير مشروعة كشفها تصرفها بالعودة لفرنسا للعيش فيها بعد الزواج من الأمير الألماني[1]، لأنها لو عاشت في ألمانيا لأثبتت أنها وضعت الجنسية الألمانية موضع التطبيق الفعلي وهذا لم يحصل.

وقد ذهب البعض إلى تعليق توافر أركان الغش نحو القانون إضافة إلى النية السيئة شرط آخر وهو تحقق النتيجة الغير المشروعة التي يسعى إليها مرتكب الغش نحو القانون[2].

ويرى الاستاذان" باتيفول" و"لاغارد" أن يكون هناك غش نحو القانون لما يكون تغيير للقانون عوض أن يكون مجرد نتيجة عادية لتغيير ضابط الإسناد فيكون تغيير القانون هو الهدف المقصود من هذا التغير[3]، وأن يكون هذا التغيير فعالا ومؤثرا[4].

إضافة إل هذين الشرطين الأساسيين لإمكان الدفع بالغش نحو القانون هناك شروط أخرى أضافها القضاء الفرنسي هي أن يكون الغرض من تغيير ضابط الإسناد هو التهرب من أحكام القواعد الآمرة لقانون دولة القاضي[5]، فنجد في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 05 فبراير 1929 في قضية" مانشيني"[6].

وهناك من يرى أن حتى القواعد المكملة ترقى إلى معاملة القواعد الآمرة حيث أن التهرب يكون غرضه كذلك التهرب من القواعد المكملة لأنها إذا لم يتفق الأفراد على مخالفتها تصبح تتسم بطابع الإلزام كالقواعد الآمرة[7].

---

[1] ممدوح عبد الكريم،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص207.

[2] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص216.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص191.

[4] ممدوح عبد الكريم،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص208.

[5] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص194.

[6] حيث وقعت هذه القضية حول تجنس إيطالي بالجنسية الفرنسية للتهرب من تحريم الطلاق المنصوص عليه في القانون الإيطالي، حيث قررت المحكمة أن الدفع بالغش نحو القانون لا يتحرك إلا إذا كانت نية الأطراف قد ذهبت إلى التهرب من الأحكام الآمرة في القانون الفرنسي.

[7] غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص257.

.

الفرع الثالث: آثار الدفع بالغش نحو القانون

يرتكب الغش نحو القانون لتحقيق غاية معينة والاستفادة من مزاي القانون أو التهرب من قانون لا يخدم مصالح الأطراف كتهرب الزوج من قانون جنسيته الذي لا يخدم مصالحه المالية في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إلى قانون جنسية أخرى، وهذا التغيير سواء كان بتغيير الجنسية أو بتغيير الموطن أو ضابط موقع المال تنجر عنه آثار معينة نتيجة الدفع بالغش نحو القانون ويكون الجزاء هو استبعاد القانون الذي أراد الشخص المغير لضابط الإسناد أن يستفيد من اختصاصه للنظر في دعواه.

وعموما يثور التساؤل حول إمكانية أن يشمل جزاء الغش نحو القانون وهو منع واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه بعد تغيير ضابط الإسناد الوسيلة والغاية المرجوة من هذا التغيير أم أن جزاء الغش نحو القانون يقتصر على الغاية دون الوسيلة، أي استبعاد القانون الأجنبي دون المساس بتغيير ضابط الإسناد.

لذلك سنعالج الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون و الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون.

أولا: الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون

إن قاعدة الغش يفسد كل شيئ المعروفة في القانون الداخلي تعني أن أثر الغش هو إبطال التصرف المشوب به، أما في القانون الدولي الخاص فإن الجزاء لا يحيط بالتصرف في نفسه، فدولة القاضي لن يكون لها أن تقدر مدى صحة التصرف الذي تم في دولة أجنبية[1]، فكل ما يدخل في نطاق سلطات محاكمها هو عدم نفاذ التصرف على أرضها أمام القاضي الوطني[2] دون التطرق إلى صحة التصرف في دولة القانون الجديد.

[1] عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص194.

[2] نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص123.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الغش نحو القانون يجب أن يقتصر على النتيجة دون الوسيلة المستعملة[1]، ففي قضية الأميرة" دي بوفورمنت" يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني من الأمير الألماني، وهي النتيجة التي هدفت الأميرة "دي بوفورمنت" إلى تحقيقها حينما قامت بتغيير جنسيتها للإفلات من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق أصلا[2]، وبناءا على ذلك فإن أي نزاع مستقبلي يتعلق بأهليتها سيخضع لقانون جنسيتها الجديدة وهو القانون الألماني[3]، أي الإكتفاء فقط باستبعاد تطبيق القانون الجديد وهو القانون الألماني والإبقاء على القانون الفرنسي القديم الذي ما كان ليتغير لو لا القيام بهذه الأفعال لغرض التحايل للإفلات من تطبيق أحكام القانون الأصلي وهو القانون الفرنسي[4]، ففي قضية الأميرة "دي بوفورمنت" إكتفت محكمة النقض الفرنسية في عدم الاعتداد بالطلاق بفرنسا دون التطرق إلى بطلان الجنسية الألمانية لأن الخوض في ذلك يؤدي إلى خلق مشكل قانوني تمثل في التعدي على أحكام القانون الإداري الأجنبي[5].

لكن يعاب على هذا الرأي أن قيامه على فكرة عدم النفاذ قد يوقعه في الخلط واللبس، كما أن هذا الرأي منتقد لمجافاته للمنطق القانوني السليم الذي يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثارا متناقضة، فالغاش يبقى خاضعا للقانون الذي تهرب من احكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بتغييره لضابط الإسناد، وفي الوقت نفسه يخضع لقانون جنسيته الجديدة وهذا لايحقق استقرارا في المراكز القانونية[6].

أما غالبية الفقهاء في فرنسا فيرون أن جزاء الغش يشمل الغاية و الوسيلة[7]، وعليه فإن القضاء الفرنسي قد أخذ بالأثر الشامل للدفع بالغش نحوالقانون، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الأميرة "دي بوفورمنت" مازالت فرنسية من جميع الوجوه، وقد حذت غالبية الفقه

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص198.
[2] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص222.
[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص198.
[4] ممدوح عبد الكريم،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص212.
[5] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص230.
[6] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص198.
[7] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص197.

حذو قضاء النقض السابق لسهولة تطبيقه وأخذا بمنطق أن الغش يفسد كل شيئ[1]، وعملا بذلك المبدأ فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن الأميرة مازالت فرنسية ويعني أنها جعلت جزاء الغش نحو القانون يشمل الوسيلة والغاية، أي عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقا لقانون جنسيتها الجديدة وهو القانون الألماني باعتبارها الغاية، أما الوسيلة و المتمثلة في التجنس بالجنسية الألمانية فجزاؤه كذلك هو عدم النفاذ[2].

وقد انتقد هذا الإتجاه على اساس أن تطبيق الجزاء على الوسيلة والغاية يؤدي إلى تطبيق الجزاء على آثار أخرى لم يكن الشخص الغاش قد أراد الإفلات بشأنها من أحكام القانون المختص أصلا، فالأميرة "دي بوفورمنت" أرادت التهرب فقط من المانع الوارد في قانونها والدي يحرمها من الحصول على التطليق، فلماذا نمدد الجزاء إلى آثار أخرى لم تبحث عنها[3]، كما أن تطبيق قاعدة ما بني على باطل فهو باطل يهدر كل المراكز القانونية التي نشأت على تطبيق الجزاء على الغاية والوسيلة، لذلك يجب مراعاة مصلحة الطرف الضعيف وإعادة الاعتبار لسيادة القانون الوطني بتفعيل الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون، ففيما يتمثل هذا الأثر؟ وهو ما نتطرق إليه في مايلي:

ثانيا:الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون

إن أثر الغش ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقا للضابط المساعد وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الشخص التهرب من احكامه، فإذا استبعدنا القانون الذي أراد الغاش تطبيقه فإنه يتولد لدينا فراغ قانوني ينبغي سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الأطراف التهرب من احكامه وتطبيقها لأنه هو القانون المختص أصلا[4].

[1] عصام الدين القصبي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص195.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص197.

[3] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص222.

[4] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص805.

فأثر الغش في هذه الحالة هو إذن مجرد أثر حلولي أو استبدالي بمعنى أن القانون المختص أصلا يحل محل القانون الذي حاول الخصم أن يتوصل إلى تطبيقه حينما قام بتغيير ضابط الإسناد تهربا من أحكام القانون الأول الذي رجع إليه اختصاصه بموجب الأثر الإيجابي الحلولي[1].

وعلى ذلك ففي قضية الأميرة "دي بوفورمنت" التي تجنست بالجنسية الألمانية لكي تتوصل للطلاق من زوجها فإن الأثر الإيجابي للغش نحو القانون ينصب في هذه الحالة على وجوب استبعاد أحكام القانون الألماني وإحلال محله بالقانون الفرنسي الذي كان مختصا في حكم النزاع في الأصل والذي أرادت الأميرة أن تتهرب من أحكامه، فالحكم بعدم الاعتداد بالطلاق الذي يحكم به في ألمانيا وعدم جواز الاجتجاج بهذا الطلاق في فرنسا وحتى بالزواج الثاني المترتب عنه لاستمرار الوجود القانوني للعلاقة الزوجية الأولى في ظل القانون الفرنسي الذي أعيد له الاختصاص عند الدفع بالغش نحو القانون.

أما في مسألة الأموال المكتسبة فإن تغيير الزوجة لديانتها إلى الإسلام لتستفيد من مزايا فصل الأموال بدلا من نظام الاشتراك في الأموال الزوجية المعروف في التشريعات الغربية، فهنا اعمال الدفع بالغش نحو القانون يكون واجبا حماية لمصالح المسلمين حتى وإن كان القضاء والفقه في الدول الإسلامية اعتبر أن مسألة اعتناق الإسلام هي مسألة نفسية باطنية لا يمكن الإطلاع على النية المبيتة منها فهل هي مسألة تم اتخاذها عن اقتناع والرغبة في ذلك أم مجرد مراعاة للمصالح الشخصية للأفراد وخصوصا المالية منها المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

[1] هشام علي صادق،دروس في تنازع القاوانين، مرجع سابق، ص224/223.

الباب الثاني: الأحكام القانونية المنظمة للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط من جانب الاختصاص القضائي الدولي

إن القواعد المنظمة لكل من الاختصاص القانوني والاختصاص القضائي[1] في مجال العلاقات الخاصة الدولية هي قواعد وطنية من صنع المشرع الوطني، إلا أنها تختلف في طبيعتها الخاصة لكل من المجالين، فالقواعد التي تفض على أساسها مشكلة تنازع القوانين والمعروفة بقواعد التنازع أو قواعد الإسناد تقتصر مهمتها على تحديد القانون الواجب التطبيق كما سبق وأن رأينا، في حين أن قواعد الاختصاص القضائي الوطني تحدد فقط نطاق اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الناشئة عن هذا النوع من العلاقات، نجد أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي[2] هي قواعد مادية موضوعية وليست قواعد إسناد تحدد اختصاص القضاء الوطني أو الدولي، وبالتالي منح الاختصاص لجهة قضائية معينة للفصل في آثار الزواج عموما ومسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط خصوصا.

وإذا كانت قواعد الاختصاص القضائي الوطني تحدد نطاق اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الناشئة في العلاقة التي يكون أطرافها وطنيين، فإن بروز العنصر الأجنبي في دعاوى الأموال المكتسبة إما في أطرافها وهما الزوجان أو في محلها أو السبب المنشئ لها - سواء توفر عنصر أجنبي واحد أو أكثر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط- أصبحت العلاقة بهذه الصفة علاقة دولية وخضعت للقواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي، وعليه تتولى دولة القاضي مهمة تحديد الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لها وتبيين الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطتها القضائية في مقابل سلطة الدول الأخرى وعليه تختص محاكم هذه الدولة إزاء

[1] هو بيان ولي الأمر لجهة قضائية سلطة قضاء الحكم في قضايا عامة أو خاصة أو معينة في حدود زمانية ومكانية ، أو هو ما لجهة قضائية أو محكمو ولاية من سلطة الفصل في نزاع معين، فتحديد اختصاص محكمة يقصد به تحديد القضايا التي تباشر المحكمة سلطتها عليها، والقواعد المنظمة للاختصاص التي تهدف إلى بيان حدود ونصيب كل محكمة من القضايا المثارة، أنظر أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008، ص140.

[2] هو بيان قواعد اللتي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدولة الأخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الداخلي، وتتضمن قواعد الاختصاص القضائي الدولي معايير ينعقد على أساسها الاختصاص للمحاكم.أنظر إيناس محمد البهجي ويوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص153.

غيرها من محاكم الدول الأخرى بالمنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا[1]، وعليه فإن وظيفة تبيان الحدود التي تباشر فيها محاكم هذه الدولة سلطتها القضائية في مقابل الحدود التي تباشر فيها دول أخرى هذه السلطة من مهمة دولة القاضي[2].

لذلك فالمشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي قد خصصا مادتين فقط للاختصاص القضائي الدولي، فنجد المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وتقابلها المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي، فقد مدد المشرع الجزائري العمل بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إلى المستوى الدولي، لكن مع مراعاة طبيعة النزاع الدولي وإعتمادا على المعايير والضوابط المقررة في القانون الوطني و التي تبين اختصاص قضائه الوطني.

لكن هناك بعض االتشريعات التي خصت مواضيع القانون الدولي الخاص بقانون خاص بها كالقانون التونسي والقانون المصري، فالمشرع التونسي قد خصص الفصول من 3 إلى 10 من مجلة القانون الدولي الخاص لتنظيم اختصاص المحاكم التونسية، أما المشرع المصري فقد نظم الاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المدنية و التجارية.

وعليه إذا صدر حكم من الجهات القضائية الدولية وكان النزاع حول الأموال المكتسبة مطروحا على قضاء دولة أجنبية، فإن هذا الحكم الصادر تستخدم فيه قواعد الاختصاص القضائي الدولي غير المباشر، كما يتوجب تنفيذ هذا الحكم على المستوى الوطني، لذلك قرر المشرع الجزائري تنظيم تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية بموجب نصوص قانونية بعد مراعاة مدى توافر شروط معينة تتمثل في اختصاص القضاء الأجنبي الذي أصدر الحكم من عدمه حتى يمنح القاضي الناظر في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط الصادر عن القضاء الأجنبي أمر تنفيذ هذا الحكم في الإقليم الوطني.

فإذا فصلت المحاكم الأجنبية في المنازعات المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط وأصدرت حكما فاصلا فيها غير أنه يراد التمسك والاحتجاج بهذا الحكم في الجزائر فهنا القضاء الوطني قبل أن يتبنى هذا الحكم ويمنحه الأمر بالتنفيذ عليه التأكد من توافر الشروط المتطلبة قانونا.

[1] غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص276.

[2] سهيل حسين الفتلاوي ، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري للتوزيع المطبوعات، القاهرة، مصر، ص250.

ومن هنا تثور عدة تساؤلات حول الاختصاص القضائي الدولي تتمثل في:

هل تعتبر معايير وضوابط اختصاص المحاكم الوطنية كفيلة بتحديد الاختصاص القضائي الدولي لهذه المحاكم للفصل في نزاع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط؟ وكيف يتم منح الأحكام المتعلقة بالأموال المكتسبة والصادرة عن القضاء الأجنبي حق تنفيذه على التراب الوطني الجزائري؟

وإذاطرح أمام القاضي الوطني دعوى طلب تنفيذ حكم أجنبي فهل يتطلب الأمر من المدعي رفع دعوى جديدة أمام هذا القاضي أم أنه يكتفي فقط بطلب الأمر بالتنفيذ؟ وماهي الشروط التي يراعيها هذا القاضي قبل منحه الأمر بالتنفيذ لهذا الحكم الأجنبي؟ وما هي أهم الآثار الناتجة عن تنفيذ هذا الحكم الأجنبي الصادر في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط؟.

وبناء على هذه التساؤلات السابقة سنعالج الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وأهم الضوابط المحددة لها في الفصل الأول، و تنفيذ الأحكام المتعلقة في دعوى الأموال المكتسبة الصادرة عن جهة قضائية أجنبية في الفصل الثاني.

الفصل الأول: الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن الفصل في أي دعوى تحتوي على عنصر أجنبي سواء تعلق بأطرافها أو محلها أو سببها يستوجب تحديد الجهة القضائية المختصة لأن هذا التحديد يشكل بداية الحل للنزاع المعروض، فمن خلال تحديد هذه الجهة القضائية المختصة للنظر في نزاع ما يترتب عليه حتما معرفة الإجراءات الواجب إتباعها، لأن قانون القاضي يجبر على الخضوع لإجراءاته للنظر في النزاع المعروض[1].

إن القانون الدولي الخاص لكل دولة يعطي لها الحق في تحديد الاعتبارات والضوابط في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم حتى في العلاقات ذات الطابع الدولي، وبالبحث في طيات القوانين يمكن القول بوجود بعض القواعد التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم.

ولكن في قضايا الأحوال الشخصية عامة ومسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط خاصة نجدها تتسم ببعض الخصوصية فالمشرع الفرنسي والمشرع الجزائري لم يخصصا سوى مادتين في قانونيهما لاعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية بالنظر في دعاوى التي يكون أحد أطرافهاوطنيا.

ولذلك سار القضاء والفقه في الدولتين على ضرورة تمديد قواعد الاختصاص القضائي الداخلي إلى المجال الدولي[2] لترشد القاضي لتحديد متى تختص محاكمه الوطنية بالنزاعات الدولية.

ومن جهة أخرى طالب جانب آخر من الفقه والقضاء بوجوب بناء نظرية الاختصاص العام المباشر على مبدأ عام وهو"مبدأ الفاعلية" "Le principe d'éffectivité"الذي يبنى على أسس فنية لقواعد الاختصاص الخاص ويتفق مع طبيعة المنازعات التي تثار بشأنها مسألة الاختصاص العام، وما تنطوي عليه المنازعات من عنصر أجنبي نتيجة لتدخل ظاهرة الحدود السياسية بين

---

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006، ص31.

[2] حيث استقرت محكمة النقض الفرنسية من قرار Pelassa et reuft بتاريخ 1959/10/19 على اختصاص المحاكم الفرنسية استنادا لقواعد الاختصاص المحلي وقضت

« Le principe qui étend à l'ordre internationale les régles francaises internes de compétnse ». . أنظر بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص202

الدول، وقد قامت نظرية الاختصاص العام على مبدأ هام يقضي باختصاص محاكم الدولة بالنسبة لرعاياها، وكذلك ثبوت الاختصاص لمحاكم الدولة متى كان للنزاع صلة بإقليمها.

أما نظرية الاختصاص الخاص فقد دعمت نظرية الاختصاص العام بمبدأ هام كقاعدة سعي المدعي إلى المدعى عليه في محكمته، إضافة إلى مبادئ أخرى تم تعديلها بما يتفق وطبيعة الاختصاص العام المباشر كقاعدة الخضوع الاختياري.

وبالحديث عن الاختصاص العام والاختصاص الخاص فإن القاضي قد يكون مختصا اختصاص أصليا وعاما للنظر في النزاع وهو مايسمى"القضاء ذا الولاية العامة"، وقد يكون مختصا في حالات أخرى اختصاص محدودا و هو ما يسمى " القضاء ذا الاختصاص الاستثنائي أو الطارئ"[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن حالات الاختصاص العام المباشر تنقسم إلى طائفتين هما: - حالات الاختصاص الأصلي – وحالات الاختصاص الجوازي، وهنا تبرز أهمية التفرقة بين حالات الاختصاص الأصلي وحالات الاختصاص الجوازي في مدى تعلق الاختصاص العام المباشر بالنظام العام في الدولة.

وإنطلاقا مما سبق فإن اختصاص المحاكم الوطنية يمكن أن يكون اختصاصا أصليا أو اختصاصا جوازيا طارئا.

ولذلك سنتطرق إلى ضوابط إنعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي في المبحث الأول وضوابط إنعقاد الاختصاص القضائي الدولي الطارئ في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ضوابط إنعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي

إن المشرع الجزائري قد مدد العمل بالقواعد الإجرائية الوطنية، شأنه شأن المشرع الفرنسي حيث خصص المشرع الجزائري مادتين فقط هما المادتين 41 و42 من القانون

[1] رشيد خلوفي، القضاء الإداري تنظيم اختصاصه، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون،الجزائر، 2002، ص231/230.

الإجراءات المدنية الإدارية[1]، وطالما أن تحديد الجهة القضائية مرتبطا بالسيادة والمصلحة العامة خصوصا في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ونظرا لكثرة الإشكالات القانونية التي تثيرها مسألة الأموال المكتسبة لكنها لم تحض بتنظيم قانوني يكفل هذه الحقوق المالية، وإنما مدد نطاق العمل بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2].

وفي المقابل فإن القانون المصري قد نظم ما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري[3].

إن مسألة تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط مرتبط بتفعيل عدة معايير وضوابط تتنوع بين الشخصية والإقليمية التي من خلالها تحدد اختصاص الدولة للنظر في هذه المسألة لوجود علاقة بين هذه الدولة والقضية المثارة والمتمثلة في الأموال المكتسبة في الزواج المختلط عن طريق وجود عنصر أجنبي أو أكثر يربط هذه القضية بتلك الدولة، وتجدر الإشارة أن معظم التشريعات وضعت قواعد لتحديد القضاء المختص دوليا بمسألة آثار الزواج المالية عموما ومسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط خصوصا.

وإنطلاقا مما سبق سوف نستعرض الضوابط التي يمنح من خلالها الاختصاص القضائي الأصلي لدولة ما للفصل في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط ويمكن استعراضها كما يلي: الضوابط الإقليمية لمنح الاختصاص القضائي الأصلي في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في المطلب الأول والضوابط الشخصية لمنح الاختصاص القضائي الدولي الأصلي في مسالة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الضوابط الإقليمية لمنح الاختصاص القضائي الأصلي في مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

[1] تقابلها المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي.

[2] قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، معاملة الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية،الطبعة 1، القاهرة، مصر، ص1039.

طالما أن المشرع الجزائري قد مدد العمل بنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إلى المستوى الدولي، واعمالا لهذا المبدأ وبالعودة للمواد 37 و 38 و39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فإن هذه المواد قد نصت على ضوابط اختصاص موضوعية يكون بموجبها القضاء الجزائري مخولا للفصل في القضايا المتعلقة بآثار الزواج المختلط بما فيها مسألة الأموال المكتسبة شريطة أن يرتبط النزاع بالإقليم الجزائري وهذا ما يبرر إنعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية[1] للنظر في قضايا الأموال المكتسبة في الزواج المختلط على كل شخص اتخذ من الجزائر موطنا له، لكن دون المساس بقاعدة اختصاص محكمة موقع العقار[2]، وهنا تختص المحاكم الجزائرية، وعليه سنعالج ضابط الموطن كمعيار إقليمي لمنح الاختصاص الأصلي للمحاكم الجزائرية في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الأول، كما أن محور النزاع يدور حول مسألة الأموال المكتسبة وهذه الأموال قد تكون عقارا أو منقولا وتكون سببا لتنازع الاختصاص بين الدول طالما المال موجود بإقليم دولة يكشف عن إرتباط النزاع بها، وبناءا على هذا يكون ضابط موقع المال كمعيار لمنح الاختصاص الإقليمي الأصلي للمحكمة الموجود على مستوى إقليم دولتها هذا المال في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ضابط الموطن كمعيار لمنح الاختصاص القضائي الأصلي للمحاكم الجزائرية في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يمكن أن ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم بناء على ضابط الموطن، وبناء على ذلك تختص المحاكم بالنظر في المنازعات الدولية المرتبطة بمسائل الأحوال الشخصية عموما ودعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط خصوصا، وفي هذا الإطار فقد يكون الموطن خاص بالمدعى أو المدعى عليه، حيث يعطى الاختصاص القضائي الدولي الأصلي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي لمحاكم الدولة التي يتوطن فيها أو يقيم فيها المدعى عليه طالما لم يتعلق الأمر بنزاع حول عقار موجود خارج دولة المحكمة، لذلك سنعالج مفهوم الموطن و أنواعه ثم موطن المدعى عليه كضابط تحديد الاختصاص القضائي الأصلي، وإلى ضابط موطن المدعي لتحديد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي .

[1] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص202.

[2] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبعة الجامعية، الإسكندرية، مصر ، سنة 2006 ، ص69.

أولا: مفهوم الموطن و أنواعه

يعتبر الموطن من المواضيع الهامة في القانون الدولي الخاص، وبتحديد موطن الفرد يتحدد الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة المرتبط بها هذا الفرد بالتوطن فيها، وبما أن الموطن من ضوابط الإسناد العامة و الشائعة وضوابط الاختصاص القضائي الدولي يثور التساؤل حول تعريف الموطن من الناحية القانونية وأنواعه لذلك سنعالج تعريف الموطن وأنواعه.

1. تعريف الموطن

الموطن هو المكان المعين الذي تكون للشخص صلة به بحكم استقراره به أو بحكم إتخاذه مركزا لاعماله أو مصالحه وصلاته العائلية، وهو بذلك أداة لتوزيع الأفراد جغرافيا[1]، أو هو المكان الذي يقيم فيه الشخص لمدة غير محددة بنية البقاء ويختلف عن محل الإقامة في كون الموطن يحتوي على ركنين هما الركن المادي المتمثل في تواجد الشخص ماديا في مكان معين و الركن المعنوي المتمثل في نية البقاء، بينما في محل الإقامة لا يتوفر سوى على الركن المادي وهو التواجد[2]، فلكي نقول أن للشخص محل إقامة معين فنكتفي بالركن المادي دون البحث عن نية الاستقرار[3].

فقد حدد المشرع الجزائري في المادة36 من القانون المدني الجزائري مفهوم الموطن بقوله: «موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعن عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.....».

ويتضح من المادة اعلاه أن المشرع الجزائري قد تبنى معيار السكن الرئيسي، وإن لم يتسن معرفته نأخذ بمعيار مكان الإقامة العادي لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في النزاع تماشيا مع الظروف التي تعرفها البلاد من فتح للحدود وتوافد للأجانب للعمل في الجزائر ولو بصفة مؤقتة، لذلك كان من الحري بالمشرع الجزائري أن يأخذ بمعيار محل الإقامة خصوصا في ظل دخول جزائريين في علاقات زواج مع الأجانب وما يترتب عن ذلك من آثار مالية خصوصا مسألة الأموال المكتسبة في هذا الزواج المختلط، ولذلك يبقى تطبيق ضابط محل الإقامة هو

[1] حسن علي كاظم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة كربلاء، العراق، 2005/2004.

[2] غالب علي الداوودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص174.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1048.

البديل المناسب في ظل هذه الظروف[1]، ولكن مع مراعاة عدم التواجد العابر حتى تختص المحاكم الجزائرية للنظر في مسألة الأموال المكتسبة لأن ذلك لا يتماشى مع قوة النفاذ الذي يقوم عليها اختصاص محكمة المدعى عليه في المجال الدولي[2]، وهو الأمر الذي أيده المشرع المصري الذي اعتبر كون مصر محل للإقامة للمدعى عليه كافيا لعقد الاختصاص في المحاكم المصرية في الدعاوى التي ترفع على المدعى عليه.

وبخلاف ذلك نجد القانون الإنجليزي الذي يأخذ بمعيار الإقامة العارضة للمدعى عليه فالمهم هو الاعلان بالدعوى أثناء تواجده بإقليمها فتكفي إذا الإقامة العارضة لعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الإنجليزية[3].

2. أنواع الموطن

تختلف أنواع الموطن حسب الوضعية القانونية التي يفرضها الشخص على حالة توطنه ومدى استمراريته في هذا التوطن واستقراره في هذا الموطن، وينقسم الموطن إلى:

أ. **الموطن العام:** وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ومن هنا نستخلص عنصرين للموطن هما العنصر المادي يتمثل في الإقامة على وجه الاستمرار، والعنصر المعنوي وقوامه نية البقاء في هذا الموطن.

ويقصد بالإقامة الاستمرار بما يتحقق معه بشرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيابية[4].

ب. **الموطن القانوني:** يعتبر عنصر الاختيار والرغبة أهم مميزات الموطن، لأن الإرادة في إتخاذ موطن معين لها دور مهم من خلال نية الاستمرار والإقامة.

لكن إذا كانت الإرادة معيبة سواء بالعدم أو النقص فإن الرغبة والإرادة لتحديد الموطن تكون معيبة كذلك، ولذلك اعطى المشرع حلا لمعدومي الإرادة وناقصيها ممثلة في إرادة

---

[1] وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/10/27 حيث قضت فيه أن« موطن كل جزائري هو الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي....»، المحكمة العليا، ملف رقم 86305، أنظر عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة 1، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص14.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة200 2 ، ص102.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1049.

[4] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص52.

النائب عنهم وهو ما نصت عليه المادة 38 من القانون المدني الجزائري[1] بنصها: «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا.....».

ت. **موطن الاعمال:** يقصد بموطن الاعمال المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، وهو لا يعتبر موطنا إلا بالنسبة لإدارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة، وهذا طبقا لنص المادة 37 من القانون المدني الجزائري[2] بنصها: «يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة ».

ث. **الموطن المختار:** هو المكان الذي يختاره الفرد في تنفيذ عمل قانوني معين، والمنازعات المتعلقة بما أتخذ في هذا الموطن من علاقات تختص بها محاكم دولة الموطن المختار[3]، ويشترط لقبول الاختصاص القضائي للمحكمة في حالة الموطن المختار أن تكون هناك صلة وثيقة بين النزاع وإقليم الدولة حتى يكون الحكم ذا قيمة فعلية وقانونية[4].

ج. **الموطن الفعلي:** هو المكان الذي يرتبط به الشخص فعليا ويمارس معظم أعماله فيه، وتكون هناك صلة وثيقة بين الشخص وهذا الموطن، فلا يكون تواجده فيه عابرا أو مؤقتا، أو مرتبطا بعمل محدد متعلق بتجارة أو حرفة محددة.

ثانيا: موطن المدعى عليه كضابط تحديد الاختصاص القضائي الأصلي

يعتبر موطن المدعى عليه في تحديد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي القاعدة العامة، لكن تعترض هذه القاعدة العامة صعوبات تحول دون تطبيقه، وترد عليه استثناءات قد تعطل تطبيقه لذلك سنتطرق للقاعدة العامة في الأخذ بموطن المدعى عليه كضابط لتحديد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي و إلى الصعوبات التي تعترض تطبيق ضابط موطن المدعى

[1] يقابل هذه المادة نص المادة 46 فقرة 1 من القانون المدني المصري.

[2] يقابل هذه المادة نص المادة 41 من القانون المدني المصري.

[3] المادة 39 الفقرة الأخيرة من القانون المدني الجزائري « الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوي يعد موطنا بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، مالم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معيتة .» وتقابلها المادة 30 من قانون المرافعات المصري.

[4] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص428.

عليه و الاستثناءات الواردة على ضابط موطن المدعى عليه إنطلاقا من تعلق الدعوى بمسائل الزواج.

1. القاعدة العامة في الأخذ بموطن المدعى عليه كضابط لتحديد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي

إنطلاقا من فكرة " الدين مطلوب وليس محمول" المعروفة في القانون الروماني تبنت جل التشريعات القانونية قاعدة أن صاحب الحق هو من يقصد من هو مدين له في المكان الذي يوجد فيه المدين بالإلتزام[1]، ولذلك فإن القاعدة العامة في الاختصاص القضائي هي سعي المدعي إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه، وينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة إذا كان المدعى عليه أجنبي متوطن أو مقيم في دولة المحكمة، إلا في حالة تعلق النزاع بدعوى عقارية متعلقة بعقار موجود في الخارج، وبه أخذت التشريعات العربية[2]، فالمشرع الجزائري نص على هذه القاعدة في نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصها: « يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار مالم ينص القانون على خلاف ذلك.»، وبذلك تعتبر قاعدة موطن المدعى عليه كمعيار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي وهي بذلك القاعدة الأساسية التي أصبحت الأصل العام لتحديد الاختصاص القضائي المحلي والدولي[3]، ومنه فإن اعمال هذه القاعدة كأصل عام متى كان المدعى

[1] الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة 2، 2006، الجزائر، ص198.

[2] إن القانون المصري نص على ذلك في المادة 29 من قانون المرافعات المدنية بنصها « تختص محاكم الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.....» وتقابلها المادة 14 من قانون المرافعات البحريني، والمادة 28 من القانون الأردني رقم 24 من سنة 1988، والفصل الثالث من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي التي تنص على « تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم....»، والمادة 3 من قانون المرافعات السوري، كما نصت الإتفاقية العربية للتعاون القضائي في المادة 28 منها على هذه القاعدة بنصها «إن المحكمة تعتبر مختصة إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى في إقليم الدولة المصدرة للحكم » أنظر طلعت محمد دويدار، مرجع سابق، 218.

[3] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الجزء 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص16.

عليه له موطن أو محل إقامة في دولة معينة، فإن الاختصاص ينعقد بمحاكمها الوطنية باستثناء تعلق الدعوى بعقار موجود خارج دولة المحكمة[1].

ومنه فإن الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجزائر أو كانت الجزائر آخر موطن له أو أختارها كموطن له حسب ما تقضي به المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فإنه يجوز محاكمته أمام المحاكم الجزائرية في قضية الأموال المكتسبة، فإذا قام مثلا مواطنان أجنبيان بالزواج في فرنسا التي تقضي بشكل عام بمبدأ الاشتراك القانوني في أموال الزوجين المكتسبة، فإذا أنتقل أحد الزوجين إلى الجزائر واعتبرها موطنا مختارا له أين يعتبر مبدأ إنفصال الذمة المالية للزوجين هو الأصل السائد فيما يخص أموال الزوجين المكتسبة حسب ما تقضي به المادة 37 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري، فإذا خاصم الزوج الموجود في فرنسا زوجه المتوطن في الجزائر في قضية الأموال المكتسبة فإن المحكمة الجزائرية مختصة إنطلاقا من قاعدة ضابط موطن المدعى عليه المقيم في الجزائر أو المتوطن بها أو حتى سبق له التوطن بها[2]، وهو موقف التشريعات العربية[3].

أما في الدول الغربية فتشترط لإنعقاد الاختصاص القضائي لمحاكمها أن يكون الأجنبي المدعى عليه متواجدا على إقليمها لحظة رفع الدعوى عليه[4] مع تسلمه لصحيفة الدعوى عند الاعلان عنها وبهذا أخذ كل من القانون الكندي والأمريكي والإيطالي والسويسري والفرنسي.

ويرجع عقد اختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه لأسباب عديدة منها و كما سبق ذكره فإن القاعدة التي تقضي بأن الدين مطلوب وليس محمول فإن الأصل هو براءة المدعى عليه حتى تثبت إدانته، لذلك يجب على المدعي ملاحقة المدعى عليه في موطنه[5].

---

[1] مفوض عبد التواب ، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والآجانب والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، طبعة 1، مؤسسة سعيد للطباعة، القاهرة، مصر، 1983، ص166.

[2] هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2003، ص128.

[3] بدر الدين شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، سلسلة الكتاب الجامعي، الجزء الثالث، جدة، السعودية، 1393 ه، ص126.

[4] هشام خالد، دعوى صحة و نفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، مرجع سابق، ص139.

[5] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص98.

إن الأخذ بضابط موطن المدعى عليه يسمح بتفادي إبقاء المدعي تحت رحمة المدعى عليه الذي قد يرفع الدعوى في موطن المدعى عليه البعيد عن موطن المدعي تنكيلا به.

إن اختصاص محكمة موطن المدعى عليه من شأنه تكريس فعالية ونفاذ الأحكام الصادرة عنه، فتوطن الشخص أو إقامته في دولة معينة يولد رابطة جدية بين الشخص والدولة[1] وهذا الرباط هو الذي يمكن الدولة من إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر عن محاكمها.

يسهل على محكمة موطن المدعى عليه إجراءات التنفيذ في مواجهة المدعى عليه وعلى أمواله لأن الشخص عادة ما يمارس نشاطه التجاري في المكان الذي يتخذه موطنا له[2].

لكن قد يثور التساؤل حول حالة تعدد الموطن بأحد الزوجين ويكون لأحدهما فقط موطن في الدولة المعينة فهل ينعقد الاختصاص لمحاكمها؟.

والإجابة هي أن وحدة الخصومة وحسن سير العدالة تقضي بمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية لتفادي صدور عدة احكام متعارضة في دعوى واحدة يصعب تنفيذها في آن واحد[3].

2. الصعوبات التي تعترض تطبيق ضابط موطن المدعى عليه

قد تعترض إمكانية تطبيق ضابط موطن المدعى عليه عدة صعوبات تحول دون تطبيق ضابط موطن المدعى عليه وتتمثل هذه الصعوبات في:

أ. **حالة تعدد الموطن:** قد يكون للمدعى عليه أكثر من موطن كما لو سبق وأن توطن في دولة معينة وأختار دولة أخرى كموطن مختار، واقام إقامة عادية في دولة ثالثة فهنا تتعدد المواطن ويكون للمدعى اختيار المحكمة الأنسب لمصالحه كأن تكون أقرب إلى بلده[4].

وعموما نرجع للأحكام الواردة في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تؤكد أن الاختصاص يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن

[1] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص25.

[2] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص43.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1059.

[4] أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص272.

له[1]، أما في حالة الموطن المختار نجد المادة 39 من القانون المدني الجزائري تنص على ذلك[2]، فإذا ترتب على ثبوت الاختصاص للمحاكم الجزائرية في دعوى الأموال المكتسبة فإن تعيين الموطن المختار في بلد أجنبي بقصد منح الاختصاص للمحكمة الأجنبية لا يمكن أن يسلب الاختصاص من المحاكم الجزائرية، وهنا يرجع الفقه ضابط الموطن المختار إلى فكرة الخضوع الاختياري و حسب المادة 37 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية فإن اختيار الموطن في الجزائر لا يعقد لها الاختصاص بصفة عامة لكن عمليا قد يرفض القاضي الجزائري في بعض الحالات رغم اختيار الجزائر كموطن مختار إلا إذا وجدت صلة تربط النزاع بإقليم الدولة في أي شكل من الأشكال حتى يكون الحكم الصادر ذا قيمة فعلية وفقا لمبدأ قوة النفاذ، وحتى لا يترك الأمر لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة.

ب.**حالة إنعدام الموطن:** وهنا تبرز مشكلة عدم القدرة على تطبيق لا ضابط موطن المدعى عليه ولا ضابط موطن المدعي، وتتضح هذه الصورة في حالة من كان له موطن ولكن فقده بحثا عن موطن جديد لم تتحقق بعد شروط تحديده.

3. الاستثناءات الواردة على ضابط موطن المدعى عليه إنطلاقا من تعلق الدعوى بمسائل الزواج

قد يرد على تطبيق ضابط موطن المدعى عليه حالات استثنائية تعطل تطبيق ضابط موطن المدعى عليه، فالقضاء الوطني هو المختص دون غيره بالنظر في قضايا الزواج وما يترتب عنها من آثار كالآثار المالية له وخصوصا مسألة الأموال المكتسبة، وهنا يقرر القضاء اختصاصه في هذه المنازعات بالنظر لنوع الدعوى، وتتعدد هذه الدعاوى كما يلي:

---

[1] تقابل هذه المادة الفصل التاسع من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الذي ينص على «إذا لم يكن للمطلوب مقر معلوم بالبلاد التونسية ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر الطالب، وإذا كانت المحاكم التونسية مختصة بالنظر في حين أن الطالب والمطلوب لايقيمان بالبلاد التونسية فإن الدعوى ترفع أمام محكمة تونس العاصمة» ويكون بذلك المشرع التونسي قد خالف المشرع الجزائري في قواعد الاختصاص التي يبنى على أساسها اختصاص المحاكم الجزائرية.

[2] المادة 39 من القانون المدني الجزائري تنص على:«يجوز اختيار موطنا خاص لتنفيذ تصرف قانون معين .

يجب إثبات اختيار الموطن كتابة .

الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد موطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري مالم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة » .

أ. دعوى المعارضة في عقد الزواج: قد يحدث أن يقوم الموثق في توثيق الزواج، فيقوم من له الحق في الاعتراض على الشروط الموضوعية لهذا الزواج كنقص أهلية أحد الزوجين، أو وجود مانع من الموانع، فهنا تختص المحاكم الوطنية بالنظر في دعوى معارضة الزواج متى تم إبرام هذا العقد أمام الموثق الوطني[1]، فلو لم تختص المحاكم الوطنية بنظر دعوى المعارضة لأدى ذلك إلى تعطيل إبرام العقد حتى يتم الفصل في المعارضة من محكمة أجنبية وهي نتيجة لا يمكن قبولها.

ونجد المشرع الجزائري قد بين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة ببعض الشروط الموضوعية لعقد الزواج، حيث نصت المادة 426 الفقرة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه، أما الفقرة التاسعة من نفس المادة فنصت على موضوع الولاية ومكان ممارستها.

ولكن الإشكال يثور إذا كان الزوجين مختلفي الجنسية ولا يتمتع أحدهما بالجنسية الجزائرية فمن هي المحكمة المختصة؟ فيمكن في هذه الحالة للمحاكم الجزائرية أن تكون مختصة نظرا لتخلف الضوابط المنصوص عليها في الفقرتين 8 و9 من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بالرغم من أن عقد الزواج تم إبرامه في الجزائر لذلك على المشرع الجزائري إيراد نص صريح يتعلق برفع دعوى معارضة في عقد الزواج أمام المحاكم الجزائرية متى تم إبرام هذا العقد أمام موثق جزائري.

ب.دعوى إثبات عقد الزواج: إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج فإن الزوجين أنفسهم أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج قانونا وشرعا والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه، فإن الطريق الوحيد في إثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج بمكان وجود المدعى عليه وغالبا ما يكون موطن الزوجية، وقد أخذ المشرع الجزائري في المادة 426 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بذلك حيث تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع إثبات الزواج بمكان موطن المدعى عليه.

[1] المادة 30 فقرة 3 من قانون المرافعات المصري «تختص محاكم الجمهورية بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى معارضة في عقد الزواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصري » وتقابلها المادة 78 فقرة 5 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

ت.دعوى النسب: تختص المحاكم بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في دولة القاضي إذا تعلقت بشأن نسب صغير مقيم بدولة المحكمة وذلك مراعاة لمصلحة الصغير المراد إثبات نسبه[1]، وقد نص على ذلك صراحة المشرع التونسي[2] والمشرع المصري[3] والمشرع اللبناني[4].

إن دعوى النسب إما أن تكون أصلية تهدف إلى إثبات النسب ذاته دون أي نزاع، أو تكون تبعية تهدف إلى إثبات حق من الحقوق الشرعية والقانونية كمثل دعوى إثبات النسب تبعا لدعوى إثبات الزواج المقامة قبلها[5]، فإذا كانت دعوى إثبات النسب أصلية وكان المدعى عليه أجنبيا ليس له موطن أو محل إقامة في دولة المحكمة ينعقد الاختصاص لهذه الأخيرة إذا كان الصغير مقيما في دولة المحكمة، أما إذا كان المدعى عليه أجنبيا وله محل إقامة في دولة المحكمة التي رفعت فيها الدعوى فيقرر الاختصاص لمحاكم الدولة بالنظر إلى موطن المدعى عليه[6]، وقد أخذ المشرع الجزائري بضابط موطن المدعى عليه حسب المادة 490 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصها: « ترفع دعوى الاعتراف بالنسب بالبنوة أو بالأبوة او بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه»، ويتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط موطن المدعى عليه لتوزيع الاختصاص في دعاوى النسب، وبذلك راعى

---

[1] عبده جميل غصوب، محاضرا ت في القانون الدولي الخاص، نظرة عامة في القانون الوضعي، الجزء 1، طبعة 2، منشورات زين الحقوقية، 2009، بيروت، لبنان، ص149.

[2] نص الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على ما يلي:« تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى المتعلقة بالأبوة وبإجراء لحماية القاصر يكون موجود بالبلاد التونسية» أنظر رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة 2011/2010، ص 115 .

[3] تنص المادة 30 من قانون المرافعات المصرية: « تختص المحاكم المصرية بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير مقيم في مصر» أنظر رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص 115 .

[4] نصت المادة 78 البند الرابع من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه: « تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في الدعاوى المقامة ضد أي شخص لبناني أو أجنبي ليس له محل إقامة حقيقي أو مختار أو سكن في لبنان إذا كانت الدعوى تتعلق بنسب قاصر». أنظر رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص 115.

[5] غوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الكتاب الأول الزواج وإنحلاله، الجزء 1، طبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص157.

[6] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 1996 ، ص68.

قاعدة " الأصل براءة ذمة المدعى عليه لحين إثبات العكس"، وإذا كان ضابط موطن المدعى عليه في دعاوى النسب يمنح على أساسه الاختصاص للمحاكم الوطنية، فإنه مادام الاختصاص الدولي في الجزائر هو إمتداد للاختصاص المحلي فإنها تختص محاكم الدولة التي يوجد بها موطن المدعى عليه بالفصل في دعاوى الاعتراف بالنسب إثباته أو إنكاره في حالة الزواج المختلط.

ث.دعوى النفقة: ينعقد الاختصاص الدولي للمحاكم في قضية النفقة إلى موطن الدائن بالنفقة أو محل إقامته بدولة المحكمة حسب المادة 40 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصها: « النفقة الغذائية ....أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة»، وتتبنى غالبية التشريعات الموقف نفسه[1]، ويشترط لإنعقاد الاختصاص للمحاكمم الجزائرية ما يلي:

- أن يكون طلب النفقة للأم أو الزوجة أو الصغير.
- أن يكون المدعي مقيما في دولة المحكمة.

ولم يأخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار جنسية الأطراف وذلك مراعاة لحالة المدعى المطالب بالنفقة.

ج. دعوى السكن: قرر المشرع الجزائري في المادة 40فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على عقد الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالسكن بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان وجود السكن، أما فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بمتاع البيت فقد منح الاختصاص حسب المادة 426 فقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي[2].

[1] المادة30 فقرة 5 من قانون المرافعات المصري تنص على: « تغذي باختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التي ترفع غلى الأجنبي ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت متعلقة بطلب نفقة للأم أو الزوجة متى كان لها موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم بها» كما نصت على ذلك المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني « تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى التي تتعلق بطلب النفقة للأم أو الزوجة أو الصغير إذا كانوا مقيمين في اليمن» ، كما نص المشرع التونسي في الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على ما يلي:« تنظر المحاكم التونسية في دعوى النفقة إذا كان الدائن بها مقيما بالبلاد التونسية » .

[2] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موفم للنشر، 2009، الجزائر، ص278.

ح. دعوى الحضانة: ينعقد الاختصاص فيما يخص دعاوى الحضانة أو المطالبة بها أو ممارسة حق الزيارة أو الرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة، تطبيقا لما ورد في المادة 40 فقرة 2 والمادة 426 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

فمثلا إذا وقع نزاع حول ممارسة حق الحضانة بين زوجين فرنسيين متوطنين بالجزائر يجعل الاختصاص كأصل عام يؤول للقضاء الجزائري، غير أنه إذا تم فصل القاضي في دعوى الطلاق دون الحضانة كتحقق واقعة الميلاد بعد النطق بحكم الطلاق ومغادرة الزوجة الإقليم الجزائري، فإن الاختصاص يؤول للقضاء الفرنسي باعتباره مكان ممارسة الحضانة.

لكن الإشكالية تثار في دعاوى حضانة الأطفال الناجمين عن زواج مختلط فقد لجأ المشرع الجزائري إلى تحديد الجهة المختصة في الاتفاقية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين، وهي حسب المادة 5 من هذه الاتفاقية المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة الزوجية المشتركة[1]، وتم توحيد الاختصاص القضائي بالنسبة لدعاوى الطلاق والحضانة لإرتباطهما.

إذا كان ضابط موطن المدعى عليه هو القاعدة العامة في منح الاختصاص القضائي الدولي للاعتبارات السابقة الذكر ورغم ما يعترضه من صعوبات فيبقى هو ضابط أساسي لمنح الاختصاص القضائي الدولي، لكن يثار التساؤل حول مدى الأخذ بضابط المدعى في منح الاختصاص القضائي الدولي وهو ماسنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

ثالثا: ضابط موطن المدعي لتحديد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي

في بعض التشريعات كالقانون المصري في المادة 30 فقرة 7 من قانون المرافعات المصري[2]، والتشريع الكويتي في المادة 8 من قانون رقم 5 لعام 1961، والتشريع اللبناني في المادة 79 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية وكذلك المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية السوداني، والمادة 7 من قانون أصول المحاكمات المدنية البحريني فكل هذه التشريعات لجأت إلى إتخاذ موطن المدعى كضابط لعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية إذا كانت الدعوى متعلقة

[1] محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء 1، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية،2002، ص109.

[2] إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، مطبعة سيدي عبد الله وهبة، 1997، ص169.

بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بما فيها مسألة الأموال المكتسبة، وكان المدعي أجنبيا له موطن في دولة المحكمة وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج، أو كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالزواج وآثاره بما فيه مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

وعلى خلاف ذلك لم تجعل بعض الدول العربية كالجزائر[1] وليبيا[2] والأردن[3] والعراق[4] من توطن المدعي بأقاليمها ضابط لإنعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها في مسائل الأحوال الشخصية[5].

الفرع الثاني: ضابط موقع المال كمعيار لمنح الاختصاص القضائي الدولي الأصلي

إن دخول رعايا الدول في علاقات زواج ينشأ عنه رابطة زوجية ذات عنصر أجنبي والمتمثل في إختلاف جنسية أحد الزوجين عن الآخر، وقيام الرابطة الزوجية المختلطة يتبعه آثار مالية بين الزوجين والمتمثلة في الأموال المكتسبة بينهما، وموقع المال في إقليم دولة معينة يبين سلطة هذه الدولة على هذا المال سواء كان منقولا أو عقارا وهو ما يعطي الاختصاص القضائي الدولي لهذه الدولة طالما أن هذا المال هو محل للعلاقة القانونية الدولية.

فالمال هو كل شيئ يتمول به، ويمكن إدخاره لوقت الحاجة متى كان التعامل به مباحا شرعا وكان غير خارج عن التعامل بطبيعته[6].

وطالما أن المال سواء كان عقار أو منقول هو موضوع العلاقة الدولية التي نشأت بين زوجين مختلفي الجنسية فهذا يمكن أن يتسبب في ظهور إشكالات حول هذه الأموال في إطار النزاعات حول الأموال المكتسبة في هذا الزواج المختلط لأن الجانب المالي للأسرة له تأثير كبير عليها سواء كانت العلاقة الزوجية وطنية أو دولية.

---

[1] في الجزائر لا يوجد نص تشريعي يقرر الأخذ بموطن المدعى.

[2] محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الخاص الليبي، منشورات جامعة قاريوش، سنة 1978، ص183.

[3] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص247 مع عدم وجو نص قانوني أردني ينص على ذلك.

[4] المادة 14 من القانون المدني العراقي.

[5] رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص125.

[6] مادة 14 من القانون المدني العراقي، والمادة 24 من القانون المدني اليمني.

وبما أن هذا المال موجود في إقليم دولة ذات سيادة فإن سلطتها تبسط على اختصاص محاكمها بالمنازعات المتعلقة بذلك المال الموجود على إقليمها، وبالتالي يختص قضاء الدولة الموجود على إقليمها هذا المال بالفصل في النزاعات المتعلقة بالأموال المكتسبة والتي هي محل نزاع بين الزوجين.

إن اختصاص محاكم الدولة الموجود على إقليمها المال بالنظر في كل نزاع حول هذا المال من القواعد الراسخة في قوانين الدول على اعتبار ورودها في القانون الروماني[1]، وهو ما تم تأكيده باعتبار موقع المال ضابط لمنح الاختصاص القضائي الدولي.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا الضابط من خلال نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على: « في الدعاوى المختلطة[2] أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال»، أما المادة 40 منه فنصت على: « ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها ....في المواد العقارية...أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار»[3].

فمن خلال المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن الاختصاص الداخلي للمحاكم يبين خضوع المال المنقول والعقارات لمحاكم الدولة، وإن كان عمليا يقتصر اعمالها على المنازعات المتعلقة بالعقارات، أما المنقولات فتختص بها محكمة موطن المدعى عليه.

أما في المجال الدولي فضابط موقع المال سواء كان عقارا أو منقولا هو الذي يعطي الاختصاص للمحكمة الموجود على إقليم دولتها هذا المال، ولا علاقة بنوع الدعوى في تقييد الاختصاص،

[1] ممدوح عبد الكريم وحافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، جزء1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص254.

[2] يقصد بالدعاوى المختلطة تلك الدعوى التي تجمع بين حق شخصي وحق عيني واردين على عقار أو منقول كدعوى فسخ بيع العقار أو المنقول (حق شخصي) و استرداد ملكية المال (حق عيني).

[3] سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجزء 1، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص102.

ويستوي في ذلك تعلق المال بمسائل الأحوال الشخصية كالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، أو بمسائل الأحوال العينية المدنية[1].

إن اختصاص محاكم الدولة التي يوجد بها المال في النزاعات المتعلقة به له ما يبرره على اعتبار أن مبدأ قوة النفاذ الذي يقتضي اختصاص محاكم الدولة الموجود بها المال لكونها الأقدر على تنفيذ الحكم الصادر عنه والقيام بإجراءات التحقيق والمعاينة وحراسة المال موضوع النزاع[2] وإحكام سيطرتها على موضوع النزاع دون تكبد الخسائر[3] لأن المال موجود تحت سيطرة هذه الدولة وبالتالي ضمان آثار تنفيذ الحكم الصادر عنه، ولذلك جسدت المحاكم الفرنسية التي أقرت اختصاصها بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع على الإقليم الفرنسي وهو اختصاص حصري لمحاكمها دون سواها، لهذه الأسباب دفعت بالمشرع الفرنسي في المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي على استثناء الدعاوى العينية العقارية فخص بها المحاكم الفرنسية خلافا للمبدأ العام السائد وهو جنسية المدعى عليه والمدعي كضابط للإسناد.

أما عن وقت تحديد الاختصاص القضائي الدولي لدولة موقع المال هو إقامة الدعوة فإذا ثار النزاع بين الزوجين حول الأموال المكتسبة أو تعلق الأمر بمشارطة زواج تشمل على الأموال المنقولة موجود في الجزائر مثلا وقت رفع الدعوى، فإن الاختصاص الدولي ينعقد للمحاكم الجزائرية وقت وجود المال أثناء رفع الدعوى وهو الذي يمنح للمحاكم الوطنية حق النظر فيها ولا عبرة بوقت إنشاء الإلتزام[4].

[1] في مجال اختصاص محكمة وجود الأموال نصت المادة 3 فقرة 1 من قانون المرافعات الليبي على ما يلي: «يختص القضاء الليبي بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي ....غذا كانت الدعوى متعلقة بأموال موجودة في ليبيا »، ونصت المادة30 فقرة 2 من قانون المرافعات المصري على:« اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى المتعلقة بمال موجود في الجمهورية ولو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة بمصر»، أما المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني فنصت كذلك على ذلك، أما 10 فقرة ب من القانون المدني العراقي فنصت على الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية في الدعاوى المتعلقة بالمال متى كان هذا المال موجودا بها، ونص الفصل الثامن الفقرة 2 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على: « تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر.... إذا تعلقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد اتونسية» .

[2] غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص285.

[3] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص93.

[4] سهيل حسين الفتلاوي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص120.

أما إذا كان المال منقول نقل من دولة إلى أخرى بعد رفع الدعوى فإن محكمة هذه الدولة تبقى مختصة طالما أن رفع الدعوى كان ملازما لوجود المال على إقليم دولة المحكمة[1].

إن من أهم تبريرات إدراج ضابط موقع المال ضمن الضوابط الإقليمية كونه ضابط يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة[2]، كما أن ضابط موقع المال ضابط موضوعي بحت لا يتأثر بأطراف الخصومة وإنما يحدد لوحده الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في نزاع يتعلق بالأموال العقارية و المنقولة.

بعد أن تطرقنا لضابط موقع المال الذي يمنح الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الموجود على إقليم دولها هذا المال وكان هذا المال عقارا او منقولا وتسبب في نزاع بين الزوجين في إطارنزاعات الأموال المكتسبة بين الزوجين في الزواج المختلط فإن المحكمة الوحيدة المخول لها النظر في الأموال المكتسبة في الزواج المختلط هي محكمة موقع المال لاعتبارات سياسية وإقتصادية وقانونية.

وبعد أن تطرقنا للضوابط الإقليمية المختصة بمنح الاختصاص القضائي الدولي سنعالج الضوابط الشخصية كآلية لمنح الاختصاص القضائي للمحاكم إنطلاقا من رابطة الجنسية ورابطة القانون المختص.

المطلب الثاني: الضوابط الشخصية لمنح الاختصاص القضائي الدولي الأصلي في مسالة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

بالرجوع لأحكام المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنصان على أنه يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليف الأجنبي بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين.

[1] ممدوح عبد الكريم وحافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن،مرجع سابق، ص253.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص88.

وبالتالي فإن المشرع قد نظم اختصاص المحاكم الجزائرية بالنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بناءا على ضابط الجنسية، كما نظم الاختصاص على أساس القانون الوطني المختص لذلك فالمحاكم ستطبق قانون القاضي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بموجب أمر من قواعد الإسناد الواردة في قانون القاضي.

وإنطلاقا مما سبق فإن الاختصاص الدولي يثبت للمحاكم الوطنية في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط متى كان أحد الزوجين وطنيا وعلى هذا الأساس يطرح الإشكال الآتي:

ما هي نظرة الدول لضابط الجنسية في منح الاختصاص القضائي الدولي؟ أي ما هي المحكمة المختصة بالنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط على أساس ضابط الجنسية؟ وما هي أهم العراقيل التي تواجه تطبيق ضابط الجنسية في منح الاختصاص القضائي الدولي؟.

ولذلك سنتطرق لضابط الجنسية كضابط أصلي لمنح الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الأول وإلى ضابط قانون القاضي المختص كضابط أصلي ثاني بموجبه يمنح الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة القاضي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ضابط الجنسية كضابط أصلي لمنح الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

تعتبر الجنسية مقدمة ضرورية في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للقاضي لمعرفة الاختصاص التشريعي وكذلك في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، فللجنسية أهمية كبيرة بالنسبة للأفراد والدول لأنه على أساسها تمنح الإمتيازات للوطنيين وحدهم دون الأجانب.

فالجنسية رابطة قانونية سياسية روحية تربط الشخص بالدولة وتحدد الحقوق والإلتزامات المترتبة على هذا الإرتباط[1].

فسلطان الدولة لا يقتصر على الأفراد المتواجدين على إقليم تلك الدولة بل يتعداه للأشخاص التابعين لها ولو في دولة أخرى، ومن مظهر سيادة الدولة منح الاختصاص لمحاكمها بالنظر في دعاوى رعاياها سواء رفعت من طرفهم أو ضدهم وذلك ضمانا لتطبيق قانون الجنسية.

وإنطلاقا مما سبق سنعالج نظرة الدول لضابط الجنسية كمعيار لمنح الاختصاص القضائي الدولي الأصلي لمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط و منازعات الجنسية التي تعترض منح الاختصاص القضائي الدولي في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

أولا: نظرة الدول لضابط الجنسية كمعيار لمنح الاختصاص القضائي الدولي الأصلي لمسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

سنتطرق لنظرة الدول الغربية لضابط الجنسية لمنح الاختصاص القضائي الدولي ثم إلى نظرة بعض الدول العربية لضابط الجنسية لمنح الاختصاص القضائي الدولي ثم إلى تحليل موقف المشرع الجزائري من منح الاختصاص القضائي الدولي بناء على ضابط الجنسية في قضايا الأموال المكتسبة.

1. نظرة الدول الغربية لضابط الجنسية لمنح الاختصاص القضائي الدولي

[1] حسن علي كاظم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص12.

إن المشرع الفرنسي قد جعل ضابط الجنسية سببا في منح الاختصاص القضائي لمحاكمه فذلك من خلال نص المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي[1]، سواء كان المتقاضي مدعيا أو مدعى عليه فبمجرد كون أحد الزوجين في نزاع الأموال المكتسبة فرنسيا تختص المحاكم الفرنسية تبعا لذلك، ولا يهم إن كان يقيم في فرنسا أو خارجها[2].

وعليه فالمشرع الفرنسي من خلال المادتين السابقتين قد وسع دائرة التأويل واعتمد على المادتين لتشمل كل الدعاوى االمقامة ضد الفرنسيين أو من طرفهم باستثناء الدعاوى العينية العقارية وما يتبعها، وعليه نستنتج أن فرنسا قد بالغت في توفير الحماية لمواطنيها فاعتبرت الجنسية الوطنية للمدعي ضابط للاختصاص القضائي حسب المادة 14 من القانون المدني الفرنسي[3].

وتكون العبرة بوقت رفع الدعوى لقبول الاختصاص، فإذا كانت جنسية الشخص فرنسية وقت رفع الدعوى فالقضاء الفرنسي المختص بالفصل في النزاع حتى ولو غيرها المتقاضي فيما بعد[4].

كما نجد بعض الدول الغربية الأخرى مثل إيطاليا التي تعقد الاختصاص بمحاكمها إذا كان المدعى عليه يتمتع بالجنسية الإيطالية حسب المادة 4 من قانون المرافعات الإيطالي.

أما التشريع اليوناني قد حذى حذو التشريع الإيطالي واعتبرت محاكمها مختصة إذا كان المدعى عليه يونانيا حسب المادة 28 من قانون المرافعات اليوناني[1].

---

[1]Art 14 du C. Civ. Fr. dispose que: « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les
tribunaux Français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra êtretraduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers desfrançais. »
Art 15 du C. Civ. Fr. dispose que: « un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des
obligation par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. ».
- Melin François, droit internationale privé, 5 edition Gualine lesctenso édition, France, 2012, p45.

[2] ماهر ابراهيم السداوي،جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص القضائي الدولي،رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة المنصور، مصر، 1978، ص26.

[3] تقابل هذه المادة 14 من القانون الفرنسي المادة 14 من القانون المدني لدولة اللوكسمبورغ، والمادة 4 فقرة 4 من قانون المرافعات الإيطالي، والمادتين 53 و54 من القانون المدني البلجيكي، والمادة 126 فقرة 3 من قانون المرافعات الهولندي. أنظر في هذا هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي، مرجع سابق، ص78.

[4] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص272.

2. نظرة بعض الدول العربية لضابط الجنسية لمنح الاختصاص القضائي الدولي

إن أغلب الدول العربية اعتمدت على ضابط الجنسية في منح الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها لكنها اختلفت في إشتمال الاختصاص لجنسية كل من المدعي والمدعى عليه أو إقتصرت على جنسية المدعى عليه فقط في منح الاختصاص القضائي الدولي.

فالمشرع اليمني يعقد الاختصاص لمحاكمه إذا كان المدعى عليه يمني الجنسية، فإذا تزوج يمني مع فرنسية فيحق لها مقاضاته في نزاع الأموال المكتسبة المشتركة بينهما أمام المحاكم اليمنية تبعا لضابط جنسية المدعى عليه[2].

أما المشرع المصري فنجد نص المادة 28 من قانون المرافعات المصري[3] تنص على اختصاص المحاكم المصرية إذا كان المدعى عليه مصريا، ولقد رفض المشرع المصري الأخذ بضابط جنسية المدعي الوطنية كمعيار لثبوت الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية ويعد بمثابة قاعدة عامة ورد عليها استثناء واحد جاء في المادة 30 فقرة 7 من قانون المرافعات المصري والتي جاء فيها ما يلي:«تختص محاكم الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى».

ويلاحظ أن المشرع المصري قد نص في هذه المادة على أنه قرر عقد الاختصاص للمحاكم المصرية في دعاوى الأحوال الشخصية كدعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، أو كان المدعي فيها مصري الجنسية[4].

وإنطلاقا من هذا فإن المشرع المصري قد منح الاختصاص لمسائل الأحوال الشخصية متى كان المدعى عليه مصريا كقاعدة عامة، ويتم الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى، ولم

---

[1] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص273.

[2] محمد عبد الله المؤيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول في القانون اليمني،آوان للخدمات الاعلامية، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، ص56.

[3] المادة 28 من قانون المرافعات المصري لسنة 1968 تنص على: « تختص محاكم الجمهورية بالنظر في الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية ».

[4] أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص80.

يشترط أي شرط آخر لمنح الاختصاص القضائي عدا وطنية المدعى عليه، وهذا ما عارضه عليه بعض الفقهاء القانونيين وطالبوا بإضافة شرط آخر وهو توطن المدعى عليه في مصر أو إقامته فيها أو حتى له بعض الأموال والأملاك فيها لضمان الإرتباط الفعلي بمصر وضمان قيمة الحكم الصادر وآثاره وهذا ما يتماشى مع مبدأ قوة النفاذ والفاعلية الدولية للأحكام القضائية[1].

أما المشرع التونسي فقد سار على نفس نهج المشرعين المصري واليمني، حيث نصت المادة 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسي[2] على اختصاص محاكم الجمهورية بالدعاوى المقامة ضد التونسي أي إذا كان المدعى عليه تونسيا.

أما المشرع السوري فقد نص في المادة 3 من قانون أصول المحاكمات السوري على أن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السورية ينعقد كلما كان المدعى عليه سوري الجنسية أيا ما كان نوع الدعوى التي عسى أن ترفع عليه[3].

إن العديد من الدول قد جعلت من جنسية المدعى عليه الوطنية ضابط للاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، في حين نصت دول أخرى على جنسية المدعى كضابط للاختصاص القضائي الدولي، فإن اتفاقية الرياض للتعاون القضائي قد نصت في المادة 26 منها على أنه: « تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يكون الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختصة في قضايا الأهلية والأحوال الشخصية إذا كان النزاع يدور حول أهلية هذا الشخص أو حالته الشخصية»[4]

ثالثا: تحليل موقف المشرع الجزائري في منح الاختصاص القضائي الدولي بناءا على ضابط الجنسية في قضايا الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

[1] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص44.

[2] تنص المادة 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسي رقم 1959/130 الصادر في 2 ربيع الثاني عام 1379 هـ الموافق لـ5 أكتوبر 1959 المتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية على:«....كما تنظر في الدعاوى التي ترفع إليها ضد التونسي المقيم في الخارج»

[3] عدنان الخطيب ، الوجيز في أصول المحاكمات، الجزء 1 النظام القضائي السوري وقواعد الاختصاص في القضاي المدنية ، مطبعة الجامعة السورية، 1958، ص62.

[4] يوسف دلاندة، إتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، دار هومة، طبعة 1، 2005، الجزائر، ص80. انظر المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 47/01 المؤرخ في 17 ذي القعدة 1421هـ الموافقل 21 فيفري 2001، المتضمن التصديق على إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة بالرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية 1403 هـ الموافق لـ 06 أفريل 1983.

حسب ما تنص عليه المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1] فإنه يكفي لإنعقاد الاختصاص للمحاكم الجزائرية في دعاوى الأحوال الشخصية عموما وفي مسائل الأموال المكتسبة خصوصا أن يكون أحد الخصوم جزائريا سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، والعبرة بقبول الاختصاص تكون وقت رفع الدعوى، فتغيير أحد الخصوم لجنسيته الجزائرية بعد رفع الدعوى لا يؤثر على عقد الاختصاص في المحاكم الجزائرية، وكذلك إذا كان أحد الخصوم أجنبيا وقت نشوء الإلتزام فلا يؤثر ذلك على منح الاختصاص إذا كان اكتسب الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى، فالعبرة بوقت رفع الدعوى وفيما عداها لا يؤثر إطلاقا على عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية[2].

لقد منح المشرع الجزائري للمتقاضي الجزائري إمتياز رفع قضيته أمام المحاكم الجزائرية سواء كان مدعيا أو مدعى عليه فيكفي لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية أن يكون أحد طرفي النزاع جزائريا وقت تسجيل التكليف بالحضور، فالتغيير الطارئ على جنسية الزوج في نزاع حول الأموال المكتسبة لجنسية أخرى غير الجزائرية لكن بعد رفع الدعوى لا يؤثر على منح الاختصاص للمحاكم الجزائرية باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب ما تنص عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

أما الدعاوى المشمولة بالإمتياز الذي خص به المشرع الجزائري مواطنيه فإنه بالرغم من أن التفسير الحرفي للمادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على الإلتزامات التعاقدية فقط (مثلما هو موجود في المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي)، إلا أن الواقع العملي نجد أنه قد تم تمديد المجال ليشمل الإلتزامات التعاقدية وغير التعاقدية بل أنه وسع نطاق التفسير إلى الدعاوى غير المالية(الشخصية) واستثنى المشرع الجزائري والفرنسي

[1] المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على: « يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما أنه يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين.»، المادة 42 منه تنص على:« يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي.».

[2] محند إسعد، القانون الدولي الخاص قواعد التنازع، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، 1989، ص33 .

الدعاوى العينية العقارية والتنفيذ الجبري إحتراما لسيادة الدول الأجنبية وسلطتها في هذه الدعاوى، وتطبيقا لمبدأ الاختصاص المانع[1] أي الأحكام الصادرة بشأنها في الخارج لا يمكن تطبيقها داخل هذه الدول لخصوصيتها، وهذا الموقف تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1970/05/27[2].

وعليه فإن التفسير الموسع لنص المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد منح للقاضي حق استعمال هذا التفسير الموسع وعدم التقيد بالتفسير الحرفي للمادتين.

كما نلاحظ أن الإجتهاد القضائي الجزائري إتجه إلى توسيع مجال اعمال إمتياز ضابط الجنسية لتحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية في مسائل الأحوال الشخصية، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1976/06/07[3]، ويتضح أن المحاكم الجزائرية تختص في دعاوى الأموال المكتسبة وتفصل فيها طالما كان أحد الزوجين جزائريا، باستثناء الدعاوى المتعلقة بالعقار الموجود في الخارج.

لكن هذا الاختصاص جوازي اختياري و يتضح ذلك من خلال صياغة المادة، أي أنها غير متعلقة بالنظام العام فيمكن للمتقاضي التنازل عنه وهو مقرر لتوفير الحماية للوطني وكذلك عدم ثقة القضاء الوطني في قضاء الدول الأخرى[4].

وطالما أن هذا الاختصاص جوازي على القاضي تطبيقه إذا تمسك به الخصوم، وليس له أن يتمسك بتطبيقه من تلقاء نفسه[1]، فالاختصاص المقرر في المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات

---

[1] هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2003، ص31 .

[2]Art 14 du C. Civ. Fr. dispose que: « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les
tribunaux Français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra êtretraduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers desfrançais. ». coss 27/05/1970 cite par Mayer pierre, op cit, p208.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر في 1976/06/07 غير منشور، مشار إليه في مؤلف محند إسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ص34 .

[4] بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2009/2008، ص343 .

المدنية والإدارية الجزائري هو إمتياز لمواطني الدولة يمكن التنازل عنه، وهذا التنازل يمكن أن يكون صراحة أو ضمنيا، فالتنازل الصريح يتقرر بموجب اتفاق صريح بين الطرف الذي تقرر له الاختصاص والطرف الأجنبي حيث يقضي باستبعاد الاختصاص المقرر في تلك المواد وبالتالي عقد الاختصاص لمحكمة أجنبية، أما التنازل الضمني فيتمثل في اختيار أحد الأطراف رفع دعواه أمام محكمة أجنبية رغم إمكانية رفعها أمام المحاكم الوطنية.

وقد يستخلص هذا التنازل إذا لم يدفع الجزائري بعدم اختصاص المحكمة الأجنبية - استنادا إلى الإمتياز المقرر لصالحه- التي رفعت فيها دعوى ضده، ولكي يكون التنازل فعالا يجب أن يصدر من الشخص المستفيد منه، فإذا كان المدعي هو الوطني فهو من يمكنه التخلي عنه، أما إذا كان المدعى عليه هو الوطني فيكون للمدعي والمدعى عليه المصلحة في التنازل شرط أن يكون التنازل باتفاق بينهما[2]،ولا عبرة بالإكراه الممارس على المستفيد من التنازل حتى يتنازل على إمتيازه[3]،وقد يرفع المتقاضي دعواه أمام الهيئات الوطنية على أساس معيار اختصاص آخر غير معيار الجنسية.

ثانيا: منازعات الجنسية التي تعترض منح الاختصاص القضائي الدولي في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن الجنسية معيار يمنح على أساسه الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة سواء كانت هذه الجنسية أصلية أو مكتسبة، ولكن الاعتماد على ضابط الجنسية لتحديد الاختصاص قد تعترضه صعوبات كثيرة أهمها مشكلة تنازع الجنسيات بصورها المختلفة وهذا ما يؤثر بصورة مباشرة على منح الاختصاص القضائي الدولي بناءا على ضابط الجنسية، كما أن مشكلة إثبات الجنسية قد تقف عائقا أمام منح الاختصاص على أساسها، لذلك يطرح التساؤل التالي: ماهو تأثير تنازع الجنسيات وإثباتها على الاختصاص القضائي الدولي المبني على معيار الجنسية؟

وللإجابة على هذا السؤال سنعالج حالات تنازع الجنسيات وإثبات الجنسية فيما يلي:

---

[1] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص211.

[2] بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص277.

[3] محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، 1989، ص277.

1. حالات تنازع الجنسيات

في إطار تنازع الجنسيات قد تثار المنازعات بين الزوجين في الدعاوى المرتبطة بالأموال المشتركة بين الزوجين، فقد يتمسك أحد الزوجين بتمتعه بالجنسية الوطنية حتى يستفيد من اختصاص المحاكم الوطنية، مما يستدعي تدخل الزوج الآخر والذي يدفع بعدم اختصاص المحاكم الوطنية المبني على ضابط الجنسية وهنا تثور النزاعات المتعلقة بها فهي منازعات مدنية ترفع إلى المحاكم العادية وفقا لإجراءات رفع الدعوى المدنية وتخضع لشروط رفع الدعوى وقبولها[1].

وقبل تفصيل حالات تنازع الجنسيات وجب توضيح صور دعاوى منازعات الجنسية كالآتي:

- **الدعوى الأصلية:** هي تلك الدعوى التي يختصم فيها الفرد الدولة بصفة أصلية ويطلب فيها الحكم بثبوت الجنسية أو نفيها[2].

وقد نصت المادة 38 من قانون الجنسية الجزائرية على ما يلي:«لكل شخص الحق في إقامة دعوى تكون الغاية الرئيسية والمباشرة منها استصدار حكم بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية»[3]

- **الدعوى الفرعية:** أثناء الفصل في قضية ما كقضية الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يمكن أن يثار دفع خاص بالجنسية بمناسبة هذا النزاع، فيكون الفصل في الدفع المثار في التمتع بالجنسية الوطنية للاستفادة من الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية قبل الفصل في نزاع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ولقد نصت المادة 37 فقرة 2 من قانون الجنسية الجزائرية على ما يلي:«عندما تثار هذه المنازعات عن طريق الدفع أمام المحاكم الأخرى تؤجل هذه الأخيرة الفصل فيها حتي يبت فيها من قبل المحكمة المختصة محليا التي يجب

[1] بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الآجانب، مرجع سابق، ص194.

[2] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الآجانب،مرجع سابق، ص250.

[3] يقابل المادة 38 من قانون الجنسية الجزائرية الفصل 36 من قانون الجنسية المغربية، والفصلان 51 و52 من قانون الجنسية التونسية، والمادة 29 مكرر 3 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل جويلية 1993.

أن يرفع إليها الأمر خلال شهر من قرار التأجيل من قبل الشخص الذي ينازع في جنسيته وإلا أهمل الدفع»[1].

وبعد التطرق لصور دعاوى منازعات الجنسية سنتطرق لحالات تنازع الجنسية كالآتي:

- **التنازع الإيجابي:** فحالة تعدد الجنسيات لا تؤثر على الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لأنها قواعد منفردة، فالمشرع يحدد الحالات التي يكون فيها القضاء الوطني مختصا وفقا لضوابط محددة[2].

فإذا كان لشخص عدة جنسيات وكان من بينها جنسية الدولة التي يريد التقاضي أمام محاكمها فإن الجهة القضائية لهذه الدولة ستعلن اختصاصها القضائي الدولي إنطلاقا من وجود ضابط الجنسية الذي يربط الشخص بهذه الدولة دون النظر في باقي الجنسيات، أما إذا لم تربطه بهذه الدولة رابطة الجنسية ولم يوجد ضابط آخر فالدولة لا تقبل اختصاص محاكمها للنظر في هذه الدعوى ، وتتحفظ على تعيين الجهة المختصة للنظر في النزاع.

ويجري بعض الفقهاء مفاضلة بين اللجوء إلى محاكم دولة إنعقد لها الاختصاص تبعا لضابط جنسية الشخص مع وجود إرتباط لهذا الشخص بجنسية دولة أخرى يكون متوطنا فيها أو له أموالا فيها أو مقيما فيها، فالأفضل أن يلجأ لمحاكم الدولة التي يقيم فيها أو متوطنا فيها أو له أموالا فيها لأنها الأقدر على الفصل في المنازعة بحكم مكفول النفاذ لتوافر ضوابط أخرى تسمح بربط النزاع بالإقليم، ولذلك على محكمة الدولة التي يربطه بها ضابط الجنسية أن تحيل الاختصاص مباشرة أو عن طريق قبول الدفع بالإحالة لقيام المنازعة أمام محكمة أخرى أجنبية مختصة، أو عن طريق الاتفاق بين الطرفين بعرض النزاع على محكمة أجنبية هي الأقدر على النظر في النزاع[3].

- **التنازع السلبي:** في حالة عدم وجود جنسية للشخص المتقاضي فإن الاختصاص القضائي الدولي لا ينعقد في محاكم الدولة طالما الرابط بين الدولة والشخص غير موجود، والحل في هذه

[1] يقابل نص المادة 37 فقرة 2 من قانون الجنسية الجزائرية المادة 37 فقرة 1 من قانون الجنسية المغربية، والفصل 50 فقرة 1 من قانون الجنسية التونسية، والمادة 124 فقرة 2 من قانون الجنسية الفرنسية لسنة 1945.

[2] عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، مرجع سابق، ص147.

[3] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، مرجع سابق، ص282.

الحالة النظر في ما توافرت ضوابط أخرى قد تربط الشخص بهذه الدولة حتى ينعقد اختصاصها للنظر في دعاوى الأموال المكتسبة كضابط الإقليم(موطن المدعى عليه) أو ضابط موطن المدعى إذا كانت هذه الدولة تأخذ بهذا الضابط، أو ضابط موقع المال إذا كان هذا المال موجودا على إقليم هذه الدولة[1] حتى ينعقد اختصاصها للنظر في منازعات الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إذا لم تتوافر رابطة الجنسية.

- **التنازع المتحرك:** إن تغيير الجنسية إشكالية تعترض تحديد المحكمة المختصة للنظر في نزاعات الأموال المشتركة بين الزوجين، لكن الإجتهاد القضائي الدولي حسم أمر تغيير الجنسية حتى لا تؤثر على تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، وذلك عن طريق تحديد ضابط محدد وهو ضابط جنسية المتقاضي وقت رفع الدعوى، فإذا غير الشخص جنسيته بعد رفع الدعوى فلا اعتداد بالجنسية الجديدة وتظل محكمة الدولة التي ينتمي إليها الشخص وقت رفع الدعوى هي المختصة، وكذلك التغيير الطارئ بعد رفع الدعوى لا يعطي الاختصاص لمحكمة الدولة التي إنتمى إليها الشخص بعد رفع دعوته، فتظل محكمة الدولة الأولى هي المختصة بغض النظر عن جنسية الدولة الجديدة، فلا عبرة بجنسية الخصوم وقت نشوء النزاع[2] وإنما العبرة تكون بوقت رفع الدعوى وما يلحق بعدها من تغيير طارئ لجنسية فلا يعتد به.

2. إثبات الجنسية

يجري إثبات الجنسية وفقا للقانون الساري في الدولة المراد إثبات جنسيتها أو نفيها عن الشخص[3]، فالدول مستقلة في تنظيم جنسيتها، فمن يدعي تمتعه بجنسية دولة ما أو عدم خضوعه لأحكام جنسية هذه الدولة يقع عليه عبء الإثبات حسب المادة 31 من قانون الجنسية الجزائري التي تنص على: «يتحمل الإثبات في قضايا الجنسية كل شخص سواءا بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع يدعي هو نفسه أو شخص آخر بأنه يحمل أو لايحمل الجنسية

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص254.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص255.

[3] مقني بن عمار، إجراءات التقاضي والإثبات في منازعات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2009، ص145.

الجزائرية»، وقد إنتهجت بعض الدول نفس النهج في بيان من يقع عليه عبء الإثبات وهو المدعي مثل مصر، الكويت، سوريا، اليمن، بينما دول أخرى لم تخص إثبات الجنسية بقواعد خاصة كالسعودية والأردن والعراق ولبنان وقطر وعمان والبحرين.

أما في التشريعات الغربية كالتشريع الفرنسي الذي نص في المادة 138 فقرة 1 من قانون الجنسية الفرنسي المعدل بموجب قانون 1973/01/09 على: « عبء الإثبات في مسألة الجنسية الفرنسية يقع على عاتق من كانت جنسيته محل نزاع»[1]، ويستوي أن يكون مدعي أو مدعى عليه، وتختلف طرق الإثبات بإختلاف إذا ما كانت الجنسية أصلية أو مكتسبة أو حتى فقدان الجنسية:

إثبات الجنسية الأصلية: إن الجنسية الأصلية هي التي يتمتع بها الشخص بمجرد ميلاده فيمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصليين ذكرين من جهة الأب والأم كما يمكن إثباتها بكافة الوسائل خاصة عن طريق حيازة الحالة الظاهرة [2].

إثبات الجنسية المكتسبة: الجنسية المكتسبة هي التي يكتسبها الشخص لاحقا إما عن طريق التجنس أو بواسطة الزواج، فإذا نوزع في جنسية الشخص المكتسبة فثبت بوسائل الحالة المدنية للمعني كمرسوم التجنس أو بنظير مرسوم التجنس المانح للجنسية، أو بالإدلاء بشهادة الجنسية، وإذا كانت الجنسية مكتسبة بموجب معاهدة فإنها تثبت وفقا لهذه المعاهدة[3].

إثبات فقدان الجنسية: إثبات الفقدان يتحقق بتقديم القرار المرخص بفقدان الجنسية أو التخلي عنها أو الذي يقضي بالتجريد منها أو سحبها عنه، وعلى من ينازع في الصفة الوطنية للزوج الذي يقاضي زوجه الآخر في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط أن يثبت زوال الجنسية

[1] Art.138 al.1 du code nationalité francais : « La charge de la preuve en matière de nationalité incombe à celui dans la nationalité est en cause. »

[2] نصت على ذلك المادة 32 من قانون الجنسية الجزائري، تقابلها المادة 30 مكرر2 من قانون الجنسية الفرنسي،والمادة 21 فقرة 1 من قانون الجنسية الكويتي.

[3] محمد طيبة، الجديد قي قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 1، الجزائر، 2005، ص86.

عن هذا الزوج عن طريق تقديم نسخة من الجريدة الرسمية التي نشر فيها قرار الفقد أو السحب أو التجريد أو التخلي حسب المادة 35 من قانون الجنسية الجزائرية[1].

بعد أن تطرقنا لضابط الجنسية الذي يعد معيارا حاسما يحدد بموجبه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية للنظر في دعاوى الأموال المكتسبة وما قد يصاحبه من إشكالات مثارة والحلول المقترحة تبعا لذلك، سنتطرق في الفرع الموالي إلى ضابط شخصي آخر يحدد بموجبه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية وهو ضابط القانون المختص.

الفرع الثاني: ضابط القانون المختص

ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة بناءا على هذا الضابط فيتقرر تطبيق القانون الوطني على النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي بأمر من قواعد الإسناد الواردة في قانون القاضي على أساس أن القاضي يستوعب ويفهم قانونه أكثر من استعابه وفهمه للقانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية[2] بما فيها النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، وتم إقرار هذا الضابط في مؤتمر لاهاي لسنة 1875.

إن مايؤدي إلى تحقق التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي وإن كان الأصل هو الاستقلالية[3] هو الاعتماد على ضابط القانون المختص، فالاختصاص التشريعي قد يطرد الاختصاص القضائي كحالة إنعقاد الاختصاص لمحكمة دولة أجنبية في علاقة تحتوي على عنصر أجنبي، لكن هذه المحكمة ترفض النظر في النزاع لوجود مانع في قانونها يمنعها من التعرض لهذه القضايا، مثلما كانت المحاكم الإنجليزية ترفض الفصل في قضايا تعدد الزيجات

[1] تقابلها المادة 34 من قانون الجنسية المغربي، والفصل 42 من قانون الجنسية التونسي.

[2] جندولي فاطة الزهراء،إنحلال الرابطة الزوجيةفي القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2011/2010، ص137.

[3] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص14.

رغم أن هذا الزواج قد أبرم صحيحا في ظل قانون هذا الشخص الذي يجيز تعدد الزواج، لكن المشرع الإنجليزي عدل عن رأيه في سنة 1973 وأصبح ينظر في دعاوى تعدد الزيجات متى أبرم هذا الزواج صحيحا في ظل قانون يجيزه[1].

ولكن استثناءا الاختصاص التشريعي قد يجلب الاختصاص القضائي بصفة مباشرة وهو ما يقضي تحري القاضي عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه قبل أن يفصل في مسألة اختصاصه من عدمه ويترتب على ذلك اختصاص محاكم دولة القاضي.

إن القضاء الوطني هو المختص بالنظر دون غيره في منازعات الأحوال الشخصية كالزواج وخاصة دعاوى الأموال المكتسبة لأنها من الآثار المالية لعقد ازواج وعليه فالمصالح المالية للزوجين تدخل ضمن هذا الاختصاص فهي تترتب على الحالة الشخصية وهنا يمكن كذلك اللجوء للتحكيم والاتفاق عليه في نزاعات متعلقة بالأموال المكتسبة[2]، على خلاف مسائل الأحوال الشخصية البحتة كنزاع يتعلق بنسب طفل أو صحة عقد زواج فلا يمكن اللجوء فيها للتحكيم.

وعلى ضوء ما سبق سنعالج مبررات الأخذ بضابط القانون المختص لمنح الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط و موقف المشرع الجزائري من ضابط القانون المختص للفصل في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط و موقف المشرع المصري من ضابط القانون المختص للفصل في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط و موقف المشرع الفرنسي من ضابط القانون المختص للفصل في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط .

أولا: مبررات الأخذ بضابط القانون المختص لمنح الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يرجع تبرير تطبيق قانون دولة القاضي على أساس أن محاكم الدولة هي الأقدر على كفالة تطبيق قانونها سواء في مسائل الأحوال العينية المتعلقة بالمال، أو مسائل الأحوال الشخصية

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص411.

[2] محمود عمر التحيوي، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحتها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص439.

كالزواج وما يتبعه من آثار مالية وشخصية وخصوصا مسألة الأموال المكتسبة، لأن الاختصاص القضائي أسبق زمنيا من الاختصاص التشريعي[1]، لكن في حالة تطبيق قانون القاضي فالوضع مغاير فننظر في الاختصاص التشريعي قبل الاختصاص القضائي.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من ضابط القانون المختص لفصل في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

لقد أخذ المشرع الجزائري بضابط القانون المختص لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية في دعاوى الأحوال الشخصية بصفة عامة، فإذا ثار نزاع حول الأموال المكتسبة وكان أحد الزوجين متحد الجنسية مع القاضي (أي جزائري الجنسية) المرفوعة أمامه الدعوى، فهنا يقر القاضي الاختصاص التشريعي للقانون الوطني عملا بالاستثناء الذي يقضي بتطبيق القانون الوطني، لأن القضاء الجزائري قد تبنى التفسير الموسع للمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري متبعا في ذلك ما أنتهجه القضاء الفرنسي، فإذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج تطبيقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري[2] وتبعا لذلك يقرر القاضي الاختصاص القضائي لدولته وتكون المحاكم الجزائرية هي المختصة طالما تعلق الأمر بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وكان أحد الزوجين جزائريا.

وتختص أيضا المحاكم الجزائرية في حالة حلول القانون الجزائري محل القانون الأجنبي الذي استبعد إما لمخالفته للنظام العام الوطني أو نتيجة اختصاصه بناء على غش نحو القانون طبقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري[3].

ثالثا: موقف المشرع المصري من ضابط القانون المختص لفصل في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2 تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية للكتاب، الطبعة 9، القاهرة، مصر، 1986، ص555.

[2] المادة 13 من القانون المدني الجزائري تنص على: « يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج »

[3] فتيحة يوسف عماري، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كليه الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009/2008، ص90.

لقد نص المشرع المصري على تبني ضابط القانون المختص صراحة في المادة 30 من قانون المرافعات المصري التي تنص على ما يلي: « تختص محاكم الجمهورية بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال التالية: إذا كانت الدعوى متعلقة بالأحوال الشخصية وكان المدعي وطنيا أو أجنبيا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق في الدعوى»، ونستخلص من المادة شروط تتعلق بمنح الاختصاص القضائي على أساس القانون الوطني للقاضي وتتمثل في ما يلي:

- أن يكون المدعي مصريا أو أجنبيا متوطنا في مصر.
- أن تكون الدعوى المرفوعة متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كمسألة الأموال المكتسبة باستثناء الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج.
- الا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر.
- أن يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق على النزاع موضوع الدعوى.

ومن هذا نستخلص أن المشرع المصري قد أصدر حكما استثنائيا بمقتضاه يجلب الاختصاص القضائي إنطلاقا من فكرة أن المحاكم المصرية هي الأقدر على تطبيق قانونها في مسائل الأحوال الشخصية، خاصة وأن المادة 14 من القانون المدني المصري تقضي بعقد الاختصاص للقانون المصري في مسائل الزواج إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج وذلك فيما عدا شرط أهلية الزواج[1].

وعليه فإن المشرع المصري قد منح الاختصاص للمحاكم المصرية للنظر في دعاوى الأحوال الشخصية بما فيها دعوى الأموال المكتسبة إذا كان المدعي وطنيا أو أجنبيا متوطنا بالإقليم المصري وذلك لضمان تطبيق القانون الوطني بمقتضى نص المادة 14 من القانون المدني المصري.

رابعا: موقف المشرع الفرنسي من ضابط القانون المختص لفصل في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

[1] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص80.

لقد أخذ القضاء الفرنسي في ضابط القانون المختص إنطلاقا من أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية كنزاع الأموال المكتسبة وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية، إذا لم يتعلق الأمر بعقار موجود في الخارج[1].

لقد وسع القضاء الفرنسي من نطاق تطبيق المادة 14 من القانون المدني الفرنسي لتشمل دعاوى الأحوال الشخصية باستثناء الدعاوى العينية العقارية وما يتبعها، ومنه نستنتج أن فرنسا قد بالغت في توفير الحماية لقانونها واعتبرت محاكمها مختصة وفقا لضابط القانون الوطني المختص حسب المادة 14 من القانون المدني الفرنسي.

بعدما أنهينا التطرق للضوابط الأصلية التي ينعقد بموجبها الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في الدعاوى عموما ودعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط خصوصا، وسنعالج في المبحث الموالي ضوابط إنعقاد الاختصاص القضائي الدولي الطارئ التي يسمح بموجبها النظر في النزاع من طرف المحاكم الوطنية رغم عدم اختصاصها كأصل عام، ولكن تنفيذا لرغبة الخصوم في الخضوع لقضاء دولة ما أو لوجود طارئ معين تكون مختصة بالنظر في الدعاوى نظرا لوجود مستجدات في القضية أو إرتباط في أجزاء النزاع.

[1] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص132.

المبحث الثاني: ضوابط إنعقاد الاختصاص القضائي الدولي الطارئ في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يسلم الفقه والقضاء في عصرنا الحالي أن للإرادة دورا هاما في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وبالتالي فإن منح الاختصاص لجهة قضائية معينة للفصل في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إنطلاقا من الاستناد على ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الأصلي التي سبق ذكرها قد يتعطل إذا ماتم تفعيل دور إرادة الخصوم لتحديد الجهة القضائية المختصة دوليا للنظر في دعاوى الأموال المكتسبة، وبالإضافة إلى الدور الذي تلعبه إرادة الخصوم في تحديد الاختصاص القضائي الدولي فإن الاعتبارات الملاءمة وحسن أداء العدالة وسيرها قد تملي اختصاص المحاكم الوطنية بالدعاوى ذات العنصر الأجنبي، رغم كون المدعى عليه أجنبيا ليس له موطن أو محل إقامة في الجزائر.

وعليه فقد تختص المحاكم الجزائرية في قضايا الأموال المكتسبة في الزواج المختلط دون أن يتحقق أي ضابط من ضوابط الاختصاص المقررة في القانون الجزائري، ويبنى الاختصاص في حالة حسن أداء العدالة على عدة اعتبارات منها ضمان وحدة الخصومة وحسن سير العدالة، ومنع صدور عدة أحكام في نزاع واحد قد تكون متضاربة في مضمونها، كما يمكن منح ضمان أكبر للحقوق المتنازع عليها وتأمين الخصوم بحفظ حقوقهم.

وإنطلاقا من منح الاختصاص القضائي الدولي بناء على إرادة الخصوم وهو ما يعرف بالخضوع الاختياري أو ضمانا لحسن أداء العدالة وسيرها وهذا مايصطلح عليه بالاختصاص القضائي الدولي الطارئ أو الاستثنائي الذي يعتبر اختصاص يمنح بموجبه للمحكمة سلطة البت في الدعوى رغم عدم وجود إرتباط إقليمي أو شخصي يتأسس وفقه الاختصاص كما سبق وأن رأينا.

ومنه فإن الاختصاص القضائي الدولي ينعقد وفقا لإرادة الخصوم أو مراعاة لحسن سير العدالة وهما ضابطان طارئان يحددان الاختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحاكم الوطنية.

وبناء على ما سبق يطرح التساؤل التالي: ماهي الضواط الطارئة التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحاكم الوطنية للنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط؟ وما هي أهم شروطها المتطلبة قانونا؟ وما هي الآثار القانونية الناتجة عن تفعيلها؟.

وعليه سنعالج ضابط الخضوع الاختياري وشروطه المتطلبة قانونا والآثار الناتجة عن اعتماده في المطلب الأول وإلى ضابط حسن أداء العدالة وسيرها و شروطه وآثاره القانونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ضابط الخضوع الاختياري لإنعقاد الاختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحاكم الوطنية في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يعد مبدأ قانون الإرادة في المنازعات الخاصة من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص والذي تقره التشريعات الوطنية للعديد من الدول، كما أن المعاهدات الدولية أقرت بضرورته[1]، فإرادة الأطراف في اختيار الجهة القضائية التي تحكم نزاعاتهم أصبحت واضحة، ففي دعاوى الأموال المكتسبة الأصل هو قيام الزوجين بالاتفاق على إخضاع نزاع الأموال المكتسبة لقضاء الدولة التي تتجه إرادتهم الصريحة أو الضمنية إلى اختياره - دون المساس بمبدأ خضوع العقارات لمحكمة دولة موقعها - اعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وفي حالة عدم ظهور الإرادة الصريحة فيجب البحث عن الإرادة الضمنية للزوجين من خلال القرائن القانونية التي تدل على

[1] صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص62.

وجودها، هذا ما يؤدي إلى طرح السؤال التالي: ما مفهوم الخضوع الاختياري؟ وما هي أهم شروطه المتطلبة قانونا؟ وما هي الآثار القانونية الناتجة عن اعتماده؟.

وعليه سنعالج مفهوم الخضوع الاختياري في الفرع الأول وإلى أشكال التعبير عن الإرادة في اختيار المحكمة التي تنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الثاني وإلى شروط الخضوع الاختياري في الفرع الثالث وإلى الآثار القانونية للخضوع الاختياري في الفرع الرابع.

الفرع الأول: مفهوم الخضوع الاختياري

إن ضابط الخضوع الاختياري يتحدد على أساسه الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم لذلك يجب أن نحدد تعريف الخضوع الاختياري على المستوى الداخلي للدول ثم نمدده إلى المستوى الدولي طبقا لتمديد قواعد الاختصاص الوطني إلى مستوى الاختصاص القضائي الدولي.

لذلك سنعرف ضابط الخضوع الاختياري ونتعرض لموقف التشريعات من ضابط الخضوع الاختياري في منح الاختصاص القضائي الدولي.

أولا: تعريف ضابط الخضوع الاختياري

إن مبدأ الخضوع الاختياري مأخوذ عن القواعد العامة في الاختصاص الداخلي، ويبدو أن أول من قال به هو الفيلسوف الإغريقي "أفلاطون" حينما قرر أن أكثر المحاكم ملاءمة بالاختصاص بنظر الدعوى هي المحكمة التي إرتضى الخصوم الخضوع لحكمها[1]، وقد أصبحت هذه القاعدة أساسا تقليديا من الأسس التي يقوم عليها الاختصاص المحلي في القانون الداخلي وأمتدت إلى القانون الدولي، حيث يصح للزوجين الخصمين أن يتفقا صراحة على اختصاص محكمة معينة للنظر في النزاع القائم بينهما[2].

فالخضوع الاختياري يعرف بأنه اتفاق الخصوم على قبول ولاية قضاء دولة معينة ولو لم تكن محاكمها مختصة أصلا بالنظر في النزاع وفقا لضوابط الاختصاص الأصلية الواردة في التشريع

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ذار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص300.

[2] محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص103.

الوطني[1]، وعليه فالخضوع الاختياري لولاية قضاء دولة ما يكون بشكل صريح يحدد في العقد الأصلي موضوع النزاع، كما يمكن أن يرد في عقد مستقل ويكون على شكل مشارطة وفي كلتا الحالتين يقر الخصوم بأحقية قضاء دولة ما بالنظر في نزاعاتهم كلا أو جزءا[2].

كما يمكن أن يتحقق الخضوع الاختياري بشكل ضمني عندما يقيم شخص دعوى أمام محكمة وطنية ويحضر المدعى عليه أمامها دون أن يدفع هذا الأخير بعدم اختصاص هذه المحكمة قبل النظر في موضوع الدعوى وهنا ينعقد الاختصاص القضائي من الناحية الدولية لهذه المحكمة الوطنية.

ثانيا: موقف التشريعات من ضابط الخضوع الاختياري في منح الاختصاص القضائي الدولي

إن غالبية التشريعات[3] اعتنقت مبدأ الخضوع الاختياري كضابط لمنح الاختصاص القضائي الدولي وجعلته ضابطا تختص وفقه المحاكم الدولية للنظر في جميع الدعاوى سواء كانت عينية أو شخصية، لكن هناك تجاذب للأراء وتصادم حول فكرة تدخل الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي فظهر هناك إتجاهان وهما الموقف الرافض لتدخل الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي والموقف المؤيد لذلك.

1. الموقف الر افض لتدخل الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي

اعترض العديد من فقهاء القانون على تدخل الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي، واستندوا على أدلة من بينها أنه إنطلاقا من فكرة سيادة الدول وباعتبار أن القضاء مظهر من مظاهر هذه السيادة، فإن حرية الخصوم لا يمكن أ ن تتعدى حد التدخل في سيادة الدول عن طريق التدخل في القضاء.

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص453.

2 Batiffol et laggard droit International prive, T. 117ed, Paris. Librairie general de droit et de Jurisprudence, 1983 p281.

[3] يأخذ بهذا المبدأ المشرع الفرنسي مع استثناء في دعاوى الطلاق، والمشرع المصري في المادة 32 من قانون المرافعات، والمشرع اليمني في المادة 59 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني، والمشرع الأردني في المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

كما أنهم رأو بأن تدخل الخصوم لتحديد الاختصاص القضائي عن طريق الخضوع الاختياري هو تدخل بتعديل قواعد الاختصاص التشريعي الذي يعد كذلك مظهرا من مظاهر سيادة الدول[1]، ومن بين الدول التي رفضت فكرة الخضوع الاختياري وتجسيدها في ضابط يمنح على أساسه الاختصاص القضائي الدولي نجد: التشريع الإسباني والأرجنتيني وسمح به المشرع الإيطالي لكن في حدود ضيقة جدا كما لو كان الاتفاق بين أجانب أو بين أجنبي وإيطالي غير متوطن أو مقيم في إيطاليا[2].

2. الموقف المؤيد لتدخل الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي

اعتنقت معظم التشريعات مبدأ الخضوع الاختياري تماشيا مع مستجدات القضاء الدولي، كالمشرع المصري الذي نص على مبدأ الخضوع الاختياري في المادة 32 من قانون المرافعات المصري[3]، و المشرع الأردني في المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني [4]، اما المشرع اليمني فقد نص على الخضوع الاختياري في المادة 59 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني[5]، و المشرع التونسي فقد تبنى مبدأ الخضوع الاختياري ونص عليه في الفصل الرابع من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[6].

أما المشرع الفرنسي فقد أخذ بمبدأ الخضوع الاختياري مع استثناء دعاوى الطلاق[7]، وقد اقتصر الأخذ بالخضوع الاختياري في التشريع الفرنسي على المجال التجاري، وقد حكمت فيما بعد

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص454.

[2] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه ص454.

[3] المادة 32 من قانون المرافعات المصري تنص على ما يلي: « تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصوم ولا يتها صراحة أو ضمنا».

[4] المادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني تنص على ما يلي: « تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصوم ولا يتها صراحة أو ضمنا».

[5] المادة 59 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني تنص على ما يلي: « تختص المحاكم اليمنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمادة السابقة إذا قبل الخصم ولا يتها صراحة أو ضمنا».

[6] الفصل الرابع من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ينص على ما يلي: « تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية».

[7] استثنى المشرع الفرنسي الطلاق خشية التحايل على القانون الواجب التطبيق فيما لو أبيح للزوجين اللذان لا يجيز قانونهما الشخصي الطلاق أو يضيق فيه فيلجأن إلى محكمة أجنبية يجدان فيها رغبتهما في إجازة الطلاق. أنظر عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص454.

محكمة النقض الفرنسية بصحة الاتفاق على تعديل أحكام الاختصاص القضائي لما يكون النزاع دوليا بشرط أن يكون هذا النزاع له طابع دولي وله علاقة معتبرة بقضاء الدولة التي عقد الاختصاص له، وألا يكون الاختصاص المعقود للقضاء الفرنسي مقصورا عليه، وألا يكون النزاع متعلقا بحالة الأشخاص، وألا يكون هذا النزاع متعلقا بعقار موجود في الخارج لأنه يدخل في اختصاص محكمة دولة موقعه لأنها الأكثر صلة به والأقدر على الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا العقار.

وقد كان سائدا في فرنسا قبل تعديل 1972 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي صحة الاتفاق على تعديل أحكام الاختصاص القضاء المحلي الداخلي، لكن المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد تبطل كل اتفاق على تعديل أحكام الاختصاص المحلي الداخلي باستثناء إذا كان مبرما بين أشخاص لهم جميعا صفة التجار.

ومن هنا نستنتج أن الخضوع الاختياري حسب هذه المادة في غير المجال التجاري يعتبر باطلا لكن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذه النتيجة [1].

ومادام أن الزواج يندرج ضمن حالة الأشخاص فإن المنازعات الشخصية المحضة المرتبطة به قد تستثنى من الخضوع الاختياري في الدول التي تسمح به في النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص كفرنسا، أما المنازعات المالية المرتبطة بالزواج كالأموال المكتسبة بين الزوجين والنزاعات المتعلقة بها تخرج من هذا التصنيف لتدخل ضمن الأحوال العينية، وبالتالي تخضع لمبدأ الخضوع الاختياري دون المساس بقاعدة خضوع العقارات لمحكمة دولة موقعها.

أما موقف المشرع الجزائري إزاء الخضوع الاختياري كان واضحا، فنص في المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري « يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار»[2].

[1] اعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص28.

[2] يقابل نص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ومما سبق نستنتج أن تعديل أحكام الاختصاص القضائي غير وارد إلا إذا كان بين التجار، ومنه فإن قواعد الاختصاص المحلي ومن ثم قواعد الاختصاص الدولي تعد من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[1] باستثناء حالة الاتفاق بين التجار.

أما المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على ما يلي: « يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا»، فالمشرع أجاز صراحة للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا وهو بذلك قد وقع في تناقض مع المادة 45 السابقة الذكر، لأن المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم تحدد صفة المتقاضي سواء كان تاجرا أو شخصا عاديا، وبالتالي فإن قواعد الاختصاص المحلي ليست من النظام العام يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها[2]، ولقد أكدت المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ضرورة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفع في الموضوع أو الدفع بعدم القبول.

وبما أن قواعد الاختصاص الدولي إمتداد لقواعد الاختصاص الداخلي فهي وفقا لنص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وذلك إما بسلب الاختصاص من القضاء الجزائري رغم اختصاصه، أو جلب الاختصاص له رغم عدم اختصاصه للنظر في الدعوى[3]

الفرع الثاني: أشكال التعبير عن الإرادة في اختيار المحكمة التي تنظر في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

تختلف طرق التعبير عن الإرادة فهناك إرادة صريحة يصرح بها أطراف العقد وفي المقابل هناك إرادة ضمنية يستنبطها القاضي من مجريات الدعوى والنزاع، وعليه سنتطرق في هذا

[1] قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر في 2012/01/12 حيث قضت فيه بما يلي: « الاختصاص الإقليمي في شأن مسائل الحالة المدنية من النظام العام....» ملف رقم 654531، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2012، ص243.

[2] قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر في 1992/03/02 حيث قضت فيه بما يلي: « متى كان مقررا أنه يجوز لطرفي الخصومة الحضور باختيارهما أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى فإن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام » مجلة المحكمة العليا، العدد 3، لسنة 1993، ص40.

[3] اعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص28.

الفرع إلى مفهوم الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية وتطبيقاتهما على اختيار المحكمة التي تحكم النزاع المتعلق بالأمول المكتسبة في الزواج المختلط، سنعالج دور الإرادة الصريحة في اختيار المحكمة التي تنظر في النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط ودور الإرادة الضمنية في اختيار المحكمة التي تنظر في النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط .

أولا: دور الإرادة الصريحة في اختيار المحكمة التي تنظر في النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يقصد بالاختيار الصريح إذا كان المظهر الذي اتخذه الشخص كلاما أو كتابة أو إشارة مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس[1].

فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة، وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة أو يؤديها بواسطة الهاتف أو إيفاد رسول منه، والتعبير بالكتابة في شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية، والإثبات بالكتابة يتطلب شروطا أشد ما يتطلبه التعبير بالكتابة[2]، كما يكون التعبير بالإشارة المتداولة عرفا التي لاتدع مجالا للشك.

أما التعبير الصريح عن الإرادة لاختيار المحكمة التي تنظر في نزاع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط والتي يتحدد بموجبها الاختصاص القضائي الدولي لهذه المحكمة فيكون بأن يتفق الزوجان بعبارات صريحة على الجهة القضائية التي تنظر في دعوى الأموال المكتسبة وتكتب هذه العبارات في وثيقة تدرج في العقد[3]، ويعتبر تحديد الجهة القضائية المختصة في العقود التجارية الدولية أحد المظاهر الأساسية لإنجاح العلاقات التجارية الدولية، كما أن عرض النزاع أمام

[1] أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي ببيروت لبنان ، ص149.

[2] أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص149.

[3] طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي في قواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول،دمشق، سوريا، 2009، ص316.

الجهة القضائية التي أختارها أطراف العقد بإرادتهما اختيارا صريحا يعد دليلا و لايدع مجالا للشك أنه يخدم مصالحهما[1].

ثانيا: دور الإرادة الضمنية في اختيار المحكمة التي تنظر في النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

تعرف الإرادة الضمنية بأنها المظهر الذي أتخذ ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون وجود هذه الإرادة.

فالإرادة الضمنية في مجال الاختصاص القضائي الدولي هي أن يكون خضوع الخصوم لولاية قضاء الدولة ضمنيا كما في حالة أن يعين الخصوم موطنا مختارا لهم في دولة معينة، أو حينما يترافع الخصم في دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المحلية[2].

إن لجوء أحد الزوجين إلى محاكم دولة غير مختصة في نظر النزاع في هذه الحالة يفيد خضوعه الاختياري لقضائها، وسكوت الزوج الآخر عن الدفع بعدم الاختصاص دلالة على قبوله الضمني لولاية محاكم هذه الدولة، ويكون للمحكمة بناء على ذلك أن تنظر في الدعوى مالم يتمسك الزوج الآخر بعدم اختصاصها قبل الخوض في الموضوع، أما لو ترافع هذا الأخير في موضوع الدعوى فيعد ذلك تنازلا منه عن الدفع بعدم الاختصاص[3].

الفرع الثالث: شروط الخضوع الاختياري لمحكمة دولة معينة للنظر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

[1] أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص151.

[2] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص132.

[3] عبد الرزاق دربال، مداخلة بعنوان ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة، ألقيت ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21 و22 أفريل 2010، ص21.

يشترط لقبول الخضوع الاختياري لمحكمة دولة معينة قصد النظر في نزاع متعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط توافر شروط معينة في الاتفاق المانح للاختصاص حتى يكون هذا الاتفاق على اختيار محكمة دولة معينة للنظر في هذا النزاع منتجا لآثاره، بحيث يسلب الاختصاص من محكمة مختصة أصلا بالنزاع ويمنحه لمحكمة دولة أخرى غير مختصة، ولذلك سنعالج الشروط الواجب توافرها في هذا الاتفاق المتضمن منح الاختصاص لجهة قضائية دولية بناء على إرادة الزوجين حتى ولو لم تكن هذه الجهة مختص أصلا، ولكن يقبل النظر في الدعوى أمامها، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: ضرورة وجود رابطة جدية بين النزاع ودولة المحكمة المختارة

اختلفت الأراء حول فكرة وجود الرابطة الجدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي أختار الزوجان اللجوء إليها كي تنظر في نزاعهم المتمثل في الأموال المكتسبة بينهما، وأنقسمت الآراء بين فريق مؤيد لوجود الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة، وفريق معارض لفكرة الرابطة الجدية ويرى ضرورة استبدالها بالمصلحة المشروعة للزوجين[1].

1. الموقف المؤيد لفكرة وجود الرابطة الجدية :

يتبنى فريق من فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصر فكرة ضرورة وجود رابطة جدية بين المحكمة التي أختارها الخصوم للنظر في النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، واعتبروه شرط يجب توافره كأن يكون محل تنفيذ العقد بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة أو موطن الزوجين الخصمين[2]، ولقد تبنت الكثير من التشريعات الأخذ بفكرة وجود رابطة جدية، فالقضاء الانجليزي يرى أنه يمكن للقاضي أن يتخلى عن النظر في النزاع إذا لم يتوافر على رابطة جدية تربطه بدولة القاضي تطبيقا لفكرة المحكمة غير الملائمة، وبالتالي يحيل الخصوم إلى المحكمة المختصة[3].

[1] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص164.

[2] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص154.

[3] أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص201.

ففي مسائل الأحوال الشخصية وخصوصا مسألة الأموال المكتسبة يلجأ الخصمان إلى محاكم الدولة التي يعلمون مسبقا أنها ستصدر أحكاما تخدم مصالحهم المالية والشخصية، ولهذا السبب القضاء الفرنسي قد رفض فكرة الخضوع الاختياري في مواد الأحوال الشخصية ، وهو ما استقر عليه غالب القضاء في كل من إيطاليا وأنجلترا، وهذا ما يؤكد إشتراط هذا الجانب من القضاء والفقه وجود رابطة جدية بين النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط ودولة المحكمة التي تنظر في النزاع تطبيقا لمبدأ قوة نفاذ الأحكام الصادرة عن محاكم هذه الدولة[1].

فالمشرع قد جعل من إرادة الخصوم ضابطا للاختصاص الدولي للقضاء الوطني لذلك يتعين أن يكون هذا الضابط قائما على أسس ثابتة حتى لا ينتهي الأمر بإنصياع القضاء إلى أهواء الخصوم على نحو يخل بحق الدولة الأصيل في تنظيم اختصاص محاكمها بما يتفق ومبدأ سيادتها على الإقليم[2].

ويرى أصحاب النظرية الأنجلو أمريكية أن إنعدام الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة يرجح فكرة أن هذه المحكمة غير صالحة أو غير ملائمة للفصل في النزاع، وبالتالي فمن الأجدر على القاضي ترك الفصل في هذا النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط إذا أتضح له أن الدعوى لا ترتبط بالمحكمة المختارة إرتباطا منطقيا وعرض النزاع على محكمة دولة أخرى أكثر ملاءمة[3].

2. الموقف المعارض لفكرة الرابطة الجدية:

يرى جانب من الفقه والقضاء الدوليين أنه من الضروري استبدال فكرة الرابطة الجدية بفكرة المصلحة المشروعة، لأن مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الخاصة الدولية قد يؤدي إلى تحديد الاختصاص القضائي الدولي بإتباع أهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة، كما لو تركنا لهم الحرية في الخضوع الاختياري لقضاء محايد لا تربطه بالنزاع أي رابطة جدية[4].

[1] هشام خالد، ، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص112.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص166.

[3] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،المرجع نفسه، ص164.

[4] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص463.

ولذلك اقترح هذا الفريق وضع قيد آخر على حرية الخصوم في اعمال ضابط الخضوع الاختياري لولاية قضاء معين هو ضرورة وجود فكرة المصلحة المشروعة التي تحل محل فكرة الرابطة الجدية، وهذا ما نادت به العديد من المعاهدات الدولية مثل معاهدة لاهاي 1965 الخاصة بالاتفاقات المانحة للاختصاص التي لم تعلق صحة الاتفاق على ضرورة توافر الرابطة الجدية بين المحكمة المختارة والمنازعة المطروح أمامها وهذا ما يدعم استبدال فكرة الرابطة الجدية بفكرة المصلحة المشروعة[1].

ثانيا: أن يكون الخضوع الاختياري جالبا للاختصاص

إن الأساس الذي يقوم عليه ضابط الخضوع الاختياري هو ان يكون جالبا للاختصاص وليس سالبا له[2]، فإذا كان الخضوع الاختياري جالبا للاختصاص يكون قد منح الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في نزاعات لم تكن أصلا داخلة في اختصاصها، ويكون الخضوع الاختياري سالبا للاختصاص عندما يترتب عليه سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية ومنحه لمحاكم دولة أجنبية رغم ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في نزاع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

ففي التشريع الجزائري نصت المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على جلب الاختصاص وسلبه من المحاكم الوطنية، ففي النزاعات على المستوى الدولي أين يرى الفقه أنه يجب عدم قصر الأمر على الفرض الذي ينعقد فيه الاختصاص للمحاكم الوطنية بمقتضى الخضوع الاختياري، دون أن يتناول الفرض الذي يتفق فيه الخصوم على سلب اختصاص المحاكم الوطنية لصالح محاكم دولة أجنبية.

وفي نزاعات الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يحق لأحد الزوجين أن يخضع لمحكمته الوطنية بناء على الخضوع الاختياري، وفي المقابل لهم الحق كذلك في سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية إذا لم يخدم القانون الوطني مصالحهما المالية ومنحه لمحاكم دولة أجنبية تخدم هذه المصالح.

[1] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص160.

[2] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص464.

ويمكن الاعتداد بإرادة الخصوم في سلب الاختصاص الثابت أصلا لمحاكم الدولة في الحالات التي يكون فيها هذا الاختصاص قد ثبت بمقتضى معايير أخرى كمعيار جنسية الخصوم مثلا[1]، فإذا كان أحد الزوجين جزائريا فإن له إمكانية سلب الاختصاص من المحاكم الجزائرية ومنحه لمحاكم دولة أجنبية اعتمادا مثلا على ضابط آخر أكثر قوة وفعالية كضابط موقع المال إذا كان هذا المال عبارة عن عقار، فهنا يتم الاعتداد بإرادة هذا الزوج في سلب الاختصاص الثابت لمحاكم دولته ومنحه لمحاكم دولة موقع العقار، فالمهم هو مراعاة المصالح المادية للزوجين.

ثالثا: الصفة الدولية للنزاع المعروض أمام المحكمة

تعتبر المنازعة دولية إذا كان أحد الزوجين طرفا الخصومة في نزاع يتعلق بالأموال المكتسبة تختلف جنسيته عن جنسية الزوج الآخر.

ويذهب غالبية الفقهاء إلى ضرورة أن يكون الاتفاق المانح للاختصاص متعلقا بنزاع يتضمن عنصرا أجنبيا، وهذا الشرط يتصف بالوضوح والمنطقية نظرا لأنه من ظاهرة التناقض أن لإرادة الأطراف أن تعطي الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية بصدد العلاقات الأجنبية البحتة، ولكن جانب آخر من الفقهاء شكك في ضرورة إتصاف النزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص بالصفة الدولية[2].

وذهب جانب ثالث من الفقهاء إلى عدم ضرورة إشتراط الصفة الدولية للنزاع محل الاتفاق المانح للاختصاص، لكن هناك من يرى ضرورة إشتراط الصفة الدولية في النزاع مثل الدكتورة "حفيظة السيد الحداد" التي ترى أن المعاهدات الدولية كمعاهدة نيويورك لسنة 1985 لا تشترط أن يكون النزاع محل التحكيم متصفا بالصفة الدولية، لكن بالعودة لنص المادة 2 من هذه الاتفاقية نجدها تعالج التحكيم المتصل بنزاع ذا طابع دولي.

[1] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الآجانب،مرجع سابق، ص109.

[2] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الآجانب،المرجع نفسه، ص177.

ونجد كذلك معاهدة لاهاي المؤرخة في 1965/11/25 والخاصة بالاتفاقات المانحة للاختصاص فتنص في المادة الثانية منها على أنها تطبق على الاتفاقات المانحة للاختصاص المبرمة في إطار العلاقات الدولية[1].

و لاتكمن الصعوبة في إيجاد معيار يتم من خلاله معرفة ما إذا كان النزاع محل الاتفاق يتسم بالطبيعة الدولية من عدمها، ففي نزاع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فإن العنصر الأجنبي وارد في النزاع من خلال إختلاف جنسية الزوجين وهذا نزاع دولي لا محالة.

الفرع الرابع: آثار الخضوع الاختياري لمحكمة دولة معينة للنظر في نزاع الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يترتب على اعمال ضابط الخضوع الاختياري لمحاكم دولة معينة أثاران أساسيان أحدهما مانح للاختصاص لمحكمة غير مختصة بالنظر في النزاع، وإنما اتفق أطراف الخصومة على عرض النزاع عليها وفقا لإرادتهم في إخضاع النزاع لهذه المحكمة، وأثر سالب للاختصاص من المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع إلى غيرها من محاكم الدول الأخرى الأجنبية، وسنعالج الأثر المانح للاختصاص ثم الأثر السالب للاختصاص.

أولا: الأثر المانح للاختصاص

قد تكون محكمة دولة معينة مختصة في الفصل في نزاع حول الأموال المكتسبة في الزواج المختلط رفعه أحد الزوجين على الزوج الآخر، لكن قد يسلب منها هذا الاختصاص ويمنح لمحكمة دولة أخرى غير مختصة أصلا، لكن هذا الاختصاص منحها حق النظر في النزاع والفصل فيه مثل حالة التحكيم التجاري الدولي، وهذا ما يدعم السمعة الطيبة التي يكتسبها القضاء الوطني على أي قضاء آخر[2].

[1] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص167.

[2] عبد الرزاق دربال، مداخلة بعنوان ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الاختياري لجهة قضائية معينة، ألقيت ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21 و22 أفريل 2010، ص21.

ويبقى للإرادة دورها في جلب الاختصاص دون أن يكون لها أثر في سلبه من القضاء الوطني، وهو النتيجة المترتبة على حرية كل دولة في تنظيم القواعد الخاصة بالاختصاص الدولي لمحاكمها، وعدم وجود قواعد ملزمة دوليا في خارج إطار المعاهدات تتولى توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الدول[1].

وقد اتفقت كثير من دول العالم على تخويل إرادة الخصوم الأثر المانح لاختصاصها، فهي قد لا تعترف للإرادة بأثرها السالب بمعنى أنها قد تحرم الخصوم من الخروج عن قواعد الاختصاص الدولي فيها والاتفاق على الخضوع الاختياري لمحاكم دول أجنبية، وقد يكون في ذلك دلالة على تعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام في حالات معينة[2].

ويصعب القول أن أساس الخضوع الاختياري لمحاكم الدولة هو الصفة غير الآمرة لقواعد الاختصاص الدولي مثلما هو عليه الحال بالاختصاص المحلي[3].

ثانيا: الأثر السالب للاختصاص من المحاكم المختصة أصلا بالنظر في نزاع الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن الدول قد نظمت السلطة القضائية فيها، وضمنت حق الأفراد في اللجوء لجهازها القضائي من خلال رفع دعاوى أمام محاكمها لتحقيق العدالة وإرساء الاستقرار، ولكن ليس ممنوعا على الأفراد اللجوء إلى قضاء دولة أجنبية أو تحكيم أجنبي يمارس مهامه في هذه الدول الأجنبية، والدول هي التي ترسم حدود ولاية القضاء فيها، وتقدر في رسمها لهذه الحدود ما يلزم لتحقيق العدالة والمصلحة العامة.

ورغم أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام، لكن المشرع الجزائري في المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد منح الاختصاص للمحاكم الوطنية بالنظر في كل النزاعات التي يكون فيها أحد الزوجين جزائريا، لكنه بالمقابل أجاز عقد الاختصاص للمحاكم الأجنبية، ففي نزاع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إذا اتفق الزوجان على منح هذا

[1] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص132.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص156.

[3] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص136.

الاختصاص لمحاكم الدولة الأجنبية رغم أن النظر في هذا النزاع يدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية أصلا وهي المخولة منطقيا للنظر في نزاعات رعاياها ومواطنيها[1].

أما إذا اتفقا الخصوم على الخضوع لولاية القضاء الوطني في غير الأحوال التي تختص فيها محاكم الدولة بالنزاع وفقا لضوابط الاختصاص الأخرى فليس في ذلك كأصل عام ما يمس بسيادة الدولة على إقليمها أو اعتبارات الأمن والسكينة فيها[2].

وما دام المشرع قد سمح لإرادة الخصوم بالأثر المانح للاختصاص للقضاء الوطني، فإن ذلك يعد في ذاته ضابطا قانونيا للاختصاص الدولي للمحاكم، والمشرع عادة ما يعطي للإرادة الأثر المانح للاختصاص ويجردها من الأثر السالب للاختصاص من محاكمها الوطنية، كما أن الاعتراف للإرادة بدورها في جلب الاختصاص وإنكار دورها في سلب الاختصاص هو نتيجة منطقية لحرية الدول في تنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها وعدم وجود قواعد دولية ملزمة في هذا السياق، إلا إذا كانت هناك معاهدة دولية تتولى مسألة توزيع الاختصاص القضائي لمحاكم الدول المختلفة[3].

ويرى أنصار هذا الفريق بأن كون قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام يستلزم حقيقة رفض كل دور للإرادة الفردية التي تهدف إلى توسع حالات الاختصاص للمحاكم الوطنية، وهذا ما يتعارض مع طبيعة القانون الدولي الخاص من جهة والخضوع للتحكيم التجاري الدولي من جهة أخرى نظرا للدور الكبير الذي أصبح يلعبه هذا الأخير في فض النزاعات الدولية[4].

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي المبني على حسن أداء العدالة لمحكمة دولة معينة للنظر في النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

[1] اعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص22.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص152.

[3] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص139.

[4] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الآجانب،مرجع سابق، ص165.

يحرص المشرع في كل دولة على جعل محاكمه مفتوحة للجميع وبإجراءات يسيرة وبسيطة، لأن الغرض دائما هو إيصال الحقوق لذويها، وأن نشر العدالة وحسن أدائها لا يجوز ان يتعطل بسبب الحدود الدولية أو الصفة الأجنبية كما في حالة إختلاف جنسية الزوجين في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط التي تكون محل خصومة قضائية.

فيمكن أن يثبت الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في هذه الدعاوى طالما لم يتعلق الأمر بعقار موجود في الخارج الذي تحكمه قاعدة خضوع العقارات لمحكمة دولة موقعها، وهذا الاختصاص يثبت للمحاكم الوطنية للنظر في العديد من القضايا التي من بينها دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ويثبت هذا الاختصاص للمحاكم الجزائرية رغم عدم توفر أي ضابط من الضوابط السالفة الذكر، ولكن هذا الاختصاص يكون مبنيا على اعتبارات عديدة أهمها: تفادي صدور أحكام متضاربة، ضمان وحدة الخصومة والحفاظ على أهم مبدأ يحكم حرية التقاضي وهو حسن سير العدالة وأدائها، وكذلك سرعة الفصل في النزاعات لرفع الاعتداء الواقع على حقوق الأفراد.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ المتعارف عليه دوليا ولتفادي حالات إنكار العدالة في الدولة، اعتبرت التشريعات مبدأ حسن أداء العدالة ضابطا قائما بذاته يعقد عن طريقه الاختصاص للمحاكم في جميع القضايا كالقضايا المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط دونما تلك التي تتعلق بالعقارات التي لها ضابط يحكمها.

وعليه سنعالج في هذا المطلب ضابط حسن أداء العدالة وسيرها لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية دون أن يتحقق ضابط من ضوابط الاختصاص التي نص عليها القانون، ولكن نظرا لإتصال النزاع بدعوى تدخل ضمن اختصاص المحاكم الوطنية المتمثل في تحقيق وضمان وحدة الخصومة الذي سنتطرق إليه في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فنعالج حسن أداء العدالة كضابط اختصاص في الإجراءات الوقتية والقضايا المستعجلة.

الفرع الأول: اختصاص المحاكم المبني على حسن أداء العدالة ضمانا لوحدة الخصومة

إن ضمان وحدة الخصومة ضرورة تمليها إجراءات التقاضي على المستوى المحلي والدولي لضمان أكبر قدر من الحقوق ممكن لذويها،فإذا تفرعت الخصومة فإن ذلك قد يؤثر سلبا على النتائج المرجوة من حكم عادل، ولذلك فإن جل التشريعات قد أكدت على ضرورة المحافظة على وحدة الخصومة وذلك للحفاظ على حسن أداء العدالة وسيرها، وضمان هذه الوحدة يكون بالنظر في جميع الدعاوى المرتبطة بهذه الخصومة بما فيها المسائل الأولية وهو ما سنعالجه والطلبات العارضة التي تعترض سير الخصومة والطلبات المرتبطة بهذه الخصومة.

أولا: الفصل في المسائل الأولية المرتبطة بدعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط لضمان وحدة الخصومة

عادة ما تثار إشكالية حول تحديد مفهوم المسائل الأولية في حد ذاتها، فيرى جانب من الفقهاء بأن المسائل الأولية هي التي تثار أمام القاضي المختص ويتوقف على الفصل فيها الفصل في الدعوى الداخلة في اختصاصه[1]، وهي المسألة التي يتوجب على المحكمة في البث فيها أولا حتى يتسنى لها الفصل في الموضوع الأصلي[2]، فإن كانت المحاكم الوطنية مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية فإنها تختص أيضا بالنظر في كل مسألة أولية يقتضيها الفصل النهائي في الدعوى الأصلية حتى ولو لم تكن هذه المسائل الأولية مما يدخل في ولايتها أصلا.

ويتجه جانب من الفقهاء إلى أن هذه المسائل إن جاز لها أن تكون جالبة للاختصاص القضائي الدولي الوطني فإنها لا تصلح أن تكون سالبة له، إذ لا يجوز الإنتقاص من ولاية القضاء المرتبطة بسيادة الدولة[3].

وتظهر هذه المسائل الأولية أثناء سريان المرافعة أمام المحكمة، ويكون الفصل في هذه المسائل الأولية ضروريا للحكم في موضوع الدعوى الأصلية، فيثبت الاختصاص المبني على حسن أداء العدالة لمحكمة الدعوى الأصلية في البت في المسائل الأولية ولو لم تكن هذه المسائل داخلة في

[1] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص21.

[2] وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2009، ص 316.

[3] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص21.

اختصاص المحكمة الأصلي[1]، فإذا رفعت أمام المحكمة الوطنية دعوى تتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط وتعتبر هذه هي الدعوى الأصلية، فقد تثار أثناء النظر فيها دعوى أولية يجب الفصل فيها قبل الفصل في الدعوى الأصلية وتتعلق هذه الدعوى بالفصل في صحة الزوجية أساسا في نظر قانون الزوج إذا دفع أحد الزوجين بإنعدام جنسية الزوج الآخر أو صوريتها أو إتخاذه لجنسية دولة ما جنسية له دونما أن تكون هذه الجنسية الفعلية له، وهنا لا بد من المحكمة النظر في صحة جنسية الزوج الآخر أولا قبل الفصل في دعوى الأموال المكتسبة رغم أنها غير مختصة أصلا بالنظر في دعاوى الجنسية فيما لوعرضت عليها هذه الدعاوى بصورة أصلية[2].

ولذلك يشترط أن تكون المحكمة مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية وغير مختصة بالنظر في المسألة الأولية المعروضة عليها إذا عرضت عليها بصورة دعوى أصلية، ومن الضروري للفصل في الدعاوى الأصلية الفصل في المسائل الأولية التي يكون الفصل فيها لازما للفصل في الدعوى الأصلية المرفوعة أمام المحكمة[3]، ولكن عادة مايثور تساؤل حول ما يعتبر من المسائل الأولية وعن مدى تأثيرها على الفصل في الدعوى الأصلية، فهنا يرجع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد ما هو مسألة أولية من ما هو غير ذلك وتحديد مدى إرتباط الفصل في هذه المسألة الأولية بالفصل في الدعوى الأصلية، ويدخل هذا في إطار عملية التكييف التي تعتبر من صميم عمل القاضي وتخضع لقانوه الوطني.

وكما أن المشرع الأردني قد نص في المادة 28 فقرة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ينص على أنه إذا رفعت للمحاكم الأردنية دعوى داخلة في اختصاصها، فإنها تكون مختصة أيضا بالفصل في المسائل المرتبطة بالدعوى الأصلية وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها، أما المشرع المصري قد نص على ضرورة الفصل في المسائل الأولية قبل الفصل في الدعاوى الأصلية حتى ولو لم تكن مختصة بالفصل في هذه المسائل الأولية ونص على ذلك في المادتين 33 و34 من قانون المرافعات المصري وبلغة شبيهة تماما للنص الأردني حيث

[1] غالب علي الداوودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص180.

[2] حسن الهداوي،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص219.

[3] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الآجانب،مرجع سابق، ص113.

جاء فيهما أنه إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كم اتختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها.

ثانيا:اختصاص المحاكم بالفصل في الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية والمتمثلة في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن تحديد مفهوم الدعاوى المرتبطة يتمثل في تحقق الإرتباط في الدعاوى في عنصر أو عنصرين من العناصر المشتركة كالموضوع أو السبب، مثل الدعوى التي ترفع على الكفلاء أو المدنيين المتضامنيين[1].

وقد تسمى بالطلبات المرتبطة ويقصد بها تلك الطلبات التي ترتبط بطلبات أخرى إرتباطا وثيقا والهدف من هذا الإرتباط هو إمكانية الفصل في خصومة واحدة لتفادي صدور أحكام متضاربة.

وعرف المشرع الجزائري حالة الإرتباط التي تقوم على المستوى المحلي كما يلي: « تقوم حالة الإرتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس أو أمام جهات قضائية مختلفة والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا»[2].

وقد أكد المشرع المصري على نفس المبدأ في نص المادة 33 من قانون المرافعات المصري حيث نص على ضرورة الفصل في الدعاوى المرتبطة لضمان حسن سير العدالة وأدائها.

ويثبت الاختصاص للمحاكم المختصة بالفصل في الدعوى الأصلية النظر في الدعاوى المرتبطة ويشترط في ذلك الجدية في صلة الطلب المرتبط بالدعوى الأصلية، وتحديد درجة الإرتباط بين الطلب المرتبط والدعوى الأصلية وجديتها من صميم عملية التكييف التي يقوم بها القاضي وفقا لقانونه الوطني.

[1] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص20.

[2] المادة 55 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وتختص المحاكم الوطنية بالطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها ولو لم تكن مختصة بالنظر في تلك الطلبات إذا رفعت أمامها بشكل دعوى مستقلة، وهو مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصها على ما يلي :« إذا وجد إرتباط بين خصومتين أو أكثر معروضتين أمام نفس القاضي جاز له ولحسن سير العدالة ضمهما من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم والفصل فيهما بحكم واحد».

وقد نصت كذلك المادة 56 من نفس القانون على ما يلي: « التخلي عن النزاع بسبب الإرتباط بين القضايا يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيل طرح عليه النزاع لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا »[1].

ونستنتج من النصوص السابقة أنه يمكن للقاضي إذا وجدت أمامه قضيتين أوأكثر مرتبطتين جاز له بناء على طلب أحد الخصوم أو بصفة تلقائية أن يأمر بضم القضايا التي بينها إرتباط ويعالجها على أساس قضية واحدة، ويصدر فيها حكم واحد وهذا ما يساعد على حسن سير أداء العدالة.

وإنطلاقا من فكرة تمديد العمل بقواعد الاختصاص المحلي وفقا ما نصت عليه المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فإن الاختصاص يثبت للمحاكم الجزائرية بالنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط و القضايا المرتبطة بها رغم عدم اختصاصها بالنظر في هذه القضايا المرتبطة في حالة ما إذا رفعت أمامها كدعاوى مستقلة، لكن في حالة رفعها أمامها كدعاوى مرتبطة بدعوى الأموال المكتسبة فإنها مختصة بالفصل فيها إنطلاقا من اختصاصها في الدعوى الأصلية والدعوى الفرعية وهذا اختصاص يفرضه ضابط حسن أداء وسير العدالة[2].

[1] تنص المادة 58 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: « تقضي جهة الإحالة بالضم تلقايا في حالة وجود إرتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضاائية أو امام جهات قضاائية مختلفة بعد التخلي ».

[2] محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، طبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص182.

أما على المستوى الدولي فنجد بعض التشريعات قد أخذت بهذا الضابط لمنح الاختصاص القضائي كمصر[1] وسوريا[2] والأردن[3] وتونس[4].

ويدخل ضمن هذا الاختصاص جميع دعاوى الأحوال الشخصية، أما دعاوى الأحوال العينية فقد استثنتها بعض التشريعات كالتشريع السوري، وتكون دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط ضمن هذه الدعاوى التي ينظر فيها بداعي ضابط حسن سير العدالة وأدائها نظرا لتعلقها بالأحوال الشخصية إلا في حالة تعلق الأمر بعقار موجود في الخارج فإنه يخضع لضابط محكمة دولة موقعه.

وتجدر الإشارة أنه لا يجوز الدفع أمام المحاكم الوطنية بطلب إحالة الدعوى المرفوعة أمامها إلى محكمة أجنبية على أساس إرتباطها بنزاع أصلي قائم أمام هذه المحكمة الأجنبية وهذا ما نادى به فريق من رجال القانون.

لكن هناك فريق آخر نادى بضرورة قبول مبدأ الدفع بالإحالة[5] للإرتباط متى تبين للقاضي أنه يمكن للمحكمة الأجنبية التي تنظر في الدعوى الأصلية أن تنظر في الدعوى الفرعية المرتبطة بها لأنها أكثر قدرة على الفصل في هذه الدعوى المرتبطة[6].

---

[1] تنص المادة 33 من قانون المرافعات المصري على أنه: «تختص المحاكم بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها» أنظر محمود المغربي، إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص،طبعة 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2007، ص176.

[2] تنص المادة 10 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه : «إذا رفعت للمحاكم السورية دعوى الأحوال الشخصية الداخلة في اختصاصها فإنها تكون مختصة بالفصل.....وفي كل طلب مرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العالة أن ينظر فيها» وما تجدر الإشارة إليه إقتصار اختصاص المحاكم على العاوى المرتبطة بالأحوال الشخصية فقط دون الأحوال العينية.

[3] تنص المادة 27 فقرة 3 من قانون المحاكمات الأردني على حسن سير العدالة وأدائها بالنظر في الدعاوى المرتبطة بالدعاوى الأصلية .أنظر ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص268.

[4] ينص الفصل السابع من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على: «تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها إرتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية ».

[5] الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين هو دفع يهدف إلى منع المحكمة المثار أمامها هذا الدفع من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة أخرى مرفوع أمامها النزاع، أنظر محمد الروبي، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، دراسة مقارنة، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص16.

[6] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص503.

أما التشريع الجزائري فقد عالج إشكالية الدفع بالإحالة على المستوى الداخلي في حالة عرض النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية كدعوى الأموال المكتسبة على محكمتين مختلفتين مختصتين لكن على المستوى المحلي فالمادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على أنه يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى عن اختصاصها لصالح الجهة الأخرى سواء بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفس القاضي شريطة وحدة الخصومة[1] وقيام الدعوتان أمام المحكمتين مختصتين بالنظر في دعوى الأموال المكتسبة لأنه في حالة عدم اختصاص احداهما يكون الدفع بعدم الاختصاص وليس الدفع بالإحالة[2].

أما على المستوى الدولي ونظرا للإمتداد العمل بقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إلى المستوى الدولي وحسب نص المادة 54 منه فإنه على الجهة القضائية التي رفع أمامها النزاع لاحقا أن تتخلى عن الفصل في النزاع للجهة القضائية المرفوع أمامها النزاع أولا حتى تتطبق قانونها الوطني عليه، لكن عمليا نجد أن مضمون المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لا يجد مجالا لتطبيقه لأن كل دولة تتمسك محاكمها بالاختصاص القضائي المخول لها ، فالقاضي الأجنبي لا ينصاع لأوامر قضاء أجنبي عنه فيرفض الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع، وبالتالي صدور أحكام متناقضة يتعذر تطبيقها وتنفيذها في الواقع، وعليه فإن المشرع الجزائري قد رفض الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع على المستوى الدولي ويكون بذلك قد سار على خطى المشرع الفرنسي الذي رفض كذلك الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع على المستوى الدولي، ولكن ما يتماشى مع كثرة القضايا المطروحة على المستوى الدولي يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد بدأ يتراجع عن موقفه الرافض للدفع بالإحالة لوحدة الموضوع إنطلاقا من الحكم الصادر في 1962/05/05[3] وكذلك الحكم الصادر في 1964/12/09[4] عن محكمة النقض الفرنسية وقد تم تفسير هذين القرارين على أنهما يعكسان قبولهما الضمني للدفع بالإحالة وهو ما أكدته محكمة

[1] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص72.

[2] بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الأمل للطباعة والنشر،2002، الجزائر، ص135.

[3] وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 336.

[4] وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، المرجع نفسه، ص 336.

النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1974/06/25[1] وأكدت صراحة بجواز الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع وقبوله أمام القضاء الفرنسي في حالة وجود دعوى أمام محكمة أجنبية مختصة هي الأخرى، لكن متى توافرت شروط الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع والمتمثلة في:

- وجود دعوتان مرفوعتان إحداهما أمام المحاكم الأجنبية وأخرى أمام المحاكم الوطنية.
- وحدة السبب والأطراف والموضوع في الدعوتين.
- أن تكون كلا من المحكمتين الوطنية والأجنبية مختصة بالنظر في الدعوى[2].

وكان هناك قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1980/06/17[3] أكد على تبني المشرع الفرنسي لمبدأ الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع تماشيا مع اعمال ضابط حسن أداء العدالة والتعاون القضائي الدولي، وتجسيدا لمبدأ قوة وفعالية الأحكام الدولية، ولذلك يجب على المشرع الجزائري تبني مبدأ الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع ولو في حالات محددة تماشيا مع ما تبناه المشرع الفرنسي حتى يتفادى صدور أحكام متعارضة بين القضاء الأجنبي والقضاء الوطني[4]الذي يضطر لإصدار أحكام غير مكفولة النفاذ في الدولة الأجنبية المرفوع أمامها نفس النزاع.

كما أن التوفيق بين اعتبارات السيادة الوطنية ومحاولة تفادي التناقض بين الأحكام الصادرة في النزاع الواحد من محكمتين مختلفتين في دولتين أمر ممكن حتى نضمن سريان مبدأ قوة نفاذ الأحكام الصادرة على أساس أنه مقصد وغاية قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.

ثالثا: اختصاص المحاكم بالفصل في الطلبات العارضة أثناء الفصل في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

[1] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص66، قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1974/06/25

[2] أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2003، ص100.

[3] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص66. قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1980/06/17

[4] عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص50.

يمكن تعريف الطلبات العارضة على أنها: الطلبات التي تقدم أثناء سير الدعوى من قبل أحد أطراف الخصومة، ويكون لها تأثير على سير وسريان الخصومة سواء على الموضوع أو السبب أو الأطراف[1].

وقد يتضمن موضوع الطلبات العارضة تصحيح الطلب الأصلي نظرا لوجود مستجدات أثناء سير الدعوى أو الطلب الذي يتضمن تفسيرا أو إضافة لسبب الدعوى الأصلي مع بقاء موضوع الطلب الأصلي[2]، وتعتبر الطلبات العارضة وسيلة من وسائل مباشرة الدعوى[3]، وتقدم أثناء سير الخصومة لتزيد أو تنقص أو تغير إدعاءات معينة، ويمكن أن يقدمها المدعي أو المدعى عليه، فإذا قدمها المدعي سميت" طلبا إضافيا"[4]،وإذا قدمها المدعى عليه سميت دعوى المدعى عليه أو " الطلب المقابل"[5].

أما على المستوى الدولي فإنه يتم تمديد العمل بالاختصاص بالطلبات العارضة أثناء الفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط حفاظا على وحدة الخصومة كهدف أساسي، وتفاديا لصدور أحكام قضائية متناقضة في ذات النزاع[6]، وكل هذا يؤدي إلى تحقيق اعمال ضابط حسن أداء العدالة.

إن المحاكم الجزائرية تختص بالفصل في الطلبات العارضة المتصلة بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط التي آلت إلى اختصاصها الوطني لوجود ضابط معين أرسى اختصاص النظر في هذه الدعوى للمحاكم الجزائرية فتكون بذلك مختصة أيضا بالنظر في الطلبات العارضة

[1] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص105.

[2] وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 316.

[3] تنص المادة 25 فقرة 1 و2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على « يتحدد موضع النزاع بالإدعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة إفتتاح الدعوى ومذكرات الرد.

غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالإدعاءات الأصلية».

[4] تنص المادة 25 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: « الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية»

[5] المادة 25 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على: « الطلب المقابل هو الطلب الذي يقمه المدعى عليه للحصول على منفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه ».

[6] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجانب،مرجع سابق، ص88.

المتعلقة بدعوى ألأموال المكتسبة في الزواج المختلط حتى ولو لم تكن مختصة بها إذا ما رفعت أمامها كدعوى مستقلة[1].

وحتى تختص المحاكم بالطلبات العارضة يجب توافر شروط أهمها:

- اختصاص المحاكم الوطنية بالدعوى الأصلية والمتمثلة في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.
- تقديم طلبات عارضة مرتبطة بالطلب الأصلي الذي تختص به المحاكم الوطنية.

فرفع الزوجة دعوى على زوجها بشأن ملكية منقولات تدخل ضمن الأموال المكتسبة في زواجهما أمام المحكمة الوطنية باعتبارها المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يسمح للزوج بتقديم طلب عارض أمام نفس المحكمة للمطالبة بتقديم أدلة الملكية للمنقولات التي تدعي الزوجة إمتلاكها لها، فهنا على المحاكم الوطنية ضرورة النظر في الطلب العارض والمتمثل في طلب تقديم أدلة الملكية للأموال المنقولة المتنازع بشأنها قبل أن تفصل في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، وبهذا يسمح هذا الفصل في الطلب العارض للحفاظ على وحدة الخصومة وضمان عدم صدور أحكام متضاربة و إقتصاد في الوقت و النفقات والإجراءات وهذا ما يصبو إليه اعمال ضابط حسن أداء العدالة[2].

الفرع الثاني: اختصاص المحاكم المبني على حسن أداء العدالة للنظر في الدعاوى المستعجلة والتدابير المؤقتة

يمكن أن يكون موضوع التدابير التحفظية أو المؤقتة حماية للأشخاص الموجودين على الأراضي الوطنية ولو بصورة مؤقتة، أو حتى في الحالات المستعجلة حماية لأموالهم و ممتلكاتهم كما في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في كل مرة يكونون فيها مهددين في ملكية هذه

[1] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، الجزء 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص383.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1094.

الأموال، أو حتى للإحتياط[1]، وتسمى تدابير تحفظية لأنه فيما يتعلق بالأموال لا تمنع المدين من استعمالها بل تحد من حقه في التصرف في هذه الأموال، أما كونها مؤقتة فلأنها لا تشكل هدفا بذاتها بل تهدف إلى فرض إحترام الوضع القائم في انتظار حل المسألة في الأساس و لا تتمتع بقوة القضية المحكوم بها[2].

أولا: مفهوم الدعاوى المستعجلة والتدابير المؤقتة

إن الإجراءات الوقتية في الدعاوى المستعجلة والتدابير التحفظية هي عبارة عن تدابير مؤقتة تتم بصفة استعجالية، فلا تمس بأصل الحق وتكون في صورة تحفظية للحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل، أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها[3].

يبدو أن مفهوم الخطر الشائع استعماله لتبرير القرارات القاضية بتدابير تحفظية أو مؤقتة في حالات لا يبرر فيها أي عنصر إرتباط اختصاص المحاكم الوطنية ويشكل عنصر اختصاص دولي مستقل[4].

منذ أواسط القرن 19 خفف الإجتهاد الفرنسي من مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني في النزاعات بين الأجانب من خلال اعتباره المحاكم الوطنية مختصة لإتخاذ بعض التدابير الطارئة، ولهذه الغاية استعان بمفاهيم ثابتة مثل المصلحة العامة و السلام العام والعدالة، فيرى بعض الفقهاء أن قوانين الأمن والسلامة تفرض التدابير المؤقتة والتحفظية وهو ما يفسر تطبيقها في كامل الإقليم ودخولها في اختصاص المحاكم الوطنية.

---

[1] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية في لبنان،الجزء2، الطبعة1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص177.

[2] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية في لبنان،المرجع نفسه، ص177.

[3] عبد الكريم المداني، سلطة المحكمة الأمرية في إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، رسالة ديبلوم ماستر في القضاء والتحكيم،جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2014/2013، ص04.

[4] Cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, op.cit.,p368.

إن التدابير المؤقتة تفسر بالحاجة في إيجاد الحل الوقتي قبل إيجاد الحل النهائي للمسألة المطروحة.

أما الدعوى المستعجلة فتنطلق من الحاجة إلى حل سريع، وعليه فإن الطابع المؤقت والمستعجل لهذه التدابير والإجراءات هو الذي يبرر اختصاص قاضي النزاع المعروض عليه نزاع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لكن مع تواجد كلا الخصمين أو أحدهما أو حتى الأموال المنقولة على الأراضي الوطنية حتى يثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية.

ثانيا: موقف التشريعات من الأخذ بالتدابير الاستعجالية و المؤقتة كمعيار لحسن سير وأداء العدالة وضابط طارئ لمنح الاختصاص القضائي الدولي

ذهبت أغلب التشريعات إلى الأخذ بمنح الاختصاص لمحاكمها الوطنية للفصل في الدعاوى المستعجلة التي ترمي إلى إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية يراد تنفيذها في الدولة لحين الفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، رغم عدم اختصاص المحاكم الوطنية بهذه الإجراءات الوقتية أو التدابير التحفظية إذا تم رفعها كدعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية.

ومن بين أهم التشريعات التي أخذت بالتدابير الاستعجالية والمؤقتة كمعيار لحسن سير وأداء العدالة وضابط لمنح الاختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحاكم الوطنية للنظر في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط نجد التشريع المصري في المادة 34 من قانون المرافعات المصري التي تنص على ما يلي: « تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية»[1].

أما التشريع السوري فقد نص في المادة 9 من قانون أصول المحاكمات السوري على الأخذ بضابط التدابير الاستعجالية والمؤقتة لضمان حسن أداء وسير العدالة، و كذلك التشريع الكويتي الذي نص في المادة 21 من القانون الكويتي رقم 5 لعام 1961 لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، أما في التشريع الليبي فقد نصت المادة 3 فقرة 3 من قانون المرافعات الليبي

[1] مفوض عبد التواب، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والأجانب والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، طبعة 1، مؤسسة سعيد للطباعة، مصر، 1983، ص177.

على منح الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في الدعاوى المستعجلة والتدابير المؤقتة المرتبطةبالدعوى الأصلية[1].

أما المشرع التونسي فقد نص على الاختصاص الممنوح للمحاكم الوطنية بالدعاوى التي يكون موضوعها طلب إجراء تحفظي مؤقت بشرط أن يستهدف مالا موجودا بالأراضي التونسية، حيث نص في الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي: «تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي او تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها»[2].

أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 78 فقرة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على اختصاص المحاكم اللبنانية بالنظر في الدعوى المستعجلة والتدابير المؤقتة والتحفظية إذا كان موضوع الدعوى تسليم الصغير إلى من له حق ضمه إليه إذا كان الأول موجودا في لبنان أو كان الثاني مقيما فيه، فاستعان المشرع لمنح هذا الاختصاص للمحاكم الوطنية اللبنانية بوجود الصغير على الأراضي اللبنانية أو إقامة صاحب حق الحراسة على الأراضي اللبنانية، فهذين المعيارين يكفيان بوجود واحدمنهما لتبرير اختصاص المحاكم اللبنانية[3].

أما الفقرة الرابعة من المادة 78 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني فتنص على أن المحاكم اللبنانية تختص دوليا بالنظر في الدعاوى المتعلقة بنسب قاصر أو بالولاية أو بالوصاية عليها، أو بالولاية على مال شخص مطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا متى كان القاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موجود بلبنان.

فكل هذا يبرر اختصاص المحاكم الوطنية اللبنانية لإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية أو النظر في دعوى مستعجلة لازمة لحماية الأشخاص والأموال.

[1] محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1994، ص229.

[2] محمود المغربي، إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص105.

[3] عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص180.

وعليه فقد كرس المشرع اللبناني اختصاص القاضي الوطني للنظر في هذا النوع من الدعاوى وأجاز له النظر في كل ما يتعلق بها من تدابير مؤقتة أو تحفظية[1] .

أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية فبعض الاتفاقيات التي قننت اختصاص المحاكم الوطنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية كالاتفاقية المبرمة في 1968/09/27 بين دول السوق الأوربية المشتركة والخاصة بتنظيم الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية في المادة 24 منها[2].

أما في التشريع الجزائري فقد نص المشرع في المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: « في جميع الأحوال أو إذا أقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة أو بأي تدبير تحفظي غير منظم لإجراءات خاصة يتم عرض القضية بعريضة إفتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب وينادى عليها في أقرب جلسة، ويجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال».

وبعد تمحيص هذا النص القانوني نجد أنه لم يقصر الاختصاص على النظر في الدعاوى المستعجلة على النزاعات التي تتم بين الوطنيين بل جعلها تشمل كل النزاعات حتى التي تتم بين الأجانب، فقد ركز على مدى توافر عنصر الاستعجال الذي يعتبر عنصر جوهري في هذه القضايا، فمتى توفر هذا العنصر يستوجب منح اختصاص النظر في الدعاوى المستعجلة للمحاكم الوطنية وذلك عن طريق عرض القضية أمام القسم الاستعجالي الذي منحت له صلاحيات الفصل في القضايا الاستعجاليةأو حتى قسم شؤون الأسرة الذي منحت له هذه الصلاحيات[3] للفصل فيها في أقرب الآجال، وبناءا عليه يجوز تخفيض آجال التكليف بالحضور إلى 24 ساعة، كما يجوز أن يكون أجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة في حالة

[1] سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية في لبنان،مرجع سابق، ص182/181.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1101.

[3] تنص المادة 425من قانون الإجرات المدنية والإدارية الجزائري على:« يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال ويجوز له بالإضافة إلى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى مصلحة مختصة بالموضوع بغرض الاستشارة».

الاستعجال القصوى[1]، وفي هذه الحالة يتم تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات وأيام العمل ليفصل فيها في تلك الفترة[2].

ومتى توفرت حالة الاستعجال يجب على القاضي إصدار أمر استعجالي حائزا على حجية الشيئ المقضي به[3] وغير قابل للمعارضة و لا الاعتراض على النفاذ المعجل[4]، وعليه فالحكم بإتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي يستوجب أن يتعلق الأمر بالدعوى المستعجلة يتحدد فيها معنى الاستعجال وشروط قبول الدعوى وفقا لقانون القاضي، ويكون الغرض من إتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي للحفاظ على مصالح الأطراف المتضررة نتيجة عدم فصل المحكمة الوطنية في الموضوع الأصلي.

وعليه فإن مجال الإجراءات المستعجلة والتدابير المؤقتة التي تهدف إلى إتخاذ إجراءات وتدابير مستعجلة للحفاظ على المصالح الواجب حمايتها، ففي دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وطالما أن المشرع الجزائري قد مدد قواعد الاختصاص المحلي إلى مستوى الاختصاص الدولي فإنه في دعوى الأموال المكتسبة مثلا قد يحكم بتعيين حارس قضائي في حالة النزاع بين الزوجين حول ملكية عين أو مال منقول وكان يخشى من بقائها في يد حائزها[5]، فتقرير اختصاص القضاء الوطني للإجراءات التحفظية على هذا النحو فيه مراعاة لمصالح الخصوم وتفاديا لضياع حقوقهم، وأيضا من شأنه توفير الوقت و النفقات، فإجراءات الدعوى العادية قد تستمر وقتا

[1] تنص المادة 301 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على:« يجوزتخفيض آجال التكليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى 24 ساعة، وفي حالة الاستعجال القصوى يجوز أن يكون أجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة، بشرط أن يتم التبليغ الرسمي للخصم شخصيا أو إلى ممثله القانوني أو الإتفاقي» .

[2] تنص المادة 302 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: « في حالة الاستعجال القصوى يجوز تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات وايام العمل بمقر الجهةالقضائية حتى قبل قيد العارضة في سجل أمانة الضبط.
ويحدد القاضي تاريخ الجلسة ويسمح عند الضرورة تكليف الخصم بالحضور من ساعة إلى ساعة ويمكنه الفصل خارج ساعات العمل وحتى في خلال أيام العطلة».

[3] تنص المادة 300 من قانون الإجراءت المدنية والإدارية الجزائري على :« يكون قاضي الاستعجال مختصا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيئ المقضي فيه».

[4] تنص المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: « في لا ينص الأمر الاستعجالي أصل الحق وهومعجل النفاذ بكفالة أو دونها رغم كل طرق الطعن، كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل، وفي حالة الاستعجال القصوى يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله».

[5] صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدزلي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص40.

طويلا وهذا قد يضر بمصلحة الزوجين وبالأخص في الحالات التي تستلزم الفصل فيها بسرعة فيسمح للزوجين الحق في رفع دعوى مستعجلة تتضمن طلب إتخاذ إجراء وقتي معين لتلافي خطر تأخير الفصل في الدعوى الأصلية وبناء على هذه الدعوى تقوم المحاكم الوطنية بإتخاذ الإجراءات اللازمة لحين الفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط سواء كانت المحاكم الوطنية مختصة بالدعوى المستعجلة أو غير مختصة بها أو تعلق هذا الإجراء المستعجل أو التحفظي لمواد الأحوال الشخصية أو بمواد الأحوال العينية أو بالأحوال المختلطة، ويكون ذلك بشروط[1] تتمثل فيما يلي:

- تعلق الأمر بدعوى استعجالية يكون الغرض منها إتخاذ إجراء تحفظي.
- أن يكون تنفيذ هذه الإجراءات في دولة القاضي الذي قضى بإتخاذها وذلك قبل صدور الحكم الموضوعي في الدعوى الأصلية من قبل المحكمة المختصة.

أما في التشريع الفرنسي فقد تم منح الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في الدعوى المستعجلة المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط وكيفها على أساس أنها من إجراءات البوليس والأمن المدني أو أنها من النظام العام، وطالما أن المحاكم مكلفة بالسهر على الأمن المدني والنظام العام في الدولة[2]، فهي مختصة بالنظر في الدعاوى المستعجلة والتدابير التحفظية المتعلقة بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، فالمشرع الفرنسي قد وضع الأموال الموجودة في فرنسا تحت الحجز التحفظي طيلة فترة النظر والفصل في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط المرفوعة في بلد أجنبي إلى غاية صدور حكم فاصل في هذه الدعوى، فهذا الإجراء التحفظي يهدف إلى حماية الأموال الموجودة في فرنسا لحين الفصل في قضيتها.

ثالثا: تحديد المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى المستعجلة أو التدابير المؤقتة المتعلقة بدعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

قد يثار إشكال حول المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى المستعجلة أو المحكمة التي يخول لها إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية متعلقة بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ولهذا فإن

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1101.

[2] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص109.

قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قد حدد اختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إتخاذ التدابير التحفظية بمعزل عن الجنسية أو مكان وجود محل إقامة الخصوم وقد مدد العمل في هذه القاعدة من المستوى المحلي إلى المستوى الدولي والذي يعين اختصاص رئيس محكمة محل وقوع الحادث الذي يتطابق مع مكان وجوب إتخاذ التدابير المستعجلة، فاعطى الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة التابع للمكان المطلوب تنفيذ التدابير فيه[1].

وبعدما فرغنا من الحديث عن الجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص الدولي بنوعيه الأصلي والطارئ للنظر في الدعاوى المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، يجدر بنا أن نعرج عن الأحكام الصادرة في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط من قبل القضاء الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص نتيجة اعمال أحد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الأصلي والطارئ السالفة الذكر وكيفية تنفيذ هذه الأحكام على المستوى الوطني مما يضفي عليها طابع المصداقية حتى يمكن منحها الأمر بالتنفيذ على المستوى الوطني وترقى معاملتها إلى معاملة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الوطني وكل هذا في الفصل الموالي

[1] عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص183.

الفصل الثاني: تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي المتعلقة بدعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

تعتبر دراسة الجانب النظري لموضوع الجهة المختصة قضائيا لإصدار الأحكام المختصة دوليا بموضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط دراسة مبتورة إذا لم تستكمل بدراسة موضوع تنفيذ هذه الأحكام الأجنبية على المستوى الوطني، خصوصا وأن موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية والقواعد الخاصة التي تحكمه يحتل حيزا هاما ضمن مواضيع القانون الدولي الخاص على اعتبار أن تنفيذ هذه الأحكام القضائية الأجنبية وتجسيدها في الواقع على قدر كبير من الأهمية مثل أهمية موضوع كيفية وجهة إصدار هذه الأحكام الأجنبية والقانون المختص الذي يحكم هذه العملية، ومن هنا يتحتم على الجهات القضائية الوطنية أن تقبل النظر في إمكانية تنفيذ هذه الأحكام الأجنبية على إقليمها طالما ذلك لا يتعارض مع مبادئ القانون الدولي الخاص، ولا ينقص أو يمس بمبادئ سيادة الدول على إقليمها، لكن مع مراعاة طبيعة النظام الذي تتبعه هذه الجهات القضائية للنظر في تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وكذلك تحديد الشروط الموضوعية والإجرائية الواجب توافرها حتى يتسنى للقضاء الوطني السماح بتنفيذ هذا الحكم الأجنبي طبقا لما ينص عليه القانون الوطني.

إن مهمة الجهات القضائية تنصب على إصدار الأحكام القضائية في الدعاوى المختلفة، وكذلك يتوجب عليها كفالة تنفيذ هذه الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي، فلا قيمة لهذه الأحكام إذا لم تجسد في الواقع وتمكن صاحب الحق من الحصول على حقه.

إن القاعدة العامة تقضي أن المحكمة التي تصدر الحكم تقوم بتنفيذه جبرا عند الإقتضاء خاصة وأن لكل دولة حدودها الإقليمية وبالتالي سيادتها التشريعية داخل تلك الحدود وعلى المستوى المحلي، أما على المستوى الدولي فالحكم خارج الدولة التي أصدرته ليس له تلك القوة الملزمة ويكون الحل باللجوء للتعاون القضائي الدولي في الأمور المدنية مما يعطي لتلك الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية قوة وآثارا خارج حدود الدولة التي أصدرتها.

إضافة إلى أن تحديد الآثار التي تترتب على منح هذا الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية التي تعتبر شهادة ميلادالحكم الأجنبي على الأراضي الوطنية فلو لم تمنح للحكم هذه الصيغة التنفيذية فيعتبر مجرد من كل قيمة قانونية على الأراضي الوطنية.

فإذا صدر حكم أجنبي من محكمة دولة أجنبية يفصل في دعوى الأموال المكتسبة وكان الزواج مختلطا، وقد اتبعت هذه المحكمة كل الشروط والإجراءات بداية من صدوره من المحكمة المختصة قضائيا، وتبعا لما تشير له قاعدة الإسناد فقد طبق القاضي أثناء إصداره القانون المختص وتم طلب تنفيذ هذا الحكم في محاكم دولة أخرى.

وعلى هذا الأساس سنعالج شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط أما القضاء الوطني في المبحث الأول، وإلى آثار منح أمر تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط في المبحث الثاني.

المبحث الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بدعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط أمام القضاء الوطني

لقد عملت مختلف التشريعات على وضع شروط وقيود حتى يمكن الحكم الصادر من محكمة دولة أجنبية من التنفيذ على الأرضي الوطنية، وبالتالي تمتعه بالقوة التنفيذية، وهي بذلك قد منحت هذا الحكم الأجنبي معاملة لا ترقى إلى معاملة الحكم الوطني لكن تقاربها لضمان أكبر قدر من الحقوق لأصحابها حفاظا على مبدأ عدم إهدار الحقوق، وهذه الشروط تختلف من دولة إلى أخرى[1]، ففي الجزائر مثلا لا يمكن تنفيذ حكم أجنبي إلا إذا صدر حكم من طرف القضاء الوطني الجزائري يقضي بذلك[2]، فالجزائر قد قيدت تنفيذ الحكم الأحنبي بشرط حصوله على الأمر بالتنفيذ من القضاء الوطني[3].

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 11، ص50.

[2] وهذا ماجسدته المحكمة العليا صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 1990/05/09 حيث قضت فيه «من المقرر قانونا أن الأحكام الأجنبية الصادرة عن جهات قضائية أجنبية .... لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقا لما يقضي القانون بتنفيذه من إحدى الجهات القضائية الجزائرية ....» قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/05/09 أنظر في ذلك ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص7.

[3] تأخذ الجزائر بنظام الأمر بالتنفيذ لتنفيذ الحكم الأجنبي، وحذت حذوها بعض البلدان العربية كمصر وتونس والمغرب ولبنان، ويتميز هذا النظام أن صاحب المصلحة مجبر على اللجوء للقضاء في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ليستصدر منه أمر التنفيذ الذي بصدوره يرقى الحكم الأجنبي إلى مصاف الحكم الوطني أين يصبح يتمتع بنفس مكانة الحكم الوطني بعد صدور الأمر بالتنفيذ ويتضمن هذا النظام نوعين من الأنظمة هما: أ. نظام المراجعة : أين يتم مراجعة الحكم من حيث التعرض للوقائع وتفسيرها وهنا لا تقف المحكمة عند هذا الحد بل تذهب إلى حد مراقبة موضوع الحكم نفسه للتأكد من أن القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم قد فصل في النزاع على وجه سليم وقد إعتنقت هذا النظام محكمة النقض الفرنسية منذ قرارها الصادر في 1819/04/19، لكنها تراجعت وتبنت نظام المراقبة منذ قرارها الشهير في قضية "MUNZER" الصادر في 1964/01/07، أنظر عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص583، ونفس الحكم جسده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1985/06/10 حيث قضى فيه بأنه«من المقرر قانونا أن الأحكام الصادرة عن جهات قضائية أجنبية والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب لاتكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائري دون الإخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة» قرار المجلس الأعلى الجزائري الصادر في 1985/06/10 رقم 3888، أنظر في ذلك حمدي باشا عمر، مبادئ الإجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص10، ب. نظام المراقبة يفترض هذا النظام أن الحكم صدر صحيح من الوجهة الدولية يتمتع بحجية الشيئ المحكوم به، فالمحكمة المطلوب منها منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي لا تتعرض إلى فحص موضوعه إلا فيما يتعلق بتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي وينحصر دورها فقط في التأكد من توافر شروط معينة فيه لا تمس موضوعه، وتحددت شروط نظام المراقبة تدريجيا إبتداءا

فالحكم الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يجب أن تتوفر فيه عدة شروط حتى يضمن تنفيذه خارج حدود الدولة التي أصدرته ولذلك سنعالج في هذا المبحث الشروط التي يجب توافرها في الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط حتى يمكن تنفيذها على الأراضي الوطنية لكن قبل الخوض في تفصيل هذه الشروط يجب أن نعرج أولا على مفهوم الحكم الأجنبي كتوطئة لدراسة موضوع شروط تنفيذ الحكم الأجنبي وآثاره، ثم نعالج الشروط الإجرائية لتنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنعالج الشروط الموضوعية لدعوى تنفيذ حكم أجنبي صادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

من 1860 إلى غاية1964 تاريخ صدور حكم "MUNZER" الذي فصل في تبني القضاء الفرنسي لنظام المراقبة حيث تتلخص وقائع هذا الحكم فيما يلي: صدور حكم في 1926 لصالح السيدة "MUNZER" وآخر في 1958 من محكمتين أمريكيتين، فطلبت تنفيذهما في فرنسا لأن زوجها السيد"MUNZER" مقيم في فرنسا، وكان الحكم الأول يقضي بالإنفصال الجسماني بين الزوجين على أن يدفع السيد"MUNZER" نفقة غذائية للسيدة"MUNZER"، ثم صدر الحكم الثاني في 1958 وألزم السيد"MUNZER" بدفع متأخر النفقة لمطلقته منذ 1930، أين رفع السيد"MUNZER" استئناف يطالب فيه إعادة النظر في الحكم لأن المبلغ مرتفع فصدر حكما يؤيد الحكم الأول القاضي بالتفريق الجسماني دون النظر في الحكم الثاني المتعلق بالنفقة على أساس أنه يجب الحصول على الأمر بالتنفيذ، فرفع الأمر إلى محكمة النقض أين أصدرت في 1964/01/07 حكما وحددت بواسطته شروط يجب على القاضي التأكد من توافرها وخفضها حكم صدر في 1967/10/04 إلى 4 شروط وهي إختصاص الجهة القضائية من الوجهة الدولية، وأن يكون القانون المطبق على الموضوع قانون مختص، وأن لا يكون الحكم مخالفا للنظام العام الدولي، وغياب الغش نحو القانون، وكان هناك شرط آخر وهو سلامة الإجراءات المتبعة ولكن تم دمجها ضمنيا في شرط عدم مخالفة النظام العام الإجرائي إضافة إلى شرط المعاملة بالمثل، وأخذت بهذا النظام الدول العربية، فنجد المشرع الجزائري نص على هذه الشروط من خلال المادتين 605 و606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فتنص الأولى على شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية أما المادة الثانية فتنص على تنفيذ العقود والسندات الرسمية الأجنبية.

وهناك نظام آخر وهو نظام رفع الدعوى وتأخذ به أنجلترا وحسب هذا النظام فإن صاحب الحق عليه رفع دعوى جديدة أمام المحكمة الإنجليزية للمطالبة بالحق الذي يتضمنه الحكم الأجنبي الصادر لمصلحته، ويكون الحكم الصادر من المحكمة الإنجليزية هو القابل للتنفيذ، فإعتراف المحكمة الإنجليزية بحجية الحكم الأجنبي هو إعتراف بالحق أساسا على أساس أنه حق مكتسب، ولكن هذا المبدأ قد تم هجره وأصبح الإعتراف بالحكم الإنجليزي وليس بالحكم الأجنبي وهذا الإعتراف ينصرف إلى مدى صلاحية الحكم كسبب في الدعوى وصلاحيته ليتخذ كأساس للدفع تدفع به الدعوى المرفوعة لدى المحكمة الإنجليزية فالإعتراف ينصب على الحق الذي ولده الحكم.

أما تنفيذ الحكم الأجنبي فلا يسلم به في القانون الإنجليزي لأن الأمر بالتنفيذ جبرا لا يحدث أثره خارج إقليم الدولة التي أصدرته محاكمها ففي إنجلترا هناك فرق بين الإعتراف بالحكم وتنفيذ الحكم، فيجوز رفع دعوى أمام القضاء الإنجليزي من طرف صاحب المصلحة يستند فيه إلى حقه الأصلي الذي سبق وأن طالب به في الدعوى التي رفعها في الخارج وصدر فيها حكم أجنبي، ولكن لا يستند إلى الحكم الأجنبي الصادر في هذه الدعوى لأنه يعتبره كدليل في الدعوى ويقبله بشروط سبق ذكرها. أنظر عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص587.

تعريف الحكم بصفة عامة: هو كل قرار صادر عن المحاكم في خصومة أو في غير خصومة ولو لم يكن فاصلا في النزاع[1].

تعريف الحكم الأجنبي: هو الحكم الذي صدر بإسم سيادة دولة أجنبية بغض النظر عن مكان صدوره وعن جنسية القضاة الدين فصلوا فيه، فالعبرة في تحديد الصفة الأجنبية للحكم تتعلق بالسيادة التي صدر عنها دون الأخذ بعين الاعتبار المكان والدرجة التي صدر فيها[2].

وفي القانون الجزائري نجد المادة 8 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على مايلي:« يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون الأوامر والأحكام والقرارات القضائية ....» فهذه المادة تعتبر من المواد المفتاح التي تحدد المقصود بالأحكام بصفة عامة، كما أن الحكم يتأثر حسب درجة الجهة التي أصدرته ونوعها وبالتالي فأن إسم الحكم ونوعه[3]

إلى جانب الأحكام الصادرة عن القضاء جراء الفصل في المنازعة تتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط فإنه يمكن للزوجين تحرير اتفاقهما المالي بشأن أموالهما المكتسبة في وثيقة رسمية ويسمى هذا بالعقد الرسمي، ويمكن أن يحصل هذا العقد المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط بعد منحه الأمر بالتنفيذ على الصيغة التنفيذية على غرار الحكم القضائي[4].

أما من حيث أنواع الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ فإن ذلك يختلف حسب نوع الحكم الأجنبي كما يلي:

- الحكم القضائي: وهو الحكم الأجنبي الذي فصل في مسألة من مسائل القانون الخاص وبذلك يخرج من نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية الأحكام الجنائية والإدارية، لأنها لا تتخطى مبدأ الإقليمية، فالمسألة المفصول فيها هي التي تحدد نوع الحكم، فالحكم المدني يقبل التنفيذ

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص169.

[2] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص109.

[3] الأوامر الاستعجالية: هي التي تصدرها الأقسام الاستعجالية عندما تتوفر عناصر الاستعجال - الأحكام القضائية: وهي الأحكام التي تصدر بصفة إبتدائية عن المحاكم الإبتدائية - القرارات القضائية: هي الأحكام الصادرة عن المجالس القضائية على مستوى الاستئناف أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة أنظر رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص156.

[4] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص9.

خارج حدود دولته التي أصدرته أما الحكم الإداري والجنائي[1] لا يمكن تنفيذه لتعلقه بسيادة الدولة، وتكييف المسألة التي فصل فيها القضاء الأجنبي هل هي مسألة مدنية أو إدارية أو جنائية يخضع إلى قانون قاضي التنفيذ فهل يعتبرها مسألة مدنية ترتب على الحكم أثره بعد الأمر بالتنفيذ، أما إذا كيفها على خلاف ذلك لم يولد الحكم أي أثر[2].

ويستنتج أن الأحكام الصادرة من أي قضاء أجنبي متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بما فيها الشق المالي كدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط أو كالحكم القاضي بالاعتراف بملكية أحد الزوجين لأموال منقولة أو عقارية مشتركة بينهما قابلة للتنفيذ خارج حدود الدولة التي أصدرتها ولو إختلف الضابط الذي تحدده قاعدة الإسناد.

- الأعمال الولائية: هي قرارات يصدرها مرفق القضاء دونما تعلقها بنزاع أو دعوى قضائية، بل يعمل القاضي فيها بتأكيد أمر أو تغيير حالة معينة أو تثبيت مركز قانوني معين وتسمى " La juridiction gracieuse"، وهي لا تدخل في نطاق الوظيفة القضائية لمرفق القضاء لكن الفقه اعترف بها كقرار وأخضعها لنفس الشروط والإجراءات التي تخضع لها الأحكام القضائية الأجنبية عند تنفيذها[3].

ومعيار التفرقة بين الأعمال الولائية والأحكام القضائية هو عدم وجود مواجهة في إجراءات العمل الولائي لعدم وجود طرفين للنزاع، كما أن العمل الولائي لا يحوز على حجية الأمر المقضي به، ويمكن رفع دعوى أصلية ببطلان العمل الولائي عكس الحكم القضائي، كما أن العمل الولائي لا يخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأعمال القضائية[4].

إن تنفيذ الأعمال الولائية يختلف حسبما إذا كانت يترتب عنه التنفيذ الجبري، وتنفذ بمقتضى الأمر بالتنفيذ وبالتالي يكون حكمها هو نفس حكم تنفيذ الأحكام الأجنبية، وهناك أعمال ولائية لا يمس تنفيذها الأشخاص أو الأموال كالمتعلقة بالحالة والأهلية فيكون لها

---

[1] استقر الرأي في فرنسا أن الحكم الجنائي والإداري يمكن الإعتداد به كواقعة أو دليل يقبل إثبات العكس وليس كحكم أجنبي له آثار، انظر ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص43.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص54.

[3] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص45.

[4] عكاشة عبد العال ،القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية،مرجع سابق، ص573.

الأثر دون الحاجة لأي أمر بالتنفيذ، وبالتالي يمكن استنتاج أن الأعمال الولائية لا يتصور صدورها في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط طالما تعلقت هذه الدعوى بالأموال.

ونصت التشريعات على تنفيذ الأعمال القضائية ولكن لم تنص على تنفيذ الأعمال الولائية للأسباب سابقة الذكر، ومع التطور الذي تشهده الساحة القضائية فقد أخضع الأعمال الولائية التي تتضمن تنفيذا جبريا على الأشخاص والأموال لنفس حكم تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، اما الأعمال الولائية التي لا تتضمن تنفيذا جبريا على الأشخاص والأموال فقد أخضعها لنفس حكم الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية[1].

وقد نص المشرع التونسي على تنفيذ الأعمال الولائية في الفصل 12 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، أما المشرع المصري فقد أخضع الأعمال الولائية لنظام الأمر بالتنفيذ في المواد من 296 إلى 301 من قانون المرافعات المصري.

- السندات الرسمية الأجنبية: السند الرسمي[2] هو الذي يثبت تصرفات حررت أمام موظفين عموميين أو موظفين قضائيين[3]، فهي وثيقة تثبت الحقوق وتدعمها، ونص المشرع الجزائري على تنفيذ هذه السندات الأجنبية في المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: « لا يجوز تنفيذ العقود و السندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط.....»، ويضمن تنفيذ السندات الرسمية الأجنبية تحريرها من طرف موظف رسمي وعدم مخالفتها للنظام العام في دولة التنفيذ، ففي الجزائر تتمتع السندات الأجنبية بالقوة التنفيذية بمجرد تمتعها بها في دولتها الأصلية، اما المشرع الفرنسي فنص في المادة 509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على تنفيذ السندات الأجنبية، أما المشرع

[1] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص47.

[2]نص المشرع الفرنسي في المادة 1322 من القانون المدني الفرنسي على مايلي:

« L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu a entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant cause , la meme foi que l'acte authentique. »

[3]نص المشرع الفرنسي في المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي على مايلي:

«L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publique ayant le droit d'instrumenterdans le lieu ou l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.»

المصري فقد نص على تنفيذ السندات الرسمية الأجنبية في المادة 300 من قانون المرافعات المصري وحدد قوة إثباتها إنطلاقا من القانون الذي تمت تحت لوائه.

المطلب الأول: الشروط الإجرائية لتنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بدعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إنطلاقا من فكرة تحقيق الموازنة بين الجانب الدولي والجانب الوطني اللذان يتجاذبان مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية على المستوى الوطني، فإن المشرع الجزائري قد تبنى نظام المراقبة بسهولته وملاءمته للاعتبارات الدولية، وعليه فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد قد نص صراحة على الشروط التي يتوجب على قاضي التنفيذ التأكد من توافرها من أجل منح الأمر بالتنفيذ في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي مقدمة هذه الشروط يوجد شرط تقديم طلب التنفيذ أمام المحكمة المختصة دوليا، أما الاتفاقيات الدولية والقانون الاتفاقي قد نصت على الوثائق التي يجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ كشق إجرائي ثاني لقبول طلب تنفيذ الحكم الأجنبي مبدئيا. لذلك سنعالج شرط تقديم طلب التنفيذ للحكم الأجنبي أمام المحكمة المختصة في الفرع الأول ثم نعرج على الوثائق التي يجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شرط تقديم طلب التنفيذ للحكم الأجنبي أمام المحكمة المختصة

يرفع طلب الأمر بالتنفيذ إلى الجهة المختصة قضائيا في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي[1] المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ونجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على هذه الجهة القضائية المختصة بتنفيذ الحكم الأجنبي[2] وحددها بأنها المحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ، فتكون مختصة بمنح الأمر بالتنفيذ للأحكام الأجنبية المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط طالما لم تتعلق بعقار موجود في الخارج.

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص285.

[2] تنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: « يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر و الأحكام والقرارات والعقود زالسندات التنفيذية الأجنبية أما محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه او محل التنفيذ».

وإنطلاقا من نص المادة نجد أن الاختصاص بمنح الأمر بالتنفيذ للأحكام الأجنبية المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط والتي يراد تنفيذها داخل التراب الجزائري ينعقد إما للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس والتي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها محل التنفيذ[1].

ونستنتج أن المشرع الجزائري قد اعتمد على ضابطين لتحديد الجهة القضائية المختصة بدعوى طلب التنفيذ لحكم صادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط عن االقضاء الأجنبي، فالمعيار الأول هو موطن المنفذ عليه تطبيقا للقاعدة العامة في الاختصاص المحلي، والمعيار الثاني هو موطن محل تنفيذ الحكم الأجنبي الذي سيتطابق مع مكان تواجد الأموال[2] كما في حالة دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، وكلا الضابطين أصليين يجب الإختيار بينهما حسب المصلحة.

أما عن القسم المختص بذلك فإن قسم الأحوال الشخصية هو المختص بالنظر في منح الأمر بالتنفيذ بغض النظر عن درجة الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الأجنبي[3]، سواء كانت محكمة إبتدائية أو مجلس استئناف أو أعلى هيئة قضائية في البلد الأجنبي، إنطلاقا من فكرة الاختصاص النوعي والتخصص القضائي، حيث ترفع إلى المحكمة بموجب إدعاء يتبعه تكليف بالحضور موجه إلى المدعى عليه وفقا لأحكام المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[4] والتي تؤكد ما جاءت به المادة 22 من الاتفاقية الجزائرية المغربية[5] التي تقضي أن تتم

[1] نصت على هذا المعيار المادة 297 من قانون المرافعات المصري بنصها: « يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة الإبتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها» وتقابل هذه المادة المادة 235 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، أنظر في ذلك عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية،مرجع سابق، ص294.

[2] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 2، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص37.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص74.

[4] تنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: « ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة، تودع بأمانة كتابة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف»

[5] تنص المادة 22 من الاتفاقية الجزائرية المغربية الخاصة بالتعاون المتبادل بين البلدين الموقع عليها في 15 مارس 1963 والمصادق عليها بالأمر رقم 68/69 ليوم 02 سبتمبر 1969، الجريدة الرسمية العدد 77 لسنة 1969 والمعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه في مدينة آفران المغربية يوم 15 جانفي 1969 على: «تمنح السلطة المختصة حسب قانون البلد الذي يطلب فيه التنفيذ أمر التنفيذ بناءا على طلب كل من له شأن، أما الإجراءات المتعلقة بطلبه فيسري عليها قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ»

إجراءات دعوى الأمر بالتنفيذ وفقا لقانون البلد المطلوب فيه التنفيذ وأكدته كذلك المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية التونسية المبرمة في هذا الشأن[1]، وكذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا في المادة 3 من هذه الاتفاقية[2].

أما في التشريعات المقارنة فالتشريع الفرنسي قد نص على أن طلب التنفيذ يكون بدعوى تختص بها المحاكم المدنية كلية، مهما كانت درجة المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم وفي أي مسألة صدر فيها الحكم القضائي، أما عن الاختصاص المحلي فالمحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه، فإذا لم يكن للمدعى عليه موطن اختصت بهذه الدعوى المحكمة التي يراد التنفيذ في دائرتها[3].

أما في التشريع التونسي فقد نص الفصل السادس عشر من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن الدعاوى المتعلقة بطلب الإذن بالتنفيذ ترفع أمام المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها مقر الطرف المحتج ضده بالقرار الأجنبي، وعند إنعدام المقر في تونس فيطلب الإذن بالتنفيذ أمام المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة.

أما في مصر فيقدم الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الإبتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك حسب الأوضاع المعتادة لرفع الدعوى حسب المادة 297 من قانون المرافعات المصري، وإذا كان المحكوم به مبلغا من المال كان الاختصاص للمحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها الأموال المحكوم عليه بها، وإذا كان المحكوم به موجودا بذاته في مكان ما رفعت الدعوى أمام المحكمة التي يقع في

[1] المرسوم رقم 50/63 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963 المتضمن المصادقة على اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس الموقع عليها في 26 جويلية 1963 الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 1، سنة 1963.

[2] Art 3 du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnancen° 65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : « l'exequatur est accordé à la demande de toute partie intéressée, parl'autorité compétente d'après la loi de l'état ou il est requis.
La procédure de la demande en exéquatur est régie par la loi de l'Etat dans lequel l'exécution est demandée. »

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر 2004، ص22.

دائرتها هذا الموجود، وإذا كان الحكم ينصب على عمل ينبغي القيام به في مكان ما رفعت الدعوى امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هذا العمل المفروض إجراؤه[1].

أما العقود المحررة بشأن الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فهي تعتبر سندات رسمية أجنبية، ولذلك فالقاضي الجزائري قبل أن يعطي الأمر بتنفيذها عليه مراقبة مدى توافر بعض الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث تنص على توافر الشروط المطلوبة حتى يصبح السند رسميا وفقا لقانون البلد الأجنبي الذي حرر فيه هذا السند (عقود المشارطات أو العقود التي تنظم الأموال المكتسبة المشتركة بين الزوجين)، وكذلك توافر السند الرسمي الأجنبي على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه، إضافة إلى شرط آخر أكثر أهمية وهو خلو هذا السند مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر.

وفي بعض التشريعات المقارنة الأجنبية كالتشريع الإيطالي فإن قانون المرافعات الإيطالي في المادة 804 منه تنص على ما يلي:« يتقرر في المملكة قوة التنفيذ للأعمال التعاقدية التي تمت لدى موظفين عامين في بلد أجنبي بحكم من محكمة الاستئناف التي يتعين تنفيذ العمل في دائرتها، ويجب أن يكون للعمل قوة التنفيذ في البلد الأجنبي الذي تم فيه، وألا يظم ما يخالف النظام العام الإيطالي».

أما في القوانين الاتفاقية فتنص المادة 27 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على ما يلي:« إن العقود الرسمية وخاصة العقود الموثقة النافذة الإجراء في أحد البلدين تعتبر نافذة الإجراء في البلد الآخر بموجب إعلان من السلطة المختصة حسب قانون البلد الذي يجب أن يتابع فيه التنفيذ»[2].

وتتميز دعوى طلب الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي متعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط بالصفة الحضورية التبادلية أي وجود خصمين فتوجه ضد الطرف الذي خسر دعواه أمام المحكمة الأجنبية، وفي حالة عدم وجوده توجه ضد السلطة التي تقوم بوظائف المدعى عليه

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع نفسه، ص183.

[2] هذه المادة تطابق نص المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، والمادة 26 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية.

باعتباره طرفا أصليا في مسائل الأحوال الشخصية عموما ومسالة الأموال المكتسبة خصوصا وتتمثل في النيابة العامة[1] حسب نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري[2].

ويرفع طلب تنفيذ العقود الرسمية الأجنبية كالعقد المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط إلى نفس الجهة المختصة بمنح الأمر بالتنفيذ للأحكام االقضائية الأجنبية.

أما فيما يخص الوثائق المطلوبة لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ سنتعرض إليها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الوثائق المطلوبة لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبي متعلق بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

لقد حددت القوانين الاتفاقية[3] مختلف الوثائق التي يجب أن تتوافر لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ على خلاف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي لم يحدد الوثائق الواجب توافرها عند رفع دعوى الأمر بالتنفيذ.

وفي هذا الصدد نجد المادة 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية تنص على ما يلي: «يجب على الطرف الذي يستشهد بقوة الشيئ المحكوم به بحجة حكم قضائي، أو الذي يطلب تنفيذ هذا الحكم القضائي الأجنبي ان يقدم ما يلي:

- صورة رسمية تنفيذية تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها.
- أصل عقد الإعلان للحكم أو كل عقد يحل محل هذا الإعلان ليثبت أن المدعى عليه قد أعلن إعلانا صحيحا بالدعوى.

[1] محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص277.

[2] المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري تنص على مايلي: «تعد النيابة العامة طرفا اصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون».

[3] أبرمت الجزائر في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية مجموعة من الاتفاقيات كالاتفاقية الجزائرية المصرية الموقع عليها في 29 فيفري 1964 بموجب الأمر رقم 195/65 المؤرخ في 1965/07/29 الجريدة الرسمية، العدد 76، سنة 1965، الاتفاقية الجزائرية السورية المبرمة في 1981/04/27 المصادق عليها بمقتضى المرسوم 130/83 المؤرخ في 19 فيفري 1983، الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والجمهورية الموريتانية الإسلامية المصادق عليها بالأمر رقم 04/70 المؤرخ في 1970/01/15 الجريدة الرسمية، العدد 14، سنة 1970.

- شهادة من كتاب الضبط المختصين تثبت أنه لا يوجد اعتراض على الحكم ولا استئناف فيه ولا طعن بالنقض فيه أي أنه أصبح نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به.
- نسخ طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة إلى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة ».

وتخضع إجراءات الدعوى إلى قانون دولة التنفيذ طبقا لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، لذلك على الزوج الذي يريد تقديم طلب تنفيذ حكم أجنبي متعلق بالموال المكتسبة في الزواج المختلط أن يقدم صورة رسمية للحكم المطلوب تنفيذه إذا كانت الدولة التي حصل منها على الحكم هي تونس[1] أو موريتانيا[2] أو مصر[3] أو فرنسا[4]، أما إذا كانت الدولة التي حصل منها على حكم متعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط هو سوريا فيجب أن يرفقه بالحكم المطلوب تنفيذه الذي يجب أن يكون معلنا ومصادقا عليه من المرجع القضائي الصادر عنه ومذيلا من قبله بما يفيد أنه صالح للتنفيذ[5]، وكان من المستحسن إشتراط تقديم النسخة التنفيذية بدلا من نسخة طبق الأصل لأنه ليس لها اي أثر على سير الدعوى.

كما يجب تدعيم تنفيذ الحكم الأجنبي بمحضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه للتدليل على أن المدعي قد بلغ المدعى عليه تبليغا قانونيا صحيحا حتى يمكنه من الاستفادة من الآجال المحددة لطرق الطعن المقررة قانونا.

[1] المادة 24 فقرة أ من الاتفاقية الجزائرية التونسية.

[2] لمادة 24 فقرة أ من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية.

[3] المادة 21 فقرة أ من الاتفاقية الجزائرية المصرية.

[4] Art 6 du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n°65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : « la partie qui invoque l'autorité d'une décision judiciaire ou qui endemande l'exécution doit produire :
A) Une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ;
B) L'original de l'exploit de signification de la décision ou de tout autre acte qui tient lieu de signification ;
C) Un certificat des greffiers compétents constatant qu'il n'existe contre la décision ni opposition, ni appel, nipourvoi en cassation ;
D) Une copie authentique de la citation de la partie qui a fait défaut à l'instance, en cas de condamnation pardéfaut ;
E) Le cas échéant, une traduction complète des pièces énumérées ci- dessus certifiées conformes par untraducteur assermenté ou conformément à la réglementation de l'Etat requérant. ».

[5] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص188.

إضافة إلى هاتين الوثيقتين يجب تقديم الشهادة الصادرة عن كتاب الضبط المختصين والتي تثبت عدم وجود معارضة أو استئناف أو طرق الطعن ضد الحكم المطلوب تنفيذه[1]، وتختلف الاتفاقيات في إشتراط تقديم هذه الشهادة، فنجد الاتفاقية الجزائرية الفرنسية تنص على ذلك في المادة 6 منها، وكذلك الاتفاقية الجزائرية المصرية في المادة 21، فتشترط هاتان الاتفاقيتان عدم وجود المعارضة والاستئناف وطرق الطعن بالنقض الأخرى ضد الحكم المطلوب تنفيذه، وكذلك الاتفاقية الجزائرية الموريتانية في المادة 24 والاتفاقية الجزائرية التونسية في المادة 24.

أما الاتفاقية الجزائرية السورية تكتفي أن يكون الحكم أو القرار صالح للتنفيذ[2]، وهذه القابلية للتنفيذ يحددها قانون الدولة التي أصدرت الحكم من عدمها حفاظا على المراكز القانونية التي أنشأها الحكم الأجنبي.

كما أن تقديم نسخة طبق الأصل من التكليف بالحضور التي وجهت للطرف الذي تخلف عن حضور الجلسة في حالة صدور الحكم غيابيا ضد المدعى عليه وتثبت تبليغ المحكوم ضده للحضور والدفاع عن مصالحه لكنه لم يحضر[3].

ونصت على هذا الشرط الاتفاقية الجزائرية التونسية في المادة 24 فقرة د، والاتفاقية الجزائرية المصرية في المادة 21 فقرة د، والاتفاقية الجزائرية الفرنسية المادة 6 فقرة د، والاتفاقية الجزائرية الموريتانية المادة 24 فقرة د، أما الاتفاقية الجزائرية المغربية فاشترطت المادة 25 فقرة د هذه الوثيقة ولم تعلق ذلك على صدور الحكم الغيابي.

كما نصت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والاتفاقية الجزائرية الموريتانية على ضرورة ترجمة الوثائق والمصادقة عليها من طرف مترجم محلف وفقا لقانون الدولة طالبة التنفيذ حسب المادة 6 فقرة هـ من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، والمادة 24 فقرة هـ من الاتفاقية الجزائرية

[1] في المادة 605 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على: « إن الحكم أو الأمر أو القرار حائز لقوة الشيئ المقضي فيه».

[2] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع نفسه، ص188.

[3] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع نفسه، ص188.

الموريتانية، حتى يتمكن القاضي من فهم محتوى الوثائق والحكم محل النظر وهذا الأمر تبناه المشرع الجزائري وضمنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 8 منه[1].

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لدعوى تنفيذ حكم أجنبي صادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

نص المشرع الجزائري في المادة 605 من قانون الأجراءات المدنية والإدارية الجزائري على شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، وفي المادة 606 من نفس القانون على شروط تنفيذ العقود والسندات الرسمية ألأجنبية، وطالما أن مصطلح حكم يشمل الحكم القضائي والسند الأجنبي فسنعالجها إجمالا ما لم يوجد نص اتفاقي ترتبط من خلاله الدولة المطلوب منها التنفيذ(الجزائر) باتفاقية مع دولة أخرى لأن الاتفاقية الدولية تسمو على القانون الداخلي، وهو ما نصت عليه المادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنصها: « إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و 606 من هذا القانون لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية الدولية التي تبرم بالجزائر وغيرها من الدول».

وسواء وردت هذه الشروط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أو في المعاهدات الدولية التي تربط الجزائر مع غيرها من الدول في شأن التعاون القضائي، فكلها نجدها تبنت معالم الحكم الفرنسي الشهير المعروف بحكم "MUNZER"[2] والذي بدوره كرس ضرورة توافر شروط أساسية يجب على قاضي التنفيذ التأكد من توافرها أثناء منح الأمر بالتنفيذ لهذا الحكم الأجنبي والتي سنعالجها كما يلي: أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر من محكمة مختصة في الفرع الأول وأن يكون الحكم الأجنبي حائزا لقوة الشيئ المقضي به في الفرع الثاني وأن يكون الحكم الأجنبي غير متعارض مع حكم آخر صادر عن القضاء الوطني في الفرع الثالث وأن يكون الحكم

[1] تنص المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: « يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم االقبول.
يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية ومصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول.
تتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية..... ».

[2] سبق الإشارة لحكم "MUNZER " أثناء الحديث عن أنظمة التعامل مع الحكم الأجنبي من طرف القاضي الوطني في إطار الحديث عن نظام المراقبة.

الأجنبي غير متعارض مع النظام العام والآداب العامة في الجزائر في الفرع الرابع، إضافة إلى بعض الشروط المختلف في الأخذ بها بين التشريعات الدولية التي سنعالجها في الفرع الخامس.

الفرع الأول: صدور الحكم الأجنبي من محكمة مختصة قضائيا

إن الأحكام الصادرة في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بصفة خاصة وباقي الأحكام القضائية والسندات الرسمية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بتوافر شروط معينة نصت عليها جل التشريعات.

وتختلف معاملة الدول للأحكام القضائية الأجنبية بإختلاف النظام الذي تتبناه بشأن معاملتها للحكم الأجنبي فهل تخضعه لنظام المراقبة أو نظام المراجعة أو نظام رفع دعوى التنفيذ، وطالما تشترط الأجهزة القضائية شروطا صارمة في معاملتها للأحكام القضائية الأجنبية عند طلب الأمر بتنفيذها من طرف أصحاب المصلحة حري بها أن تركز على أهم شرط وهو شرط صدور هذه الأحكام القضائية الأجنبية من محكمة مختصة قضائيا وفي هذا الإطار فيجب أن يكون الحكم صادر من محكمة أو من قسم مختص في شؤون الأحوال الشخصية عند رفع دعوى تتعلق بطلب تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 605 من قانون الأجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:«.....ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص القضائي.....»، لكن يثور التساؤل حول أي قانون يتم تحديد هذا الاختصاص وفقه فهل يكون وفقا لقانون البلد الذي أصدر قضاؤه الحكم أو وفقا لقانون البلد المطلوب تنفيذ هذا الحكم فيه؟، فإن القانون الاتفاقي الجزائري قد تبنى حلولا مختلفة فالاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول كالمغرب[1] وتونس [2] ومصر[3]، حيث أكدت فيها

[1] الاتفاقية الجزائرية المغربية الموقع عليها في 1963/03/15 المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 69/68 المؤرخ في 1969/09/02 المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بالإقرار يوم 1969/01/15، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 77 لسنة 1969.

[2] الاتفاقية الجزائرية التونسية الموقع عليها في 1963/07/26 المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 50/63 المؤرخ في 1963/11/14 المتضمن المصادقة على اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس، الجريدة الرسمية رقم 1 سنة 1963.

[3] الاتفاقية الجزائرية المصرية الموقع عليها في 1964/02/29 المصادق عليها بمقتضى الأمر رقم 195/65 المؤرخ في 1965/07/29.

على ضرورة صدور الحكم من محكمة مختصة قضائيا حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة طالبة التنفيذ[1] إلا إذا تنازل المعني عن طلبه بصورة أكيدة.

أما فيما يخص القانون الاتفاقي الذي يربط الجزائر مع بعض الدول الغربية فنجد الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[2] والاتفاقية الجزائرية المجرية[3] فقد اعتمدتا على قواعد الدولة مانحة الصيغة التنفيذية لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية من عدمه[4]، أما في التعاون العربي في مجال التعاون القضائي فإن اتفاقية الرياض للتعاون القضائي[5] تجسد ذلك والتي صادقت عليها الجزائر في 2001/05/20 حيث نصت في المادة 25 فقرة ب منها على أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم القضائي الأجنبي مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة لدى الدولة المطلوب منها التنفيذ أو وفقا لقواعد الاختصاص القضائي المقررة في المعاهدة، كما تذهب بعض الدول كسوريا[6] وليبيا[7] إلى أن الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة يتحدد وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه، وهذا ما أخذت به محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 1964/02/04 ومنطلقهم في ذلك هو أن قاضي كل دولة يطبق قواعد الاختصاص في قانونها وكل

[1] نصت المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على أنه:« أن يصدر الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة الطالبة للتنفيذ إلا إذا تنازل المعني بالأمر عن طلبه بصورة أكيدة». ويقابل هذه المادة نص المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، ونص المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية ونص المادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية.

[2] تم التوقيع على هذه الاتفاقية يوم 1965/08/27 المصادق عليها بالأمر رقم 194/65 المؤرخ في 29جويلية 1965 ، الجريدة الرسمية رقم 68.

[3] اتفاقية التعاون القضائي والعدلي بين الجزائر والمجر المنصوص عليها في المرسوم رقم 25/84 الصادرة بتاريخ 1984/02/11 المتضمنة المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي والعدلي بين الجزائر والمجر والموقعة في 1976/02/07 بالجزائر، حيث نصت المادة 29 منها على ما يلي:«....وتفاديا لإنكار العدالة فإنه إذا كانت الهيئة القضائية التابعة للطرف المتعاقد الذي صدر في إقليمه القرار مختصة في ذلك حسب قوانين الطرف الذي وقع طلب التنفيذ في إقليمه».

[4] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص165.

[5] وقعت على اتفاقية الرياض للتعاون القضائي كل من الأردن ولبنان وسوريا والسعودية ومصر والعراق واليمن في سنة 1953 وتم إيداع وثائق التصديق عليها لدى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية من قبل كل من السعودية ومصر والأردن في 05 و04 و 28 جوان 1954 على الترتيب، وفي يوم 1956/09/29 أودعت سوريا وثائق تصديقها على هذه الاتفاقية، كما صادقت عليها العراق في 1957/10/03، وأنضمت إليها ليبيا في 1957/05/19 والكويت في 1962/05/20، أنظر في ذلك عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص957.

[6] المادة 308 من قانون أصول المرافعات السوري.

[7] المادة 407 من قانون المرافعات المدنية الليبي الصادر سنة 1953.

ما يطلب منه هو أن يكون قد طبق هذه القواعد تطبيقا صحيحا من الناحية القانونية [1]، فمن غير المعقول مطالبة القاضي الأجنبي بتطبيق قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون غير قانونه.

أما ألمانيا[2] و إنجلترا[3] فقد حذت حذو فرنسا والمجر في اتفاقيتهما مع الجزائر فنصت على أن الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي يتم وفقا لقانون القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ.

وما يبرر خضوع تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية لقواعد الاختصاص في دولة قاضي التنفيذ هو الصعوبة التي يواجهها القاضي الوطني في حالة لجوئه إلى تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية وفقا للقواعد السارية المفعول في دولة تلك المحكمة، وهنا يجد القاضي مشقة في معرفة القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصدرة للحكم الأجنبي في جميع الدول أو على الأقل في أكثرها[4].

ولذلك فإن جانب من الفقة والقضاء في فرنسا قد أيد إخضاع مشكلة الاختصاص القضائي للقواعد السائدة في فرنسا بشرط أن لا تكون المحكمة الفرنسية مختصة بالنظر في النزاع اختصاصا خاصا بها وقاصرا عليها[5].

فإذا كان النزاع حول أموال مكتسبة مشتركة بين زوجين جزائري وفرنسية وكانت الأموال عبارة عن منقولات، وعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بموجب تفعيل ضابط الجنسية، وصدر حكم من المحاكم الجزائرية يقضي باختصاصها فيكون قابلا للتنفيذ في الجزائر لأن اختصاص

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص60.

[2] تقضي المادة 328 من القانون المرافعات الألماني بما يلي: « لا يعترف بالحكم الصادر من محكمة أجنبية إذا كانت محاكم الدولة التي أصدرت هذا الحكم الأجنبي غير مختصة وفقا لقوانين الألمانية .....».

[3] لكي يتم الاستناد إلى الحكم ألأجنبي كدليل إثبات في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الإنجليزي يتعين أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط من بينها أن يصدر الحكم من محكمة مختصة دوليا ويتحدد هذا الاختصاص حسب قواعد القانون الإنجليزي، أنظر في ذلك عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص33.

[4] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص198.

[5] يكون اختصاص المحاكم الفرنسية قاصرا عليها بالنظر في الدعوى كاختصاصها بالمنازعات المرتبطة بعقار موجود بها فهنا تخضع لقانون موقع العقار فيرفض القاضي طلب الأمر بالتنفيذ.

المحاكم الجزائرية بالمنازعة نابع من اختصاصها وفقا لضابط جنسية الزوج طبقا للمادة 12 من القانون المدني الجزائري، لكن إذا كانت الأموال عبارة عن عقار مشترك بينهما وكان العقار موجودا في فرنسا وفصل في النزاع القاضي الجزائري فهذا الحكم الصادر عن المحكمة الجزائرية في هذه الحالة لا يعتد به لأن المحاكم الجزائرية غير مختصة بالنظر في مثل هذه الدعاوى وإنما النظر في هذا النوع من الدعاوى المتعلقة بالأموال المشتركة العقارية مقتصر على محاكم محل وجود العقار وهو فرنسا وهذا الاختصاص القضائي قاصر على المحاكم الفرنسية.

أما في التشريع المصري فإن المشرع قد نص في المادة 298 فقرة 1 من قانون المرافعات[1] على أنه إذا كانت المنازعة تدخل في اختصاص المحاكم المصرية كان القضاء الأجنبي غير مختص بإصدار الحكم، أما إذا كانت المحاكم المصرية غير مختصة فإن الاختصاص الدولي للمحكمة التي أصدرته يكون وفقا لقواعد الاختصاص الدولي المقررة في قانونها.

وفي الجزائر فالمشرع الجزائري لم يحدد صراحة وفقا لأي قانون يتحدد الاختصاص، لذلك فإن المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على شرط ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص لكن لم يبين المقصود بقواعد الاختصاص فهل هي قواعد الاختصاص في الدولة المطلوب منها التنفيذ أو قواعد الاختصاص في الدولة المصدرة للحكم؟ لذلك يرى بعض الفقهاء مثل الدكتور أعراب بلقاسم أنه يجب التمييز بين حالتين:

-إذا كان الاختصاص ثابت للمحاكم الجزائرية جوازيا فإنه يتم الرجوع إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم الأجنبي.

-إذا كان الاختصاص ثابت للمحاكم الجزائرية أصليا يعتبر الحكم الأجنبي الصادر من محكمة أجنبية صادر من محكمة غير مختصة دوليا[2].

أمام هذا التضارب والسكوت القانوني هناك من يرى ضرورة الاستناد إلى قانون الدولة التي أصدرت الحكم عملا بما أتجه إليه المشرع الليبي، في حين نادى إتجاه آخر بإعمال أحكام القضاء

[1] تنص المادة 298 فقرة 1 من قانون المرافعات المصري على ما يلي: «إن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وإن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها».

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص62.

الفرنسي الذي يرى ضرورة الاعتماد على قواعد الاختصاص العام المباشر في قانون الدولة المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي[1].

وهناك رأي آخر يرى فيه بعض الفقهاء ضرورة الجمع بين الإتجاهين، حيث يتم تحديد الاختصاص للمحكمة التي أصدرت الحكم وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الواردة في قانونها ووفقا لقواعد الاختصاص القضائي الواردة في قانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي وهو ماتبناه المشرع المصري.

ولقد برر فقهاء القانون الدولي في الجزائر سكوت المشرع الجزائري عن تحديد القانون الذي يتم الاستناد إليه لتحديد الجهة القضائية المختصة في رغبته في تجسيد الأحكام الواردة في القانون الاتفاقي الذي ربط الجزائر بالعديد من الدول عن طريق اتفاقيات تم إبرامها في هذا الخصوص، وفي كل مرة كانت الجزائر تغلب المصلحة التي ترجوها من عقد هذه الاتفاقية بغض االنظر عن الموقف الذي تتبناه كل دولة في تحديد الاختصاص القضائي للجهة القضائية سواء كان تحديد الاختصاص القضائي للدولة التي أصدرت الحكم الأجنبي أو تحديده وفقا لقانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي.

أما في فرنسا فقد تم التنازل جزئيا عن الصرامة وأخضع تحديد الاختصاص للمحكمة المختصة الأجنبية التي يراد تنفيذ الحكم الصادر عنها في دولة القاضي لقواعد الاختصاص السائدة في قانونها، بشرط ألا تكون المحكمة الفرنسية مختصة بالنظر في النزاع اختصاصا قاصرا عليها، وهذا ما فتح الباب أمام التدليس والغش لأطراف الخصومة لذلك أعاد القضاء الفرنسي القبضة على الموضوع وتدخل من جديد ووضع شرط آخر وهو عدم وجود اختصاص مصطنع، وإذا وجد هذا فإن القاضي يمنع منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، وهو ما أيده محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 06 فيفري 1985 في قضية "SIMITCH"[2]، وأيدت حكم

[1] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الآجانب،مرجع سابق، ص156.

[2] في القضية المعروفة بإسم "Simitch" قررت المحكمة العليا الفرنسية بأنه في جميع الأحوال التي لاتمنح فيها قاعدة الإسناد الفرنسية لتنازع الاختصاص اختصاصا قاصرا على المحاكم الفرنسية بنظر النزاع فإنه يجب أن يعترف للمحاكم الأجنبية بنظره وذلك إذا كان هذا النزاع متصلا بطريقة واضحة بالطريقة التي رفع النزاع أمام قضائها، وإذا لم يكن إختيار هذا القانون

محكمة الاستئناف التي رفضت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي الصادر عن محاكم "هايتي" لأن المنازعة التي صدر بشأنها الحكم المطلوب تنفيذه لم تكن تتصل بتلك الدولة "هايتي" إلا بطريقة عرضية[1]، وعليه يكون لقاضي الصيغة التنفيذية أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي حتى ولو كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة بالمنازعة التي صدر في شأنها هذا الحكم، إذا تبين أنه من ظروف الحال أن تلك المنازعة لم تكن على إرتباط مادي وموضوعي بدولة القاضي الذي أصدر الحكم، أو أن اختصاصها تقرر نتيجة إعمال غش أو تدليس من جانب الخصوم[2].

لكن قد يثور التساؤل عن زمن اختصاص المحكمة المطلوب منها منح الصيغة التنفيذية للنزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي فيرى البعض أنه يتحدد بوقت رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ وليس إلى وقت رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم أمام المحكمة الأجنبية، أما تحديد اختصاص هذه المحكمة وفقا لقانونها فينظر فيه إلى وقت رفع الدعوى إليها[3].

كما قد يثور التساؤل حول حدود الرقابة الممنوحة للقاضي الجزائري فهل تتم على المستوى الدولي فقط أم تتعدى ذلك إلى رقابة الاختصاص الداخلي للتأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية نوعيا ومحليا في إصداره؟[4].

وفي القوانين المقارنة فإن القانون الفرنسي قد كانت رقابته تشمل الاختصاص الداخلي لمحكمة الأجنبية، إلا أنه وبعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في 1967/10/04 في

قد تم بطريقة تنطوي على غش، أنظر في ذلك حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 1، سنة 2004، ص20 .

[1] « toute les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusiveaux tribunaux française, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manièrecaractérisée au pays dans le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux. » cité par, Roula el-Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, paris, 2002, p.165.

[2] هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الآجانب،مرجع سابق، ص158.

[3] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2 تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص908.

[4] بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص398 .

قضية"Bachir"[1] حيث تراجع عن موقفه وألغى كل رقابة على صحة الإجراءات إلا ما تعلق منها بالنظام العام الدولي، وبالتالي تخلى القضاء الفرنسي عن الرقابة الداخلية للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم[2]، وهذا ما يجب أن يحذو حذوه القضاء الجزائري بعدم لعبه لدور الرقيب عن القاضي الأجنبي عند تطبيقه لقواعد وإجراءات لا علاقة لها بالنظام القانوني الجزائري[3].

وبالإضافة إلى شرط اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي المراد تنفيذه المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، يجب أن يكون هذا الحكم نهائيا أي حائزا لحجية الشيئ المقضي فيه وهو ما سنعالجه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: حيازة الحكم الأجنبي لحجية الشيئ المقضي به

لقد تبنت جل التشريعات[4] العربية والغربية شرط استنفاذ الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط كل طرق الطعن العادية وغير العادية[5]وانه أصبح بات

[1] صدر حكم في 1967/10/04 في قضية "Bachir" حيث تتعلق هذه القضية بقرار صادر عن مجلس قضاء داكار حكم فيه بالطلاق بين الزوجين مع إسناد الحضانة للأم والحكم على الأب بدفع نفقة غذائية، فأرادت السيدة Bchir تنفيذ هذا القرار في فرنسا فصدر في 1965/11/30 عن مجلس استئناف باريس قرار بالرفض، فرفعت الطالبة طعنا بالنقض فأصدرت محكمة النقض الفرنسية القرار الصادر في 1967/10/04 رافضة الطعن، وهكذا أنتقل نظام المراقبة من أحكام الحالة وألأهلية للأحكام المتعلقة بالمال .

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص63.

[3] محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص74.

[4] نص على حيازة الحكم الأجنبي حجية الشيئ المقضي به في التشريع المصري المادة 298 فقرة 3 من قانون المرافعات المصري، أنظر عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص132، والتشريع الليبي في المادة 407 من قانون المرافعات الليبي، أنظر مبروك اللافي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص246، والتشريع الألماني في المادة 328 من قانون المرافعات الألماني، والتشريع الإيطالي في المادة 797 من القانون الدولي الخاص لعام 1995، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1134، ونصت المادة 25 فقرة ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي على ضرورة حيازة الحكم بحجية الشيئ المقضي به، أما في القانون الاتفاقي فنجد الاتفاقية الجزائرية الليبية المادة 20 فقرة ج نصت على حيازة الحكم الأجنبي لحجية الشيئ المقضي به، وكذلك المادة 20 فقرة ب من الاتفاقية الجزائرية المغربية والمادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية والمادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية والمادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية والمادة 1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، وكذلم المادة 37 فقرة ج من اتفاقية التعاون القانوني بين دول المغرب العربي .

[5] طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، 1418هـ، ص102.

ونهائي وقطعي أي حائزا لقوة الشيئ المقضي به[1] حتى يمكن طلب تنفيذه خارج حدود الدولة التي أصدرته.

وفي التشريع الجزائري نجد المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أن الحكم يجب أن يكون حائزا لقوة الشيئ المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه، أي أن المشرع الجزائري قد إشترط في الحكم الأجنبي أن يكون حائزا لقوة الشيئ المقضي به أي نهائي وقطعي، ويرجع في تحديد تمتع الحكم بقوة الأمر المقضي به إلى قانون المحكمة التي أصدرته[2] وهذا ما يتفق مع المبدأ المستقر عليه فقها وتشريعا وقضاءا لغالبية الدول وهو خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي[3].

أما في التشريعات الغربية كالتشريع الإنجليزي فقد إشترط أن يكون الحكم الأجنبي متمتعا بحجية الأمر المقضي به، أي أن يكون الحكم قطعي وغير نهائي أي أنه لم يستنفذ طرق الطعن القانونية كلها أو بعضها، فالمهم أن يكون حاسما للنزاع لاستخدامه كأساس لرفع الدعوى في طلب الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي.

اما في فرنسا فتكتفي بأن يكون الحكم الأجنبي قابلا للتنفيذ في الدولة التي صدر عنها بغض النظر عن حيازته لحجية الشيئ المقضي به.

وعليه فإن هذه التشريعات قد تبنت هذا الشرط حتى يمكن المطالبة بتنفيذ الحكم الأجنبي خارج حدود الدولة التي صدر عن محاكمها لعدة أسباب أهمها ضمان الاستقرار في المعاملات، وتفادي المفاجآت التي تترتب على إلغاء الأحكام الغير النهائية في البلد الذي صدرت فيه[4] خصوصا عندما يتعلق الأمر بدعاوى الأحوال الشخصية ودعوى الأموال المكتسبة خصوصا.

[1] طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص270.

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2 تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص917.

[3] وهو المبدأ الذي نصت عليه صراحة المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري في نصها: « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.»

[4] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص281.

ولذلك نجد في إمتناع القاضي عن منح الصيغة التنفيذية لحكم غير حائز على حجية الشيئ المقضي به له ما يبرره، ولذلك يمنح الصيغة التنفيذية للأحكام الحائزة على حجية الشيئ المقضي به التي تحتوي على قدر من الثبات والاستقرار في الدولة التي صدرت فيها[1]، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة في دعاوى مستعجلة والأحكام الصادرة بإتخاذ إجراءات وقتية كتعيين حارس للعقارات محل النزاع في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط لا يجوز الأمر بتنفيذها إلا في حالات محدودة لأنها تحتوي على عنصر عدم الثبات والإحتمال الذي يسمح للقضاء بإعادة النظر في هذه الأحكام وإعادة إصدار أحكام أخرى فيها وهذا ما يتنافى مع مبدأ حجية الشيئ المقضي به[2].

إضافة إلى شرط حيازة الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بحجية الشيئ المقضي فيه، يجب كذلك ألا يتعارض هذا الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط مع حكم آخر صادر عن القضاء الوطني في نفس الموضوع وهو شرط آخر يتطلبه رفع دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: عدم تعارض الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط مع حكم آخر صادر عن القضاء الوطني

بالعودة لنص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص في الفقرة الثالثة على: « ألا يتعارض الحكم الأجنبي مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية و أثير من طرف المدعى عليه»[3].

[1] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص422.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1135.

[3] لقد أكدت المحكمة العليا على هذا الشرط صراحة من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2009/09/16 حيث قضت أنه لا يجوز إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم أجنبي متعارض مع حكم جزائري، قرار المحكمة العليا رقم 509000، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010 ، العدد 9، ص223، مقتبس عن سايس جمال، الإجتهاد في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص1483 .

ويستخلص من نص المادة أن الحكم الأجنبي المتعلق بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط حتى يمكن من التنفيذ في الجزائر يجب ألا يكون متعارضا مع حكم أو أمر آخر سبق صدوره من المحاكم الجزائرية[1].

واساس هذا الشرط هو تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة يتعارض مع حجية الشيئ المقضي به التي كفلها القانون للأحكام الوطنية، فمن غير المنطقي أن تهدر هذه الحجية لمصلحة حكم صادر من محكمة أجنبية[2].

وهناك جانب من الفقه يعتبر هذا الشرط تطبيقا من تطبيقات النظام العام، لأن السماح بتطبيق حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني هو أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها[3].

و لايشترط أن يكون التعارض من حيث المنطوق فقط، بل قد يكون التعارض في الهدف أو في جعل الحكم أو القرار القضائي الصادر من جهة قضائية جزائرية مستحيل التنفيذ موازاة مع تنفيذ الحكم ألأجنبي، وقد يكون التعارض بين الحكمين إذا اشتمل كل منهما على أمرين متناقضين، مما يحول دون إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي داخل التراب الوطني.

ويثار دفع وجود تعارض بين حكمين أحدهما أجنبي والآخر وطني من طرف المدعى عليه، ولا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو علم به القاضي ورفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي الذي يتعارض مع حكم قضائي آخر صادر عن القضاء الوطني في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، أو أي حكم قضائي آخر متعلق بالأحوال الشخصية والعينية من أولويات دولة القاضي في سبيل المحافظة على سيادتها على إقليمها، فلها رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية المخالفة لأحكامها الوطنية كما أنه من أولوياتها تنفيذ الأحكام الوطنية.

---

[1] لقد كانت المحكمة العليا في كل مرة تؤكد على هذا الشرط فنجدها كذلك تنص في قرارها الصادر في 2005/02/23 على ما يلي: « لا يجوز للقضاء الجزائري الحكم بالنفقة مرة ثانية في حالة بسق الحكم الأجنبي بها» قرار المحكمة العليا 331696، مجلة المحكمة العليا 2011، العدد 2، ص29 .

[2] هشام خالد، ، القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص487.

[3] عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص80.

لقد حسم المشرع الجزائري الجدل القائم حول مدى إمكانية وجود تعارض بين حكم أجنبي الصادر عن محكمة دولة أخرى وحالة وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء الجزائري في نفس النزاع، ورفض اعتبار مجرد رفع دعوى متعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط أمام المحاكم الوطنية سببا يكفي لوحده رفض تنفيذ الحكم ألأجنبي وكان ذلك سدا لباب التحايل من طرف الخصوم لأن الذي صدر ضده حكم أجنبي سيقوم برفع دعوى أمام القضاء الجزائري حتى يعرقل سير دعوى التنفيذ في الجزائر[1] وذلك فيه إضرار بمصالح الأفراد على مستوى العلاقات الدولية، فالمشرع الجزائري قد استخدم مصطلح" حكم سبق صدوره"، فلا يمكن أن ينصرف معنى الحكم إلى مجرد تحريك الدعوى أمام القضاء الوطني.

ولقد حذى المشرع المصري حذو المشرع الجزائري في الفقرة 4 من المادة 298 من قانون المرافعات المصري[2] بخلاف بعض التشريعات التي رأت رأيا مخالفا لهذا نصت على ألا تكون هناك دعوى قائمة أمام دولة قاضي التنفيذ في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم، واعتبرته شرطا لإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي، هو ما أكد عليه كذلك التشريع اللبناني في المادة 1016 فقرة ب من قانون أصول المحاكمات اللبنانية في نصها« على المحاكم اللبنانية أن ترفض منح الصيغة التنفيذية في الحالات التالية: .....ب- إذا كانت لا تزال عالقة أمام القضاء اللبناني دعوى بذات النزاع وبين ذات الخصوم تقدمت بتاريخ سابق للدعوى التي إقترنت بالحكم الأجنبي »[3].

ولقد أخذ بهذا الرأي المشرع الإيطالي في المادة 64 فقرة 1 من قانون المرافعات الإيطالي لعام 1995، وكذلك تبنته المادة 30 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي.

ويرى جانب من الفقه في مصر[4]وفرنسا أن إعمال هذا الشرط ماهو إلا إعمال للدفع بالنظام العام لأن السماح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره من القضاء الوطني أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ هذا الحكم الأجنبي فيها، خاصة وأن الحكم

[1] بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص400 .

[2] تنص المادة 298 فقرة 4 من قانون المرافعات المصري على ما يلي: « لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق ممن يأتي.....4- أن الحكم أو الأمر القضائي لا يتعارض مع حكم أو امر سبق صدوره من محاكم الجمهورية» أنظر أشرف عبد العليم، مرجع سابق، ص498 .

[3] عبده جميل غصوب، محاضرا ت في القانون الدولي الخاص، نظرة عامة في القانون الوضعي، مرجع سابق، ص189.

[4] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص282.

الوطني يحمل قرينة الصحة والحقيقة وعنوانا للعدالة في دولة القاضي، لأن كل دولة هي الأولى بتحقيق العدالة على إقليمها طبقا لمفهوم العدالة السائد لديها[1].

وقد يثار إشكال حول حالة ما إذا كان هناك حكمين قضائيين أجنبيين من دولتين مختلفتين، فقد يحصل الزوجان على حكمين أجنبيين يتعلقان بالأموال المكتسبة من دولتين مختلفتين فيلجأ الزوجان لطرحهما أمام القضاء الوطني لمنحهما الصيغة التنفيذية، خصوصا إذا كان الحكمان يقضيان بحلين مختلفين وهذا ما أثار جدلا فقهيا واسعا، فيرى البعض أن المفاضلة بين هذين الحكمين تكون بناءا على أسبقية تقديم الحكم أمام القضاء الوطني لمنحه الصيغة التنفيذية [2]، لكن تم إنتقاد هذا الرأي على أساس أن عملية عرضه أمام القضاء الوطني عملية مادية بحتة.

لذلك ظهر رأي فقهي آخر أساسه وجوب المفاضلة بين الحكمين الأجنبيين على أساس شرط الاختصاص بالدعوى ونجد المشرع اللبناني قد تبنى هذا الرأي في المادة 6 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية بنصها: « في حالة صدور حكمين أجنبيين بإسم سيادتين مختلفتين في موضوع واحد وبين نفس الخصوم يتم تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتفق وقواعد القانون اللبناني في الاختصاص القضائي الدولي »[3].

كما ظهر رأي آخر يرى ضرورة وجوب الإمتناع عن تنفيذ الحكمين المتعارضين كليا، لكنه أعيب على هذا الرأي هروبه من المشكلة بدلا من حلها والتصدي لها بحل ملائم بإختيار معيار يسمح بتنفيذ أحد الحكمين المتنافسين[4].

والحل الأمثل الذي تمتع بمصداقية أكبر هو تنفيذ الحكم الأسبق من حيث حيازته لقوة الشيئ المقضي به وفقا لقانون الدولة التي صدر عن محاكمها الحكم الأجنبي[1].

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص138.

[2] محمود مسعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، 1990، العدد 46، ص120.

[3] غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص338.

[4] هشام خالد، ، القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص488.

وهذا الرأي يمكن للمشرع الجزائري تبنيه في منح الصيغة التنفيذية للحكمين الأجنبيين الصادرين عن سيادتين مختلفتين في نفس الموضوع وبين نفس الخصوم إذا تعلق الأمر بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، فمتى كان الحكم الأسبق في التاريخ في حيازته على قوة الشيئ المقضي به وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها ومستوفيا لكامل شروط منح الصيغة التنفيذية وجب منحه إياها.

وبعد تعرضنا لشرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم آخر صادر عن القضاء الوطني في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط سنتعرض لشرط آخر يتمثل في عدم تعارض الحكم ألأجنبي مع النظام العام والآداب العامة في الجزائر في الفرع الموالي.

الفرع الرابع: عدم تعارض الحكم ألأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط مع النظام العام والأداب العامة في الجزائر

إن حماية المبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع في كل دولة مكفول بإعمال الدفع بالنظام العام الدولي، فهو يعتبر صمام الأمان، لأن تسرب مبادئ وقيم تتعارض مع النظام العام في دولة قاضي التنفيذ يكون بوجود خلل في هذا الصمام عن طريق تسرب أحكام وقيم قانونية مخالفة للنظام العام في إطار تنازع القوانين، وقد تتعدى ذلك بتنفيذ حكم أجنبي مخالف للنظام العام في إطار تنفيذه في دولة القاضي.

فإذا كان الحل من تسرب قانون أو أحكام قانونية مخالفة للنظام العام في الجزائر هو استبعاد تطبيق هذا القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة الجزائرية، فإن الحل عند تنفيذ الحكم الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر هو الإمتناع عن منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم الأجنبي المخالف للآداب العامة والنظام العام[2]، وفي التشريع الجزائري نجد نص المادة 605 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على

[1] نور حمد مسلم الحجايا، التناقض بين الأحكام الأجنبية القضائية وأثره في القانون الدولي الخاص الأردني، مقالة من مجلة الحقوق، العدد 2، 2005، ص256.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1139, وهذا ما جسدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 2010/12/01 حيث رفضت إصدار الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبي صادر عن المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا لمخالفته للنظام العام الفرنسي .

ما يلي: « .....ألايتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر» لقد تبناه القضاء الجزائري في قرارات عديدة[1].

أما في التشريع التونسي فنص الفصل 11 الفقرة 3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي قد نص على أنواع النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية[2] أين حذى حذو الفقه والقضاء في فرنسا.

كما أن القانون الاتفاقي الذي ربط الجزائر بالعديد من الدول عن طريقة المعاهدات الدولية قد نص على هذا الشرط[3]، فجل التشريعات قد نصت على هذا الشرط كالمشرع المصري قد نص عليه في المادة 298 فقرة 4 من قانون المرافعات المصري، أما المشرع الليبي قد نص عليه في المادة 407 فقرة 4 من قانون المرافعات الليبي، أما المشرع السوري قد نص عليه في المادة 308 فقرة د من قانون أصول المحاكمات السوري، أما المشرع اللبناني فقد نص عليه في المادة 1014 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، والمشرع الأردني نص عليه في المادة 7 فقرة 1 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني، كما نجد المشرع الإماراتي قد نص على هذا الشرط في المادة 235 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

---

[1] قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1980/01/02 رقم 52207، منشور في المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4، أنظر ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص176، وهناك قرار آخر للمجلس ألأعلى الصادر في 1988/11/13 حيث قضى فيه بما يلي: « من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن االقضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرق للقانون» ملف رقم 51066، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 3، ص95، كذلك أكد المجلس الأعلى على هذا المبدأ بقرار آخر صادر في 1984/06/23 حيث قضى من خلاله بعدم جواز منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية لمخالفته للنظام العام الجزائري، قرار رقم 32463، مجلة المحكمة العليا الجزائرية رقم 62011، العدد 2، ص30، كما قضى المجلس الأعلى في 1983/06/23 بنقض وإبطال قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1982/04/19 والقاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبي وذلك لأن هذا الأخير يحمل في طياته ما يخالف النظام العام الجزائري، ملف رقم 23463، مقتبس عن عبد النور أحمد، إشكالية تنفيذ ألأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010/2009، ص200.

[2] ينص الفصل 11 فقرة 3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على ما يلي: « لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية .....إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام والآداب العامة في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع .....».

[3] نصت على شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام والآداب العامة في الجزائر كل الاتفاقيات التي ربطتها بالدول فنجد المادة 20 فقرة ب من الاتفاقية الجزائرية المغربية، والمادة 19 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، والمادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، والمادة 19 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، والمادة 1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية كلها قد نصت على شرط عدم مخالفة الحكم ألأجنبي للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.

ومما سبق يلاحظ إجماع شبه كلي للتشريعات على إشتراط شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي المراد تنفيذه للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي.

ويتمثل التعارض بين الحكم الأجنبي الفاصل في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وفكرة النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي فيما يلي: مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام الإجرائي في دولة القاضي ومخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام الموضوعي في دولة القاضي.

اولا: مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام الإجر ائي في دولة القاضي

وهنا يكون مصدر التعارض مع النظام العام والآداب العامة صادرا من مخالفة الإجراءات التي أتبعت في إصداره، فيجب التقيد بالإجراءات الأساسية لإصدار الأحكام القضائية الأجنبية، فالقاضي الأجنبي مجبر على مراعاة هذه الإجراءات أثناء فصله في النزاع، وإلا أصبح حكمه مخالفا للنظام العام والآداب العامة لدولة القاضي، فقد يتعارض إصدار الحكم مع حقوق الدفاع في نزاع متعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط، فلا يكلف المدعى عليه تكليفا بالحضور تكليفا صحيحا، أو أنه لم يمثل تمثيلا صحيحا يمكنه من إبداء دفاعه وهذا ما أكدته عليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2009/06/17 حيث قضت من خلاله بما يلي: « تتأكد الجهة القضائية وجوبا قبل إمهار الصيغة التنفيذية للحكم من قانونية محضري التبليغ والتكليف بالحضور إلى الجلسة المنطوق فيها بهذا الحكم الأجنبي »[1].

فالحكم الأجنبي الذي لم تتبع بشأنه الإجراءات الصحيحة الضرورية أو لم تحترم الإجراءات المتبعة في إصداره كحقوق الدفاع يعد حكما ماسا بالنظام العام[2]فهو غير قابل للتنفيذ في دولة القاضي[3].

ولقد اتجه القضاء الفرنسي في حكم قضية "Bachir"[1] إلى إدراج هذا الشرط المتعلق بمخالفة الإجراءات وإحترام حقوق الدفاع ضمن النظام العام، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بما

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في 2009/06/17، ملف رقم 482270ن مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 2، ص141.

[2] جسدت محكمة النقض الفرنسية هذه الشروط في وجوب مراعاة حقوق الدفاع في قرارها الصادر في 23 فيفري 2001.

[3] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص285، محمود مسعد، مرجع سابق، ص120.

يلي: «إذا كان من واجب قاضي التنفيذ أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهات القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم فإن شرط السلامة هذا يجب أن يقدر بالنظر للنظام العام الفرنسي فقط وإحترام حقوق الدفاع»[2].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد استعمل عبارة عامة تشمل كل أنواع النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، لكن في القانون الاتفاقي الذي ربط الجزائر بغيرها من الدول أين تم فصل شرط الإجراءات الصحيحة عن شرط النظام العام، وقصر حق الدفاع في حضور الطرفين أمام القضاء في حين أن حقوق الدفاع أوسع من الحضور أمام القضاء والمثول أمامه فقط.

أما القضاء الفرنسي فقد وسع من دائرة شرط سلامة وصحة الإجراءات وهو ما ينبئ عن رغبة المشرع الفرنسي في رفض منح الأمر بالتنفيذ إذا كان الحكم المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط يتضمن عبارات تتعارض مع مبادئ النظام العام في فرنسا[3]، وقد كان شرط صحة وسلامة الإجراءات المتبعة في إصدار حكم أجنبي شرط مستقل لتنفيذ الأحكام الأجنبية ثم أدمجه القضاء الفرنسي في شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في فرنسا.

وتجدر الإشارة أن بعض أحكام القضاء الفرنسي اعتبرت التسبيب شرطا آخر إلى جانب شرط سلامة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم الأجنبي، فإذا إنعدم التسبيب القانوني يكون الحكم مخالفا للنظام العام الفرنسي، لكن سرعان ما تراجع القضاء الفرنسي عن رأيه واكتفى بوجود الأوراق والمستندات المقدمة في الخصومة، فمتى كانت كافية لإطلاع القاضي على ما تم الحكم به

[1] صدر الحكم في 1967/10/04 وقضى بتقليص الشروط التي حددها حكم "Munzer"إلى 4 شروط من خلال إدراج شرط صحة الإجراءات ضمن شرط النظام العام .

[2] "Si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier,cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public Français et au respect desdroit de la défense". cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle,op.cit.,p.444.

[3] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص431.

وأن الحكم ليس مخالفا للنظام العام فيكتفي بذلك، وأكد كذلك على شرط مطابقة مضمون الحكم للنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها[1].

أما في التشريع الجزائري الذي تبنى فيه المشرع هذا الطرح للحفاظ على المبادئ الأساسية للدولة، من خلال إشتراطه ألا يكون الحكم مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر ويقصد من هذا ألا يكون الحكم المراد منحه الصيغة التنفيذية مخلا في فحواه بمبادئ وقيم الأسرة الجزائرية وأعرافها الإسلامية[2].

ثانيا: مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام الموضوعي في دولة القاضي

في هذه الحالة يكون الحكم الأجنبي متعارضا مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها من حيث مضمون هذا الحكم، وهو تحصيل حاصل لمعارضة أحكام القانون المطبق على النزاع مع النظام العام في دولة القاضي، ولهذا ففكرة النظام العام في كل مرة تعمل عمل صمام الأمان لتحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي الذي تتعارض أحكامه مع مبادئ وقيم دولة قاضي التنفيذ[3]، لكن نظرا ولإعمال الأثر المخفف للنظام العام[4] يمكن للقاضي الوطني أن يسمح بتنفيذ حكم أجنبي أقر حقا أو مركزا قانونيا نشأ في الخارج وفقا لقانون أجنبي ولو لم يكن القانون الوطني يسمح بذلك الحق إذا ما طلب منه إقراره إعمالا للقانون الأجنبي، لأن فكرة نشوء الحق وثبوت فعاليته عن طريق هذا الحكم الأجنبي جديرة بالإهتمام، فالحكم الأجنبي الذي أثبت ملكية الزوجة لأموال مشتركة مع زوجها وحقها بالتصرف فيها باعتبارها منقولات فهذا يعد مكسبا لا يمكن التنازل عنه باعتباره حق مكتسب في الخارج دون الشق المتعلق بالنزاع في ملكية العقارات الموجودة في الخارج التي تخضع لقانون موقعها.

---

[1] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص233.

[2] يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الإجتهادات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة 1 ، دار هومة، 2009، الجزائر، ص19.

[3] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص234.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص142.

وجدير بالذكر أن الحكم الأجنبي إذا كان مخالفا بأكمله للنظام العام والآداب العامة فإنه يستبعد برمته، أما إذا كان مخالفا للنظام العامة والآداب العامة في جزء منه فإن هذا الجزء هو الذي يستبعد لأن إمكانية الفصل في أجزاء الحكم الأجنبي إلى جزء متعارض مع النظام العام وجزء آخر غير متعارض مع النظام العام تبقى قائمة، فالجزء الغير متعارض مع النظام العام يخضع لقاعدة الحقوق المكتسبة أو ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام، فيجوز استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط دون الجزء المتوافق مع النظام العام، ويشترط عند تجزئة الحكم إمكانية تقسيمه دون أن يكون لذلك التقسيم تأثير على الحكم، وأثناء تقسيمه لجزء متعارض مع النظام العام وجزء آخر غير متعارض معه يشترط كذلك ألا يكون هناك تعديل في الحكم لأنه ليس للقاضي إمكانية التعديل في الحكم الأجنبي[1].

ويثور التساؤل حول الوقت الذي يعتد به القاضي لتقدير مدى التعارض بين الحكم الأجنبي ومبادئ النظام العام الوطني، فيذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة في كون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه متعارض أو غير متعارض مع النظام العام في دولة القاضي تكون بوقت التقدم بطلب تنفيذ هذا الحكم لا بوقت صدوره في الخارج[2] وهذا تماشيا مع فكرة كون النظام العام فكرة مرنة ومتطورة ونسبية لذلك يجب أن تقدر مقتضيات النظام العام وقت تحقق العارض وهو وقت الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي والاعتراف بآثاره داخل النظام القانوني الوطني[3]، لأن تنفيذ الحكم الأجنبي في التراب الوطني هو الذي ينطوي على إمكانية إثارة المشاكل عن طريق تعارضه مع النظام العام الوطني وليس مجرد صدور الحكم بالخارج[4].

ويترتب على إعمال فكرة النظام العام رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الفاصل في قضية الأموال المكتسبة في الزواج المختلط والذي يحتوي على ما يخالف النظام العام الوطني سواء من حيث الإجراءات المتبعة في إصداره أو من حيث مضمونها، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في

[1] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص643.

[2] عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني، الدار الجامعية للنشر، القاهرة، مصر، ص190.

[3] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، الجزء 2، مرجع سابق، ص557.

[4] محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص764.

قرار لها صادر بتاريخ 2011/04/06 على ضرورة الإمتثال للنظام العام الدولي في الإجراءات و الموضوع من أجل تنفيذ أي حكم أجنبي على المستوى الوطني.

تعتبر هذه أهم الشروط الأساسية التي ذكرها المشرع الجزائري من أجل تنفيذ حكم أجنبي صادر في الخارج وهذه الشروط متفق عليها في جل التشريعات، لكن هناك شروط أخرى لم يتطرق إليها المشرع الجزائري ولكن القاضي يستلزمها عند تنفيذه للحكم الأجنبي وتتمثل في الشروط المختلف في الأخذ بها في التشريعات الدولية وهو ما سنعالجه في الفرع الموالي.

الفرع الخامس: الشروط المختلف في الأخذ بها بين التشريعات الدولية

إن المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نصت على الشروط السابقة فقط بشكل صريح لكن هناك شروط أخرى يمكن استنتاجها ضمنيا خصوصا وأن الشروط الواردة في هذه المادة كانت على سبيل المثال لا الحصر[1]، كما أن بعض التشريعات استوجبت توافر شروط أخرى تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: شرط الرقابة التشريعية

نص التشريع الفرنسي على ضرورة توافر شرط الرقابة التشريعية و مفاده أن الحكم الأجنبي لا ينفذ في فرنسا إلا إذا كان هناك تطابق بين قاعدة إسناد للمحكمة التي أصدرت الحكم وقاعدة الإسناد الفرنسية[2]، وقد إشترط التشريع الفرنسي لتنفيذ حكم أجنبي أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم قد طبقت على النزاع القانون الذي تشير قواعد الإسناد الفرنسية باختصاصه[3]، ولقد أنتقد تطبيق هذا الشرط كثيرا نتيجة للنتائج السلبية الناتجة عن إعماله كونه يضيق كثيرا من تنفيذ الأحكام الأجنبية على المستوى الوطني، فالأخذ به يؤدي إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي في كل مرة لا تتوافق فيها قاعدة الإسناد الفرنسية مع قاعدة الإسناد الأجنبيةوبالتالي الإضرار بحقوق الأفراد، لذلك حاولت محكمة النقض الفرنسية التخفيف منه بتطبيق نظرية التوازن

[1] بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص403 .

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص64.

[3] Jean Derruppé : Droit International privé, Dalloz 14ème édition, 2001, p.112

Théorie de l'equvalence[1] التي تستوجب أن يكون أحكام القانون المطبق من قبل قاضي أجنبي شبيهة في أحكامها الموضوعية بالقانون الذي تشير قاعدة الإسناد الفرنسية إليه[2]، مما ينجم عنه توافق في النتيجة التي توصل إليها الحكم الأجنبي وبين النتيجة التي كان سيصل إليها القاضي الفرنسي عند تطبيقه القانون المختص الذي تحدده قاعدة الإسناد الفرنسية[3]، لكن نظرا للصعوبة التي واجهت تطبيق هذا الشرط فقد تم الاستغناء عنه وإلغاؤه بصورة نهائية[4] في القرار الصادر في 2007/02/20 حيث ألغى شرط مراقبة الاختصاص التشريعي[5].

وتبعا لذلك فقد استبعدته الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول، فلم تعتبره من شروط الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية على المستوى الوطني[6].

بالإضافة لهذا الشرط هناك شروط أخرى لم ينص عليها المشرع الجزائري في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن يمكن استنتاجها من القواعد العامة ومن القانون الاتفاقي الذي يربط الجزائر بغيرها من الدول ومن بين هذه الشروط شرط إنعدام التحايل والغش نحو القانون وهذا الشرط يكون فيه الغش الذي يمكن أن يشكل سببا لرفض الأمر بالتنفيذ من طرف رافع الدعوى الذي يقوم باستخدام أساليب الخداع بغية الحصول على ملكية مال معين سواء كان عقار أو منقول من الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ولكن قد يكون هذا الغش على القانون المطبق أو قد ينصب على قواعد الاختصاص القضائي، حيث يسعى الخصوم إلى منح الاختصاص إلى محكمة غير مختصة للنظر في النزاع، ففي حالة الغش

---

[1] Mohand Issad, droit international privé, tome II, les règlesmatérielles, office des publications universitaire, Alger, 1986, P122

[2] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2 تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص845.

[3] Loussouarn Yvon, Bourel Pierre: « Droit international privé », Dalloz, 7èmeédition, 2001,p630.

[4] Loussouarn Yvon, Bourel Pierre: « Droit international privé »op cit, p630.

[5] بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص404 .

[6] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص65، محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، مرجع سابق، ص75.

المنصب على القانون[1] يقوم الزوجان الخصمان في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بالتحايل على ضابط الإسناد المعتمد في الدولة الصادر عن الحكم الأجنبي ويكون ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن أو غيرها من الضوابط المعتمدة لحل التنازع في دعوى الأموال المكتسبة، وذلك من أجل التهرب من أحكام القانون الأجنبي المختص ومنح الاختصاص لقانون تتفق أحكامه ومصالحهما الخاصة، فإذا تأكد القاضي المطلوب منه تنفيذ هذا الحكم من وجود غش نحو القانون رفض منح الأمر بالتنفيذ[2].

وهذا ما جسده القضاء الفرنسي صراحة في قرار "MUNZER" حيث يطلب لتنفيذ حكم أجنبي في فرنسا غياب أي غش نحو القانون واعتبره شرط مستقل من شروط التنفيذ[3]، وبالتالي يتم رفض أي تنفيذ لحكم أجنبي إذا تبين أن الخصوم قد غشوا نحو القانون وغيروا ضابط الإسناد للتهرب من أحكام القانون المختص[4]، وقد نص عليه صراحة قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني من خلال المادة 7 فقرة 3 منه[5].

أما في حالة كون الغش منصب على قواعد الاختصاص القضائي الدولي فيكون من خلال سعي الأطراف إلى منح الاختصاص لمحكمة غير مختصة بالفصل في النزاع، كما في حالة إنعقاد الاختصاص لمحكمة دولة ما بناء على ضابط الخضوع الإختياري للأطراف رغم عدم وجود صلة بين النزاع ودولة المحكمة التي فصلت في الدعوى[6]، لذلك فإن القضاء الفرنسي قد إشترط وجود رابطة جدية بين المحكمة الأجنبية والدعوى المرفوعة أمامها حتى لا يكون الاختصاص مصطنعا أو مغشوشا أو حتى تحكميا، فيكون الاختصاص مصطنعا أو مغشوشا كلما كانت الرابطة التي

[1] نصت محكمة سيدي أمحمد بالجزائر العاصمة في حكمها الصادر بتاريخ 1975/05/08 على أنه من شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية إنتفاء كل غش نحو القانون، قرار محكمة سيدي أمحمد الصادر بتاريخ 1975/05/08، أنظر ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص181.

[2] Mohand Issad, droit international privé, tome II, les règlesmatérielles, op cit, P72

[3] Loussouarn Yvon, Bourel Pierre: « Droit international privé »op cit, p632.

[4] Melin François, droit internationale privé, op cit, p65.

[5] وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 371.

[6] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص285.

تربط النزاع بالمحكمة كافية بحد ذاتها لعقد الاختصاص إلا أنها غير مشروعة[1]، ويكون الاختصاص تحكميا في حالة عدم وجود رابطة موضوعية بين النزاع والمحكمة التي نظرت فيه.

ومن جهة اخرى يمكن أن يكون غشا تحايل الأطراف على القواعد الإجرائية المتبعة في الدولة التي أصدرت الحكم باستخدام وسائل إحتيالية تؤدي إلى حرمان خصمه من حقه في الدفاع، أو يعمل على منع وصول التبليغ للطرف الآخر في الوقت المناسب بوسائل غير مشروعة لإلحاق الضرر بهذا الخصم.

فكل هذه الحالات تعتبر حالات وجود غش نحو القانون أو نحو الاختصاص القضائي فلن يقبل معها تنفيذ

الحكم الصادر على أساس وجود عدم شرعية أو سلامة في الإجراءات التي أتبعت في إصداره وهو ما يعد بذاته تعارضا مع النظام العام[2].

وما تجدر ملاحظته والإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يذكر صراحة شرط إنعدام التحايل كشرط مستقل من شروط منح الأمر بالتنفيذ، فهذا لا يعني استبعاده خصوصا وأنه غالبا ما يدمج ضمن مفهوم النظام العام الأشمل والأوسع[3]، ويكون رفض منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي المنطوي على غش بإعمال الدفع بالنظام العام[4]، وبالتالي رفض تنفيذ الحكم الأجنبي، ولذلك لا مانع من الأخذ بهذا الشرط من طرف المشرع الجزائري وإدراجه ضمن قائمة الشروط المنصوص عليها في نص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وهناك شرط آخر ينبغي على المحكمة التأكد من توافره عند تنفيذها للحكم الأجنبي وهو شرط المعاملة بالمثل أو ما يسمى بشرط التبادل، فالمشرع المصري قد نص على هذا الشرط والذي مفاده معاملة القاضي الوطني للحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الإقليم الوطني بنفس المعاملة التي

[1] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص442.

[2] عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص292.

[3] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص442.

[4] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص286.

يلقاها الحكم الوطني في الإقليم الأجنبي من طرف القاضي الأجنبي[1]، ويعتبر هذا شرط مبدئي يجب التحقق من توافره قبل النظر في الشروط الأخرى[2]، وهو يتضمن أن يعامل القاضي الوطني الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في دولة القاضي نفس المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية في الدولة الصادر عن قضائها الحكم المراد تنفيذه[3].

فإذا كان قانون الدولة الأجنبية التي صدر عنها الحكم المراد تنفيذه والمتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط تتطلب رفع دعوى جديدة يكون الحكم الأجنبي فيها كدليل بسيط أو قاطع، فعلى القاضي الوطني رفض منح الأمر بالتنفيذ لهذا الحكم، وعلى صاحب الحق رفع دعوى جديدة يستند فيها للحكم الأجنبي باعتباره دليلا بسيطا أو قاطعا[4].

لكن قد وجه لهذا الشرط العديد من الإنتقادات خاصة وأنه يؤدي إلى المساس بحقوق الأفراد، وإهدار مبدأ استقرار الروابط الدولية الخاصة، وكذلك فكرة التعاون والتعايش المشترك بين الدول، وقد أبدى الدكتور" جابر جاد" رأيه عند تعريفه لهذا الشرط بقوله:« إن التشريعات العربية والشراح قد إختلفوا فيه ومع ذلك يمكن القول أن الحكم الأجنبي يعامل في البلاد العربية نفس المعاملة التي يتلقاها الحكم العربي في البلد الذي صدر فيه هذا الحكم الأجنبي، فإذا كانت الدولة التي صدر فيها هذا الحكم الأجنبي لا تبيح تنفيذ الأحكام العربية مثلا وإنما تستلزم رفع دعوى جديدة وكان الحكم فيها بمثابة دليل قابل لإثبات العكس عومل حكمها بنفس المعاملة أمام المحاكم العربية، وإذا كانت تبيح التنفيذ وإنما طبقا لنظام معين كنظام المراجعة أو نظام المراقبة عومل الحكم أيضا بنفس المعاملة»[5].

لكن الرأي الراجح يرى أن شرط التبادل يعد متحققا من حيث المبدأ متى كانت الدولة الأجنبية تعترف بالحكم الوطني عندها، وذلك على أساس أن تقدير التبادل لا يجب أن يقوم على أساس المعاملة الشكلية بل يجب أن يتم هذا التقدير على أساس القيمة الفعلية التي تعطيها المحاكم

[1] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص324.

[2] محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص243.

[3] محمود مسعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مرجع سابق، ص125.

[4] سهيل حسين الفتلاوي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص351.

[5] جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، الجزر الرابع، القاهرة، مصر، 1964، ص163.

للأحكام الوطنية بغض النظر عن الوسيلة التي تتبعها حتى ولو لم تكن تتبع نفس الطريقة المتبعة لتنفيذ ألأحكام الأجنبية في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها[1].

أما عن موقف التشريعات العربية من مبدأ المعاملة بالمثل أو شرط التبادل، فالمشرع الأردني قد اعتبر أن شرط المعاملة بالمثل يعد متحققا في الأردن بمجرد اعتراف الدولة الأجنبية بالحكم الأردني بغض النظر عن النظام الذي تتبناه، وهو ماجسدته صراحة المادة 7 فقرة 2 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني بحيث لم تستلزم أن يكون تنفيذ الحكم الأجنبي في الأردن بنفس الشروط التي ينفذ فيها الحكم الأردني لدى الدولة الأجنبية، فإذا رفع أمام القضاء الأردني طلب تنفيذ حكم أجنبي متعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط صادر عن القضاء الجزائري، فإن القاضي الأردني ينظر أولا إذا كان القاضي الجزائري سيعترف بتنفيذ مثل هذا الحكم على الأراضي الجزائرية في حالة صدور حكم عن القضاء الأردني في ذات الموضوع.

أما المشرع المصري فنجده قد نص في المادة 296 من قانون المرافعات المصري على شرط تحقق المعاملة بالمثل ضمن الشروط الواجب توافرها في الحكم المراد تنفيذه[2].

ويلاحظ أنه وإن كان شرط المعاملة بالمثل قد نصت عليه بعض التشريعات[3] كما سبق وأن رأينا، إلا أن هناك بعض التشريعات لم تتبن هذا الشرط كالتشريع الفرنسي الذي يرى أن شرط التبادل ليس شرطا في تنفيذ الأحكام الأجنبية في فرنسا.

أما الفقه فقد إنقسم بشأن هذا الشرط إلى قسمين: فريق يرى أن هذه المسالة متعلقة بحقوق الأفراد ويؤخذ فيها بمبدأ المعاملة بالمثل لا سيما إذا كان الأمر متعلق بجانب مالي بحت كما في

[1] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، الجزء 2، مرجع سابق، ص544.

[2] وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 364.

[3] المادة 296 من قانون المرافعات المصري، المادة 276 من قانون المرافعات الكويتي، والفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي ينص على:« لا يؤذن بتنفيذ القرارات الأجنبية.... إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل»،أما القانون الألماني يرى أن شرط التبادل يكون متوافرا مابين ألمانيا والدولة التي أصدرت محاكمها الحكم المراد الإعتراف به في ألمانيا إذا كانت هذه الدولة تعترف بالأحكام الألمانية بنفس الشروط وبذات الآثار الخاصة بالإعتراف بالأحكام الجنبية في ألمانيا، والقانون الأمريكي، أنظر في ذلك عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص30.

دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط ويمكن تطبيق هذا الشرط في المصالح السياسية المحضة.

وفريق آخر يرى لا مانع من الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل في المستقبل وليس شرط أن يكون قد تم الأخذ بها سابقا[1].

و في الفقه المصري يرى الاستاذ " هشام علي صادق" ضرورة إلغاء شرط التبادل كونه لا يتماشى مع التطور المعاصر لفلسفة القانون الدولي الخاص والذي باتت أحكامه تسعى إلى استقرار المعاملات الدولية التي تقوم على أفكار مختلفة أهمها تكريس فكرة التعايش الدولي المشترك بين الدول الأعضاء في الجماعة الدولية[2].

أما المشرع الجزائري فلم ينص في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذا الشرط واغفله، مما يعني أن التشريع الجزائري لا يأخذ بشرط المعاملة بالمثل في مجال تنفيذ ألأحكام الأجنبية، وقد أصاب لأنه لم يدرجه ضمن الشروط المطلوبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية[3] ما لم توجد اتفاقية دولية تنص على هذا الشرط فإنه من الأولى تطبيقه كون أن أحكام الاتفاقية أولى من أحكام القانون الداخلي في التطبيق ولأن المعاهدات والاتفاقيات تسمو على القانون من حيث تطبيقها وهو مبدأ دستوري هام يجب تكريسه في هذه الحالة.

المبحث الثاني: آثارتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

تعتبر مسألة الآثار الدولية للأحكام الأجنبية أهم مسألة يعالجها القانون القضائي الخاص الدولي بصفة خاصة والقانون الدولي الخاص بصفة مطلقة، خاصة وأن مهمة الجهات القضائية لا تنصب على إصدار الأحكام القضائية فقط بل يجب عليها التكفل بتنفيذ هذه

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص122.

[2] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص259.

[3] بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص405 .

الأحكام الصادرة عن قضائها أمام قضاء الدول الأجنبية إن اقتضى الأمر ذلك، طالما قد طبقت الشروط القانونية المطلوبة عند إصدار الأحكام الأجنبية حتى يتسنى تنفيذها أمام قضاء دولة أجنبية، وبالتالي تمكن أصحاب الحقوق من الحصول على حقوقها وصونها من الضياع.

وبما أن مسألة تحديد الآثار المترتبة على تنفيذ الحكم الأجنبي تخضع لاعتراف حازم من القاضي الوطني وهو منح هذا الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ ومنه يثور تساؤل جوهري حول موضوع آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية المتمثل فيما يلي: ماهي القيمة القانونية للحكم الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط والصادر عن القضاء الأجنبي امام القاضي الوطني قبل منحه الأمر بالتنفيذ؟ وما هي الآثار التي يرتبها منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في دولة القاضي الوطني؟.

وبناءا على ما سبق سنتطرق في هذا المبحث إلى آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط في نقطتين أساسيتين هما: آثار الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ في المطلب الأول وآثار الحكم الأجنبي بعد منحه الأمر بالتنفيذ في المطلب الثاني.

المطلب الأول: آثار الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ

إن موضوع دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي هو طلب تنفيذ حكم أجنبي صادر من محاكم دولة أجنبية على مستوى التراب الوطني، فعلى قاضي التنفيذ التأكد أولا من توفر الشروط القانونية المطلوبة لتنفيذ حكم أجنبي والتي نصت عليها جل التشريعات الدولية بما فيها التشريع الجزائري الذي نص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض بنود الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع العديد من الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية كما سبق وأن رأينا، فإذا تأكد من توفر الشروط القانونية اللازمة لمنح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي كما أوردتها المادتين 605 و606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قضى بمنح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ وهو ما يرتب آثارا قانونية لهذا الحكم الأجنبي، لأن هذه الأحكام الأجنبية تؤدي إلى نشوء واقع لا يمكن تجاهله وهو ما يعرف بالحقوق المكتسبة في الخارج، فالمساس بهذه الحقوق يؤدي إلى الإضرار بمصالح الأفراد خصوصا وأن كل التشريعات تعمل جاهدة لحماية هذه المصالح،

لذلك فيمكن الاستناد على هذه الأحكام الأجنبية كواقعة قانونية أو باعتبارها سندا قانونيا، ويمكن النظر إليها كذلك من جهة ترتيبها لآثار إكتسابها لحجية الشيئ المقضي به.

وعليه سنعالج الأثر الواقعي للحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الأول وإلى الأثر المستندي لهذا الحكم الأجنبي في الفرع الثاني ونتعرض إلى الحجية التي يتمتع بها الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الأثر الو اقعي للحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

يذهب الفقه والقضاء في فرنسا[1] إلى أنه يمكن النظر للحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ على أنه واقعة قانونية[2]، لا بوصفه حكما قضائيا صادرا عن القضاء الأجنبي، وترجع

[1] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص468.

[2] يعتبر الفقيه "بارتن" هو أول من حدد الأثر الواقعي للحكم الأجنبي، بأن أكد أن للحكم الأجنبي مفاعيل خاصة به مستقلة عن طبيعتها القضائية، وبهذه الصفة يعتبر حالة واقعية لا يمكن تجاهلها، وقد أشار إلى هذا الأثر بصورة مقتضبة في مقدمة كتابه« دراسات في المفاعيل الدولية للأحكام Etudes sur les effets internationaux des jugements» وفصل نظريته في

ملامح هذه الفكرة قضائيا إلى الحكم الصادر عن محكمة استئناف"Nancy" الصادر في 08 يونيو 1961 والذي تتلخص وقائعه فيما يلي: أن عاملا بلجيكيا يعمل لدى شركة أجنبية في فرنسا قد أصيب بحادثة عمل، وكانت الشركة الأجنبية تخضع للقانون الفرنسي الصادر في 09 أفريل 1898والمتعلق بالمسؤولية عن حوادث العمل، فرفع المتضرر دعوى تعويض على الشركة أمام المحاكم الفرنسية، لكن عند النظر في الدعوى من طرف القضاء الفرنسي تم إكتشاف أن العامل قد قام أيضا برفع دعوى تعويض ضد نفس الشركة وفي نفس الحادثة أمام قضاء دولة اللكسمبورغ، وقد صدر حكم من طرف هذا الأخير يقضي للعامل بتعويض أقل من ذلك الذي يطالب به أمام القضاء الفرنسي، فقامت محكمة "Nancy" بالإنقاص من التعويض الذي حكمت به للعامل ليماثل مبلغ التعويض الذي قضى له به قضاء اللكسمبورغ وذلك رغم عدم صدور حكم الأمر بالتنفيذ في حق الحكم الأجنبي في فرنسا[1].

وعليه فإن الحكم الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يمكن أن يشكل واقعة قانونية، وبالتالي فعلى القاضي مراعاة الآثار التي تنجم عنه في الخارج إذا ما روعي الدور الذي يلعبه هذا الحكم الأجنبي كسبب مشروع بالنسبة للأوضاع الجديدة التي نشأت بصورة لاحقة لصدوره، فهذه الأوضاع الجديدة تعتبر واقعا يجب أخذها بعين الاعتبار[2]، وعليه فإن جانب من الفقه يرى أنه يمكن مقارنة الحكم الأجنبي بالتصرف القانوني، فإذا كان التصرف القانوني يرتب آثارا بوصفه تصرفا بالنسبة لأطرافه فإنه يرتب آثارا أخرى بوصفه واقعة قانونية إتجاه الغير، بل

مقالة بعنوان «الحكم الأجنبي كواقعة Le jugement étranger considére comme un fait» وورد فيه أن الحكم الأجنبي ينتج في فرنسا بمعزل عن الصيغة التنفيذية آثارا واقعية تختلف عن الآثار الناشئة عن النقاط المفصولة بالحكم نفسه، ولكنها متلازمة ومقتربة منه، ولا يمكن للقاضي الفرنسي إهمالها وعدم الأخذ بها، كما أوجز "بارتن" رأيه بخصوص الآثار الواقعية للحكم الأجنبي إذ أكد أن طبيعة الآثار الناشئة في فرنسا عن الحكم الأجنبي ليس في حقيقتها سوى الآثار نفسها التي أحدثها أو من المفروض أن يحدثها الحكم في الخارج، وقد حظيت هذه النظرية بتأييد كبير من الفقه الحديث فقد تمسك بعض الكتاب بالمصطلح الوارد فيها، بينما لجأ البعض الآخر لمفهوم قريب وهو السبب الصحيح وحسب أنصار هذا الإتجاه يولد الحكم الأجنبي في الخارج واقعة مادية يلزم قاضي الصيغة التنفيذية بالأخذ بمعزل عن أي رقابة . أنظر في ذلك عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص567/566 .

[1] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص468.

[2] محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص90.

أنه يمكن أن يرتب أثارا قانونية بوصفه واقعة حتى بالنسبة لأطرافها وذلك في حالة ما إذا تقرر بطلانه[1].

وإنطلاقا مما سبق فإن القاضي الجزائري لا يمكن أن يتجاهل الحكم الأجنبي إذا ما تعلق الأمر بقضية الأموال المكتسبة المطروحة أمامه، فإذا صدر حكما فرنسيا يقضي بملكية الزوج لأملاك منقولة في إطار الأموال المكتسبة في الزواج المختلط ثم تم إصدار حكم آخر بقضي بملكية أكبر من السابقة لصالح هذا الزوج استنادا على أدلة وبراهين وفق حكم صدر عن المحاكم الجزائرية وتبين للقاضي عند النظر في الدعوى أنه قد سبق الحكم للزوج بملكية الأموال المنقولة وكانت أقل من الأموال المنقولة التي سيحكم بها القاضي الجزائري لهذا الزوج في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فهنا يخصم القاضي الجزائري مبلغ الأموال حتى يصل إلى المبلغ الذي حكم به القضاء الفرنسي لهذا الزوج حتى ولو لم يطلب تنفيذ الحكم الفرنسي في الجزائر، وهنا يكون القاضي الجزائري قد اعتبر الحكم الفرنسي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط واقعة قانونية استند عليها لإصدار حكمه في الجزائر.

وعليه فالحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يمكن أن يحدث آثارا بصفته واقعة قانونية دون النظر إلى أي اعتراف أو صيغة تنفيذية، وقد يتعدى أثر هذه الواقعة القانونية إلى الغير إضافة إلى أطرافها، وعليه يمكن لكل صاحب مصلحة أن يحتج بمنطوق الحكم كواقعة قانونية، كما يجوز للغير الإحتجاج بالحالة الواقعية الناجمة عن تنفيذ هذا الحكم الأجنبي الصادر عن القضاء الأجنبي[2].

وبعد أن تطرقنا للأثر الواقعي للحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وجب التطرق لأثر الحكم الأجنبي كمستند أو سند مجرد من الأمر بالتنفيذ في الفرع الموالي.

[1] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص الجنسية الموطن مركز الأجانب ومادة التنازع، طبعة 1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص105.

[2] عبده جميل غصوب، الأحكام القضائية الأجنبية أمام القضاء اللبناني، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد2، 2004، ص154.

الفرع الثاني: الأثر المستندي للحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

إن القضاء الحديث يعترف بقوة الحكم الأجنبي كدليل في الإثبات بوصفه سندا أجنبيا حتى ولو لم يكن سندا واجب التنفيذ، فهو يعتبر محرر رسمي تتحدد قوته في الإثبات وفقا لقانون السلطة التي حررته[1]، وعليه فالحكم الأجنبي المتعلق بدعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يمكن النظر إليه بوصفه سندا قانونيا له قوته في الإثبات أمام القضاء الوطني كالقوة التي يكتسبها أي محرر آخر تم تحريره في الخارج[2].

وتجدر الإشارة أن القضاء في فرنسا يقر بأن الحكم الأجنبي المجرد من الأمر بالتنفيذ في دولة ما يمكن أن يكون دليل في الإثبات[3]، وعليه يجوز لقضاء هذه الدولة أن ستخلص من هذا الحكم معلومات أو قرائن يعتمد عليها في نزاع معروض عليه[4].

وفي الفقه الحديث يؤيد جانب منه هذا الطرح حيث يرى أن الحكم الأجنبي يعد محررا رسميا ويرجع تحديد قوة إثباته إلى قانون السلطة التي قامت بتحريره، وبالتالي يعد هذا الحكم الأجنبي دليلا على ما ورد فيه من وسائل إثبات كالإقرار واليمين والبينة والمعاينة وأداء الخبرة، لكن القاضي له حرية تقدير هذه الأدلة الثابتة في الحكم الأجنبي[5] فهو غير مقيد بما استخلصه القاضي في المحكمة الأجنبية، ولذلك يرى الاستاذ محند إسعد أنه يمكن للحكم الأجنبي أن يزود القاضي الجزائري بمعلومات تفيده في النزاع المطروح أمامه[6]، وهذا ما يفسر أن الحكم الأجنبي يشكل سندا للإثبات قبل منحه الأمر بالتنفيذ[7].

---

[1] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص310.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص73.

[3] تنص المادة 30 من القانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على ما يلي: « يعتبر كل من الحكم أو الأمر الصادر في بلد أجنبي وحكم المحكمين الأجنبي والسند الرسمي الأجنبي محررا رسميا يتمتع في إثبات الوقائع التي قررها بالقوة التي يعطيها له قانون الدولة التي صددر منها».

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، 165.

[5] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص211.

[6] محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص94.

[7] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص197.

ومع إبقاء صفة الأثر المستندي للحكم الأجنبي فإنه يصلح أن يكون أساسا لدعوى مستعجلة يمكن للمتقاضي رفعها إذا ما رأى أن الدعوى المتعلقة بتنفيذ الحكم تأخذ وقتا أطول نظرا للإجراءات المتبعة في تمحيص وفحص هذا الحكم الأجنبي قبل إعطائه الأمر بالتنفيذ.

وقد يكون هذا الحكم الأجنبي أساسا لدعوى قضائية جديدة ترفع أمام القضاء الجزائري[1]، فإذا أقر حكم أجنبي ملكية زوجة لأموال موجودة في الجزائر بعدما فصل في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فقد يكون هذا الحكم أساسا لدعوى قضائية جديدة ترفع أمام القضاء الجزائري مبنية على مدى أحقية ملكية الزوجة لهذه الأموال، ومدى صحة ميراثها لها إن كانت ملكتها عن طريق الإرث، أو مدى صحة عقد الهبة إن كانت هذه الأموال قد وهبت لها، فهذا الحكم الأجنبي الذي يثبت ملكية الزوجة لهذه الأموال يصبح له قيمة قانونية مماثلة لقيمة أي وثيقة يقوم القاضي بتدقيقها وتمحيصها بغض النظر عن منحها الصيغة التنفيذية وبالتالي مناقشة مدى صحة القرائن والمعلومات التي وردت في مستندات الحكم الأجنبي.

بعدما ناقشنا أثر الحكم الأجنبي كمستند صادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط نعرج على أثر آخر للحكم الأجنبي وهو حجية الأمر المقضي به التي يتمتع بها الحكم الأجنبي خارج حدود الدولة التي أصدرته قبل منحه الأمر بالتنفيذ في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: حجية الأمر المقضي به التي يتمتع بها الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ

يثار التساؤل دائما حول المعاملة التي يعامل بها الحكم الأجنبي فهل يتمتع هذا الحكم الصادر عن القضاء الأجنبي بنفس القوة والحجية التي يتمتع بها الحكم الصادر عن االقضاء الوطني؟ وعليه يمكن الإشارة إلى أن حجية الشيئ المقضي به تعني عدم جواز تجديد النزاع الذي صدر فيه هذا الحكم، ويستطيع المحكوم له الإرتكاز على ما قضي به من تقرير في إنشاء للحقوق والمراكز القانونية التي اشتمل عليها أو بحق يتفرع عنه[2]، كما أن حجية الشيئ المقضي به هي القرينة المطلقة الدالة على الحقيقة والتي بموجبها تكون الوقائع ثابتة والحقوق التي اعترف بها

[1] محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص91.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص290.

الحكم غير قابلة للمجادلة فيها لا أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم ولا أمام أي محكمة أخرى[1]، ومن ثم لا يجوز لأي من أطراف النزاع رفع دعوى جديدة بشأن نفس الموضوع[2]، فإذا ما رفع أحد الأطراف مثل هذه الدعوى كان للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبولها[3].

أما بشأن حجية الحكم الأجنبي خارج حدود إقليم الدولة التي صدر عن محاكمها طالما لم يكن مشمولا بالأمر بالتنفيذ فإن أي حكم صدر عن القضاء الأجنبي كالحكم الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط يحرم القاضي الجزائري من إعادة الفصل في النزاع، لأن القضاء الأجنبي قد أصدر فيها حكما قضائيا متبعا الشروط المتطلبة قانونا وبالتالي على المحاكم إحترام صفة الحجية التي لحقت هذا الحكم الأجنبي والإمتناع عن البحث في موضوع نفس النزاع والتسليم بما قضى به الحكم.

لكن مواقف التشريعات القانونية قد إختلفت حول مدى منح الحكم الأجنبي لحق التمتع بحجية الشيئ المقضي به، فالتشريع الفرنسي قد رفض منح الحكم الأجنبي حق التمتع بحجية الشيئ المقضي به إذا لم يكن مشتملا على الأمر بالتنفيذ، وتعليل ذلك يرجع إلى أن حجية الشيئ المقضي به ترتبط إرتباطا وثيقا بقوة التنفيذ التي تؤدي لا محال إلى تنفيذ هذا الحكم الأجنبي فهذه الأخيرة تقر الحق لصاحبه جبرا، بينما حجية الشيئ المقضي به تؤدي إلى إقرار الحق لصاحبه.

ويرى البعض أن الحجية اللتي يتمتع بها الحكم هي نوع من الحرية التي تحصن الحكم فيصبح لا يقبل الدليل العكسي من حيث صدوره صحيحا وإتباعه للإجراءات اللازمة[4].

---

[1]Gaursonnet: « On appelle autorité de la chose jugé une présomption absolue de vérité, en vertu, de laquelle lesfaits constates est les droits reconnus par un jugement ne peuvent être contestés de nouveau, ni devant le tribunalqui a rendu ce jugement, ni même devant une autre juridiction » أنظر، عبد الحكم فودة، حجية الشيئ المقضي به وقوته، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص14.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص504.

[3] تنص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على مايلي: « الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي كإنعدام الصفة وإنعدام المصلحة والتقادم وإنقضاء الأجل المسقط وحجية الشيئ المقضي فيه وذلك دون النظر في موضوع النزاع».

[4] عبد الحكم فودة،حجية الشيئ المقضي به وقوته، مرجع سابق، ص14.

أما القانون الألماني فيعترف بحجية الشيئ المقضي به للحكم الأجنبي بعيدا عن منحه الأمر بالتنفيذ لكن بشروط معينة[1].

لكن القضاء الفرنسي أكد أن حجية الأمر المقضي به تثبت للحكم الأجنبي بعد منحه الأمر بالتنفيذ لكن مع وجود استثناء يتعلق بالأحكام الخاصة بالحالة والأهلية التي تتمتع بحجية الأمر المقضي به قبل صدور الأمر بالتنفيذ، أما باقي الأحكام فهي لا تتمتع بحجية الشيئ المقضي به إلا بعد منحها الأمر بالتنفيذ[2].

وعليه فالأحكام المرتبطة بالعلاقة الزوجية والمرتبطة بأحكام الحالة والأهلية كالحكم القاضي بصحة الزواج أو بإثبات النسب والحكم الصادر في مدى توافر الأهلية من عدمها لإبرام عقد الزواج كلها تتمتع بحجية الأمر المقضي به قبل صدور الأمر بتنفيذها، أما إذا كانت الأحكام الأجنبية الصادرة في مواد الحالة والأهلية تتضمن الإكراه على الأشخاص أو التنفيذ على الأموال كالحكم القاضي بتقرير نصيب الزوج أو الزوجة في الأموال المشتركة بينهما فإن تنفيذها يتطلب إجراء عمل تنفيذي يستلزم الأمر شمولها بالأمر بالتنفيذ، لكن مع الإشارة إلى أن الأحكام الخاصة بالحالة أو الأهلية تخضع لنظام المراقبة لاستصدار الأمر بالتنفيذ كقيد على منحها حجية الأمر المقضي به قبل منحها الأمر بالتنفيذ.

وإنطلاقا من هذا المبدأ فإن القضاء الفرنسي قد منح الأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية حجية الأمر المقضي به دون أن يشتمل الحكم على الأمر بالتنفيذ وفيما عدا ذلك من الأحكام بما فيها الحكم الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فإن هذا الحكم لا يتمتع بحجية الشيئ المقضي به إلا إذا اشتمل على الأمر بالتنفيذ، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1930/03/03 حيث قضت فيه بما يلي: « إن الأحكام الصادرة عن محكمة أجنبية والمتعلقة بالحالة وألأهلية تنتج أثرها في فرنسا بصورة مستقلة عن أي إعلان

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، 159.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، مرجع سابق، ص69.

للصيغة التنفيذية ما عدا الحالات التي يجب أن تؤدي فيها هذه الأحكام إلى تدابير تنفيذ مادية على الأموال أو تدابير زجرية على ألأشخاص»[1].

وبموجب هذه الأحكام القضائية أصبحت الأحكام الصادرة في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وطالما أنها ترتبط بتدابير وإجراءات تنفيذ مادية على الأموال فإنها لا تحوز على حجية الشيئ المقضي به إلا بعد منحها الأمر بالتنفيذ.

وامام هذا التفضيل للأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية دون غيرها من الأحكام الذي يصفه البعض بالتعسف خصوصا مع عدم وجود أي داعي لحرمان باقي الأحكام القضائية الأخرى من هذا التميز، كما أن وضع حد فاصل بين حجية الحكم الأجنبي وقوته التنفيذية أمر متعذر طالما أن مجرد طلب التسجيل أو االقيد في سجلات الحالة الشخصية يعتبر عمل تنفيذي أو حتى مجرد الاعتداد بالحكم الأجنبي[2].

أما في الجزائرفإن القضاء الجزائري قد اعتبر جميع الأحكام الأجنبية بما فيها الأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية وكذلك الأحكام التي تقرر نصيب الزوج أو الزوجة في الأموال المشتركة بينهما في الزواج المختلط لا يكون لها أثر مباشر في الجزائر مالم تحصل على الأمر بالتنفيذ من السلطة القضائية الجزائرية[3].

فالمشرع الجزائري نص في نصوص القانون الاتفاقي خاصة المادة 21 من الاتفاقية الجزائرية المغربية على هذا الأمر بقولها: « الأحكام المشار إليها في المادة السابقة لا يمكن أن تخول الحق لأي تنفيذ جبري تقوم بها سلطات البلد الآخر، ولا يمكن أن تكون موضوع أي إجراء عمومي تقوم به هذه السلطات كالتقييد والتسجيل والتصحيح في الدفاتر العمومية إلا بعد إعلانها نافذة في تراب

[1] L’arrêt de la chambre des requêtes du 03 Mars 1930 : "Les jugements rendus par un tribunal étranger,relativement à l’état et à la capacité des personnes, produisent leur effets en France indépendamment de toute déclaration d’exequatur, sauf les cas où les jugement doivent donner lieu à des actes d’exécution matérielle sur lesbiens ou des coercition sur les personnes". Idem, p602.

[2] محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص92.

[3] ولد الشيخ شريفة،تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص200.

الدولة التي يطلب فيها التنفيذ»، وهذا ما ورد كذلك في المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية التونسية، والمادة 2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[1].

وإنطلاقا من هذا نجد أن المحكمة العليا قد قضت بأن كل الأحكام الأجنبية بما فيها المتعلقة بالحالة والأهلية وكذلك الأحكام الفاصلة في دعوى الأموال المشتركة بين الزوجين في الزواج المختلط لا تتمتع بالحجية إلا بعد منحها الأمر بالتنفيذ، لأن رفض القاضي لدعوى الرجوع لعدم التأسيس يعتبر تطبيق سليم للقانون كما أن التأكد من عدم مساس الحكم الأجنبي الصادر في دعاوى الحالة والأهلية بالآداب العامة و السيادة الوطنية من طرف القاضي المختص هو تطبيق سليم للقانون[2].

ولكن هذا الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري صارم ويخلق الكثير من المشاكل على المستوى العملي، لذلك يجب إتباع إجراءات تخفف من حدة وصرامة هذا المبدأ المتبع في الجزائر خاصة وأن المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تشترط توافر الحد الأدنى من الشروط التي يتطلبها المشرع في تنفيذ الحكم الأجنبي على المستوى الوطني، ذلك أن مصلحة الخصوم تشكل أحد أهداف حجية الأمر المقضي به في القانون الداخلي واستنادا إلى هذا فإن الاعتراف للحكم الأجنبي بالحجية إنطلاقا من فكرة مصلحة الخصوم يسمح بالاعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيئ المقضي به[3] دون الحاجة إلى إصدار الأمر بتنفيذه تفعيلا لمبدأ ضمان حقوق الأفراد ومصلحتهم والحفاظ على أموالهم وممتلكاتهم.

---

[1] Art2 du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n°65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : «les décision visée à l'article précédent ne peuvent donner lieu à aucune exécution forcée par les autorités de l'autre Etat ni faire l'objet de la part de ces autorités d'aucune formalité publique ,telle que l'inscription , la transcription ou la rectification sur les registres publics qu'après avoir été déclarées exécutoires sur le territoire de toute partie intéressée , par l'autorité compétente d'après la loi de l'Etat ou il est requis. »

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 254709، قرار صادر بتاريخ 2001/03/28، المجلة القضائية، العدد1، سنة 2002، ص315.

[3] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2 تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص945.

إذا كانت هذه هي آثار الحكم قبل منحه الأمر بالتنفيذ مع إختلاف التشريعات بشأن الحجية الممنوحة لهذا الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني فإنه من الواجب التطرق للآثار المترتبة عن منح الأمر بالتنفيذ لهذا الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وهو ما سنعالجه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: آثار الحكم الأجنبي المتعلق بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط بعد منحه الأمر بالتنفيذ

يترتب على منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ آثار تزيد من القوة القانونية لهذا الحكم الأجنبي في مواجهة الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني.

ويقتصر دور القاضي المرفوع إليه طلب تنفيذ حكم قضائي على التحقق من استيفاء الشروط التي يتطلبها القانون لتنفيذ الحكم الأجنبي، و لايملك حق مراجعة الحكم من حيث الموضوع، ونجد على سبيل المثال من قضت به اتفاقية الرياض في المادة 32 منها بنصها على ما يلي: « تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتلاف بالحكم أو تنفيذه على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع»[1].

فإذا تبين للمحكمة أن الشروط اللازمة للتنفيذ مستوفاة في الحكم الأجنبي وأن الحكم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه مما يشمله التنفيذ تأمر بتنفيذه، وبخلاف ذلك في حالة إذا لم تتوافر الشروط المطلوبة قانونا فإن المحكمة ترفض الطلب.

وتجدر الملاحظة أن طلب الأمر بالتنفيذ يكون على منطوق الحكم كله أو بعضه إن كان هذا الحكم قابلا للتجزئة بشرط عدم تأثير هذه التجزئة على الحقوق المتضمن في منطوق الحكم[2].

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص288.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص289.

وكما سبقت الإشارة إليه فإن التنفيذ يخضع لقانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي في كل ما يتعلق بالمال الجائز وغير الجائز الحجز عليه، وكذلك فيما يخص الإجراءات العلنية الواجب إتخاذها للحكم كقيده أو تسجيله في السجلات العامة.

وعموما فإن الآثار المترتبة عن منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط والدعاوى عموما تتمثل في أثرين بارزين هما: إكتساب الحكم الأجنبي لقوة التنفيذ على الأراضي الوطنية وهو ما سنعالجه في الفرع الأول وحجية الشيئ المحكوم به أو قوة القضية المقضية للحكم الأجنبي المشمول بالأمر بالتنفيذ في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إكتساب الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط لقوة التنفيذ على الأراضي الوطنية

إذا صدر القرار من المحكمة المختصة في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي بتنفيذ هذا الحكم الأجنبي يصبح هذا الحكم قابلا للتنفيذ بالطريقة والإجراءات التي تنفذ بها القرارات الصادرة من المحاكم الوطنية اعتبارا من تاريخ صدور قرار المحكمة في الدولة المعنية بإكساب الحكم قوة التنفيذ وليس من تاريخ صدور هذا الحكم من المحكمة الأجنبية[1].

ويقصد بقوة التنفيذ قابلية الحكم للتنفيذ الجبري على الأموال أو على الأشخاص بواسطة الجهة التي يناط بها التنفيذ وبمعاونة السلطات المختصة ولو باستعمال القوة عن اللزوم[2]، ومن لحظة منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ يصبح هذا الحكم الأجنبي يعادل الحكم الوطني من حيث القوة في التنفيذ.

ويعتبر وقت منح الأمر بالتنفيذ بداية للأثر المنشئ لقوة التنفيذ، ويكون بذلك حق الإحتجاج بهذا الحكم الأجنبي إبتداءا من صدور الأمر بالتنفيذ وليس قبل صدور هذا الأمر، وفي دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط قد يتقرر حق الخصوم في أحقية ملكية مال معين سواء كان عقارا أو منقولا قبل صدور الأمر بالتنفيذ ولكن المطالبة بهذا الحق لا تكون إلا بعد منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ وصدور الحكم الدي يقضي بذلك التنفيذ من المحاكم الوطنية.

[1] غالب علي الداوودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص215.

[2] هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص456.

وعليه يمكن القول أن القوة التنفيذية هي الهدف من شمول الحكم الأجنبي بالأمر بالتنفيذ.

وفي التشريع الجزائري لم يميز المشرع بين الأحكام الصادرة في الحالة والأهلية والأحكام الصادرة في الدعاوى الأخرى على خلاف المشرع الفرنسي الذي خص الأحكام الصادرة في الحالة والأهلية بميزة منحها حجية الشيئ المقضي به والقوة التنفيذية دون الحاجة لصدور الأمر بتنفيذ هذا الحكم الأجنبي، فنجد المشرع الجزائري قد عامل كل الأحكام الأجنبية المراد تنفيذها على التراب الوطني معاملة واحدة من حيث ضرورة منحها الأمر بالتنفيذ من قبل القضاء الوطني حتى تتمتع بحجية الشيئ المقضي به والقوة التنفيذية ويكفي لذلك توافر الشروط التي نصت عليها المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أين تم تحديد الشروط القانونية الواجب توافرها حتى يصبح الحكم الأجنبي عموما قابلا للتنفيذ على مستوى التراب الوطني بعد منحه الأمر بالتنفيذ من طرف القضاء الوطني.

وعموما إذا رفعت أمام القضاء الجزائري دعوى تتعلق بتنفيذ حكم أجنبي صادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط مثل دعوى تحديد نصيب أحد الزوجين من هذه الأموال أو دعوى تقرير ملكية أموال معينة لأحد الزوجين فهنا يتوجب على القاضي الجزائري التأكد من مدى توافر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حتى يتسنى له منح الأمر بالتنفيذ وبالتالي إكساب هذا الحكم الأجنبي القوة التنفيذية من لحظة صدور قرار المحكمة الوطنية بمنح هذا الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ.

كما يمكن للقاضي الوطني رفض منح الأمر بالتنفيذ إذا تبين له عدم توافر شرط أو أكثر من الشروط المتطلبة قانونا لمنح الأمر بالتنفيذ، وليس له حق المساس بمضمون الحكم الأجنبي إضافة أو إنقاصا أو تعديلا[1].

وبصدور الأمر بالتنفيذ بعد التأكد من توافر الشروط القانونية المتطلبة لذلك يمهر الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ويصبح بذلك الحكم الأجنبي كالحكم الوطني من حيث القوة التنفيذية، ولقد نصت المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على نص

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1145.

الصيغة التنفيذية بقولها: « لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

بإسم الشعب الجزائري

وتنتهي بالصيغة الآتية: وبناء على ما تقدم إن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تدعو وتأمر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك تنفيذ هذا الحكم أو القرار..... وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد االمساعدة اللازمة لتنفيذه وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الإقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية»، ويقابل هذا النص نص المادة 502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الذي ينص على ما يلي: «.....وعليه الجمهورية الفرنسية تخبر وتأمر كل محضري القضاء بتنفيذ هذا القرار والحكم وعلى النواب العموميون ووكلاء الدولة لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الإقتضاء وإذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية وبناء على ذلك وقع هذا الحكم ....»[1].

وبعد التعرف على الصيغة التنفيذية أعلاه نستنتج أن هناك فرق بين الأمر بالتنفيذ والمهر بالصيغة التنفيذية لأن الأول يتعلق بمنح الضوء الأخضر لتنفيذ الحكم الأجنبي أما المهر بالصيغة التنفيذية فهو إجراء لاحق له يمنح الحق في التنفيذ الجبري إذا تطلب الأمر ذلك[2].

1 المادة 502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، راجع في ذلك ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص193.

2 لقد خلط المشرع الجزائري بين الأمر بالتنفيذ ووضع الصيغة التنفيذية للحكم لأن الأمر بالتنفيذ هو الذي يترتب على دعوى التنفيذ فيعد بمثابة الضوء الأخضر للإعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه، أما وضع الصيغة التنفيذية فهو إجراء لاحق للأمر بالتنفيذ وضروري حتى يمكن إتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري التي يقتضيها الحكم، فالمشرع الجزائري وكأنه يجعل موضوع دعوى التنفيذ هو الطلب المباشر لمهر الحكم بالصيغة التنفيذية وهو غير صحيح من الناحية القانونية، فمنح الأمر بالتنفيذ يسبق مهر الحكم بالصيغة التنفيذية، راجع في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1146.

وتجدر الإشارة أن الحكم الأجنبي المتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط ينتج آثاره من تاريخ الحصول على الأمر بالتنفيذ وبالضبط من وقت مهره بالصيغة التنفيذية ويصبح قابلا للتنفيذ في كامل التراب الجزائري وفقا لطرق التنفيذ المقررة قانونا.

وقد ورد ذلك في القوانين الاتفاقية التي كانت الجزائر طرفا فيها مثل الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 5 منها[1]، وكذلك المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية المغربية، والمادة 23 من الاتفاقية الجزائرية التونسية وغيرها.

وبعد أن تطرقنا لقوة التنفيذ التي يكتسبها الحكم الأجنبي بعد منحه الأمر بالتنفيذ ومهره بالصيغة التنفيذية حتى يتسنى تنفيذه عبر التراب الوطني بكل يسر وسهولة شأنه شأن الحكم الوطني الصادر عن المحاكم الوطنية، فيجب مناقشة الأمر من ناحية إكتساب الحكم لحجية الأمر المقضي به بعد منحه الأمر بالتنفيذ وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: حجية الشيئ المحكوم به أو قوة القضية المقضية للحكم الأجنبي المشمول بالأمر بالتنفيذ الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط

بعد صدور قرار المحكمة الجزائرية المختصة بالنظر في طلب منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ فإن هذا الحكم يكتسب الدرجة القطعية بعد منحه الأمر بالتنفيذ ومهره بالصيغة التنفيذية ويصبح حائزا على حجية الشيئ المقضي به أي على قوة القضية المقضية، بحيث لا يجوز تعديله ولا جرحه و لا مراجعته ولا حتى فحصه مرة أخرى[2]، لأن هذا من المبادئ العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية عموما أن الحكم الصادر من محكمة وطنية إذا اكتسب الدرجة القطعية فلا يجوز رفع دعوى ثانية في موضوعه لدى محكمة

1 Art 5du convention relative a l'exequatur et a l'extradition entre l'Algérie et la France ratifiée par ordonnance n°65-194 du 29 juillet 1965 dispose que : « la décision d'exéquatur a effet entre toutes les parties à l'instance en exéquatur et sur toute l'étendue des territoires ou les présentes dispositions sont applicables.
Elle permet à la décision rendue exécutoire de produire à partir de la date de l'obtention de l'exéquatur en ce qui concerne les mesures d'exécution, les même effets que si elle avait été rendue par la juridiction ayant accordé l'exéquatur à la date de l'obtention de celui-ci. »

[2] غالب علي الداوودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص216.

أخرى أو نفس المحكمة وبنفس السبب والموضوع وبنفس الخصوم، وهذا ما يعرف بحجية الشيئ المقضي به أو حجية القضية المقضية على المستوى الداخلي.

أما على المستوى الدولي فقد تظهر عدة إشكالات بشأن ترتب أثر حجية الأمر المقضي به للحكم الأجنبي منذ منحه الأمر بالتنفيذ في الدولة المطلوب منها الأمر بتنفيذه والدولة التي صدر الحكم الأجنبي عن محاكمها فقط أن يتعدى الأمر ذلك إلى دول أخرى، كما يمكن أن تظهر إشكالية حول تاريخ تمتع الحكم الأجنبي بأثر حجية الشيئ المقضي به فهل يكون ذلك من تاريخ صدور قرار إكسابه قوة التنفيذ أو من تاريخ صدور الحكم من المحكمة الأجنبية وإكتسابه للدرجة القطعية.

وإنطلاقا من هذه الإشكالات وجب على فقهاء القانون الدولي الخاص التطرق لها لإيجاد حلول لها وبناء على ذلك ظهرت عدة آراء تعالج هذه الإشكالات نسرد مضمونها كما يلي:

أولا: دعاة إكساب الحكم الأجنبي الحجية المقضي بها في لدولة التي صدرمنها الحكم الأجنبي والدولة التي صدرمنها قرارتنفيذ هذا الحكم فقط

يرى هذا الرأي أن حجية الشيئ المقضي به لا يحوزها الحكم الأجنبي إلا في إقليم الدولة التي صدر عن محاكمها هذا الحكم والدولة التي صدر قرار تنفيذه من محاكمها دون الدول الأخرى مالم توجد معاهدة أو اتفاقية دولية تقضي بغير ذلك[1]، لأن قوانين أغلب الدول لا تعترف بحجية القضية المقضية للحكم القضائي الأجنبي إلا بعد صدور القرار بتنفيذه من محاكمها الوطنية واعتبارا من تاريخ صدور هذا القرار وإكتسابه الدرجة القطعية، ومن بين الدول التي تأخذ بهذا الرأي نجد العراق الأردن فرنسا وتركيا وإيطاليا وإيمانا منهم بأن التشدد في التمسك بهذا الرأي يؤمن حرص الدول على سيادتها[2].

ولكن يعاب على هذا الرأي ان هذا التشدد قد يخل بالمنافع المتبادلة بينها وبين الدول الأخرى، ويحرم أصحاب الحقوق من تنفيذ الأحكام الصادرة بحقوقهم من المحاكم الأجنبية كما يحمي المحكوم عليهم الذين يستفيدون من الوضع بدون وجه حق، وهذا ما فتح المجال في ظهور رأي

[1] ممدوح عبد الكريم وحافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن،مرجع سابق، ص420.

[2] غالب علي الداوودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص216.

ثاني يدعو إلى إكساب الحكم الأجنبي حجية الشيئ المقضي به في كل الدول وهو ما سنعالجه في النقطة الموالية.

ثانيا: دعاة إكساب الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط لحجية الشيئ المقضي به في كل الدول

إن الحكم القضائي الذي يقضي بمنح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ يمنح هذا الأخير حجية الشيئ المقضي به ويشكل الأصل في القضية المقضية في كل الدول بما فيها الدولة التي صدر عن محاكمها هذا الحكم الأجنبي والدولة التي منحته الأمر بالتنفيذ وأكسبته قوة التنفيذ، والأساس الذي انطلقوا منه ان الحقوق المكتسبة في دولة معينة عن طريق العقد أو الفعل هي أساس الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وقوته التنفيذية في الدول الأخرى[1].

ويرون أن إنكار هذه الحقيقة هو إنكار لمبادئ القانون الدولي الخاص خاصة إذا كانت هذه الحقوق غير مخلة بالنظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها[2].

وتطبيقا لهذا الرأي الأخير فإن الحكم الأجنبي يحوز حجية الشيئ المقضي به في الدول الأخرى أصلا ومباشرة دون الحاجة لصدور قرار تنفيذه من محاكم الدول الأخرى إذ يكفي توافر الشروط اللازمة لصدور الحكم الأجنبي صحيحا من الناحية الدولية، وتجعله قابلا للتنفيذ من غير الحاجة لصدور أمر تنفيذه فعلا، ولأن التمسك بالحكم الأجنبي يدفع السلطة المختصة التي قدم إليها الحكم لفحصه بنفسها بلا حاجة إلى صدور أمر تنفيذه[3] وهذا ما تبنته بعض التشريعات كالتشريع الإنجليزي، كما نجد المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية للأجانب في العراق لسنة 1931 تنص على أن قرارات المحاكم الأجنبية التي كون قانون دولتها هو القانون الشخصي للمتوفي إذا كانت متعلقة بحقوق الإرث والوصية وتعتبر لدى المحاكم العراقية كحجج للاستدلال لمضامينها على قدر الإمكان مع مراعاة حقوق الدائنين، فهذا النص العراقي كاستثناء

[1] غالب علي الداوودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص217.

[2] غالب علي الداوودي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مجلة القانون المقارن، العدد الرابع عشر، السنة التاسعة، 1982، ص205.

[3] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص516.

اعترف بحجية الشيئ المحكوم به للحكم القضائي الأجنبي مباشرة في قضايا الإرث والوصية فقط دون الحاجة لصدور قرار بالتنفيذ من المحكمة العراقية.

أما في قضايا الأموال المكتسبة في الزواج المختلط وهو ما يعنيها فحجية الشيئ المقضي به لا تمنح للأحكام الصادرة في هذه القضايا إلا بعد صدور قرار بالتنفيذ من المحاكم العراقية المختصة مالم توجد اتفاقية دولية نافذة تقضي بغير ذلك[1].

وتجدر الملاحظة أنه يمكن الاعتماد على الحكم الأجنبي بوصفه سندا قانونيا عند إتخاذ إجراءات تحفظية لوضع حجر على مال للمدين لدى الغير كما في حالة الأموال المكتسبة للزوجين، إلا أن دعوى صحة الحجر تستلزم صدور الأمر بالتنفيذ كإجراء واجب[2].

أما عن نظرة التشريعات لوقت منح حجية الشيئ المقضي به ومدى تعلقها بالقرار القاضي بالأمر بالتنفيذ فإن التشريع الفرنسي يرى أن حجية الشيئ المحكوم به لا تثبت للحكم الأجنبي إلا بعد شموله الأمر بالتنفيذ مع استثناء الأحكام الخاصة بحالة الشخص وأهليته فهذا لا يستلزم شمول هذه الأحكام بالأمر بالتنفيذ إلا إذا تطلبت إجراء عمل تنفيذي كالحجر على أموال الزوج لتمكين الزوج الآخر من نصيبه من الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.

أما المشرع الجزائري فلم يميز بين الأحكام الأجنبية من حيث تعلقها بالحالة والأهلية من عدمه ولم يستثن هذه الطائفة من الأحكام الأجنبية وتمييزها بمنحها حجية الأمر المقضي به دون أن يمنح لها الأمر بالتنفيذ كما فعل المشرع الفرنسي، وإنما نصت المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي حتى يمنح له الأمر بالتنفيذ وبالتالي تمتعه بحجية الشيئ المقضي به بعد شموله بالأمر بالتنفيذ، فحسب رأي المشرع الجزائري فالأحكام القضائية الأجنبية تتمتع بالحجية المقضي بها بعد شمولها الأمر بالتنفيذ.

أما المشرع المصري وأمام عدم وجود نص تشريعي بشأن تمتع الأحكام الأجنبية بحجية الشيئ المقضي به قبل منحها الأمر بالتنفيذ فهناك من يرى بضرورة الأخذ بالتمييز الذي أخذ به المشرع

[1] غالب علي الداوودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص217.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مرجع سابق، ص291.

الفرنسي فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية وغيرها من الأحكام نظرا لخصوصية الأحكام المتعلقة بالحالة والأهلية وتعلقها بالفرد[1].

[1] هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،مرجع سابق، ص309.

خاتمة:

من خلال دراسة هذا الموضوع اتضح أن موضوع الأموال المكتسبة جدير بالدراسة لأن مختلف التشريعات القانونية خصته بجانب من العناية نظرا لأنه موضوع يعد الأساس الإقتصادي للأسرة عموما وعليه نخلص للنتائج التالية:

- ✓ الشريعة الإسلامية الغراء قد اهتمت بهذا الموضوع ووضحت معالمه إنطلاقا من تبني نظام إنفصال الذمم المالية للزوجين كمبدأ عام مع توضيح إمكانية الاتفاق حول الأموال المكتسبة بما يخدم مصلحة الأسرة ماديا، كما أن التشريعات الوضعية قد عالجت الموضوع إنطلاقا من حجم الإشكالات التي أصبح يفرزها على المستوى الإجتماعي والإقتصادي للأسرة.
- ✓ إهتم المشرع الجزائري بموضوع الأموال المكتسبة من خلال نصها على ذلك في المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري أين تبنى مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين كأصل عام، لكن مع إمكانية جواز الاتفاق حول الأموال المكتسبة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أين تحدد النسب التي تؤول لكل واحد من الزوجين من الأموال المشتركة حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري
- ✓ أما في القانون المغربي فكان الإهتمام بهذا الموضوع واضحا تحت مسمى نظام الكد والسعاية للزوجين والمستمد من أحكام المذهب المالكي وهو يتضمن كل ما يفيد فكرة المساهمة وبذل العمل والجهد.
- ✓ تبنى القانون المغربي مبدأ إنفصال الذمة المالية للزوجين كأصل عام حسب الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، لكنه أقر نظام جديد لتدبير وإدارة الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية يتضمن جواز الاتفاق التعاقدي بين الزوجين على تدبير الأموال المكتسبة حسب الفقرة الثانية من المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية وذلك تفاديا للإشكالات التي تطرحها العلاقات المالية بين الزوجين على المستوى العملي.
- ✓ في حالة عدم وجود اتفاق بين الزوجين حول الأموال المشتركة بينهما فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات لتنمية أموال الأسرة.

- ✓ في القانون التونسي فقد نظم قانون الاشتراك في الأموال بين الزوجين في القانون رقم 07/98 المتعلق بمجلة القانون الدولي الخاص التونسي وإعتبر الاشتراك في الأموال الزوجية نظام اختياري بين الزوجين يتفقان عليه في عقد الزواج أو في أجل لاحق،وبالعودة للفصل 48 من القانون السابق الذكرنجد المشرع التونسي قد حدد القانون الذي يختص بالأموال المكتسبة إذا كان الزواج مختلطا.
- ✓ اهتم المشرع المصري بموضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط واعتبره من الآثار المالية للزواج وأسنده بذلك لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.
- ✓ إهتمت القوانين الغربية بموضوع الأموال المكتسبة من خلال النص على مبدأ الاشتراك الاتفاقي أو القانوني لأموال الزوجين أين تتضح الاختلافات الجوهرية بين هذا المبدأ ومبدأ إنفصال الذمة المالية للزوجين إنطلاقا من كون هذا الأخير يعتبر كأصل عام في الدول الإسلامية لكن مع إمكانية تنظيم عقد مشارطة يحكم الجانب المالي للأسرة وهذا لا يتعارض مع الأصل العام.
- ✓ أما نظام الاشتراك القانوني او الاشتراك الاتفاقي بلمختلف صوره المعروف في الدول الغربية فيحكمها عقد رسمي واجب التحرير من طرف الزوجين ولا بد من تضمينه لكل البنود التي يمكن أن تنظم الجانب المالي للزوجين كعائدات عمل المرأة ومساهمتها في تنمية أموال الأسرة والإهتمام بالأعباء والتكاليف الأسرية وكذا الديون المستحقة على الزوجين وغيرها من الإشكالات التي يمكن أن يفرزها موضوع الأموال المشتركة بين الزوجين.
- ✓ المشرع الفرنسي فقد نظم نظام الاشتراك القانوني في المواد من 1400 إلى 1491من القانون المدني الفرنسي وهو النظام الأكثر إنتشارا في فرنسا، أما نظام الاشتراك الاتفاقي الذي يتضمن عقدا ماليا بين الزوجين لاختيار نظام لتسيير الأموال المكتسبة بينهما، ويخضع هذا العقد للشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها قانونا طبقا للمادة 1394 من القانون المدني الفرنسي.
- ✓ إمكانية تعديل العقد المالي للزواج حسب المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي، أو حتى الإنتقال من صورة لأخرى من صور نظام الاشتراك الاتفاقي والمتمثلة في نظام الاشتراك

الكامل، نظام الاشتراك في المكتسبات والمنقولات، ونظام إدارة الأموال المشتركة للزوجين، وحالة الاتفاق على إدارة أموال الزوجة من طرف الزوج.

- ✓ هناك دول تتبى ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية كالدول اللاتينية والدول العربية بما فيها الجزائر، ودول أخرى تتبنى ضابط الموطن كالدول الأنجلوساكسونية.
- ✓ إن التشريعات الغربية قد حددت موقفها من القانون الواجب التطبيق على هذا الموضوع أين تم تحديد الضوابط التي يمكن استخدامها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.
- ✓ في فرنسا يخضع موضوع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إلى قانون الإرادة الصريحة عند وجود عقد يرعى النظام المالي للزوجين وإلى الإرادة الضمنية عند عدم وجود هذا العقد.
- ✓ في إنجلترا فتخضع الأموال المكتسبة في الزواج المختلط إلى قانون موقع المال رغم ما في ذلك من مخاطر تعدد مواقع المال وبالتالي تعدد القوانين المطبقة في حالة زواج واحد، أما في ألمانيا فتخضع الأموال المكتسبة إلى قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.
- ✓ تنص اتفاقية لاهاي لسنة 1978على حالة اختيار قانون من قبل الزوجين فعليهما تعيين القانون الذي يحكم نظامهما المالي كالقانون الوطني لأي منهما أو قانون مكان الإقامة المعتادة لأي منهما.
- ✓ أما في حالة عدم اختيار قانون من قبل الزوجين فيطبق قانون الموطن الزوجي الأول للزوجين، وبعد تحرير اتفاقية لاهاي لسنة 1978 تم إعتماد قانون محل الإقامة المعتادة الأول عقب الزواج، وقد يطبق قانون دولة جنسية الزوجين المشتركة في حالة عدم إقامة الزوجين في إقليم الدولة ذاتها كما يتم اللجوء لقانون الدولة التي لنظام الزوجين المالي معها صلات قوية حسب المادة 4 فقرة 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1978.
- ✓ تبنت التشريعات العربية ضابط قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج،لذلك حافظت التشريعات العربية على مكانة الزوج في الأسرة من خلال تنظيم مسألة الأموال المكتسبة بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج دون غيرها.
- ✓ تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يعترضه عدة إشكالات كحالة تنازع الجنسيات إما إيجابا أو سلبا فهنا يمنح الاختصاص لقانون الجنسية الفعلية عندما لا

يكون من بين الجنسيات المتنازعة جنسية القاضي، وإذا كان من بين الجنسيات المتزاحمة جنسية دولة القاضي فهنا يمنح الاختصاص لقانون جنسية القاضي، أو حالة إنعدام الجنسية أين يمنح الاختصاص لقانون الموطن، أما في حالة النزاع المتحرك نتيجة تغيير أحد الزوجين لجنسيته بين مرحلة إنعقاد الزواج ومرحلة رفع دعوى الأموال المكتسبة فيكون مواجهة هذا الإشكال بربطه بضابط جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج، أما حالة كون أحد الزوجين ينتمي لدولة تتعدد فيها الشرائع الطائفية والإقليمية فإن الحلول المتبناة تتماشى مع وضعية هذه الدول، حيث تم تقرير تطبيق التشريع الغالب في حالة الدولة التي تتعدد فيها الطوائف، أما الدولة التي تتعدد فيها الأقاليم فيطبق فيها التشريع المطبق في عاصمة البلد.

- ✓ إن ظهور إشكال اختلاف ضوابط الإسناد يعد عائقا كذلك لتطبيق القانون الواجب وهنا تظهر ما يعرف بالإحالة أين أخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى فقط حسب ما تنص عليه المادة 23 مكرر1 من القانون المدني الجزائري.
- ✓ تخضع الأموال العقارية لقانون موقعها حسب المادة 17 من القانون المدني الجزائري.
- ✓ إن تطبيق قانون جنسية الزوج قد يتعارض مع النظام العام في الجزائر فالأصل أنه يستبعد من التطبيق حسب المادة 24 من القانون المدني الجزائري.
- ✓ القانون الوطني يطبق مكان قانون جنسية الزوج متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج وهذا يعد استثناء بمقتضى المادة 13 من القانون المدني الجزائري على أحكام المادة 12 منه وهذا الاستثناء لصالح قانون جنسية الزوجة عموما.
- ✓ إن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج قد يوقف تطبيقه إذا ما تعارض مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية في دولة القاضي بإعمال الدفع بالنظام العام حسب ما تنص عليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري لكن مع مراعاة الأثر المخفف للنظام العام، كما يمكن أن يوقف تطبيق هذا القانون الأجنبي في حالة استخدام الغش أو التحايل نحو القانون من طرف أحد الزوجين فيستبعد هذا القانون المحدد بموجب قاعدة الإسناد التي اختارها الخصمان واستبداله بقانون القاضي.

- ✓ االمشرع الجزائري لم يخصص للدعاوى المتعلقة بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط قواعد قانونية تحدد الجهة القضائية المختصة بالنظر فيها، بل أقدم على العمل بقواعد الاختصاص المحلي إسوة بالقضاء الفرنسي.
- ✓ المشرع الجزائري قد مدد العمل بأحكام المادتين 41و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ووضح فيهما اختصاصه في مسائل الزواج بما فيها مسألة الأموال المكتسبة بناء على ضابط الجنسية أين يعتد بالجنسية الجزائرية للمدعي أو المدعى عليه.
- ✓ المشرع المصري يعتد بجنسية المدعي فقط دون جنسية المدعى عليه.
- ✓ في المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على ضابط الخضوع الاختياري متى تقرر استخدام إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق' بالشروط المنصوص عليها لذلك.
- ✓ كما نجد المواد 426و429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد نصت على اختصاص المحاكم الجزائرية بدعوى الأموال المكتسبة المبني على ضوابط موضوعية.
- ✓ المشرع الجزائري قد إقتدى في تمديد العمل بقواعد الاختصاص المحلي الداخلي بالمشرع الفرنسي الذي مدد العمل بقواعد الاختصاص المحلي الداخلي بموجب المادتين 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.
- ✓ إن المشرع الجزائري قد نص على الضوابط التي بمقتضاها تحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.
- ✓ في حالة الاختصاص القضائي الدولي الذي ينعقد طبقا لضابط إقليمي متعارف عليه وهو ضابط موطن المدعى عليه كقاعدة عامة مع وجود استثناء بتطبيق ضابط موطن المدعى أو تطبيق ضابط موقع المال بالنسبة للأموال العقارية التي تخضع لضابط قانون موقعها.
- ✓ أما الضوابط الشخصية المحددة لمنح الاختصاص القضائي الدولي الأصلي فإن ضابط الجنسية وضابط القانون المختص يحكمان تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع .

- ✓ في حالة الاختصاص الطارئ للجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى الأموال المكتسبة فإعمال ضابطي الخضوع الاختياري وحسن أداء العدالة لتحديد هذه الجهة القضائية المختصة.
- ✓ أمام اختلاف الأنظمة التي تتبعها الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية فالمشرع الجزائري قد تبنى نظام المراقبة نظرا لضرورته العملية.
- ✓ أما الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط فنص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد نصت على هذه الشروط وأوردتها في 4 شروط مع إغفال شرط المعاملة بالمثل الذي نصت عليه عدة تشريعات وأغفله المشرع الجزائري لكنه ترك السلطة التقديرية للقاضي في ذلك، وكذلك شرط صحة الإجراءات وشرط إنعدام الغش نحو القانون فلم يظهرا في نص المادة، لكن طالما المادة لم تورد الشروط على سبيل الحصر فإمكانية الأخذ بباقي الشروط تبقى قائمة كشروط موضوعية لتنفيذ هذا الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني.
- ✓ أغفل المشرع الجزائري بيان طبيعة قواعد الاختصاص التي يجب أن لا تخالفها الأحكام الأجنبية الصادرة، في حين أن غالبية التشريعات قد بينت طبيعتها فبعض الدول تأخذ بعين الإعتبار قواعد الاختصاص للدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها ودول أخرى تأخذ بقواعد الاختصاص للدولة مصدرة الحكم الأجنبي.
- ✓ ترك المشرع الجزائري تحديد قواعد الاختصاص بشأن تنفيذ الحكم الأجنبي لمبدأ المعاملة بالمثل ومراعاة للاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر والتي تتباين في تحديد قواعد الاختصاص وطبيعتها فبعضها نص على عدم مخالفة قواعد الاختصاص للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها كالاتفاقية الجزائرية الفرنسية.
- ✓ نصت تشريعات أخرى على عدم مخالفة قواعد الاختصاص للدولة طالبة التنفيذ كالاتفاقية الجزائرية المصرية.
- ✓ لم يورد المشرع الجزائري الشروط الإجرائية في نص قانوني خاص وترك ذلك للقانون الاتفاقي الجزائري الذي بين الوثائق الواجب توافرها لتنفيذ الحكم الأجنبي أمام القضاء الوطني.

- ✓ حدد المشرع الجزائري في المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري شروط تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي.

التوصيات والإقتراحات

- ✓ يستحسن تحديد تشريع جزائري خاص للفصل في دعاوى آثار الزواج المختلط عموما لكثرتها وأهميتها وخصوصا دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط مثلما سبقه لذلك التشريع التونسي حتى يتسنى له مواكبة التطورات الحاصلة في مجال القانون الدولي الخاص.
- ✓ أهيب بالمشرع الجزائري الأخذ بعين الإعتبار ضرورة التدخل لسد النقص في موضوع مسألة الأموال المكتسبة لقاعدة جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج وتصبح قاعدة عامة حتى لا تتفاجئ الزوجة في كل مرة بقانون جديد قد يطبق في مواجهتها.
- ✓ كما نقترح الأخذ بفكرة الحل الوظيفي لضرورتها الحيوية والعملية إذا تعلق الأمر بمسائل الإحالة لتفادي الاستخدام المجرد لقاعدة الإسناد التي تفقد طابعها والغاية منها في تحديد القانون الواجب التطبيق تحديدا مجردا.
- ✓ وفي المجال القضائي نقترح على المشرع الجزائري التدخل لإيجاد نصوص دقيقة تحدد اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في دعاوى آثار الزواج عموما بما فيها دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط.
- ✓ كما يستحسن بالمشرع الجزائري التدخل لضبط الآثار المترتبة على الحكم الأجنبي الفاصل في دعوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط قبل منحه الأمر بالتنفيذ وبعد منحه ذلك.
- ✓ ونقترح إلحاق الأحكام الصادرة في مسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بطائفة الأحكام التي تمتلك حجية الشيئ المقضي به دون الحاجة لاستصدار الأمر بالتنفيذ لتعلقها بالجانب الحيوي للأسر وهو الجانب المالي والمتعلق بالأموال المكتسبة في الزواج المختلط ضمانا للحقوق المالية للزوجين.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا: المصادر

أ. الحديث الشريف

1. مسلم أبو الحسين بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، 1419هـ 1999م.
2. البخاري محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، الحديث رقم 2155

ب. الموسوعات والقواميس

3. جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، الجزء11، باب اللام، فصل الميم، دار بيروت للطباعة والنشر، 1388 هـ الموافق لـ 1968 م.
4. جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، باب سعى، المجلد رقم 14، دار بيروت للطباعة والنشر، 1388 هـ الموافق لـ 1968 م.
5. جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، باب كد، المجلد رقم 3، دار بيروت للطباعة والنشر، 1388 هـ الموافق لـ 1968 م.

ثانيا: النصوص القانونية

أ. الإتفاقيات والمعاهدات الدولية

6. la convention du 17/07/1905 concernant lec conflits de la loi relatifs au effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personels et sur les biens des époux.
7. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 والمعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 217000.

8. الإتفاقية القضائية بين الجزائر والمغرب الموقع عليها في 15مارس 1963 والمصادق عليها بالأمر رقم 68/69 المؤرخ في 1969/09/02 المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه يوم 1969/01/15 الجريدة الرسمية رقم 77.
9. الإتفاقية القضائية بين الجزائر وتونس الموقع عليها يوم 1963/07/26 والمصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 50/63 المؤرخ في 1963/11/14 الجريدة الرسمية رقم 87.
10. الإتفاقية القضائية بين الجزائر ومصر والموقع عليها في 1964/02/29 والمصادق عليها بالأمر رقم 195/65 المؤرخ في 1965/07/29 الجريدة الرسمية رقم 68.
11. الإتفاقية القضائية بين الجزائر وفرنسا والمصادق عليها بالأمر رقم 194/65 المؤرخ في 29 يوليو 1965 والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.
12. الإتفاقية القضائية بين الجزائر وموريتانيا المصادق عليها بموجب الأمر رقم 04/70 المؤرخ في 1970/01/15 الجريدة الرسمية العدد 14 سنة 1970.
13. إتفاقية التعاون القضائي المتبادل بين الجزائر وبلجيكا في الشؤون المدنية والتجارية والمصادق عليها بموجب الأمر رقم 60/70 المؤرخ في 1970/10/08 .
14. Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, conclue le 14 mars 1978.
15. إتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1978 بين دول السوق الأوربية المشتركة والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.
16. الإتفاقية القضائية بين الجزائر وسوريا المبرمة في 1981/04/27 والمصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 130/83 المؤرخ في 1983/02/19.
17. إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية 1393هـ الموافق لـ 08 أفريل 1983 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 47/01 المؤرخ في 17 ذو القعدة 1421هـ الموافق لـ 2001/02/21.
18. الإتفاقية القضائية بين الجزائر والمجر في مجال التعاون القضائي والعدلي والموقعة بموجب المرسوم رقم 25/84 الصادر في 1984/02/11 والمتضمن المصادقة على إتفاقية التعاون القضائي والعدلي في 1986/02/07 بالجزائر

19. إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة بتاريخ 10 مارس 1991 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 181/94 المؤرخ في 1994/04/13.

ب. القوانين

1) التشريعات الوطنية

20. القانون رقم 86/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل بالقانون رقم 01/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2005.

21. القانون رقم 16/82 المؤرخ في 27 فيفري 1982 المتعلق بالعلاقات الفردية للعمل.

22. قانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/02/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

23. القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005.

24. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008.

2) التشريعات العربية

25. القانون المدني المصري الصادر في 16 جويلية 1948.

26. القانون المدني العراقي رقم 51/40 المؤرخ في 04 حزيران 1951.

27. القانون المدني السوري لسنة 1953.

28. قانون أصول المحاكمات السوري رقم 53/84 الصادر في 1953/09/28 والمعدل بالقانون رقم 1 لعام 2016 الصادر في 2016/01/03.

29. قانون المرافعات الليبي لسنة 1953.

30. القانون المدني الليبي الصادر في 20 فبراير 1954 والمعدل بموجب القانون الصادر في 19 جانفي 2016.

31. قانون الجنسية المغربي رقم 01/58 المتعلق بالجنسية المغربية المعدل والمتمم بالقانون رقم 62/06

32. قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسي رقم 59/130 المؤرخ في 05 أكتوبر 1959.

33. قانون الجنسية الكويتي رقم 05 لسنة 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.
34. قانون الجنسية التونسي رقم 63/06 المؤرخ في 28 فيفري 1963.
35. القانون المدني الكويتي الصادر بموجب الأمر رقم 05 لسنة 1969.
36. القانون المدني الأردني الصادر سنة 1976 ودخل حيز التنفيذ في 1977/01/01
37. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983 الصادر في 1983/09/16.
38. قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983.
39. قانون المرافعات المصري رقم 86/13 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والتجارية المصري الصادر في 04 ماي 1986.
40. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 88/24المؤرخ في 1988/03/15.
41. قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم 28 لسنة1992 والمعدل بالقانون رقم 40لسنة 2002.
42. المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص قانون رقم 98/97 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998.
43. قانون المسطرة المغربية رقم 22/01 المتمم بالقانون 01/02 الصادر في 25 رجب 1423 الموافق لـ 03 أكتوبر 2002 والمتعلق بتنفيذ القانون رقم 22/01.
44. مدونة الأسرة المغربية القانون رقم 70/03 المتضمن مدونة الأسرة المغربية الصادر في 2003/02/03.
45. قانون الإجراءات المدنية الإماراتي قانون إتحادي رقم 18لسنة 2018 المتعلق بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الإتحادي رقم 11 لسنة 1992.

3) التشريعات الأجنبية

46. قانون المرافعات الإيطالي لسنة 1942.
47. قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1945.
48. القانون المدني اليوناني لسنة 1946.
49. القانون المدني البولوني لسنة 1965
50. القانون المدني البرتغالي لسنة 1966

51. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل في سنة 1972.

52. القانون المدني النمساوي لسنة 1978.

53. القانون المدني التركي المؤرخ في 20 ماي 1982.

54. القانون المدني الألماني المؤرخ في 25 جويلية 1986.

55. القانون المدني السويسري المؤرخ في 18 ديسمبر 1987

56. القانون المدني الفرنسي رقم 570/65 المؤرخ في 13 جويلية 1965 والمعدل في 22 جويلية 1993.

ملاحظة:هذه النصوص موجودة بالموقع التالي: www.jurispedia.org

ت.الأوامر:

57. الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بقانون الحالة المدنية.

58. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل المتمم للقانون المدني الجزائري والقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 44.

59. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري

ثالثا: الكتب والمؤلفات

أ. الكتب االفقهية:

58. أحمد بن حنبل، كتاب السنن، الجزء الثاني، و كتاب المسند، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، الطبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1417ه 1997م.

59. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، الجزء الخامس، بدون طبعة وبدون تاريخ وبدون بلد النشر.

60. البجيرمي سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي، الجزء الثالث، بدون طبعة، وبدون سنة، المكتبة الإسلامية،ديار بكر، تركيا.

61. ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد الظاهري أبو محمد، المحلى، بدون طبعة، الجزء العاشر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان.

62. الدارمي عبد الله بن عبد الرحمان أبو محمد، سنن الدارمي، الجزء الثاني، طبعة 1، دار الفكر، بيروت، لبنان،1386ه.
63. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب الرجل يجد البلة في منامه، الجزء1،تحقيق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.
64. الدردير سيدي أحمد، الشرح الكبير، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان.
65. محمد عرفة الدسوقي، شرح الدسوقي، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة،تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان.
66. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، الجزء الرابع، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان.
67. السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، تحقيق ابراهيم الترزي،دار احياء التراث العربي،بيروت، لبنان، الجزء العاشر، السنة 1984.
68. الزركلي خير الدين، كتاب الأعلام، الجزء السابع، طبعة 3، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1998.
69. الزركلي خير الدين، كتاب الأعلام، الجزء الثالث، طبعة 3، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1998.
70. أبي زكرياء بن الخير الحناوي، النكاح في الفقه الإباضي، بدون طبعة، وبدون بلد نشر، وبدون سنة نشر.
71. أبو زكرياء محي الدين يحي بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، سوريا، 1408ه 1988م.
72. البخاري محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها، الحديث رقم 2590.
73. الشافعي محمد بن إدريس أبو عبد الله، الأم، الجزء الخامس، الطبعة 2، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405ه.

74. الشربيني محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، السنة 1994.
75. الشربيني محمد الخطيب، الإقناع للشربيني، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان.
76. الشيرازي ابراهيم بن عبد الله بن يوسف أبو إسحاق، المهذب، الجزء الثاني، بدون طبعة، وبدون سنة نشر، دار الفكر، بيروت، لبنان.
77. ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء3، الطبعة2، دار الفكر العربي، بيروت ،لبنان، سنة 1386 هـ.
78. عبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين البغدادي المالكي، إرشاد السالك إلى أقرب المسالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة 3، مصر، بدون تاريخ.
79. الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق مهدي مخزومي و ابراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال،الجزء السادس، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
80. أبو القاسم بن عبد الله بن الشاط، إدرار الشروق على أنواء الفروق، الطبعة 1، الجزء3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ 1998م.
81. ابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، الكافي في الفقه ابن حنبل،الجزء الثالث، الطبعة 5، تحقيق زهير الشاويس،المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1998.
82. ابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل،الجزء الثامن، تحقيق زهير الشاويس،المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1998.
83. ابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني،الجزء الثامن، الطبعة 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1405هـ
84. الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، لنان، 1982م.
85. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء1، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان.
86. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء4، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان.
87. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة 2، بيروت، لبنان، 1957

88. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان.
89. محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان.
90. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، بدون طبعة، وبدون تاريخ، وبدون بلد النشر.
91. إبن نجيم زين الدين بن براهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، السنة 1970.
92. النفراوي أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الفواكه الدواني،الجزء الثاني، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ.
93. وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، طبعة 1، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 2000 .
94. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء4، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 1، 1989.
95. أبو يحي زكرياء بن محمد بن زكرياء، الحدود الأنيقة، تحقيق مازن مبارك، الطبعة 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1411هـ.

ب. الكتب القانونية باللغة العربية:

96. ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، مصر، 1997.
97. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص الإختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، مطبعة سيدي عبد الله وهبة، 1997.
98. أحمد ابراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، السنة 1999.
99. أحمد الفقيه، إشكالية الشغل النسوي، بدون طبعة، وبدون سنة، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، المغرب.
100. أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، كلية الحقوق، جامعة بنهة، السعودية، 1989.

101.أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج1 ، دار إحياء التراث العربي ببيروت لبنان.

102.أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، الجزء1، بيروت، لبنان، 1954.

103.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، معاملة الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية،الطبعة 1، القاهرة، مصر.

104.أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

105.أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.

106.أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008.

107.أحمد مسلم، الأحوال الشخصية للأجانب، دار الكتب القانونية، طبعة 1، القاهرة، مصر، 1956.

108.أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بدون طبعة، وبدون سنة الطبع.

109.أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ومطابع شتات للنشر، القاهرة، مصر، 2009.

110.إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج، مكتبة السلام، بدون طبعة، وبدون سنة النشر، الرباط، المغرب.

111.إسحاق ابراهيم منصور، نظريتا الحق والقانون وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.

112.أشرف عبد العليم الرفاعي، الإختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.

113.أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي، الجزء2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 11.

114.أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 11.

115.أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر.

116.إيناس محمد البهجي ويوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة 1، 2013.

117.بدر الدين شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، سلسلة الكتاب الجامعي، الجزء الثالث، جدة، السعودية، 1393 هـ.

118.بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الأمل للطباعة والنشر،2002، الجزائر.

119.بيار ماير فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،الطبعة 1، 2008، بيروت، لبنان.

120.جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، الجزر الرابع، القاهرة، مصر، 1964.

121.جلال العدوي، الحقوق المالية وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

122.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، الجزء 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

123.حسن الأشموني ومحمد عبد الكريم، القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الجزء 1، التشريع الفرنسي للأشخاص، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1970.

124.حسن الأشموني، القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1950.

125.أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين، أصول الإمام البزدوي، مطبوع على هامش كتاب كشف الأسرار، ضبط وتخريج محمد المعتصم بالله البغدادي، الجزء الرابع، الطبعة 3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،1417هـ 1997م.

126.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.

127.حسن علي كاظم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة كربلاء، العراق، 2005/2004.

128.حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 1، سنة 2004.

129.حمدي باشا عمر، مبادئ الإجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

130.خالد برجاوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية، الطبعة 1، دار القلم، بدون سنة، الرباط، المغرب.

131.خالد حسن حمد الجبالي، الزواج المختلط بين المسلمين والإسبان من الفتح الإسلامي وحتى سقوط الخلافة(92هـ إلى 422هـ) مكتبة الآداب، القاهرة، مصر، 1995.

132.رشيد خلوفي، القضاء الإداري تنظيم إختصاصه، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون،الجزائر، 2002.

133.رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2005

134.رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 1، بيروت، لبنان، سنة 2007.

135.زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء1 تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة،سنة 2000.

136.سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، القانون الدولي الخاص تنازع الإختصاص التشريعي،الجزء1، الطبعة1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

137.سامي بديع منصور وعبده جميل غصوب ونصري انطوان دياب، القانون الدولي الخاص تنازع الإختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية في لبنان،الجزء2، الطبعة1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

138.سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص تنازع الإختصاص التشريعي،الجزء1، الطبعة1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

139.سايس جمال، الإجتهاد في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

140.سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجزء 1، دار الهدى، الجزائر، 2011.

141.ستراتشي راي، المرأة ومركزها وأثرها في تاريخ العالم، الجزء الثاني، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر.

142.سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، 2009، بيروت، لبنان.

143.سلمان الجبوري، معجم الأدباء، الجزء1، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424ه 2003م.

144.سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري للتوزيع المطبوعات، القاهرة، مصر.

145.سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله

عنه،الجزء الرابع، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2001.

146.صالح جاد المنزلاوي، الإختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والإعتراف والتنفيذ الدزلي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

147.صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للإختصاص القضائي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.

148.بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 2، كليك للنشر، الجزائر، 2012.

149.طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.

150.طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص الجنسية الموطن مركز الآجانب تنازع القوانين تنازع الإختصاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.

151.طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص الجنسية الموطن مركز الآجانب تنازع القوانين تنازع الإختصاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.

152.طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، 1418هـ.

153.عبد الحكم فودة، حجية الشيئ المقضي به وقوته، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

154.عبد الرحمن الجزائري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، كتاب النكاح والطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

155.عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موفم للنشر، 2009، الجزائر.

156.عبد العالي محمد الجبري، المرأة في التصور الإسلامي، الطبعة 6، مكتبة وهبة، القاهرة مصر، 1983.

157.عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 1996.

158.عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر 2004.

159.عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، دار البصائر، الجزائر، بدون طبعة، 2010.

160.عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، دار مطبوعات المعرفة، الطبعة3، مراكش، المغرب، 2006.

161.عبد الله بن محمد الحشتمي، العمل السوسي في الميدان القضائي، نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الحشتمي، الجزء1، الطبعة 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب،1404هـ 1984م.

162.عبد الودود السريتي، ضوابط الإرث في التشريع الإسلامي، طبعة 1، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، 1990.

163.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة 1، بيروت، لبنان، 2008.

164.عبده جميل غصوب، محاضرا ت في القانون الدولي الخاص، نظرة عامة في القانون الوضعي، الجزء 1، طبعة 2، منشورات زين الحقوقية، 2009، بيروت، لبنان.

165.بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

166.عدنان الخطيب ، الوجيز في أصول المحاكمات، الجزء 1 النظام القضائي السوري وقواعد الإختصاص في القضاي المدنية ، مطبعة الجامعة السورية، 1958.

167.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر.

168.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2 تنازع القوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية للكتاب، الطبعة 9، القاهرة، مصر، 1986.

169.عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009/2008.

170.عكاشة عبد العال ،القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية،دار الجامعة الجديدة القاهرة، مصر، 1996.

171.عكاشة عبد العال ،دراسات في القانون الدولي الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

172.عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996.

173.عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الإختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.

174.عكاشة محمد عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني، الدار الجامعية للنشر، القاهرة، مصر.

175.أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2003.

176.علي عبد الواحد، المرأة في الإسلام، مكتبة غريب، القاهرة، مصر، 1971.

177.علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2005.

178.عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء1، الطبعة 2،دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

179.عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

180.عمر الجيدي، ابن عرضون الكبير حياته وأرآؤه وآثاره وفقهه، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة 1، دار البيضاء، المغرب، 1407 هـ1987 م.

181.عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة 1، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

182.عمر رضا كحالة معجم المؤلفين، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

183.عمر رضا كحالة معجم المؤلفين، الجزء 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

184.عمر رضا كحالة معجم المؤلفين، الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

185.غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص: الجنسية الموطن مركز الأجانب وأحكام في القانون العراقي، الجزء 1، الطبعة1، بغداد، العراق.

186.الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة 2، 2006، الجزائر.

187.غوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الكتاب الأول الزواج وإنحلاله، الجزء 1، طبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

188.ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، الجزء الخامس.

189.فتيحة يوسف عماري، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كليه الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009/2008.

190.فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين، منشورات كلية العلوم القانونية والإجتماعية والإقتصادية، رقم 09، الطبعة 1، مراكش، المغرب، 1992.

191.فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974.

192.محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء 1، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية،2002.

193.محمد الروبي، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، دراسة مقارنة، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

194.محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، سلسلة البحوث القانونية رقم3، الطبعة 1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2001.

195.محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية رقم 08، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة ، بدون سنة الطبع، مراكش، المغرب.

196.محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط، الجزء الرابع، طبعة 1، تحقيق أحمد محمود ابراهيم، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هـ 1997م.

197.محمد الكشبور، الحقوق المالية للزوجين، مداخلة ألقيت بمناسبة الندوة الوطنية المنظمة من طرف كلية الحقوق جامعة طنجة، المغرب، فيفري 2004.

198.محمد بن قاسم السجلماسي، شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، الجزء1، بدون طبعة، الرباط، المغرب.

199.محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، طبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

200.محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 1، الجزائر، 2005.

201.محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الخاص الليبي، منشورات جامعة قاريوش، سنة 1978.

202.محمد عبد الله المؤيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين تنازع الإختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول في القانون اليمني،آوان للخدمات الإعلامية، بدون طبعة، وبدون سنة نشر.

203.محمد علي البار، عمل المرأة في الميزان، الطبعة 1، دار مسلم للنشر، الرياض، السعودية،1415هـ 1994م.

204.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص الجنسية الموطن مركز الأجانب ومادة التنازع، طبعة 1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

205.محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1994.

206.محمود المغربي، إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص،طبعة 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2007.

207.محمود عمر التحيوي، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحتها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.

208.محند إسعد، القانون الدولي الخاص قواعد التنازع، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، 1989.

209.محند إسعد، القانون الدولي الخاص، القواعد المادية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، 1989.

210.مسعد قطب، محاضرات في تارخ النظم القانونية والإجتماعية، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1998.

211.مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الإلتزام، الطبعة 1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1420هـ 1999م.

212.مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة1، القاهرة، مصر.

213.مفوض عبد التواب ، الوسيط في شرح قوانين الجنسية والآجانب والإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، طبعة 1، مؤسسة سعيد للطباعة، القاهرة، مصر، 1983.

214.مقني بن عمار، إجراءات التقاضي والإثبات في منازعات الجنسية وفقا للقانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2009.

215.ممدوح عبد الكريم وحافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، جزء1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.

216.ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القاوانين، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2005.

217.منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، مكتبة دار الثقافة،الطبعة 1، عمان، الأردن، 1999.

218.مهدي محمد الحجوي، المرأة بين الشرع والقانون، الطبعة 1، مطابع دار الكتاب، الدار البيضاء، المغرب،1967.

219.نعوم السيوفي،الحقوق الدولية الخاصة، محاضرات للسنة الرابعة حقوق، جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا، سنة 1967.

220.هشام خالد، ، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.

221.هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2003.

222.هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2003.

223.هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الآجانب،دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1998، مصر.

224.هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال ،القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبعة الجامعية، الإسكندرية، مصر ، سنة 2006.

225.هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002.

226.هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المكتبة القانونية العامة لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.

227.هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2003

228.ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004.

229.وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2009.

230. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الإجتهادات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة 1 ، دار هومة، 2009، الجزائر.

231.يوسف دلاندة، إتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، دار هومة، طبعة 1، 2005، الجزائر.

ت. الكتب باللغة الفرنسية

232. BENNIS KANOUNI FADELA : Le travail féminin cas du Maroc, R·L, N°151, Novembre\Décembre, 1983.

233. Batiffol et laggard droit International prive, T. 117ed, Paris. Librairie general de droit et de Jurisprudence, 1983.

234. Didier R . Martin , les régimes matrimoniaux , connaissance du droit Dalloz 1995 , Dalloz .

235. Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit International privé, Masson, Paris,1987

236. François Terré et philippe Simler, Droit civil, les régimes matrimoniaux, 2éme édition1994, précis Dalloz.

237. Gabriel Marty, Pierre Raynaud, Droit Civil, Les régimes matrumoniaux, seney 22 ree soufflot 75005 paris, 2eme édition, 1986.

238. Grimaldi Michel (dir.), droit patrimonial de la famille, edition Dalloz 1998.

239. Jean. Champion, régimes matrimoniaux et contrats de mariage, 9 éme edition, 1998.

240. Jean Derruppé : Droit International privé, Dalloz 14ème édition, 2001.

241. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre: « Droit international privé », Dalloz, 7ème édition, 2001.

242. Malaurie phillippe,et Aynes lauraent, droit civil régime matrimauniaux.

243. Melin François, droit internationale privé, 5 edition Gualine lesctenso édition, France, 2012.

244. Mohand Issad, droit international privé, tome II, les règlesmatérielles, office des publications universitaire, Alger, 1986.

245. Pierre Sipiteri : l'égalite des époux dans le régime matrimonial légal, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965.

246. Roula el-Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, paris, 2002.

رابعا: البحوث الجامعية

أ.أطروحات الدكتوراه

247.شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2017/2016.

248.بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2009/2008.

249.ماهر ابراهيم السداوي،جنسية الخصوم الوطنية كضابط للإختصاص القضائي الدولي،رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة المنصور، مصر، 1978.

250.مجد الدين طاهر خربوط، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية،رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1997.

251.محمد الكدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهجر، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في الدراسات الإسلامية إشراف الدكتور محمد الروكي، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2003.

252.مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر2006/2005.

ب.رسائل الماجستير

253.أحمد الشامي، التعديلات الجديدة الواردة على قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، اشراف الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009/2008.

254.أنس محمد عوض الخلايلة، وراثة الحقوق المالية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله في الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الرياض، السعودية، 2004/2003.

255.جندولي فاطمة الزهراء، إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010، الجزائر.

256.دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، الجزائر.

257.رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة 2011/2010.

258.رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2001.

259.مرزوقي قدار ،اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني للزواج في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران،2013/2012.

260.نادية فضيل، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، جوان 1984.

ت. مذكرات وبحوث

261.بوذراع عبد العزيز، الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، جويلية 2004.

262. عبد الكريم المداني، سلطة المحكمة الأمرية في إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، رسالة ديبلوم ماستر في القضاء والتحكيم،جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2014/2013.

263.عمر المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، بحث في إطار ديبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب،2006/2005.

خامسا: المقالات العلمية

264.أبو البصل عبد الناصر موسى، المدخل إلى فقه النوازل، مقال منشور في إطار ندوة جامعة الحسن الثاني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب.

265. الحسين الملكي، الأموال المكتسبة خلال العلاقة الزوجية ومقتضيات الكد والسعاية، مقال بجريدة العلم بتاريخ 04 ماي 2004، العدد 19705، الرباط، المغرب.

266.طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الإختصاص القضائي الدولي في قواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول،دمشق، سوريا، 2009.

267.عبد اللطيف الأنصاري، مفهوم السعايةونطاق تطبيقها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، مجلة الملحق القضائي، العدد 39، ديسمبر 2005.

268.عبده جميل غصوب، الأحكام القضائية الأجنبية أمام القضاء اللبناني، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد2، 2004.

269.عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، آثار الأحكام الأجنبية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الثاني، مطبعة عين شمس، 1964.

270.غالب علي الداوودي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مجلة القانون المقارن، العدد الرابع عشر، السنة التاسعة، 1982.

271.فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية،كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعةالجزائر،الجزء2، العدد 37، سنة1999.

272.محمود مسعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، 1990، العدد 46.

273.المختار الهراس، المرأة والملكية في أنجرة ابان فترة الإحتلال الفرنسي، مجلة مقاربات، سلسلة بإشراف عائشة بلعربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة1، الرباط، المغرب،1996.

274.نور حمد مسلم الحجايا، التناقض بين الأحكام الأجنبية القضائية وأثره في القانون الدولي الخاص الأردني، مقالة من مجلة الحقوق، العدد 2، 2005.

275.هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية،كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2008.

276.يوسف بن باصر، جديد مدونة الأسرة: المسار والتطلعات، قراءة تحليلية وتقييمية في مستجدات قانون الأسرة الجديد 70/03، سلسلة بن باصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، السنة الثالثة، العدد 8

سادسا: مداخلات الندوات والمؤتمرات والملتقيات:

277.عبد الرزاق دربال، مداخلة بعنوان ضابط الإختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الإختياري لجهة قضائية معينة، ألقيت ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21 و22 أفريل 2010.

278.محمد الكشبور، الحقوق المالية للزوجين، مداخلة ألقيت بمناسبة الندوة الوطنية المنظمة من طرف كلية الحقوق جامعة طنجة، المغرب، فيفري 2004.

سابعا: الأحكام والقرارت والإجتهادات القضائية

279.المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 1984، العدد2، القرار رقم 62011.

280.المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 1990، العدد4، القرار رقم 52207.

281.المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 1993، القرار رقم 86305.

282.المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 1996، العدد3، القرار رقم51066.

283.المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 2002،العدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 254709.

284.المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 2005،، العدد 1، القرار رقم 170032.

285.المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 2010، العدد2، القرار رقم 482270.

286. المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 2010، العدد 9، القرار رقم 509000.

287. المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 2011، العدد 2، القرار رقم 331696.

288. المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 2012، العدد 2، القرار رقم 654531.

ثامنا: المصادر الإلكترونية:

www.hrdiscussion.com

www.hcch.com

www.css.kuniv.edu

www.alhewar.net

25. CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX[1]

(Conclue le 14 mars 1978)

Les Etats signataires de la présente Convention,
Désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable aux régimes matrimoniaux,
Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux.
Elle ne s'applique pas :
1. aux obligations alimentaires entre époux ;
2. aux droits successoraux du conjoint survivant ;
3. à la capacité des époux.

Article 2

La Convention s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un Etat contractant.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 3

Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.
Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :
1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;
3. la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.
Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces

[1] Cette Convention, y compris la documentation y afférente, est disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net), sous la rubrique « Conventions ». Concernant l'historique complet de la Convention, voir Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, tome II, *Régimes matrimoniaux* (ISBN 90 12 01592 8, 387 p.).

immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Article 4

Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage.
Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux :
1. lorsque la déclaration prévue par l'article 5 a été faite par cet Etat et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article ;
2. lorsque cet Etat n'est pas Partie à la Convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage :
a) dans un Etat ayant fait la déclaration prévue par l'article 5, ou
b) dans un Etat qui n'est pas Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale ;
3. lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même Etat leur première résidence habituelle après le mariage.

A défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même Etat et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits.

Article 5

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une déclaration entraînant l'application de sa loi interne, selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 1.
Cette déclaration n'aura pas d'effet pour des époux qui conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat où, au moment du mariage, l'un et l'autre avaient leur résidence habituelle depuis cinq ans au moins, sauf si cet Etat est un Etat contractant ayant fait la déclaration prévue par l'alinéa premier du présent article, ou un Etat non Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale.

Article 6

Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable.
Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :
1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.
Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents ou par l'article 3, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Article 7

La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.

Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis :
1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet Etat est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou
2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou
3. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3.

Article 8

Le changement de la loi applicable en vertu de l'article 7, alinéa 2, n'a d'effet que pour l'avenir, et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.
Toutefois, les époux peuvent, à tout moment et dans les formes prévues à l'article 13, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi, sans préjudice, en ce qui concerne les immeubles, des dispositions de l'article 3, alinéa 4, et de l'article 6, alinéa 4. L'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Article 9

Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention.
Toutefois, le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposée par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire, à moins :
1. que des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit aient été remplies, ou
2. que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Le droit de l'Etat contractant où un immeuble est situé peut prévoir une règle analogue pour les rapports juridiques entre un époux et un tiers concernant cet immeuble.
Tout Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la portée des alinéas 2 et 3 du présent article.

Article 10

Les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi.

Article 11

La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.

Article 12

Le contrat de mariage est valable quant à la forme si celle-ci répond soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat a été passé. Il doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

Article 13

La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

Article 14

L'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.

CHAPITRE III – DISPOSITIONS DIVERSES

Article 15

Aux fins de la Convention, une nationalité n'est considérée comme nationalité commune des époux que dans les cas suivants :
1. les deux époux avaient cette nationalité avant le mariage ;
2. un époux a volontairement acquis la nationalité de l'autre au moment du mariage ou ultérieurement, soit par une déclaration prévue à cet effet, soit en ne déclinant pas cette acquisition alors qu'il savait que ce droit lui était ouvert ;
3. les deux époux ont volontairement acquis cette nationalité après le mariage.

Sauf dans les cas visés par l'article 7, alinéa 2, chiffre 1, les dispositions se référant à la nationalité commune ne sont pas applicables lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune.

Article 16

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la loi nationale d'un tel Etat est entendue comme visant le système déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.
A défaut de telles règles, on entend par Etat dont un époux a la nationalité, au sens des articles 3, alinéa 2, chiffre 1, et 6, alinéa 2, chiffre 1, l'unité territoriale où cet époux a eu en dernier lieu sa résidence habituelle ; de même, pour l'application de l'article 4, alinéa 2, on entend par Etat de la nationalité commune des époux l'unité territoriale où l'un et l'autre a eu, en dernier lieu, une résidence habituelle.

Article 17

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la résidence habituelle dans un tel Etat est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale de cet Etat.

Article 18

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits entre les lois de ces unités, lorsque la loi d'aucun autre Etat n'est applicable en vertu de la Convention.

Article 19

Aux fins de la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de régimes matrimoniaux, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.
A défaut de telles règles, la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux s'applique dans le cas prévu à l'article 4, alinéa premier, et la loi interne de l'Etat dans lequel ils avaient tous deux leur résidence habituelle reste applicable dans le cas prévu à l'article 7, alinéa 2, chiffre 2. A défaut de nationalité commune des époux, l'article 4, alinéa 3, s'applique.

Article 20

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

Article 21

La Convention ne s'applique, dans chaque Etat contractant, qu'aux époux qui se sont mariés ou qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet Etat.
Tout Etat contractant pourra, par déclaration, étendre l'application de la Convention à d'autres époux.

CHAPITRE IV – CLAUSES FINALES

Article 22

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.
Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 23

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.
L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 24

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat.
Cette déclaration, ainsi que toute extension ultérieure, seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 25

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment étendre cette déclaration.

Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas et indiqueront expressément l'unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

Article 26

Un Etat contractant qui connaît, à la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat, un système complexe d'allégeance nationale peut spécifier à tout moment, par déclaration, comment une référence à sa loi nationale doit être entendue aux fins de la Convention.

Article 27

Aucune réserve à la Convention n'est admise.

Article 28

Tout Etat contractant qui désire faire l'une des déclarations prévues aux articles 5, 9, alinéas 4, 21 et 26 la notifiera au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.
Toute modification ou retrait d'une déclaration sera notifié de la même manière.

Article 29

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles 22 et 23.
Par la suite, la Convention entrera en vigueur :
1. pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou adhérant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;
2. pour les territoires auxquels la Convention a été étendue conformément à l'article 24, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 30

La Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 29, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront postérieurement ratifiée, acceptée ou approuvée, ou qui y auront adhéré.
La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.
La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas. Elle pourra se limiter à certains territoires ou unités territoriales auxquels s'applique la Convention.
La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 31

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 23 :
1. les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 22 ;
2. les adhésions visées à l'article 23 ;
3. la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 29 ;
4. les extensions visées à l'article 24 ;
5. les dénonciations visées à l'article 30 ;
6. les déclarations mentionnées aux articles 25, 26 et 28.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 14 mars 1978, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.

الفهرس

شكر

.....02

إهداء.....03

مقدمة.....4

الباب الأول: تنازع القوانين في الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....17

الفصل الأول:التكييف الفقهي والقانوني للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....20

المبحث الأول: التكييف الفقهي للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....22

المطلب الأول: المقصود بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....22

الفرع الأول: مفهوم الأموال و الزواج عموما.....23

الفرع الثاني:الأموال المكتسبة من الناحية الشرعية.....31

الفرع الثالث: الأموال المكتسبة في فقه قانون الأسرة الجزائري.....33

الفرع الرابع: الأموال المكتسبة في فقه القانون المغربي والفرنسي 34

الفرع الخامس:الأموال المكتسبة بين الزوجين في فقه القانون التونسي.....50

المطلب الثاني: التأصيل التاريخي للأموال المكتسبة في الزواج.....51

الفرع الأول: نظام الأموال المكتسبة في القانون الروماني.....51

الفرع الثاني: نظام الأموال المكتسبة ضمن قوانين مصر الفرعونية.....52

الفرع الثالث: نظام الأموال المكتسبة في الفقه الإسلامي.....53

الفرع الرابع : نظام الأموال المكتسبة في القانون لفرنسي.....54

المبحث الثاني: التكييف القانوني للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....56

المطلب الأول: نظام فصل الأموال بين الزوجين.....58

الفرع الأول: مكانة المرأة في الأسرة عبر الحضارات لإنسانية.....58

الفرع الثاني: الذمة المالية للمرأة.....61

الفرع الثالث: مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية.....64

الفرع الرابع: مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في القانون الجزائري.....68

الفرع الخامس: مبدأ فصل الذمم المالية للزوجين في القانون الفرنسي.....70

المطلب الثاني: نظام الإشتراك في أموال الزوجين المكتسبة.....73

الفرع الأول: النظام الإتفاقي للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....74

الفرع الثاني: صور نظام إشتراك الإتفاق.....77

الفرع الثالث: نظام الإشترك القانوني للأموال المكتسبة ضمن الزواج لمختلط.....79

الفصل الثاني:القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة بين الزوجين ضمن الزواج المختلط.....84

المبحث الأول: قواعد الإسناد التي تحكم الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....86

المطلب الأول: تأرجح الأموال المكتسبة في الزواج المختلط بين الضابط الشخصي والضابط الإقليمي.....87

الفرع الأول: صلاحية الضابط الإقليمي لحل النزاعات المتعلقة بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....87

الفرع الثاني: صلاحية الضابط الشخصي لعلاج مشكل الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....90

الفرع الثالث: موقف التشريعات الغربية من القانون الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....94

الفرع الرابع: موقف التشريعات العربية من القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....100

الفرع الخامس: العراقيل التي تواجه تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج على نزاع الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط 107

المطلب الثاني: مجال تطبيق ضابط الإسناد على الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط..118

الفرع الأول: القاعدة العامة في بعض الدول لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....118

الفرع الثاني: حالة إخضاع العقود ما بين الزوجين لقانون معين.....122

الفرع الثالث: الإستثناءات الواردة على قاعدة إخضاع مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج.....123

المبحث الثاني: إعمال قواعد الإسناد التي تحكم الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط..128

المطلب الأول:الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....129

الفرع الأول:مفهوم الدفع بالنظام العام.....129

الفرع الثاني: خصائص وشروط الدفع بالنظام العام.....139

الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام.....142

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.....149

الفرع الأول:مفهوم الدفع بالغش نحو القانون.....149

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون.....154

الفرع الثالث: آثار الدفع بالغش نحو القانون 157

الباب الثاني: الأحكام القانونية المنظمة للأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط من جانب الإختصاص القضائي الدولي.....163

الفصل الأول: الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....167

المبحث الأول: ضوابط إنعقاد الإختصاص القضائي الدولي الأصلي.....169

المطلب الأول: الضوابط الإقليمية لمنح الإختصاص القضائي الأصلي في مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....170

الفرع الأول: ضابط الموطن كمعيار لمنح الإختصاص القضائي الأصلي للمحاكم الجزائرية في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....170

الفرع الثاني: ضابط موقع المال كمعيار لمنح الإختصاص القضائي الدولي الأصلي.....182

المطلب الثاني: الضوابط الشخصية لمنح الإختصاص القضائي الدولي الأصلي في مسالة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....185

الفرع الأول: ضابط الجنسية كضابط أصلي لمنح الإختصاص القضائي الدولي في مسألة الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....187

الفرع الثاني: ضابط القانون المختص.....199

المبحث الثاني: ضوابط إنعقاد الإختصاص القضائي الدولي الطارئ في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....204

المطلب الأول: ضابط الخضوع لالإختياري لإنعقاد الإختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحاكم الوطنية في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....205

الفرع الأول: مفهوم الخضوع الإختياري.....206

الفرع الثاني: أشكال التعبير عن الإرادة في إختيار المحكمة التي تنظر في دعاوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....210

الفرع الثالث: شروط الخضوع الإختياري لمحكمة دولة معينة للنظر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....212

الفرع الرابع: آثار الخضوع الإختياري لمحكمة دولة معينة للنظر في نزاع الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....217

المطلب الثاني: الإختصاص القضائي المبني على حسن أداء العدالة لمحكمة دولة معينة للنظر في النزاع المتعلق بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....220

الفرع الأول: إختصاص المحاكم المبني على حسن أداء العدالة ضمانا لوحدة الخصومة.....221

الفرع الثاني: إختصاص المحاكم المبني على حسن أداء العدالة للنظر في الدعاوى المستعجلة والتدابير
المؤقتة.....230

الفصل الثاني: تنفيذ الأحكام المتعلقة بدعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط الصادرة عن القضاء الأجنبي.....238

المبحث الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بدعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط أمام القضاء الوطني.....240

المطلب الأول: الشروط الإجرائية لتنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بدعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....245

الفرع الأول: شرط تقديم طلب التنفيذ للحكم الأجنبي أمام المحكمة المختصة.....244

الفرع الثاني: الوثائق المطلوبة لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبي متعلق بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....249

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لدعوى تنفيذ حكم أجنبي صادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....252

الفرع الأول: صدور الحكم الأجنبي من محكمة مختصة قضائيا.....253

الفرع الثاني: حيازة الحكم الأجنبي لحجية الشيئ المقضي به.....260

الفرع الثالث: عدم تعارض الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط مع حكم آخر صادر عن القضاء الوطني.....262

الفرع الرابع: عدم تعارض الحكم ألأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط مع النظام العام والأداب العامة في الجزائر.....265

الفرع الخامس: الشروط المختلف في الأخذ بها بين التشريعات الدولية.....271

المبحث الثاني: آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....278

المطلب الأول: آثار الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ.....278

الفرع الأول:الأثر الواقعي للحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....280

الفرع الثاني: الأثر المستندي للحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....282

الفرع الثالث: حجية الأمر المقضي به التي يتمتع بها الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ.....284

المطلب الثاني: آثار الحكم الأجنبي المتعلق بالأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط بعد منحه الأمر
بالتنفيذ.....288

الفرع الأول: إكتساب الحكم الأجنبي الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط لقوة التنفيذ على الأراضي الوطنية.....289

الفرع الثاني: حجية الشيئ المحكوم به أو قوة القضية المقضية للحكم الأجنبي المشمول بالأمر بالتنفيذ الصادر في دعوى الأموال المكتسبة ضمن الزواج المختلط.....293

خاتمة.....298

قائمة المصادر والمراجع.....307

ملاحق.....333

الفهرس.....340

ملخص.....347

ملخص:

يقوم الجانب المادي للأسرة على ما يعرف بالأموال المكتسبة للزوجين التي يحكمها نظامان أساسيان هما نظام إنفصال الذمة المالية للزوجين ونظام الإشتراك القانوني بصوره المختلفة.

أما على مستوى القانون الدولي الخاص فظهور العنصر الأجنبي في مسألة الأموال المكتسبة والمتمثل في إختلاف جنسية الزوجين يطرح عدة إشكالات على مستوى الإختصاصين التشريعي والقضائي الدولي أهمها إشكالية التكييف القانوني لمسألة الأموال المكتسبة في الزواج المختلط، ولذلك فإن تجاوز هذه الإشكالات على مستوى الإختصاص التشريعي يكون بالإعتماد على قواعد الإسناد التي تهدف إلى بيان القانون المختص أين يعمل القاضي على تكييف هذه المسألة وفق قانونه مالم يعترض تطبيق هذا القانون المختص عائقا قانونيا يتمثل في الدفع بالنظام العام أو بموجب الدفع بالغش نحو القانون.

أما تجاوز عقبات الإختصاص القضائي الدولي فيكون بالإعتماد على قواعد الإختصاص القضائي الدولي التي تحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوى الأموال المكتسبة في الزواج المختلط،ومن ثم تحديد الجهة المنوط بها منح الأمر بالتنفيذ للأحكام الأجنبية المتوفرة على الشروط المطلوبة قانونا حتى تنفذ على المستوى الوطني وينتج عن تنفيذ هذا الحكم جميع الآثار القانونية.

الكلمات المفتاحية:

الأموال المكتسبة، التكييف الفقهي، التكييف القانوني، نظام إنفصال الذمة المالية للزوجين، نظام الإشتراك القانوني لأموال الزوجين، الزواج المختلط، الإختصاص التشريعي، النظام العام، الغش نحو القانون، الإختصاص القضائي الدولي، الجهة القضائية المختصة، تنفيذ الحكم الأجنبي، الأمر بالتنفيذ.

Résumé:

L'aspect matériel de la famille est ce que l'on appelle l'argent acquis pour les époux, lequel est régi par deux règles fondamentales : le système de séparation de la responsabilité pécuniaire des époux et le système de participation légale sous diverses formes.

Au niveau du droit international privé, l'émergence de l'élément étranger dans la question des fonds acquis, à savoir la différence de nationalité des époux, pose plusieurs problèmes au niveau des spécialistes internationaux de la législation et de la justice, dont le plus important est le problème de l'adaptation juridique de la question de l'argent acquis dans les mariages mixtes. Les règles d'attribution qui visent l'énoncé de la loi concernée lorsque le juge s'efforce d'adapter cette affaire conformément à sa loi, à moins que l'objection de l'application de cette loi ne constitue un obstacle juridique, c'est à payer l'ordre public ou à payer une fraude contre la loi.

Quant à surmonter les obstacles de la compétence internationale, il repose sur les règles de la compétence internationale qui déterminent l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur les cas d'argent acquis lors de mariages mixtes et déterminent ainsi la partie chargée de mettre en œuvre les dispositions étrangères disponibles aux conditions requises par la loi à mettre en œuvre au niveau national. Mise en œuvre de cette disposition tous les effets juridiques.

Les mots clés :

Les biens acquets, Qualification de la jurisprudence, Qualification juridique, Le régime de divulgation financière pour le couple, Régime de participation légale des fonds des époux, Mariages mixtes, La compétence législative, L'ordre public, La fraude à la loi, La compétente Juridictionnelle internationale, La judiction compétente, Exécution d'un jugement étranger, Mise en œuvre.

Abstract:

The material aspect of the family which is known as the money acquired for the spouses is governed by two basic rules: the system of separation of the financial liability of the spouses and the system of legal participation in various forms.

At the level of private international law, the emergence of the foreign element in the issue of acquired funds, which is the difference of the nationality of the spouses, raises several problems at the level of the international legislative and judicial specialists, the most important of which is the problem of legal adaptation of the issue of monies acquired in mixed marriages. Therefore, overcoming these problems at the legislative level is based on The rules of attribution which aim at the statement of the law concerned where the judge works to adapt this matter according to his law unless the objection of the application of this law concerned a legal obstacle is to pay public order or by paying fraud against the law.

As for overcoming the obstacles of international jurisdiction, it is based on the rules of international jurisdiction that determine the judicial authority competent to adjudicate the cases of money acquired in mixed marriages, and thus determine the party entrusted with granting the order to implement the foreign provisions available on the legally required conditions to be implemented at the national level and the implementation of this provision brings about all the legal effects.

Key words:

Earned money, Qaulification of jurisprudence, Legal Qaulification, The financial disclosure system for the couple, System of legal participation of the spouses' funds, Mixed marriages, Legislative Competence, Order public, Fraud of law, The International jurisdiction Competence, The competent juriduction, Execution of foreign verdict, Implementation.