الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في حالة زواج مختلط

The implications of activating a public order in mixed marriage

أ. شعيب عبد الرشيد إحدادن، طالب دكتوراه في فلسفة القوانين، الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا –

أ. أسماء آكلي صوالحي، أستاذة مساعدة بقسم الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا –

الملخص:

تتمثل أهمية هذه الدراسة في أن فكرة النظام العام تعد من الأفكار الأساسية و المعقدة في علم القانون عموما، و الدفع بها في حالة زواج مختلط ينجم عنه العديد من الآثار إذ أن فكرة الزواج المختلط تشكل حقلا خصبا لتنازع القوانين بالنظر لتشعب هذه العلاقات و ترشيحها للاتصال بأكثر من نظام قانوني و ذلك نظرا للاختلاف الواسع في المفاهيم القانونية بين الدول العربية و الغربية في المواضيع الأسرية، إذ غالبا ما يحول النظام العام في هذه الدول دون تطبيق القوانين الأجنبية المختصة. و منه فإن الهدف من هذه الدراسة هو إزالة الغموض و معرفة اختلاف كل من القوانين العربية و الغربية في مسألة الزواج المختلط و تعارضة مع فكرة النظام العام و ذلك من خلال تسليط الضوء على الدور الذي يلعبه النظام العام في تصديه للقانون الأجنبي الواجب التطبيق و كل ما يخالف النظام الوطني و يشكل مساس به.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، الزواج المختلط، تنازع القوانين، قاعدة الإسناد.

Abstract:

The study seeks to the implications of activating a public order in mixed marriage. the idea of public order is one of the complex idea in law in general, as the issues of mixed marriage, When it related issues arise between couples with diverse backgrounds, questions as to which legal systems and norms should be applied to the relationship naturally follow with various potentially applicable systems frequently conflicting with one another. Therefore, the aim of this study

is to remove ambiguity and know the difference between Arab and Western laws in the matter of mixed marriage and contradiction with the idea of public order by highlighting the role that public order plays in confronting the applicable foreign law.

Key words: public order, mixed marriage, conflict of laws, attribution rule.

المقدمة:

نتيجة التطور الحضاري الهائل أصبح العالم قرية صغيرة أين ازدادت حركة انتقال الأموال و الأشخاص، و منه فإن الدولة أصبحت تضم مزيجا لا يستهان به من أشخاص أجانب من دول مختلفة الحضارات، و هو ما يؤدي إلى تنوع المعاملات و تعقد العلاقات القانونية بين الجنس البشري و القواعد التي تحكمها و أصبحت معرفة تلك القواعد ليس بالأمر اليسير، ما دام أن كل مجتمع لديه قواعده الخاصة و نظامه القانوني الذي يحكمه و يسهر على تنظيم و إدارة شؤونه.

إن هذا الاختلاف بين أنظمة الدول يثير بدون شك نزاعا و الذي من خلاله ظهرت قواعد التنازع التي تسند العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لقانون معين، و أمام هذه الوضعية ما على الدولة سوى أن تتدخل لتنظيم هذا النوع من العلاقات الدولية الخاصة من خلال تحديد القانون الأنسب لحكمها و الفصل في النزاعات القائمة، فجاء النظام العام على أساس أنه مصلحة عامة مهما كانت هذه المصلحة، سياسية كتنظيم الدولة و طريقة مباشرة سيادتها، أو اجتماعية كتنظيم الأسرة.

إن فكرة النظام العام قد تبنتها كل التشريعات قديما و حديثا مع تطور مفهومها و مجالها، و قد كرستها في نصوص مختلفة ضمن قوانينها، إلا أن تدخله في مسائل الأحوال الشخصية الأخرى لا سيما عقد الزواج و النزاعات الناجمة عنه فإنه يمثل المجال الخصب لإعمال النظام العام و ذلك راجع لسببين رئيسيين، أولهما أن العلاقات الأسرية تقوم على مفاهيم اجتماعية و أخلاقية و دينية، أما السبب الثاني فيتمثل في كون العلاقات غالبا ما تنظم بقواعد آمرة، كما هو الشأن في قانون الأسرة الجزائري، إن مسألة الزواج المختلط نتيجة تواجد العنصر الأجنبي الذي قد تكون له ديانة أخرى و يخضع إلى نظام قانوني آخر أمر يعيق إتمام هذا الزواج المختلط و إن تم هذا الزواج و نجمت عنه مشاكل فيؤدي ذلك إلى آثار تصل لحد التنافر الصارخ بين الأنظمة القانونية، و هو ما يجعل القانون الأجنبي في هذه الحالة يصبح بمثابة خطر يهدد استقرار السياسة التشريعية للدولة و يعارض مبادئها و أفكارها الأساسية، و لذلك و من أجل تفادي هذه النتائج الوخيمة يحتاج القاضي لوسيلة قانونية فعالة يمنع بموجبها تطبيق القوانين الأجنبية

المتعارضة مع الأسس الجوهرية لدولته، و لا شك أن النظام العام هو السلاح الذي يوفي بهذا الغرض، و قد أصبح الدفع به أمرا مسلما لدى مختلف دول العالم.

و من هنا و مما سبق تتجلى لنا الإشكالية الآتية:

كيف تكون تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية و بالتحديد في مسألة الزواج المختلط؟ و ما هي الآثار المترتبة عن تعارضهما؟

فرضيات البحث:

تتمثل فرضيات هذه الدراسة في:

- غياب الضبط للمفاهيم القانونية المتعلقة النظام العام.
- صعوبة تطبيق القواعد القانونية للقانون الأجنبي في دولة القاضي لاختلاف المفاهيم القانونية بين الدول العربية و الغربية.

الهدف من الدراسة:

إن الهدف الذي نبتغي الوصول إليه من خلال هذه الدراسة يتمثل في:

- إزالة الغموض و معرفة اختلاف القوانين العربية و الغربية في مسألة الزواج المختلط و تعارضه مع النظام العام لدولة القاضي و الآثار المترتبة عنه.

المناهج المتبعة:

المنهج التحليلي:

الذي نعتمده في تحليل النصوص القانونية في البحث و كذا الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.

المنهج المقارن:

هو عبارة عن عملية عقلية يستخدمها الباحث لتحديد أوجه الشبه و الاختلاف بين حادثين أو أكثر ليستطيع من خلالها الحصول على معارف أدق، إذ وظفناه في دراستنا للمقارنة بين حالات تدخل النظام العام في قضاء بعض الدول العربية و الغربية.

المبحث الأول: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في حالة زواج مختلط

المطلب الأول: أثر الدفع بالنظام العام أثناء إنشاء العلاقة القانونية

يفرق الفقهاء بالنسبة للأثر المترتب على الدفع بالنظام العام بين الأثر السلبي و الأثر الإيجابي و هو ما سنتطرق إليه في كل من الفرع الأول و الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأثر السلبي لاستبعاد القانون الأجنبي

الرأي الأول: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص المخالف لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي استبعادا كاملا و كليا، حتى و لو كان هذا القانون يتعارض فقط في جزء معين مع النظام الوطني، و يبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالحجج التالية[1]:

- أنه يجب النظر للقانون الأجنبي المختص كوحدة واحدة و كل لا يتجزأ و عليه فإن استبعاد الجزء المخالف منه و تطبيق أجزائه الأخرى غير المخالفة هو أمر ينطوي على تشويه لهذا القانون و تقطيع أوصاله، و بالتالي مسخه و تطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه، ويضيف هؤلاء بأن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق أكثر القوانين إتصالا بالعلاقة و أكثرها قدرة على تحقيق العدالة، و هو ما لا يتحقق إلا بتطبيق القانون الأجنبي المختص كاملا، حيث يكون الأمر على النقيض من ذلك في حالة الاستبعاد الجزئي، و مؤدى ذلك كله أن إعمال فكرة الإستبعاد الجزئي أمر يتناقض مع إرادة كل من المشرع الوطني واضع قاعدة التنازع، و كذا المشرع الأجنبي في الدولة المختص قانونها بالانطباق، و من ثم فإن قاعدة التنازع لا تتحقق بالنسبة للقانونين إلا من خلال الاستبعاد الكلي وحده.

الرأي الثاني: الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي

يؤكد الفقه الغالب في مختلف دول العالم أن الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بصورة كلية، و إنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد فقط الجزء المخالف لهذه الفكرة في دولة القاضي دون بقية الأجزاء الأخرى، و من ثم

1. حمزة بوخروبة، "موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة"، (مذكرة ماجيستير)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف. 2014/2013، ص .62

نكون بذلك قد احتفظنا للقانون الأجنبي و لقاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية، كما يسمح هذا الحل بتفادي عيوب قواعد التنازع دون أن يعطلها بشكل كامل.

و يبرر أصحاب هذا الإتجاه رأيهم بمجموعة من الحجج أهمها ما يلي[1]:

يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد و بصورة إستثنائية، فلا ينبغي اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس بالقواعد الأساسية في قانون القاضي، على أن يبقى ما دون ذلك محكوما بالقانون الأجنبي المختص أصلا.

إن الدفع بالنظام العام لا يرمي إلى إصدار حكم يقيم من خلاله القانون الأجنبي المختص في ذاته، و إنما يهدف إلى الحيلولة دون حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام الناشئة عن تطبيق بعض أحكامه، فإن أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف من هذه الأحكام، فلن يكون هناك مبرر لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى غير المتعارضة مع النظام العام. إن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي من خلاله تحقق قاعدة التنازع وظيفتها كما تصورها المشرع الوطني، كما يحفظ للقانون الأجنبي مكانته باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل، أما من يقول الرأي المعارض باستبعاد القانون الأجنبي برمته فهو يهدر الهدف و الغاية من قاعدة الإسناد، و يعصف بروحها، كما أنه يعتدي على القانون الأجنبي صاحب الإختصاص الأصيل، هذا الحل هو الذي تبناه القضاء، فأخذت به محكمة النقض الفرنسية في الكثير من أحكامها، حيث استبعدت فقط الجزء المخالف للنظام العام الفرنسي و أبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له، من ذلك حكمها الصادر بتاريخ 1943/11/08 في قضية « Fayeulle ».

فكرة الاستبعاد الجزئي آمن بها أيضا القضاء الجزائري، و يتجلى ذلك في العديد من قراراته، هذا الاتجاه هو الراجح أيضا في القانون المقارن، في حين أن المشرع الجزائري و من خلال نص المادة 24 من القانون المدني المعدلة نجده قد التزم الصمت، فلم يوضح ما إذا كان هذا الاستبعاد كليا أم جزئيا، لكن يرى البعض أن هذا الحكم (الاستبعاد الجزئي) ينطبق كذلك على نص هذه المادة، لأن الحكمة التي أرادها المشرع منها هي استبعاد النصوص التي تتعارض مع النظام العام أو الآداب، و ليس استبعاد القانون الأجنبي في حد ذاته، إلا إذا كان هذا القانون يتعارض في مجموعه مع النظام العام، أو كان الجزء المتبقي منه ليست له أهمية مقارنة بالجزء المستبعد.

1. حمزة بوخروبة، المرجع السابق الذكر، ص 63 – 66.

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه قد يحدث و أن يكون ثمة ارتباط وثيق بين أجزاء القانون الأجنبي و التي يستعصي الفصل بينها، بحيث يصبح من المتعذر على القاضي الاكتفاء باستبعاد النص أو الجزء المخالف للنظام العام في دولته دون بقية الأجزاء، عندئذ يتعين الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي، و في ذلك يؤكد الفقه أنه إذا تبين أن بقية أجزاء القانون الأجنبي المختص المرتبط بالجزء المخالف للنظام العام مرتبط فيه السبب بالنتيجة لدرجة تظهر فيه أن هذا الجزء المخالف بمثابة السبب الرئيسي لوجود القانون الأجنبي، فإن استبعاد هذا الجزء يترتب عليه حتما استبعاد بقية الأجزاء الأخرى المرتبطة به، و أكثر ما يظهر فيه فكرة الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي تكون في الحالات التي يترتب فيها على إعمال الدفع بالنظام العام إباحة أمر يحظره القانون الأجنبي، و مثال ذلك أن يكون قانون جنسية الزوجين يمنع الزواج بين مختلفي اللون، فإن هذا المنع لا يحول بداهة دون إمكان إبرام هذا الزواج وفقا للقانون الجزائري نظرا لتصادم أحكام القانون الأجنبي (قانون جنسيتهما المشتركة) مع النظام العام في الجزائر، فلو افترضنا أن نزاعا طرح بعد ذلك على القاضي الجزائري يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفقا للقانون الجزائري، فعليه أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم هذه الآثار استبعادا كليا، لأنه من غير المعقول أن يطبق القاضي هذا القانون على آثار زواج يعتبر باطلا وفقا لأحكامه، و ذلك حتى في الفرض الذي يتعارض فيه القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام في القانون الجزائري.

و يشبه البعض الحالة التي يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي استبعاد كليا في حالة ارتباط أجزائه ارتباطا تتعذر من خلاله التجزئة، بحالة العقد الذي يتضمن شرطا غير مشروع يكون بمثابة الدافع إلى التعاقد بما يرتبه ذلك من جعل العقد في مجمله باطلا.

<u>الفرع الثاني</u>: الأثر الإيجابي لاستبعاد القانون الأجنبي

إن الأثر الإيجابي هو إحلال قانون محل القانون الأجنبي المستبعد و المعطل بإعمال فكرة الدفع بالنظام العام، و يصبح مختص بدلا منه، مثال ذلك أن يتقدم **"بولونيان"** يقيمان في فرنسا بطلب عقد زواجهما في الشكل الديني وفقا لقانون جنسيتهما (البولوني) فيستبعد لمخالفته النظام العام الفرنسي و يعقد بذلك زواجهما طبقا للشكل المدني وفقا لأحكام القانون الفرنسي، إلا أن هناك اختلاف فيما يخص القانون الذي يعطى له الاختصاص.

إن القضاء الألماني يميل إلى استبعاد القاعدة التي تتعارض و تتنافى مع فكرة النظام العام و تطبيق قاعدة قانونية من نفس القانون الأجنبي المستبعد، بحجة أن الاختصاص في الأصل للقانون

الأجنبي المشار إليه بقاعدة الإسناد و بالتالي فإن منع نفاذه لتعارضه مع مفهوم النظام العام في البلد الذي يراد تطبيقه على إقليمه ليس مبرر للابتعاد كليا عن حيز تطبيقه ما دام أنه مختص. أما في حالة عدم وجود قاعدة قانونية مشابهة لتلك المستبعدة، يقوم القاضي بتعديل القواعد المستبعدة و جعلها مسايرة و ملائمة للنظام العام في بلد القاضي المعروض أمامه النزاع.

يستند هذا الرأي على ما يلي:

– ضرورة احترام قاعدة التنازع التي طالما قررت اختيار قانون معين يجب تطبيقه أو البحث عن حل في إطاره.

– أن الرجوع إلى القانون الأجنبي ذاته لتكملة الفراغ القانوني يحفظ للقانون مكانته.

أن الدفع على أساس النظام العام هو دفع استثنائي لذا يجب أن يبقى الأصل هو العمل بالقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

ما يلاحظ أن هذا الرأي لديه العديد من المزايا إلا أنه يأخذ عليه ما يلي:

إن اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية عند استبعاد القانون الأجنبي المختص لتشير إلى قانون آخر ملائم في حقيقة الأمر يكون غير مجد حيث يترتب على الأفراد إنشاء علاقة غير مشتركة في دولة القاضي مخالفة للنظام العام.

إن القول بأن القانون البديل الأقرب للعلاقة قد يكون قانون القاضي نفسه قولا لا يكون دائما صحيحا لأنه الأصح، لأن القانون البديل الأقرب للعلاقة قد يكون قانون القاضي و قد يكون على القاضي الوطني عند استبعاد القانون الأجنبي البحث من جديد على الحل الملائم للعلاقة المطروحة.[1]

أما في القضاء الجزائري قد اكتفى المشرع في المادة 24 من القانون المدني بإبراز الأثر السلبي فقط للنظام العام و على القضاء الجزائري التقريب بين الأثر السلبي و الإيجابي. كما يستند هذا الحل في المادة 9 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"، أما القضاء الفرنسي الذي أيده جانب من الفقه الذي يرى ضرورة إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته النظام العام فقد استقر عليه أغلبية الفقهاء المصريين و أيده أغلبية الفقه، هذا يعني أنه موقف

1. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول (المجلد الجزء الأول)، 2008، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، ص 179.

إيجابي إذا كانت قاعدة النظام العام فيه آمرة و مثال ذلك: أن يقدم يونانيان مقيمان في فرنسا بطلب عقد زواجهما في شكل ديني طبقا لقانون جنسيتهما اليوناني فيستبعد تطبيق القانون لمخالفته للنظام العام في فرنسا و يعقدان زواجهما طبقا للشكل المدني[1].

مهما كان من شأن الاتجاهات الفقهية التي أسلفنا عرضها فإن الأستاذ الدكتور هشام صادق ذهب إلى القول بأن تطبيق قانون القاضي بدلا من حكم القانون الأجنبي الذي استبعد باسم النظام العام هو خير الحلول جميعها فهو أكثر الحلول ملائمة للاعتبارات العملية، و أنه الحل الذي يتماشى مع طبيعة الفكرة العامة و التي تعد فكرة وطنية بالدرجة الأولى[2].

مما سبق ذكره نستخلص أن النظام العام يعطل أحكام القانون الأجنبي المختص التي تتعارض مع مفهومه و يستبدلها بقواعد موضوعية لقانون القاضي.

المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأت في الخارج

يختلف أثر الدفع بالنظام العام باختلاف ما إذا كان الأمر يتعلق بإنشاء حق في بلد القاضي أو كان يتعلق التمسك بآثار حق اكتسب في الخارج ففي الحالة الأولى يبحث القاضي في مدى مشروعية إنشاء هذا الحق في دولته وفقا لقانونه الوطني فإن تعارض قيامه مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته يتدخل النظام العام و يترتب أثره كاملا حيث يمنع قيام هذا الحق و يستبعد القانون الأجنبي المختص، أما في الحالة الثانية فيبحث القاضي في مدى إمكانية الإحتجاج بالحق المكتسب في الخارج و درجة مساسه بالنظام العام مع العلم أن إنشاؤه في بلد القاضي يكون غير ممكن لتعارضه مع النظام العام الوطني و عليه سنتطرق إلى الأثر المخفف و الإنعكاسي للنظام العام.

الفرع الأول: الأثر المخفف للنظام العام

ظهرت فكرة الأثر المخفف للنظام العام في الفقه الأوروبي و لقيت اهتماما كبيرا من طرف الفقه الفرنسي و الذي دعم هذه الفكرة بمعية القضاء الفرنسي بعدة مبررات.

يميز الاتجاه الغالب في الفقه و القضاء في فرنسا في مجال إعمال الدفع بالنظام العام بين مرحلة إنشاء حق داخل دولة القاضي، و مرحلة الاحتجاج في هذا البلد بآثار حق أكتسب في الخارج، ففي المرحلة الأولى يبحث القاضي إذا كان إنشاء الحق في بلده يتعارض مع النظام العام فيها أم لا، فينتج

1. حفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية (لبنان)، 2002، ص 154.
2. المرجع نفسه، ص 307.

النظام العام هنا كامل آثاره، فإذا كان القانون الأجنبي يمنع أمر ما خلافا للنظام العام في قانون القاضي، أو على العكس من ذلك إذا كان القانون الأجنبي يجيز إنشاء حقا خلافا للنظام العام في قانون القاضي، ففي هاتين الحالتين يستبعد القانون الأجنبي و يحل محله قانون القاضي فيحكم هذا الأخير العلاقة القانونية بدلا من الأول، بمعنى أن النظام العام ينتج كامل آثاره الإيجابية و السلبية في مرحلة إنشاء الحقوق، مثلا إذا عرضت على القاضي الجزائري دعوى طلاق رفعها زوج مسلم على زوجته، و تبين أن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع بموجب قواعد الإسناد في القانون الجزائري هو قانون دولة لا يجيز قانونها الطلاق، و هو ما يتعارض مع النظام العام في الجزائر، و بالتالي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي، و يطبق مكانه القانون الجزائري الذي يجيز الطلاق في هذه الحالة، أما في الحالة الثانية، فيتم الاحتجاج في دولة القاضي بآثار حق نشأ في الخارج مخالف للنظام العام في بلد القاضي، فيبحث القاضي هنا فقط ما إذا كان التمسك بآثار الحق الذي أكتسب في الخارج يتعارض مع النظام العام في بلده أم لا، فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين، فحين يراد إنشاء مركز قانوني ابتداء داخل دولة القاضي، ينتج النظام العام كامل آثاره، أما إذا أريد التمسك في بلد القاضي بآثار حق نشأ في الخارج لا يعتبر نفاذه حتما مخالف للنظام العام، فيكون أثر الدفع بالنظام العام مخففا (effet atténué) لأن الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر إزاء حق نشأ في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا أريد إنشاء نفس الحق في دولة القاضي[1].

إن المحاكم الفرنسية لم تتردد في الاعتراف بآثار الطلاق الواقع في الخارج ولو كان قد تم بناء على أسس لا يقرها القانون الفرنسي، بينما لا تقر هذه المحاكم إيقاع الطلاق في فرنسا لأسباب مماثلة لتعارض ذلك مع اعتبارات النظام العام،[2] كما يلاحظ أن القضاء الفرنسي يرفض الاعتراف بآثار الزواج المتعدد المبرم في الخارج متى كانت صلة تربط موضوع المنازعة في القانون الفرنسي حتى في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة، إذ استقرت أحكام القضاء الفرنسي على أن النظام العام الفرنسي يمنع الإعتراف به إن وقع في فرنسا غير أنه إن وقع في الخارج صحيحا يمكن الإعتراف بأثره استنادا إلى فكرة الأثر

1. كمال كيحل، المرجع السابق الذكر، ص 464.
2. حفيظة الحداد، المرجع السابق الذكر، ص 310.

المخفف، أما الأخذ بفكرة الأثر المخفف[1] في مصر و الإمارات العربية و سورية مثلا تقوم على أساس الإسلام.

الفرع الثاني: الأثر الانعكاسي للنظام العام

يمثل النظام العام أداة دفاع ذاتية تهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع و ما كانت هذه الفكرة تعبر عن الأسس الاجتماعية الاقتصادية و السياسية و الدينية لدولة معينة فهذا يعني بداهة عدم امتداد أثار فكرة النظام العام خارج حدود دولة القاضي باعتبار أن هذه الفكرة ذات طابع وطني بحث[2].

و لتوضيح الأمر نشير إلى مثال زواج تم إبرامه في بلجيكا بين بولونيين مختلفين في الدين رغم منع القانون البولوني المختص هذا الزواج لاختلاف ديانة الزوجين و قد تم الطعن في صحة هذا الزواج أمام القضاء الفرنسي فقضت محكمة **"لاسان"** بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 1922/02/15 بصحة هذا الزواج على اعتبار أن النظام العام لبلجيكا يشبه النظام العام في فرنسا[3] حيث تباينت أراء الفقه حول هذه المسألة فانقسم إلى فريقين.

يرى الفريق الأول أن الحق في الخارج تطبيقا لفكرة النظام العام لا يعترف به في بلاد القاضي ذلك أن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية و أن الدفع بالنظام العام ينحصر في حدود الدولة التي تم فيها دون أن تمتد آثاره إلى الخارج[4]، أما الفريق الثاني من الفقه فيرى أنه إذا تشابه النظام العام في البلد الذي نسب فيه الحق مع النظام العام لبلد القاضي فمن غير المنطقي في هذه الحالة ألا يعتبر بهذا الحق، ففي المثال المتعلق بزواج البولونيين في بلجيكا، لو عرض هذا الأمر بداية على القضاء الفرنسي لوصل إلى نفس النتيجة و اعتبر هذا الزواج صحيحا لأن فرنسا كبلجيكا لا تعتد بمانع الدين و من تم ليس من المعقول رفض الاعتراف بالحقوق التي تكتسب في الخارج لمجرد أنها نشأت تطبيقا لمقتضيات النظام العام في هذه الدولة و إنما يجب إقرار هذه الحقوق إعمالا لما يسمى بالأثر الانعكاسي للنظام العام، أما

1. محمد عبد العال عكاشة، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (بدون سنة)، ص 626-627.
2. عمر بلمامي، "الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص –دراسة مقارنة"– (مذكرة ماجيستير)، جامعة الجزائر، 1986، ص 215.
3. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 157.
4. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية (مصر)، 2006.

إذا اختلف النظام العام في الدولتين إختلافا جوهريا فلا يكون لفكرة النظام العام تأثيرا واحد مما يؤدي إلى عدم الاعتراف بهذا الحق في الدولة الثالثة[1]، فمثلا لو تزوجت جزائرية مسلمة بغير مسلم في فرنسا فإن هذا الزواج لا يمكن الإحتجاج به في الجزائر إذ أنه باطل لوجود مانع الدين بينما لو أريد الاحتجاج به في دولة ثالثة فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كانت هذه الدولة تأخذ بهذا المانع أو تعتبره مخالفا للنظام العام فلو أريد الاحتجاج بهذا الزواج في ألمانيا أو بلجيكا فلا شك أنه سيعترف به، أما في سوريا أو المغرب مثلا فلن يعترف به لأن هذه الدول تأخذ بهذا المانع.

المبحث الثاني: آثار الزواج المختلط و تنازع القوانين

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية

سنتناول هذا المطلب في فرعين، بالنسبة للفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية في القوانين العربية أما الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية في القوانين الغربية.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية في القوانين العربية

1-القاعدة العامة:

طبقا للقاعدة العامة التي تأخذ بها مختلف التشريعات العربية فإن الحقوق و الواجبات الزوجية تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج باعتبار أن الزوج هو رب الأسرة و قد أخذ المشرع الجزائري بذلك في المادة 12 من القانون المدني الجزائري:" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج"، [2] و لعل تفضيل قانون جنسية الزوج مرده هو مرتبته في الأسرة بصفته رب الأسرة و المكلف بشؤونها و إن كانت القوانين الغربية قد قللت من شأنه متأثرة بالأفكار التحررية[3].

1. إن مصطلح الأثر الإنعكاسي للنظام العام هو من وضع الأستاذ "Pillet" حيث يرى أن هناك قوانين متعلقة بالنظام العام في كل دولة و أن الدول الأخرى يجب أن تقر لها ذلك.
2. و تقابل هذه المادة في القوانين العربية مع اختلاف في الصياغة المادة 13 فقرة 1 مدني مصري، المادة 13 فقرة 1 مدني ليبي، المادة 14 فقرة1 مدني سوري، المادة 19 فقرة 2 مدني عراقي، المادة 14 فقرة 1 مدني أردني.
3. أمينة رحاوي، "الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص"، (مذكرة ماجيستير)، جامعة أبو بكر بلقايد، (2011-2012)، ص 43.

ما تجدر الإشارة إليه هو أن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية للزواج المختلط و المنحصرة بالضرورة في حقوق وواجبات الزوجين دون أن يمتد تطبيقه إلى النسب الشرعي أو إلى مسألة التجنس بالزواج بالرغم من أنهما تدخلان في نطاق الآثار الشخصية للزواج.

إن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الحقوق و الواجبات الزوجية قد يثير صعوبات إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج أو إذا غير الزوجان جنسيتهما إذ أن القانون الواجب التطبيق يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج لذا قد يبدو من الغرابة تطبيق قانون أجنبي على الزوجين، و هو قانون جنسية الزوج القديمة أي وقت انعقاد الزواج. لذلك من بين المشاكل التي تطرحها القاعدة العامة تجميد جنسية الزوج القديمة أي وقت انعقاد الزواج و يؤدي هذا إلى حلول قد لا تكون مجدية[1]، و من هنا يطرح التساؤل التالي: هل من البديهي في عقد زواج مبرم بين جزائري و مصرية و يغير بعد انعقاد الزواج كلا من الزوجين جنسيتهما فيصبحا فرنسيين أن يسري على الآثار الشخصية لزواجهما القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج؟.

تجنبا لهذه الانتقادات يميل الفقه و القضاء الفرنسيين إلى تطبيق القانون الجديد في هذا الصدد ما دام تغيير الجنسية لم يحصل بقصد الغش و العكس صحيح أيضا فلا يعقل أن يبقى قانون الجنسية السابقة يسري على آثار الزواج المستقبلية إذا اكتسب الزوج الجنسية الجزائرية، لأن اكتساب الجنسية الجزائرية ينطوي على التمتع بكافة الحقوق المقررة طبقا للقانون الجزائري النافذ[2].

2-الاستثناء الوارد على القاعدة العامة:

إن الاستثناء الوارد على القاعدة العامة يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج و هو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 13 ق.م.ج بنصها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج[3]، "و مؤدى الإستثناء هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه على الآثار الشخصية للزواج" و يتم الرجوع لنص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري لتحديد الحقوق و الواجبات المتبادلة بين

1. أمينة رحاوي، المرجع السابق الذكر، ص 44.
2. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2000، ص 161.
3. يقابل نص المادة 13 مدني جزائري في القوانين العربية المادة 14 قانون مدني مصري، المادة 14 قانون مدني ليبي المادة 15 قانون مدني سوري و المادة 19 مدني عراقي.

الزوجين، و الهدف من تقرير الاستثناء هو حماية الزوجة الوطنية لأن الأمر لو تعلق بالزوج فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج هو الذي يطبق طبقا للقاعدة العامة و يتقرر تطبيق الاستثناء على آثار الزواج الشخصية إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج و لو تغيرت جنسيته بعد ذلك بينما لا يتقرر تطبيقه إذا كان كلا الزوجين أجنبيا وقت انعقاد الزواج و اكتسبت أحدهما الجنسية الجزائرية بعد إنعقاد الزواج[1]، و أن هذا الاستثناء لا يتصور تطبيقه من محكمة أجنبية ما دام يقرر حلا وحيد الطرف كما أنه يثير صعوبة إذا أصبح كلا الزوجين أجنبيا فكيف يتصور في هذه الحالة تطبيق القانون الوطني على آثار الزواج المستقبلية لشخص أصبح أجنبيا و انقطعت صلته بالقانون الوطني.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية في القوانين الغربية

لقد أخذ التشريع المدني الفرنسي في عهده الأول بتطبيق القانون الشخصي للزوج لأنه كان يعترف لهذا الأخير بأنه رب الأسرة و يعبر في غالب الأحيان عن جنسيتها[2]، إلا أن النظام القانوني الفرنسي تخلى عن تطبيقه لقانون جنسية الزوج، و هذا عند بداية الحرب العالمية الأولى و خاصة بارتفاع نسبة النمو الديموغرافي و ارتفاع نسبة المهاجرين الأجانب إلى فرنسا، بحيث عمل النظام على تطبيق القانون الفرنسي إذا كان أحد أطراف عقد الزواج فرنسيا و كان الزوجان يقيمان معا في فرنسا و ما زاد في تدعيم هذا القانون هي الجمعية الدراسية لسنة 1930 و التي نصت في المادة 9 من مشروعها أن آثار الزواج تعتبر منفصلة عن النظام المالي إذ يجب أن تكون خاضعة للقانون الفرنسي إذا كان أحد الزوجين فرنسيا.

بقي هذا الإتجاه سائدا لفترة طويلة و يرجع الفضل في ذلك للأستاذ "نيبوابيه" الذي كان له تأثير في اللجنة المعدة للمشروع التمهيدي للقانون المدني،[3] و أمام الاتجاه الذي ينادي بالمساواة بين الجنسين عمل القضاء على التخلي عن تطبيق القانون الوطني الفرنسي و الأخذ بفكرة الموطن كضابط حيادي، إلا أن القانون الوطني في تلك الفترة لم يصل إلى حل ناجع في حالة وجود زوجين من جنسيتين مختلفتين أي أن قانون الموطن المشترك يمثل إسنادا حقيقيا للأسرة في حالة غياب الجنسية الموحدة بين الزوجين و هذا

1. أمينة رحاوي، المرجع السابق الذكر، ص 45.
2. بشرى زلاسي، الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده و آثاره (مذكرة ماجيستير)، كلية الحقوق، الجزائر، 2000-2001، ص 160.
3. نصت المادة 64 من المشروع التمهيدي المذكور أعلاه على ما يلي:
« les effets du mariage sont soumis a l'égard des deux époux a la loi française lorsque l'un des époux est régi par cette loi »

الحل تأكد تطبيقه في بعض القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية و من بينها قرار "Rivière" و قرار "Chemouni" الصادر في 1963/02/09 و المتعلق بالنفقة الغذائية بين الزوجين " Obligation alimentaire entre époux" و كذلك قرار "Campbele-johanston" الصادر في 15 /02 / 1966.[1]

نادى أيضا المشروع الأول لتقنين القانون الدولي الخاص لسنة 1959، و كذلك مشروع 1967 بتطبيق هذه القاعدة على آثار عقد الزواج المختلط، أما في حالة غياب الموطن المشترك للزوجين يكون تطبيق قانون آخر موطنا للزوجين، "La loi du dernier domicile commun" و هذا عن طريق القرار الصادر عن مجلس قضاء فرنسا في 1982/06/02.[2]

و خلاصة القول أن موقف القانون الفرنسي حول القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط لم يكن واضحا مما دفع بعضا من فقهاء القانون الدولي الخاص إلى المناداة بتطبيق الحلول الخاصة بالطلاق لأن هذا الأخير في نظرهم أثر من أثار الزواج إلا أن هذا الموقف عارضه الأستاذين "M.m loussouam et bourel" حيث فضلا تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون آخر موطن مشترك على الآثار الشخصية، و يبدو أن هذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي بعد الاختلافات الحادة التي مر بها في هذا الشأن رغم ما يطرحه قانون الموطن المشترك من مشاكل[3]، كما لو كانت الزوجة فرنسية و الزوج ايرلنديا و الإقامة وقت رفع دعوى الطلاق أمام القضاء الفرنسي كانت على الأراضي الايرلندية، هنا القانون الواجب التطبيق هو القانون الايرلندي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين إلا أن هذا القانون لا يقبل الطلاق، فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يقبل اخضاع الزوجة الفرنسية لقانون لا يقبل الطلاق خاصة و أن هذا الحكم يعد مخالفا للقانون الفرنسي؟

---

1. قال الأستاذ مايير:
« le lieu ou se déroulent matériellement : les relations matrimoniales est révélateur du milieu juridique dans lequel elles s'intègrent. Lorsque le facteur plus fort que constituerait la nationalité commune ne le supplant pas »

(راجع بالتفصيل قضية شموني)

2. نص مشروع 1967 المذكور أعلاه على ما يلي:
« les effets du mariage sont régis par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune si non par la loi du pays ou ils ont leur domicile et a défaut par celle de leur dernier domicile commun »

3. بشرى زلاسي، المرجع السابق الذكر، ص 161.

فالجواب المتوقع هو استبعاد القاضي الفرنسي القانون الأجنبي المختص (القانون الايرلندي) لأنه مخالف للنظام العام و هذا ما أكده قرار محكمة التمييز الفرنسية الصادر في 10 تموز سنة 1979 برفضه للقانون الأجنبي الذي لا يأخذ بالطلاق[1]، و هناك من الدول الغربية من استندت فيها الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط إلى القانون الشخصي للزوج وقت انعقاد الزواج كالتشريع الايطالي في نص المادة 18 من قانونه المدني الصادر في 1942/04/04، أما القانون الدولي الخاص التشكوسلوفاكي فنادى بتطبيق القانون الوطني في نص المادة 21 من نفس القانون و كذلك القانون الدولي الخاص البولوني في مادته 17، أما الدول التي سلكت مسلك القانون الفرنسي هي ألمانيا في قانونها الدولي الخاص لسنة 1986 معتبرة قانون الموطن المشترك ضابطا محايدا لا ينطوي على الإخلال بمبدأ المساواة بين الزوجين في الزواج المختلط، و مع هذه المواقف القانونية و القضائية المختلفة حول القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط إلا أن هناك دول أخرى لم تتخذ أي موقف حول هذه الآثار على مستوى القانون الدولي الخاص، و أحسن مثال على ذلك الدولة البلجيكية لأن هيئاتها القضائية لم تتعرض إلى مثل هذا النوع من النزاع لهذا يرى الكاتب « Rene piret » تطبيق القانون الوطني للزوج إذا كان قانون كل من الزوجين مختلفي الجنسية يعترف بسلطة و رئاسة الزوج في العائلة، أما إذا كان هناك اختلاف في المفاهيم بين القانونين فالضرورة تقضي تطبيق قانون واحد على الآثار الشخصية في عقد الزواج المختلط و هو قانون الموطن.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية

هو نظام قانوني الذي تخضع له العلاقات المالية بين الزوجين من حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية الأموال و إدارتها و الانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية، فلهذا فإن الزواج كما يرتب آثار شخصية قد يرتب آثار مالية أي بما يسمى الذمة المالية، و قد تكون هذه الأموال سواء مملوكة قبل الزواج أو بعده. و عليه سنتناول في هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج في القوانين العربية، أما الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية في القوانين الغربية، و الذي سنقسمه إلى قسمين، بالنسبة للقسم الأول، نظام الاشتراك المالي، أما القسم الثاني نظام الانفصال المالي.

1. بشرى زلاسي، المرجع السابق الذكر، ص 161.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج في القوانين العربية

إن معظم النظم القانونية العربية تجهل النظام المالي للزوجين، و بالتالي تتفق في إسناد آثار عقد الزواج المختلط بما في ذلك من أثر في المال إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد عقد الزواج، و دليل ذلك ما جاءت به المادة 13 فقرة 1 مدني مصري "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال أما حسب التشريع الجزائري حسب المادة 12 من القانون المدني الجزائري و التي تنص "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية المالية التي يرتبها عقد الزواج و يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[1]، فالنظام الجزائري يقوم على الانفصال المالي و هذا ما أقرته المادة 37 المعدلة بالأمر 05-02 قانون الأسرة و التي تنص على أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر "فهذا الأصل العام إلا أنه وضع إستثناء في المادة 37 و ذلك يرجع حسب الإنفاق بين الزوجين بإيجاب قبول كل منهما، هذا حسب الفقرة الثانية من نفس المادة التي تنص على ما يلي: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية، و تحديد النسب التي ستؤول إلى كل واحد منهما"، و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد القانون الواجب التطبيق بقانون الجنسية وقت الانعقاد و ذلك من أجل وضع حل لمسألة التنازع المتحرك لقاعدة جنسية الزوج بمعنى أنه يسري على آثار الزواج الشخصية و المالية قانون جنسية الزوج، و أن الأخيرة قد تتخذ ضابط للإسناد و تحديد القانون الواجب التطبيق و ضابط قابل لتغيير[2]، و هذا يؤدي إلى وجود مشكلة التنازع المتحرك فمثلا إذا أبرم زواج بين جزائري و سورية ثم غير الزوج أثناء حياته الزوجية جنسيته و اكتسب مثلا الجنسية السعودية و ثار النزاع حول آثار الزواج و التي منها المالية فهل يسري القانون الجزائري أم السوري أم السعودي أي قانون الدولة الحالية للزوج؟.

1. عدلت بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20يونيو (2005). ج.ر رقم 44، ص 19.
حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي: يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال. يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.
2. عبد الله سنينات، "دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في إطار القانون الدولي الخاص"، (مذكرة ماجيستير)، جامعة تلمسان، 2008 – 2009، ص 83.

فهنا أجابت المادة بصريح العبارة بقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج "وقت إنعقاد الزواج" أي يسري القانون الجزائري و هذا الحل أخذت به جميع الدول العربية[1]، أما فيما يتعلق بالإحالة من طرف قانون أجنبي فالمشرع الجزائري لا يقبل بها سابقا أما بعد التعديل يعترف بالإحالة من الدرجة الثانية حسب المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني على أنه "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"، أما المشرع المصري فلا يعترف بالإحالة في هذا الأمر شأنه شأن المشرع الجزائري قبل التعديل و مثال ذلك حالة ما إذا عرض النزاع على القاضي المصري يتعلق بزواج مختلط بين زوجين أحدهما فرنسي و قام الزوجان وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية بعقد مشارطة زواج اخضعها لقانون موطن الزوجية و هو القانون الايطالي، هنا القانون المصري لا يستطيع تطبيق القانون الإيطالي لأنه لا يقبل الإحالة من القانون الأجنبي (القانون الفرنسي)، هنا لا يجد أمامه إلا تطبيق القانون الفرنسي خاصة و أن المشرع المصري لم يفرق في قاعدة الإسناد الواردة في نص المادة 13 فقرة 1 سابقة الذكر بين القواعد القانونية و القواعد الاتفاقية السائدة في الدول الغربية فقانون جنسية الزوج يسري سواء بالنسبة للتنظيم المالي القانوني أو الإتفاقي[2]، باستثناء أموال الزوجين العقارية أو المنقولة فإنها تخضع لقانون موقعها و في كل الأحوال يسري القانون الوطني وحده إذا كان أحد أطراف عقد الزواج المختلط وطنيا.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية في القوانين الغربية

إن الدول الغربية تعرف ما يسمى بالنظام المالي للزوجين و الذي يكون إما قانوني أو إتفاقي، و قبل أن نتطرق للقانون الواجب التطبيق و الذي يعتبر نقطة خلاف بين مختلف التشريعات و النظم القانونية سنتناول التقسيم الذي تعتمده الدول الأوروبية و خاصة فرنسا الذي ينقسم في نظرها إلى قسمين:

القسم الأول: نظام الاشتراك المالي

و الذي بمقتضاه يشترك كل من الزوجين في الأموال الخاصة للأسرة و يتولى الزوج إدارة الشؤون المالية بموافقة الزوجة و قد يأخذ هذا النظام ثلاثة صور هي:

الصورة الأولى: هي نظام الإشتراك العام، فهنا تكون كل الأموال مشتركة بينهما.

1. عبد الله سنينات، المرجع السابق الذكر، ص 84.
2. بشرى زلاسي، المرجع السابق الذكر، ص 158.

الصورة الثانية: يكون الإشتراك في المنقولات و المكاسب.

الصورة الثالثة: نظام الإشتراك المخفض و الذي بمقتضاه يستأثر كل من الزوجين بما لديه من منقول و عقار عند الزواج و لا يشتركان إلا فيما يكسبانه أو يدخرانه بعد انعقاد الزواج و هذا هو النظام الذي أصبح بعد التعديل الجديد[1].

القسم الثاني: نظام الانفصال المالي

بمقتضاه يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في إدارة أمواله الخاصة على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة، فعلى الزوجين أن يختارا أي نظام قبل انعقاد الزواج و ذلك قبل شهر من تاريخ انعقاد الزواج و لا يمكن تعديل النظام الذي تم اختياره إلا بموجب حكم قضائي، و نتيجة لاختلاف الفقهاء في تكييفها، فلقد اعتبرها البعض داخلة في نطاق الأحوال الشخصية و بالتالي تخضع لقانون الموطن الذي استقر فيه الزوجان بعد الزواج باعتبار أن ارادتيهما يفترض أنهما انصرفتا إلى اختيار قانون الموطن الذي استقرا فيه لكي يسري على نظامها المالي و القانوني و هو ما كان « dumoulin » قد اقتضى به في نظام الزوجين « goney » اللذين استقرا بباريس. غير أن هناك أحكاما قضائية كثيرة تعتبر نظام الإشتراك القانوني داخلا في نطاق الأحوال الشخصية لقانون جنسية الزوج، أما النظم الاتفاقية فيجمع القضاء و الفقه الفرنسي على اعتبارها عقودا و على اخضاعها لقانون الارادة الذي تخضع له العقود[2]، و ذهبت بعض دول القارة الأوروبية إلى اعتبار النظام المالي للزوجين داخلا ضمن روابط الأسرة و بالتالي يخضع لقانون الجنسية كالقانون الألماني مثلا ففي حال اختلاف الزوجين في الجنسية يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج و في الولايات المتحدة و إنجلترا يسري على آثار الزواج فيما يخص المنقولات قانون موطن الزوجية أما العقارات فتخضع لقانون موقعها[3]، أما اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14 مارس 1978 و التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 01 سبتمبر 1992[4] تخضع النظام المالي للزوجين فيما يتعلق بالمنقولات لقانون الإرادة و في حالة عدمه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج و هو ما يتعذر تصوره في الزواج المختلط (اختلاف

1. علي علي سليمان، المرجع السابق الذكر، ص 74.
2. المرجع نفسه، ص 75.
3. فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 266.
4. convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (conclue le 14 mars 1978).

الزوجين في الجنسية وقت إبرام الزواج)، و لذلك جاءت الاتفاقية بحلول أخرى بنصها على تطبيق قانون الدولة التي فيها للزوجين إقامة معتادة أو قانون الموطن المشترك للزوجين المستقبلي بعد الزواج، و هو ما نصت عليه الاتفاقية السالفة الذكر في فقرتها الأولى من المادة 03 من الفصل المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين أما المادة 04 من الاتفاقية في فقرتها الأولى فأسندت النظام المالي للزوجين لقانون الموطن المشترك بعد الزواج، أما شكل المشارطة في الزواج فالفقرة 1 من المادة 06 من إتفاقية لاهاي المبرمة في 17 جويلية 1905 تخضعها لقانون مكان الإبرام أو للقانون الوطني للزوجين وقت إبرام عقد الزواج أو للقانون الوطني للزوجين أثناء الزواج مما يعني أنه في حالة الزواج المختلط فشكل المشارطة في الزواج تخضع لقانون مكان الإبرام[1]، بقي الوضع على حاله إلى أن نادى فريق من الفقه الفرنسي المعاصر بخضوع النظم المالية للزواج المختلط و منها نظام الاشتراك القانوني إلى قانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج غير أن مجموعة أخرى من الفقهاء أدمجت هذا النظام في طائفة الأحوال العينية و جعلته يخضع لقانون الموطن[2]، و أمام هذه الاختلافات الفقهية صدرت عدة أحكام قضائية قضت بتطبيق قانون جنسية الزوج باستثناء النظم الاتفاقية و التي اجتمع الفقه و القضاء الفرنسيان على اخضاعها لقانون إرادة المتعاقدين[3] و بغض النظر عن العقود التي يبرمها الزوجان سواء كانت اتفاقية أو قانونية فإن هناك عقودا مالية تعقد بين الزوجين أهمها عقد الهبة و عقد البيع و عقد العمل و عقد الشركة حيث صدرت في شأنها عدة قرارات قضائية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في حالة وجود عقد زواج مختلط[4]، بالنسبة لعقد الهبة اسنده القضاء الفرنسي إلى قانون آثار الزواج أي قانون الموطن المشترك الذي يسري على الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط و هذا ما يؤكده القرار الصادر من طرف الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 1966/02/15 في قضية «Campbell– johston» و المتعلقة بهبة حول منقول.

و يستنتج أخيرا أن العبرة من السلطة القضائية في إسنادها لهذه العقود لقانون آثار الزواج (قانون الموطن المشترك للزوجين) هي حماية لنظام الزواج، و إن كانت أيضا حتمية الرجوع إلى هذا القانون تكمن في معرفة ما إذا كان هذا الأخير يجيز إبرام مثل هذه العقود بين الزوجين مختلفي الجنسية من

1. أمينة رحاوي، المرجع السابق الذكر، ص 53.
2. بشرى زلاسي، المرجع السابق الذكر، ص 171.
3. علي علي سليمان، المرجع السابق الذكر، ص 75.
4 . Dniel Gutmann, Droit international prive, 3eme édition, Dalloz, 2002.

عدمه و ماعدا هذا فإن قانون الارادة هو المختص من حيث الشروط الموضوعية و آثار العقد[1]، و لقد بدى لنا واضحا من خلال هذا التحليل فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج المختلط و القيود الواردة عليه أن ما سعت إليه غالبية النظم القانونية في اسناد هذه الآثار إلى قانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج، قد لا يجد هذا الإسناد صداه و هدفه أمام القيد الوارد عليه و المتمثل في قانون موقع المال و هذا القيد تتبناه غالبية التشريعات المقارنة باعتباره جزءا من السيادة و يدخل في إطار نظامها العام لهذا إذا عرض النزاع على القاضي، و تبين لهذا الأخير أن النزاع متعلق بأموال فوق ترابه تابعة لأحد أطراف عقد الزواج أو لكليهما فإن قاضي الموضوع سيكون مضطرا إلى تطبيق قانونه و هو قانون موقع المال، و لو كان هذا متعارضا مع النظام العام لقانون جنسية الزوج، مما يدفعنا إلى القول أن النزاع القانوني قد يبقى مرة أخرى في حلقة مفرغة بسبب تعارض الأنظمة القانونية فيما يخص الأحكام الواردة في قانون موقع المال.

الخاتمة:

مما سبق بيانه نستنتج أن الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في حالة زواج مختلط متعددة فمنها الأثر السلبي و الذي يعني استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي إما جزئيا أو كليا حسب النظام القانوني المعمول به في كل دولة، و هناك أيضا ما يعرف بالأثر الإيجابي و هو حين يتم استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام فعلى القاضي أن يسد الفراغ التشريعي الناتج و بالتالي البحث عن بديل لحل النزاع، و على غرار هاذين الأثرين يوجد الأثر المخفف و الانعكاسي للنظام العام، فالأثر المخفف هو التمسك بالحق بشرط عدم التعارض مع مقتضيات النظام العام لتلك الدولة، كأن يتمسك مسلم بأثر زواجه بأكثر من واحدة في بلد كفرنسا، أما الأثر الانعكاسي يتمثل في أن مسألة الاعتراف بالحق لا تتجاوز حدود الدولة أي لا تكون لها آثار خارجية باعتبارها تمثل النظام العام الخاص بدولة معينة. بالإضافة لهذه الآثار توجد آثار أخرى للزواج المختلط منها الآثار الشخصية التي تشمل كل من الإخلاص و الطاعة و حسن المعاشرة و الحقوق و الواجبات بين الزوجين، و الآثار المالية التي تشمل كل من النفقة و المهر، إذ أن النظم القانونية العربية تجهل هذا النظام المالي للزوجين حيث أخضعتها كغيرها إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد عقد الزواج أما بالنسبة للقوانين الغربية فتعرف ما يسمى بالنظام المالي للزوجين حيث اعتمدت فيه قسمين، النظام الاشتراكي المالي أو

1- علي علي سليمان، المرجع السابق الذكر، ص 75.

النظام الانفصالي المالي، أما القانون الواجب التطبيق عليه فقد أخضعها البعض إلى قانون الموطن أو إلى الجنسية و هناك من أخضعها لقانون الإرادة. و من مجمل النتائج المتوصل إليها ننهي إلى أن فكرة النظام العام هي فكرة و طبيعة تهدف إلى المحافظة على المصالح العامة للمجتمع، و حماية المبادئ و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني للدولة في مختلف المجالات خاصة في مجال الأحوال الشخصية الذي يشكل مجالا حساسا يتأثر بظروف المجتمع و ما يسوده من مبادئ و قيم أخلاقية و دينية و التي تحرص كل دولة على حمايتها للمحافظة على كيان الأسرة كونها اللبنة الأولى للمجتمع.

قائمة المصادر و المراجع:

أولا: الكتب

1. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول (المجلد الجزء الأول)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، 2008.
2. الحداد حفيظة، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية (لبنان)، 2002.
3. محمد عبد العال عكاشة، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (بدون سنة).
4. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.
5. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2000.
6. فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
7. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية (مصر)، 2006.

ثانيا: المقالات

1. كمال كيحل، "الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص"، **مجلة الحقيقة** المجلد 13، (العدد 29).

ثالثا: الرسائل و المذكرات

1. بوخروبة حمزة، "موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة"، (مذكرة ماجيستير)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014/2013.
2. بشرى زلاسي، "الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث إنعقاده و آثاره"، (مذكرة ماجيستير)، كلية الحقوق، الجزائر، 2000-2001.
3. عمر بلمامي، "الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص –دراسة مقارنة–"، (مذكرة ماجيستير)، جامعة الجزائر، 1986.
4. أمينة رحاوي، "الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص"، (مذكرة ماجيستير)، جامعة أب بكر بلقايد،(2011-2012).
5. عبد الله سنينات، "دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و إنحلالها في إطار القانون الدولي الخاص"، (مذكرة ماجيستير)، جامعة تلمسان، 2008-2009.

رابعا: القوانين:

1. الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم للقانون 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

مراجع أجنبية:

1.Dniel Gutmann, Droit international prive, 3eme édition, Dalloz, 2002.