جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين

"مذكرة مقدّمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون خاص"

إعداد الطالبة :
بوعامر أميرة
شايش هاجر

إشراف الأستاذة
د. زينب خذير

لجنة المناقشة :

لقب واسم الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
خالدي صفاء هاجر	أستاذ محاضر " أ"	جامعة غرداية	رئيسا
خذير زينب	أستاذ محاضر " أ "	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
نسيل عمر	أستاذ محاضر " أ "	جامعة غرداية	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2022-2023م

"إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

مقدمة العماد الأصفهاني، معجم الأدباء.

شكر وعرفان

الحمد لله أولا آخرا على فضله ومنّه الذي وفقنا لإتمام هذا العمل

ونتقدَّم بالشكر والعرفان للأستاذة المشرفة "الدكتورة خذير زينب"

التي لم تبخل بإرشاداتها وتوجيهاتها ونصائحها القيمة التي كان لها

الأثر البالغ في إنجاز هذه المذكرة.

أرجو لها دوام الصحَّة والعافية.

كما لا يفوتنا أن نشكر كل أساتذة قسم الحقوق بجامعة غرداية

وإلى كل من مد يد المساعدة لنا من قريب أو بعيد.

إهداء

إلى أبي الغالي إلى من رسم معي ملامح هذا النجاح العظيم إلى من علمني أن النجاح لا يأتي إلا بالصبر و الإصرار، إلى من أخذ بيدي للوصول إلى غايتي(حفظه الله ورعاه)

إلى جنتي أمي الحبيبة إلى من صنعتني وأوصلتني ما أنا عليه إلى النور الذي أنار دربي إلى من بذلت جهد السنين من أجل أن أعتلي بسلالم النجاح (أدام الله صحتها وعافيتها)

إلى إخواني وأختي وكل أفراد أسرتي إلى من استمروا في تشجيعي ودعمي طوال سنوات الدراسة دون كلل أو ملل إلى من تطلعوا لنجاحي بنظرات الأمل

وإلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل

وإلى جميع أساتذتي بقسم الحقوق بجامعة غرداية

بوعامر

إهداء

الحمد لله بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا محمد عليه أزكى الصلوات وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

أهدي ثمرة عملي هذا إلى أمي الحبيبة أطال الله عمرها وحفظها

إلى أخواني وأختي وكل أفراد أسرتي إلى من استمروا في تشجيعي ودعمي طوال سنوات الدراسة دون كلل أو ملل إلى من تطلعوا لنجاحي بنظرات الأمل

وإلى كل من كان له الفضل في تعليمي

وإلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد

وإلى كل من جمعنا به طلب العلم

وإلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل

وإلى جميع أساتذتي بقسم الحقوق بجامعة غرداية

شايش

مقدمة

قال تعالى في سورة الحج: " **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا.**"[1] (صدق الله العظيم) ، داعيًا البشرية إلى التأمل في خلقها وتنوعها، إذ خلق الله الإنسان من الذكر والأنثى، وجعل بني آدم شعوبا وقبائل لغرض التعارف.

في هذه الآية، تتجلى الدعوة إلى فهم الاختلافات بين البشر والسعي للتعارف والتفاهم. يعتبر هذا التعارف جوهريًا، خاصةً في ظل العصر الحديث الذي شهد انفتاحًا عالميًا حيث أصبح العالم قرية صغيرة، مدفوعًا بالتقدم الكبير في وسائل الاتصال والمواصلات وتقنيات الاتصال.

ومع تلك التحولات، يظل الحفاظ على الهويات الثقافية والقيم أمرًا مهمًا. تتنوع المجتمعات في قوانينها وأنظمتها، وتتعامل مع التحديات التي تطرأ نتيجة لتواجد أشخاص من جنسيات مختلفة. هذا يتطلب وضع قواعد إضافية لتنظيم العلاقات بين الأفراد والمجتمعات، ويُشار إليها بمصطلح قواعد القانون الدولي الخاص.

على الرغم من التنوع والتحديات، تظل الأنظمة القانونية ملتزمة بحماية الحقوق وتوفير الأمان والثقة للجميع. يعد تنازل الأنظمة عن اختصاصها في حالات التنازع بين قوانين مختلفة وترجيح إحداها على الأخرى استنادًا إلى قواعد القانون الدولي الخاص حلاً ملائمًا لضمان النظام والعدالة في المجتمع.

في إطار العلاقات التي تتسم بالتنوع والاختلاف، تتفرد العلاقات ذات العنصر الأجنبي بشموليتها، حيث تتجسد في الميدان السياسي والاقتصادي والاجتماعي. ومن بين هذه العلاقات، تبرز بوضوح علاقة الزواج ذات الطابع الاجتماعي، والتي تتحول إلى زواج مختلط في حال تباين جنسيات الأطراف المعنية. يعتبر هذا النوع من العلاقات الزوجية الزواج المختلط محورًا أساسيًا وأكثرها غنى ضمن المسائل التي تثير تنازع القوانين، نظرًا لأهميته الفائقة.

---

1 سورة الحج، الآية 13.

الزواج المختلط، الذي يندرج تحته علاقات جدية تتداخل فيها جنسيات الشركاء، يمتلك تأثيرًا بالغًا على مراكزهم وهوياتهم الوطنية. تلك الآثار قد تتسع دائرتها لتطال دولًا أخرى مما يضفي على هذا النوع من العلاقات أبعادًا دولية.

في هذا السياق، يظهر الزواج المختلط كتحدي يتجاوز حدود الأفراد المعنيين به إذ يلامس مستويات المجتمع برمته ويتداخل مع تشكيل الهويات الثقافية والوطنية. تصبح مسائل تنازع القوانين أمرًا لا يمكن تجاهله في مثل هذه الحالات، حيث يتطلب حلاً متوازنًا يحفظ حقوق الأطراف ويضمن استقرار العلاقة في إطار دولي.

في إطار قضية الزواج المختلط تتداخل المسائل بتعقيد لا يستهان به، إذ ينطوي الزواج بطبيعته على أبعاد دينية وعقائدية ومجتمعية مما يجعل قضية وضع قانون مختص أمرًا شاقًا و يعامل هذا الأمر بحساسية فائقة، حيث يتطلب القانون المختص إيجاد حلا متوازناً يتجاوز التحديات ويحافظ على استقرار العلاقة، خاصة أن الزواج يأخذ هوية مختلفة في كل قانون مما يفضي إلى اختلاف في التعريفات والشروط. قد يعتبر زواجًا في قانون معين ولا يلقى الاعتراف به في آخر، مما يفتح الباب أمام مشاكل قانونية تتعلق بالآثار المترتبة على هذه العلاقة، وخاصة تأثيرها على الأطراف والأولاد.

تشكل قضية الزواج المختلط تحديًا للتشريع، وتحتاج إلى إيجاد حل شامل يلبي تطلعات المجتمع ويحمي حقوق الأفراد. تعزز هذه المسائل النقاش حول تنازع القوانين، وتترك للمشرع مسؤولية العثور على مخرج مناسب ووضع حلول فعّالة في هذا السياق.

لهذا تختلف الدول في تنظيم قضايا الأحوال الشخصية، حيث تعتبر بعضها الزواج جزءًا من هذه القضايا، في حين تدخل بعضها الآخر في طائفة الأحوال العينية. وتتفاوت الدول أيضًا في تحديد مدى التقنين، فهناك من اختار التقنين الكلي، وآخرون فضلوا التقنين الجزئي. على سبيل المثال، اختار المشرع الجزائري دمج مسائل الزواج وكل ما يتعلق بها ضمن فئة الأحوال الشخصية، مع إشارة إلى أهمية احترام الأحكام الواردة في القانون المدني.

بالتأكيد، قد تكون هذه الاختلافات والتحديات نابعة من محاولة المشرعين مواكبة التطورات الاجتماعية والثقافية المعاصرة.

دراسة مسألة تنازع القوانين في حالات الزواج المختلط تكتسي أهمية كبيرة، حيث تبرز التحديات المتعلقة بتباين التشريعات في تنظيم الأحكام المتعلقة بانعقاد هذا النوع من الزيجات. يعتبر هذا الموضوع واحدًا من الجوانب الحيوية في ميدان القانون الدولي الخاص، حيث يفتح آفاقًا لتحليل النزاعات القانونية والتحديات الناشئة عن التفاعل بين النظم القانونية المتعددة مما يبرز أهمية التعمق في دراسته بشكل شامل، و يمكن تلخيص تلك الأهمية في النقاط التالية:

1. قضية الزواج المختلط تشكل مجالًا واسعًا وغنيًا يحمل في طياته مسائل معقدة لتنازع القوانين.
2. يعد الزواج من بين أبرز المحطات التي تبني صلات قوية وتربط روابط أسرية ذات أهمية كبيرة.
3. التفاعل المتزايد بين الثقافات والشعوب يعزز من فرص حدوث الزواج المختلط، فتتنوع الخلفيات بشكل ملحوظ.
4. يتضمن الزواج المختلط تحديات داخلية وخارجية تعزز تعقيد العلاقات الزوجية.
5. يرتبط الزواج بشكل أساسي بفهم النظام العام، ويتأثر بعوامل محيطية تتفاوت في تأثيرها من مجتمع إلى آخر.

إن سبب اختيارنا دراسة أكاديمية في ميدان تنازع القوانين، وتحديدًا في أحد أبرز مواضيعه، ينطلق من جذور دوافعنا، والتي تتشعب بين دوافع ذاتية وأخرى ذات طابع موضوعي. في النطاق الذاتي، يعود سبب اختيارنا إلى انجذابنا للموضوعات المتشعبة ضمن أروقة القانون الدولي الخاص، وشغفنا العميق بفهم تفاصيل وآفاق موضوع الزواج المختلط الشيء الذي يمنحنا مستقبلا تقديم استشارات قانونية ذات جودة و تميز.

أما من الناحية الموضوعية، فإن مجموعة متنوعة من الأسباب تتداخل، حيث تتضمن:

– تزايد حالات الزواج المختلط بين مواطنين وأجانب، ولاسيما بين الجزائريين والفرنسيين.

– الاطلاع على المواقف التي تتخذها التشريعات المقارنة وكيفية تنظيمها لتسوية تنازع القوانين في حالات الزواج المختلط.

–كثرة القضايا التي تُرفع أمام المحاكم، والتي يكون موضوعها هو الزواج المختلط.

– المساهمة، ولو بشكل بسيط، في إثراء المعرفة الأكاديمية بشأن موضوع الزواج المختلط.

تهدف هذه الدراسة إلى توجيه الأنظار نحو القوانين التي يجب تطبيقها عند حدوث الزواج المختلط، مع إلقاء الضوء على ضرورة استبعاد التداول بالقانون الأجنبي، واستكشاف القواعد الموضوعية التي تُحكم تلك العقود. يتعمق البحث أيضًا في فهم قواعد الإسناد ذات الصلة بتنظيم الزواج المختلط لتحديد نطاق كل منها في إطار القانون الدولي الخاص. كما نقف كباحثين عند التحديات التي قد يواجهها القاضي الوطني أثناء تفعيل هذه القواعد، ونقدم حلا لها بناءً على قواعد الإسناد الوطنية. ومن ثم، نسعى إلى التوصل إلى فهم نهائي للنزاعات المرتبطة بانعقاد الزواج المختلط. إضافة إلى ذلك، يُلقي البحث الضوء على الحالات التي يمكن فيها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، حتى وإن كان مختصًا بموجب النزاع المتعلق بانعقاد الزواج المختلط.

كما هو الحال مع أي بحث علمي، واجهتنا تحديات متنوعة، بدءًا من الكم الهائل من المعلومات العلمية في هذا الموضوع، مما أدى إلى تشويش الذهن، وصولاً إلى صعوبة الربط بين الأفكار وضيق الوقت. بالإضافة إلى هذه التحديات، نعتبر ندرة المراجع الجزائرية التي تتناول موضوعنا من الصعوبات الإضافية، حيث أثرت سلبًا على قدرتنا على استنباط الرؤى والتحليلات المحلية، مما جعل التفاعل مع السياق الثقافي والقانوني الجزائري أمرًا أكثر تعقيدًا.

خلال دراستنا للموضوع، اعتمدنا على المنهج الوصفي نظرًا لكونه الأسلوب الأكثر تناسبًا لأغراض البحث في هكذا مواضيع، خاصة في مجالاته النظرية. كما اتبعنا أسلوب التحليل عند استعراض نصوص القوانين المتعلقة بهذا الموضوع. وقد تم اللجوء بشكل استثنائي إلى المنهج المقارن فقط عندما تطلبت الدراسة ذلك.

و بهدف استيفاء جوانب الموضوع رغم تشعبها فقد بدأنا بحثنا هذا بطرح الإشكالية التالية: ماهو القانون الواجب التطبيق بشأن الرابطة الزوجية المشتملة على العنصر الأجنبي؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية معالجة الموضوع في فصلين أساسيين:

الفصل الأول تعرضنا فيه لإبرام عقد الزواج المختلط وآثاره وبدوره قسمناه إلى مبحثين، بحيث عالجنا مفهوم الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق على انعقاده وذلك بتبيان مفهوم الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق على انعقاده في المبحث الأول ثم تطرقنا لنطاق آثار عقد الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليه في المبحث الثاني.

أما في الفصل الثاني تعرضنا فيه لمركز القانون الأجنبي المختص وآثار انحلال الزواج المختلط في تنازع القوانين، وبدوره قسمناه إلى مبحثين فتطرقنا إلى مركز القانون الأجنبي المختص بالحكم أمام القضاء الجزائري المبحث الأول، ثم تناولنا قواعد التنازع التي تحكم آثار انحلال عقد الزواج المختلط وآثاره في المبحث الثاني.

وفي الأخير نختم دراستنا بخاتمة تضمنها ما سجلناه من ملاحظات خلال هذا المسار وكذا ما توصلنا إليه من نتائج، الشيء الذي يسمح لنا بإبداء بعض التوصيات وفقا لما نراه مناسبا لإعطاء الإضافة المرجوة من هكذا أبحاث ودراسات.

الفصل الأول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

في إطار علاقات الزواج المتداخلة مع العناصر الأجنبية، تتعقد الأمور بشكل يطرح تساؤلات حول القانون الذي ينبغي تطبيقه على هذه الرباط القانونية. يشتد التنافس بين القوانين ذات الصلة بشأن حكم هذه العلاقة، سواء كان الأمر يتعلق بانعقادها أو بآثارها. يُحل هذا التداول القانوني بتفعيل قواعد فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، حيث يُعطى الأفضلية للقانون الأنسب بين القوانين المتنافسة، استنادًا إلى معيار شخصي قد يكون الجنسية أو الموطن. يُعرف هذا المعيار بشكل شائع في الفقه بمصطلح "قواعد الإسناد" أو "التنازع".

ونظرًا لأن انعقاد الزواج يتطلب توفر شروط موضوعية وشكلية، والتي لا تلتزم بالضرورة بقانون واحد، يعتمد تحديد مدى دخول هذه الشروط أو تلك على عملية التكييف. يقوم القاضي من خلال هذه العملية، بتحديد الطبيعة القانونية للشرط المتنازع حوله، ليتمكن من التعرف على القانون الذي يجب تطبيقه.تُعد هذه العملية هي الخطوة الأولى التي يقوم بها القاضي عندما يُعرض عليه نزاع يحتوي على عنصر أجنبي.

وفي حال تحقق الزواج المختلط وفقًا لتلك الشروط، يُنتج آثارًا تماثل آثار أي زواج طبيعي بين مواطنين، وتكون هذه الآثار شخصية ومالية، وقد لا تخضع هي الأخرى لقانون واحد. يُلزم القاضي في هذه الحالة بالرجوع إلى قواعد الإسناد المعتمدة في قانونه للتأكيد على القانون الواجب تطبيقه.، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين سنتناول مفهوم الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق على انعقاده في المبحث الأول ثم تحديد نطاق آثار عقد الزوج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليه في المبحث الثاني.

المبحث الأول:مفهوم الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق على انعقاده

يستلزم التحقيق أولاً استكشاف المفهوم الشامل للزواج المختلط من الناحية الاجتماعية وبشكل خاص، الجانب القانوني، لكي نكون قادرين على تحديد الأساس الذي يستند إليه مفهوم هذا التداخل. بعد ذلك، سننتقل إلى النظر في القانون الذي يسري على انعقاد الزواج المختلط. وعليه سنخصص هذا المبحث لدراسة مفهوم الزواج المختلط المطلب الأول ثم نتناول القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الزواج المختلط

يعد الزواج المختلط من بين أبرز المواضيع التي تناولتها الدراسات القانونية ولذلك سعى معظم الفقهاء إلى تقديم تعريفات متنوعة له. سنقوم في الفرع الأول من هذا المطلب باستعراض هذه التعريفات، ليتسنَّى لنا بعد ذلك تحديد الإطار القانوني الذي يجب تطبيقه على الزواج المختلط في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط

أولا/تعريف الزواج: الزواج في اللغة هو الاختلاط والاقتران[1]، وهو العلاقة الشرعية والطريق المعقول المتفق مع مصلحة المجتمع ورقي الإنسان وانتظام شؤون الجماعات في مختلف العصور[2]، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 92 من قانون الأسرة[3] بقوله" **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ،من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**" من خلال هذا النص يتبين أن المشرع قد قام بتعريف مفهوم الزواج باعتباره نابعًا من الهدف، حيث جعله عقدًا يستند

1 ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005 ، ص407.

2 بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013 ، ص 103.

3 الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتعلق بقانون الأسرة، ج ر عدد 15 ص 18.

إلى موافقة الأطراف برغبتها (عقد رضائي). وقد نص المشرع على مجموعة من الشروط الضرورية لصحة انعقاد هذا العقد، دون التمييز بين الجوانب الموضوعية والشكلية.

ومع ذلك، يظهر التمييز بين هاته الجوانب عند الحديث عن القانون الدولي الخاص حيث يتم تفصيل القوانين التي يخضع لها هذا العقد.

ثانيا/ تعريف الزواج المختلط: هناك العديد من الصيغ والعبارات التي تعرف الزواج المختلط ونذكر منها:

ياسين شايب[1]: "الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة".

G.H Borguet: "كل اتحاد رسمي أو غير رسمي يكون أحد طرفيه مسلما".

اللواء محمد فتحي القاضي[2]: "أنّ الزّواج عقد يربط أحد الزّوجين بالآخر برابط قانوني واجتماعي، وإذا تّم بين الزّوجين مختلفي الجنسية سّمي بالزّواج المختلط".

فاروق مداس[3] " :بأّنه الزّواج المتبادل أو المتناسب المتقاطع بين أشخاص ينتمون إلى أصول عرقية مختلفة، غير أّنه من العسير تعيين الحدود الفاصلة بين الأعراق من النّاحية البيولوجية والاجتماعية، لذلك لا يمكن اعتبار الزّواج المختلط أّنه لا ينطوي على مفهوم له معنى دقيق".

استنادًا إلى التعريفاتالمذكورة سابقًا، يُمكننا توضيح فهم مصطلح الزواج المختلط على أنه: "**عقد يقوم بين رجل وامرأة يختلفان في عاداتهم وتقاليدهم، ويكونان متباينين في الجنسية أو يختلفان في الدين**".

---

1 زلاسي بشرى، الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية،كلية الحقوق،بن عكنون،جامعة الجزائر، السنة 2001 / 2000 :ص6

2 محمد عبد العال عكاشة، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، القاهرة، 1987، ص24.

3 خديجة مزي، أسباب إقبال الجزائريين على الزواج المختلط،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،السنة 2017 / 2016 :ص35

الفرع الثاني/ حالات اختلاف الزواج المختلط:

تاريخيا و بالنظر إلى القرون المتقدمة فقد كان الضابط العام للمجتمعات البشرية غالبا هو ضابط الدين، غير أنه تغير في العصر الحديث على مدار القرون ووفقا لمقتضيات العولمة والعلمانية التي بسطت هيمنتها على النظم العالمية باختلافها ، تغير ليصبح الضابط العام للمجتمعات الحديثة هو الجنسية.

أولا/ ضابط الدين:

لقد كان ضابط الدين في الشريعة الإسلامية هو الضابط الذي يحدد به انتماء الشخص،بحيث كان في المجتمع الإسلامي القديم إلى جانب المسلمين طوائف مسيحية ويهودية[1]، وكان المبدأ الأساسي السائد في الدولة الإسلامية هو التمييز بين المسلمين غيرهم من أصحاب الملل، مع ترك المجال مفتوحا للدخول في أمة الإسلام عن طريق اعتناق الدين الإسلامي، وعليه نستطيع القول أن ديانة الفرد هي ما يحدد هويته الوطنية أو بالوصف المعاصر الجنسية، فلا جنسية للمسلمين إلا بدينهم، وقد كان تطبيق الشريعة الإسلامية هو القانون الواجب تطبيقه على من يعيشون على ارض الإسلام من غير المسلمين وهذا فيما يخص قوانين المعاملات، أما ما يتعلق بالأحوال الشخصية فقد استفاد غير المسلمين من أفضلية تطبيق قوانين مستمدة من شرائعهم الدينية كل حسب ملته أو نحلته.

ثانيا/ ضابط الجنسية:

مع تطور الفقه القانوني، وخاصةً في سياق القانون الدولي الخاص، تقدمت التشريعات الحديثة بخطى حثيثة نحو تحديد أهمية الجنسية كعامل رئيسي في حلّ قضايا التعارض القانوني في حالات الزواج المختلط.تُعزى هذه الأهمية إلى الجنسية باعتبارها السبيل الرئيسي

1 زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص13 .

الذي يربط بين الفرد ودولته، حيث أصبحت تشكل الأساس الحيوي الذي يوجه المسار في هذا السياق، وتمثل الشهادة التي توثق ارتباط الفرد بالأطراف القانونية.[1]

باعتبار القانون الجزائري من القوانين الحديثة فهو لم يعمل بضابط الجنسية إلا بعد استقلال الجزائر من الاستعمار الفرنسي بحيث كانت من قبل تعتمد على ضابط الدين ولكن نتيجة تأثرها بالتشريعات الفرنسية دفع بها إلى جعل الجنسية الضابط السياسي لتطبيق القانون الوطني في عقد الزواج المختلط خاصة إذا كان أحد أطرافه جزائريا وتم انعقاده في الخارج.[2]

تعرف الجنسية لدى بعض الفقهاء بأنها المعيار الأساسي في تحديد ركن الشعب في الدولة للتفريق بين المواطن والأجنبي، فهي تعتبر بهذا التعريف رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها الفرد وتصبغ عليه صفة المواطن فمن ينسب لدولة من الدول يسمى مواطن ومن لا ينتسب إليها يسمى أجنبي.[3]

إلا أن هذا التعريف للجنسية لم تستقر عليها التشريعات العالمية، فقد اختلف فيه الفقهاء فمنهم من يرى أنها رابطة سياسية قانونية، فهي رابطة سياسية لأنها تربط الفرد بوحدة سياسية هي الدولة، ولأن أساسها سيطرة الدولة وسيادتها في تحديد ركن من أركانها وهو الشعب، وهي رابطة قانونية من ناحية أخرى لأنه يترتب على هذه الرابطة حقوق وواجبات متبادلة بين الفرد والدولة.[4]

---

1 زلاسي بشرى، مرجع سابق،، ص 9

2 زلاسي بشرى، مرجع السابق، ص9

3 بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2007، ص29 .

4 المرجع نفسه، ص 30

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الانعقاد الزواج

يقصد بالشروط الموضوعية تلك الشروط الجوهرية والأساسية التي لا تقوم الرابطة الزوجية دونها، وهي تتعلق بالإرادة كتوافر الأهلية ورضا المتعاقدين وقد يستلزم الأمر رضا الوالدين أو أحدهما، وعدم وجود عيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس، وحضور الشهود ويعد أيضا من الشروط الموضوعية للزواج صلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد بأن لا تكون من المحارم وشرط المهر.[1]

ولكل دولة قانونها الوطني الذي فيه تحدد الشروط الموضوعية الخاصة بصحة انعقاد الزواج بالنسبة للمشرع الجزائري حدد هذه الشروط في قانون الأسرة حيث نصت المادة 8 منه على سن الأهلية لانعقاد الزواج وحددته بتسعة عشر سنة 19، وكذلك نصت المادة 9 على شرط الرضا حيث جاء فيها أن الزواج ينعقد صحيحا بتبادل رضا الزوجين، أما المادة 9 مكرر فتضمنت الشروط الآتية: الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية.[2]

وعليه فتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط تحكمه قاعدة عامة.

أولا: القاعدة العامة بالنسبة للشروط الموضوعية:

إن المشرع الجزائري قد أسند الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لقانون الجنسية، وعبر عنه بالقانون الوطني، وهذا ما جاء في نص المادة 11المعدلة من ق.م.ج بنصها " **يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين**"[3] أي أن

---

1 محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، طبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009 ص 130

2 المواد 7 و9 و9 مكرر من ق.أ.ج.

3 المادة 11 المعدلة من الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005.ج ر العدد 44 المؤرخة في 26 يونيو 2005 .ص17

الشروط الموضوعية الخاصة بصحة انعقاد الزواج تخضع لقانون جنسية كل من الزوجين أي أن قانون جنسية الزوجين هو الذي يسري على زواجهما .

وخضوع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية نجده أيضا منصوص عليه في المادة 98 من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة وفي ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج ".[1]

و تطبيقا لما سبق فإنه لا يثأر أي أشكال إذا كان الزوجان من جنسية واحدة إذا يحكم الزواج في هذه الحالة قانون واحد، ولكن الإشكال يثار إذا كان الزوجان من جنسيتين مختلفتين، أي إذا كان الزواج مختلطا،إذ يحكم الزواج في هذه الحالة قانونان، فكيف يتحقق تطبيقهما، فهل يتعين تطبيق القانونين تطبيقا جامعا أم يكفي تطبيق كل منهما تطبيقا موزعا ؟

ثانيا: التطبيق الجامع:

1. تعريفه: يعني أن يتوافر في الزوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته وأيضا الشروط الموضوعية الأزمة لصحة الزواج التي يستلزمها قانون الدولة التي تنتمي إليها الزوجة، ويجب أن يتوافر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يفرضها قانون دولتها بالإضافة للشروط التي يستلزمها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج[2] أي أنه يجب أن يتوافر في كلا الزوجين الشروط المنصوص عليها في قانون الدولة التي ينتمي إليها كل منهما، بمعنى انه يجب إدماج أحكام كل من القانونين ثم تطبيق الأحكام على كل من الزوج والزوجة.[3]

---

1 المادة 97 من الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في 19 فبراير لسنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية .

2 عوض الله شيبة الحمد السيد . الوجيز في القانون الدولي الخاص . الجنسية ومركز الأجانب، تنازع القوانين في الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة 1997ص144 انظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط 2، ج 1، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006 ص 131 انظر علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، ط 5، د.م.ج، الجزائر، 2008 ص69

3 صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 1 دار الفكر الجامعي، الاسكندريه، 2008ص 4004.

2. آثار التطبيق الجامع: من الآثار المترتبة على التطبيق الجامع أن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا اعتبر كذلك وفق للقانونين، فإذا حدد قانون جنسية الزوج الأهلية للزواج بتسعة عشر سنة 19 واكتفى قانون جنسية الزوجة بسبع عشرة 17 عاما، فيتعين لصحة الزواج وفقا لهذا التطبيق أن يصل سن كل من الزوج والزوجة إلى تسعة عشر عاما ولا يكفي بلوغ الزوج هذا السن دون الزوجة، على الرغم من أن قانون الزوجة لا يشترط هذا السن ويقوم التطبيق الجامع على أساس أن كل واحد من القانونين لا يهدف إلى حماية مواطنه فقط بل يهدف إلى حماية الرابطة الزوجية ذاتها .[1]

3. التطبيق الموزع: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يكفي أن تتوافر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يُلزمه بها قانونه الوطني[2]، أي أن كل زوج يستوفي الشروط التي يتطلبها قانونه على إنفراد دون ارتباطه بالطرف الآخر، وذلك على أساس أن قانون كل دولة موضوع لحماية مواطنيها فلا داعي إذن لتطبيقه على غيرهم.[3]

وقد أنتقد هذا الاتجاه، على أساس أن التطبيق الموزع يكون صعبا عندما يتعلق الأمر بموانع الزواج، أي أن موانع الزواج تختلف من بلد إلى أخر، خاصة في حالة الزواج المختلط الذي يكون فيه الزوجين مختلفي الديانة.

ومن بين هذه الموانع هناك موانع أخلاقية ودينية وإقليمية، فالموانع الأخلاقية كالقرابة والعدة حيث يكون هنا التطبيق جامع، أما الموانع الإقليمية فلا تمتد إلى خارج إقليم الدولة مثل موانع الجنس واللون.

وقد أضاف المشرع الألماني التمييز بين الموانع الفردية والتي تخص الشخص والموانع ذات الطابع المزدوج والتي تخص الزواج في حد ذاته، بالنسبة للحالة الأولى يكون اللجوء إلى

1عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثامنة، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بيروت 1977ص 260.

2كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين –، ج1، ط3، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 216.

3بدر شنوف، مرجع سابق، ص 76 .

التطبيق الموزع للقوانين المتواجدة، أما الحالة الثانية يكون اللجوء إلى تطبيق الجامع، على هذا الأساس وجب تصنيف هذه الموانع في إحدى الفئات.

أما الشروط المتعلقة بالسن والأهلية والرضا التي تخص الشخص نفسه فهي ذات طابع فردي، أما الشروط المتعلقة بالقرابة والرضاع وتعدد الزوجات تخص الزواج وهي ذات طابع مزدوج لذا لا بد من القيام بالتكييف للحالات المطروحة مع مراعاة النظام العام.

وقد استقر القضاء الفرنسي على التطبيق الموزع، إلا أنه كان يستثنى من التطبيق نظرا لخطورتها ولأنها تحمي الرابطة الزوجية في حد ذاتها[1]، ومنه ماحكمت به محكمة استئناف باريس حين اعتبرت التعدد من الموانع المزدوجة، فأبطلت زواج فرنسية مع كمروني متزوج على الرغم من أن قانونه يبيح التعدد، فطبقت بذلك القانون الوطني للزوجة الفرنسية تطبيقا جامعا.

الاستثناء الوارد على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط القاعدة العامة هي خضوع كل زوج إلى قانونه الوطني الذي يحدد الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج [2]، هذا بالنسبة للدول التي تأخذ بذلك ومنها القانون الجزائري، إلا أن لكل قاعدة استثناء والاستثناء الوارد على قاعدة خضوع الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين، هو تطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد طرفي العلاقة الزوجية مواطنا وقت انعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة إلى قانون جنسية كل من الزوجين، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 13 من القانون المدني، التي نصت على: "**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج**".

طبقا لذلك فإنه إذا كان أحد طرفي العقد جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج، فإنه يطبق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج، إلا شرط الأهلية فإنه يخضع

1 أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 15

2 أمينة رحاوي، المرجع السابق، ص 17

لقانون جنسية كل من الزوجين، على أساس أن المشرع الجزائري خص الأهلية بقاعدة إسناد خاصة هي المادة 10 الفقرة الأولى من ذات القانون، التي تقضي بخضوعها لقانون جنسية الشخص سواء تعلق الأمر بأهلية الزواج أو غيرها.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذا الاستثناء لا يستفيد منه الطرف الجزائري إلا إذا عرض النزاع على القاضي الجزائري، أما إذا عرض على قاضي أجنبي فإن هذا الاستثناء يكون قليلا لفعالية ولو كان أحد الزوجين أجنبيا وقت إبرام الزواج، إذ سوف يلجأ القاضي إلى التطبيق الموزع لشروط الزواج الموضوعية بين جنسية الزوجين إذا كانت قاعدة الإسناد في قانونه مماثلة للمادة 11 من القانون المدني الجزائري، ولا يأخذ بالاستثناء المذكور[1]

الصعوبات التي تثيرها قاعدة الإسناد المتعلقة بالشروط الموضوعية أمام القضاء الجزائري عند عرض نزاع يتعلق بالزواج مشتمل على عنصر أجنبي على القاضي، فإن ذلك يتطلب منه تحديد القانون المرشح لحكم هذا النزاع من بين القوانين المتنازعة، وذلك من خلال رجوعه إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني.

إلا أن تفعيل قواعد الإسناد ليس بالأمر اليسير على القاضي، وذلك للإشكالات التي يطرحها كل عنصر من قاعدة الإسناد عند إعمالها، لذلك سوف نتطرق إلى الإشكالات العملية التي يثيرها كل عنصر من عناصر قاعدة الإسناد في ثلاث نقاط كالآتي:

أ/ الصعوبات الناجمة عن الفئة المسندة إشكال التكييف: الفئة المسندة هي مجموعة من المسائل القانونية المتقاربة والمتشابهة والتي خصها المشرع بضابط إسناد، ولأن تجميع المسائل القانونية في فئة مسندة يتم بالاعتماد على أسس فنية وأهداف تشريعية تختلف من دولة لأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف في مضامين و مسميات الفئات المسندة من قانون إلى آخر، فعند عرض النزاع ذو العنصر الأجنبي على القاضي فعليه البحث في مسألة أولية أساسية، وهي تحديد طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع ، ويطلق على هذه العملية بـ: "التكييف"، الذي

1بدر شنوف، مرجع سابق، ص 77

عرفه فقهاء إدخالها ضمن صنف قانوني القانون الدولي الخاص بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين، لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية، لكي يسند حكمها إلى قانون معين"[1].

ب/ الصعوبات الناجمة عن ضابط الإسناد: اعتد المشرع الجزائري وكذا التشريعات العربية والإسلامية وأغلب التشريعات الأوروبية بالجنسية كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية – التي من بينها الزواج –، ولكن هذا المعيار بطبيعته يقبل التعدد كما يقبل الانعدام.

بمعنى أن الشخص قد يتمتع في وقت واحد بأكثر من جنسية، كما قد يكون عديم الجنسية، ففي مثل هذه الحالات يجد القاضي الوطني صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي المعروضة أمامه.

وعلاوة على ذلك فإن الشخص قد يكون متمتعا بجنسية معينة عند إبرام عقد الزواج لكن أثناء النزاع حول هذا العقد نجده يتمتع بجنسية أخرى، فيجد القاضي صعوبة في الجنسية التي يعتد بها لتحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد، فهل يطبق قانون الجنسية القديمة، أو قانون الجنسية الجديدة؟

لقد تصدى المشرع الجزائري– وكذا التشريعات المقارنة – لهذه الإشكالات وعالجتها في نصوص متفرقة من القانون المدني.

1 –حالة تعدد الجنسيات: في الحالة التي يتمتع فيها الشخص الواحد بعدة جنسيات، فإن الفقرة الأولى من المادة 22 من القانون المدني ميزت بين فرضين:

1أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010، ص 54

– **الفرض الأول:** حالة تتعد الجنسيات وتكون من بينها جنسية دولة القاضي، ففي هذه الحالة يطبق قانون القاضي دون سواه، أي أن المشرع الوطني ينفرد بتحديد شروط اكتسابها أو زوالها، واكتساب الفرد لجنسية دولته يمنع مسبقا كل بحث في توافر جنسية دولة أخرى.[1]

ومن ثم فإن وجد القاضي أن أحد الزوجين متعدد الجنسية من بينها جنسية دولة القاضي فإنه يطبق قانون دولة القاضي[2]، وقد أخذ بذلك المشرع الجزائري في نص المادة 22 في فقرتها الثانية من القانون المدني وهذا ما يطلق عليه بالتنازع الايجابي.

– **الفرض الثاني:** وهي حالة إذا لم تكن من بين الجنسيات جنسية دولة القاضي فهنا لا مجال للمفاضلة بين الجنسيات ويتم اللجوء للحلول الفقهية التي تقضي إما باختيار الجنسية التي تتفق في أحكامها مع قانون دولة القاضي، أو ترك الحرية لصاحب العلاقة أو اختيار الجنسية الأقدم أو الأحدث.[3]

ولكن الراجح هو الرجوع إلى الجنسية التي تكشف الوقائع على ارتباط الشخص بها أكثر ممن غيرها وذلك بتغليب القاضي لها[4]، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده يأخذ بقانون الجنسية الحقيقية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها إذا كانت جميعا لجنسيات أجنبية وفقا لمادة 22 في فقرتها الأولى من ق.م.ج.

2 –حالة انعدام الجنسية: أما انعدام الجنسية والذي يطلق عليه بالتنازع السلبي فإن الرأي الراجح هو إسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن، وقد ذهب إلى هذا الرأي الكثير من التشريعات الوطنية ومنها المشرع الجزائري في نص المادة 22 في فقرتها

1سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 274 .1

2 حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين – المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة – ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 87.

3 أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 20 .

4 المرجع نفسه، ص 21، 22

الثالثة بنصها: "**في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة**"، وفي حالة تعذر تعينهما فإن العرف الدولي استقر على تطبيق قانون القاضي.

3 –حالة التنازع المتحرك: يمكن تصور مشكل التنازع المتحرك أمام القاضي الجزائري لإبرام عقد الزواج، فإذا غير الزوج جنسيته فيكتسب بموجب هذا التغيير جنسية القاضي أو يتخلى عنها، ومن ثم يتغير ضابط الإسناد ومن ثم يطرح الإشكال حول القانون الذي يعتد به.

ج/ الصعوبات الناجمة عن القانون المسند إليه: تتمحور الإشكالات المرتبطة بالقانون المسند إليه في نقطتين أساسيتين، تتمثل الأولى بمجال القانون المختص، بينما ترتبط الثانية بحالة ما إذا أشرت قاعدة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

1) الصعوبة المتعلقة بنطاق القانون المسند إليه: مرد هذه الصعوبة يعود إلى نوعية القواعد الأجنبية التي يطبقها القاضي عندما تشير قواعد الإسناد في قانونه إلى تطبيق قانون أجنبي، هل يطبق ذلك القانون في قواعد الموضوعية مباشرة أم يجب عليه المرور على قواعد الإسناد في ذلك القانون، التي من الممكن أن تتمسك باختصاص ذلك القانون أو ترفض الاختصاص وتشير إلى تطبيق قانون آخر، وهذه الحالة الأخيرة تعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالإحالة.

وتتحقق الإحالة عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص ثم تشير قاعدة الإسناد في هذا الأخير إلى تطبيق قانون دولة القاضي أو تطبيق قانون دولة أخرى، ففي الحالة الأولى نكون بصدد الإحالة من الدرجة الأولى أما في الحالة الثانية فنكون بصدد الإحالة من الدرجة الثانية.[1]

2) **صعوبة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع:**هناك إشكال آخر يرتبط بالقانون المسند إليه، وهو إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون دولة تتعد فيها الشرائع

1 الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري – دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون ن الفرنسي تنازع القوانين –، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، 2008، ص 114

تعددا إقليميا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، أو تعددا طائفيا كما هو الحال في لبنان ومصر[1] وقد عالج المشرع الجزائري هذا الإشكال في المادة 23 من قانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى التي نصت على أنه "**في حال التعدد الإقليمي أو الطائفي، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه**".

ويلاحظ على هذا النص أنه يعالج مسألة الإحالة الداخلية أو التفويض، ومن ثم يتكفل القانون الأجنبي المختص بتوزيع الاختصاص التشريعي داخليا، ويحدد الشريعة الواجبة التطبيق إقليمي أو طائفي التي ينتمي إليها الشخص إذا قام قانون تلك الدول بتحديد الشريعة الواجبة التطبيق في قانونها الداخلي .[2]

وفي حالة عدم تحديد قانون تلك الدول للشريعة الداخلية واجبة التطبيق، فإن المشرع الجزائري أعطى الحل في نص المادة 23 في فقرتها الثانية من القانون المدني بنصها: "**إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي**". فطبقا لهذا النص إذا عرض نزاع على القاضي جزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج لبنانين فإن القانون اللبناني هو الذي يحدد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق نظرا للتعدد الطائفي في لبنان، أما إذا لم يوجد نص في هذا الشأن فإن المشرع الجزائري أشار على القاضي بتطبيق التشريع الغالب في لبنان.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

القاعدة العامة التي تحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج في مادتها الثانية أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها أي لقاعدة ولكيس، وقد أخذت بذلك العديد من التشريعات منها القانون المصري والكويتي والتونسي

1 كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 110

2الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية – تنازع القوانين –، ج1 ،مطبعة الكاهنة، 2000، ص 147

واللبناني والسوري والعراقي وقوانين الدول الأوروبية كفرنسا وايطاليا والنمسا وألمانيا وتركيا وانجلترا وأمريكا ومنها من اعتبرتها ملزمة ومنها غير ذلك. وفي مصر يأخذ الزواج أشكال محلية متعددة، فهناك الشكل الرسمي المقرر لزواج المصريين المسلمين، ومن ثم يختص المأذون بتوثيق عقود الزواج المبرمة بينهم، أما غير المسلمين المتحدي الطائفة فيختص بزواجهم الموثقون المنتدبون .[1]

أما بالنسبة للمشرع السوري فإنه لا يلزم الزوجان الموجودان في دولة ما بإتباع الشكل المقرر في قانونها لأن قاعدة إخضاع الزواج لقانون بلد الإبرام اختيارية يمكن مخالفتها وبمفهوم المعاكسة يمكن للأجانب في سوريا بإبرام زواجهم وفقا للأشكال المتبعة في سوريا ويعتبر زواجهم صحيحا سوى بالنسبة للزواج السوريين في الخارج أو زواج الأجانب في سوريا.[2]

أولا/ **الضوابط الاحتياطية التي تحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط**

قد يخضع الزواج من حيث الشكل لقانون الجنسية المشتركة في حال إتحاد الزوجين في الجنسية، سوى كانت الدول تقر بإلزامية قاعدة خضوع الشكل إلى لمحل إبرام عقد الزواج أو كان ذلك اختياري، لأن معظم الدول تسمح بإبرام رعاياها زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها، وقد أخذت بهذا الضابط العديد من الدول العربية والغربية،[3]ففي مصر يجوز أن يخضع شكل الزواج لقانون جنسية الزوجين، وإذا اختلفت جنسية الزوجين يتعين إبرام الزواج في الشكل المقرر في قانون كل منهما، ويعتبر الشكل الدبلوماسي أو القنصلي من الأشكال الوطنية لكل من الزوجين، ومن ثم يجوز للأجانب في مصر أن يبرموا زواجهم لدى جهاتهم القنصلية متى كانت قوانين الدول التابعة لها تخول لها هذه السلطة،أما إذا اختلفت جنسية الزوجين فانه يتعين عقد الزواج في كل من قنصلية الزوج

1 هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 257 .

2 فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين –، دار الملايين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011، ص 216، 217.

3 الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 155

وقنصلية الزوجة. ومنه فإنه يجوز للمصريين أن يعقدوا زواجهم في الخارج في الشكل الدبلوماسي أو القنصلي، فيختص القناصل بتحرير عقود زواج المصريين إذا كان الزوجين مصريي الجنسية أو احدهما عل الأقل مصري بشرط الحصول على إذن من وزير الخارجية.[1]

ويثبت الفقه المصري أن اختصاص القناصل لا يتعلق بالديانة بالنسبة لإبرام زواج المصريين في الخارج، أي أنه يجوز لهم إبرام زواج المصريين المسلمين وغير المسلمين سواء اتحدوا في الملة أو الطائفة أو اختلفوا.

أما في سوريا فإنه يصح الزواج من حيث الشكل إذا تم وفق قانون الموطن المشترك للزوجين بالنسبة للمواطنين والأجانب على سواء، فمثلا إذا كان موطن الزوجين الأجنبيين سوريا أو تركيا فإنه يمكن لهما إتباع الأشكال التي يقررها القانون السوري أو التركي، أما إذا كان موطن الزوجين المواطنين في الخارج يكون زواجهما صحيحا أيضا إذا تم وفق الأشكال المقررة في قانون البلد الذي يقيمان فيه.

ثانيا/ الاستثناء المتعلق بخضوع الشروط الشكلية لقانون بلد القنصل أو السفير إذا أبرم العقد أمامه

أقر هذا الاختصاص بعض المعاهدات الدولية، كما نصت عليه أغلب القوانين الداخلية،ففي فرنسا يشترط لصحة الزواج المبرم فيها أمام الهيئات القنصلية والدبلوماسية الأجنبية إتحاد جنسية الزوجين وانتمائهما إلى بلد الهيئة القنصلية المحررة للعقد، والشئ نفسه بالنسبة لزواج الفرنسيين بالخارج طبقا للشكل الفرنسي، غير أن القانون الصادر في 19 نوفمبر 1901 أجاز للهيئات الدبلوماسية الفرنسية في الخارج القيام بعقد زواج فرنسي بأجنبية في بعض البلاد المحددة بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية.[2]

1 هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 258 .

2 أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 34

وقد أجازت اتفاقية فيينا في مادتها الخامسة للسلك الأجنبي إبرام زواج رعاياهم، واتفاقية لاهاي لسنة 1978 صلاحية إبرام الزواج من طرف السلك الدبلوماسي في الدول المعتمد ينفيها إذا كان الزوجين من رعاياهم، ولم يمنعهم القانون المحلي، كما أجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان من دولة القنصل.

أما بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية الجزائري في مادته 96 التي تنص على أن" **كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية** ".

كما جاء في مضمون الفقرة الثانية من المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري الذي يسمح للقنصليات الجزائرية المعتمدة في الخارج أن تبرم زواجا حسب الشكل الوطني إذا كان احد الطرفين جزائريا بنصها:"**ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية** ".

والمادة 97 من القانون ذاته نصت على حالة الزواج المختلط: "على أن يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، غير أنه إذا كانت الزوجة أجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيحدد المرسوم.

ومن ثم فإنه بمفهوم المخالفة نستنتج أن المادة 97 السالفة الذكر تمكن لأجنبيين مختلفي الجنسية إبرام زواجهم أمام قنصل أجنبي شريطة أن تتحد جنسية أحدهما مع جنسية القنصل وذلك اخذ بمبدأ المعاملة بالمثل.

وقد عالجت هذه المادة حالة إذا كان الزوج جزائري والزوجة أجنبية وفي حالة الزوجة فرقت بين وضعيتين حالة إذا كانت الزوجة أجنبية تحمل جنسية البلد المضيف فهنا لا يوجد

إشكال، أما الوضع الثاني إذا كانت الزوجة لا تحمل جنسية البلد المضيف، فإن مثل هذا الزواج لا يبرم إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم، وما يلاحظ أن هذا المرسوم لم يصدر لحد الآن.

وقد منحت المادة 97 للأعوان الدبلوماسيين والقناصل عقد زواج رعايا دولهم في الجزائر شريطة أن تسمح دولهم بذلك، ومن ثم فإن المشرع الجزائري عند إخضاع شكل الزواج لقانون جنسية أحد الزوجين التي تتفق مع جنسية القنصل قد خالف المادة 19 السالفة الذكر [1]، ويثير الزواج بهذه الطريقة مشكلتان تخصان مدى الاحتجاج به في دولة محل الإبرام وفي دول الممثل الدبلوماسي، فالأول يتوقف ما إذا كان قانون محل الإبرام يعترف بهذا الاختصاص لسلك الدبلوماسي الأجنبي مثل القانون الألماني الذي لا يسمح بذلك.[2]

تسمح لسلكها الدبلوماسي بهذا الاختصاص أصلا كما هو الشأن في بعض دول أمريكا اللاتينية.[3]

1بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين –، ج1، ط10، دار هومه،الجزائر، 2008، ص 246

2عبد الحفيظ بن عبيدة، إلحالة المدنية ولجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ص 315

3الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 116

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج

ونقصد بآثار عقد الزواج الحقوق والالتزامات التي تترتب عنه، وبما أن هذه الآثار تتلخص في صنفين، آثار شخصية وآثار مالية، واختلفت التشريعات في تكيفها وتحديد ضوابط الإسناد التي تخضع لها هذه الآثار، والتي بدورها تحدد القانون الواجب التطبيق عليها، وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، وتناولنا في المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج، وفي المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج.

المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج

بما أن الآثار الشخصية للزواج، تشتمل على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، فيعني ذلك ترتب بعض الآثار، التي يمكن أن تأثر على جنسية الزوجة، وأهليتها واسمها، والنفقة عليها، وهذا يضعنا أمام إشكال وتساؤل حول مدى تأثير الزواج على هذه العناصر، وللإجابة عن هذا التساؤل خصصنا ثالثة فروع، إذ تناولنا في الفرع الأول آثار الزواج على جنسية الزوجة، وفي الفرع الثاني آثار الزواج على أهلية الزوجة، أما في الفرع الثالث فتناولنا آثار الزواج على نفقة واسم الزوجة. [1]

الفرع الأول: آثار الزواج على جنسية الزوجة

يمكن للزوجة أن تحصل على جنسية زوجها فور الزواج في بعض القوانين الأجنبية، في حين ترتبط في قوانين أخرى بطلب من الزوجة. بالإضافة إلى ذلك، هناك تشريعات لا تتأثر بالزواج فيما يتعلق بجنسية الزوجة. وعليه فالاتجاه الأول يشير إلى دخول الزوجة في جنسية زوجها تلقائياً بمجرد الزواج، ولكن بعض القوانين تمنحها حق رفض ذلك.

أما الاتجاه الثاني فيؤيد فكرة الاحتفاظ بالزوجة بجنسيتها دون تأثير الزواج عليها، مع إمكانية الالتحاق بجنسية زوجها عند تقديم طلب، مما يساهم في تعزيز المساواة بين الجنسين.

1زروتي الطيب، ، المرجع السابق، ص 159

و أخيرا الاتجاه الثالث الذي يرى أن الزواج لا يؤثر مباشرة على جنسية الزوجة، وتستطيع تقديم طلب للحصول على جنسية زوجها دون الالتزام بالإجراءات الاعتيادية للاستحواذ على الجنسية.

وفقاً لاتفاقية نيويورك، التي وقعت في فبراير 1957، يتم التأكيد على مبدأ استقلالية جنسية العائلة، مع حظر تغيير جنسية الزوج خلال الحياة الزوجية.والتخلي أحد مواطنيها عن جنسيته أن يمنع زوجة هذا المواطن من الاحتفاظ بجنسيتها»، وبالمقابل أقرت المادة 3 من هذه الاتفاقية بمبدأ وحدة جنسية العائلة.[1]

أما في القانون الجزائري فيظهر لنا هذا في ثلاث صور وهي:

أولا/ جنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي:

ويظهر لنا في قانون الجنسية الجزائري أن زواج الجزائرية بأجنبي لا يؤثر على جنسيته، ولا تفقدها حتى ولو اكتسبت جنسية زوجها، إلا إذا طلبت التخلي عنها [2]، وهذا ما جاء في نص المادة 3/18 من قانون الجنسية الجزائري والتي تنص على ما يلي «**المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية** »[3]ويبدأ هذا الأثر إبتداء من نشر المرسوم الذي يسمح للمعني بالتخلي عن جنسيته ولا يمتد هذا الأثر إلى الأولاد القصر حسب نص المادة 21 من قانون الجنسية الجزائري.

1 المواد 1_2 و3 من اتفاقية نيويورك، المعروفة باتفاقية جنسية المرأة المتزوجة، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1957 دخلت حيز النفاذ بتاريخ 11أوت 1958.

2 مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 135، 134.

3 أمر رقم 70-86، مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01، المؤرخ في 27فبراير2005، الجريدة الرسمية، العدد 4 سنة 2005 .

ثانيا/ جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري:

حسب قانون الجنسية الجزائري لا تفقد المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري جنسيتها الأصلية ما لم ترغب في التنازل عنها، ويمكن لها الحصول على الجنسية الجزائرية إذا توافرت الشروط التالية: وهي كون الزواج قانوني وفعلي منذ ثلاث (03) سنوات على الأقل عند تقديم طلب الجنسية، إضافة إلى الإقامة المنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل، والتمتع بحسن السلوك والسيرة، واثبات الوسائل الكافية للمعيشة وهذا حسب نص المادة 9 من قانون الجنسية الجزائري.[1]

ثالثا/ جنسية الأولاد المولودين من زواج مختلط في قانون الجنسية الجزائري:

نصت المادة 6 من قانون الجنسية الجزائري بعد تعديل 2005 على ما يلي: «يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية[2] وعليه فإن الابن المولود من أب جزائري وأم أجنبية تثبت له الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية على أساس الدم، وبالمثل فإن الابن المولود من أم جزائرية وأب أجنبي تثبت له أيضا الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية على أساس الدم من جهة الأم، كما أنه لا أثر لزواج أجنبي بامرأة وطنية على جنسيته، لكن يمكن له اكتساب جنسية زوجته عن طريق التجنس العادي أي بطريق الزواج .[3]

الفرع الثاني: آثار الزواج على أهلية الزوجة

يؤدي الزواج في بعض الأحيان إلى إحداث أثر في أهلية الزوجة، إذ لا يمكن للزوجة أن تقوم ببعض التصرفات القانونية إلا بإذن من زوجها وهذا في بعض التشريعات الغربية[4] إلا أن في الجزائر ومصر وسائر البلدان العربية لا أثر للزواج على أهلية الزوجة.[5]

---

1 المادة 9 مكرر من قانون الجنسية الجزائري.

2 المادة 6 من نفس القانون.

3 أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 112.

4 سلامة عبد الكريم أحمد، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر 2008، ص816.

5 سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار العلوم العربية، لبنان 1987، ص83.

وفي حالة ما إذا أحدث الزواج أثر على أهلية الزوجة، يؤدي ذلك إلى إثارة تنازع القوانين حول القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، هل هو قانون جنسية الزوجة باعتباره مقررا لحمايتها، أو مجرد أثر من آثار الزواج، والذي يخضع للقانون الذي يحكم تلك الآثار فالشريعة الإسلامية والتشريعات العربية تقيد أهلية المرأة بسبب الزواج.[1]

الفرع الثالث: آثار الزواج على نفقة واسم الزوجة

أولا: آثار الزواج على نفقة الزوجة:

على الرغم من أن النفقة ذات طابع مالي، إلا أنها تدخل في الآثار الشخصية لعقد الزواج، وهي واجبة على الزوج في كل التشريعات العربية [2]فالمشرع الجزائري كرسها في المادة 74من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أنه «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة ».[3]

وهذه النفقة واجبة على الزوج تجاه الزوجة، مقابل رعايتها شؤون البيت ولو كان لها مال، وهذه هي النفقة العادية، ويسري عليها قانون جنسية الزوج وقت الزواج، فقد حكمت محكمة النقض المصرية في دعوى نفقة الزوجة، بين زوجين يونانيين بصحة تطبيق القانون اليوناني لأنه قانون جنسية الزوج، ويكون الزوج حسب القانون المدني اليوناني ملزما بالنفقة على زوجته، إلا إذا كانت هي من انسحبت من الحياة الزوجية من غير مبرر، إذا ثبت أن الزوج هو الذي رفض استئناف الحياة الزوجية، وبالتالي يبقى حق الزوجة في النفقة مشروعا كما أنه هناك النفقة الوقتية التي تعتبر أثرا للرابطة الزوجية، وتستند إلى الوضع الشخصي أو صفة طالبها باعتباره زوجا، وتخضع لذات القانون الذي يحكم آثار الزواج الأخرى .[4]

ثانيا: أثار الزواج على اسم الزوجة:

1زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص162.

2مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 140.

3انظر المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

4سلامة أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 813، 814

يختلف الأمر بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية بالنسبة الآثار الزواج على اسم الزوجة، إذ أنه في الشريعة الإسلامية، تحتفظ الزوجة باسمها العائلي، إذ يعتبر خاصية من خصائص شخصيتها، وتستخدمها في مختلف معاملاتها المدنية[1]، عكس الأنظمة القانونية الغربية التي فيها تحمل الزوجة لقب زوجها كأثر من آثار الزواج، ويصبح اسم الزوجة تابع لقانون جنسية الزوج عند الزواج، وهذا ما يثير إشكال في حالة وقوع الطلاق أو الانفصال الجسماني، إذ كان بإمكانها الاحتفاظ باسم زوجها، أو تسترد اسمها، ففي القانون الجزائري يرجع القضاء إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية.[2]

الفرع الرابع: مضمون القانون المختص بحكم آثار الزواج

اختلفت تشريعات الدول حول تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج إذ أنه هناك من أخضعها لقانون موطن الزوجة، وهناك من أخضعها لقانون الجنسية المشتركة عكس الدول العربية إلى قانون جنسية الزوج، وكان المشرع الفرنسي قد نص في المادة 213 من قانونه المدني سابقا قد أخضع أثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج ثم عدل ذلك إلى قانون الموطن.[3]

أولا: خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج.

أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، وهذا في نص المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري « يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج». [4]

أما المشرع التونسي فقد أخضع أثار الزواج للقانون الشخصي المشترك،وإذا لم يمكن ذلك يأتي قانون الموطن،وإذا تعذر ذلك يأتي قانون القاضي، إذ يرى المشرع التونسي أن هذه

1جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2009، ص98.

2زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص163.

3زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 170

4أنظر المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

هي الضوابط الملائمة لمبدأ المساواة [1]، وتجدر الإشارة إلى أن سريان قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ينحصر في حقوق وواجبات الزوجين، فمثال النفقة في القانون الجزائري أخضعها المشرع في نص المادة 12 فقرة 1 لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ووضع المشرع الجزائري استثناء لهذه القاعدة، وهذا الاستثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين جزائري، وهذا ما جاء في نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

أما فيما يخص الأهلية هناك جانب من الفقه أخضعها للقانون الذي يحكم آثار الزواج إذا كان نقص أهليتها محدد للمحافظة على جنسية الزوج داخل أسرته، أما إذا كان نقص أهليتها لحمايتها من ضعفها، فنطبق قانونها الشخصي، ويرى الفقه الراجح في فرنسا ومصر أن نقص أهلية المرأة بسبب الزواج هو أثر للزواج، ويهدف لحماية العائلة، فنطبق القانون الذي يحكم آثار الزواج[2]،أما المشرع الجزائري فنص في المادة 11 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على إخضاع مسألة الأهلية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص.

أما بالنسبة للاسم فالمشرع الجزائري نص على أن الأثر للزواج على اسم الزوجة وجعل اسم الزوجة عنصر من عناصر حالتها المدنية[3]، فأخضعها في نص المادة 10 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، أما فيما يخص الموطن، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج إلا أنه يدخل في آثار الزواج الأصلية، وإذا كان أحد الأطراف جزائري، يطبق مباشرة القانون الجزائري، عملا بنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، نفس الشيء بالنسبة للحقوق والواجبات المتبادلة، إذ أسندت إلى قانون جنسية الزوج.[4]

1زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر، بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا 2006 عدد 01 ص 69، 70.

2مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 145.

3 اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 253.

4 راجع المادة 10 و13 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

أما فيما يخص النسب، فقد خصه المشرع الفرنسي بقاعدة إسناد، وهو ما جاء في نص المادة 311 مكرر 14 من القانون المدني الفرنسي، الذي أخضع النسب بنوعيه الطبيعي والشرعي لقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل،وإذا لم تعرف الأم يطبق قانون جنسية الطفل، وعرف القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الفرنسي تطورات من قانون 03 جانفي 1972 الذي يميز في الأحكام بين النسب الطبيعي والشرعي، لكن بصدور قانون النسب في 04جويلية 2005 بموجب حذف هذا التمييز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي.[1]

ونفس الشيء عمل به المشرع التونسي، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 13 مكرر، على أنه يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.[2]

ثانيا: عوارض تطبيق قانون جنسية الزوج

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على احترام قواعد التنازع، ونطاق تطبيق قانون الأسرة « يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني».[3]

أما في حالة وجود معاهدة تكرس تطبيق القانون المحلي، فقواعد التنازع لا تسري حيث يوجد نص على خالف ذلك،[4]إذ يعد تطبيق القانون المحلي واستبعاد قواعد التنازع باديا عندما ينص على قاعدة إسناد متحيزة ضمن قواعد تنازع القوانين، إذ تخضع آثار الزواج المختلط إلى قانون جنسية الزوج، وهذا ما يكرس عدم المساواة بين الزوج والزوجة وترجيح كفة الزوج في

ولتفاصيل أكثر راجع، تمورت نوال، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة محند اولحاج البويرة، 2017، ص 23 إلى 27.

1 MELIN François، op.cit، p163

2 المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري السالف الذكر. 113

3 المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر. 114 115

4 خالد برجاوي، المرجع السابق، ص 47.

مسائل عديدة، وانتقد هذا المبدأ بأنه ليس عادلا، إذ يجب وضع القوانين المتنازعة في مرتبة واحدة، ويكون ذلك بالاستناد إلى معايير منطقية وموضوعية وليست متحيزة، فضوابط الإسناد في الأحوال الشخصية هي الموطن والجنسية، وليست الديانة الإسلامية.

كما انتقدت تشريعات الدول العربية، لترجيحها كفة الزوج، سواء بنص صريح أو بإعمال نظام الدفع بالنظام العام، الاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وتطبيق القانون الداخلي شأنه شأن قانون الموطن الذي لا يخدم في عديد الحالات مصلحة الزوجين بالنظر لهذا الاختلاف بين التشريع والفقه والقضاء، ظهر اقتراح لوضع قواعد تنازع موحدة عن طريق المعاهدات والاتفاقيات، ومنها اتفاقيات لاهاي 1902 و1905، التي عرفت اختلاف في تحديد القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية، إذ تبنت بعض الدول قانون الموطن ومنها أمريكا ودول أخرى قانون الجنسية، وهذا الاختلاف موجود حتى في الدول العربية[1].

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج

ينتج عن الزواج آثار مالية ترتبط بالذمة المالية لكل منهما وهذا ما يستوجب تحديد نظام مالي يحكم العالقة المالية بين الزوجين، عكس الشريعة الإسلامية التي لا ترتب على الزواج أي آثار مالية، فالنظم المالية مشاعة في الدول الغربية أكثر من الدول الإسلامية ولتحديد مضمون هذه الآثار والقانون الذي يحكمها، خصصنا الفرع الأول لدراسة النظم المالية للزواج، والفرع الثاني لدراسة نظام الأموال في التشريع الجزائري، والفرع الثالث لدراسة القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.

1مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 150 إلى 155.

تتمثل اتفاقيات لاهاي في:

أ_اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القوانين في موضوع الزواج، المبرمة في12 جوان 1902.

ب_اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القوانين والاختصاص فيما يتعلق بالطالق والانفصال المبرمة بتاريخ 12جوان 1902.

ج _اتفاقية لاهاي المتعلقة بالوصاية على القاصرين المبرمة بتاريخ 12جوان 1902.

د_اتفاقية لاهاي المتعلقة بتعارض القوانين فيما يتعلق بآثار الزواج على حقوق وواجبات الزوجين في عاقلتهما الشخصية وفيما وممتلكاتهما، المبرمة في 07 جويلية 1905.

الفرع الأول: النظم المالية للزواج

أولا: نظام الاشتراك المالي:

والذي تكون فيه أموال الزوجين مشتركة، وتستعمل لتلبية حاجيات الأسرة، وللزوج صلاحية إدارة هذه الأموال، عدا بعض التصرفات التي يحتاج موافقة الزوجة، ويظهر هذا النظام في ثالث صور وهي:

– نظام الاشتراك العام: وهو أن تكون كل أموال الزوجين مشتركة بينهما.[1]

– نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب: وهو أن تكون أموال الزوجين التي يكتسبانها بعد الزواج مشتركة بينهما، إضافة إلى المنقولات، أما العقارات فال تتأثر بالزواج، ويحتفظ كل منهما بما يملك.[2]

– نظام الاشتراك المخفف: والذي تبقى فيه لكل من الزوجين أمواله له عند إبرام العقد، سواء المنقولات أو العقارات، بينما يشتركان فيما يكسبانه بعد الزواج، والنظام المقرر في فرنسا، ما لم يختار الزوجان نظام آخر.

ثانيا: نظام الانفصال المالي:

والذي تكون بموجبه أموال الزوجين مستقلة، سواء من ناحية الإدارة أو الاستغلال أو التصرف، ويتقاسمان كل مصاريف وأعباء الأسرة بينهما، ويجدر الإشارة بأن هذا النظام غير معمول به في فرنسا، إذ تم إلغاءه، كما أنه هناك نظام آخر يدعى بنظام البائنة، والتي تقدم فيه الزوجة لزوجها بعض أموالها على شكل مهر واستغلالها، إلا أنه ألغي في فرنسا.[3]

الفرع الثاني:النظم المالية في القانون الجزائري

أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجة عن الزوج، إذ تحتفظ بكل ما لها من كمنقول أو عقار، ولها حرية التصرف فيها وليست مجبرة على المساهمة في أعباء

1زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية، ص 164.

2تمورت نوال، المرجع السابق، ص ٣٢

3زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 165.

المعيشة ومصاريف الأسرة لأن الرجل هو المسئول على ذلك، ولا يحق له مطالبتها بالمشاركة في ذلك.[1]

أولا: استقلال الذمة المالية بين الزوجين:

يختلف الأمر في نظام الاشتراك المالي في القانون الجزائري على ما هو عليه الأمر في القانون الفرنسي، إذ أنه يقع على عاتق الزوج تحمل أعباء الأسرة، ويأخذ المشرع الجزائري بنظام الفصل في الذمم المالية بينهما، واحتفاظ كل منهما بحرية التصرف في أمواله،[2] وهذا ما نص عليه في المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر». [3]

كما أن المشرع الجزائري ساوى بين الزوج والزوجة في إبرام التصرفات المالية ويجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج على الأموال المشتركة التي يكتسبانها، أي أنه في حالة عدم وجود اتفاق تبقى الذمة المالية مستقلة تلقائيا، وأجيز هذا الاتفاق بشرط ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة.[4]

ثانيا: اشتراك الذمة المالية للزوجين:

في ظل تطور حاجيات الزوجين في الحياة، يجدان أنفسهما مجبران على توحيد ذممهما المالية، لتلبية حاجيات الأسرة وهذا ما يسمى باتحاد فعلي، على الرغم من أن الأصل هو الاستقلال والحرية في الذمة المالية للزوجة، وبقاء الذمة المالية للزوج مشتركة، وهذا الاستقلال يبقى نظري إذ ينبغي عليهما التعاون على أعباء الأسرة، وتلعب هذه الاتفاقات المالية دورا هاما في حل النزاعات المالية بين الزوجين [5]، ونص المشرع في المادة 73 من قانون الأسرة

---

1 علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994 ص 64ص.

2مسعودي يوسف، المرجع السابق ص 167.

3انظر المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

4سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 84.

5مسعودي الرشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 314 .

الجزائري على النزاع في متاع البيت «إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس ألحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال....» .[1]فالاتفاق على اشتراك آثار الزوجية يحد من النزاعات على الأموال في المستقبل، ونظرا للواقع المعيشي الصعب في الأسرة الجزائرية، يفرض عل الزوجين الاستنجاد بنظام الاشتراك الفعلي.[2]

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية

اختلفت الآراء حول تكييف هذه الأنظمة إذ أن البعض اعتبرها من الأحوال الشخصية، ويتوجب إخضاعها للقانون الشخصي، وهناك من يرى أنها من الأحوال العينية، وهنا وجب إخضاعها لقانون موقع المال، أو لقانون المال، أو قانون موطن الزوجية وهذا رأي ديمولان،[3]أما المشرع الجزائري فقد حسم الأمر وجعله بسيطا، إذ أخذ بوجهة النظر الأولى الموحدة بين آثار الزواج المالية والشخصية، وأخضعها لقانون جنسية الزوج تماشيا مع الاتجاهات الحديثة للتشريع،[4]حيث نص في المادة 12 فقرة1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي « يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج » [5]، كما أن هذا الرأي لا ينفي الأهلية المشترطة لإبرام هذه المشاركة وتبقى خاضعة للقانون الوطني للزوج الذي ثار النزاع بشأن أهليته.

أما الفقهاء في فرنسا فيسندون النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج، وفي إنجلترا تخضع آثار الزواج المتعلقة بالمنقولات لقانون موطن الزوجية والعقارات لقانون موقع العقار، وفي جميع الأحوال وحسب نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، فانه إذا كان

1انظر المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

2مسعودي الرشيد، المرجع السابق، ص 314.

3-MALIN François، op. cit، p 28.١

4زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ص 165.

5راجع المادة 12 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

أحد الأطراف جزائريا عند إبرام عقد الزواج يطبق القانون الجزائري، وتبقى الأهلية خاضعة لقانون جنسية كل زوج.[1]

خلاصة الفصل

من خلال ما سبق دراسته نخلص إلى أن للزواج المختلط شروطا لا بد من توفرها لينعقد صحيحا وينتج أثاره كغيره من العقود، وهذه الشروط نوعان موضوعية وشكلية وقد خص المشرع الجزائري الشروط الموضوعية بقاعدة إسناد خاصة، وهو ما نص عليه في المادة 11 من القانون المدني، حيث أخضعها إلى القانون الوطني لكل من الزوجين وأورد على هذه القاعدة استثناء في المادة 13 من القانون ذاته وهو بأن يسري القانون الجزائري وحده على الشروط الموضوعية للزواج المختلط إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يتعلق بالأهلية فإنها تبقى خاضعة للأصل العام.

أما الشروط الشكلية للزواج المختلط فهي على عكس نظيرتها لم يخصها المشرع الجزائري بقاعدة إسناد، والقاعدة العامة للتصرفات القانونية في جانبها الشكلي إنما تسري عليه وهي قاعدة لوكيس، وهو ما جاء في فحوى المادة 19 من القانون المدني، التي قضت بخضوعها لقانون المكان الذي تمت فيه، كما يجوز أن تخضع أيضا إلى قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك أو إلى نفس القانون الذي تخضع له الشروط الموضوعية.

ومن ثم متى انعقد الزواج صحيحا فلا بد أي ينتج أثاره وهي نوعان شخصية ومالية، فالآثار الشخصية تكمن في الحقوق والواجبات بين الزوجين والنسب الشرعي للأبناء واكتساب الجنسية بالنسبة للأنظمة التي تمنح الجنسية كأثر للزواج المختلط، أما الآثار المالية فالمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة نجده قد نص على الاستقلال المالي للزوجين أي أن لكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الأخر، كما أنه جعل قاعدة إسناد وحيدة لآثار الزواج من خلال نص المادة 12 من نفس القانون، وقد نصت على إخضاع الآثار الشخصية والمالية للزواج لقانون

1زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 166.

الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، كما خص النسب كأثر شخصي للزواج بقاعدة إسناد منفردة في نص المادة 13 مكرر من القانون ذاته وهي قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل سواء تعلق الأمر بإثباته أو إنكاره، لكن في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته.

إلا أن معرفة القاضي للقانون الواجب التطبيق على شروط الزواج المختلط أو القانون الواجب التطبيق على آثاره، لا تعني أنه قد فصل في النزاع المطروح أمامه، بل أن ذلك يعتبر مجرد مرحلة تمهيدية تؤدي إلى الفصل في النزاع، ومن ثم فهناك مراحل أخرى لا بد للقاضي أي يمر بها وذلك حتى يتمكن من الفصل في الموضوع بشكل نهائي، وهو ما سندرسه من خلال الفصل الثاني.

الفصل الثاني:مركز القانون الأجنبي المختص بحكم عقد الزواج المختلط وآثاره انحلاله

المبحث الأول: القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الوطني فلا يعترض القاضي أي إشكال في تطبيقه أما إذا كان القانون المشار إليه قانونا أجنبيا فإنه يثار التساؤل بشأن مدى التزام القاضي الوطني بتطبيقه، وهل القاضي الوطني يبحث عن مضمون هذا القانون من تلقاء نفسه أم يتوجب على الخصوم إثبات مضمونه، وهل يخضع القاضي وهو بصدد تطبيقه وتفسيره لهذا القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانونه لرقابة المحكمة العليا؟ وهل يعد القانون الأجنبي قانونا ويظل محتفظا بطبيعته بالرغم من تجاوزه للحدود الإقليمية للدولة التي سنته، أم أنه يعتبر مجرد وقائع يتعين على الخصوم إثباتها وتقديم الدليل حول مضمون هذه القواعد؟.

وتلك هي أهم الإشكالات التي تثار بهذا الصدد، ومن أجل الكشف عن هذه الإشكالات القانونية يتعين علينا معالجة هذا المبحث في مطلبين، نشرح في الأول معاملة القضاء الوطني للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط، وفي الثاني نتطرق لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط.

المطلب الأول: معاملة القضاء الوطني للقانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط

إذا كان القانون يطبق داخل الحدود الإقليمية للدولة التي سنته كأصل عام، إلا أن هذا القانون قد يمتد تطبيقه إلى خارج هذه الحدود خصوصا إذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبيا،فهل تحتفظ هذه القواعد القانونية الأجنبية المطبقة من طرف القاضي الوطني بأوصاف القاعدة القانونية الصادرة عن المشرع الوطني، أم أنها تعامل معاملة وقائع؟.

وقد أثارت مسالة تحديد الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني جدلا فقهيا في القانون المقارن والتي سنقوم بتحليلها على النحو الآتي:

أولا تحديد طبيعة القانون الأجنبي:

يصدر القانون الأجنبي عن دولة أجنبية، وهذه الأخيرة ليست لها سلطة على القاضي الوطني، ومن ثم كيف يفسر تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني؟.

لقد تعددت المحاولات الفقهية الباحثة في أساس تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي، بحيث اتجه البعض إلى اعتبار القانون الأجنبي عنصرا من عناصر الواقع، بينما أمن البعض الأخر باحتفاظه بطبيعته الأصلية أمام القضاء الوطني، وكان لكل اتجاه أدلتهم التي استندوا إليها، وسوف نستعرض مضمون كلا الاتجاهين والأدلة التي استندوا إليها لتبرير وجهة نظرهم كما يلي:

- تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة:

يرى أنصار هذا الاتجاه، بإنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المحدد من قبل قاعدة التنازع الوطنية[1]، واعتبروا ذلك القانون مجرد عنصر من عناصر الواقع، وقد تزعم هذا الاتجاه الأستاذ "باتيفول" في فرنسا إذ يرى أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، عنصر عقلي، وهو محتوى القاعدة القانونية كونها مجردة وعامة، والإلزام الذي تستمد منه القاعدة قوتها وإذا كانت القاعدة الأجنبية تمتلك هذين العنصرين في بلد المشرع الذي أصدرها، فإنها ملزمة، تفتقد عنصر الإلزام في حالة تطبيقها أمام القاضي الوطني، لأن عنصر الأمر يتحدد بداهة بالإقليم الذي يزاول فيه المشرع سيادته، ولا يبقى لها سوى العنصر المعنوي، ومن ثم تفقد صفتها كقاعدة قانونية.[2]

وعلى هذا الأساس فقد شبه البعض تطبيق القاضي الوطني للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات، باعتبار أن كلاهما قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، ولكنها غير صادرة

1بخته زيدون، مرجع سابق، ص 108

2نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر ،2002، ص 27

من المشرع الوطني، وينقصها عنصر الأمر ولا تمتلك بالتالي الصفة القانونية.[1]

وقد أنتقد هذا الاتجاه على أساس أنه انطلق من فكرة خاطئة، فإذا كان صحيحا أن انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من عنصر الأمر، فإن دور قاعدة الإسناد هو أن ترد لها هذا العنصر الذي فقدته.

-**تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون:** يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية أمام القضاء الوطني ولكنهم اختلفوا حول أساس احتفاظه بهذه الطبيعة القانونية على نحو التالي:

1 – المدرسة الهولندية:

تعد من أقدم المحاولات الفقهية، وقد أسست تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي على المجاملة الدولية، وبررت ذلك على أن الدولة غير ملزمة بقبول تطبيق القوانين اللاتينية على إقليمها، وأن قبلت ذلك فإنما يكون على أساس المجاملة الدولية.

و قد اكتنفت فكرة المجاملة الدولية التي قال بها فقهاء هذه المدرسة غموض كبير، فرأى بعض الشراح أن الفكرة تعني، تطبيق القانون الأجنبي منوط بتقدير القاضي حسبما تقتضيه المصلحة.

و قد ترتب على سوء فهم هذه النظرية التي قال بها فقهاء المدرسة الهولندية وغموض الأساس الذي قامت عليه أن هجرها اغلب الفقه. [2]

– **نظرية الحقوق المكتسبة:** حاول بعض الفقهاء الانجليز إيجاد في نظرية الحقوق المكتسبة التفسير الملائم لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي، فبالنسبة لهؤلاء فإن القاضي

---

1 سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية تنازع القوانين،المعاهدات،التحكيم التجاري الدولي، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 197.

2 محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، ط 01، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، مصر، 2006، ص 426.

يطبق القانون الأجنبي في إقليم دولته احتراما للحق المكتسب، فلا يمكن للقاضي النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها غير شاملة، إذ أنها لا تعطي لنا تفسيرا لتطبيق القانون الأجنبي إلا في مجال واحد، وهو مجال الحقوق المكتسبة، في حين أن تطبيق القانون الأجنبي قد يكون أيضا في مرحلة نشوء الحق، وهو الفرض الغالب.[1]

-نظرية التفويض: يرى بعض الفقهاء الفرنسيين، أن المشرع الأجنبي يأمر القاضي الوطني بناء على تفويض من قواعد الإسناد الوطنية، فتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي يتم حسب هذا الاتجاه الفقهي بناءا على تفويض تعقده قواعد الإسناد الوطنية للقانون الأجنبي. وانتقدت هذه النظرية كذلك لأنه من غير المعقول أن يقوم المشرع الوطني بإنابة مشرع أجنبي غير معروف مقدما، أو أن يقوم المشرع الأجنبي المفوض في التشريع بمقتضى قاعدة الإسناد بأعمال النيابة، دون أن يرتضي ذلك.[2]

- **نظرية الاستقبال أو الاندماج:**انتشرت هذه النظرية بين الفقه الايطالي،ويرى أنصارها أن القانون الأجنبي يطبق أمام القضاء الوطني على أساس أنه يندمج في قانونه، غير أن فقهاء هذه النظرية اختلفوا حول طبيعة هذا الاندماج، فمنهم من أخذ بفكرة الاندماج المادي، ومنهم أخذ بفكرة الاندماج الشكلي.

فالفقهاء الذين قالوا بالاندماج المادي– وعلى رأسهم الفقيه"أنزلوتي"– قصدوا بذلك أن القاعدة القانونية الأجنبية تكون محل تأميم حقيقي، بحيث أن مضمونها يندمج في النظام

القانون الايطالي، الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن النظام القانوني الايطالي، يفرز قاعدة قانونية مماثلة للقاعدة القانونية الأجنبية التي عينتها قاعدة الإسناد، ومن ثم يصبح القانون الأجنبي في ذات مرتبة القانون الوطني.

1بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص ١٤١

2محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 427 .

وقد عيب على هذا الاتجاه بأن اندماج القانون الأجنبي في القانون الوطني يؤدي إلى تفسيره كتفسير القانون الوطني، مما يؤدي إلى تشويه أو مسخ مضمونه الحقيقي. وتجنبا لهذا الانتقاد، اتجه جانب أخر من الفقه الايطالي الحديث إلى القول، بأن الاندماج المقصود هنا هو الاندماج الشكلي لا الاندماج المادي، وبمقتضاه تظل القاعدة القانونية محتفظة بمعناها وبمقوماتها التي تتمتع بها أصلا في بلادها.[1]

غير أن هذا المفهوم الحديث للاندماج هو الأخر أنتقد، على أساس أن قانون القاضي لا يستوعب كافة القوانين الأجنبية ولو شكليا.

ثانيا: الآثار المترتبة على تحديد طبيعة القانون الأجنبي

إن تحديد طبيعة القانون الأجنبي سواء كان هذا التحديد باعتباره واقعة أو باعتباره قانونا يرتب أثار وسنقوم بطرحها كالآتي:

- الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة

من الآثار المتر تبة على الاتجاه الذي يجعل من القانون الأجنبي مجرد واقعة عدة نتائج منها:

-عدم تطبيق قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر في شأن القانون الأجنبي بما أنه واقعة، وبالتالي

التمسك بجهله مقبول.

-لا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه، بل لابد من تمسك الخصوم به وإثارته صراحة أمامه،فالقاضي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ولو كان عالما بأحكامه، بل على

الخصوم التمسك بتطبيقه.

1كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص ١١٧

إن الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي هو الذي يلتزم بإثباته، فهو الذي يقيم الدليل على مضمونه، ولا يمكن للقاضي البحث في مضمونه، ذلك لأنه عمليا من العسير على القاضي أن يلم بكل قوانين العالم.إن القاضي ليس ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلا إذا تمسك أحد الخصوم بتطبيقها، والخصوم هم الذين يسردون الوقائع على القاضي، وهو الذي يقول كلمة القانون في هذه الوقائع.[1]

– لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي.

–تتمتع المحكمة الموضوع بسلطة كاملة في الإثبات وتفسير القانون الأجنبي، ولا تخضع في هذا الشأن لأي رقابة.إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي من طرف أحد الخصوم، فالقاضي ملزم بالفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الوطني، وإلا أعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.[2]

الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي قانونا:

يترتب على إضفاء الصفة القانونية على القانون الأجنبي نتائج مخالفة للنتائج المترتبة عن اعتباره مجرد واقعة، وهي كالآتي:

–يطبق القاضي المعروض عليه النزاع القانون الأجنبي من تلقاء نفسه،ويلتزم بالبحث عن مضمون هذا القانون.

–أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.

–يحق للمحكمة العليا أن تراقب التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون

الأجنبي.

و منه فإن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي الوطني.

- أن العذر بجهل القانون الأجنبي غير مقبول.[1]

1نادية فوضيل، الغش نحو القانون، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 29 .

2محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفر نسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 232

موقف القضاء والتشريعات المقارنة من طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط إن القضاء الفرنسي يقضي بإلزامية قاعدة التنازع في بعض الحالات، مما يترتب على ذلك إضفاء الطبيعة القانونية على القانون الأجنبي، وفي حالات أخرى الصفة الاختيارية لقاعدة التنازع، وبالتالي يضفي الصفة الواقعية على القانون الأجنبي.

كما أن قاعدة الإسناد تتميز بالصفة الإلزامية إذا تعلقت الدعوى بحقوق لا يمكن للخصوم التصرف فيها، أي عندما تشتمل القضية على مسائل تتعلق بالنظام العام يتوجب على قضاة الموضوع أن يطبقوا قاعدة التنازع من تلقاء أنفسهم كالمسائل المتعلقة بانعقاد الزواج وأثاره، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في:06-05-1999، وقد سبق لمحكمة النقض أن قررت الصفة الإلزامية لقاعدة التنازع، ليس فقط إذا كان الحق المدعى به غير قابل للتصرف فيه من قبل الخصوم، وإنما أيضا إذا كان مصدر قاعدة التنازع اتفاقية دولية.[2]

وفي المقابل تتمتع قاعدة التنازع بالصفة الاختيارية إذا تعلقت الدعوى بحقوق يمكن للأطراف التصرف فيها، وهنا يجوز للقاضي ولكنه غير ملزم بذلك إثارة قاعدة التنازع التي تشير إلى اختصاص قانون أجنبي، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وفي هذه الحالة لا يمكن إعمال قاعدة التنازع،ويتوجب تطبيق القانون الوطني.[3]

ومن ثم فإن القضاء الفرنسي يكيف القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج أنه قانون وليس واقعة ويلزم القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه. أما القضاء المصري فتطرق بصفة عرضية لمسألة إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي، وذلك في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في:07 نوفمبر 1960، إذ اعتبرت المادة 14 من القانون المدني المصري

1أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص ٦٠

2عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان، 2004، ص 348

3محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 222

من النظام العام والتي جاء فيها:"في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج"، لأن نص هذه المادة يقضي بتطبيق القانون الوطني في مسائل الأحوال الشخصية التي تندرج ضمن النظام العام للقانون الداخلي، والمحكمة هنا لم توضح فيما إذا كان الوصف مرجعه اعتبار جميع قواعد التنازع من النظام العام، أم أن هذا الوصف يرجع إلى اعتبارات تتعلق بنص المادة 14 من القانون المدني المصري فقط.[1]

أما المشرع التونسي فقد ذهب إلى ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، فنص في المادة 28من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998، على أن قاعدة التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، وكان موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الأفراد لا يجوز التصرف فيها، وهي ليست من النظام العام إذا كان موضوع الحقوق المتنازع عليها يمكن للأطراف التصرف فيها، ومن ثم فإن المشرع التونسي يعامل القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج وأثاره معاملة قانون.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة358من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول في فقرتها السادسة:"لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ...6-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ..."[2]، ومن ثم فإنه يعامل القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة كقانون، فمتى أشارت قاعدة التنازع الجزائرية إلى العمل بمقتضى هذا القانون، فيطبقه القاضي من تلقاء نفسه، ويترتب على مخالفة تطبيقه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، أما إذا تعلق الأمر بغير قانون الأسرة، فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، وعلى هذا الأساس يعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج

1فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج 02، دار النهضة العربية، 1996، ص 53- 54.

2قانون رقم08 -09 المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،عدد21، سنة 2008.

قانونا، لا واقعة.

الفرع الثاني:القانون الأجنبي المختص وتفسيره

إذا كانت قاعدة الإسناد المشار إليها في القانون الوطني هي المحدد الوحيد للقانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، إلا أن عملية تطبيق القانون الأجنبي الذي قد تشير به تلك القاعدة تقتضي التعرض إلى مسالة قانونية هامة تتعلق بإثبات هذا القانون، وتحديد مضمونه، لذا يكون من الضروري تحديد الجهة التي يقع عليها عبء إثبات هذا القانون، والوسائل المعتمدة في إثباته، والبدائل المتاحة للقاضي الناظر في النزاع إذا تعذر عليه أو على الخصوم إثبات مضمون هذا القانون.

أولا: إثبات القانون الأجنبي المختص

تحدد قاعدة التنازع الوطنية القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج،ويتولى القاضي تطبيقها على المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي المطروحة أمامه، وعلى افتراض أن القاضي له معرفة بمضمون قواعد القانون الأجنبي، ولكن الأمر الذي يطرح تساؤل كيفية معرفة القاضي لهذه القواعد في القانون الأجنبي، لذلك سنشرح أولا تحديد من يقع عليه عبء إثبات القانون الأجنبي، ثم ثانيا طرق إثبات هذا القانون، وأخيرا القانون الذي يطبقه القاضي الوطني في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي.

عبء إثبات القانون الأجنبي المختص:

فيما سبق تطرقنا إلى اختلاف حول طبيعة القانون الأجنبي والذي يترتب عليه اختلاف الجهة التي يقع عليها إثبات مضمونه.

فالأنظمة التي تعتبر القانون الأجنبي بمجرد خروجه عن حدود دولته يفقد صفته الإلزامية ويعتبر مجرد واقعة، يكون عبء إثباته واقعا على عاتق الخصوم.[1]

هذا ما استقر عليه القضاء الانجليزي حيث جنب القضاة مهمة البحث عن مضمون القوانين الأجنبية، وألقى عبء ذلك على عاتق الخصوم، وقد برر ذلك على أساس قاعدة احتياطية افتراضية، تقول بوجود توافق مبدئي بين أحكام القانون الأجنبي وأحكام القانون الوطني، ولو كان هناك اختلاف في مضمون القانونين، وكان لأحد الخصوم مصلحة في تطبيقه، وجب عليه إثبات هذا الاختلاف، وتقديم مضمون هذا القانون الأجنبي إلى القاضي.

ذلك لأن القاضي الوطني يصعب عليه الإلمام بجميع قوانين العالم ومن ثم لا يجوز له أن يحكم في النزاع بمعرفته الشخصية لمضمون القانون الأجنبي، لأن علمه الشخصي يأخذ حكم العلم الشخصي بوقائع الدعوى، ومن ثم يخضع لمبدأ عدم جواز الحكم على علم القاضي الشخصي.

وهو ذات الاتجاه الذي سلكه المشرع التركي، حيث اعتبر أن القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية يقع عبء إثباتها على عاتق الخصوم وهو ما نصت عليه المادة 76 من أصول المحاكمات المدنية التركي بقولها "يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على كلا تقرر تطبيق القانون الأجنبي، فإن إثبات ذلك القانون يقع على ما يعرض عليه من نزاع، وذا عاتق من يتمسك به".[2]

أما بالنسبة للنظم التي تعامل القانون الأجنبي معاملة قانون، فهي تلقي عبء إثباته على عاتق القاضي، وهذا ما كرسه القانون الألماني، حيث منع المحكمة من التقيد في سبيل تحديد مضمون القانون الأجنبي بما قام الخصوم ببيانه، كما سمح لها في المقابل من ذلك اللجوء إلى كافة وسائل العلم لإدراك تلك الغاية وهو ما أكدته المادة 293 من قانون المرافعات

1بختة زيدون، مرجع سابق، ص 111

2ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن تنازع القوانين،الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 01، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 219.

الألمانية التي نصت على أن"القواعد العرفية والقواعد التشريعية وكذلك قواعد القانون ليست بحاجة إلى إثبات، إلا في حدود عدم علم المحكمة بها، ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم بإثباته، وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم، وأن تأمر بما تراه ضروريا لإدراك هذه الغاية".[1]

و قد سلك هذا التوجه القضاء الإيطالي، فاستقرت محكمة النقض على إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، أما معاونة الخصوم له فهي مسألة ثانوية.

وفي فرنسا فبعد أن كان القضاء الفرنسي يسلم في السابق بعدم التزام القاضي بإثبات عبء ذلك على عاتق الخصم الذي يتمسك به، إلا أنه تراجع ِ مضمون القانون الأجنبي، ولقاء عن موقفه مؤخرا، فأجاز للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في قرار بنك الجزائر بتاريخ:02 مارس 1960 .

و لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث قضت بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي، وبدون تمسك الخصوم، وبالتالي فإنها عاملت القانون الأجنبي كقانون، حيث ألزمت قضاة الموضوع بالبحث تلقائيا عن مضمون القانون الأجنبي، وحتى لو لم يتمسك الخصوم بذلك.

أما القضاء المصري، فكان في السابق يسلم بأن إثبات مضمون القانون الأجنبي حق للقاضي والتزام على عاتق الخصوم، وبرر موقفه في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ:07 جوان 1955، إلا أنه تراجع عن موقفه السابق، واعتنق الاتجاه القائل بأن إثبات القانون الأجنبي التزام على عاتق القاضي ولكن بمساعدة الخصوم، وهذا ما أكده الحكم الصادر في:06 فيفري 1984.

1بختة زيدون، مرجع سابق، ص ١١٣.

وفي المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، نجدها سايرت الاجتهادات القضائية التي توصل إليها القضاء الفرنسي، حيث جعلت إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي في حدود إمكانيات العلم به، وعند الاقتضاء يتدخل الخصوم لمساعدته، وفي حالة تمسك أحد الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي تعين عليه إقامة الدليل على مضمونه. أما موقف المشرع الجزائري فقد جاء في فحوى المادة358 الفقرة السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر، والتي تعامل القانون الأجنبي المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية التي من بينها مسائل الزواج المختلط معاملة القانون، أما إذا تعلق الأمر بغير ذلك من المسائل فهو يعامله معاملة الوقائع.

ثم فإن القاضي الجزائري يكون ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المتعلق بقضايا الأسرة، أما إذا ارتبط الأمر بغير ذلك من المسائل، فلا يكون ملزما بالبحث عن مضمونه.[1]

- طرق إثبات القانون الأجنبي المختص:

يجمع أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص على أن القانون الأجنبي لا يخضع من حيث إثباته لقواعد الإثبات القضائي التي وضعها المشرع لإثبات الوقائع، ويبررون ذلك بأنه لو تم تطبيق القواعد العامة في إثبات الوقائع على طرق البحث عن مضمون القانون الأجنبي لترتب على ذلك خضوع هذا القانون لمبدأ تبادل عبء الإثبات، فيكون على الخصم أن يثبت العناصر القانونية المستمدة من القاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق، ما يتفق مع مصالحه.

و كذلك إذا اثبت أحد الخصوم مضمون قاعدة أجنبية معينة، فيمكن للأخر–وفقا للقواعد العامة–أن يثبت العناصر التي قد تغير أو تعدل من الحق الشخصي الذي تولد عن القاعدة التي أثبتها خصمه،وسيؤدي التنظيم الفني لتناوب عبء الإثبات على هذا النحو، إلى المساس

1بختة زيدون، مرجع سابق، ص 114

بالقانون الأجنبي لدرجة قد تؤدي إلى مسخ مضمونه الحقيقي ومن ثم لا يمكن إثبات مضمون القانون الأجنبي بواسطة القرائن واليمين، وان كانت أكثر الطرق لإثبات الوقائع. [1]

إذن طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي لها خصوصية وذاتية، تجعل لها استقلالها عن الطرق التي حددها المشرع لإثبات الوقائع، دون أن يعني ذلك قطع حبال الوصل بينهما،إذ ليس ثمة ما يمنع القاضي من أن يستهدي بالطرق المتعارف عليها لإثبات الوقائع إذا تبين له سلامتها للكشف عن مضمون القانون الأجنبي.

و لكن المشرع الجزائري لم ينص على الوسائل التي يلجأ إليها القاضي للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ومنه فإنه يحق للقاضي أن يستعمل كافة الطرق التي يراها مناسبة للوصول إلى الحقيقة الموضوعية.

ومن ثم يمكن تقسيم طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي إلى طرق شفوية وطرق مكتوبة وهي كالآتي:

1-الطرق الشفوية

تتمثل في شهادة الشهود والخبرة الشفوية، وبيانها كما يلي:

***شهادة الشهود**

لا يجوز إثبات مضمون القوانين الأجنبية بالشهادة، لأن الشاهد عادة ما يدلي للمحكمة بما رآه أو سمعه من وقائع، في حين أن القانون الأجنبي يحتاج إلى خبرة واطلاع وبيانات تحريرية.[2]

***الخبرة الشفوية**

1شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968ص 269

2ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 224

تعتبر نوع من أنواع الخبرة، وهذا ما استقر عليه القضاء الانجليزي بشأن إثبات مضمون القوانين الأجنبية، إلا أنه استبعد القواعد الإجرائية التي تحكم الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة.

رغم أن القضاء الانجليزي دور القاضي فيه حيادي، لا يتدخل في النزاع ولا يحكم باستبعاد شاهد معين من تلقاء نفسه، ما دام أن الخصوم لم يقدموا على الاعتراض على شهادته، فإن الأمر يجري بخلاف ذلك بالنسبة للقوانين الأجنبية، فقد حكم القضاء الانجليزي بحق القاضي في استبعاد الشاهد على مضمون قانون أجنبي معين، متى رآه غير أهلا لهذه المهمة.

فالأصل في الشهادة أمام القضاء الانجليزي، أنها ترد على ماراه الشاهد أو سمعه من وقائع فقط، إذ ليس للشاهد بأي حال من الأحوال أن يقدم رأيه الشخصي أو تقديره لهذه الوقائع،ومع ذلك فقد جرى القضاء هناك على تخويل الشاهد حق الإدلاء برأيه الشخصي في شأن أحكام القانون الأجنبي محل الشهادة.[1]

إثبات القانون الأجنبي بوسيلة الشهادة ٍكما أن الاختلاف الإجرائي في إثبات الوقائع ويعود إلى أن هذه الأخيرة، أقرب إلى الخبرة في مجال إثبات القوانين الأجنبية، لذلك فقد درج القضاء الإنجليزي على اعتمدها في سبيل الكشف عن مضمون القوانين الأجنبية، وقد تشدد في التمسك بها إلى درجة أنه منع القاضي من الالتجاء إلى أية وسيلة أخرى من وسائل الكشف عن مضمون القوانين الأجنبية، بما في ذلك الاعتماد على علمه الشخصي عند إصدار أحكامه.

أما القضاء الفرنسي والمصري لم يلجأ أي منهما إلى الخبرة كوسيلة من وسائل إثبات القانون الأجنبي ومع ذلك فقد اتجهت بعض الأحكام الفرنسية مؤخرا إلى الأخذ بالخبرة، كوسيلة

1هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 165 .

للكشف عن مضمون القوانين الأجنبية، متأثرة بالأفكار الانجليزية، كما أيد الفقه المصري الحديث هذا الاتجاه.

كما أن للخبرة الشفوية وما تستلزمه من استدعاء الخبير لمناقشته أمام المحكمة فائدة مزدوجة لكل من المحكمة والخصوم.[1]

فبالنسبة للمحكمة، فإن مثول الخبير أمامها يمكنها من التأكد عن قرب من مدى ثقتها فيه، أما الخصوم فإن حضور الخبير للجلسة يحقق لهم فرصة مناقشته في التفاصيل التي قد يثيرها تطبيق القانون الأجنبي على الواقعة محل النزاع، ولكن على الرغم من ذلك فان الخبرة الشفوية لا تخلو من بعض العيوب أهمها:

قد تتضارب أراء الخبراء أمام المحكمة في حالة تعددهم، مما يقتضي من على القاضي تقدير أرائهم،واختيار ما كان منها الأقرب إلى الصواب، لاسيما إذا كان من ضمن هؤلاء الخبراء لا يحسن التكلم بلغة القاضي، مما يجعل القاضي يميل إلى الأخذ برأي الخبير الذي يتقن اللغة الوطنية.

و يزداد الأمر خطورة إذا كان الخبير أجنبيا، ولا يتقن لغة القاضي، فيضطر هذا الأخير إلى الاستعانة بمترجم، والذي قد لا ينقل المصطلحات القانونية بالدقة المطلوبة، هذا على عكس الخبرة المكتوبة، التي يمكن ترجمتها عن طريق جهاز ترجمة متمكن ومتخصص يمتلك الوقت الكافي للتروي والتحري بدقة.

قد تتعرض الخبرة الشفوية إلى عائق ذو طبيعة عملية، فقد يكون الخبير المستدعي للإدلاء بمعلوماته عن القانون الأجنبي أجنبيا لا يقطن في دولة القاضي، الأمر الذي يستدعي تنقله من الخارج إلى دولة القاضي، وهذه العملية تتطلب تكاليف هامة.[2]

1بختة زيدون، مرجع سابق، ص 117

2نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 66 .

وفي الأخير يجدر بنا الإشارة إلى أن هذه العيوب،إن كانت لا تبرر استبعاد الخبرة والشفوية كوسيلة لإثبات مضمون القوانين الأجنبية بصفة كلية، ولكنها تقلل من فعاليتها فلا تحقق الغاية المرجوة منها على أكمل وجه، وهو الأمر الذي دفع بقضاء العديد من الدول، إلى تفضيل الخبرة المكتوبة، باستثناء القضاء الإنجليزي الذي لا يزال متشددا في موقفه إزاءها، على الرغم من المآخذ التي نسبت إليها.

2 –طرق الإثبات المكتوبة: هناك العديد من طرق الإثبات المكتوبة على عكس طرق الإثبات الشفوية وسنقوم بشرحها كالآتي:

*الخبرة المكتوبة:

يمكن للقاضي من تلقاء نفسه، أو بناءا على طلب الخصوم، أن يلجأ إلى الخبرة المكتوبة في سبيل الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما استقر عليه العمل في القضاء الفرنسي.

كما أن الخبرة المكتوبة تيسر للقاضي العلم بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق،حيث أنه يحدد للخبير الإطار الواقعي للدعوى، والأمور التي يركز عليها بصفة خاصة. ومن ثم يلتزم الخبير بأداء مهمته والإدلاء بما توصل إليه من معلومات بموجب تقرير مكتوب يقدمه إلى المحكمة.

ويمكن للخصوم مناقشة ما انتهى إليه الخبير وإبداء ملاحظاتهم في شأنه، وفقا للمبدأ العام، الذي يقضي باحترام حقوق الدفاع، فلا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه على وقائع أو أدلة لم تتح للخصوم فرصة مناقشتها، خاصة إذا تعلق الأمر بالقوانين الأجنبية التي يشكل تطبيقها مفاجأة للخصوم تتنافى مع حقوق الدفاع، كما أن مناقشة الخصوم لتقرير الخبير حول مضمون القانون الأجنبي، تساعد القاضي على حسن تفهم أحكامه، وتتيح له فرصة التأكد من

صحة المعلومات التي أوردها الخبير، وفي حالة وجود أشياء غامضة يمكن استدعاء الخبير من طرف القاضي أو بطلب من الخصوم لتوضيح أمور ضرورية يمكن له ذلك.[1]

و في الأخير نخلص إلى أنه إذا التجأت المحكمة إلى الخبرة بصفة عامة، لا يمكن اعتباره تنازلا منها عن أداء مهمتها واختصاصها الأصيل بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه من تلقاء نفسها، لأن المبدأ يقضي بأن للمحكمة ألا تأخذ بما انتهى إليه الخبير كله أو بعضه، فلها أن تستند إلى أدلة أخرى قد يقدمها لها الخصوم، أو استنادا إلى علمها الشخصي بأحكام القانون الأجنبي.[2]

- **الشهادات العرفية:** يجري العمل في مختلف الدول، وخاصة في فرنسا على إثبات القانون الأجنبي بما يسمى بالشهادة العرفية، وهي عبارة عن مستند مكتوب يصدر عن شخصية متخصصة محيطة علما بأحكام القوانين الأجنبية، وغالبا ما تكون هذه الشهادة محررة بلغة دولة القاضي الذي يتم أمامه إثبات مضمون القانون الأجنبي.

و قد تصدر الشهادة العرفية عن إحدى الجهات الرسمية كالقنصلية، أو السفارة التابعة للدولة الأجنبية المطلوب إثبات قانونها، أو عن طريق شخصية عادية محام، خبير قانوني، فقيه أجنبي... محيطة علما بالقانون الأجنبي.[3]والجدير بالذكر أن استخدام الشهادات العرفية كوسيلة لإثبات مضمون القوانين الأجنبية، تبنتها صراحة العديد من التشريعات منها التشريع التونسي.

*نصوص القانون الأجنبي:لا يوجد ما يمنع القاضي من الاستعانة في هذا الشأن بنصوص القانون الأجنبي نفسها إن كان من الأفضل أن تكون صورة النصوص الأجنبية المقدمة إلى المحكمة ، أو بترجمتها، وصادرة عن هيئة مختصة أو واردة في مؤلف علمي

1شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 293

2المرجع نفسه، ص 288 -289 .

3عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 388-389

معتمد، إلا أن ذلك لا يعد شرطا لازما لقبول هذا الدليل طالما اقتنعت به، لأن الأصل في إثبات القوانين الأجنبية هو مبدأ حرية الإثبات.[1]

***المؤلفات الفقهية:**

يمكن للقاضي أن يستعين على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من مؤلفات لمعرفة القانون الأجنبي، ومراجع تحتوي على دراسات لهذه القوانين تشرحه وتفسره، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها سنة 1950، حيث أن محكمة الموضوع طبقت القانون الفرنسي ورفضت الاستناد على مؤلف فقهي قدمه الخصوم كدليل وحيد لإثبات القانون الأمريكي باعتباره القانون الواجب التطبيق، وكان مبررها أنها لا تعتد بالمؤلفات الفقهية كدليل للإثبات، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم، وهذا على أساس أن محكمة الموضوع لم تتعرض في حكمها لبيان قيمة وقوة الدليل الذي قدمه الخصوم.[2]

و من هنا يبدو أن محكمة النقض الفرنسية ترفض تحديد طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي وتكرس مبدأ حرية الإثبات، ودراسة أي دليل يمكن أن يسهل للقاضي العلم بأحكام القانون الأجنبي.

*الأحكام القضائية:

يمكن للقضاة أن يستعينوا بالأحكام القضائية الصادرة مسبقا في منازعات مشابهة للنزاع المطروح أمامهم للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ولكن بشرط أن تكون هذه الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقا لقانون أجنبي معين، أو عن القضاء الأجنبي في دولة القانون الأجنبي موضوع الإثبات، أو قضاء دولة أجنبية أخرى.[3]

*الإنابة القضائية:

1شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 298 .

2بختة زيدون، مرجع سابق، ص 121 .

3عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 396

هي طلب السلطة القضائية المنيبة إلى السلطة القضائية المستنابة سوى كانت قضائية أو دبلوماسية، اتخاذ إجراء معين، بغية الفصل في قضية عالقة أمام القاضي المنيب الذي ليس له القدرة على ذلك. ومن ثم فإن فتح الطريق أمام القاضي الوطني للجوء إلى الإنابة القضائية الدولية، يجعلها وسيلة فعالة يستعين بها القاضي للكشف عن مضمون القانون الأجنبي.[1]تنتهي مهمة القاضي في إثبات القانون الأجنبي إما بتطبيقه أو استحالة ذلك، لأسباب لا دخل للقاضي فيها ويكون ذلك في حالات استثنائية.

ويرى جانب من الفقه أن يرفض القاضي الوطني الفصل في النزاع المعروض أمامه في حالة استحالة إثبات القانون الأجنبي، وهو ما أخذت به المحاكم الأمريكية سنة 1954 في قضية"Walton"الشهيرة، ولقد لقي هذا الاتجاه نقدا عنيفا على أساس أن القاضي الذي يرفض الفصل في النزاع يعتبر ناكرا للعدالة.

بينما يرى جانب أخر من الفقه تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة، وقد تبنت بعض الأحكام الأمريكية هذا الحل، وقد انتقد أيضا هذا الاتجاه أنه يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة.[2]

وهناك رأي ثالث يرى بتطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي الذي تعذر إثباته،وعلى الرغم من أن هذا الرأي قريب إلى الصواب إلا أنه صعب التطبيق، وذلك بسبب استحالة التحقق من التشابه بين التشريعات المتعددة، كما أن الظروف التي يمر بها كل مجتمع والتعديلات التي تطرأ على قوانينه، تجعل من الصعب الجزم بتشابه قوانين الدول بصورة مستمرة.

وذهب اتجاه فقهي أخر إلى تطبيق قانون القاضي في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي ولكنه انتقد أيضا باعتباره يقوم على حيل قانونية بعيدة عن الواقع لأن القوانين في العالم تختلف

1شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 202-203 .

2سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 219

في ظروف نشأتها،[1]أو لأن هذا الرأي يقوم على تفضيل قانون القاضي على أي قانون آخر دون مبرر مقنع.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة23 مكرر من القانون المدني على أنه"يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق"، ومنه إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص يتعين على القاضي الجزائري الرجوع إلى أحكام القانون الوطني وتطبيقها،ونفس الشيء إذا تعلق الأمر بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية، فعلى القاضي تطبيق أحكام قانون الأسرة، كلما ثبت الاختصاص لصالح قانون أجنبي وتعذر الكشف عن أحكامه بكل وسائل الإثبات.[2]

وفي الأخير فان الإثبات في التشريع الجزائري يكون بكافة طرق الإثبات ماعدا الإقرار واليمين، والسبب في استبعادهما ينطلق من أنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم،واتفاقهم على مضمون معين للقانون الأجنبي، فواجبه يتمثل في تطبيق القانون الأجنبي، لا تطبيق قانون وهمي فرضته إرادة الخصوم.

و متى تعذر إثبات القانون الأجنبي يتحتم على القاضي الفصل في النزاع على أساس أن هذا الالتزام الذي يقع على عاتقه على المستوى الداخلي، يفرض بالقوة نفسها على صعيد العلاقة الدولية الخاصة،ويطبق القانون الوطني هنا كصاحب اختصاص احتياطي بعد تعذر إثبات القانون الأجنبي ذو الاختصاص الأصيل لحكم المنازعة المطروحة.

ثانيا: تفسير القانون الأجنبي

إذا ثبت مضمون القانون الأجنبي لقاضي الموضوع، كان على القاضي تطبيقه على النزاع المطروح أمامه، ولكن في حالة وجود غموض في القانون الأجنبي على أي قانون يفسر القاضي هذا الغموض؟وهل هذا التفسير يخضع لرقابة المحكمة العليا؟

1محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 479

2بختة ز يدون، مرجع سابق، ص 128 .

دور القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي:

متى تمكن القاضي من التعرف على القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط، واستطاع أن يثبت مضمونه، فإنه يطبقه بنفس الصورة التي تطبقها محاكم الدولة المصدرة له، فيرتبط بالمبادئ العامة لتفسير القانون في تلك الدولة.

ويرى البعض أن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن تفسير قانونه، فهو في كلتا الحالتين يبحث عن نية المشرع، وهدفه من وراء القواعد التي أصدرها،و للقاضي أن يستعين في تفسير القانون الأجنبي بآراء الفقه والقضاء الأجنبي ولكنها غير ملزمة له.[1]

وأنتقد هذا الرأي على أساس أن حكمة التشريع تهدف إلى تقيد القاضي بالحلول القضائية المستقرة في الدولة التي يطبق قانونها، حتى لو لم يكن القضاء مصدرا رسميا للقانون،ويمكن أن يكون القول بغير هذا انحراف قاعدة الإسناد عن غايتها، وتشويه للقانون الأجنبي، ومخالفة أيضا لإرادة المشرع الوطني الواضع لقاعدة الإسناد، ومن هنا يستوجب على القاضي إتباع أسلوب التفسير الذي تعمل به المحاكم الأجنبية، والابتعاد عن الاجتهاد الشخصي في التفسير ،أي تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبق في الدولة التي أصدرته، ليس أخذ بعين الاعتبار نصوصها القانونية فقط وإنما أيضا ما استقر عليه قضاؤها، أي أن القاضي لا يكو ن ملزما بالتفسير الذي يتمسك به أحد الخصوم لمعنى القانون الأجنبي.[2]

وهناك بعض القوانين التي تقيد القاضي بتفسير المقرر في القانون الأجنبي، وتخضع القاضي في تفسيره لرقابة محكمة القانون، فمثلا المشرع التونسي نص في الفصل 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن:"يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه".

1أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 70و 71.

2سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 210

أما محكمة النقض الفرنسية تقر الرقابة على الأحكام التي تخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، وهو الموقف نفسه الذي تبنته محكمة النقض المصرية.

ثانيا:رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي

إن الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه خطأ في تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك أن يطبق القاضي الجزائري على انعقاد الزواج أو آثاره قانون الموطن، بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية، غير أن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي هو محل خلاف في القانون المقارن، في خضوعه لرقابة المحكمة العليا أو لا،

فهناك بعض الدول ترفض رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي وضعه قضاة الموضوع منها

بلجيكا،هولندا، سويسرا، ومعظم قضاء الدول الأوروبية، وذلك على أساس أن القانون الأجنبي طابقه، وذلك لأن مهمة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني ويصعب عليها عمليا التكفل بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية،[1] أما بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال نص المادة 358 الفقرة السادسة السالفة الذكر يفهم بأنه في حالة الخطأ في تفسير القانون الواجب التطبيق على الأحوال الأسرية يخضع لرقابة المحكمة العليا، ومن ثم فإن المشرع الجزائري ساوى بين القانون الوطني والأجنبي المتعلق بالأحوال الأسرية، ومنه إذا أخطأ القاضي الجزائري في تفسير أو تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، فإن ذلك يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض.

المطلب الثاني: استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط

إذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية على إقليمه، إلا أنه يوجد استثناء على ذلك، يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص في حالة تعارض مضمون

1أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 74 .

حكم هذا القانون مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية، مما يعني أن استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص ترجع إلى تعارض أحكام هذا القانون وعدم انسجامها مع النظام العام في دولة القاضي، ومنه سنتعرض للمفهوم النظام العام وما ينتج عنه من أثار.

الفرع الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام

يتميز النظام العام بخصائص سنقوم بتحليلها وهي:

1 –فكرة النظام العام فكرة وطنية

النظام العام هو"الوضع الطبيعي للمجتمع"، حيث يعكس المبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمع معين في جيل معين، ولذلك يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى. ويتصف النظام العام بالوطنية، لأنه موجه لحماية المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني، ولذلك لا يجوز القول بوجود نظام عام دولي ونظام عام داخلي، بقصد التمييز بين النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، والعلاقات الداخلية لأن النظام العام في كلا الحالتين ذو طابع وطني بحت. وعلى الرغم من ذلك توجد بعض المبادئ المشتركة بين أغلبية الدول كمبدأ حرية الزواج، وعدم جواز التمييز بين أفراد بسبب اللون أو العرق أو الدين، والتي يعتبرها البعض تشكل نظاما عاما دوليا، فمع ذلك عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي الذي لا يحترم هذا المبدأ، يكون هذا الدفع على أساس مخالفته للنظام العام الوطني، وليس للنظام العام الدولي.[1]

1 –فكرة النظام العام فكرة وقتية

تثير نسبية النظام العام إشكالا متعلقا بتحديد وقت تقديره، ومنه فإن القاضي يقدر مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من عدمها قد يكون وقت نشوء المركز القانوني أو لحظة الفصل في الدعوى.

1فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية "مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2010–2011، ص 27

و قد استقر الفقه الغالب على مبدأ أنية أو حالية النظام العام،ويقصد به أن على القاضي أن يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في دولته عند الفصل في الدعوى وقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية بأن:"تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر".[1]

و مبدأ أنية النظام العام مستقر عليه في غالبية التشريعات المقارنة، وأكدت عليه أيضا المحكمة الدائمة للعدل الدولية.

- **النظام العام ذو طابع قضائي:** أي أن القاضي هو الذي يحدده مستلهما في ذلك ضمير الجماعة لا ما يراه هو، ثم يخضع بعد ذلك لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسالة قانونية يترتب عليها تعطيل قاعدة إسناد وطنية لأن القاضي هو الذي يقدر هل هذه المسالة تتعارض مع النظام العام أم لا وفي هذه المسالة بالذات يخضع لرقابة المحكمة العليا عند ممارسته لسلطته التقديرية، فالأمر هنا لا يتعلق فقط باستعمال السلطة التقديرية، بل يتعلق بتطبيق القواعد القانونية للقانون الأجنبي المختص لأن المسالة في الأخير مرتبطة بالقانون.[2]

2. شروط الدفع بالنظام العام

حتى يدفع القاضي بالنظام العام لا بد من توفر شروط معينة على أن تكون مجتمعة وسنقوم بشرحها كالآتي:

1- إشارة قواعد الإسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي المخالف للنظام العام يترتب على هذا أنه لا حاجة لإعمال الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي، وعليه يستغنى عن هذا الاستثناء وهو الدفع بالنظام، ويلجأ القاضي الوطني إلى الوسائل الأخرى لاستبعاده، كأن يثبت الاختصاص لقانون القاضي

1فاطمة الزهراء زاير، مرجع سابق، ص 31 .

2عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 135،136

باعتباره قانونا إقليميا على أساس أنه يمثل قانون محل وجود المال، أو بوصفه من قوانين البوليس والأمن، أو كأن يكون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص ويحيل الفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي إلى قانون القاضي، وهذا الأخير يقبل الإحالة كما هو الحال في التشريع الجزائري إثر التعديل الأخير للقانون المدني في مضمون المادة23مكرر، فنجد أن المشرع الجزائري قرر صراحة قبول الإحالة، بشرط أن تحيل قواعد الإسناد الأجنبية الاختصاص بحكم النزاع للقانون الجزائري.[1]توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لإعمال الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت رفع الدعوى.

أولا: آثار الدفع بالنظام العام

إذا تبين للقاضي بعد فحصه للقانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية أنه يتعارض مع الأسس الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمعه، تعين عليه تحريك الدفع بالنظام العام، والذي سيترتب عليه أثر إلا أنه لابد من التمييز بين أثرين، أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق، وبين أثره بالنسبة للحقوق المكتسبة.

– أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق نصت المادة 24 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه:"...**يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة**".

من خلال نص هذه المادة يتضح أن إعمال الدفع بالنظام العام يترتب عليه، استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإحلال القانون الجزائري محله لما له من اختصاص استثنائي في هذا الفرض، وهذا الإحلال قد يتم بطريقة سلبية وقد يتم بطريقة ايجابية.[2]

1محمد موسخ، مرجع سابق، ص12

2بختة زيدون، مرجع سابق، ص 146

ويتحقق الإخلال السلبي، عندما يقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي، والقضاء برفض الطلب، لأن قاعدة النظام العام في قانونه ناهية.

أما الإخلال الايجابي يتحقق عندما تكون قاعدة النظام العام فيه أمرة، ومن هنا يبدو أن استبعاد القانون الأجنبي، يترتب عنه في الحالتين إحلال قانون القاضي محله، فالحالة الأولى طبق القاضي قانونه الذي يمنع إنشاء علاقة يجيزها القانون الأجنبي، والحالة الثانية طبق القاضي قانونه الذي يسمح بنشوء علاقة لا يسمح بها القانون الأجنبي، وهو يطلق عليه بالأثر الايجابي للدفع بالنظام العام.

ومنه فإن تطبيق القانون الوطني يسد الفراغ التشريعي الذي يترتب على استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، يعتبر أكثر الحلول الملائمة لاعتبارات عملية، فهو قانون معروف عند القاضي مما يجنبه مشقة البحث عن مضمونه[1]، وفضلا عن ذلك، فهو يتلاءم مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية[2].

وقد تبنت هذا الحل العديد من الدول فنصت عليه صراحة في تشريعاتها، كالكويت وتونس وطبقه القضاء الجزائري في العديد من المناسبات خاصة في مجال الأحوال الشخصية الذي يعد المجال الخصب لإثارة الدفع بالنظام العام باعتبار أن قانون الأسرة مستمدة أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية.

ففي مسالة تتعلق بإثبات النسب، جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ:

1991/04/23 أن:"الاعتراف بتثبيت النسب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر، لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحة".

1عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 620 .

2سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 239 .

فهنا استبعد القضاء الجزائري القانون الفرنسي الواجب تطبيقه لتعارضه مع النظام العام الجزائري، لأن تثبيت النسب لا يكون إلا بالزواج الصحيح، ومن ثم لا ينسب الولد لأبيه بل لأمه. وأخير نخلص إلى أن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية يكون مرهون دائما بعدم تعارضه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي متعارضا مع مقتضيات النظام العام، تعين على القاضي استبعاده من ميدان التطبيق والتصدي للفراغ التشريعي الناجم عن ذلك على هدي قواعد قانونه.

إلا أنه في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، في بعض أحكامه، فهل يستبعده القاضي برمته أو يستبعد جزء منه فقط؟ يرى جانب من الفقه أن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية،ينبغي أن يكون كليا، لأن استبعاد جزء منه يتنافى مع الحكمة من قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا لا بعض أحكامه، كما أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرع.[1]

– أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة

قد ينشأ حق في دولة أجنبية ويكون مخالفا للنظام العام الجزائري، فهل يمكن الاحتجاج بآثاره في الجزائر؟

الواقع أن المسالة تختلف باختلاف مدى تعارض الأثر ذاته مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فإذا كانت هذه الآثار هي بدورها تتعارض تعارضا صارخا مع مقتضيات النظام العام، ففي هذه الحالة يلعب النظام العام دوره كاملا في استبعاد الحق واستبعاد أثاره، فمثلا من غير الممكن أن نتصور قبول الاعتراف في الجزائر بآثار زواج تم في الخارج، بين مسلمة

1محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي "دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي"، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا،1994، ص 150

وغير مسلم أو بين شخصين من نفس الجنس، لأن ذلك يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تميز في هذه الحالات بين إنشاء الحق وأثاره.

أما إذا كان الأمر بخلاف ذلك، بأن كانت تلك الآثار لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فلا مانع في هذه الحالة من الاعتراف بها، واستبعاد الدفع بالنظام العام بشأنها، وهذا هو الأثر المخفف للنظام العام وله تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي، حيث اعترف بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج طبقا للقانون المحلي والاعتداد بكافة أثاره القانونية في فرنسا، شأنه في ذلك شأن الزواج المدني المعمول به في فرنسا، مع أنه لو كان الزواج الديني في فرنسا بين أجانب–و لو كان قانونهم الشخصي يجيز ذلك–لما سمح القانون الفرنسي بذلك، وكذلك اعترف للزوجة الثانية بالحق في النفقة الزوجية، على الرغم من أن نظام تعدد الزوجات محظور في فرنسا ولا يسمح بإنشائه، حتى ولو تعلق الأمر بأجانب تجيزه قوانينهم.[1]

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الحق الناشئ عن طريق إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد إعمالا للدفع بالنظام العام، يحتج بآثاره في الجزائر، بينما يكون عديم الأثر في البلد المستبعد قانونه، أما الاحتجاج به في دولة ثالثة، فهو يتوقف على مدى موافقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في الجزائر، فإذا كانت مقتضيات النظام العام متشابهة في كلا الدولتين، فيمكن الاحتجاج بآثاره في تلك الدولة الأجنبية، أما إذا كانت مختلفة وغير متوافقة، فلا يجوز الاحتجاج بآثاره فيها، وتعرف هذه المسالة بالأثر الانعكاسي للنظام العام.

ومثال ذلك لو أبرم زوجان يونانيان زواجهما في الجزائر طبقا للشكل المدني، وأرادا الاحتجاج بصحته في إحدى الدول العربية، فلا ريب أن لهما ذلك، لأن مقتضيات النظام العام السائد بين الدول العربية في هذه المسالة متشابهة، حيث أن الزواج فيها نظام مدني، ولكن هذه

1بختة زيدون، مرجع سابق، ص 151

العلاقة سوف تكون عديمة الأثر مثلا في بلغاريا قبل قانون 1952 لأن قانونها السابق كان يستلزم لصحة الزواج أن يتم في شكل ديني.[1]

ومما سبق يتبين أن تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، يختلف من قضية إلى أخرى، لذلك يتعين على القاضي عند إعماله لنص المادة24 من القانون المدني الجزائري أن يكون حريصا في استخدامه لهذا الدفع، وأن يأخذ بعين الاعتبار خصوصيات الحياة الخاصة الدولية وحاجاتها، ذلك لأن التوسع في تطبيق القانون الوطني على حساب القانون الأجنبي المختص، من شأنه أن يضر بالتعاون القائم بين الدول، ويهدد المراكز القانونية والمعاملات الدولية.[2]

الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون:

أولا: مفهوم الغش نحو القانون

إن قاعدة الإسناد هي القاعدة القانونية التي تختص بتعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، تتكون هذه القاعدة من عناصر ثلاث هي:الطائفة الفكرة المسندة، والقانون المسند إليه، وضابط الإسناد باعتباره وسيلة ربط بها المشرع بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه، فبواسطته يتم ضبط وتحديد هوية القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فهو المحدد الرئيسي والموجه الفعلي لمصير القضية المشتملة على عنصر أجنبي[3].

ثانيا: شروط دفع الغش نحو القانون

1الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، صفحة 287

2بختة زيدون، مرجع سابق، ص 152

3حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2004، ص 281

المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الشروط في المادة 24 من القانون المدني، رغم أن بعض الشروط قد تفهم من خلال ألفاظ النص والبعض الأخر يستنتج من خلال مضمونه، إلا أن الفقه والقضاء قد اتفق على شروط لكنه اختلف بشأن شروط أخرى، وسنعرضها كالتالي:

أولا: الشروط المتفق عليها وهي الأركان التي يقوم عليها الغش نحو القانون وتتمثل في ركنين، ركن مادي وأخر معنوي.

1 –التغيير الإرادي لضابط الإسناد:

ويطلق عليه الفقه بالركن المادي للغش، ويحدث التحايل على القانون نتيجة لتصرف إرادي يتمثل في تغيير ضابط الإسناد في قاعدة التنازع، والتغيير الذي يحقق العنصر المادي للغش نحو القانون هو الذي يكون للإرادة دورا في إحداثه[1] وإذا حدث التغيير في ضابط الإسناد فإنه يترتب عليه بالضرورة تغييرا في القانون الواجب التطبيق، كأن يقوم الأطراف باصطناع العنصر الأجنبي في علاقاتهم القانونية لتجنب الخضوع لقانون القاضي الوطني، مع أنها في الأصل علاقة وطنية محضة، أو القيام بالعكس بتغيير العنصر الأجنبي بعناصر وطنية لتتحول إلى علاقة وطنية، يحكمها القانون الوطني فالغش هنا واقع في كل الحالات.

إن التغيير الإرادي لضابط الإسناد يجب أن يتم بطريقة مشروعة، فلو تم تغيير الجنسية بصورة غير مشروعة فلن يكون هناك مجال للدفع بالغش نحو القانون، وعليه لا يجوز في هذه الحالة الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى.[2]

- **أولا/ توافر نية الغش نحو القانون:** لا يكفي حصول تغيير إرادي وحقيقي ومشروع لضابط الإسناد كنتيجة عادية لتغيير عنصر من عناصر العلاقة القانونية ، وإنما يجب لتوافر الغش أن يصبح تغيير القانون المختص هدفا في حد ذاته، القصد من ورائه تجنب الأحكام الواردة في القانون الواجب التطبيق

1محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص277 .

2أنظر، محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص277، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص316

و هذا ما يصطلح عليه بالركن المعنوي للغش نحو القانون، ويتمثل في نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به الغاش سليما لا سبيل لإبطاله، إلا أن بعض الفقهاء رأوا بعدم وجوب التقيد بشرط وجود النية، واعتبار الغش قد وقع لمجرد إجراء عملية تغيير ضابط الإسناد المقترن بملابسات وظروف خارجية، إلا أن المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء وما استقر عليه القضاء الحديث هو الأخذ بهذا الشرط.[1] و الشرطين السابقين متفق عليهما من قبل الفقه، إلا أنه يشترط جانب أخر من الفقه توافر شرطين أخريين لإعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون.

ثانيا/ الشروط المختلف فيها بين الفقهاء للدفع بالغش نحو القانون: تتمثل هذه الشروط في أن يحصل الغش نحو قانون القاضي، وأن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها في القانون المختص أحكام أمرة.

1 –حصول الغش نحو قانون القاضي: وهو أن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات منه هو قانون القاضي، أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون، لأن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي[2] وهو ما يمنع الأفراد من مخالفته، نادى به الفقهاء وأخذ به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، لكن مع بداية سنة 1961 أصبح القضاء الفرنسي يحكم بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية وقد صدر له قرار في ذلك في:07 مارس 1961، وقد أيد الفقه الحديث هذا التوجه للقضاء الفرنسي على اعتبار أن الغش هو غش في جميع الحالات وينبغي مطاردته حيث كان، كما أن التحايل على القانون الأجنبي في حقيقته تحايلا على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي.[3]

1حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 383

2بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص193 .

3نفس المرجع السابق، الصفحة نفسها.

و أخيرا خرج المشرع الجزائري عن صمته فيما يتعلق بهذا الشرط وقرر صراحة من خلال الفقرة الأولى للمادة 24 من القانون المدني إثر التعديل الأخير لهذا القانون مسايرته للقضاء الفرنسي الحديث، بأن أجاز إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط، بل يشمل مصطلح:«نحو القانون»، في لغة تفسير النصوص القانونية كل القوانين، سواء تعلق الأمر بقانون القاضي أم كان قانونا أجنبياً، لأن المطلق يعمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيده، والعام يحمل على عمومه حتى يرد ما يخصصه.[1]

2 –أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة: يرى بعض الفقهاء أن الغش نحو القانون لا يتحقق إلا إذا كانت أحكام القانون الذي يريد الشخص أن يتهرب منها آمرة، أما إذا كانت مكملة فلا يتحقق الغش لأن القواعد المكملة هي من القواعد التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، فلا يتصور بالتالي إقرار جزاءات عند التهرب من أحكامها.

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة، ذلك لكون هذه القواعد يكون لها الصفة الإلزامية التي للقواعد الآمرة وإذا لم يتفق الأطراف على مخالفتها أي أن الدفع بالغش نحو القانون يكون نتيجة حدوث ضرر للشخص وأدى إلى حصول نتيجة غير مشروعة.[2]

3– أثار الدفع بالغش نحو القانون: لما كان مستعمل الغش يستخدم وسائل معينة أي تغيير ضوابط الإسناد قصد تحقيق أهداف ممنوعة عليه في قانونه، فإن الفقه اختلف في الآثار المترتبة عن الدفع بالغش، ينصرف الجزاء إلى النتيجة والوسيلة على حد السواء أم يشمل النتيجة غير المشروعة فقط؟.

1أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 17

2أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 17

أولا/ شمولية الجزاء للنتيجة والوسيلة معا: ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه "باتيفول" إلى أن أثر الغش يجب أن يمس النتيجة والوسيلة على حد السواء أي عدم اقتصارها على عدم سريان التصرف الذي قام به الغاش، بل يجب إبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد، فمثلا إذا قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة قصد الاستفادة من أحكام لا يسمح بها قانون الجنسية الأولى، كالتسوية في الزواج بين الذكر والأنثى، فيجب أن لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ قانون الجنسية وإنما يجب أن يمتد أيضا إلى الوسيلة التي استخدمها هذا الشخص وهي تغيير جنسيته، ، ولكن في حدود الغاية التي أراد الوصول إليها فقط متى أمكن تجزئة الآثار المرجوة، أي أن القاضي يتقيد بإبطال الوسيلة المستعملة في حدود الغاية التي يريد الغاش الوصول إليها.[1]

ثانيا/ اقتصار الجزاء على النتيجة فقط: وذهب الجانب الأخر من الفقه إلى جعل الجزاء منحصر في عدم نفاذ النتيجة المراد تحقيقها من الغش دون الوسيلة المستعملة، وذلك لكون أن النتيجة هي غير المشروعة وليست الوسيلة المستعملة بطرق مشروعة، ويترتب على ذلك استبعاد القانون الذي أنتقل إليه الاختصاص بنية الغش، وتطبيق أحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لأول مرة وذلك في حدود النزاع الذي وقع التحايل بمناسبته، أما خارج هذه الحدود فإنه يتعين إعمال ضابط الإسناد الجديد ما دام أن هذا الضابط لم يؤدي إلى تحديد النتيجة التي هدف إليها المتحايل ابتداء، وهذا هو الرأي الراجح[2] فمثلا إذا قام الشخص بتغيير جنسيته بغية الاستفادة من أحكام قانون لا يسمح بها قانون جنسيته الأولى، كزواج المسلمة بغير المسلم، أو التسوية في الزواج بين الذكر والأنثى، نفاذها لأنها تمت بقصد التحايل على القانون .

1عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص147

2أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص166

والملاحظ أن أثر الغش نحو القانون هنا هو عدم النفاذ لا البطلان، لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها، وكل ما تملكه دولة القاصي من الناحية القانونية هو الحكم بعدم نفاذه في إقليمها.[1]

إضافة إلى الحالتين العامتين وهما: الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام–على النحو المتقدم بيانه –هناك حالات أخرى لاستعباد القانون الأجنبي رغم اختصاصه وتتمثل هذه الحالات في:

– **حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لداعي المصلحة الوطنية:** في هذه الحالة يتم الاستبعاد باسم المصلحة الوطنية أو الصالح العام، ويتعلق الأمر بحالة واحدة تتمثل في مسائل الأهلية القانونية، إذا كان الأخذ بأحكامها يؤدي إلى حصول أضرار مالية لأحد الوطنيين.

– **حالة استبعاد تطبيقه لتعارضه مع معاهدة دولية مصادق عليها:** وفي هذه الحالة يتم استبعاد القانون الأجنبي لكونه يتعارض مع معاهدة مصادق عليها من قبل دولة القاضي الناظر في النزاع.

– **حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي عند الدفع بعدم دستوريته:** وتثار هذه المسألة إذا تم عن طريق دفع قضائي من قبل الطرف الأجنبي صاحب المصلحة، حيث يرى بعض الفقهاء بجواز ذلك أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي طالما تمسك الطرف الأجنبي باستبعاد تطبيق قانون بلده عليه لاعتباره غير دستوري.[2]

1أنظر بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص197

2أحمد دغيش، مرجع سابق، ص ٢٤

المبحث الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم انحلاله

الزواج مثله مثل كل العقود والعلاقات القانونية يبدأ وينتهي، بحيث ينقضي الزواج بطريقة طبيعية كالوفاة، أو بطريق كالطلاق أو التطليق أو الخلع لذلك سنتناول صور فك الرابطة الزوجية المطلب الأول ثم سنتطرق إلى قواعد التنازع التي تحكم انحلال هذا الزواج المطلب الثاني.

المطلب الأول: صور فك الرابطة الزوجية

تختلف صور فك الرابطة الزوجية باختلاف المعتقدات الدينية لدى المجتمعات، لذلك نرى بأن التشريعات لا تجمع على نفس المفهوم لمسألة انحلال الزواج بحيث نجد اختلاف صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية الفرع الأول، تختلف عن صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية الفرع الثاني.

الفرع الأول صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية

ترى الشريعة الإسلامية بأن الزواج ليس برابطة أبدية، وهذا ما به القوانين المستمدة أنظمتها من الشريعة الإسلامية، لذلك يجوز إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج[1] وهذا ما يسمى بالطلاق وقد أقرته الشريعة الإسلامية كحق للزوج لإيقاع الطلاق من دون تدخل أي سلطة أخرى لفك الرابطة الزوجية.[2]

وتوجد صورة أخرى وهي الطلاق بالتراضي ويقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أصبحت من المستحيل لأي سبب من الأسباب أو لأي ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كلاهما غير قادر على الاستمرار

1درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص .40

2ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص7 .

في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.[1]

إلى جانب هذه الصورتين المذكورتين يوجد ما يسمى بالتطليق فهو صورة من صور الطلاق فهو يعتبر الوسيلة التي تلجأ إليها الزوجة لفك الرابطة الزوجية، والتطليق يؤسس على الضرر منصوص في القانون الجزائري ٤، وذلك في نص المادة 53 ق أ ج التي يجيز للزوجة طلب التطليق لعدة أسباب: كعدم الإنفاق، والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج...الخ.

يجب التميز بين حالات الزواج طلاقا أو تطليقا، وبين إبطال الزواج، فدعوى الإبطال ترمي إلى إنهاء زواج ظاهرة لكنه غير مستوفي لجميع شروط قيامه، أما الطلاق فهو إنهاء زواج صحيح، فتميز بين الطلاق والبطلان الزواج له آثار قانونية مهمة لاسيما في موضوع الالتزامات التي تنشأ عن كل واحد منهما إذ في حالة الطلاق يمكن الحكم على الزوج بالنفقة على الزوجة، وهو غير ممكن في حالة الحكم ببطلان الزواج.[2]

وهناك صورة أخرى لإنهاء الزواج وهي طريقة طبيعية كوفاة أحد الطرفين الزوج أو الزوجة، وتوجد صورة أخرى وهي الخلع فهو غير معروف في الأنظمة الغربية، فالخلع يعتبر وسيلة في يد الزوجة لفك الرابطة الزوجية لكنه لا يكون بسبب أي ضرر من طرف الزوج لها إنما بمجرد بغضها له،[3] لذلك فإن الأنظمة العربية تسمح حسبما جاءت به الشريعة الإسلامية، طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين أو الخلع أو عن طريق التطليق من طرف الزوجة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.[4]

1المرجع نفسه، ص 24

2درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص.41-40.

3الهداوي حسين، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، ط1، 2005، الأردن، ص103 .

4درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص42

الفرع الثاني صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية

ترى الطوائف المسيحية وخاصة الكاثوليكية بأن رابطة الزواج رابطة أبدية لا تنحل إلا بالوفاة بحيث نجد في الأنظمة الغربية ما يسمى بالطلاق والتطليق بالإضافة إلى نوع آخر غير معروف لدى التشريعات الإسلامية فهو يسمى بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني، فهو عبارة عن مباعدة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، ولكنه قد يكون سبب للطلاق إذا استمر مدة معينة، غير أن هذه الطريقة ليست دائم تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية[1]، فقد يعود الزوجان إلى ما كان عليه من قبل إنهاء فترة التفريق الجسماني.

وقد لا يعودان إلى ذلك ويتحول هذا الانفصال إلى انحلال بصفة نهائية عن طريق القضاء وكيفت بعض التشريعات مسألة الانفصال الجسماني، على أنه إجراء وحيد لتراخي الرابطة الزوجية تدريجيا، إلى أن تنقضي نهائيا بوفاة أحد الزوجين وهذا هو حكم التشريعات التي تحظر الطلاق، ومنها ما تعتبره بمثابة إجراء وقائي، يقصد به محاولة الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريث في الحكم بالتطليق.[2]

المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط

بالرجوع إلى نص المادة 12 الفقرة 02 ق م والمادة 13 ق م ج نجد أن المادة 12تنص على القاعدة العامة والمادة 13 تنص جاءت بالاستثناء لذلك تتحدد قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط حسب نطاق قواعد القانون الوطني للزوج الفرع الأول أو بحسب نطاق تطبيق القانون الجزائري الفرع الثاني.

الفرع الأول نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج

تنص المادة 12 فـ2 ق م ج على ما يلي: "**ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**"، طبقا لنص هذه المادة

1ذيابي باديس، المرجع السابق، ص58

2لمرجع نفسه، ص 40

فقد أسند المشرع الجزائري انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق والانفصال الجسماني، وسوى المشرع في انحلال الزواج، بين الطلاق والتطليق الذي يتم بناء على طلب الزوجة، ويرى البعض في هذا الصدد، أن المشرع بإسناده الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية، بحيث لا يمكن الاعتداء بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلا عن طريق حكم صادر عن المحكمة، ويعتبر حكم المحكمة كاشفا وليس منشئا[1] نجد الجزائر مرت بـ 3 مراحل فيما يخص ضابط الإسناد المتعلق بانحلال الزواج:

1 –**المرحلة الأولى:** وهي مرحلة سابقة على إصدار القانون المدني، وهنا كان القضاء الجزائري يعتمد على الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان يفرق بين حالتين:

أ– إذا كان الزوجان متحدي الجنسية فكان يتم خضوعهما لقانون جنسيتهما المشتركة.

ب– إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية فكان إخضاعهما لقانون موطنهما المشترك، وإذا لم يكن للزوجين موطن مشترك فكان القضاء الفرنسي يخضعهما لقانون موطن الزوج على أساس أن الزوجة أصلا تصحب زوجها.

2 –المرحلة الثانية: عندما أصدر المشرع الجزائري القانون المدني الذي ألغى هذه التفرقة، فنص في المادة 12 ف2 على أنه: "يخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

نلاحظ أن المشرع يخضع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، دون التمييز بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطرق الأخرى لانحلال الزواج.

المرحلة الثالثة: وهي مرحلة تعديل القانون المدني في سنة 2005 بحيث تم تعديل نص المادة 12 ف2 م ج بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 فأضاف المشرع

1درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص44

مسألة الانفصال الجسماني وتنص المادة 12 فـ2 م ج على أنه: "**يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**".

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أسند فكرة انحلال الزواج لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

على عكس بعض التشريعات العربية التي أفردت كل حالة بضابط إسناد خاص بها،[1]غير أن إخضاع هذه المسألة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والمادة 12 من ق م ج لم تسلم من الانتقادات وأهمها:[2]

– يترتب على إعمال هذه القاعدة، خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزوج ويكتسب جنسية ويسمح له القانون الجديد بفك الرابطة في حين أن قانون الجنسية التي كان يتمتع بها وقت إنشاء الزواج كان لا يسمح بحل الزواج.[3]

– إن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزوج، ويؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ويتأثر مركزها فيكون أكثر إضرارا بمصالحها، فكان من الأجدر على المشرع إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، باعتباره القانون الذي يكون معلوما ومتوقعا للأطراف وقت إنشاء علاقة الزواج.[4]

الفرع الثاني نطاق تطبيق القانون الجزائري

لقد وضع المشرع استثناء في المادة 13 ق م ج وهو القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية في الحالات التي تكون فيها أحد أطراف العلاقة جزائري، بحيث يقضي هذا

1درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص45 .

2أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص258

3درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص46

4المرجع نفسه، ص 46

الاستثناء بخضوع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده، بذلا من قانون جنسية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة التي تكون فيها المرأة جزائرية، إذ يطبق عليها القانون الجزائرية دون سواه.

وعليه فما يجدر الإشارة له في هذا الصدد أن العلاقة الزوجية التي تنشأ جزائرية، ثم يغير الزوج جنسيته تبقى خاضعة للقانون الجزائري عند الانقضاء على الرغم من أنها سارت أجنبية عن القانون الجزائري[1]، باستثناء شرط الأهلية الذي يظل دائما خاضعا للقانون الوطني للشخص[2]، حسب نص المادة 10 ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم**".

وتنص المادة 13 على أنه: "**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج**".

نلاحظ من خلال هذه المادة أنها تحيلنا إلى المادتين 11 و12 ق م ج أي إلى الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، أما الفقرة 2 من المادة 12 خاصة بانحلال الزواج، الذي يتضمن الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، إذ أن انحلال الزواج والانفصال الجسماني يدخلان في نطاق المادة 13 ق م ج، غير أنه نتساءل هل يمكن أن تطرح مسألة الانفصال الجسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائري؟

تتضمن الإجابة افتراضيين هما:

- **الافتراض الأول:** زواج بين جزائري وأجنبية مسيحية، مثلا فرنسية، هي يمكن للزوجة أن تطالب بالانفصال الجسماني؟ وإذا طالبت به، هل يمكن للقاضي أن يحكم بذلك مع أن القانون الجزائري يجهل ذلك؟

1تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006 -2007، ص249 .

2درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 46

الافتراض الثاني: زواج بين جزائري وفرنسي مسلم، هل يمكن للزوج أن يطالب بالانفصال الجسماني أمام القاضي الجزائري؟[1]

إن تطبيق القانون الجزائري، قانون الزوجة لا يسمح بذلك لأنه يجهل تطبيق نظام الانفصال الجسماني وعليه فإن الإحالة إلى المادة 12 ف2 ق م ج المتضمنة الانفصال الجسماني، إحالة غير موفقة لاستحالة أن يكون انفصال جسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائري ويطبق القانون الجزائري، بينما إذا كان الزواج بين أجانب قد يجيز القانون الواجب التطبيق أي قانون الزوج الانفصال الجسماني ففي هذه الحالة نرى أن ما ورد في نص المادة 12 ف2 صحيح لذلك وجب إعادة صياغة المادة 13 من القانون المدني الجزائري على النحو التالي:[2] "**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 والمادة 12 فقرتها الأولى وعلى انحلال الزواج**".

1عليوش قربوع كمال "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري" مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقدة يومي 23-24 أبريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص ص146-147 .

2عليوش قربوع كمال « القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري» المرجع السابق، ص47

خاتمة

خاتمة

بعد التعرض لمختلف عناصر الموضوع بالتحليل والمناقشة والمقارنة في إطار الخطة المعتمدة حاولنا جاهدين الإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة وكذا الأسئلة الفرعية المرتبطة بها، حيث خلصنا إلى جملة من النتائج والإقترحات يمكن إجمالها في مايلي:

أولا- النتائــج:

نظم المشرع الجزائري الزواج المختلط بقواعد فنية ترشد القاضي الوطني إلى القانون الواجب التطبيق، ذلك نظرا للقدسية هذه الرابطة وباعتبار الأسرة هي النواة الأولى للنشوء المجتمع حيث لاحظنا ما يلي:

- إن طرح المشرع الجزائري لإشكالية تنازع القوانين في الزواج المختلط، كانت موفقة إلى أبعد الحدود في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق حيث:

- أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما سن للمسائل الزواج المختلط قواعد إسناد خاصة وفقا لما هو منصوص عليه في أحكام القانون المدني الجزائري.

- أسند المشرع الجزائري كل ما يتعلق بالزواج إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته وذلك لاعتبارها هي الأولى بحكم المسائل التي تتعلق بأحواله الشخصية، كما أن التأكد من انتماء شخص إلى دولة معينة ليس بالأمر الهين.

لم يخص المشرع الخطبة بقاعدة إسناد خاصة تنظمها على رغم أنه قد ينجر عليها أضرار لأحد الخاطبين، أو كلاهما.

- نقص الدقة في تحديد الوقت الذي يعتد به في تحديد قانون جنسية الزوج فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية والشخصية للزواج المختلط المنصوص عليها في المادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني.

- بالرجوع إلى الشروط الموضوعية نخلص إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد القانون الواجب التطبيق عليها في حال اختلاف الزوجين في الجنسية.

– لم يخص المشرع شكل الزواج بقاعدة إسناد تحدده، بل يطبق عليه القاعدة العامة للشكل والمنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

– كما نخلص إلى أن المادة 11 من القانون المدني الجزائري قد جاءت للحماية الحلقة الأضعف في الرابطة وهي الزوجة، على عكس المادة 13 من ذات القانون والتي كان الهدف منها هو حماية هذه الرابطة أو العلاقة الزوجية في حد ذاتها.

– أحسن المشرع صنعا عندما وضع حلول لمشاكل ضابط الجنسية، وذلك من خلال منح الاختصاص للقانون الجزائري في الأحوال الشخصية خاصة في حالة التنازع الإيجابي بالنسبة للجنسية في المادة 22 من القانون المدني، بالرغم من عدم دقة النص فيما يتعلق بانعدام الجنسية.

– تبني المشرع حل التفويض بعد تعديل 2005، ولذلك لحل إشكال الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع من خلال المادة 23 من القانون المدني، وذلك ليسد الفراغ الذي كان وارد عند استحالة إعمال قاعدة التفويض.

–أخذ المشرع بالإحالة من الدرجة الأولى بموجب المادة 23 مكرر 1، موسعا بذلك من حالات تطبيق القانون الجزائري.

– أما فيما يتعلق بتطبيق القانون الأجنبي في حالة ما إذا أشارت إليه قاعدة الإسناد الجزائرية، فإننا لاحظنا مايلي:

- لم ينص المشرع الجزائري صراحة على إلزامية قواعد الإسناد.
- ندرة النصوص القانونية المتعلقة بطبيعة القانون الأجنبي، أو بعملية إثباته، أو طرق تفسيره،ومدى فرض المحكمة العليا لرقابتها عليه، فلا يوجد سوى الفقرة السادسة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تعد غير كافية، إضافة إلى نقص الاجتهادات القضائية بخصوص هذا الموضوع.

أما بخصوص حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على حالتين فقط وهما الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون في نص المادة 24 من القانون المدني.

ثانيا: الاقتراحـــات

وعلى ضوء ما توصلنا إليه من نتائج، نقترح مايلي:

– إضافة قاعدة إسناد جديدة تخص الخطبة ويكون نصها على النحو الآتي:"يسري على الخطبة القانون الوطني لكلا الخاطبين، ويسري على العدول عنها قانون البلد الذي تم فيه العدول".

– توضيح المشرع موقفه من طبيعة القانون الأجنبي وإخراج المادة 358 الفقرة السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إدراجها ضمن قواعد التنازع.

– تدارك النقص الحاصل في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في حال اختلاف الزوجين في الجنسية وذلك بنص المشرع على قاعدة إسناد واضحة يأخذ فيها بالتطبيق الموزع صراحة، لأن موانع الزواج التي يلزم أن يكون بشأنها التطبيق جامعا تتداخل مع فكرة النظام العام.

– تغير الوقت الذي يعتد به في قانون جنسية الزوج فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية المنصوص عليها في المادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، أو إتباع الآراء الفقهية الحديثة التي تخضعها إلى قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك.

– يحبذ لو يضع المشرع قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج مستقلة، ذلك لأهمية الشكل في عقد الزواج والذي قد يؤثر على مدى صحته، وهذا ما سبقت إليه بعض التشريعات كالتشريع الكويتي والتونسي.

– تعديل الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني وذلك بنصها على تطبيق قانون الموطن، وفي حالة تعذر الموطن، يطبق قانون محل الإقامة على عديم الجنسية.

– النص صراحة على إلزامية قاعدة الإسناد، رفعا لأي شك، بحيث يلتزم القاضي بتطبيقها كلما تبين وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية المعروضة عليه.

– تأكيد الصفة القانونية للقانون الأجنبي بنص صريح، مع إلزام القاضي بنص صريح لإثبات القانون الأجنبي ببذل الجهد مع إمكانية الاستعانة بالخصوم، والنص بصفة صريحة على تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي وفقا للقواعد التفسير الوطنية.

وفي الأخير، نرجو أن نكون قد وفقنا في طرح ومناقشة هذا الموضوع .

تم بحمد الله

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القوانين

1. انظر المادة 97 من الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 هـ الموافق ل 19 فبراير لسنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية .

2. أنظر أمر رقم 70-86، مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01، المؤرخ في 27فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 4 سنة 2005.

3. قانون رقم08 -09 المؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنيةوالإدارية،الجريدةالرسميةللجمهوريةالجزائريةالديمقراطيةالشعبية، عدد21، سنة 2008.

4. أنظر المواد 7و 9و 9 مكرر أمر رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24 صادر في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984 ، معدّل ومتّمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر ج ج عدد 15 صادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.

5. انظر المادة 11 المعدلة من الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم:05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج ر العدد 44 المؤرخة في 26 يونيو 2005.

6. المادة 09مكرر من الأمر 70-86 مؤرخ في 17شوال عام 1390 الموافق ل 15ديسمبر سنة 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل و المتمم.

ثانيا: اتفاقيات

1. اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القوانين في موضوع الزواج، المبرمة في12 جوان 1902.

2. أحمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط1، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2008

3. ب_اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القوانين والاختصاص فيما يتعلق بالطالق والانفصال المبرمة بتاريخ 12جوان 1902 .

4. اتفاقية لاهاي المتعلقة بالوصاية على القاصرين المبرمة بتاريخ 12جوان 1902.

5. اتفاقية لاهاي المتعلقة بتعارض القوانين فيما يتعلق بآثار الزواج على حقوق وواجبات الزوجين في علاقتهما الشخصية وفيما وممتلكاتهما، المبرمة في 07 جويلية 1905.

6. راجع المواد 1_2 و3 من اتفاقية نيويورك، المعروفة باتفاقية جنسية المرأة المتزوجة، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1957 دخلت حيز النفاذ بتاريخ 11أوت 1958.

ثالثا: الكتب

1. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010

2. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2010.

3. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين –، ج1، ط10، دار هومه، الجزائر، 2008

4. بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2007

5. جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2009.

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

7. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2004

8. ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007

9. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

10. زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر، بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا 2006 عدد 01

11. سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار العلوم العربية، لبنان 1987

12. سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003

13. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، 2004

14. سلامة عبد الكريم أحمد، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر 2008.

15. شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968

16. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندريه، 2008

17. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري – دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي تنازع القوانين –، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة،الدويرة، الجزائر، 2008

18. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية – تنازع القوانين –، ج1 ، مطبعة الكاهنة، 2000

19. عبد الحفيظ بن عبيدة،إلحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

20. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثامنة، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بيروت 1977

21. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، 2004

22. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994

23. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين –، دار الملايين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011.

24. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب في تنازع الاختصاص القضائي، ج1، دار النهضة، مصر 1969

25. فؤاد عبد المنعم رياض،سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج 02، دار النهضة العربية، 1996

26. كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين –، ج1، ط3، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2011،

27. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي "دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي"، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994

28. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، ط 01، مؤسسة الثقافة 2

29. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفر نسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009

30. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، طبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009

31. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 01، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998

32. نادية فوضيل، الغش نحو القانون، دار هومه، الجزائر، 2005

33. نادية فوضيل،تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002

34. الهداوي حسين، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، ط1، 2005، الأردن

35. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، مصر، 2003.

خامسا: رسائل جامعية

1. تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006 – 2007.

2. درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، السنة الجامعية، 2007–2008

3. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010– 2011

4. تمورت نوال، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة محند اولحاج البويرة، 2017

5. زلاسي بشرى، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2000–2001،

6. عليوش قربوع كمال "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري" مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقدة يومي 23–24 أبريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

7. فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية "مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010–2011

8. مسعودي الرشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2005.

الفهرس

شكر وعرفان 3

إهداء 4

إهداء 5

مقدمة 1

الفصل الأول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره 7

المبحث الأول:مفهوم الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق على انعقاده 9

المطلب الأول: مفهوم الزواج المختلط.....9

الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط.....9

الفرع الثاني/ حالات اختلاف الزواج المختلط:.....11

أولا/ ضابط الدين: 11

ثانيا/ ضابط الجنسية:.....11

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط.....13

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الانعقاد الزواج.....13

أولا: القاعدة العامة بالنسبة للشروط الموضوعية: 13

ثانيا: التطبيق الجامع:.....14

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية 21

ثانيا/ الاستثناء المتعلق بخضوع الشروط الشكلية لقانون بلد القنصل أو السفير إذا أبرم العقد أمامه.....23

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج.....26

المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج.....26
الفرع الأول: آثار الزواج على جنسية الزوجة 26
ثانيا/ جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري:.....28
ثالثا/ جنسية الأولادالمولودين من زواج مختلط في قانون الجنسية الجزائري: 28
الفرع الثاني: آثار الزواج على أهلية الزوجة 28
الفرع الثالث: آثار الزواج على نفقة واسم الزوجة.....29
أولا: آثار الزواج على نفقة الزوجة: 29
ثانيا: أثار الزواج على اسم الزوجة:.....29
الفرع الرابع: مضمون القانون المختص بحكم آثار الزواج 30
أولا: خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج.....30
ثانيا: عوارض تطبيق قانون جنسية الزوج 32
المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج.....33
الفرع الأول: النظم المالية للزواج.....34
أولا: نظام الاشتراك المالي:.....34
ثانيا: نظام الانفصال المالي: 34
الفرع الثاني:النظم المالية في القانون الجزائري 34
أولا: استقلال الذمة المالية بين الزوجين: 35
ثانيا: اشتراك الذمة المالية للزوجين:.....35
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.....36

خلاصة الفصل.....37
الفصل الثاني:مركز القانون الأجنبي المختص بحكم عقد الزواج المختلط وآثاره انحلاله 39
المبحث الأول: القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني 40
المطلب الأول: معاملة القضاء الوطني للقانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط 40
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط 40
أولا تحديد طبيعة القانون الأجنبي: 41
ثانيا: الآثار المترتبة على تحديد طبيعة القانون الأجنبي.....44
الفرع الثاني:القانون الأجنبي المختص وتفسيره.....48
أولا: إثبات القانون الأجنبي المختص.....48
ثانيا: تفسير القانون الأجنبي.....59
المطلب الثاني: إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط.....61
الفرع الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام 62
أولا: آثار الدفع بالنظام العام.....64
الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون: 68
أولا: مفهوم الغش نحو القانون 68
ثانيا: شروط دفع الغش نحو القانون.....68
المبحث الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم انحلاله 74
المطلب الأول: صور فك الرابطة الزوجية 74
الفرع الأول صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية 74

الفرع الثاني صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية.....76
المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط.....76
الفرع الأول نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج.....76
الفرع الثاني نطاق تطبيق القانون الجزائري 78
خاتمة.....81
خاتمة.....82
قائمة المصادر والمراجع 83
الفهرس.....83
ملخص الدراسة.....83

ملخص الدراسة

ملخـــــص

يعد الزواج من أهم وسائل التعارف بين الشعوب، فقد أقرته جل الديانات السماوية، كما نصت عليه أغلبية التشريعات الوضعية، فمتى كان هذا الزواج وطنينا فإن ذلك لا يثير أي إشكال، أما إذا تسلل العنصر الأجنبي إلى هذا الزواج فإننا نكون بصدد ما يسمى "بالزواج المختلط" تتنازع القوانين في حكمه سوى ما تعلق بانعقاده أو أثاره.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد وضع قواعد فنية تتمثل في قواعد الإسناد التي تتولى فض التنازع عن طريق اختيار القانون الأنسب لحكم هذا الزواج ، والتي من خلالها يتمكن القاضي من الوصول إلى القانون الواجب التطبيق عليه، وذلك من خلال ما جاء في القانون المدني الجزائري بنص المواد" 11 ،12 ،13 ،19 " والتي تنظم هذا النوع من الزواج سواء من حيث شروطه الموضوعية أو الشكلية أو بخصوص الآثار المترتبة بعد انعقاده.

إلا أنه وأثناء تفعيل القاضي الوطني لهذه القواعد، قد يثبت الاختصاص لقانون أجنبي، فقد تعترض القاضي الو طني عقبات تحيل دون تطبيقه هذا القانون، إما بسبب مساسها بالنظام العام للدولة أو لأن الخصوم قد استعملوا وسائل للتحايل على قاعدة الإسناد الوطنية و تغيير الاختصاص غشا نحو هذا القانون، ومنه فإنه في كلا الحالتين السابقتين يدفع القاضي الوطني بعدم تطبيق هذا القانون إما باسم النظام العام في الحالة الأولى أو بتطبيق نظرية الغش نحو القانون في الحالة الثانية، و هو الأمر المجسد في المادة "24 "من القانون المدني الجزائري.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط، تنازع القوانين، قاعدة إسناد، ضوابط الإسناد، التكييف، الإحالة، الجنسية، القانون الأجنبي، النظام العام، الغش نحو القانون، قانون القاضي.

Abstract

Marriage is considered one of the most important means of intercultural interaction. It is recognized by most religions and is regulated by the majority of secular legislations. When this marriage takes place within our own country, it does not raise any issues. However, when a foreign element is involved in this marriage, we are faced with what is known as "mixed marriage," which presents legal conflicts regarding its formation and consequences.

Referring to Algerian legislation, we find that specific procedural rules have been established to resolve these conflicts. These rules, known as rules of attribution, enable the resolution of disputes by selecting the most appropriate law to govern this marriage. The Algerian Civil Code, in Articles 11, 12, 13, and 19, regulates this type of marriage concerning its substantive and formal requirements, as well as the effects that follow its conclusion.

Nevertheless, during the implementation of these rules by the national judge, the jurisdiction may be proven to belong to a foreign law. The national judge may encounter obstacles preventing the application of this foreign law, either due to its contradiction with the public order of the state or because the parties have manipulated the rules of attribution and fraudulently shifted towards the application of this law. In both of these cases, the national judge is compelled to refrain from applying this law, either in the name of public order in the first case or by applying the theory of fraud towards the law in the second case. This is embodied in Article 24 of the Algerian Civil Code.

Keywords: mixed marriage, legal conflicts, rules of attribution, attribution criteria, adaptation, referral, nationality, foreign law, public order, fraud towards the law, judge's law.