وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة – خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الوضع القانوني للزواج المختلط في ظل تنازع القوانين

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبتين:

مغيلي مليكة

علي ماحين نورة

إشراف: الدكتور عشير الجيلالي

لجنة المنــاقشة:

1) الدكتور: بودومي عبد الرحمان.....رئيسا.

2) االدكتور: عشير الجلالي.....مشرفاً ومقرراً.

3) الدكتور: بلقاضي إسحاق.....عضوا مناقشا.

الموسم الجامعي:2021/2020

بسم الله الرحمان الرحيم

{يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا
خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ
وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ
إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ
إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ}

الآية13 من سورة الحجرات

شكر وتقدير

إلى الأستاذ الدكتور الفاضل "عشير االجيلالي"، أوجه خالص شكري وعرفاني وفائق تقديري وإحترامي لقبوله الإشراف على إنجاز هذا العمل وعلى توجيهاته ونصائحه العلمية القيمة السديدة طوال مدة إعداد هذه المذكرة.

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

كما لا أنسى كل الأساتذة الكرام الذين قدموا لي يد العون والمساعدة، فلهم مني كل التحية والتقدير وأخص بالذكر الأستاذتين يدر أمال و يدر منال، و الأستاذة بوحية وسيلة.

إهداء

إلى من وضع المولى – سبحانه وتعالى – الجنة تحت قدميها، ووقّرها في كتابه العزيز...

(أمي الحبيبة).

إلى خالد الذكر، ومن لم تختفي صورته من ذهني ، والدي العزيز رحمه الله.

إلى من أعتمد عليه ومن كان السند والظهر بعد والدي

(أخي المحترم) وأبنائه ناريمان، أسمهان، نوران، عبد الرحمان.

إلى أختاي العزيزتان و أبنائهما وبناتهما حفظهم الله جميعا ورزقهم من الطيبات.

إلى أختي التي لم تلدها أمي (زوجة أخي الطيبة).

إلى أصدقائي وزملاء الجامعة ومعارفي الذين أُجلُّهم وأحترمهم..

إلى أساتذتي في كلية الحقوق والعلوم السياسية.

أُهدي لكم جميعا ثمرة جهدي هذا.

مغيـــــلي مليـــكة

إهداء 2 : أهدي عملي هذا إلى والداي الكريمان وإخوتي حفظهم الله.

إلى كل من ساعدني ولو بكلمة و خاصة دكاترة الكلية.

إلى زملائي في الدراسة ومعارفي المحترمين.

علـــــي ماحيـــن نـــــورة

مقدمة:

من آيات الله الكبرى ونعمه العظمى أن خلق لنا من أنفسنا أزواجا لنسكن إليها وجعل بيننا مودة ورحمة، فالزوجية سنة من سنة الله في الخلق والتكوين لقوله تعالى:(**وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ) الذاريات/ 49**. وايضا قوله عز وجل :

" سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنفُسِهِمْ وَمِمَّا لَايَعْلَمُونَ"

يمتد تاريخ الزواج بين البشر إلى عهد آدم وحواء حيث مثّلا أول لبنة زواج شرعي في تاريخ البشرية، ثم بعد ذلك تطور مفهومه من حيث الطقوس والوسائل والأهداف عبر تاريخ المجتمعات الإنسانية التي كانت عبارة عن تجمعات أو قبائل تعيش حالات صراع دائم فيما بينها من جهة، ومع الطبيعة من جهة أخرى، مما فرض شكل الزواج ضمن الجماعة أو القبيلة الواحدة، وإذا كان هناك زواج خارج القبيلة فإنه كان امتداد لحملات الغزو والنهب التي كانت سمة تلك المجتمعات في علاقاتها لحين ظهور الديانات الوثنية ولاحقا السماوية، كي تنظم العلاقة بين تلك الجماعات من جهة وبين أفراد الجماعة الواحدة من جهة أخرى، ومنها علاقات الزواج.

وقد اختلفت طرق إبرام الزواج من عصر إلى آخر حيث بدأ بشكل بسيط وهو القبول بين الذكر والأنثى وتطورت فيما بعد بتطور المجتمعات والعادات وتأثير الأديان عليها.

وفي العصر الحديث ونتيجة لتقدم المجتمعات والدول وفي ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة وما صاحب الثورة التكنولوجية، من كسر لكل الحدود بين الدول صار العالم كله قرية صغيرة، فتطورت العلاقات الدولية الخاصة واتجه العالم نحو الانفتاح الاقتصادي والتكامل والتعاون، فلم يعد يقتصر نشاط الفرد اليومي على النطاق الذي يعيش فيه أو الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته بل امتد إلى دول أخرى لا سيما بعد انتشار ظاهرة الهجرة وكثرة النزوح وانتقال الأفراد من دولهم واستقرارهم في دول أخرى ودخولهم في علاقات عابرة لحدود

الدولة الواحدة وفي مجالات متعددة وخاصة الأسرية، الأمر الذي أدى إلى نشوء نوع من الروابط القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة.

وعليه ظهر الزواج المختلط كحقيقة لا يمكن تجاهلها ولم يعد من المستغرب زواج جزائري بفرنسية أو زواج جزائرية بتونسي، وبالتالي فإذا كان الزواج رابطة قانونية بين رجل وامرأة يقوم على أسس اجتماعية وأخلاقية ودينية، فإنه يعتبر زواجا مختلطا متى كان طرفاه ذا جنسيتين مختلفتين وقت انعقاد الزواج.

بناءا على ذلك، يقصد بالزواج المختلط هو ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا، فهو إذن تلك الرابطة الزوجية التي تحتوي على عنصر أجبي، فكل طرف فيها (الزوج أو الزوجة) يحمل جنسية مغايرة لجنسية الطرف الآخر.

ولكون العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبي تتصل بعدة دول فإذا ثار النزاع بشأنها طرح الأمر على القضاء الوطني بشكل تنازع بين قوانين التي ترتبط به،لتحديد القانون الملائم لحكم هذا النوع من العلاقات.

وعليه فتنازع القوانين في ظل العلاقات الدولية الخاصة هو ذلك التزاحم بين قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية أحد عناصرها على الأقل أجنبي

ويعتبر الزواج المختلط من أهم مسائل الأحوال الشخصية وأفسحها مجالا لتنازع القوانين نظرا لاختلاف نظرة المجتمعات إليه، سواء من حيث أركانه أو شروطه أو شكلياته كما يختلف كذلك في تحديد أثاره،ويعود ذلك للاعتبارات الدينية والاجتماعيةالتي يقوم عليها الزواج كنظام قانوني.

ويبرز تنازع القوانين في مسائل الزواج في مناسبات عديدة حسب كل نزاع فقد يظهر عند انعقاده أو آثاره، وعليه فتنازع القوانين في الزواج المختلط لا يظهر فقط إذا كانت هذه العلاقة موضوع دعوى أمام المحاكم للفصل فيها، بل إنه قائم منذ اللحظة التي تنشأ فيها العلاقة القانونية، لأن نشوء هذه العلاقة في أصلها يتطلب تحديد القانون الذي يحكم وضعها

شكلا وموضوعا، وتحديده يثير تزاحم بين قوانين الدول التي تحكم العلاقة وفي كل حال من الأحوال فإن العلاقة القانونية تمر بمرحلتين أولها تعيين القانون الواجب التطبيق وثانيهما تطبيق هذا القانون على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

وعليه فإن القاضي لا يطبق على عقد الزواج المختلط القانون الوطني مباشرة،لما يترتب على ذلك من ضرر يلحق أطراف العلاقة القانونية، بل يرجع إلى القواعد القانونية الفنية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية.

تكتسي دراسة موضوع الوضع القانوني للزواج المختلط في ظل تنازع القوانين أهمية بالغة من ناحيتين الأولى نظرية تتمثل في تباين التشريعات في تنظيم الزواج المختلط باعتباره أسمى رابطة في المجتمعات وباعتباره أيضا أهم المسائل الأسرية ومجالا خصبا لتنازع القوانين والثانية عملية تظهر من خلال تدخل القاضي عن طريق التكييف وتحكمه فما يعتبر زواجا وما هو غير ذلك، كما أن الزواج قد يكون مختلطا بين أشخاص من جنسيات مختلفة، وقد يحصل على أرض دولة وليس هناك صلة أساسية تربط الزوجين بها، وقد ينتج أثاره على أرض دولة أخرى، وما يزيد في تعدد ذلك هو تعدد اختلاف القوانين الشخصية أو الإقليمية في بعض الدول.

من هذا المنطلق جاء اختيارنا لهذا الموضوع لعدة اعتبارات فيما بينها لتخلق لدينا رغبة الخوض والتعمق في تفاصيله ولعل أهم هذه الاعتبارات تتمثل في:

_ أن موضوع الزواج المختلط يعد من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص وأن تناولته أمر مشوق للغاية وه دوم من مواضيع الساعة لكون الزواج المختلط ظاهرة لا تزول ولا تندثر حصلت في الماضي وما زالت تحدث في الوقت الحاضر وسيستمر حدوثها في المستقبل.

_ رصد المواقف الفقهية والتشريعية، القضائية الوطنية والمقارنة وكيفية تعاملها مع الاشكالات المترتبة عن الزواج المختلط.

-كثرة حالات الزواج المختلط بين الوطينين والأجانب خاصة بين الجزائريين والفرنسيين.

– كثرة القضايا والمنازعات المرفوعة أمام القضاء المتعلقة بالرابطة الزوجية ذات العنصر الأجنبي.

– محاولة إيجاد بعض الحلول لأهم الإشكالات التي يطرحها بروز العنصر الأجنبي في الرابطة الزوجية ألا وهي تنازع القوانين.

_المساهمة ولو بالقليل في تحقيق التراكم المعرفي في موضوع الزواج المختلط من خلال إفادة الغير في حل الاستشارات القانونية.

وكأي بحث علمي فقد واجهتنا بعض الصعوبات تتمثل في صعوبة الربط بين الأفكار للأخذ بجميع الآراء والأحكام بصورة مختصرة ونقص المراجع المتخصصة لا سيما الجزائرية في هذا المجال.

ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى:

- التعرف على قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج المختلط لتحديد مجال كل منها في القانون الدولي الخاص.
- الوقوف على العقبات التي تواجه قاضي الوطني وهو بصدد تفعيل هذه القواعد، ومجمل الحلول الفقهية والقانونية للتصدي لهذه العقبات.
- التعرف على مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في حالة اختصاصه بحكم الزواج المختلط
- التوصل إلى الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من اختصاصه أصلا بحكم النزاع المتعلق بالزواج المختلط.

من هذا المنطلق يثير موضوع البحث إشكالية رئيسية تتمثل في: **فيما تتجسد الوسائل القانونية التي وضعتها التشريعات لفصل القاضي الوطني في النزاعات المشتملة علىعنصر أجنبي؟**

وتندرج تحت هذه الإشكالية، إشكاليات فرعية هي:

- ما هو القانون الذي يطبقه القاضي على انعقاد الزواج المختلط وآثاره في حالة تنازع القوانين؟
- ما هي أهم الصعوبات التي يواجهها القاضي وهو بصدد البحث عن القانون الواجب التطبيق؟
- إذا تحدد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي كيف يتعامل القاضي الوطني معه؟ وهل يعامله معاملة القانون الوطني أم معاملة خاصة؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟
- هل يمكن للقاضي أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولته أو ثابت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون؟

للإجابة على الإشكاليات المطروحة ارتأينا أن نقسم دراستنا إلى فصلين أساسيين يخصص الفصل الأول لدراسة القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط بينما الفصل الثاني نتطرق فيهلمركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القاضي الوطني.

ولقد اعتمدنا في إنجاز هذا البحث على مجموعة من المناهج التي تتطلبها طبيعة الموضوع، بحيث اعتمدنا على المنهج الوصفي وذلك بعرضنا لمختلف جزيئات الموضوع وتحليلها من خلال لغة بسيطة وسهلة، وثم المنهج التحليلي وذلك بتحليلنا لمختلف النصوص القانونية لاسيما قانون الأسرة، القانون المدني وقانون الجنسية، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا قانون الحالة المدنية واستعنا بالمنهج المقارن عند المقارنة القوانين المتقاربة مع نظامنا القانوني وما جاءت به الاجتهادات القضائية المقارنة في هذا المجال.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط

يعتبر الزواج من أفسح المجالات في العلاقات القانونية، سواء كانت على المستوى الداخلي أو على صعيد العلاقات الدولية الخاصة التي تتعدد فيها المسائل القانونية، ويثور بصددها تنازع القوانين ومن ثم صعوبة تحديد القانون الذي يحكمها باعتبار أن الزواج هو المجال الخصب لتنازع القوانين[1].

وعليه فإن علاقة الزواج المشوبة بعنصر أجنبي، تثير إشكالا فيها يتعلق بتحديد القانون الذي ينظم هذه الرابطة القانونية، إذ تتنازع القوانين ذات الصلة حول حكم هذه الرابطة ، سواء تعلق الأمر بانعقادها أو بآثارها، ويتم حل مشكلة تنازع القوانين بتطبيق قواعد فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بإعطاء الأولوية للقانون الأنسب من بين القوانين المتنازعة، وذلك استنادا إلى ضابط أو معيار شخصي الذي قد يكون الجنسية أو الموطن والتي اصطلح الفقه على تسميتها بقواعد الإسناد أو التنازع.

ولانعقاد الزواج صحيحا لابد من توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية لا تخضع بالضرورة لقانون واحد، ولتحديد ما يدخل في نطاق هذه الشروط أو تلك يتوقف على عملية التكييف، والتي من خلالها يقوم القاضي بتحديد الطبيعة القانونية للشرط المتنازع حوله للتعرف على القانون الواجب التطبيق عليه، وهي أول عملية يقوم بها القاضي متى طرح عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي.

[1]– دربة امين،قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله ،دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة ابوبكر بلقايد ، كلية الحقوق ،تلمسان ، ،2008/2007 ص 7.

وإذا ما انعقد الزواج المختلط طبقا لتلك الشروط صحيحا فإنه ينتج آثار كأي زواج عادي بين الوطنيين، وهي نوعان شخصية ومالية وقد لا تخضع هي الأخرى لقانون واحد فيتعين على القاضي الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه للتعرف على القانون الواجب التطبيق عليها، وعليهسندرس في هذا الفصل القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط في المبحث الأول، وسنبين القانون الواجب التطبيق على آثار هذا الزواجفي المبحث الثاني.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

يعد الزواج المختلط من أهم المواضيع التي يدرسها القانون لذلك حاول معظم الفقهاء إعطاء تعريفات مختلفة له، فعرفه أحدهم بأنه " **الإتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة**"، وهناك من عرفه أيضا أنه: " **أن الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني وإجتماعي، وإذا تم بين الزوجين مختلفي الجنسية يسمى بالزواج المختلط**"[1].

أما من الناحية اللغوية لفظ مشتق من أصل "زوج" التي تعني الإقتران والإزدواج فيقال زود بالشيء وزوج إليهإ إذا قرنه به، وتزاوج القوم وازدوجوا أي تزوج بعضهم بعضا، والمزاوجة والإقتران بمعنى واحد وعليه فالزواج لغة مشتق من الإقتران والمخالطة وهو أيضا النكاح، وقد وردت مادة "زوج" في القرآن الكريم واحد وثمانين مرة[2].

---

[1]– زلاشي بشرى، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2000 / 2001.، ص 6

[2]– رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج، دراسة في إطار التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2010، ص 44 – 45.

وقد عرف أيضا لدى فقهاء القانون "**أنه كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخصين يحمل الجنسية الجزائرية وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية" وشال ذلك زواج جزائري مسلم بألمانيا بمسيحية أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم.**[1]

وقد عرف المشرع الجزائري في **المادة الرابعة** من **قانون الأسرة الزواج** بأنه: "**عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أسبابها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".

ويكون الزواج وطنيا إذا تم بين رجل وامرأة يتمتعان بنفس الجنسية، ففي هذه الحالة سوف يخضع للقانون الوطني، أما إذا تم بين رجل وامرأة مختلفي الجنسية فإننا نكون بصدد ما يصطلح عليه الفقه "**الزواج المختلط**".

ففي رأينا الشخصيأن التعريف الأول للزواج المختلط هو التعريف الملائم والأنسب وذلك كونه يحتوي على جميع أنواع مظاهر الإختلاف في الزواج المختلط كالإختلاف في الثقافة بين الزوجين، الإختلاف في الديانة، الإختلاف في الجنسية، فلم يحصر الإختلاف من جانب الجنسية فقط كما جاء في أغلب التعريفات للزواج المختلط.

بالرجوع لقواعد التنازع في القانون الجزائري فيما يتعلق بشروط انعقاد الزواج نجدها قد ميزت بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، بحيث أخضعت كل منهما لقانون معين، كما أخضعت تكييف الشروط فيما إذا كانت موضوعية أو شكلية لقانون آخر، الأمر الذي دفعناإلى تقسيم هذا إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، وفي الثاني القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، طبعة6، الجزائر، 2010، ص 284.

تختلف التشريعات المقارنة في تحديد الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج، وحتى في التشريعات المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية، فتختلف في تكييف هذه الشروط، فهناك من يعتبر بعض الشروط أركانا بينما يعتبر البعض الآخر بعض الأركان شروطا، إلا أنه قبل الشروع في الحديث عن الشروط الموضوعية للزواج والقانون الواجب التطبيق عليها لا بد لنا وأن نمر على مقدمة الزواج وهي الخطبة التي تباينت التشريعات في تحديد طبيعتها القانونية[1]، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فقد اعتبرها القانون المصري والقانون السوري والأردني مجردحادث متعلق بالحياة الخاصة للأفراد دون إضفاء طبيعة قانونية عليها، في حين اعتبرها البعض الآخر وعدا بالزواج وحدد لها شروطا شكلية وموضوعية وكذلك رتب عن العدول عنها آثارا، وقد أفردت لها قاعدة إسناد خاصة ومن بين هذه القوانين القانون الكويتي والتونسي[2].

وقد اختلف الفقه إلى اتجاهين لتحديد القانون الذي يسري على الخطبة،فالأول اعتبرها بمثابة عقد ملزم، ولايمكن للأطراف العدول عنها وفي حالة العدول يسأل عن ذلك مسؤولية عقدية، وبالتالي يسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد، في حين يرى البعض بإخضاع الخطبة لقانون الجنسية (جنسية الخاطب) قياسا على الزواج، فهذا الرأي ساوى الخطبة بالزواج وأخضعها لنفس قاعدة التنازع، كما أنه جعلها عقدا ملزما مثل الزواج[3].

أما الإتجاه الثاني اعتبر الخطبة مقدمة للزواج وليس لها أي أثر ملزم فهي مجرد وعد، ولا تترتب أي إلتزامات قانونية في ذمة الخاطبين.

---

[1]– مزروق تاسعديت ، بوسحاح زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 30 /2016/05، ص 9 – 10.

[2]– رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 35.

[3]– أمين دربة، مرجع سابق، ص 237.

لم يفرد المشرع الجزائري قاعدة تنازع خاصة بها وساير المشرع الفرنسي والمصري واعتبرها وعدا بالزواج في صريح المادة **(05) من قانون الأسرة الجزائري:"الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنه".**

أما بالنسبة لتكييفها فإنه أخضعه لقانون القاضي المعروض عليه النزاع طبقا **للمادة (09)**من القانون المدني الجزائري[1]، وبالتالي فالخطبة وعد، ولا ترقى إلى مرتبة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار الزواج، أما إذا أدى العدول إلى أفعال ضارة فيمكن مساؤلة الشخص عنها على أساس مسؤولية التقصيرية، ونطبق قاعدة التنازع التي تخص الإلتزامات الغير تعاقدية المنصوص عليها في **المادة (20) من القانون المدني الجزائري.**

أما إذا ما انتهت الخطبة وتوجت بالزواج واشتملت العلاقة الزوجية على عنصر أجنبي آثار ذلك تنازعا بين القوانين، ويكون على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج صحيحا ومستوفي لكافة الشروط، وسنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول: القاعدة العامة "خضوع الشروط الموضوعية للزواج القانوني الوطني لكل من الزوجين" لكل من الزوجين والإستثناء الوارد عليها ونتطرق في الفرع الثاني الصعوبات التي تثيرها قاعدة الإسناد المتعلقة بالشروط الموضوعية أمام القضاء الجزائري.

الفرع الأول: القاعدة العامة والإستثناءات الواردة عليها

<u>أولا:</u> خضوع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط لقانون الزوجين كأصل عام

[1]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني معدل والمتمم بالقانون 05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الديمقراطية الشعبية عدد 44، سنة 2005.

قبل التطرق إلى الأصل العام الذي يحكم الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط، لابد من التعرف أولا على المقصود بالشروط الموضوعية لعقد الزواج، ثم نعرج على موقف التشريعات المقارنة من القانون الذي يحكم تلك الشروط.

1-مفهوم الشروط الموضوعية لعقد الزواج المختلط

يقصد بالشروط الموضوعية هي الشروط التي يتوقف الزواج على وجودها كما أنه ينعدم في حالة انعدامها فهي بمثابة الأسس الجوهرية التي تقوم عليها[1].

وهذه الشروط الموضوعية يطلق عليها فقهاء الإسلام "أركان الزواج" وقد اختلفوا في تحديدها، فمنهم من حصرها في ركني الإيجاب والقبول وهناك من حصرها في ثلاث: الصيغة والمحل والولي، وآخرون قالوا بقيام أربعة أركان هي: الصيغة الولي، الزوج والزوجة، الصداق كالمالكية، وقد امتد هذا الإختلاف لاختلاف التشريعات العربية باعتبار أن الفقه الإسلامي مصدر لتشريعاتها، حيث أخذ بعضها بمذهب واحد والبعض الآخر دمج بين عدة مذاهب كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي حصر الزواج في ركن واحد وهو الرضا والباقي جعلها شروطا وهو ما نص عليه في المواد **(09) و (09 مكرر) و(25) و (26) و (27) من قانون الأسرة الجزائري.**

وعليه يمكننا القول أن مسألة تحديد طبيعة الشرط وتصنيفه هي مسألة مرتبطة بالتكييف يبقى للقاضي المعروض عليه النزاع كاملالسلطة في تقديرها.

2-موقف التشريعات المقارنة من القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج المختلط:

[1]- أمينة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010 – 2011، ص 11.

يسود في التشريعات المقارنة ثلاث اتجاهات فيما يتعلق بإسناد الشروط الموضوعية لصحة انعقاد الزواج لتحديد القانون الذي يحكمها، فهناك من أسندها لقانون كل من الزوجين كالقوانين العربية والقانون الألماني والبولوني **واتفاقية لاهاي لسنة 1902 في مادتها الأولى.** وهناك من أسندها لقانون موطن الزوجية كالقانون الإنجليزي وقوانين الدول الإسكندنافية[1] وهناك من أسندها لقانون محل إبرام عقد الزواج دون التمييز بين الشكل والموضوع، وهذا ما أخذ به كلا من القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي لم ينص على قاعدة صريحة تحكم الشروط الموضوعية بعقد الزواج، مما جعل بعض الفقهاء يقترح إسنادها للقانون الشخصي للزوجين، وذلك طبقا للمادة 3 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على"**القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسين ولو أقاموا في الخارج**" .

ومن ثم فإن القضاء الفرنسي طبق قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية، أما في حالة اختلاف جنسية الزوجين فطبق قانون الموطن المشترك لهما.

أما المشرع المصري فقد أخضع هذه الشروط لقانون جنسية الزوجين في **المادة(12) منالقانون المصري**[2]، كما سار على هذا النحو المشرع التونسي الذي أخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى القانون الشخصي لكل من الزوجين، أما فيما يخص المشرع الجزائري نجده قد وضع قاعدة عامة للشروط الموضوعية كأصل عام وأورد عليها استثناءا، فقد أسند الشروط الموضوعية لعقد الزواج المختلط لقانون جنسية الزوجين والذي وصفه بالقانون الوطني لكل من الزوجين[3]، وذلك في نص المادة (11) من القانون المدني الجزائري

---

[1]– زروتي الطبيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، الجزء 1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2008، ص 149.

[2]– أمين دربة، مرجع سابق، ص 17 – 18.

[3]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 13.

التي تنص على: "**يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين**".

وما يلاحظ على هذا النص أنه لم يحدد الوقت الذي يعتد به لتحديد قانون جنسية الزوجين، لكن مع ذلك المنطق يقتضي أن يتحدد ذلك بوقت انعقاد الزواج لأنه الوقت الذي ينظر فيه لمدى توافر تلك الشروط ويظل هذا القانون محتفظ باختصاصه مهما غير الزوجين أو أحدهما جنسيته لاحقا، إذ يبقى الزواج خاضعا فيما يتعلق بصحته لقانون الجنسية القديمة طالما أنه نشأ صحيحا في ظلها[1] هذا من جهة ومن جهة ثانية لقد أثار نص هذه المادة ومثيلاتها في القوانين المقارنة جدلا حادا فيما يتعلق بكيفية تطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج إذا كانت مختلفة بين القانونين، فانقسم الفقه بشأنها إلى رأيين أحدهما يرى بضرورة التطبيق الجامع لتلك الشروط والآخر يقول بالتطبيق الموزع لها.

1-التطبيق الجامع Application comulative

تخضع الشروط الموضوعية وفقا لهذا الإتجاه لقانون جنسية كل من الزوجين معا حيث يجب أن يستوفي كل زوج الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وكذا كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسية الطرف الآخر.[2]

وفرضا، ووفقا لهذه النظرية إذا أراد جزائري إبرام عقد زواج مع فرنسية في مصر، فعلى الجزائري أن يستوفي الشروط الموضوعية في قانونه إضافة إلى الشروط الموضوعية في القانون الفرنسي، وكذلك الحال بالنسبة للزوجة الفرنسية.

---

[1]- بدر شنوف، محاضرات في القانون الدولي الخاص "ملقاة على طلبة السنة الثالثة شريعة وقانون، غير منشورة، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانسية، جامعة الوادي، لسنة 2012 – 2013، ص 76.

[2]- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، جزء 11، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 295.

ويرى الفقه المؤيد لفكرة التطبيق الجامع أنه يجب الأخذ بقانون جنسية الزوجين معا باعتبار كلا من القانونين وضع شروطه لرابطة الزوجيةالتي لا تتحقق إلا بين الزوجين ولم يقصر اهتمامه على ناحية واحدة من هذه الرابطة[1]، وقيل دفاعا عن هذا الرأي أنه الحل الذي لا يعطي امتيازا لأحد القوانين على الآخر[2].

غير أن فكرة التطبيق الجامع كانت محل انتقاد ذلك أنها عسيرة التطبيق عمليا وتؤدي إلى التضييق من حالات انعقاد الزواج المختلط صحيحا ما دامت تعتبر رابطة الزوجية غير صحيحة بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في قانون الزوج أو الزوجة[3]، وبالتالي تقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول.

وقد أدت هذه الانتقادات إلى هجر الفقه الغالب لهذا الحل وميله إلى الأخذ بالتطبيق الموزع.

2-التطبيق الموزع: Application distributive

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يكفي أن تتوافر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يلزمه بها قانونه الوطني على انفراد دون ارتباطه بالطرف الآخر، وذلك على أساس أن قانون كل دولة موضوع لحماية مواطنيها فلا داعي إذن لتطبيقه على غيرهم، وانتقد هذا الإتجاه على أساس أن التطبيق الموزع يكون صعبا عندما يتعلق الأمر بموانع الزواج التي تختلف من بلد إلى آخر، خاصة في حالة الزواج المختلط الذي يكون فيه الزوجين مختلفي الديانة.

---

[1]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 44 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 69.

[2]- أعراب بلقاسم.، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين – ، جزء1 ،طبعة10 ،دار هومة،الجزائر، 2008 ص 246

[3]- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين –، جزء1 ،طبعة3 ،دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر ،2011،ص216.

ومن ثم فإنه لا يمكن الأخذ بالتطبيق الموزع أو التطبيق الجامع بشكل مطلق وهو الرأي الراجح فقها وقضاءا الذي ينظر إلى نوعية الشرط محل التطبيق، فإذا كان من الشروط الفردية للزواج خضع للتطبيق الموزع، أما إذا كان من الشروط المزدوجة التي تهدف إلى حماية العلاقة الزوجية ككل خضع للتطبيق الجامع.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري، في هذه المسألة وبالرجوع إلى نص المادة (11) من القانون المدني الجزائري لا نجد أي إشارة لذلك، لكن بالرجوع إلى **المادة (97) من الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية**[1] نجدها ألزمت الطرف الجزائري المتزوج مع أجنبي في بلد أجنبي بعدم مخالفة الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان إبرام عقد الزواج، مما يفيد أن المشرع قد تأثر بنظرية التطبيق الموزع، غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع والدليل على ذلك ما جاء في المواد 32 و 34 و 31 من قانون الأسرة الجزائري[2].

ثانيا:الإستثناءات الواردة على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

الاستثناء الوارد على قاعدة خضوع الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين هو تطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد طرفي العلاقة الزوجية وطنيا، وهو ما أخذ به المشرع في المادة (13) من القانون المدني الجزائري، ومن خلال استقرائنا لنص هذه المادة 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 لقانون جنسية كل من الزوجين، على أساس أن المشرع خص الأهلية بقاعدة إسناد خاصة فيالمادة

---

[1]– الأمر رقم 70–10 المؤرخ في 19 أفريل 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14–08 المؤرخ في: 09 – 2014.

[2]–الأمر رقم 84 –11 مؤرخ في 9 جويلية سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتتم بالأمر 05 –02 مؤرخ في 27 افريل سنة 2005 ،جريدة رقم 15.

(10) فقرة (1) من ذات القانون التي تقضي بخضوعها لقانون جنسية الشخص سواء تعلق الأمر بأهلية الزواج أو غيرها.

إلا أن هذا الاستثناء لا يستفيد منه الطرف الجزائري إلا إذا عرض النزاع على القاضي الجزائري، أما إذا عرض النزاع على قاضي أجنبي فإن هذا الإستثناء يكون قليل الفعالية 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 فيقانونه مماثلة للمادة (11) من القانون المدني الجزائري، ولا يأخذ بالاستثناء المذكور[1].

وإذا تقرر أن القانون الجزائري هو المختص بموجب المادة (13) من القانون المدني، فإن قانون الأسرة هو الذي يحدد الشروط الموضوعية وقد نصت عليها المواد (09) و (09 مكرر) و (25)، (26)، (27) وعلى العموم متى كان القاضي الجزائري مختصا بالنظر في النزاع المرتبط بمدى صحتة عقد الزواج من حيث توافر شروطه الموضوعية، فإن تطبيق القاعدة العامة أو الإستثناء قد يثير صعوبات أمامه.

الفرع الثاني: الصعوبات التي تثيرها قاعدة الإسناد المتعلقة بالشروط الموضوعية أمام القضاء الجزائري

عند عرض نزاع يتعلق بالزواج المشتمل 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 وسنتطرق إلى الإشكالات العملية التي يثيرها كل عنصر من عناصر قاعدة الإسناد في ثلاث نقاط كالآتي.

أولا: الصعوبات الناجمة عن الفئة المسندة (إشكالية التكييف):

[1]– بدر شنوف، مرجع سابق، ص 77.

الفئة المسندة هي مجموعة من المسائل المتقاربة والمتشابهة والتي خصها المشرع بضابط إسناد، فعند عرض النزاع ذو عنصر أجنبي على القاضي فعليه البحث في مسألة أولوية أساسية، وهي تحديد طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع وإدخالها ضمن صنف قانوني معين، يطلق على هذه العملية بـ "**التكييف الذي عرفه فقهاء القانون الدولي الخاص**":

(تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية، لكي يسند حكمها إلى قانون معين)[1].

فالتكييف في القانون الدولي الخاص تعترضه جملة من العوائق تعود إلى إلى تبيان الدول في تحديد الأوصاف القانونية للنظم والمسائل المتشابهة، فهو ليس متماثلا في كل الدول، بل يختلف من دولة إلى أخرى وعليه فالرأي الراجح فقها وقضاءا هو أن يتم التكييف طبقا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، وهو ما أخذ به المشرع حيث نصت المادة (09) من القانون المدني الجزائري على أن :**(يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه).**

يتضح أن المشرع أخضع التكييف لقانون القاضي، كما يتضح أنه حصره في التكييف الأولي الذي هدفه تبيان القانون الواجب التطبيق بما يفيد استبعاده للتكييفات اللاحقة التي لا علاقة لها بالإختصاص التشريعي وتدخل في إطار القانون الأجنبي المختص.

بعد تصدي القاضي لعملية التكييف، يعترضه إشكال آخر يتعلق بضابط الإسناد.

ثانيا: الصعوبات الناجمة عن ضابط الإسناد:تعتبر الجنسية المعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية في معظم التشريعات، ولكن هذا المعيار بطبيعته يقبل التعدد كما يقبل الإنعدام مما يؤدي إلى صعوبة ف تجديد القانون الواجب التطبيق مثال ذلك تمتع الشخص في وقت واحد بأكثر من جنسية معينة عند إبرام الزواج لكن أثناء النزاع حول

[1]– أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، طبعة 1، دار قنديل للنشر، الأردن2010،، ص 54.

هذا العقد نجده يتمتع بأخرى، فيجد القاضي صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد (قانون الجنسية القديمة أم قانون الجنسية الجديدة).

1-حالة تعدد الجنسيات:

ميزت المادة 22 من القانون المدني فقرة 1 بين فرضيتين:

***الفرض الأول:** حالة تعدد الجنسيات ومن بينها جنسية القاضي:

ففي هذه الحالة يطبق قانون القاضي دون سواه.[1]

فإذا عرض على القاضي الجزائري نزاع متعلق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج بين زوجة مصرية وزوج يتمتع بالجنسية الجزائرية والفرنسية في نفس الوقت يعتد للزوج الجنسية الجزائرية فقط طبقا لنص المادة (13)، وذلك لأن أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية وقت إنعقاد الزواج.

***الفرض الثاني:** إذا لم تكن من بين جنسيات جنسية دولة القاضي فهنا لا مجال للمفاضلة بين الجنسية ويتم اللجوء للحلول الفقهية التي تقضي إما باختيار الجنسية تتفق في أحكامها مع قانون دولة القاضي[2] أو ترك الحرية لصاحب العلاقة أو اختيار الجنسية الحقيقية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها إذا كانت جميع الجنسيات أجنبية وفقا للمادة (22) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى.

2-حالة انعدام الجنسية (التنازع السلبي):

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

[2]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 20

يقصد بانعدام الجنسية عدم تمتع الفرد بأية جنسية[1].

تعدد المعايير المقترحة بحل هذه الإشكالية ومن بينها إعمال قانون آخر جنسية كان يحملها قبل انعدام جنسية، بينما اتجه رأي آخر إلى الإعتداء بجنسية الدولة التي ولد فيها إذا عرف سكان ولادته، غير أن الرأي الراجح هو إسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن أو محل إقامته، وهذا الرأي الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة (22) في فقرتها 3 بنصها "في حالة تعذر تعيينها فإن العرف الدولي استقر على تطبيق قانون القاضي".

3-حالة التنازع المتحرك:

يتحقق التنازع المتحرك أو المتغير عندما يحدث تغيير واقعي في ظرف الإسناد يؤدي إلى انتقال شخص معين من نطاق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة الإسناد، وبعبارة أخرى يتحقق التنازع المتحرك عندما تكون هناك قابلية خضوع وضعية معينة لنمطين قانونين مختلفين، وعليه نستنتج أن التنازع المتحرك ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين يتنازعان لحكم موضوع واحد بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان[2].

مثلا: لو طرح النزاع أمام القاضي الجزائري حول إبرام عقد زواج فرنسي مع مغربية، نميز أن الفرنسي لم يتكتع بالجنسية الفرنسية إلا وقت إبرام عقد الزواج وكان قبل ذلك يتمتع بالجنسية الجزائرية غير أنه تخلى عنها بعد اكتسابه جنسية فرنسية، ففي هذه الحالة يطبق

---

[1].- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2003،ص 120.

[2].-يوبي سعاد ، تنازع القوانين في مجال النسب ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،تخصص قانون خاص،جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان،2010/2009ص264

القاضي قانون جنسية التي يحملها الزوج وقت إبرام العقد وهي الجنسية الفرنسية وفقا لنص المادة (11) السالفة الذكر.

ثالثا: الصعوبات الناجمة عن القانون المسند إليه

تتمحور الإشكالات المرتبطة بالقانون المسند إليه في نقطتين أساسيتين، تتمثل الأولى بمجال القانون المختص، والثانية بحالة ما إذا أنشرت قاعدة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

1-**الصعوبات المتعلقة بنطاق القانون المسند إليه:**مرد هذه الصعوبة يعود لنوعية القواعد الأجنبية التي يطبقها القاضي عندما تشير قواعد الاسناد في قانونية إلى تطبيق قانون أجنبي، هل يطبق ذلك القانون في القواعد الموضوعية مباشرة أم يجب عليه المرور على قواعد الإسناد في ذلك القانون التي من الممكن أن تتمسك بإختصاص ذلك القانون أو برفض الإختصاص وتشير إلى تطبيق قانون آخر، وهذه الحالة الأخيرة تعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالإحالة.

وتتحقق الإحالة عندما تشير قاعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص ثم تشير قاعدة الإسناد في هذا الأخير إلى تطبيق قانون دولة القاضي أو قانون دولة أخرى، ففي الحالة الأولي تكون بصدد الإحالة من الدرجة الأول في الحالة الثانية فيكون بصدد الإحالة من الدرجة الثانية[1].

غير أن المشرع الجزائري يأخذ فقط بالإحالة من الدرجة الأولى ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية، وهذا طبقا للمادة (23 مكرر 1) من القانون المدني فلو أراد إنجليزيين إبرام عقد زواجهما في الجزائر وكان مستوطنا بها، ورجع القاضي الجزائري إلى قواعد الإسناد

[1]-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، تنازع القوانين- جزء 01، طبعة2، مطبعة المسيلة، الدويرة، الجزائر 2008، ص 144.

للقانون الإنجليزي، ووجدها تحيل إلى تطبيق قانون المواطن، فإنه يطبق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لإبرام عقد زواجهما في الجزائري، بينما إذا كان متوطنان في فرنسا مثلا فلا يطبق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الفرنسية بإعتبار أن القانون الفرنسي قانون المواطن، وإنما يقتصر تطبيقه على القواعد الداخلية للقانون الإنجليزي دون تلك الخاصة بتنازع القوانين[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 تتعدد فيها الشرائع تعددا إقليميا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، أو تعددا طائفيا كما هو الحال في لبنان ومصر[2].

قد عالج المشرع هذا الإشكال في المادة (23) من القانون المدني الجزائري في فقرتها التي تصنف على أنه في حالة تعدد الإقليمي أو الطائفي فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي يعني الذي يجب تطبيقه.

يلاحظ من 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 والتي ينتمي إليها الشخص إذا قام قانون تلك الدول بتحديد الشريعة الواجبة التطبيق في قانونها الداخلي[3].

وفي حالة عدم تحديد قانون تلك الدول للشريعة الداخلية واجبة التطبيق فإن المشرع الجزائري أعطى حل في نص المادة (23) في فقرتها الثانية من القانون المدني **" إذا لم**

---

[1]–أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 25، 26.

[2]–قربوعكمال عليوش ، مرجع السابق، ص 110.

[3]–الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية ، تنازع القوانين الكاهنة، ، مرجعسابق، ص 147.

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 ".

وعليه فإذا عرض نزاع على القاضي الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج لبنانيين 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.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

يقصد بالشروط الشكلية كل ما يتعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص والزواج بالوكالة وإشهار الزواج وتحرير العقد وإثباته، فالشروط الشكلية هي الطرق اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي[1].

ولما كانت هذه الشروط ليست محل اتفاق بين تشريعات الدول، الأمر الذي يجعلها مجالا رحبا لتنازع القوانين، فإن ذلك يتطلب منا من جهة تحديد قواعد القانون المطبق على الشروط الشكلية الزواج المختلط والاستثناءات والواردة عليه (الفرع الأول)، ومن جهة ثانية تحديد نطاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد القانون المطبق على الشروط الشكلية للزواج المختلط

سنقوم في هذا الفرع بدراسة الأصل العام الذي يحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط في التشريعات المقارنة والمشرع الجزائري وكذلك التطرق إلى الضوابط الاحتياطية ثم الاستثناء المتعلق بخضوع الشروط الشكلية القانون بلد القنصل أو السفير إذا أبرم العقد أمامه.

[1]– حسن المهداوي، مرجع سابق، ص 109.

<u>أولا:</u> الأصل العام الذي يحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط والضوابط الاحتياطية

سندرس في هذه الجزئية القاعدة العامة التي تحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط والقواعد الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي في حال صعوبة تطبيق القاعدة العامة.

1- 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 لوكيس Locus Régit Actum [1]، وقد أخذت بذلك العديد من التشريعات منها القانون المصري والكويتي والتونسي واللبناني والسوري والعراقي وقوانين الدول الأوروبية كفرنسا إيطاليا والنمسا وألمانيا وتركيا وانجلترا وأمريكا ومنها من اعتبرتها ملزمة ومنها غير ذلك.

وفي مصر يأخذ الزواج أشكال محلية متعددة، فهناك الشكل الرسمي المقرر الزواج المصريين المسلمين، ومن ثم يختص المأذونون بتوثيق عقود الزواج المبرمة بينهم ،أما غير المسلمين المتحدي الطائفة فيختص بزواجهم الموثقون المنتدبون[2].

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

---

[1]- Cf. DE Bevotte René de la régle (locus régit a ctum net des conflit des lois relatif a frome des actes en droit maritime, THése doctorat librairiemarescqainé, paris 1895, pp 07, 08 .

[2]- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 257.

ويعتبر زواجهم صحيحا سوى بالنسبة للزواج السوريين في الخارج أو زواج الأجانب في سوريا[1].

إلا أنه لاعتبار ذلك صحيحا يجب مراعاة بعض الجوانب فالنسبة للسوريين المسلمين إذا كان الشكل محلي مدنيا رسميا أو عرفيا، فإنه يمكن للسوري المسلم ولو كانت الزوجة غير مسلمة إجرائه وفقا لهذا الشكل، أما إذا كان دينيا فانه يتعذر إليه إتباعه، أما بالنسبة للسوريين الغير مسلمين فإنهم لا يصح زواجهم في الخارج وفق الشكل المحلي لأن تدخل الكنسية يعتبر شرط موضوعي للزواج والذي يخضع لقانون الشخصي، أما إذا كان الشكل المحلي دينيا فيجوز الهم ذلك إذا كان هذا الشكل مطابقا للشكل المقرر في ديانتهم.

أما فيما يتعلق بالأجانب في سوريا فإذا كانوا مسلمين فإنهم لا يستطيعون اللجوء إلى الأشكال الدينية المتبعة لدى غير المسلمين ويلجئون إلى الشكل الإسلامي المدني للزواج وفقا القانون الأحوال الشخصية السوري، أما غير المسلمين، فيجوز لهم الزواج في سوريا بالشكل الديني إذا كان الزواج في قوانينهم الوطنية يعد نظاما دينيا، أما إذا كان الزواج لديهم مدنيا فلهم أن يتزوجوا بالشكل الإسلامي المدني أيا كانت ديانتهم.

أما في لبنان فإنه يتم إبرام الزواج وفقا للقانون الشخصي للأجانب بزواجهم أمام القناصل أو وفقا للقانون المحلي، ولكي يبرم المرجع القنصلي عقود الزواج في لبنان يكفي أن يكون لأحد الزوجين جنسية الدولة التي يمثلها القنصل، ونصت المادة (16) من قانون 2 نيسان 1951 على بطلان كل زواج يجريه في لبنان لبناني ينتمي إلى إحدى الطوائف المسيحية والى الطائفة الإسرائيلية أمام مرجع مدني" فزواجه يتم أمام الطائفة التي ينتمي إليها الطرفان أما المسلمين الأجانب فإنهم يخضعون إلى نص المادة (06) من قانون تنظيم

[1]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين –، دار الملايين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011، ص216–217.

القضاء السني والجعفري الصادر في تموز لسنة 1962 أنه ينحصر في اختصاص تلك المحاكم الدعاوى والمعاملات المتعلقة بالمتداعيين من مذهبها[1].

وبالنسبة المشرع التونسي فقد نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص على إسناد الشروط الشكلية لانعقاد الزواج في الفصل (46 فقرة 1) حيث جاء فيها " تخضع الشروط الشكلية الزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج"[2] ويفهم من ذلك أن المشرع التونسي جعل قاعدة مكان إبرام احتياطية في حالة عدم اتحاد جنسية المتعاقدين.

أما المشرع الجزائري فلم يخص الشروط الشكلية بقاعدة إسناد مستقلة كما فعل مع الشروط الموضوعية، وبالتالي تخضع تلك الشروط للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية المنصوص عليها في المادة (19) والتي جاء فيها" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ".

وقد جاء في مضمون المادة (95) من قانون الحالة المدنية على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا لمكان الإبرام، ومن ثم منح المشرع الجزائري رخصة للجزائريين والأجانب في تحرير عقودهم وفق قانون المحل.

أما الفقرة الثالثة من المادة (97) من نفس القانون التي نصت" غير أنه إذا كانت الزوجة أجنبية من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد

---

[1]– عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، طبعة1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 257، 258.

[2]– القانون عدد97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، سنة 2008.

التي ستحدد بموجب مرسوم ومن ما يلاحظ على هذه المادة أنها لم تنص على زواج الجزائرية من أجنبي[1].

وقد نصت المادة (71) من قانون الحالة المدنية السالف الذكر على أنه: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

تخص هذه المادة الجزائريين والأجانب، وهو أن المشرع الجزائري استثنى المواطنين الجزائريين من أن يقيم أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج بالجزائر ومن ثم ينعقد الزواج وفق الشكل المحدد من قبل القانون الجزائري[2].

2- الضوابط الاحتياطية التي تحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط

قد يخضع الزواج من حيث الشكل القانون 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 القانون 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

---

[1]- كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 220.

[2]-نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين- الجنسية، طبعة 01، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 60، 61.

[3]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 155.

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 و قنصلية 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 أحدهما على 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[2]، 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 الوطنيين في الخارج يكون زواجهما صحيحا أيضا إذا تم وفق الأشكال المقررة في قانون البلد الذي يقيمان فيه.

<u>ثانيا:</u> 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، والشيء

[1]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 258.

[2]– فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 218، 219.

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[1].

وقد أجازت اتفاقية فينا في مادتها الخامسة للسلك الأجنبي إبرام زواج رعاياهم، واتفاقية لاهاي لسنة 1978 صلاحية إبرام الزواج من طرف السلك الدبلوماسي في الدول المعتمدين فيها إذا كان الزوجين من رعاياهم، ولم يمنعهم القانون المحلي، كما أجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية القناصل 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

[1]–أية منصور صونية ، علواش وردية ،تنازع القوانين وانحلالها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ، ،018/2017ص22–24.

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 الأجنبيين مختلفي الجنسية إبرام زواجهم أمام قنصل أجنبي شريطة أن تتحد جنسية أحدهما مع جنسية القنصل وذلك أخذا 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 القانون 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]، مما يستوجب مراعاة الشكل المحلي لإبرام عقد الزواج الذي يكون فيه الطرفان أو أحدهما أجنبيا، وإلا قضي ببطلانه شكلا، في حين أجاز القانون الفرنسي للسلك الدبلوماسي الأجنبي إبرام

---

[1]– بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري –تنازع القوانين –،مرجع،سابق246.

[2]– عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 315.

زواج رعاياهم ولكن لا يعترف به إذا كان أحد الزوجين أجنبيا أو فرنسيا، في حين توجد دول أخرى لا تسمح لسلكها الدبلوماسي بهذا الاختصاص أصلا كما هو الشأن في بعض دول أمريكا اللاتينية[1].

وقد تأكد ذلك في قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم:70-20 المؤرخ في:19 فبراير 1970 في الفقرة الأولى من المادة (97) بقولها: "على أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد..."[2].

كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة بالسماح للقنصليات الجزائرية المعتمدة في الخارج أن تبرم زواجا حسب الشكل الوطني إذا كان أحد 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 ".

ومن ثم فإن الشروط الشكلية للعقد الزواج المختلط يحكمها إما قانون محل الإبرام أو الجنسية المشتركة للأطراف، كما يمكن أن تسري عليها قانون الموطن المشترك للزوجين إذا اتحدا في الموطن، كما يمكن أن يحكمها أيضا القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية[3].

وفي الأخير نلاحظ على أن المادة (19) السالفة الذكر والمادة (95) السالفة الذكر أيضا يشتركان في أن الشروط الشكلية تخضع لقانون محل الإبرام، وقد جعل المشرع هذه القاعدة إلزامية في حالة اختلاف أطراف الرابطة الزوجية في الجنسية.

---

[1]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص116.

[2]- علي علي سليمان، مذكرات في قانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 72.

[3]- بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية "مذكرة لنيل شهادة الماجستير"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 32.

الفرع الثاني: تحديد نطاق القانون المختص بحكم الشروط الشكلية للزواج

ما يدخل ضمن الشروط الشكلية وما يخرج عنها، مسألة تكييف ترجع للقاضي المعروض عليه النزاع وذلك طبقا للمادة (09) من القانون المدني الجزائري.

وليس من السهل التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية لعقد الزواج، لأن لكل دولة شروط خاصة بها لعقد الزواج، ومن ثم يلجأ القاضي لمسألة التكييف بقصد إعطاء وصف للوقائع لإدراجها ضمن فكرة مسندة ومن ثم إسنادها إلى القانون الذي يسري عليها.

فبعض الدول المسيحية مثلا تلتزم بإشهار الزواج في الشكل الديني وتعتبره شرطا شكليا، أما بعضها الآخر كاليونان وإسبانيا وبلغاريا تعتبره شرطا موضوعيا، ومن ثم يختلف التكييف وقاعدة الإسناد والقانون الواجب التطبيق.

أما الدول الإسلامية لا تعتبر الزواج نظاما دينيا وإنما نظام مدني ولا تشترط لانعقاده رجل دين أو طقوس معينة، ومن ثم يعتبر شرط المراسيم الدينية من الشروط الشكلية في الجزائر، وقد أخذ بهذا التكييف الفقه المصري والقضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطابع الديني أو المدني للزواج مسألة شكلية تخضع لقانون المحل، وكان ذلك في قرارها الصادر بتاريخ: 22 جوان 1955[1].

وقد ذهب جانب من التشريعات إلى إخضاع الشروط الشكلية للزواج القانون الذي يحكم التصرفات القانونية أي قانون محل إبرام التصرف، وهي قاعدة إلزامية مؤداها أنه لا يجوز إبرام الزواج إلا في الشكل الذي يحدده قانون دولة إبرام الزواج، ومثال ذلك القانون الأمريكي.

---

[1]–مسعودي يوسف" القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج " مداخلة في الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 أفريل 2014 ، ص 91.

كما نصت غالبية التشريعات على وضع قاعدة اختيارية مؤداها إبرام عقد الزواج في الشكل الذي يحدده القانون الشخصي للزوجين أو في الشكل المحلي لبلد الإبرام، وهذا ما ذهب إليه المشرع الكويتي في نص المادة (37) من القانون رقم:05 لسنة 1961 التي جاء فيها"...يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالإعلان أو النشر عن الزواج، ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الإعلان أو النشر بطلان الزواج في غير البلاد التي خولف قانونها"[1].

وتخضع تشريعات أخرى الشروط الشكلية لقانون جنسية كل من الزوجين أو لقانون موطنهما المشترك في حالة اختلاف جنسيتهما، ومنها القانون القطري في المادة (14) من القانون المدني التي نصت على "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق والمراسم الدينية إلى القانون البلد الذي تم فيه الزواج وإلى قانون جنسية كل من الزوجين أو قانون موطنهما المشترك "وكذا ذهب إلى ذلك القانون الإماراتي.

أما التشريع المصري فلم يضع قواعد تنازع خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج الشكلية، وعلى هذا ذهب الرأي الغالب إلى إخضاعها إلى القواعد الخاصة بشكل التصرفات القانونية بصفة عامة[2]، وهذا ما نصت عليه المادة (20) من القانون المدني المصري على أنه "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

أما القانون الجزائري يعد من الشكل كل الإجراءات المتعلقة بتسجيل الزواج والجهات المختصة بإبرامه وإعلام الغير به وإثباته وحضور الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، حيث يحدد

---

[1]– رشا على الدين، مرجع سابق، ص 73.

[2]– المرجع نفسه، ص 74.

القانون المحلي اختصاصات الأعوان المؤهلين قانونا لتلقي عقود الزواج وأشكال تحريره وطريقة إشهاره ومدى جواز الاعتراض ومدة تقديمه، لكن الأشخاص الذين يحق لهم الاعتراض عليه وأسبابه والشاهدان والولي بالنسبة للقاصر والصداق وشرط الأهلية وتخلف الموانع الشرعية تعد مسائل موضوعية تخضع لقانون الشخصي للزوجين[1].

وخلاصة القول فإن انعقد الزواج صحيحا فإنه سوف يترتب عنه أثار كغيره من التصرفات القانونية وسنتطرق لذلك بالدراسة من خلال هذا المبحث الثاني.

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج المختلط .

بعد انشاء العقود صحيحة مستوفية لجميع شروطها واركانها الشكلية والموضوعية فانها تترتب وتنتج عنها اثار قانونية هو الامر كذلك بالنسبة لعقد الزواج فمتى انعقد صحيحا مستوفيا لشروط اركان الزواج نتج عنه اثار بين الزوجين.

ويقصد اثار الزواج الحقوق والالتزامات المترتبة على الزوجين وتنقسم اثار الزواج الى اثار شخصية تتمثل في حقوق و واجبات الزوجين واثار مالية تخص تنظيم اموالها .

واذا كانت اثار الزواج سواء الشخصية او المالية خاصة في حالة وجود عنصر اجنبي في العلاقة الزوجية فانها لا تخضع لنفس القانون الذي يحكمها مما يؤدي الى جود تنازع القوانين حول القانون الواجب التطبيق وهو ما يتم دراسته في هذا المبحث من خلال المطلبين الاول سنعالج فيه القانون الواجب التطبيق على الاثار الشخصية للزواج المختلط والثاني سنشرح فيه القانون الوجب التطبيق على الاثار المالية للزواج المختلط

المطلب الاول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط.

[1]– بدر شنوف، مرجع سابق، ص 80.

المقصود بالأثار الشخصية هي النتائج القانونية و الدينية و الشرعية و الخلقية التي تتولد عنها مجموعة من الحقوق و الالتزامات تقع على عاتق الزوج و الزوجة .

و يدخل في مفهوم الاثار الشخصية وفقا للشريعة الاسلامية باعتبارها صاحبة الولاية العامة في هذا المجال كل الحقوق و الالتزامات المتقابلة بين الزوج و الزوجة و منها المعاشرة

و حق الزوج و الزوجة .فهذه الحقوق و الالتزامات جميعا تعتبر من الاثار الشخصية .

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المفهوم الواسع للاثار الشخصية المترتبة على عقد الزواج

و ذلك في نص المادة 36 من قانون الاسرة الجزائري.

ومن هذا و مما لاشك فيه ان الرابطة الزوجية تترتب عليها مجموعة من الحقوق و الواجبات لكلا الزوجين و هذا في مختلف النظم القانونية، غير أنه في حالة ما إذا يكون الزواج مختلط بين الانظمة القانونية أو الزواج في حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة الزوجية، فهنا تكون بصدد مشكلة تنازع عدة قوانين في تحديد هذه الاثار الشخصية،و منه ما هو القانون المختص بحكم الاثار الشخصية للزواج؟

و قبل التعرف على القانون الواجب التطبيق على هذه الاثار لابد من معرفة و تحديد نطاق هذه الاثار الشخصية لعقد الزواج المختلط .

و لذلك سنعرج في المرحلة الاولى على المسائل التي تدخل في نطاق الاثار الشخصية في الفرع الاول، ثم ننتقل الى المرحلة الثانية الى بحث القانون المختص بحكم هذه الاثار في الفرع الثاني .

الفرع الاول: تحديد نطاق الاثار الشخصية للزواج المختلط .

بمجرد ان يتم الزواج صحيح بين الرجل و المراة يرتب ذلك اثارا منها ما يتعلق بحقوق وواجبات الزوجين و منها ما يتعلق بالنسب. وهذه الاثار يمكن شرحها كالتالي :

أولا: حقوق وواجبات الزوجين.

من المعلوم ان الرابطة الزوجية تترتب عنها مجموعة من الحقوق و الواجبات المتبادلة بين الزوجين[1]والتي قد تكون ذات صيغة شخصية بحتة و مثال ما قررته الشريعة الاسلامية من حق الزوجة على زوجها في العدل و حسن المعاشرة و الاخلاص و ثبوت النسب و اثار ذات طابع مالي احق الزوجة في المهر و حقها في النفقة الزوجية[2].

و بالرجوع الى المشرع الجزائري فقد نص على حقوق وواجبات الزوجين في الفصل الرابع منه، حيث جاء في نص المادة 36 من قانون الاسرة الجزائري على انه:"

يجب على الزوجين:

_ المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

_ المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة .

_ التعاون على مصلحة الاسرة و رعاية الاولاد و حسن تربيتهم .

_ التشاور في تسيير شؤون الاسرة و تباعد الولادات .

_ حسن معاملة كل منهما لابوي الاخر و اقاربه و احترامهم و زيارتهم .

_ المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الاقربين بالحسنى و المعروف .

_ زيارة كل منهما لابويه و اقاربه و استضافتهم بالمعروف ."

---

[1]– فؤاد عبد المنعم رياض.الوسيط في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)،ج02 ،دار النهضة العربية ،1996 ، ص216 .

[2]– دربة أمين: قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله دراسة مقارنة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون ،جامعة الجزائر01، 2012–2013، ص24 .

من خلال نص المادة فان هناك واجبات و التزامات تقع على الزوجة و الاخرى تقع على عاتق الزوج و تليها التزامات مشتركة بين الزوجين.

1_ التزامات الزوجة او واجبات الزوجة:

تعتبر التزامات او واجبات الزوجة بمثابة حقوق الزوج و تتمثل في طاعة الزوجة لزوجها و مراعاته، و لقد ذهب القضاء الفرنسي الى انه لا يحق للزوجة ولو كانت اجنبية ان تتحدى ارادة زوجها[1]، و منه ان يكون للزوج سلطة زوجية على زوجته و اي مخالفة لهذه السلطة يعد اعتداء على السلطة الشخصية للأزواج الفرنسيين، إلى أنه لا يمكن للزوج ان يزيد في استعمال حقه على القدر اللازم لإصلاح الزوجة في حالة عدم احترام او القيام بالتزاماتها .

2_ التزامات الزوج:

في مقابل ما للزوج من حقوق فان عليه ايضا هذه الالتزامات اتجاه زوجته كالإحسان

و العدل و هو ما نصت عليه المادة 08 من قانون الاسرة الجزائري حين جعلت توفر شروط ونية العدل في حالة تعدد الزوجات.كما يقع على عاتق الزوج بان يلتزم بتوفر مسكن للزوجة[2] و كذلك من واجباته الانفاق على الزوجة، و هي تعتبر من الاثار الشخصية للزواج و ليست مالية رغم انها ذات طابع مالي .

3_ التزامات مشتركة:

و هي ما نصت عليه المادة 36 السالفة الذكر و هي من الحقوق و الواجبات المتبادلة بين الزوجين كالنفقة و اقامة الزوجة مع زوجها وواجب الوفاء و التعاون و الاخلاص بينهما و

---

[1]– ابراهيم أحمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص، ج.11"الجنسية" دار النهضة العربية.1997، ص 235 .

[2]– رضا علي الدين ، مرجع سابق .ص 82 .

ان تطيع الزوجة زوجها و ان تنتقل حيث ينتقل [1]، و قد اجازت المادة 37 من قانون الاسرة الجزائري على انه للزوجين ان يتفقا في عقد الزواج نفسه او في عقد رسمي لاحق بشان الاموال المشتركة بينهما.

ثانيا: النسب الشرعي.

يقصد بالنسب انتساب الولد لأبويه لذلك فقد تكون البنوة شرعية و هو يعتبر من الاثار الشخصية للزواجو علاقة الاولاد بالوالدين [2]، و يقصد بالبنوة الشرعية انتساب الولد الى ابوين و تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج الشرعي الصحيح . فهي رابطة تتصل بالابن من جهة و بالوالدين من جهة اخرى، و الاسرة عموما [3] ، و منه فان البنوة الشرعية المقصودة بالأثار الشخصية هي وجود زواج صحيح و ذلك بإمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين حتى ينسب الولد لابيه و هو ما نصت عليه المواد 40 الى 45 من قانون الاسرة الجزائري على النسب فجاء في نص المادة 40 على انه:"**يثبت النسب بالزواج الصحيح او بالاقرار او بالبنوة او بنكاح بشبهة او بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون، و يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لاثبات النسب .**"

اذا كان انتساب الولد لابيه يكون عن طريق البنوة الشرعية، فانه يمكن ان ينتسب الولد لابيه عن طريق البنوةغير الشرعية او الطبيعية و التي تكون نتيجة ثمرة علاقة غير شرعية بين الوالدين [4]، و بالرجوع الى القانون الجزائري فان القانون الواجب التطبيق على النسب استنادا

---

[1] - علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الخاص، ط05،ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر ، 2011، ص 73 .

[2] –زروتي طيب: القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، تنازع القوانين،ج01،الجزائر،2000، ص 170 .

[3] – المصدي محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، ط3، درا الثقافة عمان، 2011، ص 164 .

[4] – المصدي محمد وليد ، نفسالمرجع . ص 146 ، 147 .

للمادة 13 مكرر فان نص المواد السالفة الذكر المادة 40 الى 45 من قانون الاسرة الجزائري هي التي تنظم المسألة.

و تختلف البنوة الشرعية عن البنوة الطبيعية في انها قد تكون قاصرة على الانتماء الى احد الوالدين دون الام، في حين ان البنوة الشرعية ينتمي فيها الوالد الى الاب و الام معا نتيجة علاقة زواج صحيح.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الاثار الشخصية

سبقت الاشارة الى ماهية الاثار الشخصية المترتبة على عقد الزواج المختلط الصحيح

و هذه الاثار الاجدر لها من قانون يحكمها و يسري عليها.

و بما اننا بصدد معالجة الزواج المختلط فانه يظهر تنازع القوانين في حالة وجود عنصر اجنبي في العلاقة الزوجية، و منه فان مشكلة تنازع القوانين هو تزاحم القوانين او اكثر لدولتين او اكثر بشان حكم علاقات قانونية ذات عنصر اجنبي على انه يشترط ان تكون تلك القوانين المتزاحمة متعارضة في احكامها[1] ، و هو ما يطرح الاشكال التالي : ماهو القانون الواجب التطبيق على الاثار الشخصية للزواج المختلط ؟

أولا: القانون الواجب التطبيق على الحقوق و الواجبات الخاصة الزوجين.

يختلف القانون الواجب التطبيق على حقوق وواجبات الزوجين من دولة لاخرى فهناك من أسندها لقانون محل الاقامة وهناك من اسندها الى القانون الموطن و هناك بعض التشريعات التي مكنت الزوجين في اختيار القانون الواجب التطبيق على اثار الزواج، و منه فان القانون

[1] – سفيان موري: تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، ملتقى وطني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 23–24 افريل 2014، جامعة بجاية، ص 14 .

المقارن يتوقف تاثير الزواج على الجنسية حسب السياسية التشريعية الوطنية المعتمدة ويتمثل موقف القانون المقارن كما يلي [1]:

1_ للزواج اثر مباشر و حتمي على نسبية الزوجة بمعنى تدخل الزوجة تلقائيا في جنسية زوجها كاثر مباشر للزواج.

2_ للزواج اثر مباشر غير حتمي بمعنى لا تعترض الزوجة على الدخول في جنسية زوجها فتكتسبها تلقائيا.

3 _للزواج اثر غير مباشر على جنسية الزوجة اي ان دخول الزوجة في جنسية زوجها متوقف على اجراء رغبتها .

4_ ليس للزواج اثر مباشر او غير مباشر على جنسية الزوجة .

و بالتالي تحتفظ الزوجة بجنسيتها و لا تستطيع التحول في جنسية زوجها الابارادتها دون شروط و اذا رغبت الحصول عليها يكون عن طريق التجنس العادي واذا تمت المقارنة بين موقف الدول من الاتجاهات السابقة يتبين لنا ان القانون التونسي اخذ بتحديد الاثار الشخصية بين الزوجين (حقوق وواجبات) يطبق القاضي عليها احد من هذه القوانين التالية:

_ القانون الشخصي المشترك بين الزوجين اي قانون جنسيتها المشترك.

_ في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية يكون القانون المطبق هو قانون اخر مقر مشترك لهما.

_ في حالة عدم استقالة القاضي التوصل الى قانون اخر مقر مشترك فيطبق قانون دولته، اي القانون التونسي هو ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل (47) من مجلة القانون

---

[1]– زروتي طيب: دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة ،النشر و التوزيع، الجزائر 2016، ص 23–24 .

الدولي الخاص الصادرة لسنة 1998 على ان : تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك و اذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المطبق هو قانون اخر مقر مشترك لهما و الا فقانون المحكمة.

وقد عالج المشرع المغربي القانون الواجب التطبيق في نص الفصل العاشر من الجنسية المغربية على ما يلي : " ان المراة الاجنبية المتزوجة من مغربي يجوز لها بعد مرور سنتين على الاقل على اقامة العائلة في المغرب بكفية اعتيادية و منتظمة ان ترفع الى وزير العدل تصريحا لاكتساب الجنسية المغربية، و تعتبر هذه الجنسية مكتسبة من طرفها اذ لم يبلغها وزير العدل معارضته في ذلك داخل اجل ستة اشهر تلي تاريخ ايداع التصريح يجري مفعولها من تاريخ عقد الزواج ." و من هذا النص فان اكتساب الجنسية المغربية بسبب زواج الاجنبية بمغربي يتوافر الشروط التالية:

-الزواج من مغربي و يكون صحيحا طبقا لقواعد التنازع المغربية.

-الاقامة المعتادة و المنتظمة في المغرب لمدة سنتين على الاقل بعد الزواج .

-تقديم تصريح من طرف الزوجة بعلان الرغبة في اكتساب الجنسية المغربية الى وزير العدل مع عدم اعتراض هذا الاخير خلال مدة 6 اشهر من تقديم التصريح[1]

و بالرجوع الى قانون الجزائري فقد اخذ اثار الزواج كقاعدة عامة لقانون جنسية الزوج، حيث نصت المادة 12 من القانون المدني على انه: " **يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على المآثر الشخصية و المالية التييرتبها عقد الزواج** "، و ما تجدر الاشارة اليه هو ان قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يسري على الاثار

[1]- زروتي الطيب ، مرجع سابق، ص 26 .

الشخصية للزواج المختلط، و المتمثلة في حقوق وواجبات الزوجين دون ان يمتد تطبيقه الى النسب الشرعي بالرغم من ادراجه ضمن نطاق الاثار الشخصية للزواج " [1].

واذا كان نص المادة 12 هو الاصل فان لكل اصل استثناء وهو ماجاء في نص المادة 13 على انها :" **يسري القانون الجزائري وحده في الاحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 اذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج الا فيما يخص اهلية الزواج .**"

ومن ثمة فان القاعدة الاصلية لاثار الزواج الشخصية يخضع لقانون جنسية الزوج وقت ابرام عقد الزواج .اما اذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فالاستثناء من الاصل ان تخضع كل اثار الزواج للقانون الجزائري وحده. غير ان تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الحقوق و الواجبات الزوجين قد يثير صعوبات اذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج او غير الزوجان جنسيتهما . ومن ثم يبقى القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج ، زمنه يطبق القانون الاجنبي على الزوجين وهو قانون جنسية الزوج القديم وهي من بين المشاكل التي تطرحها القاعدة العامة وهي تجميد القانون الوطني للزوج وقت انعقاد الزواج[2].

ومن خلال هذه الصعوبات يرى الفقه و القضاء الفرنسي يطبق قانون جديد في هذا الصدد لمعالجة هذه الاشكالية فلا يعقل أن يبقى قانون الجنسية السابق يسري على أثار الزواج المستقبلية فمثلا اكتساب الجنسية الجزائرية ينطوي على التمتع بكافة الحقوق المقررة طبقا للقانون الجزائري النافذ[3].

---

[1]-–رحاوي امينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير ، جامعة تلمسان 2010–2011. ص 43.

[2]–اسعاد موحند ،القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص 30 .

[3]– زروتي طيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين،الجزء الاول

وقد جاء في تعديل المشرع الفرنسي اذا كان الزوجان الاجنبيين من جنسية واحدة فلا اشكال حيث يطبق قانون الجنسية المشتركة. اما اذا اختلفت جنسيتهما او كان احدهما فرنسيا ومقيما في فرنسا فيطبق قانون الموطن. وبذلك أخضعت قاعدة الاسناد الفرنسية اثار الزواج الى القانون الوطني المشترك، واذا لم يشترك الزوجين لا في الجنسية ولا في الموطن تخضع اثار الزواج وفقا للاجتهاد القضائي الى قانون القاضي.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على النسب.

بقصد بالبنوة او النسب الشرعي نسبة الولد ابويه متى كان هناك عقد زواج بينهما. ولا شك ان البنوة من مسائل الحالة المدنية .وبالتالي فانها تخضع لقانون الجنسية[1]

وهناك بعض التشريعات التي خصت لها قاعدة اسناد خاصة بها وهي لا تدخل ضمن قاعدة الاسناد الخاصة باثار الزواج المختلط ،ولكن السؤال المطروح من هو الشخص الذي يعتد بجنسيته؟

و بالرجوع الى تنازع القوانين بخصوص البنوة في حال تعدد جنيسة طرفي التبني الولد والوالد المراد الانتساب اليه فهنا لا اشكال في ذلك فانه فيطبق قانونهما المشترك.غير ان مواقف التشريعات المختلفة قد تباينت ازاء حل مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة اختلاف جنسية الشخص المراد اثبات بنوته من جنسية احد الابوين (الاب او الام) الذي يراد الانتساب اليه[2] .

يتجه القانون الفرنسي الى التفريق بين النسب الشرعي و غير الشرعي .اما القانون الجديد فانه وحد قواعد الاسناد التي تحكم النسب سواء تعلق الامر بالولد الشرعي او الغير الشرعي،

مرجع سابق ، ص 161 .

[1]– ابراهيم احمد ابراهيم ،المرجع السابق ، ص 266 .

[2]– جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، منشاة المعارف ، الاسكندرية،2005.ص 335.

حيث اتى بنوعين من القواعد تتمثل في قاعدة اساسية يعتد فيها بقانون الام وقت الميلاد على اساس ان الام دائما تكون معروفة،اما القاعدة الاستثنائية او الاحتياطية فيعتد بها بالقانون الشخصي للطفل في حالة عدم معرفة الام [1].

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد جاء في نص المادة 13 مكرر من القانون المدني ما يلي: "يسري على النسب و الاعتراف به و انكاره قانون جنسية الاب وقت ميلاد الطفل ،و في حالة وفاة الاب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الاب الوفاة.» ومنه يطبق قانون جنسية الاب وقت ميلاد الطفل في حال تنازع القوانين بشان مسالة النسب والاعتراف به كما يطبق قانون جنسية الاب وقت الوفاة في الحالة التي يتوفى فيها الاب قبل ميلاد الطفل.

ومنه من الافضل ان يخضع النسب للقانون الاكثر ملائمة لمصلحة الولد و الا اصطدم او تعارض ذلك مع النظام العام ،وذلك اخذا بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار[2]، ومتى ثبت الاختصاص للقانون الجزائري بخصوص النسب فانه تطبق المواد من 40 الى 45 من قانون الاسرة الجزائري التي تنظم هذه المسألة.

بعد تبيان اثار الزواج الشخصية و تحديد القانون المختص بحكمها، ننتقل في المطلب الثاني لبحث ما قد يرتبه الزواج المختلط من اثار ذات طابع مالي.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الاثار المالية لعقد الزواج المختلط.

سبق و تناولنا الاثار الشخصية الناتجة عن الزواج المختلط، هناك اثار اخرى للزواج المختلط ذات طابع مالي و هي تتمثل في الاثار المالية للزواج المختلط، و تتمثل هذه الاثار في النظام القانوني التي تخضع له العلاقات المالية بين الزوجين و يبين فيه حقوق

---

[1]– فتيحة يوسف : محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ملقاة على طلبة السنة رابعة حقوق كلية الحقوق جامعة تلمسان، مطبوعة لسنة 2008، ص 56 .

[2]– فتيحة يوسف، مرجع سابق، ص 113 .

وواجباتهما المالية، و يقصد او تعرف الاثار المالية المترتبة على الزواج هي القواعد القانونية او الاتفاقية المعمول بها في بعض المجتمعات الغربية في مجال اثار الزواج المختلط و التي يتم بمقتضاها تحديد حقوق وواجبات كل طرف في الرابطة الزوجية من حيث ذمتها المالية[1]

و تعني ايضا الاثار المالية النشاطات المالية المصاحبة لابرامعقد الزواج التي يحدد فيها الزوجان النظام الذي يحكم اموالهما و ذلك في عقد مستقل يسمى مشارطة الزواج [2] .

غير ان هذه الرابطة الزوجية قد يدخل عليها عنصر اجنبي مما يؤدي الى تنازع عدة قوانين على حكمها مما يجعلنا نتطرق في هذا المطلب الى تبيان القانون الواجب التطبيق على الاثار المالية الزواج المختلط (الفرع الثاني) و لكن قبل ذلك سنحاول تحديد نطاق الاثار المالية للزواج المختلط (الفرع الاول).

الفرع الأول: تحديد نطاق الاثار المالية للزواج المختلط .

بعد تعريف الاثار المالية للزواج المختلط السائدة في بعض المجتمعات فانها تحكمها نظم قانونية متعددة تحدد نطاق تطبيق هذه الاثار، و نذكر اهمها :

اولا: نظام الاشتراك المالي .

بالرجوع الى القانون المدني الفرنسي فان النظام المالي يشكل جزءا هاما من القانون المالي للاسرة الى جانب المواريث و الهيبات [3].

---

[1]– بلعيور عبد الكريم ،النظام القانوني للزواج المختلط و قواعد الاسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري،كلية الحقوق بن عكنون،الجزائر ، ص 125 .

[2]– بلعيور عبد الكريم، نفس المرجع ،ص 130 .

[3]– محروقكريمة: احكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع دراسة مقارنة، الطبعة الاولى ، قسنطينة 1،2019. ص 38 .

و يعرف الفقهاء الفرنسيون النظام المالي للزوجين بانه مجموعة من المبادئ و القواعد المنظمة لمصير احوال الزوجين و سلطات كل واحد منهما عليها و علاقتها بالغير و توزيعها عند انحلال هذا النظام [1]، و بموجب هذا النظام تكون الاموال المملوكة للزوجين ملكية مشتركة و يخصص جزء منها لاشباع حاجات الاسرة و يتم سداد الديون من هذه الاموال و يكون للزوج الصلاحية في ادارة الاموال المخصصة لشؤون الاسرة، وقد يتطلب الامر موافقة الزوجة واذا انتهت الحياة الزوجية فان الاموال المشتركة يتم توزيعها بمقتضى هذا النظام بين الزوج و الزوجة او بين الورثة في حالة الوفاة.[2]

ولهذا النظام ثلاثة صور تتمثل فيما يلي:

1-نظام الاشتراك العام: بمقتضى هذا النظام ان تكون كل اموال الزوجين مشتركة بينهما[3] .

2-نظام الاشتراك القانوني : طبقا لهذه الصورة فان الاشتراك الذي يقتضيه هذا النظام يكون قاصرا على الاموال المنقولة .ومنه فان العقارات المملوكة قبل الزواج لا يطبق عليها حكم الاشتراك بل تبقى مستقلة بينما التي تكون عند الزواج وكذالك المكاسب التي يكتسبها الزوجان سواء كانت عقارات او منقولات تكون مشتركة بينهما[4] .

3-نظام الاشتراك المخفف: وفي ظل هذا النظام ينفرد كل من الزوجين باموواله المنقولة و العقارية التي يملكها عند الزواج و لا يشتركان الا فيما يتم كسبه بعد انعقاد الزواج.

ثانيا : نظام الانفصال المالي .

---

[1]- بلعيور عبد الكريم ،مرجع سابق ،ص 131 .

[2]- بلعيور عبد الكريم، نفس المرجع ، ص 130 .

[3]- علي علي سليمان ،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،ط4 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006،ص 114 .

[4]- بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 131 .

يستقل في هذا النظام كل من الزوجين باموالـه من حيث التصرف و الادارة و الاستغلال ويستقل كذلك بما يكتسبانه خلال فترة الزواج .ولطن يشترط ان تقسم مصاريف الاسرة

و اعباؤها بين الزوجين ومنه تكون المصاريف و الاعباء مسؤولية مشتركة بينهما.

ثالثا: نظام الدوطة.

بموجب هذا النظام تقدم الزوجة لزوجها بعض اموالهاليتولى ادارتها و استغلالها و الانتفاع بارباحها في نفقات الاسرة، ولكن هذه الاموال تصبح حبيسة ولا يجوز التصرف فيها كما لا يجوز الحجر عليها. اما غيرها من اموال الزوجة فتستقل بها وحدها ولها حرية التصرف فيها و استغلالها[1]، وقد الغى هذا النظام في فرنسا سنة 1965.

وبالرجوع الى المشرع الجزائري فقد حسم هذه المسالة تشريعيا وهو يتجه الى الاخذ بالنظام المالي للزوجين خاصة نظام الاشتراك وهو ما يظهر من خلال نص المادة 37 من قانون الاسرة والتي ابقى من خلالها على الاصل و هي استقلال الذمة المالية للزوجين ، وجده في نفس الوقت اجاز للزوجين ان يتفقا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق على ما يملكه كل واحد منها من الاموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك وبمفهوم اخر فانه في حالة عدم وجود اتفاق فالعبرة تكون باستقلال الذمة المالية.

بعد تحديد ماهية اثار الزواج المختلط بالنسبة للشق المالي ننتقل في الفرع الثاني الى تحديد القانون المختص الذي يحكمها في حالة تنازع القوانين عليها.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الاثار المالية للزواج المختلط.

يختلف القانون الواجب التطبيق على الاثار المالية للزواج المختلط من دولة لاخرى ومن تشريع لاخر. وهناك بعض الانظمة القانونية تفصل بين الاثار الشخصية و الاثار المالية

[1]– أمينة رحاوي ، مرجع سابق ،ص 51 .

وتخضع كل واحد منهما لقانون مختلف وفي مقابل ذلك هناك انظمة لا تميز بينهما فيما يتعلق بالقانون السابق عليهما و تخضعهما لذات القانون الواجب التطبيق قاعدة واستثناءا. ومن هذا نطرح التساؤل حول القانون المختص بحكم النظام المالي للزوجين في حالة اذا تنازعت عدة قوانين.؟

وبالرجوع الى المشرع الجزائري فانه اخذ بمذهب وحدانية القانون الواجب التطبيق على اثار الزواج جميعا سواء اكانت اثار مالية او اثار شخصية وكلاهما يخضعان لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت ابرام العقد وهو ما سبق بيانه في الاثار الشخصيةوهو ما تضمنته نص المادة 12 من القانون المدني :" يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار الشخصية و المالية التي يرتبطها عقد الزواج"وكاستثناء تخضع للقانون الجزائري وحده اذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج وهو ما ورد في نص المادة 13 من نفس القانون.

غير ان هناك قيود ترد على قانون جنسية الزوج عند الزواج منها :

-اختصاص قانون موقع المال فيما يرد على الاموال العقارية الداخلة في مشارطة الزوجية.

-لا يجوز الاحتجاج بتصفية اموال الزوجين و تقسيمهما بعد انحلال الزواج في مواجهة الغير الا اذا روعيت الاجراءات المقررة في قانون موقع المال[1] .

لكن رغم هذه الصعوبات و الخلافات الموجودة في تطبيق القانون فان المشرع اخضع الاثار بنوعيها الى قاعدة الاسناد وهي قاعدة جنسية الزوج وقت ابرام العقد مهما كان نوع وطبيعة المشارطات المالية ونظامها القانوني او الاتفاقي[2] .

---

[1]- زيروتي طيب، القانون الدولي الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق ص 166 .

[2]- بلعيور عبد الكريم ، مرجع سابق ص 135 .

اما بالنسبة الى امكانية الاحتجاج بما قد يرتبه النظام المالي المتبع من حقوق عينية و اصلية او تبعية داخل الجزائر على اموال الزوجين فانه لا يمكن باي حال من الاحوال الاحتجاج بتلك الحقوق الا بتوفر اجراءات الشهر الذي يتطلبه القانون الجزائري باعتباره قانون موقع المال.

ويرمي هذا الحل الذي اخذ به المشرع الجزائري الى تحقيق ما يلي :

-تجنب مشكلة التنازع المتغير الذي ينشا نتيجة الزوج لجنسيته بعد الزواج.

-تامين استقرار اثار الزواج فلا تتغير هذه الاثار بتغير جنسية الزوج فتبقى هي نفسها باستمرار

غير ان هذا الحل تلقى عدة انتقادات وخاصة نص المادة 12 والتي اخذ بها المشرع الجزائري وهي :

-ان تطبيق قانونين على اثار الزواج يؤدي في اغلبية الاحيان الى تعذر تطبيق احدهما عند اختلافهما.

-كما ان اختيار القانون الوطني للزوج يعتبر الى حد ما متعارض مع مبدا المساواة بين الجنسيتين وهو المبدا المعترف فيه في النظام الجزائري.

غير ان البعض الاخر من القوانين رغم اعتبارها النظام المالي للزوجين من اثار الزواج المختلط الا انها القت به في دائرة الاحوال العينية و اخضعته للقانون الذي تخضع له العقود على العموم وهو قانون ارادة المتعاقدين وهو ما اخذ به القانون الفرنسي في سابقه اما الجديد فقد اخضع الاثار المالية للزوجين الى نفس القانون الذي تخضع له الاثار الشخصية على اعتبار ان النظام المالي للزوجين يرتبط بالزواج اذ يعتبر من نتائجه و اثاره ومن ثم يجب ان يسند الى القانون الذي يحكم هذه الاثار .

وعلى خلاف التشريعات التي تبنت مذهب وحدانية القانون الواجب التطبيق على اثار الزواج المختلط الشخصية والمالية نجد المشرع التونسي قد اخذ بمبدا ازدواجية القانون الواجب التطبيق عليهما فخصص لكل منهما قاعدة اسناد خاصة بها.وقد نص في الفصل 48 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على ان القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية هو قانون اول موطن مشترك لهما ان وجد و الا يطبق قانون مكان ابرام عقد الزواج[1] .

اما الدول الانجلوساكسونية فكان لها موقف مغاير اتجاه القانون الواجب التطبيق على الاثار المالية فنجد الولايات المتحدة الامريكية ميزت بين الاموال العقارية و المنقولة فأخضعت الاموال العقارية لقانون موقعه.اما بالنسبة للمنقولات فتخضع لقانون موطن الزوجين وهو القانون المطبق ايضا في القانون الانجليزي.

[1]– رحاوي امينة ،مرجع سابق ،ص 54 .

خلاصة الفصل الأول

من خلال ما سبق دراسته نخلص إلى أن للزواج المختلط شروطا لابد من توافرها ليتم عقد الزواج صحيحا و ينتج آثاره كباقي العقود، وهذه الشروط نوعان وتتمثل في شروط موضوعية وأخرى شكلية.وهو ما خصه المشرع الجزائري للشروط الموضوعية بقاعدة إسناد خاصة في نص المادة 11 من قانون المدنية كأصل ونص المادة 13 كاستثناء على القاعدة، أما الشروط الشكلية للزوج المختلط فقد جعل المشرع الجزائري تسري عليها القاعدة العامة للتصرفات القانونية في جانبها الشكلي وبالتالي لم يخضعها إلى قاعدة إسناد خاصة بها وهو ما جاء في نص المادة 19 من القانون المدني.

وإذا تم عقد الزواج صحيحا مستوفيا للشروط الموضوعية والشكلية لابد أن ينتج آثاره وهو نوعان تتمثل في آثار الشخصية والمالية، فتكمن الآثار الشخصية في الحقوق والواجبات بين الزوجين والنسب الشرعي للأبناء، أما الآثار المالية فالمشرع الجزائري نص على استقلالية الذمة المالية للزوجين فلكل واحد منهما ذمة مالية مستقلة عن الآخر لكن جعل لها قاعدة إسناد واحدة تطبق على كل آثار الزواج المختلط الشخصية والمالية وهو ماجاء في نص المادة 12 وهي قاعدة أصلية وتتم بإخضاعها لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج غير أن لكل أصل استثناء، واستثناء هذه القاعدة يكمن في نص المادة13 من نفس القانون.

لكن رغم معرفة القاضي للقانون الواجب التطبيق على شروط الزواج المختلط أو القانون الواجب التطبيق على آثاره فهذا لا يعني انه قد فصل في النزاع المطروح أمامه مما يتوجب عليه البحث أو الخوض في مراحل أخرى يمر بها القاضي، وذلك حتى يتكمن من الفصل في الموضوع بشكل نهائي، وهو ما سندرسه من خلال الفصل الثاني لهذا البحث.

الفصل الثاني

مركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني

الـــــفـصـل الـــثـــانـــي

مركز القانون الاجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط امام القضاء الوطني .

يتقرر الاختصاص للقانون الاجنبي بموجب قواعد الاسناد الوطنية في منازعات الزواج المختلط المشتملة على عنصر اجنبي مما يؤدي الى تطبيق ذلك القانون امام القضاء الوطني الذي يبحث فيه عن المعاملة التي يتلقاها والتي تختلف عن معاملة القاضي الوطني وذلك من حيث تحديد طبيعته وكيفية او طريقة اثباته وهو ما سنتناوله في المبحث الاول .غير ان هذه المعاملة التي يتميز بها القانون الاجنبي امام القضاء لوطني لا يمكن ان تكون جازمة بتطبيقه كليا مما يؤدي الى استبعاد تطبيقه على مسائل الزواج المختلط وذلك في حالة اذا مادعت المصلحة الوطنية خاصة في حالة ما اذا كان مخالف للنظام العام او تم تطبيقه عن طريق الغش والذي يتم دراسته في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول: معاملة القضاء الوطني للقانون الاجنبي المختص في مسائل الزواج المختلط .

اذا كانت قواعد الاسناد الوطنية تقرر بإعمال و تطبيق القانون الاجنبي على مسائل الزواج المختلط فان تطبيق ذلك القانون امام القانون الوطني يطرح اشكالية المعاملة التي يلقاها امام القضاء الاجنبي و هل يرتقي الى مستوى القانون الوطني و بنفس المعاملة؟ بمعنى هل يستحفظ القانون الاجنبي بطبيعته القانونية ؟ ام انه يعتبر مجرد وقائع يتعين تطبيقها (المطلب الاول) و هل يبحث القاضي الوطني عن مضمون هذا القانون من تلقاء نفسه ام

يتوجب على الخصوم اثبات مضمونه و تقديم الدليل حول مضمون هذه القواعد (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقانون الاجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط .

تضارب الآراء الفقهية حول الاساس القانوني لتطبيق القانون الاجنبي و في مسالة الطبيعة القانونية الممنوحة له، فظهرت عدة اراء و اتجاهات لكل واحد حججه حول مدى الزامية تطبيق القانون الاجنبي من طرف القاضي الوطني و على اي اساس يتم تطبيقه رغم انه ليس قانونه، و حاولوا تبرير تطبيق القاضي للقانون الاجنبي باتجاهين مختلفين، قرر الاول منهما الاعتراف للقانون الاجنبي بطبيعته القانونية الاصلية (الفرع الاول)، بينما ذهب الفريق او الاتجاه الثاني الى اعتبار القانون الاجنبي عنصر من عناصر الواقع (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون .

يذهب الرأي الراجح الى اعتبار القانون الاجنبي قانونا لا واقعة و يستندون اقوالهم بالنظريات التالية:

اولا : نظرية الحقوق المكتسبة .

يرى هذا الراي ان تطبيق القانون الاجنبي راجع الى كونه قد اكسب الفرد حقا لذا يجب احترام هذا الحق في الدول الاخرى، و لا يكون ذلك او يتبين من خلال تطبيق القانون الاجنبي على المسائل المتعلقة بهذا الحق[1]، و منه فان القاضي يطبق القانون الاجنبي في بلده احتراما منه للحق المكتسب الذي رتبه القانون لصاحب الحق .

[1]– بشور فتيحة: محاضرات في القانون الدولي لخاص، تنازع القوانين محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص القانون الخاص، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2016–2017 ، ص 76.75 .

غير ان هذه النظرية انتقدت على اساس انها غير شاملة، فما هو الحل اذا كان النزاع ليس متعلق باحترام حق مكتسب في الخارج، و انما بإنشاء حق امام القاضي الوطني .

كما انه لمعرفة ما اذا كان الحق قد صار مكتسبا ام لا يجب الرجوع الى القانون الذي اكسبه هذه الصفة ، فيكون معنى هذه النظرية انها تعتبر الحق المكتسب واقعة، في حين يجب بحث صحته كواقعة طبقا للقانون الذي جعله مكتسبا[1] .

ثانيا: نظرية استقبال القانون الاجنبي .

يري اصحاب هذه النظرية ان يطبق القانون على اساس انه يندمج بقانون القاضي الوطني، غير ان فقهاء هذه النظرية اختلفوا حول هذا الاندماج، فمنهم من يرى ان الاندماج يكون ماديا و كليا في القانون الوطني بحيث يصبح جزءا منه ويتم افراغ محتوى القاعدة القانونية الاجنبية داخل قاعدة الاسناد فتصبح هذه الاخيرة قاعدة موضوعية تختص بحل النزاع مباشرة، و بالتالي يكون القاضي ملزم بتطبيقه و البحث عن مضمونه اذ يفترض علمه به، كما يخضع في تفسيره الى رقابة المحكمة العليا[2] ، و منه يصبح القانون الاجنبي في ذات مرتبة القانون الوطني.

غير انه انتقد هذا الراي بعدم امكانية الاندماج المادي، و ذلك انه يؤدي الى مسخ مضمونه الحقيقي . ومنه ظهر الاتجاه الذي يقر بان الاندماج المقصود هو الاندماج الشكلي لا الاندماج المادي، و ذلك ان القاعدة القانونية تظل محتفظة بمعناها و بمقوماتها التي تتمتع بها اصلا في بلادها، غير انه لا يمكن للقاضي ان يستوعب كافة القوانين الاجنبية و لو شكليا .

ثالثا: نظرية التفويض.

---

[1]–علي علي سليمان: المرجع السابق، ص134.

[2]–بشور فتيحة: مرجع سابق، ص 78 .

و يكون تطبيق القانون الاجنبي بمقتضى تفويض من المشرع الاجنبي املته قاعدة الاسناد في قانون القاضي، و منه يحافظ القانون الاجنبي على صفته الاجنبية و يسري بقوة الزامية بوصفه امرا صادرا من مشرع اجنبي بناء على تفويض او انابة صادرة من المشرع الوطني، لكن تعرضت هذه النظرية للانتقاد، و ذلك ان التفويض لا يكون الا بمفوض معين و المنصوص في هذه الحالة غير معين[1] .

و من خلال هذا فان تطبيق القانون الاجنبي باعتباره قانونا يرتب اثارا تتمثل في:

-يطبق القاضي المفروض عليه النزاع القانون الاجنبي من تلقاء نفسه، و يلتزم بالبحث من مضمون هذا القانون .

-إن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه .

يحق للمحكمة العليا ان تراقب التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشان تطبيقه للقانون الاجنبي .

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة .

يرى انصار هذه النظرية ان اعتبار القانون الاجنبي عنصر من عناصر الواقع وهو يتكون من عنصرين:

اولا: عنصر مادي.

يتمثل في مضمون القاعدة القانونية باعتبارها عامة و مجردة .

ثانيا: عنصر معنوي .

يتمثل في الامر بالتنفيذ و الالزام و هو الذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة

---

[1]-علي علي سليمان: مرجع سابق، ص 135 .

انتقد هذا الراي بدوره اذ لا يعقل ان نعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعة و الا ادى ذلك الى تطبيق واقعة (و هو القانون الاجنبي) على واقعة اخرى (و هي وقائع الدعوى المعروضة على قاضي النزاع) و هذا الامر غير معقول، كما ان الفقد المزعوم لعنصر الالزام للقانون الاجنبي عند مغادرته حدود الدولة سيستدره عن طريق قاعدة الاسناد الوطنية الي تامر القاضي الوطني بتطبيقه[1].

و بالرجوع الى موقف القضاء و التشريعات المقارنة من طبيعة القانون الاجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط نجد انا القضاء الفرنسي في قانونه الاول اعتبر القانون الاجنبي كواقعة لا يلزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه، لكن تراجع بعد ذلك و اجاز للقاضي عن مضمون القانون الاجنبي و من ثم الرجوع إلى قاعدة الاسناد التي تتميز بالصفة الالزامية اذا تعلقت الدعوى بحقوق لا يمكن للخصوم التصرف فيها .

اما المشرع التونسي فقد نص عليه في المادة 28 من قانون الدولي الخاص التونسي على ان قاعدة التنازع تعتبر من النظام العام، اذ اشارت الى تطبيق قانون اجنبي و كان موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الافراد، اذ لا يجوز التصرف فيها و هي ليست من النظام اذا كان موضوع الحقوق المتنازع عليها يمكن الاطراف التصرف فيها .

اما المشرع الجزائري فقد نص على القانون الاجنبي في المادة 358 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على انه: " لا يبنى الطعن بالنقض الى على وجه واحد او اكثر من الاوجه التالية: مخالفة القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة "، و منه يعامل القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة كقانون و ليس واقعة، و بناء عليه فان القاضي الوطني يكون ملزما باثارة تطبيقه من تلقاء نفسه [2].

---

[1]–دربال عبد الرزاق: الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة 2010 ، ص 120 .

[2]– دربال عبد الرزاق: مرجع سابق ، ص 130 . 131 .

اذا كان الاشكال يثار بالنسبة لتحديد طبيعة القانون الاجنبي في الزواج، فان تطبيق هذا القانون امام القاضي الوطني يحتاج الى تحديد معرفة اثبات القانون الاجنبي و كيفية تفسيره (المطلب الثاني) .

المطلب الثاني: اثبات القانون الأجنبي المختص و تفسيره.

اذا ثبت مضمون القانون الاجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، كان عليه ان يطبقه على المنازعات المطروحة امامه، و لكن قبل هذه المرحلة ينبغي التعرض الى مسالة قانونية تتعلق باثبات هذا القانون و الوسائل المعتمدة في اثباته (الفرع الاول)، اما الثانية فتتعلق بمسالة تفسير هذا القانون (الفرع الثاني) .

الفرع الاول: اثبات القانون الاجنبي المختص في الزواج المختلط.

لتحديد اثبات القانون الاجنبي على الزواج المختلط، لابد من معرفة اولا على من يقع عبء اثبات القانون الاجنبي، وثانيا ما هي طرق او فيما تتمثل طرق اثباته .

اولا: عبء اثبات القانون الاجنبي المختص.

يقصد باثبات القانون الاجنبي اقامة الدليل على محتواه و بيان احكامه القانونية، و يقع عبء الاثبات سواء على القاضي ام على الخصوم، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 6/358 من قانون اجراءات المدنية و الإدارية و التي يقع فيها عبء الاثبات من طرف القاضي المعروض امامه النزاع وله ان يستعين بعهد الخصوم اذا تعلق الامر بقانون الاسرة [1] و يكون القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي و ذلك ان القانون الاجنبي يعامل معاملة قانون و ليس واقع، حيث انه اذا كان هذا الاخير فان عبء الاثبات يكون على الخصوم، و هذا الاتجاه الاخير هو ما سلكه المشرع التركي، حيث اعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعة مادية يقع عبء اثباتها على عاتق الخصوم و هو الامر كذلك بالنسبة

[1]– رحاوي امينة: مرجع سابق، ص 66 .

للقانون الانجليزي و برروا ارائهم على اساس قاعدة احتياطية افتراضية تقول بوجود توافق بين احكام القانون الاجنبي و احكام القانون الوطني و لو كان هناك اختلاف في مضمون القوانين وكان لاحد الخصوم مصلحة في تطبيقه وجب عليه اثبات هذا الاختلاف و تقديم مضمون هذا القانون الاجنبي الى القاضي[1] على عكس القضاء الفرنسي الذي خول للقاضي تطبيق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه متى ارتبط ذلك بالحقوق التي لا يجوز التصرف فيها.

ثانيا: طرق اثبات القانون الاجنبي المختص .

الواقع ان القضاء يلجأ الى كل وسائل الاثبات الممكنة و الاغلب في العمل ان يتم اثبات القانون الاجنبي بتقديم نصوصه او تقديم شهادة تثبت تلك النصوص.

و هي صادرة عن شخصيات مختلفة كالدبلوماسيين و القناصلة[2]، و تظل كل المعلومات المستفاد بتلك الوسائل خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي و مع ذلك تستبعد و سيلتان هما الاقرار و اليمين اذ انهما تستعملان في مسائل شخصية تتصل بالخصوم لاطلاعهم عليها دون غيرهم، بينما القانون الاجنبي تعرفه الكافة بحسب الاصل [3]، و منه و باستعباد هذين الوسيلتين فانه يكون للقاضي الحرية في اثبات مضمون القانون الاجنبي فيكون له الاتجاه الى كافة الوسائل العلمية التي تمكنه من الوقوف على مضمونه و علميا يتم الاثبات اما عن طريق الشهادة تصدر من الجهات الدبلوماسية او القنصلية للدول الاجنبية [4]، او عن طريق شهادة من المختصين او الخبراء او بواسطة الشهادات العرفية .

كما يمكن الإثبات كذلك عن طريق نصوص القانون الأجنبي و المتمثلة في المؤلفات الفقهية و الأحكام القضائية الصادرة مسبقا في منازعات مشابهة للنزاع المطروح أمامهم للكشف عم

---

[1]– دربال عبد الرزاق: مرجع سابق، ص 127 .

[2]- دربال عبد الرزاق: مرجع سابق ، ص 128 .

[3]– دربال عبد الرزاق :نفس المرجع ، ص 128 .

[4]– رحاوي امينة: مرجع سابق، ص 70 .

مضمون القانون الأجنبي بشرط أن تكون هذه الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقا لقانون أجنبي معين، و كذلك الأمر بالنسبة للإثبات عن طريق الإنابة القضائية و التي تتمثل في طلب السلطة القضائية أو دبلوماسية اتخاذ إجراء معين بغية الفصل في قضية عالقة أمام القاضي الوطني المنيب الذي ليس له القدرة على ذلك .

و من هذا فان إثبات القانون الأجنبي المختص في التشريع الجزائري يكون بكافة طرق الإثبات ماعدا الإقرار و اليمين، و متى تعذر إثبات هذا القانون يتحتم على القاضي الفصل في النزاع على أساس أن هذا الالتزام يقع على عاتقه على المستوى الداخلي.

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي.

إذا ثبت مضمون القانون الأجنبي فيكون للقاضي العمل على تطبيقه، غير انه قد يشوبه غموض يحتاج إلى تفسير، وهذا الأخير هل يخضع لرقابة المحكمة العليا ؟ و هذا ما سنتناوله كالتالي:

اولا: تفسير القانون الاجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط .

لنا إن نتساءل هل يختلف تفسير القانون الأجنبي عن تفسير القانون الوطني بالنسبة للقاضي؟

من هذا التساؤل نجد أن الفقه انقسم إلى فريقين:

حيث يرى جانب من الفقه إلى أن القاضي يفسر القانون الأجنبي وفقا لنفس الأسلوب المتبع في دولة القاضي، أي يقوم بتفسير القانون الوطني بحجة انه ملزم في كلتا الحالتين بالبحث عن نية المشرع و ما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه[1]، غير انه انتقد هذا الرأي

[1]– رحاوي امينة: مرجع سابق ، ص 138 .

على أساس حكمة من التشريع تهدف إلى تقيد القاضي بالحلول القضائية المستقرة في الدولة التي تطبق قانونها حتى و لو لم يكن القضاء مصدرا رسميا للقانون .

و هناك بعض القوانين التي تقيد القاضي بتفسير القانون الأجنبي و فق ما هو مقرر فيه[1]وتخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا وان أحكامه عرضة للنقض والإلغاء إذا اخطأ في تطبيق النص أو تأويل تفسيره وهو ما يتم تناوله كالتالي .

ثانيا: رقابة محكمة القانون على تفسير القانون الأجنبي.

اختلف الفقه في إخضاع تطبيق وتفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا أم لا .فهناك بعض الدول ترفض رقابة المحكمة العليا للتفسير وذلك على أساس أن القانون الوطني طابقه، وذلك أن المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني ويصعب عمليا التكفل بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية[2].

غير أن الفقه الفرنسي المعاصر يرى عكس ذلك، وذلك من خلال تبني مبدأ ضرورة رقابة محكمة النقض لتطبيق القانون الأجنبي وذلك لاعتبارات عديدة. فمن جهة أن الرأي السابق يهدر قيمة قاعدة التنازع الوطنية و الغرض من إقرارها باعتبارها معتمدة لتوفير الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية.وهو ما نص عليه المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي في فصلها 2/34 "يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري بخصوص مدى رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره نستخلصه من نص المواد 358و 360 من قانون الإجراءات

---

[1]-1زروتي طيب: دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 194 .

[2]– زروتي طيب: دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، نفس المرجع ، ص 194 .

المدنية و الإدارية على أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة كقانون و جعل مخالفة القانون الأجنبي احد الأوجه التي يبنى عليها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، كما أن المادة 360 بنصها يجوز للمحكمة العليا ان تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة اوجه للنقض" ومنه للمحكمة العليا ان تثير من تلقاء نفسها وجه الطعن المذكور حتى ولو لم يتمسك به الاطراف[1].

المبحث الثاني:

استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط

هناك عدة حالات يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي نعين لحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، ولكن لمجرد رجوع القاضي الوطني لمحتوى ذلك تتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية والأركان الأساسية والأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد يتضح للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي والذي دلت عليه قاعدة الإسناد قد تثبت له الاختصاص نتيجة تحايل أطراف العلاقة القانونية وتلاعبهم بقاعدة الإسناد الوطنية، وذلك نتيجة إحداث تغيير في ضابط الإسناد بنية الإفلات من أحكام القانون الوطني أو قانون أجنبي آخر مختص أصلا.

فإذا وجد القاضي الوطني نفسه أمام حالة من هاتين الحالتين تعين عليه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي مع النزاع المشتمل على عنصر أجنبي المعروض أمامه، تارة باسم مخالفته للنظام العام الوطني، وأخرى باسم الغش نحو القانون وهو ما سنوضحه في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول:استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام

---

[1]- رحاوي امينة: مرجع سابق، ص 74 .

إذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية على إقليمه، إلا أنه يوجد استثناء عل ذلك، يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص في حالة تعارض مضمون حكم هذا القانون مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي[1] 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 إلى مفهوم النظام العام وما ينتج عنه من آثار.

الفرع الأول: مفهوم النظام العام

سنتطرق في هذا الفرع إلى كل من تعريف النظام العام وكذا شروط وخصائص الدفع بالنظام العام.

1-تعريف النظام والعام

***فقهيا:** عرف النظام العام بأنه: "مجموعة المبادئ الأساسية السائدة في دولة معينة سواء أكانت هذه المبادئ سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية أو أخلاقية".

وقد عرف أيضا بأنه: "عبارة عن الكيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية والرأسمالية...إلخ".

بذلت محاولات عدة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أن الجهود التي بذلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها المنشود، وذلك يرجع لسعة نطاق النظام العام مما يحول دون تحديدها وتعيينها بشكل ثابت، بالإضافة إلى أن

---

[1]- نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص112.

فكرة النظام العام متغيرة تتطور وتختلف من مكان لمكان ومن زمان لزمان[1]، ولذلك ليس هناك مفهوم جامع ومانع لفكرة النظام العام رغم تحديد معالمه التي تدور في معظمها حول كونه مجموعة من القيم التي يؤمن بها المجتمع والخاصة بنظام الحكم في الدولة أو النظام الاقتصادي أو العلاقات الفردية[2].

أما المشرع الجزائري فلم يعرف النظام العام بل اكتفى بالنص في **المادة 24 من القانون المدني كحالة من حالات استبعاد القانون الأجنبي.**

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع لم يحدد المقصود بالنظام العام الذي يستبعد القاضي بموجبه القانون الأجنبي، ويحل محله قانونه الوطني لما له من اختصاص استثنائي، بذلك يكون المشرع قد ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة من أجل تحديد مقتضيات النظام العام وأسسه حسب مفاهيم نظامه القانوني.

2- شروط الدفع بالنظام العام وخصائصه:

رأينا فيما سبق أنه من الصعوبة وضع تعريف دقيق جامع مانع للنظام العام، فهذا الأمر يقتضي البحث في خصائصه، إضافة إلى أنه لا بد من توافر شروط معينة لتكون في إطار الدفع بالنظام العام، وسنقوم بدراسة خصائص الدفع بالنظام العام، ثم نبين شروطه.

أولا خصائص الدفع بالنظام العام:

يتميز النظام العام بخصائص سنقوم بتحليلها وهي:

أ-الطبيعة الاستثنائية:

---

[1] – حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية، والتوزيع، ، مرجع سابق، 184.

[2]– أنظر: دنوني هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي موضوع النظام العام والعلاقات القانونية، عدد05، دراسات قانونية، تلمسان، 2008، ص11.

الدفع بالنظام العام ما هو إلا استثناء على القاعدة الأصلية التي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي[1]، وقد ظهرت هذه الخاصية بعد تطور مفهوم النظام العام الذي أصبح دفعا استثنائيا عاما، يقيد قواعد الإسناد ويستبعد القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقواعد الإسناد في كل حالة يختلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي.

ب- فكرة النظام العام فكرة وطنية:

النظام العام هو: "الوضع الطبيعي للمجتمع" بحيث يعكس المبادئ والأس التي يقوم عليها المجتمع في جيل معين، ولذلك يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى، ويترتب على ذلك أن ما يعد مخالفا للنظام العام في دولة معينة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى مثل: تعدد الزوجات غير مخالف للنظام العام في الدول الإسلامية في حين أنه يعتبر مخالف للنظام العام في الدول الأوروبية.

على الرغم من ذلك توجد بعض المبادئ المشتركة بين أغلبية الدول وكمبدأ الحرية في 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 عام وطني وليس للنظام عام الدولي[2].

ج- فكرة النظام العام نسبية:

هي فكرة ذات طابع نسبي تتسم بالمرونة والتطور، فقد تختلف من دولة لأخرى، بل وقد تتغير من زمان لآخر داخل نفس النظام القانوني وبذلك تمتاز فكرة النظام العام بنسبيتها من حيث الزمان والمكان حيث يترتب على إمكانية اختلاف مبادئ المجتمع بمرور الزمان

---

[1]- محمود لطفي محمود عبد العزيز، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011، ص468-469.

[2]- فاطمة الزهراء زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الدولي الخاص لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010.

أن ما يعد من النظام العام في وقت معين لا يعد كذلك في وقت آخر[1]، وعليه قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 1944/03/22 أن تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر.

وتثير صفة النسبية التساؤل حول وقت تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام وقد اختلفت الآراء بهذا الصدد لكن الرأي الراجح يقضي بتقدير القاضي مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته بوقت رفع الدعوى وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانون محل النزاع.

د- فكرة النظام العام ذات طابع قضائي:

أي أن القاضي هو الذي يحدده مستلهما في ذلك ضمير الجماعة لا ما يراه هو، ثم يخضع بعدذلك لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية يترتب عليها تعطيل قاعدة إسناد وطنية لأن القاضي هو الذي يقدر هل هذه المسألة تتعارض مع النظام العام أم لا؟ وفي هذه المسألة 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 المسألة مرتبطة بالقانون.

هـ- النظام العام هو نظام عام وقائي:

كونه يقوم على مجموعة من الركائز الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية.

وبعد أن انتهينا تبيان خصائص الدفع بالنظام العام ننتقل فيماي يلي إلى تحديد شروط هذا الدفع.

ثانيا: شروط الدفع بالنظام العام

يشترط لجواز الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص توافر شروط قانونية تتمثل في:

---

[1]- نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص154.

1- أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي وسواء ثبت له ذلك بموجب قاعدة الإسناد الوطنية أو بموجب اتفاقية دولية[1].

2- أن يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه متعارض في أحكامه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون دولة القاضي، أي أن يتعارض حكمه مع مقتضيات النظام العام الوطني، على أن مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تخضع السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وهو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا[2].

3- أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت رفع الدعوى: فالعبرة في تقدير مقتضيات النظام العام هي بلحظة الفصل في الدعوى، وعليه إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني ثم كذلك عند رفع الدعوى على أثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فإنه لا يمكن استبعاد تطبيق ذلك القانون.

الفرع الثاني: 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 لا بد من التمييز بين أثرين، أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق، وبين أثره بالنسبة للحقوق المكتسبة.

1-أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق:

نصت المادة (24) فقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

---

[1]- يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة المخبر، القانون الخاص الأساسي، عدد 05، 2008، ص214.

[2]- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص187.

من خلال نص 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 الغرض، وهذا الإحلال قد يتم بطريقة سلبية وقد يتم بطريقة إيجابية[1].

يتضح الأثر السلبي كلما كانت قاعدة النظام في دولة القاضي ناهية فيقتصر دور القاضي عندئذ على استبعاد القانون الأجنبي والقضاء برفض الطلب دون إحلال قانون آخر محله لحكم العلاقة.

مثال ذلك: أن يكون القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة بغير مسلم فهذا الزواج يعتبر باطلا ومخالفا للنظام العام في الجزائر[2]، وعليه يرفض القضاء الوطني هذا الطلب تطبيقا لنص المادة (30) من قانون الأسرة الجزائري.

أما الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام فيتحقق إذا كان القانون الأجنبي يمنع أمرا يجيزه قانون القاضي وكان هذا المنع مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، فإن أثر الدفع بالنظام العام في هذه الحالة يكون ايجابيا لأنه لا يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي وإنما يؤدي كذلك إلى إحلال قانون آخر محله[3].

مثال ذلك: أن يعرض نزاع أمام القضاء الجزائري بشأن صحة زواج أجنبيين من جنسية واحدة يعتبر قانونهما الوطني اختلاف اللون مانع من موانع الزواج ففي هذه الحالة يستبعد القاضي الجزائري تطبيق هذا القانون باعتبار أن مانع اللون مخالفا للنظام العام في الجزائر ويطبق قانونه الوطني الذي يجيز هذا الزواج فيقضي بالتالي صحة الزواج.

وفي كلتا الحالتين يترتب على استبعاد القانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط والمخالف للنظام العام حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد، ففي الحالة الأولى طبق القاضي قانونه الذي يمنع إناء علاقة يجيزها القانون الأجنبي، وفي الحالة

---

[1]– زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، ، مرجع سابق، ص146.

[2]– عيلوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص182.

[3]– عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص المصري، جزء22 ، منشورات زين الحقوقية، لبنان،2009،ص 547،549.

الثانية طبق القاضي قانونه الذي يسمح بنشوء علاقة يمنعها القانون الأجنبي[1]، ويعتبر تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي أكثر الحلول ملائمة لاعتبارات عملية على أساس أنه قانون معلوم ومعروف لدى القاضي مما يجنبه مشقة البحث عن مضمونه، كما أنه يتلاءم أيضا مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية[2].

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

ففي مسألة 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".

فهنا استبعد القضاء الجزائري تطبيق القانون الفرنسي لتعارضه مع النظام العام الجزائري، لأن تثبيت النسب لا يكون إلا بالزواج الصحيح، ومن ثم لا ينسب الولد لأبيه بل لأمه.

يثير استبعاد القاضي للقانون الأجنبي عند تعارضه مع النظام العام إشكالية هامة تتعلق بمدى درجة الاستبعاد، فقد يتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في جزئية معينة فقط.

فهل سيستبعد القاضي الوطني في هذه الحالة القانون الأجنبي برمته؟ أم يستبعد فقط الجزء المخالف للنظام العام؟

---

[1]– زيدون بختة، المرجع السابق، ص 147.

[2]– سعيد يوسف البستاني،القانون الدولي الخاص،طبعة11،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت،لبنان،2004،ص 239.

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 مشرعه[1].

غير أن غالبية الفقه يرى بوجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط، دون بقية الأجزاء الأخرى، التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام لدولة القاضي، إذ نكون بذلك قد احتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية.

وخلافا لذلك التزم المشرع الجزائري الصمت، إذ اقتصر النص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام دون أن يحدد نطاق ذلك الاستبعاد أن يكون جزئيا أو كليا تاركا السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وأمام هذا الغياب نميل إلى الأخذ بالرأي القائل باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط، دون بقيت الأجزاء الأخرى حفاظا على استقرار المعاملات الدولية وازدهارها، غير أنه ومع ذلك إذا كان الجزء المخالف للنظام العام يرتبط ارتباطا وثيقا بالأجزاء الأخرى، بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي باستبعاده دون بقية الأجزاء فلا مناص في هذه الحالة من استبعاد القانون الأجنبي برمته وإحلال القانون الوطني محله إحلالا كاملا.

2-أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة:

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

إن المسألة تختلف باختلاف مدى تعارض الأثر ذاته مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فإذا كانت هذه الآثار هي بدورها تعارض تعارضا صارخا مع مقتضيات النظام العام، ففي هذه الحالة يلعب النظام العام دوره كاملا في استبعاد الحق واستبعاد آثاره.

---

[1]- محمد المبروك اللاقي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي "دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994، ص150.

مثاله: من غير الممكن أن نتصور قبول الاعتراف في الجزائر بآثار الزواج تم في الخارج، بين مسلمة وغير مسلم أي بين شخصين من نفس الجنس لأن ذلك يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تميز بين إنشاء الحق وآثاره.

أما إذا كان الأمر بخلاف ذلك، بان كانت تلك الآثار 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.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد 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 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 تجوز الاحتجاج بآثاره فيها وتعرف هذه المسألة بالأثر الانعكاسي للنظام العام[1].

ومثال ذلك: أبرم زوجان يونانيان زواجهما في الجزائر طبقا للشكل المدني وأراد الاحتجاج بصحته في إحدى الدول العربية، فلا يترتب في ذلك شيء لأن مقتضيات النظام العام السائد في الدول العربية في هذه المسألة متشابهة، حيث أن الزواج فيها نظام مدني، ولكن هذه العلاقة سوف تكون عديمة الأثر، مثلا في بلغاريا لأن قانونها السابق كان يستلزم لصحة الزواج أن يتم في شكل ديني[2].

مما سبق يتبين أن تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، يختلف من قضية إلى أخرى لذلك يتعين على القاضي عند إكماله لنص المادة (24) من القانون المدني

---

[1]– شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقليد، تلمسان، الجزائر، 2017/2016، ص 100–100.

[2]– الطيب زروني، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص287.

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، ممن شأنه أن يضر بالتعاون القائم بين الدول ويهدد المراكز القانونية والمعاملات الدولية[1].

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

يتحقق الغش نحو القانون عن طريق قيام أحد الخصوم بتغيير ضابط الإسناد بهدف نقل الاختصاص التشريعي من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى بغرض التهرب من أحكام القانون صاحب الاختصاص الآلي والذي يحول دون تحقيق رغبات الخصم، والتوصل إلى تطبيق القانون الأنفع الذي يحقق مصلحته الشخصية[2]، كأن يسمح هذا الأخير مثلا بإنشاء علاقة أو مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، أو كان هذه الأخير يتطلب شروط أو إجراءات أكثر شدة أو وقتا طويلا أو جهود كبيرة، أو نفقات أو ضرائب أو رسوم باهظة ولتوضيح ذلك، سنتطرق إلى تحديد مفهوم الدفع بالغش نحو القانون من خلال تعريفه وبيان شروطه، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى آثار الدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون

سنتطرق في هذا الفرع إلى تبيان تعريف الدفع بالغش نحو القانون وشروطه.

1-تعريف الدفع بالغش نحو القانون:

قد تتعارض مصالح الأفراد مع نصوص القانون المختص أصلا بحكم الزواج المختلط وآثاره فيعمدون إلى التحايل عليه لإيجاد مراكز قانونية مصطنعة للخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى تكون نصوصه أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة.

---

[1]- بختة زيدون، مرجع سابق، ص152.

[2]- نادية فوضيل، الغش نحو القانون، طبعة2، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص52.

ويعمد ذو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر العلاقة القانونية كي تصبح خاضعة لقانون آخر غير القانون المختص بحكمها.

ويحدث هذا التغيير في القانون بتغيير الجنسية أو الموطن، فمن حق كل شخص أن يغير جنسيته أو يغير موطنه ويكون عمله قانونيا لا غبار عليه، إذا لم تكن وراءه نية للتحايل على بعض القوانين الآمرة، أما إذا كان المقصود من تغيير الجنسية أو الموطن، الإفلات من القانون الواجب التطبيق فلا يكون للتغيير أي أثر في البلد المراد التحايل على قانونه.

وعليه، يتحقق الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين من خلال التغيير العمدي الإرادي لضابط الإسناد من ذوي المصلحة بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم المراكز القانونية، ومن ثم وضع أنفسهم بشكل مصطنع تحت سلطة قانون آخر يتوافق مع مصالحهم بصورة أفضل[1].

فقد عرف الأستاذ **موسى عبود** الغش نحو القانون بأنه: " استعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهرا ليتمكن من إنجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح بإنجازها القانون المختص، فمن ذلك تغيير الجنسية أو الدين أو الموطن من أجل عرض معين".

بينما عرفه الأستاذ **عبده جميل غضوب** على أنه: " التغيير الإرادي والمقصود لضابط الإسناد بهدف التهرب من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية بإحلال قانون آخر بدلا منه، من شأنه أي من شأن هذا التغيير الإرادي والمقصود تحقيق الغاية التي يحصل التغيير بسببها".

ويتم إعمال الغش نحو القانون في مسائل الزواج المختلط إذا لجأ أحد الطرفين قبل الزواج أو بعده إلى التلاعب في العناصر الواقعية لتحديد القانون الواجب التطبيق ليستبدل

[1]– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص196.

القانون المختص بالقانون الأكثر ملائمة لتحقيق مصالحه كما لو غير ديانته أو موطنه أو جنسيته[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف الغش نحو القانون ولا حتى القضاء أيضا، وقد تبنى نظرية الغش نحو القانون بعد تعديله للقانون المدني سنة 2005 في نص **المادة (24) المعدلة فقرة الأولى**، إلا أنه عرفت نظرية الغش نحو القانون في جل الأنظمة القانونية المعاصرة، كما تبناها فقه القانون الدولي الخاص ومؤتمرات دولية عديدة وأصبحت واحدة من مبادئ القانون الدولي الخاص، كما استقر عليها القضاء الفرنسي منذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ: 1878/03/18 في قضية الأميرة" بودي بوفرمون" "princsse de bouffrement " وملخص القضية يتمثل في أن أميرة فرنسية أرادت التطليق من زوجها بأمير روماني يدعى ببسكو "bibesco" ولكن القانون المطبق عليها لا يسمح فيها بالطلاق فأقدمت الأميرة باكتساب الجنسية الألمانية حيث يسمح القانون بتلبية رغبتها، وحدث ذلك وتزوجت بالأمير الروماني في ألمانيا ولما عادت مع زوجها الجديد إلى فرنسا أبطلت محكمة النقض الفرنسية زواجها الجديد بطلب من الزوج الأول تأسيا على قاعدة الدفع بالغش نحو القانون وحكمت المحكمة بإبطال الطلاق الذي تم في ألمانيا.

وأخيرا نخلص بأن الغش هنا يتمثل في الانطلاق من استعمال وسيلة مشروعة في ذاتها للوصول إلى غاية غير مشروعة وفقا لروح التشريع وأهدافه[2].

2-شروط الدفع بالغش نحو القانون:

المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الشروط في **المادة (24) من القانون المدني**، رغم أن بعض الشروط قد تفهم من خلال ألفاظ النص والبعض الآخر يستنتج من خلال

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص170.

[2]- أحمد دغيش، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني يومي 21، 22 أفريل 2010، بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة، بعنوان تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع وتطور، ص16.

مضمونه، إلا أن الفقه وقضاء 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 وآخر معنوي.

أ-التغيير الإرادي لضابط الإسناد (الشرط المادي):

التغيير الذي يحقق العنصر المادي للغش نحو القانون هو الذي يكون للإرادة دورا في إحداثه، 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 العلاقة 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 نح القانون، وعليه لا تجوز في هذه الحالة الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى.

ب-توافر نية الغش نحو القانون (الشرط المعنوي):

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، ويتمثل في نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به الشخص سليما لا سبيل لإبطاله.

إلا أن بعض الفقهاء رأوا بعدم وجوب التقيد بشرط وجود النية، واعتبار ظروف خارجية، إلا أن المتفق عليه بالأغلبية بين الفقهاء هو الأخذ بهذا الشرط[1].

ثانيا: الشروط المختلف فيها بين الفقهاء للدفع بالغش نحو القانون

تتمثل هذه الشروط في أن يحصل الغش نحو قانون القاضي، وان تكون الأحكام التي يرد الشخص التهرب منها في القانون المختص أحكام آمرة.

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 لمنع الأفراد من مخالفته ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي[2]، وهو ما نادى به الفقهاء وأخذ به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، لكن مع بداية سنة 1961 أصبح يحكم بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية، وقد أيده الفقه الحديث 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.

وقد خرج المشرع الجزائري عن صمته وصابر القضاء الفرنسي في مادته (24) فقرة الأولى، بأن أجاز إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط بل يشتمل مصطلح "نحو القانون" في لغة تفسير النصوص كل القوانين سوا تعلق الأمر بقانون القاضي أم كان قانونا أجنبيا[3].

ب- أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة:

---

[1]- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، طبعة1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، 383.

[2]- بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 193.

[3]- أحمد دغيش، مرجع سابق، ص17.

يرى بعض الفقه أن الغش لا يتحقق إلا إذا كانت أحكام القانون الذي يريد الشخص أن يتهرب من آمرة، أما إذا كانت مكملة فلا يتحقق الغش.

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 صفة 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[1].

الفرع الثاني:آثار الدفع بالغش نحو القانون

اختلف الفقه في الآثار المترتبة عن الدفع بالغش، هل ينصرف الجزاء إلى النتيجة والوسيلة على حد سواء أو يشمل النتيجة غير المشروعة فقط.

للدفع بالغش نحو القانون أثران أحدهما سلبي والآخر إيجابي:

1-شمولية الجزاء للنتيجة والوسيلة معا:

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه "باتيفول" " BATIFFOL" وأيده في ذلك الأستاذ "فؤاد عبد المنعم رياض" والأستاذة "سامية راشد" إلى أن أثر الغش يمس النتيجة والوسيلة على حد سواء[2] فمن غير المتصور حسب هذا الاتجاه تجزئة العمل القانوني والاعتراف ببعض آثاره دون البعض الآخر[3] فما بني على باطل فهو باطل.

فمثلا: إذا قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة قصد الاستفادة من أحكام لا يسمح بها قانون الجنسية الأول، كالتسوية في الزواج بين الذكر والأنثى فيجب أن لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ قانون الجنسية الجديد، وإنما يجب أن يمتد أيضا إلى الوسيلة التي استخدمها هذا الشخص وهي تغيير جنسية، ولكن في حدود الغاية التي أراد الوصول إليها فقط متى

---

[1]- المرجع نفسه، ص17.

[2]- فؤاد عبد المنعم رياض، سياسة راشد الوسيط في القانون الدولي الخاص، جزء2، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص225.

[3]- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافية الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص527.

أمكن تجزئة الآثار المرجوة، أي أن القاضي يتقيد بإبطال الوسيلة المستعملة في حدود الغاية التي يريد الغاش الوصول إليها.

2- اقتصار الجزاء على النتيجة فقط:

ذهب جانب آخر 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 إبتداء، وهذا الرأي الراجح[1]، **فمثلا:** إذا قام الشخص بتغيير جنسيته بغية الاستفادة من أحكام قانون لا يسمح بها قانون جنسيته الأولى، كزواج المسلمة بغير مسلم أو الشوية في الزواج بين الذكر والأنثى، نفاذها لأنها تمت بقصد التحايل على القانون.

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 القاضي من الناحية القانونية هو الحكم بعدم نفاذها في إقليمها[2].

إضافة إلى الحالتين العامتين وهما: الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام على النحو المتقدم بيانه، هناك حالات أخرى لاستبعاد 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 بحالته واحدة تتمثل في

---

[1]- أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص168.

[2]- بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص197.

مسائل الأهلية القانونية إذا كان الأخذ بأحكامها يؤدي إلى حصول أضرار مالية لأحد الوطنيين.

– حالة استبعاد تطبيقه لتعارض مع معاهدة دولية مصادق عليها: وفي هذه الحالة يتم استبعاد القانون الأجنبي لكونه يتعارض مع معاهدة مصادق عليها من فبل 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 القاضي الوطني المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي طالما تمسك الطرف الأجنبي باستبعاد تطبيق قانون بلده عليه لإعتباره غير دستوري[1].

[1]– أحمد دغيش، مرجع سابق، ص27.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما سبق نخلص إلى أنه في حالة ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي بحكم علاقة قانونية أمام القاضي الوطني، فإنه وفقا للمشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي كقانون إذا ارتبط ذلك الأمر بالأمر بالمسائل التي تدخل فيمن قانون الأسرة وهو ما نصت عليه المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإرادية الساري المفعول في فقرتها السادسة، 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 بالقبض 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 قانونا، لا واقعة.

أما فيما يخص عبء إثبات القانون الأجنبي المختص فإن المشرع قد جاء فحوى المادة (358) السالفة الذكر والتي تعامل القانون الأجنبي المتعلق بالمسائل الشخصية معاملة القانون، أما إذا تعلق الأمر يغير ذلك من المسائل فهو يعامله معاملة الوقائع.

ومن ثم فإن القاضي يكون ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، أما إذا ارتبط الأمر من المسائل، فلا يكون ملزما بالبحث عن مضمونه ولا يقع عليه عبء إثباته.

وفي حال تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص فقد نص المشرع الجزائري في المادة (23) مكرر من القانون المدني الجزائري على تطبيق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، ومنه إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي مختص يتعين على القاضي الرجوع إلى أحكام القانون الوطني وتطبيقها، أي إذا تعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية والتي منها الزواج، فعلى القاضي تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري، كلما ثبت الاختصاص لصالح قانون أجنبي وتعذر الكشف عن أحكامه بكل وسائل الإثبات.

كما أن الخطأ في تطبيق قاعدة يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه أخطأ في تطبيق القانون الوطني ويكون ذلك نتيجة للخطأ في تفسيره، ومنه فإن المشرع الجزائري ساوى بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الأسرية (الشخصية)، 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 وفقا لنص المادة (358) الفقرة السادسة السالفة الذكر.

وبعد قيام القاضي بجميع الخطوات السابقة قد يستبعد تطبيق القانون الأجنبي، وذلك في حالتين هما: إذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في دولة القاضي، أو أنه ثبت له الاختصاص نتيجة تحايل أطراف العلاقة في إثبات الاختصاص له عن طريق الغش، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة (29) من القانون المدني.

خاتمة

وفي ختام دراستنا لموضوع الوضع القانوني للزواج المختلط في ظل تنازع القوانين نستنتج ان قواعد القانون الدولي الخاص تلعب دورا مهما في حل مجمل الاشكالات التي يثيرها الزواج في حالة وجود عنصر اجنبي في الرابطة الزوجية و ذلك الى الاعمال بقانون معين يسمى بضابط الاسناد .

والمشرع الجزائري على غرار اغلب التشريعات عمل بهذه القاعدة حيث نظم قواعد الاسناد الخاصة بالزواج المختلط في المواد 11. 12و13 من القانون المدني فقد اسند الشروط الموضوعية للزواج المختلط لقانون الجنسية المشتركة ما بين الزوجين ، بينما اسند الشروط الشكلية لقانون محل إبرام عقد الزواج، اضافة الى نصه على ضوابط الاسناد الاحتياطية قد تحكم هذه الشروط وتتمثل في قانون الجنسية المشتركة، قانون الموطن المشترك، و القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج.

مع توافر هذه الشروط وتم ابرام عقد الزواج صحيحا فانه بطبيعة الحال ينتج اثارا تتمثل في الاثار الشخصية والاثار المالية واخضعها المشرع الجزائري الى ضابط اسناد واحد ويتمثل في قانون جنسية الزوج وقت ابرام عقد الزواج.والملاحظ في هذه المسالة ان المشرع الجزائري لم يفرق بين الاثار الشخصية و الاثار المالية وأخضعهما لظابط اسناد واحد وهو ما يؤدي الى تجميد القانون الوطني للزوج وقت انعقاد الزواج خاصة في حالة ما اذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج او اذا غير الزوجان جنسيتهما، اذ يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، فمن غير الممكن تطبيق قانون جنسية الزوج السابقة و القديمة على أثار الزواج المستقبلية.

اذا تم الزواج لابد الى الانتقال الى مرحلة تطبيق القانون المختص وهو ما ادى الى وجود عقبات تحول دون أعمال القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط وذلك في حالة تعارض مبادئ و أسس القانون الوطني مع مبادئ و أسس القانون الأجنبي، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على

حسب ما إذا كان هذا الأخير يدخل ضمن مفهوم قانون الأسرة أو يخرج على أحكامه وهو ما اعتبره المشرع الجزائري على أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط من القوانين المتعلقة بالأسرة فانه يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية وهو الأمر الذي يؤدي بالقاضي إلى إثابته في حالة تطبيقه و إخضاعه لرقابة المحكمة العليا إذا ارتكب أي خطا أو أي مخالفة في تطبيقه،و الملاحظ في هذه المسالة ان المشرع لم ينص صراحة على إلزامية قواعد الإسناد مع غياب النصوص القانونية المتعلقة بتطبيق القانون الأجنبي أو بعملية إثباته أو طرق تفسيره حيث اكتفى بنص المادة 335 من ق.ا.م.ا فقط وهي غير كافية، كما انه في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لا يكون إلا في حالتين وهي حالة الدفع بالنظام العام و الدفع بالغش نحو القانون فقط

و من خلال هذا يمكن القول ان معالجة المشرع الجزائري لإشكال تنازع القوانين في مسائل الزواج المختلط كانت نسبية ومنه على نقترح ما يلي :

توضيح المشرع موقفه من طبيعة القانون الأجنبي .

تدارك النقص من حيث تطبيق القانون الأجنبي على الشروط الموضوعية للزواج في حال اختلاف الزوجين في الجنسية وذلك بالنص على قاعدة إسناد واضحة.

تغير الوقت الذي يعتد به في تحديد قانون جنسية الزوج فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية.

النص على إلزامية قاعدة الإسناد بحيث يلتزم القاضي بتطبيقها كلما تبين وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية المعروضة علي.

قائمة المراجع

قائمة المصادر و المراجع.

1-المصادر.

القران الكريم برواية ورش

2-المراجع.

اولا:الكتب.

1. احمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، طبعة01،دار قنديل للنشر التوزيع ،الاردن.2010.
2. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص،طبعة01 ،دار النهضة العربية ، مصر.2003.
3. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القانين،الجزء01، طبعة 10،دار الهومه الجزائر.2008.
4. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص،جزء11، الجنسية، دار النهضة العربية.1997.
5. الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقانين العربية، جزء01، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، بدون طبعة .سنة 2008.
6. الطيب زيروتي،القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، تنازع القوانين، الجزء01، طبعة 02، مطببعة المسيلة،الجزائر.2008.
7. الطيب زيروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومه للطباعة، النشر و التوزيع.الجزائر.2016.
8. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء01، طبعة 06، الجزائر.2010.
9. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين ، منشأة المعارف .الاسكندرية.2005.

10. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان .الاردن.1997.

11. حفيظة السيد حداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، طبعة 01، لبنان.2004.

12. رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج ، دراسة في اطار التشريعات العربية ، دار الجامعة العربية الجديدة، الاسكندرية .مصر.2010.

13. سعيد يوسف الساني، القانون الدولي الخاص،طبعة11.بيروت .لبنان.2004.

14. صلاح الدن جمال الدين، مشكلات ابرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.2010.

15. عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدينة واجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومه للطبعة والنشر و التوزيع. لبنان 2008.

16. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، جزء22، منشورات زين الحقوقية، لبنان،2009.

17. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة44، ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون.الجزائر.2008.

18. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، طبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون.الجزائر.2011.

19. عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء01، طبعة03، دار هومه للطباعة و النشر. الجزائر.2011.

20. عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الاول. النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن. دار العلوم للنشر و التوزيع .عنابة .2010.

21. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، النشر،دمشق .سوريا2011

22. فؤادعبد المنعم رياض، لوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، جزء02 ،دار النهضة العربية.1996.

23. كريمة محروق، احكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع دراسة مقارنة الطبعة الاولى .قسنطينة 2019.

24. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر و التوزيع، الاسسكندرية. مصر 2006.

25. موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، جزء11 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.2008.

26. نادية فضيل، الغش نحو القانون، طبعة02، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع

27. الجزائر.2005.

28. نسرين شريفي و سعيد يوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري. تنازع القوانين، الجنسية، طبعة01.دار بلقيس للنشر والتوزيع.الجزائر.2013.

29. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية . مر 2003.

ثانيا : الرسائل و المذكرات الجامعية.

1-باللغة العربية.

أ- رسائل الدكتوراه.

1- محمود لطفي محمود عبد العزيز، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس .مصر .2011.

2-باللغة الفرنسية.

cf.de bevotteRené de la règle(locus regit a ctum net des conflit des – lois relative a frome des actes en droit maritime.thesedocorat librairie marescqaine. Paris 1895.

ب- مذكرات الماجستير والماستر.

1. دربة امين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق ، بن عكنون.جامعة الجزائر 01. 2012-2013.

2. زلاشي بشرى، الزواج المختلط ، اشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده واثاره، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، بن عكنون. جامعة الجزائر .2001-2000.

3. مرزوق تاسعديت و بوسحاس زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.قسم القانون الخاص ، جامعة اكلي محند اولحاج. البويرة. .2016/05/01.03

4. امينة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد.تلمسان .2011-2010

5. اية منصور صونية، علوش ردية، تنازع القوانين في الزواج المختلط وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة عين الرحمان ميرة. بجاية.2017-2018.

6. بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد. تلمسان 2010-2011.

7. يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجا النسب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون خاص ، جامعة ابي بكر بلقايد. تلمسان 2009-2010.

ثالثا: المقالات.

1. احمد دغيس، حالات استبعاد تطبيق القانون الاجنبي المختص بحكم النزاع امام القضاء الجزائري، مداخلة مقدمة في اطار ملتقى وطني ، جامعة ورقلة ، يومي 21-22 افريل 2010.
2. عبد الكريم بلعيور، النظام القانوني للزواج المختلط و قواعد الاسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري، كلية الحقوق بن عكنون.الجزائر
3. فتيحة يوسف، النظام العام و العلاقات الاسرية في القانون الدولي الخاص ، مجلة المخبر، القانون الخاص الاساسي ، عدد 05. 2008.
4. هجيرة دنوني ، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي ، موضوع النظام العام و العلاقات القانونية ، عدد05 ، دراسات قانونية، تلمسان، 2008.
5. يوسف مسعودي ، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مداخلة في الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، جامعة بجاية، يومي 23-24 افريل 2014.

رابعا: المطبوعات الغير منشورة.

1. بدر شنوف، محاضرات في القانون الدولي الخاص ملقاة على طلبة السنة الثالثة شريعة و قانون ، غير منشورة ، كلية العلوم الاجتماعية و الانسانية، جامعة الوادي .2012-2013.
2. فتيحة يوسف، محاضرات في القانون الدولي الخاص .تنازع القوانين ملقاة على طلبة السنة الرابعة، غير منشورة ، كلية الحقوق، تلمسان، مطبوعة لسنة2008.

خامسا: النصوص القانونية.

1. الامر رقم: 70-20 المؤرخ في 19 افريل 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل و المتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 اوت 2014.

2. الامر رقم 84-11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 يتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالامر 05-02 المؤرخ في 27 افريل 2005.

3. القانون رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل و المتمم بالامر 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

4. الامر رقم 75-58 المؤرخ في سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

الفهرس

الفهرس

Contents

مقدمة: ..... أ

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط 1

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج 2

المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط 3

الفرع الأول: القاعدة العامة والإستثناءات الواردة عليها.....5

الفرع الثاني: الصعوبات التي تثيرها قاعدة الغسناد المتعلقة بالشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج المختلط.....11

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية 17

الفرع الأول: تحديد القانون المطبق على الشروط الشكلية للزواج المختلط.....17

الفرع الثاني: تحديد نطاق القانون المختص بحكم الشروط الشكلية للزواج المختلط.....26

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج المختلط 28

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط.....28

الفرع الأول:. تحديد نطاق الاثار الشخصية للزواج المختلط.....29

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الاثار الشخصية.....33

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الاثار المالية لعقد الزواج المختلط. 38

الفرع الاول: تحديد نطاق الاثار المالية للزواج المختلط.....39

الفرع الثاني:. القانون الواجب التطبيق على الاثار المالية للزواج المختلط.....41

خلاصة الفصل الأول 45

الفصل الثاني: مركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط امام القضاء الوطني 47

المبحث الأول: معاملة القضاء الوطني للقانون الاجنبي المختص في مسائل الزواج المختلط 47

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقانون الاجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط 48

الفرع الاول: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون.....48

الفرع الثاني: تطبيق القانون الاجنبي باعتباره واقعة.....50

المطلب الثاني: اثبات القانون الأجنبي المختص و تفسيره 52

الفرع الاول: اثبات القانون الاجنبي المختص في الزواج المختلط.....52

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي.....54

المبحث الثاني: استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط.....56

المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام 56

الفرع الاول: مفهوم النظام العام.....57

الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام.....61

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون 66

الفرع الأول: الدفع بالغش نحو القانون.....66

الفرع الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون.....71

خلاصة الفصل الثاني:.....74

خاتمة 76

قائمة المصادر و المراجع.....79

الفهرس 86