جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

تنازع القوانين في الزواج المختلط

مذكرة تخرج ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في الحقوق – تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالب (ة):
الـــهام ديـــــدي

تحت إشراف الأستاذ:
بدر شنوف

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الجامعة	الصفة
د/بدر الدين حيزوم مرغني	جامعة الشهيد حمه لخضر -الوادي	رئيسا
أ/بدر شنوف	جامعة الشهيد حمه لخضر -الوادي	مشرفا و مقررا
أ/إبراهيم ديدي	جامعة الشهيد حمه لخضر -الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2015-2016

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى
وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ
اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾

الأية 13 من سورة الحجرات

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى والدي العزيز أطال الله في عمره.....

إلى والدتي الكريمة أدام الله بقاءها.....

إلى إخوتي الأعزاء

(دلال،محمد المشري، أماني، سمية، عبد الحكيم، عائشة، خديجة)

إلى جميع أفراد عائلتي

إلى السيد "بوتي رضا" على ما قدمه من يد العون والمساعدة

إلى كل موظفي وعمال ثانوية حنكة علي المقرن وعلى رأسهم

السيد "عمار مليك"

إلى جميع صديقاتي كل واحدة باسمها

(سليمة،ليلى،أسماء،زينب،عفاف،نعيمة،وردة،وسيلة،وحيدة،جمعة،حليمة)

إلى الطاقم الإداري والعلمي والطلابي للكلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة حمه لخضر بالوادي

إلى جميع طلبة دفعة ثانية ماستر قانون أسرة 2016

إلى كل باحث وطالب علم، أهدي ثمرة جهدي

شكر وتقدير

أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل "بدر شنوف" على تكرمه بقبول الإشراف على هذا العمل المتواضع، وعلى ما أفادني به من علمه وخبرته وتوجيهاته القيمة ونصائحه الوجيهة

كما لا أنسى كل الأساتذة الكرام الذين قدموا لي يد العون والمساعدة، فلهم مني كل التحية والتقدير

كما أتقدم بكل الشكر و الامتنان إلى السيد" فايزي عبد السلام"، على ما قدمه من يد العون والمساعدة، فله مني فائق الاحترام و التقدير.

مـــقـــــــدمـــــــــــة

كانت الدول في السابق تأخذ بمبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق، حيث تسري قوانينها على كل العلاقات التي تتم فوق إقليمها، سواء تلك التي تنشأ بين وطنييها، أو بين وطنييها والأجانب المقيمين على إقليمها، فلا تقبل بأي حال من الأحوال تطبيق القوانين الأجنبية على اعتبار أن ذلك يمس بسيادتها.

ولكن التطور الهائل لوسائل الاتصال نتج عنه تزايد كثيف في حركة تنقل الأشخاص والأموال، وبالتالي تزايد حالات دخول الوطنيين والأجانب في علاقات قانونية، الوضع الذي فرض على الدول التخفيف من غلواء مبدأ إقليمية القوانين، والقبول تدريجيا بتطبيق القوانين الأجنبية فوق إقليمها تحت ضغط مبدأ المعاملة بالمثل.

وهو ما أدى إلى ظهور نوع جديد من العلاقات القانونية تتضمن عنصر أجنبي، ونظرا لكون القانون ضرورة تحتمها ظروف الجماعة وحياة المجتمع لما يضمنه من تنظيم لعلاقات الأفراد عن طريق قواعده التي تبين ما لكل منهم من حقوق وما عليه من واجبات وتمنع أي تداخل بين المصالح وتجنب الفوضى.

ولكون العلاقات المتضمنة عنصر أجنبي تتصل بعدة دول، فإذا ثار نزاع بشأنها وطرح الأمر على القضاء الوطني يشكل تنازعا بين القوانين 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.

فتواجد الأجنبي على أرض الدولة والاعتراف له بمجموعة من الحقوق، لاسيما منها الحقوق المدنية كحق الزواج الذي نصت عليه المواثيق الدولية ومثالها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إذ تنص المادة (16) منه على أن:" للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج".[1]

[1]– المادة 16 من الإعلان العالمي للحقوق الإنسان . اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د.3), المؤرخ في 10 كانون الأول الموافق 10 ديسمبر 1948 .

وقد يبرم الأجنبي عقد زواجه مع أحد مواطني الدولة التي يقيم فيها، أو أحد مواطني دولة أخرى لا يحمل جنسيتها على إقليم الدولة التي يقيم فيها، فإن هذه العلاقة يتسلل إليها العنصر الأجنبي في أشخاصها، وذلك لكون أطراف العلاقة مختلفي الجنسية مما يضفي على العلاقة وصف" الزواج المختلط"، فيظهر أكثر من قانون ممكن للتطبيق عليها.

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

ويظهر تنازع القوانين في مسائل الزواج في مناسبات عديدة حسب كل نزاع، فقد يظهر عند انعقاده أو في آثاره، وعليه فإن التنازع بين 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 أولهما تعيين القانون الواجب التطبيق وثانيهما تطبيق هذا القانون على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

وفي كل الأحوال 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.

أهمية الموضوع

تكتسي دراسة موضوع تنازع القوانين في الزواج المختلط، أهمية بالغة من ناحيتين، الأولى نظرية تتمثل في تباين التشريعات في تنظيم الزواج المختلط باعتباره من أهم مسائل الأحوال الشخصية وأفسح الروابط العائلية مجالا لتنازع القوانين وذلك لاعتبارات اجتماعية ودينية وخلقية يقوم عليها، والثانية عملية تظهر من خلال تدخل القاضي عن طريق التكييف

وتحكمه فيما 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 آثاره على أرض دولة أخرى، وما يزيد في تعقيد ذلك هو تعدد واختلاف القوانين الشخصية أو الإقليمية في بعض الدول.

أسباب اختيار الموضوع

- إن الدخول في دراسة أكاديمية في مجال تنازع القوانين وفي أهم موضوع من موضوعاته ناتج عن أسباب دفعتنا لاختياره، والتي منها أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فالأولى تتمثل في الميول الشخصي للمواضيع التي تدخل ضمن القانون الدولي الخاص إضافة إلى حب التعمق في موضوع الزواج المختلط لما له من إمكانية إفادة الغير في حال الاستشارة القانونية، أما الثانية فهي متعددة نذكر منها:

- كثرة حالات الزواج المختلط بين الوطنيين والأجانب، خاصة بين الجزائريين والفرنسيين.
- الإطلاع على موقف التشريعات المقارنة وكيفية ضبطها لتنظيم تنازع القوانين في الزواج المختلط.
- كثرة القضايا المعروضة على المحاكم والتي موضوعها الزواج المختلط.
- المساهمة ولو بالقليل في تحقيق التراكم المعرفي في موضوع الزواج المختلط.

وكأي بحث علمي فقد واجهتنا بعض الصعوبات، من بينها الكم العلمي الهائل في هذا الموضوع الأمر الذي يؤدي إلى تشويش الذهن، بالإضافة إلى صعوبة الربط بين الأفكار للأخذ بجميع الآراء والأحكام بصورة مختصرة، وكذلك ضيق الوقت الذي يؤثر سلبا على الدراسة.

أهداف الدراسة

نهدف 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 القاضي 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.

إشكالية الموضوع: يثير موضوع البحث إشكالية رئيسية تتمثل في:

- ما هي الوسائل القانونية التي وضعتها التشريعات لفصل القاضي الوطني في نزاعات الزواج المشتملة على عنصر أجنبي؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية سؤالين فرعيين هما:

- **ما هو القانون الذي نطبقه على انعقاد الزواج المشتمل على عنصر الأجنبي؟.**
- **ما هي العوائق التي تواجه القاضي أثناء الفصل في نزاعات الزواج المشتملة على عنصر أجنبي؟.و ما هي الحلول التي وضعها المشرع الجزائري للتصدي لذلك؟.**

تقسيم الموضوع

للإجابة على الإشكاليات المطروحة، ستكون دراستنا في فصلين أساسيين يخصص الفصل الأول إلى القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط، بينما يخصص الفصل الثاني إلى مركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القاضي الوطني.

منهج الدراسة

سوف نتبع في بحثنا هذا المنهج التحليلي عن طريق تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، ونستعين بالمنهج المقارن عند مقارنة القوانين المتقاربة مع نظامنا القانوني وما جاءت به الاجتهادات القضائية المقارنة في هذا المجال.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط

إن علاقة الزواج المشوبة بعنصر أجنبي، تثير إشكالاً فيما يتعلق بتحديد القانون الذي ينظم هذه الرابطة القانونية، إذ تتنازع القوانين ذات الصلة حول حكم هذه الرابطة، سوءا تعلق الأمر بانعقادها أو بآثارها، ويتم حل مشكلة تنازع القوانين هنا بتطبيق قواعد قانونية فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، بإعطاء الأولوية للقانون الأنسب من بين القوانين المتنازعة، وذلك استناداً إلى ضابط أو معيار شخصي الذي قد يكون الجنسية أو الموطن، والتي اصطلح الفقه على تسميتها بـ: قواعد الإسناد أو التنازع.

ولانعقاد الزواج صحيحا لا بد من توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية لا تخضع بالضرورة لقانون واحد، ولتحديد ما يدخل في نطاق هذه الشروط أو تلك يتوقف على عملية التكييف، التي 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.

وإذا ما انعقد الزواج المختلط – طبقاً لتلك الشروط – صحيحاً، فإنه ينتج آثاره 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.

وعليه سندرس في هذا الفصل، القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج المختلط في المبحث الأول، وسنبين القانون الواجب التطبيق على آثار هذا الزواج في المبحث الثاني.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط

من الناحية اللغوية الزواج لفظ مشتق من أصل "زوج" التي تعني الاقتران والازدواج فيقال زوج بالشئ وزوجه إليه إذا قرنه به، وتزاوج القوم وازدوجوا أي تزوج بعضهم بعضا، والمزاوجة والاقتران بمعنى واحد، زوج المرأة: بعلها، وزوج الرجل: امرأته. ويقال أيضا: هي زوجته فالزواج لغة من الاقتران والمخالطة، وهو أيضا النكاح، وقد وردت مادة "زوج" في القرآن الكريم واحدا وثمانين مرة[1].

أما من الناحية الاصطلاحية فقد عرفه بعض الفقه بأنه: "عقد يفيد حلة استمتاع كل من العاقدين بالآخر على وجه مشروع"، وعرفه آخرون بأنه: "عقد وضع للتملك بالأنثى قصداً"، ويترادف الزواج مع النكاح وهو عبارة عن: "عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة بالوطء والمباشرة، إذا كانت المرأة محلا للعقد عليها بأن لم تكن من محارمه"، أو هو: "عقد انضمام وازدواج بين الرجل والمرأة"[2].

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة الرابعة من قانون الأسرة بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[3].

ويكون الزواج وطنيا إذا تم بين رجل وامرأة يتمتعان بنفس الجنسية ففي هذه الحالة سوف يخضع للقانون الوطني، أما إذا تم بين رجل وإمرأة مختلفي الجنسية فإننا نكون بصدد ما يصطلح عليه الفقه بـ: "الزواج المختلط" الذي يعرفه على أنه: "هو الزواج الذي ينعقد بين

---

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

[2]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3]– قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 جوان1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 27 فيفري2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،عدد31، سنة 2006.

زوجين من جنسيتين مختلفتين، ويعتبر هذا النوع من الزواج وسيلة لاكتساب الجنسية، والزواج المختلط يؤثر فقط في جنسية الزوجة ولا أثر له على جنسية الزوج"[1].

وعليه إذا تم الزواج بين زوجين مختلفي الجنسية فإنه يثير تنازعا بين قانون الزوج وقانون الزوجة، الأمر الذي يتطلب اللجوء إلى قواعد التنازع لحل هذا الإشكال.

وبالرجوع لتلك القواعد 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 يحتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في 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

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 أركاناً، بينما يعتبر البعض الآخر بعض الأركان شروطاً، إلا أنه قبل الشروع في الحديث عن الشروط الموضوعية للزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليها، لا بد وأن نمر على مقدمة الزواج وهي الخطبة باعتبارها مرحلة تمهيدية لازمة تسبق الزواج، ومنه سنحدد القانون الواجب التطبيق على الخطبة في الفرع الأول، والقاعدة العامة والاستثناء الذي يحكم الشروط الموضوعية في الفرع الثاني والثالث، ثم نتطرق إلى الصعوبات التي تثيرها قاعدة الإسناد الوطنية المتعلقة بالشروط الموضوعية أمام القاضي الوطني.

[1] – هيثم الفقي، "الزواج المختلط"،(http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.phpt=8489)، تم الاطلاع عليه يوم الأحد: 2016/04/10، على الساعة الرابعة مساءا.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج

يبدأ الزواج عادة بمقدمات تسمى بالخطبة، وقد تباينت التشريعات في تحديد طبيعتها القانونية، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ومنه سنقوم بدراسة القانون الواجب التطبيق على الخطبة في التشريعات المقارنة، ونحدد القانون الواجب التطبيق عليها في التشريع الجزائري كالتالي:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الخطبة في التشريعات المقارنة

اعتبرت بعض التشريعات الخطبة حادث متعلق بالحياة الخاصة للأفراد دون إضفاء طبيعة قانونية عليها، ومن ثم لم تفرد لها قواعد إسناد خاصة كما هو الحال في القانون المصري والقانون السوري والأردني، واعتبرها البعض الآخر وعدا بالزواج وحدد لها شروطا شكلية وموضوعية وكذلك الآثار المترتبة عند العدول عنها، وأفردت لها قاعدة إسناد خاصة بها، ومن بين هذه القوانين القانون الكويتي، والقانون التونسي[1].

كما أن لتكييف الخطبة أثر بالغ، حيث أن تكييفها يختلف من قاضي إلى آخر وبالتالي اختلاف قواعد التنازع التي تحكمها، ومن ثم يختلف القانون الواجب التطبيق عليها، وقد انقسم الفقه إلى اتجاهين لتحديد القانون الذي يسري على الخطبة، فالأول اعتبرها بمثابة عقد ملزم، ولا يمكن للأطراف العدول عنها وفي حالة العدول يسأل عن ذلك مسؤولية عقدية، وقد أخذ بذلك كل من التشريع الألماني والانجليزي، وبالتالي تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد[2].

كما يرى جانب من الفقه بإخضاع الخطبة لقانون جنسية الخاطب قياسا على الزواج، أي تخضع لقانون جنسية الخاطب وقت الفسخ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الكويتي في نص المادة (35) من القانون رقم: 05 الصادر في: 14 فبراير 1961، غير أننا لا نساير هذا

[1]– رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 35.

[2]– أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، العدد الرابع، جانفي2011، ص 237.

الرأي إذ أنه ساوى الخطبة بالزواج وأخضعها لنفس قاعدة التنازع، كما أنه جعلها عقدا ملزما مثل عقد الزواج[1].

أما الاتجاه الثاني اعتبر الخطبة مقدمة للزواج وليس لها أي أثر ملزم فهي مجرد وعد بالزواج وليست عقدا، وبالتالي لا يرتب عليها التزامات قانونية في ذمة الخاطبين، وقد أخذ بهذا الاتجاه كل من القضاء الفرنسي والمصري.

حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "العدول عن الخطبة قد يرتب المسؤولية بشرط أن يقترن العدول بخطأ تقصيري"، وبالتالي فهي ليست التزام والعدول عنها لا يرتب أي أثر، لكن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول يسأل الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية[2].

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الخطبة في التشريع الجزائري

لم يفرد المشرع الجزائري قاعدة تنازع خاصة بها وساير المشرع الفرنسي والمصري، واعتبرها وعدا بالزواج في صريح المادة (05) من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "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[3]، ومن ثم فإن الخطبة طبقا للمشرع جزائري وعدا، فهي لا ترقى إلى مرتبة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار الزواج، ولكن إذا أدى العدول عنها إلى أفعال ضارة فيمكن مساءلة الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية، ونطبق قاعدة التنازع التي تخص الالتزامات الغير تعاقدية، المنصوص عليها في المادة (20) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى.

[1]– أمين درية، مرجع سابق، ص 237.

[2]– أمين درية، المرجع نفسه، ص 238.

[3]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في26 سبتمبر1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالقانون05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد44 ، سنة 2005.

أما إذا انتهت الخطبة وتوجت بالزواج واشتملت العلاقة الزوجية على عنصر أجنبي أثار ذلك تنازعا بين القوانين، يكون على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج صحيحا ومستوفي لكافة الشروط.

الفرع الثاني

خضوع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط لقانون الزوجين كأصل عام

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

أولا: 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 يقوم عليها[1].

وهذه الشروط الموضوعية يطلق عليها فقهاء الإسلام "أركان الزواج"، وقد اختلفوا في تحديدها، فمنهم من حصرها في ركني الإيجاب والقبول كالحنفية، وهناك من حصرها في ثلاث: الصيغة والمحل والولي، وآخرون قالوا بقيام الزواج على أربعة أركان هي: الصيغة، الولي، الزوج والزوجة، الصداق كالمالكية، وقد امتد هذا الاختلاف إلى التشريعات العربية باعتبار أن الفقه الإسلامي مصدر لتشريعاتها، حيث أخذ بعضها بمذهب واحد والبعض الآخر دمج بين عدة مذاهب[2]، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري، الذي حصر الزواج في ركن واحد هو الرضا والباقي جعلها شروطا، وهو ما نص عليه في المواد (09) و(09 مكرر) و(25) و(26) و(27) من قانون الأسرة الجزائري.

هذا، ونشير إلى أن مسألة تحديد طبيعة الشرط وتصنيفه هي مسألة مرتبطة بالتكييف يبقى للقاضي المعروض عليه النزاع كامل السلطة في تقديرها.

---

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

[2]– رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 50، 51.

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

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[1].

وهناك من أسندها لقانون موطن الزوجية كالقانون الانجليزي وقوانين الدول الاسكندينافية 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 لعقد الزواج، مما جعل بعض الفقهاء يقترح إسنادها للقانون الشخصي للزوجين، وذلك استنادا للمادة الثالثة في فقرتها الثالثة من القانون المدني الفرنسي التي تنص على: "القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين 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) من القانون المدني المصري التي تنص: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين"[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 استثناءً، فقد أسند الشروط الموضوعية لعقد الزواج المختلط لقانون جنسية الزوجين والذي وصفه بالقانون الوطني لكل من الزوجين[3]، وذلك في نص المادة (11) من

[1]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 11، 12.

[2]– أمين دربة، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله – دراسة مقارنة –" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص" كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010–2011، ص 17، 18.

[3]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 13.

القانون المدني الجزائري المعدلة التي نصت على: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يحدد الوقت الذي يُعتد به لتحديد قانون جنسية الزوجين، لكن مع ذلك المنطق يقتضي أن يتحدد ذلك بوقت انعقاد الزواج لأنه الوقت الذي يُنظر فيه لمدى توافر تلك الشروط، ويظل هذا القانون محتفظا باختصاصه مهما غير الزوجين أو أحدهما جنسيته لاحقاً، إذ يبقى الزواج خاضعاً فيما يتعلق بصحته لقانون الجنسية القديمة طالما أنه نشأ صحيحاً في ظلها[1].

هذا من جهة، ومن جهة ثانية لقد أثار نص هذه المادة ومثيلاتها في القوانين المقارنة جدلاً فقهياً حاداً فيما يتعلق بكيفية تطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج إذا كانت مختلفة بين القانونين، فانقسم الفقه بشأنها على رأيين، أحدهما يرى بضرورة التطبيق الجامع لتلك الشروط، والآخر يقول بالتطبيق الموزع لها.

1- التطبيق الجامع

ينادي أصحاب هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، ومن ثم فإن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا استوفى كل طرف الأحكام التي يسنها قانونه الوطني والأحكام المنصوص عليها في قانون الطرف الآخر[2].

وفرضاً، 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، ويبرر هذا الاتجاه الفقهي ما ذهب إليه من منطلق المساواة بين القانونين حتى لا يكون لأحدهما امتياز على الآخر[3].

وقد أنتقد هذا الاتجاه لأنه يقلل من حالات انعقاد الزواج المختلط صحيحا، لأنه بمجرد تخلف شرط من الشروط لا ينعقد الزواج.

---

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

[3]– أمين دربة، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله – دراسة مقارنة –، مرجع سابق، ص 19.

[3]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 14.

2- التطبيق الموزع

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يكفي أن تتوافر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يُلزمه بها قانونه الوطني[1]، أي أن كل زوج يستوفي الشروط التي يتطلبها قانونه على انفراد دون ارتباطه بالطرف الآخر، وذلك على أساس أن قانون كل دولة موضوع لحماية وطنييها فلا داعي إذن لتطبيقه على غيرهم[2].

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

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

وقد أضاف الفقه الألماني إذ ميز بين الموانع الفردية والتي تخص الشخص والموانع ذات الطابع المزدوج والتي تخص الزواج في حد ذاته، بالنسبة للحالة الأولى يكون اللجوء إلى التطبيق الموزع للقوانين المتواجدة، أما الحالة الثانية يكون اللجوء إلى تطبيق الجامع، على هذا الأساس وجب تصنيف هذه الموانع في إحدى الفئات.

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

وقد استقر القضاء الفرنسي على التطبيق الموزع، إلا أنه كان يستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج، نظرا لخطورتها ولأنها تحمي الرابطة الزوجية في حد ذاتها[3]، ومنه ما حكمت به محكمة استئناف باريس حين اعتبرت التعدد من الموانع المزدوجة، فأبطلت زواج

[1]- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين -، ج1، ط3، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 216.

[2] - بدر شنوف، مرجع سابق، ص 76.

[3]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 15.

فرنسية مع كمروني متزوج على الرغم من أن قانونه يبيح التعدد، فطبقت بذلك القانون الوطني للزوجة الفرنسية تطبيقا جامعا.

كما أخذ المشرع الكويتي بهذا الاتجاه في نص المادة (36) من القانون الكويتي رقم: 05 لسنة 1961 التي جاء فيها: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج كالأهلية وصحة الرضا وشروط الخلو من موانع الزواج إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية، فإن اختلفت وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته"[1].

ومن ثم فإنه لا يمكن الأخذ بالتطبيق الموزع أو التطبيق الجامع بشكل مطلق، وهو الرأي الراجح فقها وقضاء الذي ينظر إلى نوعية الشرط محل التطبيق، فإن 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 من هذه المسألة فإنه بالرجوع إلى نص المادة (11) من قانون المدني الجزائري لا نجد أية إشارة لذلك، لكن بالرجوع إلى المادة (97) من الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية[2]، 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، ودليل ذلك ما جاء في نص المواد (32) و(34) من قانون الأسرة والتي تقضي ببطلان عقد الزواج إذا اشتمل على مانع من موانع الزواج، كما أن المادة (31) من قانون الأسرة الجزائري نصت على أنه: "لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم" والذي يعد مانع من موانع الزواج.

وقد قضت محكمة المدية في هذا الشأن قائلة: "حيث أنه مع افتراض وجود هذا الزواج فإن عقده سواء كان عرفيا أو رسميا يقع باطلا غير منعقد، عملا بما هو مقرر شرعا من أنه

[1]– رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 70.

[2]–الأمر رقم 70–20المؤرخ في 19 فبراير 1970المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم:14–08 المؤرخ 09 أغسطس 2014.

يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا، ومنها زواج المسلمة بغير المسلم وبالتالي إذا حدث هذا فإن القاضي ملزم بالتفريق بينهما"[1].

الفرع الثالث

الاستثناء الوارد على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

القاعدة العامة هي خضوع كل زوج إلى قانونه الوطني الذي يحدد الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج[2]، هذا بالنسبة للدول التي تأخذ بذلك ومنها القانون الجزائري، إلا أن لكل قاعدة استثناء، والاستثناء الوارد على قاعدة خضوع الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين، هو تطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد طرفي العلاقة الزوجية وطنيا وقت انعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة إلى قانون جنسية كل من الزوجين، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة (13) من القانون المدني، التي نصت على: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (11) و(12)، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

طبقا لذلك فإنه إذا كان أحد طرفي العقد جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج، فإنه يطبق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج، إلا شرط الأهلية فإنه يخضع لقانون جنسية كل من الزوجين، على أساس أن المشرع الجزائري خص الأهلية بقاعدة إسناد خاصة هي المادة (10) الفقرة الأولى من ذات القانون، التي تقضي بخضوعها لقانون جنسية الشخص سواء تعلق الأمر بأهلية الزواج أو غيرها.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذا الاستثناء لا يستفيد منه الطرف الجزائري إلا إذا عرض النزاع على القاضي الجزائري، أما إذا عرض على قاضي أجنبي فإن هذا الاستثناء يكون قليل الفعالية ولو كان أحد الزوجين أجنبيا وقت إبرام الزواج، إذ سوف يلجأ القاضي إلى التطبيق

[1]– كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 217، 218.

[2]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 17.

الموزع لشروط الزواج الموضوعية بين جنسية الزوجين إذا كانت قاعدة الإسناد في قانونه مماثلة للمادة (11) من القانون المدني الجزائري، ولا يأخذ بالاستثناء المذكور[1].

وإذا تقرر أن القانون الجزائري هو المختص بموجب المادة (13) من قانون المدني جزائري، فإن قانون الأسرة الجزائري هو الذي يحدد الشروط الموضوعية وقد نصت عليها المواد (09) و(09 مكرر) و(25) و(26) و(27) منه.

ويستخلص منها أن عقد الزواج يشتمل على الرضا والأهلية والصداق والشهود والولي وخلو الزوجين من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة، ويجب أن تتوافر هذه الشروط لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية.

وعلى العموم متى كان القاضي الجزائري مختصا بالنظر في النزاع المرتبط بمدى صحة عقد الزواج من حيث توافر شروطه الموضوعية، فإن تطبيق القاعدة العامة أو الاستثناء قد يثير صعوبات أمامه.

الفرع الرابع

الصعوبات التي تثيرها قاعدة الإسناد المتعلقة بالشروط الموضوعية أمام القضاء الجزائري

عند عرض نزاع يتعلق بالزواج مشتمل على عنصر أجنبي على القاضي، فإن ذلك يتطلب منه تحديد القانون المرشح لحكم هذا النزاع من بين القوانين المتنازعة، وذلك من خلال رجوعه إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني.

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

أولا: الصعوبات الناجمة عن الفئة المسندة (إشكال التكييف)

الفئة المسندة هي مجموعة من المسائل القانونية المتقاربة والمتشابهة والتي خصها المشرع بضابط إسناد، ولأن تجميع المسائل القانونية في فئة مسندة يتم بالاعتماد على أسس

[1] – بدر شنوف، مرجع سابق، ص 77.

فنية وأهداف تشريعية تختلف من دولة لأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف في مضامين ومسميات الفئات المسندة من قانون إلى آخر، فعند عرض النزاع ذو العنصر الأجنبي على القاضي فعليه البحث في مسألة أولية أساسية، وهي تحديد طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع وإدخالها ضمن صنف قانوني معين، ويطلق على هذه العملية بـ: "التكييف"، الذي عرفه فقهاء القانون الدولي الخاص بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين، لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية، لكي يسند حكمها إلى قانون معين"[1].

وإن كان التكييف عملية ضرورية في جميع فروع القانون الداخلي سواء كانت النزاعات مدنية أم جنائية أم إدارية أو غيرها، وهي هنا عملية لازمة لمعرفة موضوع النزاع تمهيدا لتطبيق الحكم الموضوعي اللازم على النزاع المعروض على القاضي، فإن هدف التكييف في القانون الدولي الخاص هو تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع وذلك لأجل ردها إلى إحدى الطوائف القانونية التي خصها المشرع الوطني بقاعدة إسناد، ومن ثم تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع[2].

فإن كان التكييف موجود حتى في القانون الداخلي إلا أنه لا يثير أي إشكال بالنسبة للقاضي، لأن القواعد المطبقة ضمن نظام قانوني واحد، بينما في القانون الدولي الخاص، فالتكييف تعترضه جملة من العوائق تعود إلى تباين الدول في تحديد الأوصاف القانونية للنظم والمسائل المتشابهة، فهو ليس متماثلا في كل الدول، حيث يختلف من دولة إلى أخرى، فما يُعد وفقا لقانون دولة ما من الشروط الموضوعية للزواج قد يعد وفقا لقانون دولة أخرى من الشروط الشكلية، كما قد يختلف تكييف المسألة القانونية الواحدة من دولة لأخرى ومن قانون لآخر.

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

[2]– سامي بديع منصور، الوسيط في القانون دولي خاص، ط1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1994، ص 174.

والرأي الراجح فقها وقضاء هو أن يتم التكييف طبقاً لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري 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 من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخضع التكييف لقانون القاضي، كما يتضح أنه حصر التكييف طبقا لقانون القاضي في التكييف الأولي الذي هدفه تبيان القانون الواجب التطبيق، بما يفيد استبعاده للتكييفات اللاحقة التي لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي وتدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص[1].

ولكن بعد تصدي القاضي لعملية التكييف، يعترضه إشكال آخر يتعلق بضابط الإسناد، وهو سنتناوله الآن.

ثانيا: الصعوبات الناجمة عن ضابط الإسناد

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

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

وعلاوة على ذلك فإن الشخص قد يكون متمتعا بجنسية معينة عند إبرام عقد الزواج، لكن أثناء النزاع حول هذا العقد نجده يتمتع بجنسية أخرى، فيجد القاضي صعوبة في الجنسية

[1]– سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 174.

التي يعتد بها لتحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد، فهل يطبق قانون الجنسية القديمة، أو قانون الجنسية الجديدة؟.

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

1– حالة تعدد الجنسيات

في الحالة التي يتمتع فيها الشخص الواحد بعدة جنسيات، فإن الفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني ميزت بين فرضين:

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

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

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 بالنسبة للزوج بالجنسية الجزائرية فقط وفقا لنص المادة (13) السالفة الذكر، وذلك لأن أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج.

[1]– سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 274.

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

- **الفرض الثاني:** وهي حالة إذا لم تكن من بين الجنسيات جنسية دولة القاضي فهنا لا مجال للمفاضلة بين الجنسيات ويتم اللجوء للحلول الفقهية التي تقضي إما باختيار الجنسية التي تتفق في أحكامها مع قانون دولة القاضي، أو ترك الحرية لصاحب العلاقة أو اختيار الجنسية الأقدم أو الأحدث[1].

ولكن الراجح هو الرجوع إلى الجنسية التي تكشف الوقائع على ارتباط الشخص بها أكثر من غيرها وذلك بتغليب القاضي لها[2]، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده يأخذ بقانون الجنسية الحقيقية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها إذا كانت جميع الجنسيات أجنبية وفقا لمادة (22) في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري.

2- حالة انعدام الجنسية

أما انعدام الجنسية والذي يطلق عليه بالتنازع السلبي فإن الرأي الراجح هو إسناد الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون الموطن، وقد ذهب إلى هذا الرأي الكثير من التشريعات الوطنية ومنها المشرع الجزائري في نص المادة (22) في فقرتها الثالثة بنصها: "في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة"، وفي حالة تعذر تعينهما فإن العرف الدولي استقر على تطبيق قانون القاضي.

3- حالة التنازع المتحرك

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

[1]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 20.

[2]- المرجع نفسه، ص 21، 22.

إن هذه المشكلة يكون عن طريق المفاضلة بين القوانين المتنازعة، والمشرع الجزائري وضع حل للتنازع الثابت حين وضع قواعد إسناد محددة مثل تفضيل قانون جنسية عن قانون الموطن وإجراء مفاضلة بين قانون جنسية الزوج الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا[1].

فمثلا لو طرح نزاع أمام القاضي الجزائري حول إبرام عقد زواج فرنسي مع مغربية، غير أن الفرنسي لم يتمتع 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 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، بينما ترتبط الثانية بحالة ما إذا أشرت قاعدة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

1- الصعوبة المتعلقة بنطاق القانون المسند إليه

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

وتتحقق الإحالة عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص ثم تشير قاعدة الإسناد في هذا الأخير إلى تطبيق قانون دولة القاضي أو تطبيق قانون دولة

[1]- أمينة رحاوي، المرجع السابق، ص 22، 23.

أخرى، ففي الحالة الأولى نكون بصدد الإحالة من الدرجة الأولى أما في الحالة الثانية فنكون بصدد الإحالة من الدرجة الثانية[1].

غير أن المشرع الجزائري يأخذ فقط بالإحالة من الدرجة الأولى ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية، وهذا طبقاً للمادة (23 مكرر1) من القانون المدني على:" إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

فلو أراد انجليزيين إبرام عقد زواجهما في الجزائر وكانا متوطنان بها، ورجع القاضي الجزائري إلى قواعد الإسناد للقانون الانجليزي، ووجدها تحيل إلى تطبيق قانون الموطن، فإنه يطبق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لإبرام عقد زواجهما في الجزائر، بينما إذا كانا متوطنان في فرنسا مثلا فلا يطبق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الفرنسية باعتبار أن القانون الفرنسي قانون الموطن، وإنما يقتصر تطبيقه على القواعد الداخلية للقانون الانجليزي دون تلك الخاصة بتنازع القوانين[2].

2- صعوبة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع

هناك إشكال آخر يرتبط بالقانون المسند إليه، وهو إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون دولة تتعد فيها الشرائع تعددا إقليميا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، أو تعددا طائفيا كما هو الحال في لبنان ومصر[3].

وقد عالج المشرع الجزائري هذا الإشكال في المادة (23) من قانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى التي نصت على أنه في حال التعدد الإقليمي أو الطائفي، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه".

---

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

[2]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 25، 26.

[3]- كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 110.

ويلاحظ على هذا النص أنه يعالج مسألة الإحالة الداخلية أو التفويض، ومن ثم يتكفل القانون الأجنبي المختص بتوزيع الاختصاص التشريعي داخليا، ويحدد الشريعة الواجبة التطبيق (إقليمي أو طائفي) التي ينتمي إليها الشخص إذا قام قانون تلك الدول بتحديد الشريعة الواجبة التطبيق في قانونها الداخلي[1].

وفي حالة عدم تحديد قانون تلك الدول للشريعة الداخلية واجبة التطبيق، فإن المشرع الجزائري أعطى الحل في نص المادة (23) في فقرتها الثانية من القانون المدني بنصها: "إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

فطبقا لهذا النص إذا عرض نزاع على القاضي جزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج لبنانين فإن القانون اللبناني هو الذي يحدد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق نظرا للتعدد الطائفي في لبنان، أما إذا لم يوجد نص في هذا الشأن فإن المشرع الجزائري أشار على القاضي بتطبيق التشريع الغالب في لبنان.

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[2].

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).

[1]– الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية – تنازع القوانين –، ج1, مطبعة الكاهنة، 2000، ص 147.

[2]– حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 109.

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 لقانون بلد القنصل أو السفير إذا أبرم العقد أمامه.

أولا: الأصل العام الذي يحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط والضوابط الاحتياطية

سندرس في هذه الجزئية القاعدة العامة التي تحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط و القواعد 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، وقد أخذت بذلك العديد من التشريعات منها القانون المصري والكويتي والتونسي واللبناني والسوري والعراقي وقوانين الدول الأوروبية كفرنسا وايطاليا والنمسا وألمانيا وتركيا وانجلترا وأمريكا ومنها من اعتبرتها ملزمة ومنها غير ذلك.

وفي مصر يأخذ الزواج أشكال محلية متعددة، فهناك الشكل الرسمي المقرر لزواج المصريين المسلمين، ومن ثم يختص المأذونون بتوثيق عقود الزواج المبرمة بينهم ،أما غير المسلمين المتحدي الطائفة فيختص بزواجهم الموثقون المنتدبون[1].

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

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

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

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 لهم 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 للقانون 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 القضاء السني والجعفري الصادر في تموز لسنة 1962 انه 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

[1]–عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 257، 258.

الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج "[1] ويفهم من ذلك أن المشرع التونسي جعل قاعدة مكان إبرام احتياطية في حالة عدم اتحاد جنسية المتعاقدين[2].

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 التي ستحدد بموجب مرسوم"ومن ما يلاحظ على هذه المادة أنها لم تنص على زواج الجزائرية من أجنبي [3].

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[4].

---

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

[2]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 30.

[3]– كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 220.

[4]– المرجع نفسه، ص 221.

2- الضوابط الاحتياطية التي تحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط

قد يخضع الزواج من حيث الشكل لقانون الجنسية المشتركة في حال إتحاد الزوجين في الجنسية، سوى كانت الدول تقر بإلزامية قاعدة خضوع الشكل إلى لمحل إبرام عقد الزواج أو كان ذلك اختياري، لأن معظم الدول تسمح بإبرام رعاياها زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها، وقد أخذت بهذا الضابط العديد من الدول العربية والغربية[1].

ففي مصر يجوز أن يخضع شكل الزواج لقانون جنسية الزوجين، وإذا اختلفت جنسية الزوجين يتعين إبرام الزواج في الشكل المقرر في قانون كل منهما، ويعتبر الشكل الدبلوماسي أو القنصلي من الأشكال الوطنية لكل من الزوجين، ومن ثم يجوز للأجانب في مصر أن يبرموا زواجهم لدى جهاتهم القنصلية متى كانت قوانين الدول التابعة لها تخول لها هذه السلطة، أما إذا اختلفت جنسية الزوجين فانه يتعين عقد الزواج في كل من قنصلية الزوج 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 احدهما عل الأقل مصري بشرط الحصول على إذن من وزير الخارجية[2].

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[3]، 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.

---

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

[2]- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 258.

[3]- فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 218، 219.

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

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

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

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

والمادة (97) من القانون ذاته نصت على حالة الزواج المختلط: "على أن يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، غير أنه إذا كانت

[1]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 34.

الزوجة أجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيحدد المرسوم".

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

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

وقد منحت المادة (97) للأعوان الدبلوماسيين والقناصل عقد زواج رعايا دولهم في الجزائر شريطة أن تسمح دولهم بذلك، ومن ثم فإن المشرع الجزائري عند إخضاع شكل الزواج لقانون جنسية أحد الزوجين التي تتفق مع جنسية القنصل قد خالف المادة (19) السالفة الذكر[1].

ويثير الزواج بهذه الطريقة مشكلتان تخصان مدى الاحتجاج به في دولة محل الإبرام وفي دول الممثل الدبلوماسي، فالأول يتوقف ما إذا كان قانون محل الإبرام يعترف بهذا الاختصاص لسلك الدبلوماسي الأجنبي مثل القانون الألماني الذي لا يسمح بذلك[2]، 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 زواج رعاياهم ولكن لا يعترف به إذا كان أحد الزوجين أجنبيا أو فرنسيا، في حين توجد دول أخرى لا

[1]– بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري –تنازع القوانين –، ج1، ط10، دار هومة،الجزائر، 2008، ص 246.

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

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 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 ".

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، ص 116.

[2]- علي علي سليمان، مذكرات في قانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، 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 للقانون الذي يحكم التصرفات القانونية أي قانون محل إبرام التصرف، وهي قاعدة إلزامية مؤداها انه لا يجوز إبرام الزواج إلا في الشكل الذي يحدده قانون دولة إبرام الزواج، ومثال ذلك القانون الأمريكي.

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

[1]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 27.

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 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 للقانون الشخصي للزوجين[3].

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

---

[1]– رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 73.

[2]– المرجع نفسه، ص 74.

[3] – بدر شنوف، مرجع سابق، ص 80.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط

كقاعدة عامة، العقود حينما تنشأ صحيحة مستوفية جميع شروطها الموضوعية والشكلية، ترتب وتنتج أثارا قانونية، ونفس الشئ يقال بالنسبة لعقد الزواج باعتباره أنبل رابطة قانونية اجتماعية فمتى انعقد صحيحا نتجت عنه آثار تتمثل في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

ويقصد بآثار الزواج، الحقوق والالتزامات التي تترتب عليه، وما دامت رابطة الزواج رابطة قانونية واجتماعية، فإن آثارها تستند إلى أسس قانونية وأخلاقية ودينية، قوامها الاحترام المتبادل بين الزوجين والإخلاص والتعاون بقصد تكوين أسرة.

وتنقسم أثار الزواج إلى آثار شخصية، يعبر عنها بحقوق وواجبات الزوجين، وآثار مالية تخص تنظيم أموالهما، وتسمى في التشريعات الغربية بالنظم المالية للزوجين.

وإن أثار الزواج المختلط سواء كانت مالية أو شخصية قد لا تخضع لنفس القانون الذي يحكمها وقد تثير مشكلة تنازع القوانين، ومن هنا تظهر أهمية البحث عن القانون الواجب التطبيق على كل منهما.

وسنقوم بدراسة ذلك في مطلبين الأول سنعالج فيه القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط والثاني سنشرح القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط .

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط

الآثار الشخصية تتمثل في مجموعة الحقوق والواجبات الملقاة عل عاتق الزوجين، وقد تكون هذه الحقوق ذات صبغة شخصية بحتة ومثال ما تقره الشريعة في حق الزوجة على زوجها في حسن المعاشرة ، وآثار شخصية ذات طابع مالي كحقها في النفقة الزوجية.

إن من أهم الآثار الشخصية المترتبة عل حالة الزواج هي إثبات نسب المولود إلى والده، وقد اتفق الفقهاء بأن نسب من أمه ثابت في كل الأحوال بسبب الحمل والولادة سواء كانت شرعية أو غير شرعية، أما نسب الولد من أبيه فسببه الشرعي هو الزواج، والنسب الشرعي هو إلحاق الولد بأبيه دينا وقانونا، ويبنى عليه الميراث وينتج عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات الأبوة والبنوة، أما النسب الغير شرعي فلا يرتب عليه من ذلك شئ إطلاقا[1].

وتعد الجنسية المكتسبة أيضا من بين أهم الآثار الشخصية التي رتبها القانون على الزواج المختلط لأنها تمنح للشخص الأجنبي على أساس زواجه من جزائري أو جزائرية وتحتاج إلى إعلان رغبته في التمتع بها فهي لا تفرض عليه وإنما ترجع إلى اختياره ورغبته وإرادته[2].

ولكي نتعرف على القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط يستوجب علينا أولا معرفة مضمون هذه الآثار وسنقوم بتحليل ذلك في الفرع الأول، ثم معرفة قواعد التنازع التي تحكمها في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مضمون الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط

بمجرد أن يتم الزواج الصحيح بين الرجل والمرأة وإتمام الدخول يرتب ذلك أثارا منها ما يتعلق بالحقوق ومنها ما يتعلق بالواجبات كالمحافظة على الروابط الزوجية والتعاون على مصلحة الأسرة والنفقة وغيرها من الحقوق والواجبات.

كما أن من أثار الزواج النسب وفق ما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري، والنسب يثبت به الزواج الصحيح كما يثبت بالزواج الفاسد، فالزواج الصحيح هو الذي تم وفق أحكام الشريعة الإسلامية أي توفره على كامل الشروط والأركان المنصوص عليها في أحكام المادة التاسعة وما يليها من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر، إضافة إلى النسب والحقوق

[1]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 188.

[2]– إبراهيم بزاف، القواعد الخاصة بعقود الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، "مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية"، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2012–2013، ص 107.

والواجبات الزوجية يضاف إلى الزواج المختلط كأثر ثالث زيادة عن الزواج العادي وهو اكتساب الجنسية والذي لابد من توفر شروط لاكتسابها[1].

ومن ثم تكمن الآثار الشخصية للعقد الزواج في ثلاثة آثار وهي الحقوق والواجبات بين الزوجين والنسب الشرعي واكتساب الجنسية كأثر للزواج.

أولا: حقوق وواجبات الزوجين

هناك بعض المسائل تدخل في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين ولا تثير أي مشكل كواجب إخلاص الزوجين لبعضهما البعض وواجب طاعة الزوجة لزوجها، وفي مقابل نجد هناك حقوق وواجبات صعبة التكييف منها النفقة فالرأي الراجح في الفقه يكيفها على أنها اثر شخصي للزواج ولا تدخل ضمن الآثار المالية على رغم من طابعها المال وذلك لأنها تعتبر حق احتباس الذي يمارسه الزوج على زوجته وقد اخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي في قضية شموني،كما نصت المادة (37) من القانون الكويتي رقم: 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بصريح العبارة على أن النفقة من الآثار الشخصية للزواج[2].

أما المشرع الجزائري فقد حدد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في نص المادة(36) من قانون الأسرة والتي تتمثل في:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

[1]– يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 28، 29.

[2]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 37.

ومن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين أيضا النفقة وإقامة الزوجة مع زوجها و واجب الوفاء والتعاون والإخلاص بينهما وأن تطيع الزوجة زوجها، وأن تنتقل معه حيث ينتقل[1].

وقد أجازت المادة (37) من ذات قانون للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق بشان الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري لم ينص صراحة ولا ضمنا على اعتبار النفقة أثر شخصي أو مالي للزواج، وإنما أثر للزواج فحسب دون تخصيص في أي من الآثار تتدرج، ومنه إذا كان تكييف النفقة من الآثار الشخصية للزواج، فإنها ستتدرج حتما ضمن حقوق وواجبات المتبادلة بين الزوجين.

وقد ذهب إلى هذا المشرع الفرنسي في قانونه المدني وذلك في المواد من: (212) إلى (226) منه على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، والتي من بينها ما جاء في نص المادة(213) منه والتي تحث الزوجين على العمل معا من اجل إدارة و تسيير شؤون الأسرة.

ثانيا: النسب الشرعي

تقوم قواعد النسب على حقيقة الإنجاب فليس هناك سوى وسيلة واحدة وهي الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة ومن ثم وضعت القوانين لتنظيمها، فالمرأة التي تضع مولودا لا مجال للشك بأن يكون ولدها، كما أن الولد الذي يوضع في ظل علاقة زوجية قائمة هو ابن الزوج والزوجة حقيقة ولا مجال يدعو للشك ما لم يقم دليل على عكس ذلك.

ومتى وضع الطفل من بطن أمه، قد تكون بنوته شرعية، كما أنها قد تكون طبيعية، فالبنوة الشرعية يقصد بها انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج، أما البنوة الطبيعية فناتجة عن علاقة غير شرعية[2].

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 73.

[2]– محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي –، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 146.

ومن خلال هذا نلاحظ أن البنوة الشرعية هي المقصودة بآثار الزواج الشخصية دون غيرها كما أن واقعة الزواج وحدها لا تكفي لإثبات النسب من جهة الأب بل لابد من إمكانية الاتصال بين الزوجين حتى ينسب الولد لأبيه، وقد نصت المواد(40) إلى(45)من قانون الأسرة الجزائري على النسب، فجاءت المادة (40) بمايلي " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32) و(33) و(34) من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ".

ثالثا: اكتساب الجنسية بالزواج المختلط

لقد استحدث المشرع الجزائري طريقا جديدا لاكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط الذي لم يكن ينص عليه الأمر رقم: 86/70 المؤرخ في: 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائري[1]، وبذلك واكب اغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بالنظرية المعاصرة لاستقلال الجنسية في العائلة[2].

وبموجب أحكام المادة (09 مكرر) من قانون الجنسية المعدل بموجب الأمر رقم: 01/05 المؤرخ في: 2005/02/27، حيث ظهر المشرع الجزائري أقل تشددا، ومن ثم جعل الأصل أنه لا أثر للزواج على جنسية الأجنبي، بحيث يبقى محتفظا بجنسيته الأصلية، ولكن يحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقا للشروط التي يقررها قانون الزوج بخصوص التجنس.

وفيما يخص أثار الزواج المختلط على جنسية الزوجة، تبنى المشرع في ظل هذا الأمر مبدأ احترام إرادة المرأة واستقلال الجنسية في الأسرة، كما حاول تدارك بعض الفراغ التشريعي القائم إذ راعى مصلحة الطفل من عدة نواحي، إلا أنه جعل ذلك كأثر من أثار تجنس احد الوالدين تلقائيا[3].

[1] – قانون رقم 70–86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1790 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم:05–01 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[2]– صلاح الدين جبار، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في قانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11، ص 145.

[3]– المرجع نفسه، ص 145.

ولقد ظهرت عدة اتجاهات فقهية في مدى تأثير الزواج على جنسية كل من الزوج والزوجة فهناك اتجاه ينادي بوحدة جنسية الأسرة ويرى أن الزواج لا يؤثر على الجنسية، واتجاه مختلط يرى تأثير الزواج على الجنسية لكن وفق شروط أخرى إلى جانب الزواج.

فالاتجاه الأول يرى أنه يجب على الزوجة أن تأخذ جنسية زوجها لأنه كلما توحدت جنسية الأسرة أدى ذلك إلى تحقق وحدة النظام القانوني الذي يحكم الروابط العائلية التي يكون ضابط الإسناد فيها هو قانون جنسية الزوج و ليس قانون جنسية الزوجين، و في حالة توحيد جنسية الأسرة يمكن تفادي كل الصعوبات والمشاكل المترتبة عن تنازع القوانين في حالة تعدد جنسية أفراد الأسرة.

أما الاتجاه الثاني فينادي بمبدأ استقلالية جنسية الأسرة، فبعد أن تراجع الاتجاه الأول ظهرت أفكار أخرى في نهاية القرن العشرين مع بروز الحركة النسوية التي نادت بضرورة المساواة بين المرأة والرجل في كل الحقوق والواجبات وطالبت باستقلال جنسية المرأة عن جنسية زوجها باعتبار أن الزوجة إنسان لها إرادة مستقلة وتتمتع بالحرية الكاملة في اختيار جنسيتها لذلك يجب أن تؤخذ إرادتها بعين الاعتبار وأن تحترم حريتها ولا تفرض عليها جنسية لا تريدها[1].

وهناك اتجاه ثالث والذي جمع بين الاتجاهين السابقين فاخذ بمبدأ الاستقلال في الجنسية ابتدءا وفي نفس الوقت بوحدة جنسية الأسرة إنتهاءا، لذلك فالزواج وحده لا يكفي لاكتساب الزوجة جنسية زوجها والعكس، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري المادة التاسعة مكرر من قانون الجنسية المعدل بموجب الأمر رقم: 01/05، ويرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة الأخذ بإرادة الأفراد في الجنسية المكتسبة ولا يجوز أن تفرض عليهم، بل يجب أن يكون ذلك مبنيا على إرادة صاحب الشأن، لذلك فالزواج لوحده لا يؤثر في جنسية الزوج أو الزوجة إلا إذا رغب أو رغبت في ذلك وفق شروط قانونية محددة.

وقد نصت المادة (9 مكرر) السالفة الذكر على انه:"يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توافرت الشروط التالية:

[1]– عبد الكريم بلعيور، محاضرات في قانون الجنسية على ضوء التعديلات الجديدة، الجزائر، 2009، ص 86 إلى 90.

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس.
- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر لمدة عامين على الأقل.
- التمتع بحسن السيرة والسلوك.
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.
- يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج.

وما يلاحظ أن المادة جعلت أن لا أثر للزواج على جنسية الأجنبي بحيث يبقى محتفظا بجنسيته الأصلية، ولكن يحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقا للشروط التي يقرها قانون الزوج المتعلقة بالتجنس[1].

وما يجرى به العمل في أغلبية الدول، أن أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجين محدود الفاعلية، فهو غالبا مجرد ظرف مخفف لشروط التجنس العادي خاصة تخفيف مدة الإقامة للتجنس بهدف تحقيق وحدة الجنسية داخل الأسرة الواحدة، وفي حالة بقاءها مختلفة يبقى الهدف من الأسرة منقوص نظرا لتوزع الولاء السياسي لدولتين.

ومن ناحية القانونية توحيد الجنسية في الأسرة هو قبل كل شئ وسيلة لتوحيد النظام القانوني لها في مسائل الأحوال الشخصية التي تسندها غالبية الدول إلى ضابط الجنسية فتصبح العلاقة الزوجية يحكمها قانون واحد بدل من قانونين واللذان قد يكونا متعارضين، كما أن توحيدها يؤثر إيجابا على الأولاد[2].

فقانون الجنسية الفرنسي يمكن أجنبي ذكرا كان أو أنثى الذي أبرم زواجا مع طرف فرنسي، بعد عامين من إبرام الزواج من اكتساب الجنسية الفرنسية شريطة استمرار قيام الزوجية بتاريخ التصريح بين الزوجين واحتفاظ الطرف الفرنسي بجنسيته[3].

[1]– صلاح الدين جبار، مرجع سابق، ص 147.

[2]– حسن محمد الهداوي، اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مجلة الحقوق العدد الثاني،1977، ص 56.

[3]– الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية – دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي –، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 172.

وعلى كل حال فإن اكتساب الجنسية بالزواج لا يثير مشكل في تنازع القوانين، فقانون الدولة التي يراد التمتع بجنسيتها هو الذي ينظم إجراءات التجنس، وذلك لأن الجنسية مرتبطة بالسيادة الدولة فهي تمنحها لمن يريدها متى توفرت فيه الشروط التي يحددها قانونها.

ومن ثم فإن الدراسة في الفرع الثاني ستكون خاصة بقواعد التنازع التي تحكم الحقوق والواجبات الزوجية والتي تحكم النسب.

الفرع الثاني

قواعد التنازع التي تنظم الآثار الشخصية للزواج المختلط

يختلف القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط باختلاف الأثر ومن ثم سنقوم بدراسة قواعد التنازع الخاصة بالحقوق والواجبات الزوجية أولا والتي تحكم النسب ثانيا.

أولا: قواعد التنازع الخاصة بحقوق وواجبات الزوجين

لقد اختلفت التشريعات العربية والغربية في تحديد القانون الذي يحكم أثار الزواج الشخصية والتي من بينها الحقوق والواجبات بين الزوجين، فمن بين التشريعات العربية القانون المصري حيث نجد أنه وضع قاعدة إسناد واحدة خاصة بآثار الزواج دون أن يفرق بين الشخصية و المالية فقد نصت المادة (13) من القانون المدني المصري على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها،بما في ذلك من اثر بالنسبة إلى المال"[1].

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع المصري أراد أن يخضع جميع أثار الزواج إلى نظام قانوني واحد.

وقد عالج المشرع المصري مشكلة محتملة الوقوع تتعلق بتغيير الزوج لجنسيته في الفترة ما بين إبرام عقد الزواج وبين رفع الدعوى المتعلقة بالآثار، ومن ثم تطبيق قانون جنسية الزوج

[1]– رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 91، 92.

وقت انعقاد الزواج دون الاعتداد بتغيير لاحق يطرأ على جنسيته، ولو اكتسب الزوج جنسية زوجته.

وقد أصاب المشرع المصري بهذا الضابط الزمني لتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج.

أما المشرع القطري فقد وضع بالنسبة لآثار الزواج فرضين في نص المادة (16) من القانون المدني القطري على أنه: "1- يرجع في الآثار الشخصية والمالية للزواج، كحل المعاشرة والطاعة والعدة والنفقة والمهر، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

2- على أنه إذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج، يطبق قانون جنسيتهما على أثار الزواج".

ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع القطري ميز بين حالتين:

الأولى: حالة اختلاف جنسية الزوجين وقت رفع الدعوى، ففي هذه الحالة يطبق جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج[1].

أما الثانية: حالة اتحاد جنسية الزوجين بعد الزواج، هنا يطبق قانون جنسيتهما، ولو لم تكن جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج.

أما المشرع التونسي فقد نص الفصل (47) من مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة لسنة 1998، على أن: " تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المطبق هو قانون أخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة".

ومن ثم فإن الآثار الشخصية بين الزوجين(واجبات الزوجين) يطبق القاضي عليها أحد من هذه القوانين الثلاث التالية:

1- القانون الشخصي المشترك للزوجين، أي قانون جنسيتهما المشتركة.

[1]- رشا علي الدين، مرجع السابق، ص 94.

2– في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية، يكون القانون المطبق هو قانون أخر مقر مشترك لهما.

3– في حالة عدم استطاعة القاضي التوصل إلى قانون أخر مقر مشترك، فيطبق القاضي قانون دولته أي القانون التونسي.

أما التشريعات الغربية منها القانون الأمريكي والانجليزي والأرجنتيني فقد أسند حقوق وواجبات الزوجين إلى قانون الإقامة والذي يكون في غالب الأمر قانون القاضي، وهناك نظم أخضعتها لقانون موطن الزوجية كالبرازيل والدنمارك، كما نسبها البعض الآخر إلى قانون الجنسية المشتركة مثل اليونان وبولونيا وتشيكوسلوفاكيا[1].

أما القانون الفرنسي فقد كان في سبق يخضع حقوق وواجبات الزوجين إلى قانون جنسية الزوج وبعد تعديل المادة (213) من القانون المدني الفرنسي الصادر في: 07 يوليو 1970 فقد ساوى بين الزوجين في إدارة شؤون الأسرة، ومن ثم إذا كان الزوجان الأجنبيين من جنسية واحدة فلا يوجد مشكل، أما إذا اختلفت جنسيتهما أو كان احدهما فرنسيا فقد عمد إلى تطبيق قانون الموطن[2].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أن المادة (12) الفقرة الأولى من قانون المدني الجزائري تنص على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

غير أن هذا هو الأصل أما الاستثناء والذي نصت عليه المادة (13) من نفس القانون والتي جاء في مضمونها بأن يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (11) و(12) إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

ومن ثم فطبقا لقانون الجزائري القاعدة الأصلية أن أثار الزواج الشخصية تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، باعتبار أن الزوج هو رب الأسرة، غير انه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فالاستثناء من الأصل أن تخضع كل أثار الزواج للقانون

[1]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 41، 42.

[2]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 73.

الجزائري وحده، ومعنى ذلك أن تخضع كل أثار الزواج للقانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية وقت إبرام الزواج وكان زوجها أجنبيا، أما إذا كان الزوج وحده جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي يسري طبقا للأصل.

ويرجع السبب إلى اختيار قانون جنسية الزوج لحكم هذه الآثار، إلى مرتبته في الأسرة، باعتباره رب الأسرة المكلف بشؤونها المالية، وللالتزامات التي تقع على عاتقه، وهو دور له أهميته في الدول الإسلامية، وإن كانت القوانين الغربية الحديثة قد قللت من شأنها متأثرة بالأفكار التحررية الداعية للمساواة المطلقة بين الزوجين، فأخذت تبحث عن ضوابط إسناد أكثر ملائمة لذلك، كقانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن بدلا من قانون الجنسية[1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن قانون جنسية الزوج يسري على الآثار الشخصية للزواج المتمثلة في حقوق وواجبات الزوجين دون أن تتعدى إلى النسب الشرعي، كما أن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الحقوق والواجبات الزوجية، قد يثير صعوبات إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج أو إذا غير الزوجان جنسيتهما، ومن ثم يبقى القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج، ومن ثم يطبق قانون أجنبي على الزوجين وهو قانون جنسية الزوج القديم، لذلك من بين المشاكل التي تطرحها القاعدة العامة تجميد القانون الوطني للزوج بوقت انعقاد الزواج والذي يؤدي لا محال إلى حلول غير مجدية[2].

ومن ثم يرى الفقه والقضاء الفرنسيين بتطبيق القانون الجديد في هذا الصدد ما دام تغيير الجنسية لم يحصل بقصد الغش فمن غير المعقول أن يسري قانون جنسية سابق على أثار الزواج المستقبلية.

والهدف من الاستثناء الوارد في المادة (13) السالفة الذكر هو حماية الزوجة الوطنية، أما الزوج فإن قانون جنسيته وقت انعقاد الزواج هو الذي سيطبق وفقا لقاعدة العامة.

كما أن تطبيق الاستثناء يكون إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج حتى لو تغيرت جنسيته بعد ذلك، في حين لا يتقرر تطبيق الاستثناء إذا كان كل من الزوجين أجنبيا

[1]– بختة زيدون، مرجع سابق، ص 33.

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

وقت انعقاد الزواج واكتسب الجنسية الجزائرية بعد ذلك، غير أن هذا الاستثناء صعب التطبيق من محكمة أجنبية ما دام يقرر حل وحيد الطرف، إضافة إلى أنه يثير صعوبة إذا أصبح كلا الزوجين أجنبيين ومن ثم لا يمكن تطبيق القانون الوطني على أثار الزواج المستقبلية لأشخاص أصبحوا أجانب وانقطعت صلتهم بالقانون الوطني[1].

ثانيا: قواعد التنازع الخاصة بالنسب الشرعي

البنوة الشرعية هي من أثار الزواج ويجب أن تخضع بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت الزواج لأن أثار الزواج لا تقتصر فقط على العلاقة بين الزوجين، بل تتناول أيضا العلاقة بين الآباء والأبناء، والنسب من أهم هذه العلاقات وعلى أساسها تتحدد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء والأبناء، كالحضانة والنفقة والسلطة الأبوية وغيرها[2].

كما أن هناك تشريعات خصته بقاعدة إسناد مستقلة عن الآثار الشخصية وهناك من لم تخصه بذلك بل أدخلته ضمنها.

فالقانون الفرنسي كان في سابق يفرق بين النسب الشرعي وغير الشرعي فالأول يسنده للقانون الذي يحكم أثار الزواج أما الثاني للقانون الشخصي للطفل، ولكن حاليا وبعد صدور قانون سنة 1972 فقد وحد قاعدة الإسناد بالنسبة للنسب الشرعي وغير الشرعي، حيث آتى بنوعين من القواعد قاعدة أساسية وأخرى احتياطية وفقا للمادة (311 مكرر 14) من القانون المدني الفرنسي فالأولى يعتد فيها بقانون الأم وقت الميلاد، على أساس أن الأم دائما معروفة، أما الثانية القانون الشخصي للطفل في حالة عدم معرفة الأم.

وبالرجوع إلى المشرع التونسي نجده ينص في الفصل (52) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على تطبيق القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره.

[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]– فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 243.

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد جاء في نص المادة (13) مكرر من قانون المدني الجزائري"يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

ومتى ثبت الاختصاص للقانون الجزائري بخصوص النسب فإن المواد من: (40) إلى (45) من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسالة.

والصعوبة النسب الشرعي في الزواج المختلط تكون في حالة رفع صاحب الشأن دعوى لتثبيت حاله ضد أبويه، ومن ثم من هو الشخص الذي يعتد بجنسيته في هذا الشأن؟، فعند الرجوع إلى قانون الجنسية الجزائري وفقا لنص المادة (07) منه، التي جاء على أن ثبوت النسب يجب أن يتم طبقا لقانون جنسية من يريد الانتساب إليه من الأبوين، لأن ثبوت النسب يعد من مسائل قانون الأسرة أي يدخل في طائفة الأحوال الشخصية ومن ثم يخضع لقانون جنسية من يدعي إثبات نسبه[1].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط

تتمثل الآثار المالية لعقد الزواج في النظام القانوني التي تخضع له العلاقات المالية بين الزوجين (حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية، وكيفية تصفيتها بعد انحلال العلاقة الزوجية وتوزيعها بعد الوفاة).

ففي الشريعة الإسلامية لا يعرف النظام المالي عقدا بالنسبة الآثار المالية للزوجين لأن القاعدة العامة هي انفصال الذمة المالية للزوجين، أما في الدول الغربية فيوجد خلاف ذلك وهو النظام المالي للزوجين والذي يكون قانوني أو اتفاقي ومن ثم فإن لكل طرف أمواله الخاصة ولا يمكن للطرف الأخر التصرف في أموال الأخر إلا في إطار الحقوق المالية التي يرتبها عقد الزواج[2].

[1]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 47.

[2]– أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله، مرجع سابق، ص 241.

ومن ثم نجدها لا ترتب على الزواج أي اثر مالي، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة.

ففي الدول الغربية منها أمريكا يترتب على الزواج أثار مالية أو نظم مالية لها أهمية كبرى، فالآثار المالية للزواج تتحدد بالنظام المالي الزوجي الناشئ عن عقد الزواج دون العلاقات التعاقدية التي قد تنشأ بين الزوجين، فهي بطبيعتها تخضع إلى النظام العقدي وإن جرت بين الزوجين، شأنها في ذلك شأن العقود التي قد تجري بين أفراد العائلة[1].

وبعد التعرض لمفهوم الآثار المالية سنقوم بدراسة مضمون الآثار المالية للزواج المختلط في الفرع الأول، وقواعد التنازع التي تحكم الآثار المالية للزواج المختلط في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مضمون الآثار المالية للزواج المختلط

لا ترتب الشريعة الإسلامية أي أثر مالي على ما يملك الزوجان من أموال، كما أن هذه الآثار غير معروفة عندنا وإذا اعتبرنا النظام المالي ضمن الأحوال العينية، وأخرجناه من دائرة الأحوال الشخصية فإنه يسري عليه قانون الإرادة.

فالدول العربية الإسلامية تمنح للزوجين حرية كاملة في تصرف في أموالهما ويسمى هذا بنظام انفصال الأموال، وللمرأة أن تتملك أموالها وثروتها لحسابها الخاص وبجميع أصنافها وأنواعها، ولا مانع من اتفاق الزوجين على كيفية إدارة أموالهما، أي أن لكل طرف أمواله الخاصة ولا يحق للطرف الأخر التصرف في أموال الأخر، إلا في حدود الحقوق المالية التي يرتبها عقد الزواج[2].

أما المشرع الجزائري فقد جاء في فحوى المادة (37) من قانون الأسرة والتي أجازت للزوجين في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق بأن يتفقا بشأن الأموال المشتركة التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية والنسب التي يملكها كل زوج.

---

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 74.

[2]– محمد لاتي، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، "رسالة ماجستير في القانون الخاص"، كلية الحقوق، جامعة بوبكر بلقايد تلمسان، 2001–2002، ص 07.

أما بالرجوع إلى الدول الغربية خاصة فرنسا فنجد النظام المالي بين الزوجين معروف بشكل واسع لديهم على عكس الدول العربية والإسلامية إذ لها أهمية قصوى على مستوى التشريعي والفقهي والقضائي وتنقسم بدورها إلى أقسام وهي:

أولا: نظام الاشتراك المالي

بمقتضى هذا النظام يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة، وفي الديون أيضا، ويتولى الزوج في هذا النظام إدارة الشؤون المالية بشرط موافقة الزوجة على بعض التصرفات الهامة وفقا لنصوص المواد(1421، 1422، 1424) من قانون المدني الفرنسي، وفي هذا النظام يستقل كل من الزوجين بإدارة أمواله الخاصة وعند انتهاء الزوجية تقسم الأموال المشتركة بين الزوجين[1]، ولهذا النظام ثلاث صور.

الصورة الأولى: نظام الاشتراك العام

وفقا لنص المادة (1526) وما يليها من قانون المدني الفرنسي تكون كل أموالهما شركة بينهما.

الصورة الثانية: نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب

المادة (1498) وما يليها من قانون المدني الفرنسي تكون الأموال التي يكتسبها الزوجان بعد الزواج شركة بينهما، وتخص المنقولات دون العقارات العائدة لهما عند إبرام الزواج شركة بينهما[2].

الصورة الثالثة: نظام الاشتراك المخفض

في هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بأمواله المملوكة له عند إبرام الزواج من المنقولات والعقارات، ولكن ما يملكه أثناء الزواج و ما يدخرانه يكون شركة بينهما[3].

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 74.

[2]– الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 164.

[3]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 50.

ثانيا: نظام الانفصال المالي

في هذا النظام يستقل كل من الزوجين بأمواله من حيث التصرف والإدارة والاستغلال وكذلك يستقل كل من الزوجين بما يكتسبانه خلال فترة الزواج، ولكن بشرط أن تقسم مصاريف الأسرة وأعباؤها بين الزوجين،وهذا النظام شائع في القوانين الانجلوسكسونية، وغير معمول به في القوانين اللاتينية[1].

ثالثا: نظام الدوطة أو البائنة

في هذا النظام تقدم الزوجة لزوجها بعض أموالها في شكل مهر ليتولى إدارتها واستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، ولكن هذه الأموال تصبح حبيسة لا يجوز التصرف فيها ولا يجوز الحجز عليها، أما غيرها من أموال الزوجة فتستقل بها وحدها ولها حرية التصرف فيها واستغلالها، وقد ألغي هذا النظام في فرنسا سنة1965[2].

الفرع الثاني

قواعد التنازع التي تحكم الآثار المالية للزواج المختلط

يختلف القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط من دولة إلى أخرى ومن نظام إلى أخر، كما أنه توجد بعض الأنظمة القانونية تفصل بين الآثار الشخصية والمالية للزواج وتخضع كل واحد منهما للقانون مختلف، ويرجع هذا إلى القانون الواجب التطبيق وهذه المسالة مختلف فيها فقها وقضاءا، لأنها تتوقف على تكييف النظام نفسه.

أما المشرع السوري فقد أخضع النظام المالي للزوجين باعتباره أثر من أثار الزواج إلى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج.

غير أن الأخذ بهذا القانون يجب ألا يخل باختصاص القانون السوري بوصفه قانون موقع الأموال، فإذا كانت بعض العقارات الموجودة في سوريا تدخل في النظام المالي للزوجين أجنبيين، باعتبارها جزءا من الدوطة مثلا، وكان قانون الزوج لا يجيز التصرف فيها فان هذا

[1]– رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، "رسالة دكتوراه في القانون الخاص"، كلية الحقوق، جامعة بوبكر بلقايد تلمسان، 2005–2006، ص 07.

[2]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 51.

القانون لا يسري على العقارات الموجودة في سوريا إذا كانت أحكامه تخالف نظام الملكية العقارية في القانون السوري.

وكذلك إذا كان قانون الزوج يقضي بإنشاء رهن قانوني على أموال الزوج ضمانا لالتزاماته نحو زوجته فإن هذا الرهن وان كان يعد أثرا من أثار الزواج لا يسري على عقارات الزوج إذا كان قانون موقعها لا يقرر إنشاء مثل هذا الرهن[1].

أما المشرع المصري فلا يرتب على قيام الزواج أي أثر على استقلال الذمة المالية للزوجين فيحتفظ كل زوج بحقه وحريته في التملك وإدارة أمواله وهذا أيضا ما أقرته بعض القوانين منها القانون التونسي والإيطالي والفرنسي[2].

كما أن الاجتهاد الفرنسي يرى بإخضاع الآثار المالية للزواج المختلط إلى نفس القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية، أما الفقه اللبناني يقول بأن مسالة النظام الزوجي تتصل بالعقد لا بأطرافه، خاصة أن المادة(212) من قانون الموجبات والعقود لم تجعل من النفوذ الأدبي سببا لإبطال العقد.

كما أن المشرع الفرنسي يخضع النظام المالي للزوجين إلى قانون الإرادة الصريحة عند وجود عقد يرعى النظام المالي الزوجي، أو الضمنية عند عدم وجود عقد يرعى نظامهما المالي الزوجي، فيطبق قانون محل الإقامة الزوجي الأول استنادا إلى قرينة قانونية هي افتراض انصراف الإرادة الزوجية إلى تركيز العلاقة المالية المتصلة بالزواج في هذا المكان وليس على القضاء إلا استنتاج تلك الإرادة وإعمالها[3].

إلى جانب ذلك نجد في النظام القانوني الانجليزي يخضع النظام المالي الزوجي إلى قانون موقع المال لما في ذلك من مخاطر التعدد في القوانين التي يخضع لها النظام المالي الزوجي في العلاقة الزوجية الواحدة عند تعدد الأمكنة التي قد تتواجد فيها أموال الزوجين، خاصة عندما تتواجد أموال أحد الزوجين في مكان يخضع النظام المالي إلى نظام الفصل بين

[1]– فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 235.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، القاهرة، ص 806.

[3]– عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 268، 269.

أموال الزوجين، في حين أن أموال الزوج الأخر توجد في مكان يخضع النظام المالي إلى نظام الشيوع، كما هو الوضع في فرنسا عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية بتعديله.

وبالعودة إلى النظام القانوني اللبناني فإنه لا تأثير للزواج على الوضعية المالية للزوجين ومن ثم فإنه لا توجد قاعدة تنازع تخص النظام المالي الزوجي، ومن ثم اقتصار القاضي اللبناني في هذه المسائل على تكييف العلاقة المطروحة تمهيدا لتحديد القانون المختص،وعليه فقد أخضعت المحاكم اللبنانية النظام المالي الزوجي إلى قانون الإرادة.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل (48) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية هو قانون أول موطن مشترك لهما إن وجد وإلا يطبق قانون مكان إبرام عقد الزواج[1].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده أسند الآثار المالية للزواج المختلط إلى نفس قاعدة إسناد الآثار الشخصية وهو ما جاء في نص المادة (12) من قانون المدني وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج هذا كأصل عام والاستثناء الوارد في نص المادة(13) من ذات القانون والتي تقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

كما أن هناك قيود ترد على قانون جنسية الزوج عند الزواج منها:

– اختصاص قانون موقع المال فيما يرد على الأموال العقارية الداخلة في المشارطة الزوجية، مثلا في نظام الدوطة لا يمكن الاحتجاج به على أموال عقارية موجودة بالخارج، إذا لم تراع إجراءات الشهر المقررة في هذا البلد، ولا يمكن الاحتجاج به أيضا فيما يقره من عدم قابلية التصرف والحجز على الأموال التي يتناولها إلا إذا تم قيده أيضا.

– لا يجوز الاحتجاج بتصفية أموال الزوجين وتقسيمها بعد انحلال الزواج في مواجهة الغير إلا إذا روعيت الإجراءات المقررة في قانون موقع المال[2].

[1]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 54.

[2]– الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 166.

خلاصة الفصل

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

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

ومن ثم متى انعقد الزواج صحيحا فلا بد أي ينتج أثاره وهي نوعان شخصية ومالية، فالآثار الشخصية تكمن في الحقوق والواجبات بين الزوجين والنسب الشرعي للأبناء واكتساب الجنسية بالنسبة للأنظمة التي تمنح الجنسية كأثر للزواج المختلط، أما الآثار المالية فالمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة نجده قد نص على الاستقلال المالي للزوجين أي أن لكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الأخر، كما أنه جعل قاعدة إسناد وحيدة لآثار الزواج من خلال نص المادة (12) من نفس القانون، وقد نصت على إخضاع الآثار الشخصية والمالية للزواج لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، كما خص النسب كأثر شخصي للزواج بقاعدة إسناد منفردة في نص المادة (13 مكرر) من القانون ذاته وهي قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل سواء تعلق الأمر بإثباته أو إنكاره، لكن في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت وفاته.

إلا أن معرفة القاضي للقانون الواجب التطبيق على شروط الزواج المختلط أو القانون الواجب التطبيق على آثاره، لا تعني أنه قد فصل في النزاع المطروح أمامه، بل أن ذلك يعتبر

مجرد مرحلة تمهيدية تؤدي إلى الفصل في النزاع، ومن ثم فهناك مراحل أخرى لا بد للقاضي أي يمر بها وذلك حتى يتمكن من الفصل في الموضوع بشكل نهائي، وهو ما سندرسه من خلال الفصل الثاني.

الفصـل الثانـي

مركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني

لقد خول المشرع الجزائري حسب ما قررته قواعد الإسناد في المواد من(09) إلى(24) من القانون المدني، وما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقضاء الجزائري المختص أن يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي وهذا بتطبيق القانون الوطني الجزائري أو بتطبيق القانون الأجنبي المختص على تلك النزاعات، فالأمر هنا يتوقف على ما تشير به قواعد الإسناد[1].

وفي الحالة التي يتقرر فيها الاختصاص للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد الوطنية في منازعات الزواج المشتملة على عنصر أجنبي، فإن القاضي الجزائري يصبح من الناحية النظرية ملزم بتطبيق هذا القانون.

لكن من الناحية العملية والإجرائية، نجد أن المشرع الوطني قد سن قواعد خاصة تفرض على القاضي الوطني معاملة هذا القانون بطريقة تختلف عن معاملة القاضي الوطني، وذلك من حيث تحديد طبيعته وكيفية إثباته وطريقة تفسيره، ودور المحكمة العليا في ذلك.

غير أنه وبعد تلك المعاملة الخاصة التي يعامل بها القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، فإن هذا الأخير قد يمتنع عن تطبيقه لدواعي المصلحة الوطنية أو لكونه اكتشف خلال النظر في النزاع المعروض أمامه أن هذا القانون الأجنبي قد ثبت له الاختصاص عن طريق تحايل العلاقة محل النزاع على قاعدة الإسناد الوطنية.

وبغرض الوقوف على تلك المسائل بشكل مفصل سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول معاملة القضاء الوطني للقانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط، في حين نخصص المبحث الثاني لدراسة حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص بتلك المسائل.

[1]–محمد موسخ، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة ورقلة كلية الحقوق ، العدد الثالث، ديسمبر 2009، صفحة 01.

المبحث الأول

معاملة القضاء الوطني للقانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط

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

وتلك هي أهم الإشكالات التي تثار بهذا الصدد، ومن أجل الكشف عن هذه الإشكالات القانونية يتعين علينا معالجة هذا المبحث في مطلبين، نشرح في الأول الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط، وفي الثاني نتطرق إثبات القانون الأجنبي المختص وتفسيره.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط

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

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

الفرع الأول

تحديد طبيعة القانون الأجنبي

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

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

أولا: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة

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

[1]–بخته زيدون، مرجع سابق، ص 108.

[2]–نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2002 ، ص 27.

وعلى هذا الأساس فقد شبه البعض تطبيق القاضي الوطني للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات، باعتبار أن كلاهما قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، ولكنها غير صادرة من المشرع الوطني، وينقصها عنصر الأمر ولا تمتلك بالتالي الصفة القانونية[1].

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

ثانيا: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون

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

1 – المدرسة الهولندية:

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

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

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

---

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

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

2- نظرية الحقوق المكتسبة

حاول بعض الفقهاء الانجليز إيجاد في نظرية الحقوق المكتسبة التفسير الملائم لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي، فالبنسبة لهؤلاء فإن القاضي يطبق القانون الأجنبي في إقليم دولته احتراما للحق المكتسب، فلا يمكن للقاضي النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه.

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

3-نظرية التفويض

يرى بعض الفقهاء الفرنسيين، أن المشرع الأجنبي يأمر القاضي الوطني بناءا على تفويض من قواعد الإسناد الوطنية، فتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي يتم حسب هذا الاتجاه الفقهي بناءا على تفويض تعقده قواعد الإسناد الوطنية للقانون الأجنبي.

وانتقدت هذه النظرية كذلك لأنه من غير المعقول أن يقوم المشرع الوطني بإنابة مشرع أجنبي غير معروف مقدما، أو أن يقوم المشرع الأجنبي المفوض في التشريع بمقتضى قاعدة الإسناد بأعمال النيابة، دون أن يرتضي ذلك[2].

4- نظرية الاستقبال أو الاندماج

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

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

[1]-بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 141.

[2]-محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 427.

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

وقد عيب على هذا الاتجاه بأن اندماج القانون الأجنبي في القانون الوطني يؤدي إلى تفسيره كتفسير القانون الوطني، مما يؤدي إلى تشويه أو مسخ مضمونه الحقيقي.

وتجنبا لهذا الانتقاد، اتجه جانب أخر من الفقه الايطالي الحديث إلى القول، بأن الاندماج المقصود هنا هو الاندماج الشكلي لا الاندماج المادي، وبمقتضاه تظل القاعدة القانونية محتفظة بمعناها وبمقوماتها التي تتمتع بها أصلا في بلادها[1].

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

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على تحديد طبيعة القانون الأجنبي

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

أولا: الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة

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

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

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

[1]-كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 117.

-أن الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي هو الذي يلتزم بإثباته، فهو الذي يقيم الدليل على مضمونه، ولا يمكن للقاضي البحث في مضمونه، ذلك لأنه عمليا من العسير على القاضي أن يلم بكل قوانين العالم.

-إن القاضي ليس ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلا إذا تمسك أحد الخصوم بتطبيقها، والخصوم هم الذين يسردون الوقائع على القاضي، وهو الذي يقول كلمة القانون في هذه الوقائع[1].

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

-تتمتع المحكمة الموضوع بسلطة كاملة في الإثبات وتفسير القانون الأجنبي، ولا تخضع في هذا الشأن لأي رقابة.

-إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي من طرف أحد الخصوم، فالقاضي ملزم بالفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الوطني، وإلا أعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[2].

ثانيا:الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي قانونا

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

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

-أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.

-يحق للمحكمة العليا أن تراقب التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون الأجنبي.

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

[1]-نادية فوضيل، الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 29.

[2]- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 232.

ومنه فإن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي الوطني.

ثالثا: موقف القضاء والتشريعات المقارنة من طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط

إن القضاء الفرنسي يقضي بإلزامية قاعدة التنازع في بعض الحالات، مما يترتب على ذلك إضفاء الطبيعة القانونية على القانون الأجنبي، وفي حالات أخرى الصفة الاختيارية لقاعدة التنازع، وبالتالي يضفي الصفة الواقعية على القانون الأجنبي.

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

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

ومن ثم فإن القضاء الفرنسي يكيف القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج أنه قانون وليس واقعة ويلزم القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه.

أما القضاء المصري فتطرق بصفة عرضية لمسألة إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي، وذلك في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في:07 نوفمبر 1960، إذ اعتبرت المادة (14) من القانون المدني المصري من النظام العام والتي جاء فيها:"في الأحوال

---

[1]-أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 60.

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

[3]-محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 222.

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

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

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة(358)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول في فقرتها السادسة:"لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ...6-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ..."[2]، ومن ثم فإنه يعامل القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة كقانون، فمتى أشارت قاعدة التنازع الجزائرية إلى العمل بمقتضى هذا القانون، فيطبقه القاضي من تلقاء نفسه، ويترتب على مخالفة تطبيقه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، أما إذا تعلق الأمر بغير قانون الأسرة، فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، وعلى هذا الأساس يعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج قانونا، لا واقعة.

المطلب الثاني

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

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

إثبات القانون الأجنبي المختص وتفسيره

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

الفرع الأول

إثبات القانون الأجنبي المختص

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

أولا:عبء إثبات القانون الأجنبي المختص

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

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

[1]–بختة زيدون، مرجع سابق، ص 111.

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

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

وهو ذات الاتجاه الذي سلكه المشرع التركي، حيث اعتبر أن القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية يقع عبء إثباتها على عاتق الخصوم وهو ما نصت عليه المادة (76) من أصول المحاكمات المدنية التركي بقولها "يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على كل ما يعرض عليه من نزاع، وإذا تقرر تطبيق القانون الأجنبي، فإن إثبات ذلك القانون يقع على عاتق من يتمسك به"[1].

أما بالنسبة للنظم التي تعامل القانون الأجنبي معاملة قانون، فهي تلقي عبء إثباته على عاتق القاضي، وهذا ما كرسه القانون الألماني، حيث منع المحكمة من التقيد في سبيل تحديد مضمون القانون الأجنبي بما قام الخصوم ببيانه، كما سمح لها في المقابل من ذلك اللجوء إلى كافة وسائل العلم لإدراك تلك الغاية وهو ما أكدته المادة (293) من قانون المرافعات الألمانية التي نصت على أن"القواعد العرفية والقواعد التشريعية وكذلك قواعد القانون ليست بحاجة إلى إثبات، إلا في حدود عدم علم المحكمة بها، ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم بإثباته، وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم، وأن تأمر بما تراه ضروريا لإدراك هذه الغاية "[2].

---

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

[2] –بختة زيدون، مرجع سابق، ص 113.

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

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

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

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

وفي المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، نجدها سايرت الاجتهادات القضائية التي توصل إليها القضاء الفرنسي، حيث جعلت إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي في حدود إمكانيات العلم به، وعند الاقتضاء يتدخل الخصوم لمساعدته، وفي حالة تمسك أحد الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي تعين عليه إقامة الدليل على مضمونه.

أما موقف المشرع الجزائري فقد جاء في فحوى المادة(358) الفقرة السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر، والتي تعامل القانون الأجنبي المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية التي من بينها مسائل الزواج المختلط معاملة القانون، أما إذا تعلق الأمر بغير ذلك من المسائل فهو يعامله معاملة الوقائع.

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

ثانيا: طرق إثبات القانون الأجنبي المختص

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

وكذلك إذا اثبت أحد الخصوم مضمون قاعدة أجنبية معينة، فيمكن للأخر–وفقا للقواعد العامة–أن يثبت العناصر التي قد تغير أو تعدل من الحق الشخصي الذي تولد عن القاعدة التي أثبتها خصمه، وسيؤدي التنظيم الفني لتناوب عبء الإثبات على هذا النحو، إلى المساس بالقانون الأجنبي لدرجة قد تؤدي إلى مسخ مضمونه الحقيقي[2].

ومن ثم لا يمكن إثبات مضمون القانون الأجنبي بواسطة القرائن واليمين، وإن كانت أكثر الطرق لإثبات الوقائع.

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

[1]– بختة زيدون، مرجع سابق، ص 114.

[2]–شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني(دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968، ص 269.

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

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

1- الطرق الشفوية

تتمثل في شهادة الشهود والخبرة الشفوية، وبيانها كمايلي:

***شهادة الشهود**

لا يجوز إثبات مضمون القوانين الأجنبية بالشهادة، لأن الشاهد عادة ما يدلي للمحكمة بما رآه أو سمعه من وقائع، في حين أن القانون الأجنبي يحتاج إلى خبرة واطلاع وبيانات تحريرية[1].

***الخبرة الشفوية**

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

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

فالأصل في الشهادة أمام القضاء الانجليزي، أنها ترد على ماراه الشاهد أو سمعه من وقائع فقط، إذ ليس للشاهد بأي حال من الأحوال أن يقدم رأيه الشخصي أو تقديره لهذه الوقائع،

[1]-ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 224.

ومع ذلك فقد جرى القضاء هناك على تخويل الشاهد حق الإدلاء برأيه الشخصي في شأن أحكام القانون الأجنبي محل الشهادة[1].

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

أما القضاء الفرنسي والمصري لم يلجأ أي منهما إلى الخبرة كوسيلة من وسائل إثبات القانون الأجنبي ومع ذلك فقد اتجهت بعض الأحكام الفرنسية مؤخرا إلى الأخذ بالخبرة، كوسيلة للكشف عن مضمون القوانين الأجنبية، متأثرة بالأفكار الانجليزية، كما أيد الفقه المصري الحديث هذا الاتجاه.

كما أن للخبرة الشفوية وما تستلزمه من استدعاء الخبير لمناقشته أمام المحكمة فائدة مزدوجة لكل من المحكمة والخصوم[2].

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

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

[1]–بختة زيدون، مرجع سابق، ص 117.

[2]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 165.

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

*قد تتعرض الخبرة الشفوية إلى عائق ذو طبيعة عملية، فقد يكون الخبير المستدعي للإدلاء بمعلوماته عن القانون الأجنبي أجنبيا لا يقطن في دولة القاضي، الأمر الذي يستدعي تنقله من الخارج إلى دولة القاضي، وهذه العملية تتطلب تكاليف هامة[1].

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

2– طرق الإثبات المكتوبة

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

***الخبرة المكتوبة:**

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

كما أن الخبرة المكتوبة تيسر للقاضي العلم بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، حيث أنه يحدد للخبير الإطار الواقعي للدعوى، والأمور التي يركز عليها بصفة خاصة.

[1]–نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 66.

ومن ثم يلتزم الخبير بأداء مهمته والإدلاء بما توصل إليه من معلومات بموجب تقرير مكتوب يقدمه إلى المحكمة.

ويمكن للخصوم مناقشة ما انتهى إليه الخبير وإبداء ملاحظاتهم في شأنه، وفقا للمبدأ العام، الذي يقضي باحترام حقوق الدفاع، فلا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه على وقائع أو أدلة لم تتح للخصوم فرصة مناقشتها، خاصة إذا تعلق الأمر بالقوانين الأجنبية التي يشكل تطبيقها مفاجأة للخصوم تتنافى مع حقوق الدفاع، كما أن مناقشة الخصوم لتقرير الخبير حول مضمون القانون الأجنبي، تساعد القاضي على حسن تفهم أحكامه، وتتيح له فرصة التأكد من صحة المعلومات التي أوردها الخبير، وفي حالة وجود أشياء غامضة يمكن استدعاء الخبير من طرف القاضي أو بطلب من الخصوم لتوضيح أمور ضرورية يمكن له ذلك[1].

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

***الشهادات العرفية:**

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

[1]–شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 293.

[2]–المرجع نفسه، ص 288–289.

وقد تصدر الشهادة العرفية عن إحدى الجهات الرسمية كالقنصلية، أو السفارة التابعة للدولة الأجنبية المطلوب إثبات قانونها، أو عن طريق شخصية عادية(محام، خبير قانوني،فقيه أجنبي...) محيطة علما بالقانون الأجنبي[1].

والجدير بالذكر أن استخدام الشهادات العرفية كوسيلة لإثبات مضمون القوانين الأجنبية، تبنتها صراحة العديد من التشريعات منها التشريع التونسي.

***نصوص القانون الأجنبي:**

لا يوجد ما يمنع القاضي من الاستعانة في هذا الشأن بنصوص القانون الأجنبي نفسها أو بترجمتها، وإن كان من الأفضل أن تكون صورة النصوص الأجنبية المقدمة إلى المحكمة ،صادرة عن هيئة مختصة أو واردة في مؤلف علمي معتمد، إلا أن ذلك لا يعد شرطا لازما لقبول هذا الدليل طالما اقتنعت به، لأن الأصل في إثبات القوانين الأجنبية هو مبدأ حرية الإثبات[2].

***المؤلفات الفقهية:**

يمكن للقاضي أن يستعين على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من مؤلفات لمعرفة القانون الأجنبي، ومراجع تحتوي على دراسات لهذه القوانين تشرحه وتفسره، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها سنة 1950، حيث أن محكمة الموضوع طبقت القانون الفرنسي ورفضت الاستناد على مؤلف فقهي قدمه الخصوم كدليل وحيد لإثبات القانون الأمريكي باعتباره القانون الواجب التطبيق، وكان مبررها أنها لا تعتد بالمؤلفات الفقهية كدليل للإثبات، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم، وهذا على أساس أن محكمة الموضوع لم تتعرض في حكمها لبيان قيمة وقوة الدليل الذي قدمه الخصوم[3].

[1]–عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 388–389.

[2]– شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 298.

[3]–بختة زيدون، مرجع سابق، ص 121.

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

***الأحكام القضائية:**

يمكن للقضاة أن يستعينوا بالأحكام القضائية الصادرة مسبقا في منازعات مشابهة للنزاع المطروح أمامهم للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ولكن بشرط أن تكون هذه الأحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقا لقانون أجنبي معين، أو عن القضاء الأجنبي في دولة القانون الأجنبي موضوع الإثبات، أو قضاء دولة أجنبية أخرى[1].

***الإنابة القضائية:**

هي طلب السلطة القضائية المنيبة إلى السلطة القضائية المستنابة سوى كانت قضائية أو دبلوماسية، اتخاذ إجراء معين، بغية الفصل في قضية عالقة أمام القاضي المنيب الذي ليس له القدرة على ذلك.

ومن ثم فإن فتح الطريق أمام القاضي الوطني للجوء إلى الإنابة القضائية الدولية، يجعلها وسيلة فعالة يستعين بها القاضي للكشف عن مضمون القانون الأجنبي[2].

تنتهي مهمة القاضي في إثبات القانون الأجنبي إما بتطبيقه أو استحالة ذلك، لأسباب لا دخل للقاضي فيها ويكون ذلك في حالات استثنائية.

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

---

[1]–عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 396.

[2]–شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص 202–203.

بينما يرى جانب أخر من الفقه تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة، وقد تبنت بعض الأحكام الأمريكية هذا الحل، وقد انتقد أيضا هذا الاتجاه أنه يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة[1].

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

وذهب اتجاه فقهي أخر إلى تطبيق قانون القاضي في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي ولكنه انتقد أيضا باعتباره يقوم على حيل قانونية بعيدة عن الواقع لأن القوانين في العالم تختلف في ظروف نشأتها[2]، أو لأن هذا الرأي يقوم على تفضيل قانون القاضي على أي قانون آخر دون مبرر مقنع.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة(23) مكرر من القانون المدني على أنه"يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق"، ومنه إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص يتعين على القاضي الجزائري الرجوع إلى أحكام القانون الوطني وتطبيقها، ونفس الشيء إذا تعلق الأمر بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية، فعلى القاضي تطبيق أحكام قانون الأسرة، كلما ثبت الاختصاص لصالح قانون أجنبي وتعذر الكشف عن أحكامه بكل وسائل الإثبات[3].

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

---

[1]–سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 219.

[2]–محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 479.

[3]–بختة زيدون، مرجع سابق، ص 128.

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

الفرع الثاني

تفسير القانون الأجنبي

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

أولا: دور القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي

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

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

وأنتقد هذا الرأي على أساس أن حكمة التشريع تهدف إلى تقيد القاضي بالحلول القضائية المستقرة في الدولة التي يطبق قانونها، حتى لو لم يكن القضاء مصدرا رسميا للقانون، ويمكن أن يكون القول بغير هذا انحراف قاعدة الإسناد عن غايتها، وتشويه للقانون الأجنبي، ومخالفة أيضا لإرادة المشرع الوطني الواضع لقاعدة الإسناد، ومن هنا يستوجب على القاضي إتباع أسلوب التفسير الذي تعمل به المحاكم الأجنبية، والابتعاد عن الاجتهاد الشخصي في التفسير،

1- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 70و71.

أي تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبق في الدولة التي أصدرته، ليس أخذ بعين الاعتبار نصوصها القانونية فقط وإنما أيضا ما استقر عليه قضاؤها، أي أن القاضي لا يكون ملزما بالتفسير الذي يتمسك به أحد الخصوم لمعنى القانون الأجنبي[1].

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

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

ثانيا:رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي

إن الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه خطأ في تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك أن يطبق القاضي الجزائري على انعقاد الزواج أو آثاره قانون الموطن، بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية، غير أن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي هو محل خلاف في القانون المقارن، في خضوعه لرقابة المحكمة العليا أو لا، فهناك بعض الدول ترفض رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي وضعه قضاة الموضوع منها بلجيكا،هولندا، سويسرا، ومعظم قضاء الدول الأوروبية، وذلك على أساس أن القانون الأجنبي طابقه، وذلك لأن مهمة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني ويصعب عليها عمليا التكفل بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية[2]، أما بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال نص المادة (358) الفقرة السادسة السالفة الذكر يفهم بأنه في حالة الخطأ في تفسير القانون الواجب التطبيق على الأحوال الأسرية يخضع لرقابة المحكمة العليا، ومن ثم فإن المشرع الجزائري ساوى بين القانون الوطني والأجنبي المتعلق بالأحوال الأسرية، ومنه إذا أخطأ القاضي الجزائري في تفسير أو تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، فإن ذلك يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض.

[1]–سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 210.

[2]–أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 74.

المبحث الثاني

استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط

هناك حالات يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي معين لحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، و لكن بمجرد رجوع القاضي الوطني لمحتوى ذلك القانون يتضح لديه أن قاعدة الإسناد قد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي 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 الذي دلت عليه قاعدة الإسناد قد ثبت 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 تعيين 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 كمايلي:

المطلب الأول

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام

إذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية على إقليمه، إلا انه يوجد استثناء على 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، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية، مما يعني أن استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص ترجع إلى تعارض أحكام هذا القانون وعدم انسجامها مع النظام العام في دولة القاضي، ومنه سنتعرض للمفهوم النظام العام وما ينتج عنه من أثار.

الفرع الأول

تعريف النظام العام

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 والاجتماعي والاقتصادي 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 و الرأسمالية...الخ[1].

وقد عرفه كذلك الدكتور غالب علي داودي بأنه:"مجموع المصالح الجوهرية والأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية، أم اجتماعية، أم اقتصادية، أم خلقية أم دينية، والإخلال بها يعرض كيان المجتمع للتصدع والانهيار"[2].

أما المشرع الجزائري فلم يعرف النظام العام بل اكتفى بالنص عليه في المادة(24)من قانونه المدني كحالة من حالات استبعاد القانون الأجنبي بأنه:"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

ويتضح من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري 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.

[1]–عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، الكتاب الأول، ص 134.

[2] –بختة زيدون، مرجع سابق، ص 135.

الفرع الثاني

شروط الدفع بالنظام العام و خصائصه

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 توفر شروط معينة مجتمعة لنكون في إطار الدفع بالنظام العام، وسنقوم أولا بدراسة خصائص الدفع بالنظام العام، وثانيا سنشرح شروط الدفع بالنظام العام كالآتي:

أولا: خصائص الدفع بالنظام العام

يتميز النظام العام بخصائص سنقوم بتحليلها وهي:

1-فكرة النظام العام فكرة وطنية

النظام العام هو"الوضع الطبيعي للمجتمع"، حيث يعكس المبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمع معين في جيل معين، ولذلك يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى.

ويتصف النظام العام بالوطنية، لأنه موجه لحماية المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني، ولذلك لا يجوز القول بوجود نظام عام دولي ونظام عام داخلي، بقصد التمييز بين النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، والعلاقات الداخلية لأن النظام العام في كلا الحالتين ذو طابع وطني بحت.

وعلى الرغم من ذلك توجد بعض المبادئ المشتركة بين أغلبية الدول كمبدأ حرية الزواج، وعدم جواز التمييز بين أفراد بسبب اللون أو العرق أو الدين، والتي يعتبرها البعض تشكل نظاما عاما دوليا، فمع ذلك عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي الذي لا يحترم هذا المبدأ، يكون هذا الدفع على أساس مخالفته للنظام عام وطني، وليس للنظام عام دولي[1].

1-فكرة النظام العام فكرة نسبية

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

لكل دولة توجهات اقتصادية، سياسية وأفكار اجتماعية، وقيم أخلاقية ودينية، وهذه المبادئ ليست ثابتة، وإنما تتغير حسب المجتمعات، وحسب تطور ظروف المجتمع نفسه، وهذا ما يعبر عنه بنسبية النظام العام[1].

كما قد يعتبر من النظام العام في دولة معينة، لا يعد كذلك في دولة أخرى، ومن ذلك يعتبر مبدأ الزوجة الواحدة في فرنسا والدول الأوروبية من النظام العام، بينما تجيز التشريعات المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات، كما أن التبني غير مباح في جل الدول الإسلامية، ومشروع في دول أخرى كفرنسا واسبانيا.

بالإضافة إلى نسبية النظام العام من حيث المكان، فهو كذلك من حيث الزمان فما يصطدم بالنظام العام في نفس الدولة في وقت معين، قد يصبح غير ذلك في وقت أخر.

ففي فرنسا مثلا، كان الطلاق بالتراضي ممنوع إلى أن صدر قانون يبيحه سنة 1975، وقد يحدث العكس بحيث يصدر قانون يمنع ما كان مباحا، فمثلا في تركيا أصبح تعدد الزوجات يتعارض مع النظام العام فيها، بينما في السابق كان نظاما مشروعا.

فنسبية النظام العام تجعله ذو طبيعة متغيرة ومتحركة، لهذا لا يمكن تحديد معالمه بدقة إلا أن جوهره ثابت وهو حماية المصلحة العامة للمجتمع[2].

3- فكرة النظام العام فكرة وقتية

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

وقد استقر الفقه الغالب على مبدأ أنية أو حالية النظام العام، ويقصد به أن على القاضي أن يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في دولته عند الفصل في الدعوى.

---

[1]-صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون)، ط 01، التركي للكمبيوتر وطباعة الاوفست، طنطا، مصر، 2006، ص 120.

[2]-عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص 203.

وقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية بأن:"تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر".

ومبدأ أنية النظام العام مستقر عليه في غالبية التشريعات المقارنة، وأكدت عليه أيضا المحكمة الدائمة للعدل الدولية[1].

4-النظام العام ذو طابع قضائي

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

ثانيا:شروط الدفع بالنظام العام

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

1- إشارة قواعد الإسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يترتب على هذا أنه لا حاجة لإعمال الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي، وعليه يستغنى عن هذا الاستثناء وهو الدفع بالنظام، ويلجأ القاضي الوطني إلى الوسائل الأخرى لاستبعاده، كأن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا على أساس أنه يمثل قانون محل وجود المال، أو بوصفه من قوانين البوليس والأمن، أو كأن يكون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص ويحيل الفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي إلى قانون القاضي، وهذا الأخير يقبل الإحالة كما هو الحال في التشريع الجزائري إثر التعديل الأخير للقانون المدني في مضمون المادة(23)

[1]-فاطمة الزهراء زاير، مرجع سابق، ص 31.

[2]-عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 135،136.

مكرر1، فنجد أن المشرع الجزائري قرر صراحة قبول الإحالة، بشرط أن تحيل قواعد الإسناد الأجنبية الاختصاص بحكم النزاع للقانون الجزائري[1].

2- توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لإعمال الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي

يتحقق هذا الشرط إذا كان القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي، اختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية، بل أنه لا جدوى لإجراء محاولات مسبقة للحد من نطاق تدخل النظام العام عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين من النظام العام وأخرى ليست منه.

ومن المستقر عليه فقها، أنه يعتبر من مقتضيات النظام العام كل ما يتعلق بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع في عصر معين، ويختلف مفهوم النظام العام حتى في النظام القانوني الواحد من زمان لأخر، فقد يكون تعدد الزوجات مخالفا للنظام العام في الدول المسيحية، بينما جائزا في الدول الإسلامية، كما يعتبر زواج المسلمة بغير المسلم مخالفا للنظام العام الإسلامي، وتثور الصعوبة في تحديد إذا ما كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام في دولة القاضي أم لا وذلك لأن المشرع الوطني لم يحدد مفهوم النظام العام، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي المطروح عليه النزاع[2].

3 – أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت رفع الدعوى

يشترط أن تكون المخالفة للنظام العام وقت رفع الدعوى، ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام، وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق، فقد تتغير قاعدة التنازع بعد وقوع الحادث أو نشوء الحق وقبل رفع الدعوى، ومع ذلك فالقاضي ملزم بتطبيق القاعدة التي كانت سارية عند وقوع الحادث أو نشوء الحق وقبل رفع الدعوى، ومع ذلك فالقاضي ملزم

[1]–محمد موسخ، مرجع سابق، ص 12.

[2]–محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص261.

بتطبيق القاعدة التي كانت سارية عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق وقبل رفع الدعوى، لا تلك التي حلت محلها وقت رفع الدعوى[1].

إن فكرة النظام العام لا ينظر إليها إلا وقت رفع الدعوى، فمثلا قبل سنة 1912 كان القانون الفرنسي يحرم رفع دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي، ويعتبر مثل هذه الدعاوى مخالفة للنظام العام، ولكنه بعد ذلك صدر قانون يبيح رفع هذه الدعوى، فتقدم كثير من الأبناء الغير الشرعيين إلى القضاء طالبين إثبات نسبهم في حين أن مولدهم كان قد حدث قبل سنة 1912، وعلى ذلك إذا كان الحق عند نشوئه مخالفا للنظام العام في بلد القاضي، ثم تغير قانون القاضي حتى أصبح هذا الحق عند رفع الدعوى غير مخالف للنظام العام في قانونه، فعليه أن يصرف النظر عن مخالفة هذا الحق للنظام العام عند نشوئه، وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية حين قالت في حكم لها:"إن تعريف النظام العام الوطني، يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر"[2].

ومتى توافرت شروط الدفع بالنظام العام، وترتب على ذلك منع تطبيق القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، ترتب عن ذلك بعض الآثار التي تلحق العلاقة المراد إنشاؤها أو الحقوق المطالب بها، والتي سنقوم بشرحها كمايلي:

الفرع الثالث

أثار الدفع بالنظام العام

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

[1]– فتيحة يوسف، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة المخبر، –القانون الخاص الأساسي، العدد الخامس، سنة 2008، ص 216.

[2]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 154.

أولا:أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق

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

من خلال نص هذه المادة يتضح أن إعمال الدفع بالنظام العام يترتب عليه، استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإحلال القانون الجزائري محله لما له من اختصاص استثنائي في هذا الفرض، وهذا الإحلال قد يتم بطريقة سلبية وقد يتم بطريقة ايجابية[1].

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

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

ومنه فإن تطبيق القانون الوطني يسد الفراغ التشريعي الذي يترتب على استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، يعتبر أكثر الحلول الملائمة لاعتبارات عملية، فهو قانون معروف عند القاضي مما يجنبه مشقة البحث عن مضمونه[2]، وفضلا عن ذلك، فهو يتلاءم مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية[3].

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

---

[1]–بختة زيدون، مرجع سابق، ص 146.

[2]–عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 620.

[3]–سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 239.

ففي مسالة تتعلق بإثبات النسب، جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1991/04/23 أن:"الاعتراف بتثبيت النسب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر، لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحة".

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

وأخير نخلص إلى أن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، يكون مرهون دائما بعدم تعارضه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وإذا كان متعارضا مع مقتضيات النظام العام، تعين على القاضي استبعاده من ميدان التطبيق والتصدي للفراغ التشريعي الناجم عن ذلك على هدي قواعد قانونه.

إلا أنه في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، في بعض أحكامه، فهل يستبعده القاضي برمته أو يستبعد جزء منه فقط؟.

يرى جانب من الفقه أن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، ينبغي أن يكون كليا، لأن استبعاد جزء منه يتنافى مع الحكمة من قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا لا بعض أحكامه، كما أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها له 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.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على ذلك، وأمام هذا الغياب التشريعي نميل إلى الأخذ بالرأي القائل باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط، دون بقية الأجزاء الأخرى حفاظا على

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

استقرار المعاملات الدولية وازدهارها، غير أنه ومع ذلك إذا كان ذلك 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.

ثانيا: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة

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

الواقع أن المسالة تختلف باختلاف مدى تعارض الأثر ذاته مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فإذا كانت هذه الآثار هي بدورها تتعارض تعارضا صارخا مع مقتضيات النظام العام، ففي هذه الحالة يلعب النظام العام دوره كاملا في استبعاد الحق واستبعاد أثاره، فمثلا من غير الممكن أن نتصور قبول الاعتراف في الجزائر بآثار زواج تم في الخارج، بين مسلمة وغير مسلم أو بين شخصين من نفس الجنس، لأن ذلك يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تميز في هذه الحالات بين إنشاء الحق وأثاره.

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

[1]–بختة زيدون، مرجع سابق، ص 151 .

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

ومثال ذلك لو أبرم زوجان يونانيان زواجهما في الجزائر طبقا للشكل المدني، وأرادا الاحتجاج بصحته في إحدى الدول العربية، فلا ريب أن لهما ذلك، لأن مقتضيات النظام العام السائد بين الدول العربية في هذه المسالة متشابهة، حيث أن الزواج فيها نظام مدني، ولكن هذه العلاقة سوف تكون عديمة الأثر مثلا في بلغاريا قبل قانون 1952 لأن قانونها السابق كان يستلزم لصحة الزواج أن يتم في شكل ديني[1].

ومما سبق يتبين أن تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، يختلف من قضية إلى أخرى، لذلك يتعين على القاضي عند إعماله لنص المادة(24) من القانون المدني الجزائري أن يكون حريصا في استخدامه لهذا الدفع، وأن يأخذ بعين الاعتبار خصوصيات الحياة الخاصة الدولية وحاجاتها، ذلك لأن التوسع في تطبيق القانون الوطني على حساب القانون الأجنبي المختص، من شأنه أن يضر بالتعاون القائم بين الدول، ويهدد المراكز القانونية والمعاملات الدولية[2].

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

[2]–بختة زيدون، مرجع سابق، ص 152.

المطلب الثاني

الدفع بالغش نحو القانون

إن إسناد العلاقات الدولية الخاصة بموجب ضوابط إسناد متغيرة واختلاف تشريعات الدول في تلك الضوابط التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق على الزواج سترشد بضابط معين يشير إلى القانون المختص، هذا الضابط قابل للتغيير وفق إرادة الزوجين، مما يترتب عنه، أنه من المتصور أن يعمد الشخص إلى تغيير ضابط الإسناد بهدف التوصل إلى تطبيق قانون معين، والتهرب بذلك من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا.

كما أنه قد يكون القانون المتهرب منه هو قانون القاضي أو القانون الأجنبي، فالتغير يكون بهدف التحايل على أحكام قانون معين وهو ما يطلق عليه بالغش نحو القانون ومن ثم مالمقصود بالغش نحو القانون؟ وماهي شروطه؟ وفيما تتمثل آثاره؟.وسنجيب على ذلك كالآتي:

الفرع الأول

مفهوم الغش نحو القانون

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

ونتيجة لخطورة دوره في هذا المجال وما تتميزُ به قواعد الإسناد من حيث احتوائها على ضوابط إسناد معظمها قابل للتغيير بإرادة الأطراف سواء بحسن نية أم العكس، وعليه فإذا أفلح الأطراف أو أحدهم بإحداث هذا التغيير سيترتب عنه بالضرورة تغيير القانون الواجب التطبيق

وبالتالي: تصبح العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي خاضعة لقانون أخر غير القانون المختص بحكمها أصلاً لو لم يقع ذلك التغيير[1].

ومنه فإن الغش نحو القانون عرّفه هو:"مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة".

كما عرفه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة الغش نحو القانون بأنه:"التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي"[2].

كما عرفه الأستاذ عبده جميل غصوب بأنه"التغيير الإرادي والمقصود لضابط الإسناد بهدف التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، وإحلال قانون آخر بدلا منه،من شأنه تحقيق الغاية التي حصل التغيير من أجلها"[3].

أما المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف الغش نحو القانون ولا حتى القضاء أيضاً، وقد تبنى نظرية الغش نحو القانون بعد تعديله للقانون المدني سنة 2005، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (24) المعدلة على أنه:"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا...أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ومن أمثلة الغش نحو القانون أن يقدم أحد الأطراف على تغيير جنسيته باعتبارها تمثل ضابط الإسناد بالنسبة لفئة الأحوال الشخصية، كأن يُغيِّرها من الجنسية الجزائرية إلى جنسية فرنسية مثلاً أو يُغيِّر في موطنه، أو في ديانته إذا كان ذلك في بعض التشريعات يؤدي إلى تغيير القانون الشخصي، وبالتالي يتغير القانون الواجب التطبيق، كما قد يختار المتعاقدان بموجب رخصة الاختيار المقررة لهما قانوناً ينظم علاقتهما، إلاّ أنه حقيقة لا تربطهم أيّ صلة

[1]–حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص،(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2004، ص 281.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص754.

[3]–عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص118.

بهذا القانون، بل كان من أجل الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق لو لم يتم هذا الاختيار.

وإضافة لصور التحايل السابقة قد يقدم أطراف العلاقة القانونية على تضمين علاقتهم عنصراً أجنبياً مصطنعاً للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً، كأن ينْتقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية من أجل إجراء تصرُّف قانوني على إقليمها بقصد تجنب تطبيق أحكام القانون المحلي، لأن هذا الأخير يتعارض مع مصالحهم الشخصية.

إلا أن الدفع بالغش في مجال تنازع القوانين لم يثبت العمل به إلاّ بعد القضية التاريخية المشهورة في القضاء الفرنسي سنة 1876 وهي قضية الأميرة بوفرمون" princesse de Bouffrement" وهي أول قضية يطبق فيها القضاء الفرنسي هذه القاعدة، ثم انتقل الحديث عنها بعد ذلك إلى الفقه وقررت بعدها في التشريع تدريجيًا[1]رغم انتقاد بعض الفقهاء لهذه القاعدة.

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

[1]–ملخص وقائع القضية: أن أميرة فرنسية أرادت التطليق من زوجها للزواج بالأمير الروماني: ببسكو (BIBESCO) و لكن القانون المطبق عليها لا يسمح حينها بالطلاق، فأقدمت الأميرة المذكورة باكتساب الجنسية الألمانية حيث يسمح القانون الألماني بتلبية رغبتها، وفعلاً حدث ذلك وتزوجت بالأمير الروماني في ألمانيا، ولمّا عادت مع زوجها الجديد إلى فرنسا أبطلت محكمة النقض الفرنسية زواجها الجديد بطلب من الزوج الأول تأسيساً على قاعدة الدفع بالغش نحو القانون، وهذا نتيجة حكم المحكمة بإبطال الطلاق الذي تمَّ في ألمانيا.

راجع نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر،سنة 2005، ص 69.

[2]–أحمد دغيش، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني، يومي 21و22 أفريل2010، بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة، بعنوان تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، ص 16.

الفرع الثاني

شروط الدفع الغش 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 الأخر يستنتج من خلال مضمونه، إلا أن الفقه والقضاء قد اتفق على شروط لكنه اختلف بشأن شروط أخرى، وسنعرضها كالتالي:

أولا: الشروط المتفق عليها

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

1-التغيير الإرادي لضابط الإسناد

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

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

[1]-محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص277.

[2]-أنظر، محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص277، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص316.

2- توافر نية الغش نحو القانون

لا يكفي حصول تغيير إرادي وحقيقي ومشروع لضابط الإسناد كنتيجة عادية لتغيير عنصر من عناصر العلاقة القانونية، وإنما يجب لتوافر الغش أن يصبح تغيير القانون المختص هدفا في حد ذاته، القصد من ورائه تجنب الأحكام الواردة في القانون الواجب التطبيق وهذا ما يصطلح عليه بالركن المعنوي للغش نحو القانون، ويتمثل في نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به الغاش سليما لا سبيل لإبطاله، إلا أن بعض الفقهاء رأوا بعدم وجوب التقيد بشرط وجود النية، واعتبار الغش قد وقع لمجرد إجراء عملية تغيير ضابط الإسناد المقترن بملابسات وظروف خارجية، إلا أن المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء وما استقر عليه القضاء الحديث هو الأخذ بهذا الشرط[1].

والشرطين السابقين متفق عليهما من قبل الفقه، إلا أنه يشترط جانب أخر من الفقه توافر شرطين أخريين لإعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون.

ثانيا: الشروط المختلف فيها بين الفقهاء للدفع بالغش نحو القانون

تتمثل هذه الشروط في أن يحصل الغش نحو قانون القاضي، وأن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها في القانون المختص أحكام أمرة.

1-حصول الغش نحو قانون القاضي

وهو أن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات منه هو قانون القاضي، أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون، لأن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع 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 القضاء الفرنسي يحكم بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية وقد صدر له قرار في ذلك في:07 مارس 1961، وقد أيد الفقه الحديث هذا التوجه للقضاء الفرنسي على

[1]-حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 383.

[2]-بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص193.

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[1]

وأخيرا خرج المشرع الجزائري عن صمته فيما يتعلق بهذا الشرط و قرر صراحة من خلال الفقرة الأولى للمادة (24) من القانون المدني إثر التعديل الأخير لهذا القانون مسايرته للقضاء الفرنسي الحديث، بأن أجاز إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط، بل يشمل مصطلح:«نحو القانون»، في لغة تفسير النصوص القانونية كل القوانين، سواء تعلق الأمر بقانون القاضي أم كان قانوناً أجنبياً، لأن المطلق يُعمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيده، والعام يُحمل على عمومه حتى يرد ما يخصصه[2].

2-أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة

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

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة، ذلك لكون هذه القواعد يكون لها الصفة الإلزامية التي للقواعد الآمرة وإذا لم يتفق الأطراف على مخالفتها، أي أن الدفع بالغش نحو القانون يكون نتيجة حدوث ضرر للشخص وأدى إلى حصول نتيجة غير مشروعة[3]

[1]- نفس المرجع السابق، الصفحة نفسها.

[2]-أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 17.

[3] -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الفرع الثالث

أثار الدفع بالغش نحو القانون

لما كان مستعمل الغش يستخدم وسائل معينة (أي تغيير ضوابط الإسناد) قصد تحقيق أهداف ممنوعة عليه في قانونه، فإن الفقه اختلف في الآثار المترتبة عن الدفع بالغش[1]، هل ينصرف الجزاء إلى النتيجة والوسيلة على حد السواء أم يشمل النتيجة غير المشروعة فقط؟.

أولا: شمولية الجزاء للنتيجة والوسيلة معا

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه "باتيفول" إلى أن أثر الغش يجب أن يمس النتيجة والوسيلة على حد السواء أي عدم اقتصارها على عدم سريان التصرف الذي قام به الغاش، بل يجب إبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد، فمثلا إذا قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة قصد الاستفادة من أحكام لا يسمح بها قانون الجنسية الأولى، كالتسوية في الزواج بين الذكر والأنثى، فيجب أن لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ قانون الجنسية الجديد، وإنما يجب أن يمتد أيضا إلى الوسيلة التي استخدمها هذا الشخص وهي تغيير جنسيته، ولكن في حدود الغاية التي أراد الوصول إليها فقط متى أمكن تجزئة الآثار المرجوة، أي أن القاضي يتقيد بإبطال الوسيلة المستعملة في حدود الغاية التي يريد الغاش الوصول إليها[2].

ثانيا: اقتصار الجزاء على النتيجة فقط

وذهب الجانب الأخر من الفقه إلى جعل الجزاء منحصر في عدم نفاذ النتيجة المراد تحقيقها من الغش دون الوسيلة المستعملة، وذلك لكون أن النتيجة هي غير المشروعة وليست الوسيلة المستعملة بطرق مشروعة، ويترتب على ذلك استبعاد القانون الذي أنتقل إليه الاختصاص بنية الغش، وتطبيق أحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لأول مرة وذلك في حدود النزاع الذي وقع التحايل بمناسبته، أما خارج هذه الحدود فإنه يتعين إعمال ضابط الإسناد الجديد ما دام أن هذا الضابط لم يؤدي إلى تحديد النتيجة التي هدف إليها المتحايل

[1] – عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص147.

[2] – أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص166.

ابتداء، وهذا هو الرأي الراجح[1]، فمثلا إذا قام الشخص بتغيير جنسيته بغية الاستفادة من أحكام قانون لا يسمح بها قانون جنسيته الأولى، كزواج المسلمة بغير المسلم، أو التسوية في الزواج بين الذكر والأنثى، نفاذها لأنها تمت بقصد التحايل على القانون .

والملاحظ أن أثر الغش نحو القانون هنا هو عدم النفاذ لا البطلان، لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها، وكل ما تملكه دولة القاصي من الناحية القانونية هو الحكم بعدم نفاذه في إقليمها [2] .

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

- حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لداعي المصلحة الوطنية: في هذه الحالة يتم الاستبعاد باسم المصلحة الوطنية أو الصالح العام، ويتعلق الأمر بحالة واحدة تتمثل في مسائل الأهلية القانونية، إذا كان الأخذ بأحكامها يؤدي إلى حصول أضرار مالية لأحد الوطنيين.
- حالة استبعاد تطبيقه لتعارضه مع معاهدة دولية مصادق عليها: وفي هذه الحالة يتم استبعاد القانون الأجنبي لكونه يتعارض مع معاهدة مصادق عليها من قبل دولة القاضي الناظر في النزاع.
- حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي عند الدفع بعدم دستوريته: وتثار هذه المسألة إذا تم عن طريق دفع قضائي من قبل الطرف الأجنبي صاحب المصلحة، حيث يرى بعض الفقهاء بجواز ذلك أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي طالما تمسك الطرف الأجنبي باستبعاد تطبيق قانون بلده عليه لاعتباره غير دستوري[3].

[1] – أحمد الفضلي، مرجع نفسه، ص168.

[2] –أنظر بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص197.

[3]–أحمد دغيش، مرجع سابق، ص24.

خلاصــة الفصــل

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 إذ ارتبط ذلك الأمر بالمسائل التي تدخل ضمن قانون الأسرة وهو ما نصت عليه المادة(358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 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 بالنقض أمام المحكمة العليا، أما إذا تعلق الأمر بغير قانون الأسرة، فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، وعلى هذا الأساس يعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج قانونا، لا واقعة.

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

ومن ثم فإن القاضي يكون ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، أما إذا ارتبط الأمر بغير ذلك 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 المختص يتعين على القاضي الرجوع إلى أحكام القانون الوطني وتطبيقها، أي إذا تعلق بمسالة 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 الإسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه أخطأ في تطبيق القانون الوطني ويكون ذلك نتيجة للخطأ في تفسيره، ومن ثم فإن المشرع الجزائري ساوى بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الأسرية، ومنه إذا أخطأ القاضي الجزائري في تفسير أو تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط، فإن ذلك يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض 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 مخالفا 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(24) من القانون المدني.

الـخـاتـــمـة

الخاتمــة

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

أولا- **النتائــج:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

–أخذ المشرع بالإحالة من الدرجة الأولى بموجب المادة (23 مكرر1)، موسعا بذلك من حالات تطبيق القانون الجزائري.

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

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

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

ثانيا: الاقتراحـــــات

وعلى ضوء ما توصلنا إليه من نتائج، نقترح مايلي :

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

- توضيح المشرع موقفه من طبيعة القانون الأجنبي وإخراج المادة (358) الفقرة السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإدراجها ضمن قواعد التنازع.

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

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

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

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

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

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

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

تم بحمد الله

قائـــمـــــة الـمـراجـــــع

قـــائمة الـــمراجع

أولا:الكتب

01- أحمـد الفضـلي، المـوجز فـي القـانون الـدولي الخـاص، ط01، دار قنـديل للنشـر، الأردن،2010.

02- أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، ط01، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، القاهرة.

03- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج01، ط10، دار هومة، الجزائر،2008.

04- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج01، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

06- بلعيور عبد الكريم، محاضرات في قانون الجنسية على ضوء التعديلات الجديدة، الجزائر، 2009.

07- بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

08- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

09- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

10- دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، الكتاب الأول،الجزائر.

11- دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، ط2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2011.

12- رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج، دراسة في إطار التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

13- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي تنازع القوانين، ج 01، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، 2008.

14- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، تنازع القوانين،ج01، مطبعة الكاهنة، 2000.

15- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية(دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002.

16- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

17- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط 01، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.

18- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزعات الخاصة الدولية، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

19- شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (دراسة مقارنة)، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968.

20- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 01، التركي للكمبيوتر وطباعة الاوفست، طنطا، مصر، 2006.

21- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط 01، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

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

23- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

24- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين،ج01 ،ط 03، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

25- فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

26- فضيل نادية، الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر،سنة 2005.

27- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار الملايين للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011.

28- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، ج 02، دار النهضة العربية،1996 .

29- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص(الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، ط 01، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

30- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي(دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي) منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994.

31- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص-دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

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

33- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص(قواعد التنازع)، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1989.

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

ثانيا: الرسائل الجامعية

01-بزاف إبراهيم، القواعد الخاصة بعقود الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، "مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية"،كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01،2012-2013

02-دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله (دراسة مقارنة)،"مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2010-2011.

03- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص"مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان,201،-2011.

04- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، "مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،الجزائر ،سنة2011-2010.

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

06- لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، "رسالة ماجستير في القانون الخاص"، كلية الحقوق جامعة تلمسان،2001-2002.

07- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، (رسالة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005-2006.

ثالثا: المقالات

01- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر سعيدة الجزائر، العدد الرابع، جانفي 2011.

02- دغيش أحمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني، يومي 21و22 أفريل2010، بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة، بعنوان تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور.

03- حسن محمد الهداوي، اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية، مجلة الحقوق،العدد الثاني،1977.

04- جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في قانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الحادي عشر.

05- موسخ محمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة ورقلة كلية الحقوق ، العدد الثالث، ديسمبر2009.

06- يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة المخبر، القانون الخاص الأساسي، العدد الخامس، سنة 2008.

رابعا:المطبوعات الغير منشورة

01-شنوف بدر، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، ملقاة على طلبة السنة الثالثة شريعة وقانون، غير منشورة، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الوادي، للسنة2012-2013

02- يوسف فتيحة، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"(تنازع القوانين)، ملقاة على طلبة السنة رابعة حقوق،غير منشورة، كلية الحقوق،جامعة تلمسان، مطبوعة لسنة 2008.

خامسا:النصوص القانونية

01-الأمر رقم 70-20المؤرخ في 19 فبراير 1970المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم:14-08 المؤرخ 09 أغسطس 2014.

02-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالقانون05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد44 ، سنة 2005.

03-قانون رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1790 المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم:05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

04- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر05-02 المؤرخ في 27 فيفري2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،عدد31، سنة 2006.

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

06- القانون عدد97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، سنة 2008.

سادسا:المواقع على الشبكة المعلوماتية.

01-هيثم الفقى، "الزواج المختلط"،

(http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.phpt=8489)، تم الاطلاع عليه يوم الأحد: 2016/04/10، على الساعة الرابعة مساءا

الـــــفـــهـــــــرس

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة.....	أ
الفصل الأول: **القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط**.....	**07**
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط.....	**08**
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط	**09**
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج.....	**10**
أولا– القانون الواجب التطبيق على الخطبة في التشريعات المقارنة.....	**10**
ثانيا– القانون الواجب التطبيق على الخطبة في التشريع الجزائري.....	**11**
الفرع الثاني:خضوع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط لقانون الزوجين كأصل عام.....	**12**
أولا: مفهوم الشروط الموضوعية للعقد الزواج المختلط.....	**12**
ثانيا: موقف التشريعات المقارنة من القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج المختلط.....	**13**
الفرع الثالث:الاستثناء الوارد على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط.....	**17**
الفرع الرابع:الصعوبات التي يثيرها قانون الشروط الموضوعية أمام القضاء الجزائري	**18**
أولا:الصعوبات الناجمة عن الفئة المسندة(إشكال التكييف).....	**19**
ثانيا: الصعوبات الناجمة عن ضابط الإسناد.....	**20**
ثالثا: الصعوبات الناجمة عن القانون المسند إلي.....	**23**
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.....	**25**
الفرع الأول : تحديد القانون المطبق على الشروط الشكلية للزواج المختلط.....	**26**
أولا: الأصل العام الذي يحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط والضوابط الاحتياطية	**26**
ثانيا:الاستثناء المتعلق بخضوع الشروط الشكلية لقانون بلد القنصل أو السفير إذا أبرم العقد	**30**

الفهرس

أمامه.....

الفرع الثاني: تحديد نطاق القانون المختص بحكم الشروط الشكلية للزواج..... 33

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط..... 35

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط..... 36

الفرع الأول: مضمون الآثار الشخصية للعقد الزواج المختلط..... 37

أولا:حقوق وواجبات الزوجين..... 38

ثانيا:النسب الشرعي 39

ثالثا:اكتساب الجنسية بالزواج المختلط..... 40

الفرع الثاني: قواعد التنازع التي تنظم الآثار الشخصية للزواج المختلط..... 43

أولا:قواعد التنازع الخاصة بحقوق وواجبات الزوجين..... 43

ثانيا:قواعد التنازع الخاصة بالنسب الشرعي..... 47

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط..... 48

الفرع الأول: مضمون الآثار المالية للزواج المختلط..... 49

أولا: نظام الاشتراك المالي..... 50

ثانيا: نظام الانفصال المالي..... 51

ثالثا: نظام الدوطة أو البائنة..... 51

الفرع الثاني: قواعد التنازع التي تحكم الآثار المالية للزواج المختلط..... 51

الفصل الثاني:مركز القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط أمام القضاء الوطني..... 58

المبحث الأول معاملة القضاء الوطني للقانون الأجنبي المختص بمسائل الزواج المختلط.. 59

المطلب الأول:لطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط.... 59

الفرع الأول: تحديد طبيعة القانون الأجنبي..... 60

أولا: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة..... 60

ثانيا: تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون..... 61

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تحديد طبيعة القانون الأجنبي..... 63

الفهرس

أولا:الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي باعتباره مجرد واقعة..... 63
ثانيا:الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي باعتباره قانونا..... 64
ثالثا: موقف القضاء والتشريعات المقارنة من طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط..... 65
المطلب الثاني: إثبات القانون الأجنبي المختص وتفسيره..... 67
الفرع الثاني: إثبات القانون الأجنبي المختص..... 67
أولا:عبء إثبات القانون الأجنبي المختص..... 68
ثانيا:طرق إثبات القانون الأجنبي المختص..... 70
الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي..... 78
أولا: دور القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي..... 78
ثانيا: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي..... 79
المبحث الثاني: استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزواج المختلط..... 80
المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام..... 80
الفرع الأول: تعريف النظام العام..... 81
الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام و خصائصه..... 82
أولا: خصائص الدفع بالنظام العام..... 82
ثانيا: شروط الدفع بالنظام العام..... 84
الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام..... 87
أولا: أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق..... 87
ثانيا: اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة..... 89
المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون..... 91
الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون..... 91
الفرع الثاني: شروط الدفع الغش نحو القانون..... 94
أولا: الشروط المتفق عليها..... 94

ثانيا: الشروط المختلف فيها بين الفقهاء للدفع بالغش نحو القانون..... 95
الفرع الثالث: آثار الدفع بالغش نحو القانون..... 97
أولا:شمولية الجزاء للنتيجة والوسيلة معا..... 97
ثانيا: اقتصار الجزاء على النتيجة فقط..... 97
الخاتمة..... 103
قائمة المراجع..... 108
الفهرس..... 115

ملخـــــــص

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

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

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

الكلمات المفتاحية

الزواج المختلط، تنازع القوانين، قاعدة اسناد، ضوابط الاسناد، التكييف، الاحالة، الجنسية، القانون الاجنبي، النظام العام، الغش نحو القانون، قانون القاضي.

بالإنجلزية

The marriage of the most important means of mutual understanding between peoples , it has approved the bulk of the monotheistic religions , as stipulated in the majority of man-made laws , when this was ringing the marriage , it does not raise any forms , but if the foreign element sneak into this marriage, then we are in the process of so-called " mixed marriages " disputed laws equivalents of only suspend its convening or exciting.

And by reference to the Algerian legislature found may develop technical rules is the attribution rules , which holds the resolution of conflicts by selecting the most appropriate to the rule of the marriage law, through which can judge from the access to the applicable by law , through what came in the Algerian civil law text material " 11, 12, 13.19 ," which regulates this kind of marriage , whether in terms of the substantive or formal conditions or with respect to the implications after the meeting.
However, during the activation of the national judge of these rules , may prove jurisdiction of a foreign law , the national judge encountered obstacles transmit without the application of this law , either because Msasha public order of the state or because the opponents have used the media to circumvent the national reference base and change the jurisdiction deceit about this law , and from it in both the above two cases it pays national judge not to apply this law, either on behalf of public order in the first case or the application of the theory about fraud law in the second case , which is embodied in the article "24" of the Algerian civil law matter.

The keywords :

The mixed marriage- conflits of law - Connecting rules - Connecting factors - Qualification- Renvoi – Nationality - The foreign law - Order public - Fraud of law - The lex fori .

-**Traduction au français :**

Le résumé :

Le mariage des moyens les plus importants de la compréhension mutuelle entre les peuples , il a approuvé l'essentiel des religions monothéistes , comme il est stipulé dans la majorité des lois de l'homme, quand cela a sonné mariage, elle ne soulève pas de formes , mais si l'élément étranger se faufiler dans ce mariage , alors nous sommes en train de soi-disant « mariages mixtes « contestés lois équivalents de seulement suspendre sa convocation ou excitant

Et par rapport à la législature algérienne trouvée peut élaborer des règles techniques est les règles d'attribution , qui détient la résolution des conflits en sélectionnant le plus approprié à la règle de la loi sur le mariage , par le biais qui peut juger de l'accès à l' applicable par la loi , à travers ce qui est venu dans le droit civil matériel textuel algérien " 11, 12 , 13,19 , " qui régit ce genre de mariage , que ce soit en termes de conditions de fond ou de forme ou par rapport aux effets de post- détenus

Cependant , lors de l'activation du juge national de ces règles , peut prouver la compétence d'une loi étrangère , le juge national a rencontré des obstacles transmettent sans l' application de cette loi , soit parce que Msasha ordre public de l'Etat ou parce que les adversaires ont utilisé les médias pour contourner la base de référence nationale et changer la juridiction de tromperie sur cette loi , et d'elle dans les deux les deux cas ci-

dessus , il paie juge national de ne pas appliquer cette loi , que ce soit au nom de l'ordre public dans le premier cas ou l'application de la théorie sur le droit de la fraude dans le second cas , qui est incorporé dans l'article " 24 " de la question de la loi civile algérienne .

Les mots clés :

Le mariage mixte - Conflits de lois - La règle de rattachement - Les facteurs de rattachement - Qualification- Renvoi-
Nationalité - La loi étranger - L'ordre public - Fraude à la loi - La loi de fori .