جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

مذكرة بعنوان:

الزواج المختلط وأثاره في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

أسماء الطلبة:

– بوراوي سارة

– بوغدة فايزة

الأستاذة المشرف:

صباح شويط

لجنة المناقشة:

إسم ولقب الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
سلاف بولغليمات	أستاذمحاضر– ب	جيجل	رئيسا
صباح شويط	أستاذ محاضر– ب	جيجل	مشرفا ومقررا
سناء منيغر	أستاذمساعد– ب	جيجل	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2023/2022

جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

مذكرة بعنوان:

الزواج المختلط وأثره في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

أسماء الطلبة:

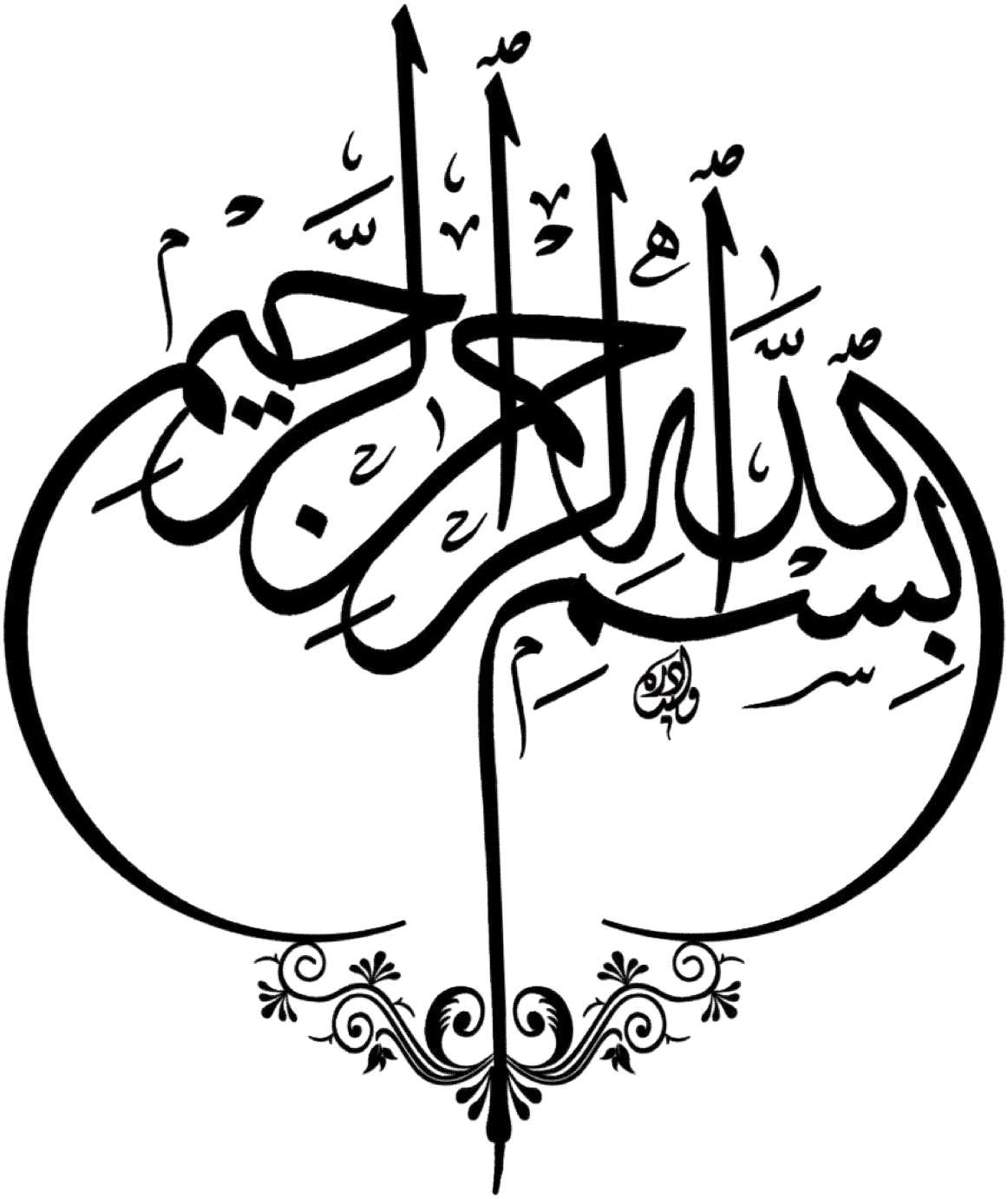
– بوراوي سارة

– بوغدة فايزة

الأستاذة المشرف:

صباح شويط

السنة الجامعية 2023/2022


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

نتقدم بالشكر إلى الأستاذة شويـــط صبـــاح التي أشرفت على انجاز المذكرة و التي لم تبخل علينا بالنصائح و التوجيهات و نشكر كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في انجاز المذكرة

الإهـــداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

أهدي هدا العمل ثمرة نجاحي الي :

أمي و أبي حفظهما الله وأطال عمرهما

إخوتي

كل صديقاتي و زميلات الدراسة

مقدمة

الناس ومنذ بداية البشرية كانوا ومازالوا في حاجة إلي العيش والاختلاط مع بعضهم البعض وهذا ما دفعهم إلي العيش والزواج في إطار الجماعة قال تعالي في سورة الحجرات بعد بسم الله الرحمن الرحيم "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثي وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ". إي ليعرف بعضكم بعضا ولعل الناظر إلى عصرنا الحديث يجد أن هذا التعارف يضرب بجذوره عميقا خصوصا مع ما يشهده العالم من تطور حيث أصبح يشكل قرية صغيرة من خلال التطور الكبير في مختلف وسائل الاتصال المختلفة هذا ما أدىإلي توسيع المعاملات بين الشعوب رغم بعد المسافات،وهذا اوجب علىالأنظمةأن تضع إضافةإلى قوانينها الداخلية قواعد أخرى تحكم علاقة الأجانب مع بعضهم البعض ومع غيرهم من أجل إحلالأحسن تنظيم للمجتمع والعلاقات ذات العنصر الأجنبي ليست مقتصرة علي مجال دون الأخر، فنجدها في الميدان السياسي والاقتصادي والاجتماعي ولعل أبرز العلاقات ذات الطابع الاجتماعي والمتمثلة في الزواج الذي إذا تباينت جنسيات أطرافه عرف بالزواج المختلط وهو العلاقة الزوجية التي تكون بين شخص وطني وشخص أجنبيأو العكس فهو وسيلة لاكتساب الجنسية إذ انه في حالة زواج الوطنيين لاتوجد أية مشكلة إذ لهما نفس الجنسية أما في حالة زواج شخصين من جنسيتين مختلفتين هنا يثور الإشكال حول الجنسية، إذ نجد أنالأفراد يميلون إلي الزواج المختلط بدوافع عديدة منها ماهو سياسي اقتصادي بالرغم من أن له مشاكل عديدة وخطورة علي الأسرة حيث نجد أنالأديان والشرائع نظرت إليه بحيطة وحذر وهناك من أباحته وفق حدود وهناك من حرمته قطعا.

<u>أهمية الموضوع</u>

لهذا الموضوع أهمية بالغة تتمثل في تبيان التشريعات في تنظيم الزواج المختلط باعتباره من أهم مسائل الأحوال الشخصية وأفسح الروابط العائلة مجالا لتنازع القوانين كما له أهميةأخرى تظهر من خلال تدخل القاضي عن طريق التكييف وتحكمه فيما يعتبر زواجا وماهو غير ذلك.

كما أن الزواج قد يكون مختلط بين أشخاص من جنسيات مختلفة، وقد يحصل علي ارض دولة وليس هناك صلة أساسية تربط الزوجين بها وما يزيد في تعقيد دلك هو تعدد واختلاف القوانين الشخصية أوالإقليمية في بعض الدول فمن خلال هده المعطيات يتبين أن موضوع الزواج المختلط وأثاره يعتبر من أكثر المواضيع التي هيا بحاجة إلى الدراسة والمناقشة والتحليل.

أسباب اختيار موضوع الدراسة

الميول الشخصي لموضوع الزواج المختلط لما له من أهمية ومكانة في حياة الإنسانية جمعاء إضافة إلى حب الاطلاع والتعمق في الموضوع من اجل التحصيل والتراكم المعرفي مع إمكانيةإفادة الغير في حالة الاستشارة القانونية حول موضوع الزواج المختلط خاصة بعد الانتشار الكثير لحالات الزواج المختلط المعروضة أمام المحاكم بصفة خاصة والمجتمعات بصفة عامة.

أهداف الدراسة

– تحديد القانون الواجب التطبيق علي الزواج المختلط في القانون الجزائري بداية من شروط انعقاده إلى غاية الآثار الناتجة عنه.

– التعرف على قواعد الإسنادالمتعلقة بالزواج المختلط.

– تباين موقف المشرع الجزائري من موضوع الزواج المختلط.

– الآثار المترتبة علي الزواج المختلط و تحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

العراقيل والصعوبات

يجب الإشارةإلى بعض الصعوبات التي تواجهنا أثناءإعدادهدهالمذكرة المتمثلة في:

– عدم وجود كتب متخصصة بتنازع القوانين في مشكلات الزواج أساسا وان وجدت فهي تعالج مع موضوع القانون الدولي الخاص كأصل عام.

– صعوبة الوصول إلى الاجتهادات القضائية الخاصة بالموضوع.

الدراسات السابقة:

هناك مجموعة من الدراسات السابقة التي تناولت موضوع الزواج المختلط وأثره على التسريع الجزائري من بينها:

- زلاسي بشرى، الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره، بحث لنيل شهادة الماجيستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق،بن عكنون 2000 /2001.
- شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/ 2017.

ضبطالإشكالية

يثير موضوع البحث إشكالية رئيسية تتمثل في:

ملائمة الحلول الوضعية المقررة لفض تنازع القوانين في مسائل الزواج المختلط وأثارهفي قواعد الإسناد الجزائرية واستجابتها للتطورات الخاصة علي الصعيدين الوطني والدولي؟ويندرج تحت هتهالإشكالية سؤال فرعي:

ماهي الإشكالات التي تلقاها المشرع الجزائري وماهي الحلول التي وضعها للتصدي لذلك؟ وللإجابة علىالإشكاليات المطروحة سنكون قد درسناها في فصلين أساسين يخصص الفصل الأول في قواعد التنازع التي تحكم انعقاد الزواج المختلط. ويخصص الفصل الثاني في قواعد التنازع التي تحكم أثار الزواج المختلط.

المنهج المتبع

سوف نتبع في بحثنا هذا علي المنهج التحليلي عن طريق تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع لأن الأمر يتعلق بكثرة فروع القانون عرضة للاجتهادات الفقهية والقضائية، وذلك أما لعدم توفر النصوص القانونية الكافية أو نقصها ونستعين بالمنهج المقارن عند مقارنة القوانين المتقاربة مع نظامنا القانوني وما جاءت به الاجتهادات القضائية المقارنة لهدا المجال.

الفصل الأول: قواعد التنازع التي تحكم انعقاد الزواج المختلط

الفصل الأول: قواعد التنازع التي تحكم انعقاد الزواج المختلط

يبدأ الزواج عادة بمقدمات تسمي بالخطبة وقد تباينت التشريعات في تحديد طبيعتها القانونية وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها حيث نجد أن المشرع الجزائري لم يفرض قاعدة تنازع خاصة بها وساير المشرع الفرنسي والمصري واعتبرها وعد بالزواج في صريح المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنه "أما بالنسبة لتكييفها فإنه أخضعها لقانون القاضي المعروض عليه النزاع طبقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري، ومن ثم فان الخطبة طبقا للمشرع الجزائري وعد فهي لا ترقي إلى مرتبة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من أثار الزواج ولكن إذاأدى العدول عنها إلىأفعال ضارة فيمكن مسالة الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية ونطبق قاعدة التنازع التي تخص الالتزامات الغير تعاقدية المنصوص عليها في المادة 20من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولي.

أما إذا انتهت الخطبة وتوجت بالزواج واشتملت العلاقة الزوجية على عنصر أجنبيأثارذلك تنازع بين القوانين يكون علي القاضي تحديدالقانون الواجب التطبيق علي انعقاد الزواج وهدا في المبحث الأولوتطبيق القانون المختص بالزواج المختلط في المبحث الثاني.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

لقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة4 من قانون الأسرة الجزائري "هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة علىالأنساب "

ويكون الزواج وطنيا إذا تم بين رجل وامرأة يتمتعان بنفس الجنسية ففي هذه الحالة سوف يخضع للقانون الوطني أما إذا تم بين طرفين مختلفي الجنسيفإننا نكون بصدد الزواج المختلط ويعتبر هذا النوع من الزواج وسيلة لاكتساب الجنسية وبالرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الجزائري قيما يخص القانون الواجب التطبيق علي الشروط الموضوعية وهذا في المطلب الأولوالقانون الواجب التطبيق علي الشروط الشكلية في المطلب الثاني

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

يقصد بها تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة انعدامها، فهي العناصر الأساسية التي تقوم عليها الرابطة الزوجية وتتوقف صحة انعقادها على مدى تحققها بحيث يؤدي تخلف أي شرط من هذه الشروط إلى بطلان الزواج.[1]

حيث حددها قانون الأسرة الجزائري وهي ركن الرضا حسب م 9 وشروط الصيغة حسب م 9 مكرر.[2]

وسنفصل في الشروط كل على حدا:

- **أولا- الرضا:** يعتبر الزواج من أسمى العقود، لأنه يربط بين الزوجين برباط من المودة والرحمة لقوله تعالى: ﴿**هن لباس لكم وأنتم لباس لهن**﴾ ونظرا لهذه الأهمية، فلا يمكن للزواج أن

[1] شبور نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016، ص 29.

[2] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2008، الجزائر، ص 56.

يتم إلا إذا توفر ركن مهم وهو الرضا، فلا يكون الزواج صحيحا إلا أنه توقر.[1]وهو اقتران إيجاب أحد الأطراف بقبول الطرف الأخر علنا، ويكون خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة كالغش والإكراه والتدليس، وذلك تحت طائلة بطلان عقد الزواج.[2]

- **ثانيا- الأهلية:** لقد حدد المشرع الجزائري سن الأهلية 19 سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة، كما أجاز زواج القص شرط أن يكون بترخيص من القاضي.[3] ونعني بأهلية الزواج هنا صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، وقد نصت عليه المادة 40 ق.م: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة.[4]

- **ثالثا- الشهود:** الإشهاد أيضا مهم في عقد الزواج، حيث يعقد الزواج بحضور شاهدين، مستوفيين شروط الإشهاد، لما لعقد الزواج من مكانة مهمة وعظيمة في الإسلام لقوله: ﴿**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**﴾.

- **رابعا- الولي:** الولاية بكسر الواو وفتحها، لغة: هي النصرة والقدرة وعند الفقهاء تعنى سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود، وترتب أثارهاعليها دون توقف على إجازة أحد.[5]

المقصود بالولاية في عقد الزواج هي تلك السلطة الثانية شرعا لشخص تخوله حق مباشرة إجراء عقد الزواج لنفسه أو لغيره لسبب من أسباب ولاية التزويج من صغر و بكارةوغيرها.[6]

---

[1]زلاسي بشرى، الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره ، 2000 2001، ص 38.

[2] قاسمي نبيل، كروان هشام، الزواج المختلط في قواعد التنازع الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، 2021، ص 08.

[3] قاسمي نبيل ،كروان هشام ، نفس المرجع ، ص 09.

[4] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2008، الجزائر، ص 60.

[5]المرجع نفسه، ص 62.

[6]زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 40.

- **خامسا- الصداق:** يعتبر من الحقوق المالية التي رتبها الشارع الحكيم فهو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة ملؤها الاطمئنان والسعادة. [1]
- **سادسا- انعدام الموانع الشرعية:** أضاف المشرع الجزائري إلى نفسه السابق في قانون الأسرة شرط خاص يتعلق بخلو المرأة من الموانع الشرعية للزواج والمقصود من ذلك سواء التحريم المؤبد أو المؤقت.[2]اختصت الشريعة الإسلامية في كثير من المواضيع بتشريعات مفصلة تفصيلا دقيقا لا مجال للرأي فيه لأنها من الأمور الخطيرة التي لو تركت للبشر لعاثوا في الأرض فسادا.[3]

الفرع الأول: القاعدة العامة

أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لعقد الزواج لضابط الجنسية وهو الضابط الذي اعتمده المشرع في مجال الأحوال الشخصية وذلك من خلال نص المادة 11 ق.م.ج[4]حيث تنص: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". وخضوع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية نصت عليه أيضا المادة 97 ق .م.ج[5]بقولها: إن الزواج لذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبي يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة إلا يخالف الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني مكان عقد الزواج...

نستنتج من خلال قرائتنا لنص هذه المادة أنها اعتبرت أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي صحيحا شريطته إلا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي

[1] سلامة فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 30.

[2] سلامه فاطمة الزهراء، نفس المرجع، ص 51.

[3] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 84.

[4] المادة 11 من الامر 75 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني الجزائري .

[5] المادة 97 من الامر 70 20 المؤرخ في 19 فيفري 1970يتعلق بالحالة المدنية .

يتطلبها القانون الوطني لا مكان الزواج وطبقا لمادتين المذكورتين أعلاه فإن الشروط الموضوعية لعقد الزواج تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين.

لكن الإشكال يثار في حالته اختلاف الزوجين في الجنسية فكيف يمكن بتطبيق جنسية وكل هذا الإشكال ظهر اتجاهان: اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين وتطبيقا جامعا واتجاه آخر ينادي بتطبيقها تطبيقا موزعا.

أولا: الاتجاه الأول:

التطبيق الجامع:ينادي أصحاب هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا ومعنى ذلك أن الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونيه الوطني وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر...[1]

ثانيا: الاتجاه الثاني: التطبيق الموزع

وحسب هذا التطبيق، كل زوج يستوفى الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط، فإذا أريد إبرام عقد زواج بين مصري وتونسي، فأخذا بالتطبيق الموزع يستوفى الزوج المصري الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون التونسي.

إن المقصود بالتطبيق الموزع أنه يكفي لصحة الزواج من حيث الموضوع أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه...[2]

1- حدود التطبيق الموزع:

قد يتعذر في بعض الأحيان الموزع لقانون كل من الزوج والزوجة ويبدو ذلك بصفة خاصة بالنسبة لبعض الشروط السلبية للزواج أو ما درج الفقه على تسمية بموانع الزواج أو قد يؤدي

[1] دربة أمين،تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة ، دفاتر السياسة والقانون، العدد 4، جانفي 2011 ص 20.

[2]شورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، ص 33.

مراعاة المانع لدى أحد الزوجين إلى ضرورة مراعاته بالنسبة للزوج الأخر فلا يستثني من التطبيق المزرع سوى الحال التي يتضمن فيها قانون أحد الزوجين شروط موضوعية سلبية أو ما يطلق عليه الفقه بموانع الزواج كالقرابة من درجة مهنية أو الاشتراك في جريمة الزنا أو الاختلاف في الدين أو ارتباط المرأة بزواج قائم لم يفعله إذ لا يكون معرفي هذه الحالة من تطبيق قانون كل من الزوجين تطبيقا جامعا فيما يتعلق بهذه الشروط وعليه يكفي أن يتضمن أحد القانوني النص على مانع من موانع الزواج لكي لا ينعقد صحيحا....[1]

2- تمييز الفقه بين الشروط الموضوعية الفردية والمزدوجة:

وقد ميز الفقه الألماني في هذا الصدد بين الشروط التي لها صفة فردية وتلك التي لها صفة مزدوجة فالشروط التي لها صفة فردية تتعلق بأحد الزوجين وهنا لا يثير التطبيق الموزع أية صعوبة، أما الشروط التي لها صفة مزدوجة مثل القرابة، فلا مفر من التطبيق الجامع بشأنها وهناك شروط يصعب تعيينها في أحد الطائفتين كشرط عدم وجود مرض في أحد الزوجين، فعاليته الفقه اعتبره من الموانع المزدوجة .....[2]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري بالتطبيق الموزع وهو مانستنتجه من خلال نص المادة 11من القانون المدني الجزائري حيث استعمل المشرع عبارة لكل من الزوجين دليل علي انه قد تاثر بالاتجاه الذي ينادي بالتطبيق الموزع أن يأخذ بالتطبيق الجامع استعمل عبارة " لكل من الزوجين "[3]

[1] غوالة أحلام، لعرابة حنان، تنازع القوانين حول موضوع الزواج ،مدكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص ،تخصص قانون الاسرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل ، 2016 2017 ،ص 18.

[2] رحاوى أمنية، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ،مدكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص ،جامعة ابي بكر بلقايد ، الجزائر ،2010 2011 ص 14، ص 15.

[3] المادة 11 من القانون المدني الجزائري.

وقد أكد المشرع الجزائري علي تبنيه للتطبيق الموزع صراحة وذلك من خلال نص المادة 97من الحالة المدنية الجزائري بقوله "أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذأتم حسب الأوضاعالمألوفة في دلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمامالأعوانالدبلوماسيين المشرفين علي دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية".[1]

الفرع الثاني: الاستثناء

إذا كانت القاعدة العامة تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين بالنسبة للدول التي تأخذ بذلك، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده، إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص م 13 ق.جبنصها" يسري القانون الجزائري وحده في المادتين 11 و 12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلافيما يخص أهلية الزواج [2].

وطبقا لذلك يستثنى من تطبيق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج شرط العملية إذ أنها تخضع لقانون الجنسية تطبيقا لنضام 10 ق.م.ج.[3]فطبقا لهذا الاستثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت أيام عقد الزواج تخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى القانون الجزائري وحده، باستثناء الأهلية، تظل العملية لكل من لزوجين خاضعة لقانون جنسيتها.

[1] المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائرية.

[2] المادة 13 من الامر رقم 75 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري .

[3] المادة 10من الامر رقم 75 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري .

أولا: مضمون الاستثناء

إذا كانت القاعدة العامة تخضع للشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين بالنسبة للدول التي تأخذ بذلك، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 13 ق .م. ج بنصها: "

وطبقا لذلك يستثنى من تطبيق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج شرط الأهلية إذ أنها تخضع لقانون الجنسية تطبيقا لنص م10 ق1 ق.م.جفطبقا الاستثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج تخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى القانون الجزائري وحده باستثناء الأهلية، الأهلية كل من الزوجين خاضعة لقانون جنسية ما...[1]

ثانيا: إشكالية أعمال نص المادة 13 ق.م:

نص المشرع الجزائري على استثناء الضابط الخاص بالشروط الموضوعية للزواج في المادة 13 ق.م يتضمن تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج دون أن يترك مجالا لتطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية بالتالي فإن تطبيق هذا الاستثناء قد يستفيد منه بعض المواطنين وسهل إذا لم تتغير جنسية الزوجين بعد انعقاد الزواج ولكن يثار الإشكال إذا كان أحد الزوجين جزائري عند انعقاد الزواج ثم يغير جنسيته بعد ذلك أو يتخلى عنها نهائيا[2].

[1] المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

[2] خديجة حمادي، كمال مخلوف، القانون الواجب التطبيق علي الشروط الموضوعية للزواج المختلط دراسة تحليلية في القانون الجزائري ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 17، العدد 2، سنة 2022، ص 203.

ونص التشريع اليوغسلافي والبلغاري على التطبيق الجامع بشأنه وبالنسبة لمانع من الزواج في حالة وجود زواج سابق غير منحل فقد اعتبره الفقه من الموانع التي لها صفة مزدوجة واعتبره البعض الآخر من الموانع ذات الصفة الفردية.

ثالثا: تعارض نص المادة 13 مع المبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص المقارن

إن تطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري يترتب عنه تكريس النزعة الوطنية بما يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص المقارن ومبادئ العدالة والمساواة التي كرستها المواثيق الدولية وبالأخص ونصت عليه المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي من خلالها يتمتع كل إنسان بكافة كل الحقوق والحريات الوارد في الإعلان دون تمييز سواء كان بسبب العنصر أو الدين أو الجنس أو أي وضع آخر فبالرغم من أن المشرع أراد من ذلك حماية المصلحة الوطنية لكنه خالف المبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص ومبادئ العدالة والمساواة التي كرستها المواثيق الدولية.

الفرع الثالث: صعوبات تطبيق ضابط الجنسية:

إن إعمال نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري الذي يقضي بتطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج قد يثير عدة صعوبات في التطبيق وهي صعوبات يثريها ضابط الجنسية عموما في حالة تعدد الجنسيات وفي حالة انعدام الجنسية وفي حالة التنازع المتحرك كما قد يتوصل القاضي إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع والطوائف[1].

أولا: التنازع الإيجابي:

التعدد في الجنسية أو ما يسمى بالتنازع الجنسيات الإيجابي يقصد به أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة حين تثبت للشخص جنسية دولتين أو أكثر في وقت واحد وبعبارة أخرى

[1] المادة 1 من القانون المدني الجزائري.

تتحقق هذه الظاهرة في الحالة التي ترى فيها قوانين الجنسية في دولتين أو أكثر أن شخص ما ينتمى إليها..[1]

في هذه الحالة يكون القاضي أمام فرضين:

1-في حالة تعدد الجنسيات وكانت من بينها جنسية دولة القاضي:

في هذا الفرض ليس هناك من تنازع بين الجنسيات، فجنسية دولة القاضي تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورا هادف، فتحذف مسبقا كل إمكانية مفاضلة أو الاختيار فهي تطبق دون سواها، فقواعد الجنسية هي قواعد عامة إقليمية التطبيق، ترفض أي فكرة للتزاحم، فالمشرع الوطني ينفرد بتحديد شروط اكتساب جنسية أو شروط زوالها واكتساب الفرد لجنسية دولته يمنع مسبقا كل بحث في توافر جنسية دولة أخرى.

2- تعدد الجنسيات وليس من بينها جنسية دولة القاضي:

في هذا الغرض يبرز للتنازع بين الجنسيات، وجنسية دولة القاضي غير متواجدة فلا مجال هنا للباحث عن حذف وإنما عن مفاضلة واختيار بين الجنسيات المختلفة التي تتفق أحكامها مع قانون جنسية دولة القاضي أو ترك التحديد لصاحب العلاقة أو تفضيل الجنسية الأقدم أو الجنسية إذا حدث. [2]

ثانيا: التنازع السلبي

يقصد به عدم تمتع الفرد بأية جنسية، كما يمكن تعريفه بأنه وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق وعديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في تاريخ لاحق على الميلاد مجردا في حمل جنسية أية دولة من الدول.

[1] شبور نورية، المرجع السابق، ص 41، ص 42.

[2] رحاوي أمنية، المرجع السابق ص 19، ص 20.

ترك المشرع الجزائري أمر تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية لتقدير القاضي كان هذا قبل تعديل 2005 لكن بعد التعديل تطبق م 03/22.[1]

ثالثا: التنازع المتحرك

حيث أن تنظيم العلاقات القانونية يخضع لاعتبارات الزمان والمكان في ذات الوقت مما يقتضى تحديد وقت نشوء العلاقة ومكانها وتكمن أهمية تحديد عنصر الزمان في تعيين القانون المطبق حسب قواعد القانون الانتقالي أو تنازع القوانين من حيث الزمان، كما تكمن أهمية تحديد عنصر المكان حسب قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.[2]

رابعا: انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات

قد تثور الصعوبة في حالة الإسناد إلى قانون بلد تتقد فيه الشرائع إقليميا أو طائفيا ونكون بصدد تعدد إقليمي عندما تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا ونكون بصدد تعدد شخصي في حالة التعدد الطائفي كما هو الشأن في مصر ولبنان ومعظم دول الشرق الأوسط وغالبا ما يكون التعدد الطائفي على اعتبار الديانة أو الجنس. [3]

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

يخضع الزواج باعتباره من التصرفات القانونية من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة والتي تقضى بخضوع العقود بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أن يخضع قانون الوطني المشترك للمتعاقدين، وقد اسند المشرع الجزائري الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد ونص على ذلك في المادة 19 المعدلة من القانون المدني الجزائري وتتمثل هذه الضوابط في:

[1] المادة 22 فقرة 03 القانون المدني.

[2] غوالة أحلام، لعرابة حنان، المرجع السابق، ص 26.

[3] نفس المرجع، ص 26.

- خضوع الشروط الشكلية لمحل إبرام العقد.

- خضوع الشروط الشكلية للقانون المواطن المشترك للمتعاقدين.

- خضوع الشروط الشكلية للقانون الذي يسرى أحكامهما الموضوعية. [1]

الفرع الأول: ضابط محل الإبرام

يخضع الزواج من حيث شكله في القانون الجزائري لقانون محل إبرامه، وقد نصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية: «إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج» ويلاحظ أن هذا النص لا يتعلق إلا بالزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائريا مما يجعل زواج أجانب غير خاضع له. [2]

الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشتركة

يخضع الزواج من حيث الشكل لقانون الجنسية المشتركة في حال اتحاد الزوجين في الجنسية سواء تعلق الأمر بالدول التي اعتبرت قاعدة خضوع الشكل لقانون محل إبرامه اختيارية أو الدول التي اعتبر خضوع الشكل للقانون المحلي إلزامية لأن غالبية الدول تتمح لرعاياها إبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية. [3]

صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في إبرام زواج رعاياهم:

إن قاعدة صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في إبرام زواج رعاياهم في الجزائر قد تبناها المشرع الجزائري في المادة 96 ق.ح.م والتي تنص: «أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين

[1] المادة 19 المعدلة: من القانون المدني الجزائري.

[2] المادة 97 من قانون الحالة المدنية.

[3] رحاوى أمنية، مرجع سابق، ص 32.

الجزائرية، وكذلك نصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري في فقرتها الثانية: «ويجرى مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائريي وأجنبية وثم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية» واستنادا لنص المادتين السابقتين فإن زواج الجزائريين المبرم طبقا للقانون الجزائري أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل في الدول المعتمدين فيها يعتبر صحيحا. [1]

المبحث الثاني: تطبيق القانون المختص بالزواج

هناك حالات يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي معين لحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، ولكن بمجرد رجوع القاضي الوطني لمحتوي دلك القانون يتضح لديه أن قاعدة الإسنادقد أشارتإلي تطبيق قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية والأركانالأساسية والأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع هدا من جهة ومن جهة ثانية قد يتضح للقاضي الوطني أن القانون الأجنبيالذي دلت عليه قاعدة الإسناد قد ثبت له الاختصاص نتيجة تحايل أطراف العلاقة القانونية وتلاعبهم بقاعدة الإسناد الوطنية،فإذا وجد القاضي الوطني نفسه أمام حالة من هاتين الحالتين يتعين عليه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي مع النزاع المشتمل علي عنصر أجنبي المعروض أمامه،تارة باسم مخالفته للنظام العام الوطني (المطلب الأول) وأخرى باسم الغش نحو القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام

إن تطبيق القانون الأجنبي المختص ترجع إلى تعارض أحكام هذا القانون وعدم انسجامها مع النظام العام في دولة القاضي ومنه سنتعرض إلى تعريف النظام العام في الفرع الأول وشروط الدفع بالنظام العام في الفرع الثاني وأثار الدفع بالنظام العام في الفرع الثالث.

[1] المادة 96. المادة 02/97/ قانون الحالة المدنية.

الفرع الأول: تعريف النظام العام

لقد عرف النظام العام بأنه " عبارة لاجتماعي والإقتصادي للدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بأفكار دينية أساسية معنية أو عقائد مذهبية اقتصادية إلخ.[1]

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

ويتضح المقصود بالنظام العام الذي يستبعد القاضي بموجبه القانون الأجنبي، ويحل محله قانونه الوطني لما له من اختصاص استثنائي مشرع قد ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة بين أجل تحديد مقتضيات النظام العام وأسسه حسب مفاهيم نظامه القانوني[2].

الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام

حتيدفع القاضي بالنظام العام لابد من توفر شروط حتى يدفع القاضي بالنظام العام لابد من توفر شروط معنية على أن تكون مجتمعة وه كالتالي:

أولا: أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي وسواء ثبت له ذلك بموجب قاعدة الإسناد الوطنية أو بموجب اتفاقية دولية [3].

ثانيا: أن يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه متعارض في أحكامه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون دولة القاضي أي يتعارض في حكمة مع مقتضيات النظام العام الوطني[4].

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

[2] المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

[3] يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص ملقاة على طلبة السنة الثالثة حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، مطبوعة لسنة 2008، ص 214.

[4] بلماضي عمر الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، ص 137.

ثالثا: أن تكون مخالفة لنظام العام حالية وقد رفع الدعوى فالعبرة في تقدير مقتضيات النظام العام هي بلحظة الفصل في الدعوى، إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأ المركز القانوني، ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على أثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فإنه لا يمكن استبعاد تطبيق ذلك القانون [1].

الفرع الثالث: أثار الدفع بالنظام العام

أولا: 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، وإذلال القانون الجزائري محله لما له من اختصاص استثنائي في هذا الفرض، وهذا الإخلال قد يتم بطريقة سلبية وقد يتم بطريقة إيجابية[2].

ومنه فإن تطبيق القانون الوطني يسد الفراغ التشريعي الذي يترتب على استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، يعتبر أكثر الحلول الملائمة لاعتبارات علمية، فهو معروف عند القاضي مما يجنبه مشقة البحث عن مضمونه[3].

ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة

الواقع أن المسألة تختلف باختلاف مدى تعارض الآثار ذاته مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فإذا كانت هذه الآثار هي بدورها تتعارض صارخا مع مقتضيات النظام العام، ففي هذه

[1] صلاح الدين، فترة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى الفتر الجامعي، لبنان ، 2004، ص 30.

[2] بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010- 2011، ص 146.

[3] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، ط1. منشورات الحلبي، الحقوقية، لبنان، 2004، ص 620.

الحالة يلعب النظام العام دوره كاملا في استبعاد الحق واستبعاد آثاره، فمثلا من غير الممكن أن نتصور قبول الاعتراف في الجزائر من نفس الجنس، لأن ذلك يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية 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 الآخر المخفف للنظام العام له تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي، حيث اعترف بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج طبقا للقانون المحلي والاعتداد بكافة آثاره القانونية في فرنسا[1].

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

يتحقق الغش نحو القانون عن طريق قيام أحد الخصوم بتغيير ضابط الإسناد بهدف نقل الاختصاص التشريعي من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى بغرض التهربأحكام قانون صاحب الاختصاص الأصلي والذي يحول دون تحقيق رغبات الخصم والتوصيل إلى تطبيق القانون الأنفع الذي يحقق مصلحته الشخصية كان يسمح هدا الأخير مثلا بإنشاء علاقة أو مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الواجب التطبيق أصلا علي العلاقة أو كان هذا الأخير يتطلب شروط أوإجراءاتأكثر شدة أو وقتا طويلا أو جهود كبيرة أو نفقات أو ضرائب أو رسوم باهضة وسوف نوضح دلك من خلال تعريف الغش نحو القانون في الفرع الأول وفي الفرع الثاني شروط الدفع بالغش نحو القانون وفي الفرع الثالث أثار الدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون

كما عرف الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة الغش نحو القانون بأنه " التعديل الإداري النظامي للعنصر الواقعي في منابط 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]

[1] بختة زيدون، المرجع السابق، ص151.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، ط1، مكتبة الجلاء، الجديدة المنصورة، مصر، ص 754.

وكما عرف الأستاذ عبده جميل غصوب بأنه " التغيير الإداري والمقصود لضابط الإسناد بهدف التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية وإخلال قانون آخر بدلا منه، من شانه تحقيق الغاية التي حصل التغيير من أجلها[1].

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

الفرع الثاني : شروط الدفع بالغش نحو القانون

أولا: الشروط المتفق عليها:

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

1-التغيير الإرادي لضابط الإسناد:

ويطلق عليه الفقه بالركن المادي للغش، ويحدث التحايل على القانون نتيجة لتصرف إرادي يتمثل في تغيير ضابط لإسناد في قاعدة التنازع والتغيير الذي يحقق العنصر المادي

للغش نحو القانون هو الذي يكون للإرادة دورا في إحداثه[2].

2-توافر نية الغش نحو القانون:

[1] عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 118.

[2] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار النقاش للنشر والتوزيع، 2009..

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 بنية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية[1].

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 آمرة.

1-حصول الغش نحو قانون القاضي

وهو ن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات منه هو قانون القاضي أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون لأنّ مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي[2].

2-أن يكون الغش موجه نحو قاعدة آمرة

يرى بعض الفقهاء 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[3].

[1] حفيظة السيد حداد الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 383.

[2] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 193.

[3] أحمد دغش، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني، دار قنديل ، ص 17.

الفرع الثالث: آثار الدفع بالغش نحو القانون

أولا: شمولية الجزاء للنتيجة والوسيلة معا:

ذهب بعض الفقهاء الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه " باتيغول " إلى أن أثر الغش يجب أن ليس 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 نفاد قانون الجنسية الجديد، وإنما يجب أن يمتد أيضا إلى الوسيلة التي استخدمها هذا الشخص وهي تغيير جنسية ولكن في حدود الغاية التي أراد الوصول إليها فقط متى أمكن تجزئة الآثار المرجوة، أي أن القاضي يتقيد بإبطال الوسيلة المستعملة في حدود الغاية التي يريد الغاش الوصول إليها[1].

ثانيا: اقتصار الجزاء على النتيجة فقط

وذهب الجانب الآخر من الفقه إلى جعل الجزاء منحصر في عدم نفاد النتيجة المراد تحقيقها من الغش دون الوسيلة المستعملة، وذلك لكون أن النتيجة هي غير المشروعة وليست الوسيلة المستعملة بطرق مشروعة، ويترتب على ذلك استبعاد وليست الوسيلة المستعملة بطرق مشروعة، ويترتب على ذلك استبعاد القانون الذي انتقل إليه الإختصاص بنية الغش، وتطبيق أحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لأول مرة وذلك في حدود النزاع الذي وقع التحايل بمناسبته، أما خارج هذه الحدود وتفانه يتعين إعمال ضابط الإسناد الجديد ما دام أن هذا الضابط لم يؤدي إلى تحديد النتيجة التي هدف إليها المحايل ابتداء، وهذا هو الرأي الراجح

[1] أحمد الفضلي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010، ص 166.

الفصل الثاني: أثار عقد الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليه

المقصود بالآثار عقد الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده صحيحا والأصل في هذه الآثار أن تكون بحكم الشارع، بمراتبه القانون والشرع على العقد من أثار الملزمة للطرفين، ويقسم الفقه أثار رابطة الزوجية إلى قسمين: الأول يخص الآثار الشخصية وتشمل تلك الآثارالتي تترتب مباشرة على عقد الزواج وتتعلق بشخص كل من الزوجين أم القسم الثاني من الآثار المالية التي تتعلق بالذمة المالية.

ونحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى المقصود بهذه الآثار بشكل مبسط ثم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق عليها في ظل القانون الدولي الخاص وذلك عبر مبحثين اثنين تخصص المبحث الأول للآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط والمبحث الثاني للآثار المالية لعقد الزواج المختلط.

المبحث الأول: الآثار الشخصية

تعرف الآثار الشخصية للزواجبأنها تلك الآثار التي تتصل بشخص الزوجين وتتناول علاقتهما الشخصية وما يرتبط بهذه العلاقة من حقوق وواجبات شخصية متبادلة ولا جدال أن رابطة الزوجية ترتب في مختلف النظم القانونية مجموعة من الحقوق والواجبات سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة، إلا أننا عندما تكون أمام حالة من حالات الزواج المختلط فلا شك أنه ستعترضنا مشكلة تنازع عدة قوانين لحكم هذه الآثار وقبل معرفة ذلك سنتطرق لتحديد حقوق وواجبات الزوجين (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مضمون الآثار الشخصية للزواج المختلط

مضمون الآثار الشخصية للزوجين تتمثل في الحقوق وواجبات الزوجين الفرع أول، اكتساب الجنسية الفرع ثاني، وأثر الزواج على لقب المرأة وأهميتها الفرع رابع.

الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين

تترتب على عقد الزواج حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، سواء كان متحدا الجنسية أو مختلفين فيها وتتمثل في القانون المقارن في:

العشرة الزوجية، الطاعة، التعاون على مصلحة الأسرة، رعاية الأولاد، وحق الزوجة في النفقة والمهر والعدل في حالة التعدد، وتتمثل حقوق الزوجة على زوجها في نفس الوقت واجبات الزوج.[1]

[1] شبور نورية، "الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين "، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 344.

أولا: التزامات الزوجة

1- حق الطاعة:

أي أن تطيع الزوجة زوجها، وتحفظه في نفسها وماله عند حضوره وغيابه، ذلك أن الزوج هو رئيس الأسرة ومدير شؤونها، والأصل في ذلك من الشريعة الإسلامية قوله تعالى: ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم.[1]

وقد نصت العديد من التشريعات على حقوق الزوج وبينت أنه على الزوجة الالتزام بطاعة الزوج بوصفه رب الأسرة ومن هذه التشريعات: القانون الأردني المادة 39 القانون السوري المادة 70، العماني المادة 38، المغربي فصل 51 وقانون الأسرة الجزائري لسنة 1985.

يلاحظ بأن كل من المشرع الجزائري والمغربي قد تراجعا عن حق الطاعة الزوجية من أجل هذه المساواة.[2]

2- حق المساكنة:

ومن حق الزوج على زوجته أيضا حق المساكنة وأن تقيم معه في موطن الزوجية وأن تقوم على رعاية وتدبير شؤون البيت، وأن تبقى مخلصة له، وإضافة إلى ما تقرره بعض الشرائع مثل الشريعة الإسلامية من حق الزوج في تأديب زوجته إذا تمردت عليه واستغنت عن أداء حقوقه عليها كزوج، بأن لم تمكنه من المعاشرة، بشرط ألا يتجاوز حدود التأديب التي حددها الشارع، يستفيد الزوج طرق العلاج أولا، وألا يزيد على القدر اللازم لذلك، وإلا كان معتديا والأصل في هذه القاعدة الوصفية هو أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد قال بعد الإذن بضرب الزوجات " لن يضرب خياركم ".

[1] سورة البقرة، الآية: 228.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق ، ص 125.

ثانيا: التزامات الزوج

في مقابل ما للزوج من حقوق، فإن عليه أيضا التزامات حيال زوجته كالإحسان والعدل إذا تعددت زوجاته، وأيضا توجب عليه الشريعة الإسلامية دفع مهر لزوجته، وهو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو بالدخول بها، كما يقع على عاتق الزوج التزام توفير سكن الزوجية، وواجب لإنفاق على زوجته وأولاده، ونفقة الزوجة هي ما يلزم للوفاء بمعيشتها بحسب ما هو متعارف عليه بين الناس. [1]

ثالثا: الالتزامات المشتركة

ذكر المشرع الجزائري في المادة 36 من قانون الأسرة مجموعة من الواجبات المشتركة بين الزوجين بحيث نجد المادة تنص على أنه " يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4- التشاور في شؤون تسيير الأسرة وتباعد الولادات.

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الأخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

6- المحافظة على الروابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

بالإضافة إلى ذلك يستحق كل منهم على الأخر حق الاستماع وحسن المعاشرة والمعيشة والمساكنة والإخلاص والمصاهرة والاحترام والمساعدة المتبادلة، كما يوجب الزواج حق التوارث بين

[1] شبورو نورية، المرجع السابق، ص 345.

الزوجين. [1]ويثبت هذا الحق في الزواج الصحيح، فإذا مات أحد الزوجين حال قيام الرابطة الزوجية حقيقة أو حكما بأن كانت الزوجة في العدة فإنها ترث زوجها، والعكس صحيح.

وقد حدد القرآن الكريم هذا الحق في الآية الكريمة: ولكم نصف ما ترك أزوجكم إن لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين و لهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين. وقد نص المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن غالبية التشريعات الإسلامية على أن النكاح يوجب التوارث بين الزوجين. [2]

كما حدد الأنصبة الشرعية بين الزوجين، إلا أنه لم ينص صراحة على كون هذا حق بين الزوجين، فتحديد الأنصبة والنص على أن النكاح يوجب التوارث بين الزوجين يكشف عن هذا الحق فلا داع لوجود نص خاص، وهو الاتجاه التي سارت نحوه غالبية التشريعات العربية فلم تنص صراحة حق التوارث بين الزوجين، إلا أن مدونة الأسرة المغربية سارت في الاتجاه المعاكس فنصت في مادتها 51 على أن من بين الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين حق التوازن بينهما.[3]

الفرع الثاني: اكتساب الجنسية

من بين الآثار المترتبة على عقد الزواج بصفة عامة سواء كان مختلطا أم لا، الآثار الشخصية المرتبطة بالحقوق والواجبات الزوجية، وانتساب الولد لأبيه، ولكن إلى جانب هذه الآثار،

[1] وليد فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، الأردن، ص 181.

[2] حيث نصت المادة 130 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء"، كما تنص المادة 132 من نفس القانون على أنه:"إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث".

[3] رشا علي الدين، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1999، ص 89.

هناك أثر يختص به الزواج المختلط دون الزواج الذي يتم بين أشخاص متحدة الجنسية، ويتمثل هذا الأثر في إكساب الجنسية بالزواج المختلط. [1]

فمن المتصور أن يكون للزواج أثر في جنسية الزوجة، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عملا بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة وذلك إما بفرض جنسية الزوج على جنسية الزوج بقوة القانون دون الاعتداد بإرادتها، أو منحها فرصة رد الجنسية المفروضة عليها لقاء احتفاظها بجنسيتها السابقة، أو جعل جنسية الزوج متوقفة على إبداء رغبتها أو بواسطة تخفيف شروط التجنس لها لتمكنها من الالتحاق بجنسية زوجها ويبدو غريبا في ظل مبدأ وحدة الجنسية أن يكون للزواج أثر مباشر في جنسية الزوج، لأنه هو رب العائلة.

مما يترتب عليه فرض جنسية زوجته بفعل الزواج وحده، بل إن هناك من القوانين من نصت صراحة على هذا الحكم، بيد أن وجه الغرابة ينتفي في ظل مبدأ استقلالية الجنسية الذي يتساوى فيه المركز القانوني للزوجين، ويتجسد ذلك في الدول التي تجهل للزواج المختلط أثرا غير مباشر على جنسية الزوجين معا على قدم المساواة، كقانون الجنسية الفرنسي الحالي، ما دام لتحقيق وحدة الجنسية في لعائلة هو الهدف النهائي للزواج. [2]

وبشأن المشرع الجزائري، فقد استحدث الجنسية عن طريق الزواج المختلط بموجب التعديلات التي مست لأمره 86/7 المتعلقة بالجنسية، مواكبا بذلك أغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بنظرية استقلالية الجنسية في العائلة. [3]

أولا: جنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي:

طبقا لأحكام قانون الجنسية الجزائرية، فإن زواج الجزائرية بأجنبي لا يؤثر على جنسيتها بل تبقى محتفظة بجنسيتها الأصلية حتى ولو اكتسبت جنسية زوجها، إلا إذا طلبت التخلي عن

[1] رحاوي أمنية، المرجع السابق، ص 38.

[2] المرجع نفسه، ص 38.

[3] المرجع نفسه، ص 39.

جنسيتها الأصلية وفي هذا الصدد جاء نص المادة 18 ف 3 من قانون الجنسية الجزائرية، والتي تنص على ما يلي: " يفقد الجنسية الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكسب جراء زواجها جنسية زوجها وأذلها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية ". [1]

ويبدأ أثر فقدان الجنسية الجزائرية في هذه الحالة ابتداء من نشر المرسوم الذي يأذن للمعني بالأمر في التنازل عن الجنسية الجزائرية في الجريدة الرسمية. [2]

ولا يمتد أثر فقدان الجنسية الجزائرية في هذه الحالة إلى الأولاد القصر. [3]

ثانيا: جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة بالجزائري

وفق لأحكام قانون الجنسية الجزائري فإن الجزائرية التي تتزوج بجزائري لا تفقد جنسيتها الأصلية، بل تبقى محتفظة بها ما لم ترغب في التخلي عنها وبإمكانها الحصول على الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري متى توافرت الشروط التالية:

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ 3 سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس.
- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (2) على الأقل.
- التمتع بحسن السيرة والسلوك.
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

في مجال تنازع القوانين ذلك أن قانون جنسية الدولة هو الذي ينظم كافة الإجراءات المتعلقة بطلب التجنس، وذلك نظرا لاعتبار أن الجنسية هي مسألة مرتبطة بسيادة الدولة، وأن هذه الأخيرة هي التي تمنح جنسيتها لمن يريدها إذا توافرت فيه شروط معينة منصوص عليها قانونا.[4]

[1] المادة 18 معدلة بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 2005/02/27. المتعلقة بالجنسية، الجريدة الرسمية 2005 العدد 4.

[2] المادة 20 من قانون الجنسية.

[3] المادة 21 من قانون الجنسية

[4] رحاوي أمنية، المرجع السابق ، ص 41.

الفرع الثالث: أثر الزواج المختلط على لقب المرأة وأهليتها

أولا: الزواج المختلط على لقب المرأة

لقد أعطى الإسلام للزوجة الحق في الاحتفاظ باسمها قبل الزواج لأن الاسم من أهم وأبرز ما يميز الزوجة عن غيرها فهو يشكل خاصية من خصائص شخصيتها لذلك يجب عليها أن تحتفظ باسمها العائلي وتمارس حياتها بهذا الاسم وتوقع به على الأوراق والوثائق في حياتها المدنية والتجارية وليس لأحد ولو كان زوجها أن يجبرها على تغيير اسمها أو استخدام اسم زوجها بدلا من اسمها العائلي. [1]

كما توجب بعض التشريعات على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها والبعض الأخر يجعلها محتفظة باسمها وتوجد دول تترك للزوجين حرية الاختيار اسم عائلي مشترك يتكون من اسمها معا. [2]

وتظهر أهمية هذا الاختلاف في تأثيره على القانون الواجب التطبيق فإذا كيفنا مسألة المرأة المتزوجة ضمن الفئة المسندة "حالة الشخص" فإن هذا يعني أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي للزوجة وإذا كيفنا المسألة ضمن الفئة المسندة لأثار الزواج فإن هذا يعني إخضاع مسألة اسم الزوجة إلى القانون الذي يحكم أثار الزواج وقد ذهب القضاء في سويسرا إلى اعتبار أن اسم الزوجة يتحدد وفقا لما يقضي به قانون جنسيتها، بينما ربطه القضاء الألماني بقانون جنسية زوجها والحقيقة أن لاسم المرأة المتزوجة دور في إظهار صفة المرأة المتزوجة ولهذا يكون من حقها استعمال اسم زوجها إلا أنه يبقى من حقها الاحتفاظ باسمها العائلي. [3]

[1] شريف أمنة، المرجع السابق، ص 50 .

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ، ص 252.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق ، ص 252.

ثانيا: أثر الزواج المختلط على أهلية المرأة

تعتبر المرأة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري كاملة الأهلية سواء قبل أو بعد الزواج فالزواج لا يقيد أهليتها وليس له أي أثر فيها وكمال أهميتها تدخل في نطاق النظام العام وغير قابلة لأي تسوية. [1]

إلا أنه قد تفقد المرأة المتزوجة في بعض التشريعات الأوربية أهليتها بسبب الزواج بحيث لا يستطيع إبرام التصرفات أو التقاضي إلا بإذن من زوجها أو من مجلس العائلة، ولتجسيد القانون الواجب التطبيق على المرأة المتزوجة يميز بعض الفقهاء بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هدفه المحافظة على سلطة الزوج داخل الأسرة باعتباره رئيسها فإنه يخص للقانون الذي يحكم أثار الزواج.

الفرض الثاني: إذا كان هدف تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هو حمايتها ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها فإن قانونها الشخصي هو الذي يكون حينئذ مختصا. [2]

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط

يختلف القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج بحسب اختلافها وذلك أن كل دولة صاحبة سيادة في منح حق التمتع بجنسيتها وتنظيم كل الإجراءات المتعلقة بها وفي مطلبنا هذا سنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الحقوق والواجبات (الفرع الأول) ثم القانون الواجب التطبيق على النسب (الفرع الثاني)

الفرع الأول: قواعد التنازع التي تحكم الآثار الشخصية للزواج المختلط

وتماشيا مع الاتجاه الطالب الذي تسير على وطريته الدول العربية سنحاول تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط كقاعدة عامة (أولا) والاستثناء (ثانيا)

[1] سلامة فاطمة الزهراء، المرجع السابق ،ص 50.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 254-255.

أولا: القاعدةالعامة

طبقا للقاعدة العامة التي تأخذ بنا مختلف التشريعات العربية إلى الحقوق والواجبات الزوجية تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج باعتباره الزوج هو رب الأسرة، وقد أخد المشرع الجزائري بذلك في المادة 12 من القانون المدني " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".[1]

ولعل تفضيل قانون جنسية الزوج مرده هو مرتبته في الأسرة بصفة رب الأسرة والمكلف بشؤونها وإن كانت القوانين الغربية قد قللت من شأنه متأثرة بالأفكار التحريرية. [2]

وما تجدر الإشارة إليه هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية للزواج المختلط والمنحصرة بالضرورة في حقوق وواجبات الزوجين دون أن يمتد تطبيقه إلى النسب الشرعي أو إلى مسألة التجنس بالزواج بالرغم من إنهما تدخلان في نطاق الآثار الشخصية للزواج، 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، إذ أن القانون الواجب التطبيق يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج لذا قد يبدوا من الغرابة تطبيق قانون أجنبي على الزوجين وهو قانون جنسية زوج القديمة، أي وقت انعقاد الزواج، لذلك من بين المشاكل التي تطرحها القاعدة العامة تمجيد القانون الوطني للزوج وقت انعقاد الزواج، ويؤدي هذا إلى حلول قد لا تكون مجدية فهل من المعقول في عقد الزواج مبرم بين جزائري ومصرية، ويغير بعد انعقاد الزواج كلا من الزوجين جنسيتهما فيصبحا فرنسيين، أن يسري على الآثار الشخصية لزواجهما القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، فلهذه الانتقادات يميل الفقه والقضاء الفرنسيين إلى تطبيق القانون الجديد في هذا الصدد ما دام تغيير الجنسية لم يحصل بهذا الغش والعكس صحيح أيضا فلا يعقل أن يبقى قانون الجنسية السابقة يسري على أثار الزواج

[1] سلامة فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 58.

[2] نفس المرجع، ص 59.

المستقبلية إذا اكتسب الزوج الجنسية الجزائرية لأن اكتساب الجنسية الجزائرية ينطوي على التمتع بكافة الحقوق المقررة طبقا للقانون الجزائري النافد. [1]

ثانيا: الاستثناء

إن الاستثناء الوارد على القاعدة العامة يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 13 قام بنصها " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج "

مؤيدي الاستثناء هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه على الآثار الشخصية للزواج والهدف من تقرير الاستثناء هو حماية الزوجة الوطنية لأن لأمر لو تعلق بالزوج فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج هو الذي يطبق طبقا للقاعدة العامة.

ويتقرر تطبيق الاستثناء على أثار الزواج الشخصية إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك بينما لا يتقرر تطبيقه إذا كان كلا الزوجين أجنبيا وقت انعقاد الزواج، وان هذا الاستثناء لا يتصور تطبيقه من محكمة أجنبية ما دام يقرر حلا وحيد الطرف كما أنه يثير صعوبة إذا أصبح كلا الزوجين أجنبيان فكيف يتصور في هذه الحالة تطبيق القانون الوطني على أثار الزواج المستقبلية لشخص أصبح أجنبيا وانقطعت صلته بالقانون الوطني. [2]

الفرع الثاني: قواعد التنازع المتعلقة بالنسب

خضعت أغلب التشريعات النسب بقاعدة إسناد صريحة مستقلة عن القاعدة التي تسري على الآثار الشخصية للزواج بالرغم من أنه أثر شخصي فالقانون الفرنسي كان قبل 1972م يفرق بين

[1] سلامة فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 58.

[2] نفس المرجع ، ص 59.

النسب الشرعي والنسب غير الشرعي، حيث كان الأول يخضع للقانون الذي يحكم أثار الزواج، بينما الثاني كرس القضاء بموجب القانون الشخصي للطفل، أما بعد 1972 وحد المشرع الفرنسي قواعد الإسناد، سواء تعلق الأمر بالولد الشرعي أو غير الشرعي حيث أتى بنوعين من القواعد:

قاعدة أساسية وأخرى احتياطية بموجب لأمر 311 مكرر 14 من القانون المدني.

أولا:القاعدة الأساسية: عقد فيها بقانون الأم وقت الميلاد على أساس أن لازم دائما معروفة.

ثانيا: القاعدة الاحتياطية: القانون الشخصي للطفل في حالة عدم معرفة الأم، هذا وقد تبنى القانون الفرنسي قواعد أخرى تتعلق بالاعتراف بالولد الطبيعي، أي القانون الواجب التطبيق على صحة الإقرار إذ يكفي أن يكون صحيحا وفق القانون الطفل أو المقر، ويستخلص من ذلك أن القانون الفرنسي يبحث من القانون الأفضل لصحة الاعتراف أم المشرع الجزائري فبعدما كان ملزما السكوت إزاء مسألة النسب فإنه قد حسم ذلك بنص صريح في المادة 13 مكرر من القانون المدني والتي تقضي بمايلي "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت الوفاة " ومتى ظهر أن القانون الواجب التطبيق على النسب استنادا إلى نص المادة 13 مكرر فإن المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسألة. [1]

المبحث الثاني: الآثار المالية

يقصد بالآثار المالية أو النظام المالي للزوجين بحسب الفقه العربي هو مجموعة من الأحكام والقواعد التي تنظم العلاقة المالية بين الزوجين خلال فترة الزواج وهي أحكام تتعلق بتوزيع الثروة المكتسبة بين الزوجين ونصيب كل واحد منهما، وتتمثل هذه الآثار في النظام القانوني التي تخضع له العلاقات المالية بين الزوجين ويبين فيه حقوق وواجباتهما المالية.

وهذه الآثار قد تتنازع عدة قوانين على حكمها في حالة ما إذا تسلل عنصر أجنبي للرابطة الزوجية وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد القانون الذي يحكم هذه الآثار المالية، فهناك

[1] شريف أمنة، المرجع السابق، ص 54-55.

من التشريعات من تساوي بين الآثار المالية والآثار الشخصية من حيث إخضاعها لقانون موحد وهناك تشريعات أخرى فصلت بينهما وأخضعت كل نوع من الآثار إلى قانون معين ونحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مضمون الآثار المالية لعقد الزواج (المطلب الأول) ثم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق عليها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مضمون الآثار المالية لعقد الزواجالمختلط

بعدالتطرق إلى المقصود بالآثار المالية للزواج المختلط السائد في بعض المجتمعات فإنما تحكمها نظم قانونية متعددة، حيث تختلف قوانين الدول في تحديد ما يرتبه الزواج من أثار ذاتطابع مالي، وتجد أبرز اختلاف بين تشريعات الدول العربية الإسلامية وبين تشريعات الدول الغربية حول مدى تأثير الزواج على الآثارالمالية للزوجين وهو ما سنتطرق إليه في فرعين:

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من الآثار المالية لعقد الزواج

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من فكرة النظام المالي للزوجين:

تعتبر الشريعة الإسلامية في أحكامها أن عقد الزواج لا يترتب أثار مالية بالرغم من اهتمام البالغ بالمال، أين حفظته من الضياع ووضعت له قواعد وأحكاما تنظمه وتحميه. [1]

ففي الشريعة الإسلامية مبدأ الذمة المالية المستقلة للزوجين وتعني بالذمة المالية: "مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في الحال والاستقبال".[2]

كما عرف الأستاذ **مصطفى الزرق**الذمة بأنها "هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه" وعرفها الأستاذ أبو زهرة بأنها أمر فرضي اعتباري، يفرض ليكون محلا الالتزام والإلزام"

[1] فتيحة يعقوبي، أثار عقد الزواج المختلط في تنازع القوانين، مجلة أفاق للعلوم، العدد السادس عشر، جامعة زيان عاشور، الجلفة، جوان 2019، ص 308.

[2] نفس المرجع ، ص 308.

كما تعرف الذمة المالية في الفقه الإسلامي بأنها وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلا بالإلزام والالتزام، أي صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات مالية وهي بذلك تقترب من مفهوم أهلية الوجوب التي تعنى صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات فهي مترتبة على وجود الذمة وكلاهما تلازم الإنسان منذ ميلاده إلا أنها تختلف عن الذمة المالية في كونها تتعلق بالالتزامات عامة. [1]

وبالتاليفالذمة مقتضاها عنصران عنصر أجنبي، المتمثل في الحقوق العينية والشخصية وعنصر سلبي يتمثل في الالتزامات المالية، وقد أثبت الفقه الإسلامي هذه الاستقلالية، وقد قدر فقهاء المالكية هذا الأمر أين أثبتوا حرية المرأة في التصرف في أموالها عموما والزوجة خصوصا.[2]

ويلاحظ أنه بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حسم هذه المسألة تشريعيا، وهو يتجه تدريجيا نحو الأخذ بذات المفهوم للنظام المالي في القانون الفرنسي، وخاصة نظام اشتراك الأموال وهذا ما يبدو جليا من نص المادة 37 من قانون الأسرة "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة"

عن ذمة الأخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما وعلى هذا فإنه لا يوجد ما يمنع المتزوجين في القانون الجزائري من الاتفاق على إدارة أموالهم والتصرف فيها، كل ذلك بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة ومن ذلك الأحكام المتعلقة بالميراث. [3]

كما أنه يقوم مبدأ استقلالية الذمة لكل من الزوجين في التشريع الإسلامي على دعائم أساسية وهي:

[1] بوريشة وهيبة، النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاني بونعامة خميس مليانة، 2019-2020، ص 9.

[2] فتيحة يعقوبي، المرجع السابق، ص 308.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق ، ص 183.

– استقلال كل من الزوجين بأمواله.

– مسؤولية كل من الزوجين عن ديون المترتبة تجاه الغير مسؤولية شخصية.

ويتميز نظم الفصل بين ذمم الزوجين في الشريعةالإسلامية والقوانين العربية بخصائص تختلف عن تلك التي تميز نفس المبدأ في القانون الفرنسي، ففي ظل هذا الأخير يستطيع الزوج أن يحتفظ بأمواله الخاصة، إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك زوجته، فيظل كل واحد منهما أجنبيا عن الأخر من الناحية المالية ويبقى مسؤولا عن ديونه سواء قبل أو بعد الزواج باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد، بينما تبقى الزوجة في الإسلام محتفظة بنفس الحقوق والسلطات على أموالها، كما كان وضعها قبل الزواج دون أن تكون ملزمة بالمساهمة بما لهما في تكاليف الحياة وتربية الأولاد.[1]

ثانيا: موقف التشريع الجزائري من فكرة النظام المالي للزوجين:

أدخلت عدة تغيرات على قانون الأسرة الجزائري مسايرة للمتطلبات الاجتماعية الجديدة وفي هذا الإطار استحدث المشرع بعض العقود يهدف من ورائها إلى تعزيز الحماية الأسرية منها ما يتعلق بقضية الذمة المالية أو الأموال المشتركة بين الزوجين فيعطي لكلا الزوجين الحق في التصرف في أمواله الخاصة تطبيقا لمبدأ استقلالية الذمة المالية. [2]

وفي إطار نظام الأموال بين الزوجين استحدث المشرع الجزائري أحكاما جديدة نصت عليها المادة 37 من تعديل 05-02 قانون الأسرة الجزائري: "لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الأخر، غير أنه يجوز أن يتفقا في عقد زواج أو عقد رسمي أخر لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما" ، وعليه ومن خلال هذه المادة تبين أن المشرع الجزائري اعتمد مبدأ الاستقلال المالي للزوجين وفق ما

[1] قسوري فهيمة، المرجع السابق ، ص 50.

[2] بن يحي أبو بكر الصديق، النظام المالي في التشريع الجزائري "دراسة نقدية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص 118.

تقتاضيه أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه أجاز للزوجين وفق ما تقتاضيه أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه أجاز للزوجين ذلك من خلال الاتفاق على تسير أموالهما المكتسبة خلال حياتهما الزوجية وهو ما يعد نقلة نوعية في اتجاه اعتماد نظام مالي وفق المنظور الغربي الذي يقوم على الشراكة بين الزوجين بالدرجة الأولى وهو موقف يعزز فكرة الشراكة بين الزوجين وفق تيار الحداثة، ويرجع أساس هذه الفكرة إلى مبدأ سلطان الإدارة وتطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. [1]

غير أن هذا المبدأ إلى إطلاقهقد يشكل أكبر مهدد لعقد الزواج المختلط في الدول التي تعتمد نظام الاشتراك، ذلك أن الاتفاقات التعاقدية غالبا ما تكون تنصب على فكرة الانفصال الذمة المالية ضمن عقد زواج مختلط يخضع في تسجيله ضمن دائرة المصالح الأجنبية الفرنسية مثلا، وهو ما يشكل بالنسبة للقانون الفرنسي شرط منا في العقد قد يستبعد لأنهيتعارض والنظام العام في فرنسا، لذلك تم تعديل القانون المدني الفرنسي وأمر نظام الانفصال المالي، كما أنه لم يختلف المشرع التونسي في تونس عن ما أقره المشرع الجزائري حيث أقر المشرع التونسي في القانون الصادر عام 1998 نظام لاشتراك في الملكية، يعكس التوجه التشريعي نحو تكرسي التعاون بين الزوجين في تصريف شؤون العائلة ويحمي حقوق الزوجة التي اكتسحت سوق العمل وشاركت الزوج في تحمل الأعباء المالية للأسرة، وأصبحت تساهم من مالها الخاص في شراء المسكن العائلي، وحسب قراءات متعددة لهذا القانون يظهر أن نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين يبقى نظاما ماليا اختياريا يتفق عليه الزوجان عند إبرام عقد الزواج أو حتى بعده، بمقتضى كتاب لاحق مستقل عنه. [2]

[1] قسوري فهيمة، يزيد عربي باي، المرجع السابق، ص50.

[2] نفس المرجع ، ص 51.

الفرع الثاني: موقف النظم الغربية من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

أولا: نظام الاشتراك المالي

وبموجبه تكون أموال الزوجين مملوكة على الشيوع بين أفراد هذه الأسر وعند انتهاء الزوجية يقسم المال المشترك بين الزوجين أو بين ورثتهما وذلك حسب المواد 1422،1421 من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء نص المادة 1422 منه يقول "لا يستطيع أحد الزوجين دون الأخر أن يتصرف في الأموال المشتركة على سبيل الهبة ولهذا النظام القانوني ثلاثة صور.[1]

أ/ الصورة الأولى: نظام الاشتراك La communauté universelle.

وبمقتضاه تكون أموال الزوجين مشتركة بينهما، نظام الاشتراك العام

ب/ الصورة الثانية: نظام الاشتراكفي المنقولات والمكاسب Lacommunauté mobiles et acquîtes.

وبموجبه تكون الأموال التي يكتسبها الزوجان بعد الزواج مشتركة بينهما وكذلك تكون المنقولات العائدة لهما عند إبرام الزواج مشتركة بينهما، أما العقارات التي اكتسباها قبل الزواج فتكون مستقلة عن النظام المالي المشترك، ولا تتأثر بالزواج، ويبقى كل واحد محتفظا بما يملكه.

ج- الصورة الثالثة: نظام الاشتراك المنخفض

وفيه تبقى لكل من الزوجين أمواله المملوكة عند إبرام الزواج في المنقولات والعقارات، ولكن ما يمتلكانه أثناء الزواج وما يدخرانه يكون شركة بينهما وهذا النظام القانوني هو المقرر في فرنسا للزوجين إذا لم يختارا نظاما أخر عند الزواج. [2]

[1] شريف امنة ،المرجع السابق ، ص 59.

[2] المرجع نفسه ، ص 59.

ثانيا: نظام انفصال الأموال Régime de la réparation de biens

هو نظام يقر مبدأ استغلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين خلال الحياة الزوجية وبمقتضى نظام فصل الأموال يؤكد الزوجان في العقد مايلي:

طريقة إدارة أموالهما وحدود حرية التصرف بشأنهما بالنسبة لكل من الزوجين مع بقاء كل منهما متحملا للديون الشخصية التي كان قد التزم بها قبل الزواج أو بعده فهو مسؤول وحده عن تصرفاته الشخصية قبل وبعد إبرام عقد الزواج وبإبرام الزوجين لعقد الزواج في إطار فصل الأموال فإنهما يخرجان أنفسهما من النظام القانوني العام ويدخلان في إطار النظام الإنفاقي الخاص. [1]

ثالثا: نظام الدولة أو البائنة Regimedoal

بمقتضاه كانت الزوجة تقدم مهرا لزوجها، ليتولى إدارتهما واستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، غير أن هذه الأموال تبقى حبيسة ولا يمكن التصرف فيها، ولا يجوز الحجز عليها، أما غيرها من الأموال فتستقل به لوحدها ولها حرية التصرف فيها واستغلالها.

أما إذا اختار الزوجان نظام أخر غير النظام المالي القانوني، يجب أن يتم الاتفاق على النظام المختار كتابة قبل شهر الزواج ولكنه لا ينتج أثاره إلا بعد انعقاد الزواج ولا يجوز تعديل النظام المالي بعد الزواج إلا بمقتضى حكم صادر من القضاء حسب المادة 136 الفقرة الثالثة من القانون المدني الفرنسي ولا يجوز طلب هذا التعديل إلا بعد مضي سنتين من انعقاد الزواج. [2]

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

لم يميز المشرع الجزائري بين الآثار المالية والآثار الشخصية فيما يتعلق بالقانون الساري عليهما فقد اخضع الآثار الشخصية والآثار المالية المترتبة عن الزواج المختلط لذات القانون

[1] شريف أمنة، المرجع السابق، ص 60.

[2] نفس المرجع، ص 61.

الواجب التطبيق على هده الآثار في الفرع الأول والقيود الواردة علي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تحديد القانون المختص بحكم أثار الزواج المختلط

أولا: القاعدة العامة

بحيث نجد أن المادة 12من القانون المدني الجزائري التي تنص علي القاعدة العامة التي تقر بأنه يسري علىالآثار المالية قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج رغم هدا إلاأن هناك انتقادات موجهة إلي نص المادة 12 في فقرتها الأولى وهي:

– إن اختيار المشرع الجزائري قانون جنسية الزوج يعتبر اختيار تعسفي مادام القانون الوطني ليس بقانون محايد ومادام أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين لدلك من الصعب تفسير اختيار قانون علي حساب قانون أخر.

– كماأن اختيار القانون الوطني للزوج يعتبر إلى حد ما متعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسيتين وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري.[1]

ثانيا:الاستثناء

وهناك استثناء وارد من هده القاعدة الذي ينص على أنه في حالة وجود طرف جزائري في الرابطة الزوجية فان القانون الوطني هو الذي يطبق وحده وهذا طبقا لنص المادة 13من القانون المدني الجزائري ويرمي المشرع الجزائري من وراء ذلك إلى تجنب مشكلة التنازع المتغير الذي ينشا نتيجة الزواج للجنسية بعد الزواج.

[1]عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 233.

تامين استقرار اثار الزواج و في دلك استقرار الاسرة فلا تتغير هده الاثار بتغير جنسية الزوج فتبقي باستمرار و يرجع اختيار المشرع لقانون جنسية الزوج لحكم اثار الزواج الي الدور المعترف به في المجتمع الاسلامي للرجل داخل الاسرة فهو رئيسها[1]

الفرع الثاني : القيود الواردة على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج المختلط

بتحديد نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج طبقا للمادة 12فقرة 1من ق م ج و لكن ترد بعض القيود الهامة على اختصاص قانون جنسية الزوج عند الزواج تتمثل فيما يلي:[2]

أولا:اختصاص قانون موقع المالفيما يخص ما يرد على الأموال العقارية الداخلية في المشاطرة الزوجية من حقوق عينية أصلية و تبعية.

ثانيا: لا يجوز الاحتجاج بتصفية أموال الزوجين وتقسيمها بعد انحلال الزواج في مواجهة الغير.

ثالثا:في حالة الأخذبالإحالة لا يطبق قانون جنسية الزوج إذا كان هدا الأخير يسمح للطرفين باختيار القانون الذييسري على مشارطة الزواج وانتهى القاضي إلي استخلاص هدا القانون فعلا ولكن القيد غير وارد في القانون الجزائري لأنه لا يأخذ بالإحالة وبالتالي يطبق قانون جنسية الزوج وقت الزواج .

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 248-249.

[2] غوالة أحلام، لعرابة حنان، المرجع السابق ، ص107 .

الخاتمة

يعتبر الزواج المختلط من أهم المواضيع التي يدرسها القانون، فالفقه كل أعطى له تعريف مختلف، والزواج المختلط يكون في حالة زواج رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين، ولكي ينعقد هذا الزواج يجب توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية، وكل منها يحكمها قانون خاص بها، لكن نرجع في تصنيف هذه الشروط إلى القانون الوطني.

الزواج المختلط لا يزال يثير الكثير من الإشكالات وهذا ما جعل الدول تسعى جاهدة لإيجاد حلول لها ومن خلال دراستنا نصل إلى أن المشرع الجزائري سعى لوضع حلول للمشاكل والنزاعات التي يثيرها الزواج المختلط في جميع المجالات وهذا لما للزواج المختلط من مكانة

فالمشرع الجزائري عكس التشريعات يفرق بين الشروط الموضوعية والشكلية في حين لم يفرق بين الآثار المالية والآثار الشخصية الناتجة عن الزواج المختلط.

ووفق بشكل كبير في حل مشاكل المتعلقة بالزواج المختلط لكنه لم يوفق في بعض المسائل.

تعتبرالآثار المالية للزواج المختلط غير معروفة عندنا لأن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أثر مالي بل يحتفظ كل من الزوجين بحرين التصرف في أمواله الخاصة.

على العكس في البلاد الغربية فترتب على الزواج أثار مالية أو نظم مالية يولونها أهمية كبيرة حيث توجد في التشريعات الغربية عدة أنظمة تحكم العلاقة المالية بينالزوجين،ففي الدول العربية والإسلامية نجد أن النظام المقرر هو في غاية البساطة وهو أنالزواج لا تأثير له على الأموال المملوكة للزوجين قبل الزواج أو أثنائه فهناك انفصال ذمتي الزوجين.

ومن خلال دراستنا توصلنا إلي النتائج التالية :

النتائج:

بالرغم من أن المشرع الجزائري أخضع الشروط الموضوعية لقاعدة إسناد خاصة إلا أنها كانت غامضة في الزواج المختلط .

إخضاع المشرع الجزائري لأثار عقد الزواج لضابط إسناد واحد .

نصالمشرع الجزائري على الشروط الموضوعية للزواج في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري وقد جعلها ركن واحد وهو ركن الرضا والباقي شروط:

- اعتمد المشرع الجزائري ضابط الجنسية لحل تنازع القوانين في الشروط الموضوعية للزواج حيث أسندها لقانون جنسية كل من الطرفين تطبيقا موزع كأصل.
- خضوع شكل الزواج لقاعدة المحل يحكم شكل تصرف ينبغي أن يكون بصفة اختيارية لا إلزامية بحيث يكون للزوجين حق إبرام زواجهم وفقا لقانون بلد العقد كقاعدة عامة.

التوصيات:

إعادة النظر في نص المادة 13 القانون المدني الجزائري كونها مخالفة لقواعد الإسناد.

- في حالة إبقاء نص المادة 13 لابد من إعادة النظر في المعيار الزمني وجعله وقت رفع الدعوى بدلا من وقت إنعقاد الزواج.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1-القران الكريم.

ثانيا:المراجع

1-الكتب:

1. أحمد الفضلي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010.
2. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع وصولا ومنهجا، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، دار المنصورة، مصر.
3. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2008 .
4. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة أحكام الزواج، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010 .
5. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .
6. جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار حامد، الأردن، 2008 .
7. حفيظة السيد حداد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
8. رشا على الدين، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

9. صلاح الدين، فكرة النظام العام للعلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية للشريعة الإسلامية، الطبعة الأولي، دار الفكر الجامعي، لبنان، 2004.

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

11. عبد جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

12. عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

13. عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2005.

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

15. مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، مطبعة دار الأيام، عمان، 2015 .

16. وليد فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار حامد الأردن.

2- المقالات والمجلات

1. بلعيور عبد الكريم، "النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، الجزائر.

2. بن يجي أبوبكر الصديق،"النظام المالي في التشريع الجزائري، دراسة نقدية مجلة العلوم القانونية والاجتماعية"، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة .

3. خديجة حمادي، كمال مخلوف،"القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط، دراسة تحليلية في القانون الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية كلية الحقوق.

4. رحاوي امنة،"الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين، دراسة مقارنة كلية الحقوق والعلوم السياسية"، جامعة جيلالي اليابس، بسيدي بلعباس .

5. فتيحة يعقوبي،"أثار عقد الزواج المختلط في تنازع القوانين"، مجلة أفاق للعلوم، العدد السادس عشر، جامعة زيان عاشور، الجلفة، جوان ، 2019.

6. قسوري فهمة، يزيد عربي باي، "عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، ديسمبر 2018 .

7. مسعودي يوسف، "القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج"، مجلة الحقيقة مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة أدرار المركز الجامعي تمنراست.

8. يامنة حواسي، "انعقاد الزواج المختلط وأثاره، دراسة تحليلية نقدية في القانون الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية.

3- الرسائل والأطروحات

1. بلمامي عمر،الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص،مذكرة ماجيستير، جامعة الجزائر.

2. دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، 2007 /2008 .

3. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/ 2007.

4. زلاسي بشرى، الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره، بحث لنيل شهادة الماجيستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، 2000 /2001 .

5. شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/ 2017.

4 – مذكرات الماستر

1. سلامة فاطمة الزهراء، زواج الأجانب وأثاره في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، بالجلفة، 2013 /2014

2. سوياح خديجة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2021/ 2022.

3. غوالة أحلام، لعرابة حنان، تنازع القوانين حول موضوع الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص الأسرة، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، 2016/ 2017 .

4. قاسمي نبيل، كروان هشام، الزواج المختلط في قواعد التنازع الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2021.

5 –النصوص القانونية

1. أمر رقم 70–20 مؤرخ في 19فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية ج ر عدد 21 الصادرة في 27فبراير 1970 معدل و متمم.

2. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975المتضمن قانون مدني ج ر عدد 78المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 معدل و متمم.

3. قانون رقم 84-11 مؤرخ في9يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 في 27فبراير 2005 ج ر عدد 15.

4. أمر رقم 70-86 مؤرخ في 15-12 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05 -01مؤرخ في 27-02 2005 ج ر عدد 15الصادر في 27-02 -2005 .

المحاضرات

1. احمد دغش، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مداخلة مقدمة في إطار ملتقي وطني، يوم 21 أفريل 2010

2. يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص ملقاة علي طلبة السنة الثالثة حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، مطبوعة لسنة 2008.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
المقدمة	**4-1**
الفصل الأول: قواعد التنازع التي تحكم إنعقاد الزواج المختلط	
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج	7
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية	7
الفرع الأول: القاعدة العامة	10
أولا: الاتجاه الأول التطبيق الجامع	10
ثانيا: الاتجاه الثاني التطبيق الموزع	10
1- حدود التطبيق الموزع	10
2- تمييز الفقه بين الشروط الموضوعية الفردية والشروط الموضوعية المزدوجة	11
ثالثا: موقف المشرع الجزائري	11
الفرع الثاني: الاستثناء	12
أولا: مضمون الاستثناء	12
ثانيا: إشكالية إعمال نص المادة 13	13
ثالثا: تعارض نص المادة 13 مع المبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص المقارن	14
الفرع الثالث: صعوبات تطبيق ضابط الجنسية	14
أولا: التنازع الإيجابي	14
ثانيا: التنازع السلبي	15
ثالثا: التنازع المتحرك	16
رابعا: حالة الإسناد لدولة متعددة الشرائع	16
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية	16
الفرع الأول: ضابط محل الإبرام	17
الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشتركة	17
المبحث الثاني: تطبيق القانون المختص بالزواج المختلط	18

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام	18
الفرع الأول: تعريف النظام العام	18
الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام	19
أولا: أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي	19
ثانيا: أن يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه متعارض في أحكامه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون دولة القاضي	19
ثالثا: أن تكون مخالفة للنظام العام حالية رفع الدعوى	19
الفرع الثالث: آثار الدفع بالنظام العام	20
أولا: الدفع بالنظام العام فيما إنشاء الحقوق	20
ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة	20
المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون	21
الفرع الأول : التعريف الغش نحو القانون	21
الفرع الثاني : شروط الدفع الغش نحو القانون	22
أولا: الشروط المتفق عليها	22
1-التغيير الإرادي لضابط الإسناد	22
2-توافر نية الغش نحو القانون	23
ثانيا: الشروط المختلف فيها	23
1-حصول الغش نحو قانون القاضي	23
2-أن يكون الغش موجه نحو قاعدة آمرة	23
الفرع الثالث: آثار الدفع بالغش نحو القانون	24
أولا: شمولية الجزاء للنتيجة والوسيلة معا	24
ثانيا: اقتصار الجزاء على النتيجة فقط	24
الفصل الثاني :قواعد التنازع التي تحكم أثار الزواج المختلط	
المبحث الأول :الآثار الشخصية	28
المطلب الأول :مضمون الآثار الشخصية للزواج المختلط	28
الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين	28

أولا: التزامات الزوجة	29
1- حق الطاعة	29
2- حق المساكنة	29
ثانيا: التزامات الزوج	30
ثالثا: الالتزامات المشتركة	30
الفرع الثاني: اكتساب الجنسية	31
أولا: جنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي	32
ثانيا: جنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بالجزائري	32
الفرع الثالث: اثر الزواج المختلط على لقب المرأة و أهليتها	34
أولا: اثر الزواج المختلط على لقب المرأة	34
ثانيا: اثر الزواج المختلط على أهلية المرأة	35
المطلب الثاني :القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط	35
الفرع الأول: قواعد التنازع التي تحكم الآثار الشخصية للزواج المختلط	35
أولا: القاعدة العامة	36
ثانيا: الاستثناء	37
الفرع الثاني: قواعد التنازع المتعلقة بالنسب	37
أولا: القاعدة الأساسية	38
ثانيا: القاعدة الاحتياطية	38
المبحث الثاني: الآثار المالية	38
المطلب الأول: مضمون الآثار المالية	39
الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من الآثار المالية لعقد الزواج	39
أولا: موقف الشريعة الإسلامية من فكرة النظام المالي للزوجين	39
ثانيا: موقف التشريع الجزائري من فكرة النظام المالي للزوجين	41
الفرع الثاني: موقف النظم الغربية من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط	43
أولا: النظام الاشتراك المالي	43

ثانيا: نظام انفصال الأموال	44
ثالثا: نظام الدوطة أو البائنة	44
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية	44
الفرع الأول: تحديد القانون المختص بحكم اثأر الزواج المختلط	45
أولا: القاعدة العامة	45
ثانيا: الاستثناء	45
الفرع الثاني: القيود الواردة على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج المختلط	46
الخاتمة	47
قائمة المراجع	50
فهرس المحتويات	56
الملخص	61

الملخص:

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

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

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

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 majorités des lois de l'homme, quand cela a sonné mariage, elle nesoulevepas de formes mais si l'élément étranger se faufiler dans ce mariage, alors nous sommes en train de soi –disant «mariage mixtes» contestés lois équivalents de seulement suspendresa 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 a la règles de la loi sur le mariage pare le biais qui peut juger de l'accès à l'applicable par la loin, à travers ce qui est venu dans le droit civil matériel textuel algérien "11,12,13,19" , qui conditions de ford 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 l'oui étrangère, le juge national a rencontré des obstacles transmettent sans l'application de cette loi, soit parce que smashaordre public de l'état ou parce que les adversaires ont utilisé les medias pour contourner la base de référence nationale et changer la juridiction de tromperie sur cette loin, et d'elle dans 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 première cas ou l'application de la théorie sur le droit de la fraude dans le second cas, qui est incorpore dans l'article "24" de la loi civile algérienne.