جامعة محمد الصديق بن يحيى –جيجل–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنــوان المذكــرة:

تنازع القوانين حول موضوع الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبتين:

- غوالة أحلام
- لعرابة حنان

إشراف الأستاذة:

بن عميروش ريمة

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
بوشليف نور الدين	أستاذ مساعد "أ"	محمد الصديق بن يحيى جيجل	رئيسا
بن عميروش ريمة	أستاذ مساعد "أ"	محمد الصديق بن يحيى جيجل	مشرفا ومقررا
بولحوت علي	أستاذ مساعد "أ"	محمد الصديق بن يحيى جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية: 2016 / 2017

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾

[يوسف: الآية 76]

يقول عماد الدين الأصفهاني:

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

شكر وتقدير

نشكر الله عز وجل على نعمته التي أنعمها علينا لإتمام إنجاز هذه المذكرة.

نتقدم بالشكر إلى كل من علمنا حرفا نافعا وعملا صالحا كما نتقدم بالشكر إلى الأستاذة "ريمة بن عميروش" التي أشرفت على هذه المذكرة وعلى تصحيحها وتقويمها وكذا حرصها الشديد على تنويرنا بالنصائح ، كما نتقدم بالشكر والإمتنان لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا البحث

وإلى كل من قدم لنا يد المساعدة في إتمام هذا العمل

وشكرا جزيلا

أحلام وحنان

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

- باللغة العربية:

- ج ر: الجريدة الرسمية

- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

- ص: صفحة

- د ب ن: دون بلد نشر

- د س: دون سنة

- ج: الجزء

- ط: الطبعة

- باللغة الفرنسية:

- P : page

- T : Tome

مقدمة

لقد أصبحت الدول في وقتنا الحاضر تضم العديد من الأجانب مقارنة بالعصور الماضية، وذلك كله نتيجة التطور التكنولوجي، فيرتبطون بأبناء الدولة التي يتواجدون فيها ارتباطا قانونيا، ونتيجة لذلك تعقدت العلاقات القانونية بين البشر وتنوعت القواعد التي تحكمها، فأصبحت معرفة القانون والقواعد التي تطبق على هته العلاقات صعبة وليست بالأمر السهل وذلك لاختلاف القواعد والقوانين التي تحكم كل دولة وتجعلها تتمتع بالسيادة بين بقية الدول.

فالإنسان من خلال تنقله من دولة إلى دولة أخرى قد يبرم العديد من التصرفات القانونية ومن بينها الزواج، وبما أن الزواج من أهم التصرفات التي تنجم عنه التزامات وآثار فقد نظمه الإسلام وأعطى له مكانة سامية، وجعله عقدا يبين ما للزوجين من حقوق وما عليهما من واجبات، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[1]، أما بخصوص المشرع الجزائري فقد عرفه من خلال نص المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري[2].

[1] سورة الروم ، الاية 21.

[2] تنص المادة 04 من القانون رقم 84-11: «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب».

ونلاحظ أن مرحلة إبرام عقد الزواج تسبقها دائما مرحلة تسمى الخطبة، والتي نظمها المشرع الجزائري من خلال نص المادة الخامسة من قانون الأسرة[1].

وتكييف الخطبة يختلف من قاضي لآخر، وبالتالي يؤثر على قواعد التنازع التي تحكمها، وينتج عنه اختلاف في القانون الواجب التطبيق عليها، وعليه فهنالك اتجاهين لتحديد القانون الذي يسري على الخطبة، فهناك اتجاه اعتبرها بمثابة عقد ملزم، ولا يمكن للأطراف العدول عنها، وفي حالة العدول يسأل الطرف العادل على أساس المسؤولية العقدية ومنها التشريع الألماني والإنجليزي، فيسري على الخطبة قواعد الإسناد الخاصة بالعقد ومنهم من يخضع الخطبة لقانون جنسية الخاطب قياسا على قواعد التنازع التي تحكم الزواج، وقد ذهب المشرع الكويتي إلى تبني ذلك، أما الإتجاه الثاني فيعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وهو لا يضفي عليها أثرا ملزما إذ اعتبرها وعدا بالزواج وليست بعقد، ومنها القضاء الفرنسي الذي اعتبرها وعدا غير ملزم، إذن فالخطبة في حد ذاتها ليست التزام والعدول عنها لا يرتب أي أثر،أما المشرع الجزائري فلم يضع قاعدة إسناد خاصة بالخطبة.

وتثير الرابطة الزوجية العديد من المشكلات المتعلقة بتنازع القوانين، حيث نرى أن القانون المطبق يكون أحيانا القانون الوطني وأحيانا القانون الأجنبي، وهذا الحل وضع نظرا لأهمية المواضيع المندرجة في مجال الأحوال الشخصية، كما أنه من خلال ذلك حماية

---

[1] تنص المادة 5 من قانون الأسرة، «الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.

الأطراف وتمكينهم من حل نزاعاتهم وفقا لقوانينهم الشخصية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري[1].

فعقد الزواج أثناء إبرامه وإنشائه قد تثار حوله العديد من المنازعات، وخاصة بالنسبة للقانون المطبق على الشروط الموضوعية والشكلية وكذلك الآثار المترتبة على عقد الزواج فيكون القاضي في حيرة من أمره هل يطبق القانون الوطني أم القانون الأجنبي، والحل يكون بإسناد المسألة المتنازع حولها للقانون الذي يحكمها، وهذا ما ذكره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 09 من القانون المدني: «يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه»فالقاضي بذلك يختار القانون الواجب التطبيق، ثم بعد ذلك يقوم بتطبيق القانون الذي اختاره والمشتمل على عنصر أجنبي.

أما بخصوص القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، فقد خصها المشرع الجزائري بنص المادة 11 من القانون المدني بقوله «يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة عقد الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين»، أما بخصوص الشروط الشكلية للزواج فقد أخضعها لنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري بقوله: «تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك أو لقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية»، أما بخصوص الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد

[1] تنص المادة 10 من الأمر 75-58: «يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون لها بجنسيتهم».

الزواج فقد أخضعها لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج وذلك طبقا لنص المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري[1].

أسباب الدراسة:

كون مواضيع القانون الدولي الخاص تمتاز بالحيوية والتعقيد وتثار حولها عدة إشكالات، خاصة عندما يتعلق الأمر بموضوع الزواج ، وكذلك لكون النزاع حول مسألة الزواج له خصوصية على الصعيد الدولي الخاص، إضافة إلى بروز أهميته وانتشاره في الآونة الأخيرة، خاصة في الدول الكبرى ، ولأن المشرع الجزائري لم يهمل مثل هاته المسائل عندما يثار نزاع حولها، خاصة بحضور طرف أجنبي ولذلك وجب تحليل المواد القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني المتعلقة بتنازع القوانين حول مسألة الزواج.

أهمية الدراسة:

لما لموضوع تنازع القوانين أهمية في موضوع الزواج خاصة عندما يكون النزاع بوجود طرف أجنبي، إضافة إلى أن مسألة الزواج على الصعيد الدولي الخاص تثير العديد من النزاعات في مسألة الزواج وذلك نظرا لأهميته وخطورته ، و ضرورة معرفة القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية، إضافة إلى آثار الزواج عندما يحدث نزاع.

هذا وقد هدفت دراستنا إلى محاولة الإلمام بشكل مفصل بمسألة التنازع حول مسألة الزواج عند تنازع القوانين.

---

[1] نصت المادة 1/12 من القانون المدني: «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج».

محاولة التعريف بالقوانين المطبقة داخل وخارج الجزائر بشأن مسألة التنازع حول موضوع الزواج وتبيان القواعد القانونية التي يطبقها المشرع الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق حول مسألة الزواج عند وجود أطراف أجانب والاستثناء الوارد.

منهجية الدراسة:

لدراسة موضوع تنازع القوانين حول موضوع الزواج، اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن بالإضافة إلى المنهج التاريخي ، فقد قمنا بالاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي الذي من خلاله قمنا بتقديم بعض التعريفات بتحليل وتفسير الآراء السائدة داخل الجزائر وكذلك على الصعيد الدولي الخاص ومدى صحتها ودقتها ، واعتمادنا على المنهج المقارن كان من أجل دراسة أهم الفروقات الموجودة بضوابط الإسناد في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، إضافة لدراستنا للتطور التاريخي لقاعدة لوكيس.

العراقيل والصعوبات:

لقد واجهنا نقص في المراجع في ميدان تنازع القوانين، وخاصة بالنسبة للمراجع الجزائرية فهي تكاد تنعدم، وأما بخصوص المراجع التي تم تحصيلها فإن مضمونها هو نفسه لا يكاد يختلف لذلك اعتمدنا على مراجع الدول الأخرى التي قامت بمعالجة موضوع تنازع القوانين.

وبناء على ما تم ذكره نطرح الإشكالية التالية:

ما هي الحلول القانونية التي تبناها المشرع الجزائري لإشكالية القانون الواجب التطبيق على موضوع الزواج ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، تناولنا في هذه المذكرة دراسة إشكالات انعقاد الزواج والتي عالجنا فيها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج

إضافة إلى ذلك، القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في عقد الزواج، ومحاولة القاضي إيجاد الحل والقانون المطبق على قواعد الإسناد. (فصل أول).

كما قمنا بدراسة إشكالات الآثار الناجمة عن عقد الزواج الشخصية منها والمالية إضافة إلى القانون الواجب التطبيق عليها في حالة وجود تنازع للقوانين في مسألة الزواج.(فصل ثاني).

الفصل الأول

إشكالات انعقاد الزواج

إن الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الإنسان، فالرابطة الزوجية من أهم مسائل الأحوال الشخصية، والمستلهمة أحكامها من الشريعة الإسلامية وذلك في الدول الإسلامية وبما أن الزواج هو تصرف إرادي فإنه يلزم أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط الموضوعية كما ينبغي أن يكون وفقا لشروط شكلية معينة، ونتيجة لذلك فقد سعت الدول إلى تنظيمه بقواعد قانونية وفقا لاعتبارات دينية واجتماعية.

ونلاحظ أن الزواج هو أكثر العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين ذلك أن القواعد القانونية المطبقة في دولة تختلف عن القواعد القانونية المطبقة في دولة أخرى،وهذا الاختلاف يثير التنازع بين الدول ويدفعها إلى بدل المزيد من العناية لتنظيم الاختصاص القانوني عن طريق وضع قواعد إسناد معينة يحدد بموجبها القانون الذي يحكم الزواج شكلا وموضوعا.

ومن خلال ذلك قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا الشروط الموضوعية لعقد الزواج(المبحث الأول) و الشروط الشكلية لعقد الزواج (المبحث الثاني).

المبحث الأول:القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

يعد الزواج من أوثق العقود وأقدسها ففيه تتكون اللبنة الأولى التي تقوم عليها دعائم المجتمع، وحتى يكون العقد صحيحا لابد من أن يقترن بمجموعة من الشروط والأركان الموضوعية، وقد كان المشرع الجزائري واضحا وصريحا عندما اعتبر الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج[1]، واعتبر الباقي شروط لصحة عقد الزواج[2]، ولقد تباينت الآراء في القوانين المقارنة في تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، فمنهم من يخضعها إلى قانون موطن كلا الزوجين ومنهم من يخضعها إلى قانون محل إبرام الزواج ومنهم من يقوم بإسناد جنسية كل من الزوجين.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لعقد الزواج

لقد تباينت الآراء في القوانين المقارنة في تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، فأول اتجاه ذهب إلى إخضاع هذه الشروط لقانون موطن كلا الزوجين مثل القانون الإنجليزي وبعض الدول الاسكدنافية والاتجاه الثاني يخضعها لقانون محل إبرام الزواج دون التفرقة بين الشكل والموضوع وهذا ما أخذ به القانون الأمريكي وبعض دول

---

(1) نصت المادة 09 من قانون الأسرة: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين».

(2) المادة 09 مكرر من قانون الأسرة ، «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج،
- الصداق،
- الولي،
- شاهدان،
- انعدام الموانع الشرعية للزواج».

أمريكا اللاتينية. أما الاتجاه الثالث فقد أخذت به القوانين العربية والقانون الفرنسي وكذلك القانون الجزائري وذلك بإسناد جنسية كل من الزوجين.[1]

الفرع الأول: تطبيق قانون جنسية الزوجين

طبقا للرأي السائد يطبق قانون جنسية الزوجين وقت إبرام الزواج ويحتفظ الزواج بصحته ولا يتأثر فيما بعد إذا غير أحد الزوجين جنسيته لاحقا.[2]

وباعتبار أن الزواج يعتبر حادثا مغيرا لحالة الشخص فإن شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية وفقا لما تقضي به المادة 10 من القانون المدني.[3]

وقد نصت أيضا على اختصاص قانون الجنسية لحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج المادة 11 من القانون المدني.[4]

وخضوع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية نجده أيضا منصوصا عليه في المادة 97 من قانون الحالة المدنية.[5]

---

[1] براهيمي فضيلة، تنازع القوانين في مسائل الزواج وانحلاله، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس الأكاديمي في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، 2014، ص24.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص :مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000 ص150.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط12، دار هومة، الجزائر، 2011،ص229.

[4] مرجع نفسه.

[5] المادة 97 من الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد 21، صادر 27 فيفري سنة 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09 أوت سنة 2014 ج ر عدد 49 صادر في 20 أوت سنة 2014.

فقد اعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا "شريطة ألا يخاف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج"[1].

ويلاحظ أن نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية جاء أحادي الجوانب لأنه لم يتناول زواج الأجانب سواء داخل الجزائر أو خارجها.[2]

ولم يتردد القضاء الفرنسي في إعطائه تفسيرا مزدوجا.

ولا يوجد في الجزائر ما يمنع من إعطاء نص المادة 97 من قانوننا نفس التفسير، فنجعل الأجانب يخضعون بالنسبة لزواجهم الذي يعقد داخل الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم خاصة وأن المادة 11 من القانون المدني تخضع بصفة عامة شروط صحة الزواج لقانون جنسية الزوجين.[3]

فمادام الزواج يدخل في الحالة المدنية للأشخاص فإنه يخضع للقانون الوطني.[4]

وقد نصت المادة 11 من القانون المدني الجزائري على إخضاع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج إلى القانون الوطني لكل من الزوجين، فقانون جنسية كل من

---

[1] المادة 97 من قانون الحالة المدنية.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص229.

[3] مرجع نفسه، ص230.

[4] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، ج1، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص213.

الزوجين هو الذي يسري على زواجهما، ويعتد بهذا القانون وقت إبرام الزواج، فإذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك فلا يتأثر بذلك العقد.[1]

ونلاحظ أن أغلبية الدول في العالم، تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون دولة كل من الزوجين، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها كل طرف بجنسيته، ومن ذلك القانون الفرنسي، والقانون الدولي الخاص لما كان يعرف بتشيكو سلوفاكيا لعام 1963، والبولندي لعام 1965، ومجموعة القانون المجري لعام 1979، والنمساوي لعام 1939 والتركي لعام 1982، والقانون المدني الإسباني لعام 1974.[2] كما أخذت بهذا الحل بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي المبرمة في 12 يونيو لعام 1902 المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج.[3]

ويبرر تطبيق القانون الشخصي لكل من الزوجين المستقبلين أن عقد الزواج يخلق نظاما قانونيا بين شخصين غالبا ينتميان إلى مجتمع سياسي مختلف، ولا يتصور أن ينشأ ذلك النظام صحيحا طبقا لقانون أحد الطرفين مع إهمال قانون الطرف الآخر، كما أن قانون كل دولة قد وضع لحماية العائلة التي تقوم عليها تلك الدولة، ولا يصح تطبيق قانون آخر.[4]

---

(1) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن،ص69.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص774.

(3) وتنص المادة الأولى من تلك الاتفاقية على أن: «الحق في عقد الزواج ينظمه القانون الوطني لكل من الزوجين المستقبلين، هذا ما لم يشر أحد أحكام هذا القانون صراحة إلى قانون آخر».

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص775.

الفرع الثاني: إشكالية تطبيق قانون الجنسية في حالة اختلاف الجنسية

من المتفق عليه أن مفهوم الإسناد إلى القانون الشخصي للزوجين يتعلق بتحديد القواعد الموضوعية التي ينص عليها القانون الوطني لكل منهما دون القواعد الإجرائية. فقانون جنسية كل من الزوجين هو الذي يسري على زواجهما ويعتد به وقت إبرام عقد الزواج.

فإذا تغيرت جنسية أحدهما فلا يتأثر عقد الزواج بهذا التغيير.

غير أن هذا الإسناد يثير نقطة أساسية تتعلق بالكيفية التي يتم بها تطبيق قانون كل من الزوجين خصوصا إذا اختلفت جنسية كل منهما.[1]

فليس في إخضاع شروط الزواج الموضوعية لقانون الجنسية أية صعوبة إذا كان الزوجان متفقان في الجنسية، ولكن تظهر الصعوبة حين تختلف جنسيتهما، فهل تخضع الشروط الموضوعية حينئذ لقانون جنسية كل منهما معا، بحيث يجب أن تتوافر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة، كما يجب أن تتوافر في الزوجة كذلك كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها وقانون جنسية الزوج، وهذا هو ما يسمى بالتطبيق الجامع أم أنه يكفي أن تتوافر في كل منهما الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط، وهذا هو ما يسمى بالتطبيق الموزع.[2]

---

[1] مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2012، ص45.

[2] أحمد عبد الحميد عليوش، القانون الدولي الخاص: المستوى الرابع، فصل دراسي ثاني، د.د.ن، مصر، د. س ص314.

فقد ظهر في هذا الصدد اتجاهان لدى الفقه: اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، والاتجاه الآخر ينادي بتطبيقها تطبيقا موزعا.

أولا: التطبيق الجامع للقوانين

لقد كان الفقه التقليدي في فرنسا يؤكد على التطبيق الجامع.[1]

1- تعريف التطبيق الجامع

يقصد بالتطبيق الجامع، أنه يجب أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط التي يستلزمها قانون جنسيتهما، وكذلك كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجته، ونفس الشيء بالنسبة للزوجة يجب أن تتوفر فيها جميع الشروط التي يستلزمها قانونها، وكذلك كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجها.[2]

وسبب إسناد الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون كل من الزوجين يرجع إلى كون الزواج يرتب آثار هامة، ولن يكون منطقيا أن يتم إسناد هذه العلاقة إلى قانون الزوج بينما تعتبر باطلة وفقا لقانون الزوجة.[3]

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، د.س ص297.

[2] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص :الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مؤسسة الثقافة الجامعية مصر، 2006، ص537.

[3] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص47.

بحيث ينادي أصحاب هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونية معا، ومعنى ذلك أن الزواج لا يكون صحيحا، إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر.[1]

وأصحاب هذا الإتجاه يتكئ إلى القول بأن الهدف من التطبيق الجامع للقانونين هو كفالة قيام الأسرة على أساس سليم يتفق من البداية مع أحكام قانوني الزوجين، إذ من غير المنطقي أن تكون الأسرة قائمة في نظر أحدهما دون الآخر.[2]

فمن خلال هذا الرأي (التطبيق الجامع)، فإن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر.[3]

ونتيجة لصعوبة هذا الحل الذي ينادي به أصحاب التطبيق الجامع تم هجره.[4]

2- نقد فكرة التطبيق الجامع

إن التطبيق الجامع يؤدي إلى العمل به وإن لم ينص عليه قانون الزوج الآخر.[5]

---

[1] دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، 2011، ص240.

[2] أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص779.

[3] موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص: قواعد التنازع، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص69.

[4] عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص157.

[5] الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص107.

وبالتالي فإن تطبيق القانون الأكثر تشددا منها، يؤدي إلى نتيجة تكون منافية للغاية التي يستهدفها أنصار التطبيق الجامع أصلا، وهي احترام قانون كل من الزوج والزوجة معا.[1]

وعليه فإنه لا يسلم من النقد القول بالتطبيق الجامع لكل من القانونية، ذلك أن «من شأنه من الناحية العملية إهدار القواعد الأكثر تساهلا والاقتصار على إعمال القواعد الأكثر تشددا بالنسبة لكل من الزوجين»، وبالتالي تقل فرصة قيام الزواج المختلط لاختلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول عادة.[2]

ثانيا: التطبيق الموزع للقوانين

هناك اتجاه ثاني يدعو إلى تطبيق قانون جنسية العاقدين تطبيقا موزعا:

1- المقصود بالتطبيق الموزع للقوانين

إن المقصود بالتطبيق الموزع، أنه يكفي لصحة الزواج من حيث الموضوع أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه، فإن كان قانون كل من الزوجين يحدد أهلية الزواج بسن معينة، فإنه يكفي أن تتوفر في كل منهما السن التي يحددها قانونه وبصرف النظر عن السن التي يحددها قانون الطرف الآخر.[3]

---

[1] هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص262.

[2] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر 2008، ص388.

[3] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة العربية، مصر، 1992، ص538.

فأصحاب هذا الاتجاه ينادون بإخضاع الزوج في زواجه لقانونه الشخصي، والزوجة تخضع إلى قانونها الشخصي، دون أية رابطة أو علاقة بينهما.[1]

2-حدود التطبيق الموزع

ولكن ومع ذلك فقد يحدث في بعض الأحيان أن يتعذر التطبيق الموزع لقانون كل من الزوج والزوجة، ويبدو ذلك بصفة خاصة، بالنسبة لبعض الشروط السلبية للزواج أو ما درج الفقه على تسميته بموانع الزواج، إذ قد يؤدي مراعاة المانع لدى أحد الزوجين إلى ضرورة مراعاته بالنسبة للزوج الآخر.[2]

فلا يستثني من التطبيق الموزع سوى الحال التي يتضمن فيها قانون أحد الزوجين شروطا موضوعية سلبية، أو ما يطلق عليها الفقه بموانع الزواج، كالقرابة من درجة معينة أو الاشتراك في جريمة الزنا أو الاختلاف في الدين أو ارتباط المرأة بزواج قائم لم ينحل، إذ لا يكون مفر في هذه الحالة، من تطبيق قانون كل من الزوجين تطبيقا جامعا فيما يتعلق بهذه الشروط، وعليه يكفي أن يتضمن أحد القانونين النص على مانع من موانع الزواج لكي لا ينعقد الزواج صحيحا.[3]

فالموانع قد تكون أخلاقية، دينية أو إقليمية، وقد فرق بعض الفقهاء في موانع الزواج بين تلك التي تكون استجابة لمبادئ خلقية عليا كالقرابة والعدة حيث يشترط فيها التطبيق

---

(1) ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1998، ص89.

(2) هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص263.

(3) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص281.

الجامع وتلك التي تعتبر موانع إقليمية، فلا تمتد خارج الإقليم مثل موانع الجنس واللون ويوجد كذلك المانع الديني، وهو ما تم النص عليه في المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري.[1]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري بالتطبيق الموزع، وهو ما نستنتجه من خلال الصياغة التي جاء بها في نص المادة 11 من القانون المدني، فاستعمال المشرع لعبارة «..... لكل من الزوجين».[2]دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع، فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمل عبارة «.... لكلا من الزوجين»، وتبقى مسألة مدى استثناء موانع الزواج من التطبيق الموزع غير واضحة في التشريع الجزائري، فعدم وجود سابقة قضائية في هذه المسألة يفتح الباب لعدة تأويلات.[3]

غير أن المشرع الجزائري لم يستثنيها صراحة فيمكن أن نطبق بشأنها قانون جنسية العاقدين تطبيقا موزعا ولكن مع إعمال فكرة النظام العام طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري.[4]

وقد أكد المشرع الجزائري على تبيينه التطبيق الموزع صراحة وذلك من خلال نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، بقوله أنه يشترط ألا يخالف الطرف الجزائري شروط

---

(1) عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص217.

(2) المادة 11 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم.

(3) بومراو سفيان، "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج: دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و24 أفريل 2014، ص100.

(4) مرجع نفسه.

الأساس، التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج، غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع.[1]

ومن هذه الأمثلة يتضح التقليص من الزواج المختلط في الحالات التي ترد فيها موانع الزواج في قانون أحد الزوجين.[2]

الفرع الثالث: الإختصاص الحصري للقانون الجزائري

بعد أن بينت المادة 11 من القانون المدني بصفة عامة قاعدة التنازع المتعدية الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج، وهي إسنادها لقانون جنسية كل من الزوجين، أوردت المادة 13 استثناءا هاما بقولها: «يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج»، وطبقا لهذا النص يختص بحكم الشروط الموضوعية للزواج القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت إبرام العقد، وقد تقرر هذا الحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي مثال الحالة الأولى زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها من غير من ينتمي لطائفتها، ومثال الحالة الثانية عدم صحة زواج جزائرية مسلمة من غير مسلم، ومع ذلك تستثني المادة 13 شرط أهلية الزواج.[3]

---

[1] دربة أمين، مرجع سابق، ص240.

[2] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994 ص397.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص152.

ولو أن هذا الحكم المنصوص عليه في المادة السالفة الذكر استثنائي، إلا أنه يطبق بالأولوية إذا توافر شرط التطبيق، أي كون أحد الزوجين جزائري عند إبرام الزواج، وتقرر هذا الحكم في القانون الجزائري وغيره، لمواجهة حالات خاصة يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري.[1]

ويسري الاستثناء الوارد في نص المادة 13 متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج ولو غير الزوج أو الزوجة جنسيته فيما بعد، في المقابل لا يسري إذا كان الزوجان أجنبيين عند إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو هما معا بالجنسية الجزائرية، إلا فيما يخص انحلال الزواج الذي يطبق عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وليس عند إبرام الزواج.[2]

ولابد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يبقى معرضا للنقد حول المادة المذكورة أعلاه، لكونه قد خرج عن أبرز خصائص قواعد الإسناد والمتمثلة في خاصية الإزدواجية فهذه المادة جاءت بصيغة انفرادية وموحدة ما دام أنها تمنح الاختصاص منذ الوهلة الأولى للقانون الجزائري، وهو ما يؤدي إلى المساس بمبدأ آخر وهو مبدأ حياد قاعدة الإسناد، كما أن هذه المادة تثير إشكالا آخر يتمثل في مدى ملاءمة تطبيق القانون الجزائري على الطرف الأجنبي، وهو الأمر الذي لا يؤدي إلى تحقيق الغرض من وجود قواعد الإسناد، الذي يتمثل في البحث عن القانون الملائم لحكم النزاع.[3]

الفرع الرابع: الصعوبات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق أمام القضاء الجزائري

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2010، ص19.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص152.

[3] بومراو سفيان، مرجع سابق، ص99.

إذا كانت قاعدة الإسناد الوطنية المستندة لضابط الجنسية في القانون الجزائري قد بينت القانون الواجب التطبيق، إلا أن هناك صعوبات قد تعترض القاضي وهو بصدد إعمال هذه القاعدة.[1]

أولا: تعدد وانعدام الجنسية

تثور هذه الصعوبات بالنسبة للتشريعات التي تعتد بضابط الجنسية في إسناد الأحوال الشخصية عموما ومسائل الزواج خصوصا، فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بإخضاع الشروط الموضوعية للقانون الوطني للزوجين، إلا أن القاضي المطروح أمامه النزاع قد تواجهه صعوبات ومشاكل في حال تعدد الجنسيات أو انعدام الجنسية.[2]

1-تعدد الجنسيات

ويقصد بتعدد الجنسيات أن يحمل الشخص جنسية أكثر من دولة في نفس الوقت.[3]

في هذه الحالة يكون القاضي أمام فرضين:

---

[1] رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011، ص19.

[2] مرجع نفسه.

[3] أحمد ضاعن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الأول رقم 62، 2007، ص17.

أ-في حالة تعدد الجنسية وكانت من بينها جنسية دولة القاضي

وتبعا لذلك إذا وجد القاضي أن أحد الزوجين متعدد الجنسيات، ومن بينها جنسية دولة القاضي فإنه يطبق قانون دولة القاضي.[1]

ففي هذا الفرض ليس هناك من تنازع بين الجنسيات، فجنسية دولة القاضي تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورا حاذفا فتحذف مسبقا كل إمكانية للمفاضلة أو الاختيار فهي تطبق دون سواها، فقواعد الجنسية هي قواعد عامة وإقليمية التطبيق ترفض أي تزاحم فالمشرع الوطني ينفرد بتحديد شروط اكتساب جنسية أو زوالها.[2]

فإذا عرض نزاع على القاضي الجزائري، وتعلق الأمر بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج يراد إبرامه بين زوج مصري وتونسي، وكان الزوج يرتبط ارتباطا حقيقيا مع المجتمع المصري، ففي هذه الحالة يعتد القاضي الجزائري بالجنسية المصرية بالنسبة للزوج باعتبارها الجنسية الحقيقية[3]. ونص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/22 من القانون المدني.[4]

ب-تعدد الجنسيات وليس من بينها جنسية دولة القاضي

في هذا الصدد يكون التنازع بين الجنسيات، وليس من بينها جنسية دولة القاضي والحلول الفقهية المتعددة تقضي إما بتفضيل الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون جنسية

---

[1] الهداوي حسن، مرجع سابق، ص87.

[2] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص274.

[3] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص21.

[4] نصت المادة 1/22 من القانون المدني: «غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول، أجنبية جنسية تلك الدول».

دولة القاضي، أو ترك التحديد لصاحب العلاقة، أو تفضيل الجنسية الأقدم أو الجنسية الأحدث.[1]

فإذا عرض نزاع على القاضي الجزائري وتعلق الأمر بالبحث عن القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج يراد إبرامه بين زوج مصري وتونسي، وكان الزوج يرتبط ارتباطا حقيقيا مع المجتمع المصري، ففي هذه الحالة يعتد القاضي الجزائري بالجنسية المصرية للزوج، إذ يأخذ القاضي بقانون الجنسية الفعالة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، وذاك متى كانت الجنسيات المتنازعة جنسيات أجنبية[2]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3/22 من القانون المدني بقوله «في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو محل الإقامة».[3]

2-انعدام الجنسية

إن المقصود بانعدام الجنسية عدم تمتع الشخص بأية جنسية[4]، حيث يكون هذا الشخص في جميع قوانين الجنسية في الدول أجنبيا، وقد يكون هذا الانعدام في الجنسية منذ

---

[1] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص275.

[2] رحاوي أمين، مرجع سابق، ص21.

[3] المادة 22/ 3 من القانون المدني 10/05 المعدل والمتمم.

[4] Rizkallah Nouhad, Droit international privé, entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L) , BEYROUTH, Liban, 1985, p123.

الميلاد كما يمكن أن يكون لاحقا[1]، وهذا الشخص العديم الجنسية يكون كسفينة تسير في عرض البحر بدون علم فهو شخص بلا وطن، نظامه القانوني مجهول.[2]

في هذا الخصوص اختلف الفقه في كيفية اختيار القانون واجب التطبيق عندما يكون الشخص عديم الجنسية، فاتجه البعض إلى القول بتطبيق القاضي لقانون الدولة التي كان الشخص يحمل جنسيتها قبل انعدام الجنسية إلا أن هذا الرأي انتقد بناء على أنه يمكن أن يكون الشخص منذ ولادته عديم الجنسية، غير أن جانب من الفقه سعى إلى تطبيق جنسية الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية إذا كان من الممكن معرفة مكان ميلاده، غير أن هذا الحل انتقد لأن الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة، مما يؤدي إلى عدم ارتباط الشخص بها، أو أن هذه الدولة أخذت منه جنسيتها، أما الرأي الراجح الذي تبنته أغلب التشريعات فيقضي بتطبيق قانون الموطن على عديم الجنسية. [3]

يطلق على هذه الحالة بحالة التنازع السلبي، ويذهب الرأي الراجح فقها إلى إسناد الأحوال الشخصية لمنعدم الجنسية لقانون الموطن.[4] وقد تبناه المشرع الجزائري، بموجب تتميمه للمادة 22 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة: «في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة»[5]، وبالتالي يطبق قانون المحل في حالة انعدام الجنسية، وإن لم يكن له موطن فإنه يطبق قانون محل الإقامة.

---

[1] جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011، ص54.

[2] حسين نوارة، "الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص44.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص207، 208.

[4] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص21.

[5] المادة 22 من القانون المدني.

ثانيا: التنازع المتحرك

حيث أن تنظيم العلاقات القانونية يخضع لاعتبارات الزمان والمكان في ذات الوقت مما يقتضي 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. [1]

وقد تبنى المشرع الجزائري التنازع الثابت حين وضع قواعد إسناد محددة كمثال تفضيله قانون الجنسية على قانون الموطن، وأحيانا إجراء مفاضلة بين القانونين المتعاقبين مثلا تفضيل جنسية الزوج الجزائري وقت انعقاد الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا. [2]

ثالثا: الصعوبات التي يثيرها التعدد التشريعي أو الطائفي

قد تثور الصعوبة في حالة الإسناد إلى قانون بلد تتعدد 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]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/23 على أنه في حالة التعدد الإقليمي أو الطائفي، فالقانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه إن هذا النص يعالج ما يسمى بالإحالة الداخلية.

---

[1] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص22

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص123.

[3] عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص110.

وفي حالة عدم النص على ذلك، بين المشرع الجزائري للقاضي الجزائري القانون الواجب التطبيق في الفقرة الثانية من نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري: «إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن يطبق التشريع الغالب في البلد، في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي»[1].

رابعا: الصعوبات التي يثيرها مشكل الإحالة

ثمة صعوبة أخرى تعترض تطبيق قانون الجنسية تتمثل في الإحالة، وتتحقق عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي، في حين تشير قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص إما إلى تطبيق قانون دولة القاضي، وإما إلى تطبيق قانون دولة أخرى غير قانون دولة القاضي. [2]

والمشرع الجزائري يأخذ فقط بالإحالة من الدرجة الأولى ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية[3]، فلو أراد إنجليزي إبرام عقد زواجهما في الجزائر وكانا متوطنان بها ورجع القاضي الجزائري إلى قواعد الإسناد للقانون الإنجليزي 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 القانون الفرنسي قانون الموطن، وإنما يقتصر تطبيقه على القواعد الداخلية للقانون الإنجليزي دون تلك الخاصة بتنازع القوانين.

---

[1] المادة 23 من القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص25.

[3] المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني ، المعدل والمتمم.

المطلب الثالث: حالات استبعاد وتطبيق القانون الأجنبي

عند تطبيق القاضي للقانون الأجنبي، قد يصادف أن هذا القانون مخالف للنظام العام كما قد يواجه أن أطراف العلاقة قد تلاعبوا بضابط الجنسية تهربا من تطبيق قانونهم، وهذا ما يعرف بالغش نحو القانون، فيضطر القاضي إلى استبعاد القانون الذي تم الغش نحوه.

وهذا يعني أن القانون الأجنبي لا يطيق إذا كان يتعارض مع طبيعة النظام الذي تقوم عليه مؤسسة الزواج في قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام والآداب في الجزائر»[1]

إذن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج في قانون القاضي باختصاصه في حالة تعارضه مع النظام العام أو الغش نحو القانون.

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام والآداب العامة

إن الغرض من الدفع بالنظام العام والاداب العامة هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، بسبب تعارضه بين الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في دولة قانون القاضي. [2]

---

[1] المادة 24 من القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص67.

حيث يؤكد الفقه الحديث في مجموعة ،أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع. [1]

وفكرة النظام العام على هذا النحو فكرة مرنة ومتطورة، يكتنفها الغموض وبالتالي يصعب تحديدها بشكل دقيق إذ تتغير باختلاف المكان والزمان. فما قد يعتبر تعارضا مع النظام العام في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرا منافيا لهذه الفكرة في وقت آخر. [2]

فقد استقر الفقه اليوم على أن يترك تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل دولة يطورها لتطور المبادئ والأخلاق والتقاليد في بلده وفي عصره، ويستخدمها كسلاح استثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تختلف اختلافا جوهريا من قانون دولته سواء في مفهومها أو في أهدافها الخلقية أو الاجتماعية أو الاقتصادية وفي قيام القضاء بهذه الوظيفة تعتبر كهيئة رقابة تمنع القانون الأجنبي أو لا تمنحه تأشير الدخول في إقليم دولته. [3]

وبالرغم من صعوبة إعطاء تعريف دقيق ومحدد للنظام العام بين طبيعته المتغيرة إلا أن بعض الفقهاء سعى إلى إعطاء تعريف له.

أولا: تعريف الدفع بالنظام العام

إن محاولة إعطاء تعريف دقيق ومحدد للنظام العام مسألة ليست بالأمر السهل، لأن النظام العام فكرة نسبية يختلف مضمونها باختلاف الزمان والمكان كما سبق ذكره، وهي في

---

[1] فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط4، دار هومة، الجزائر، 2005، ص119.

[2] مرجع نفسه، ص120.

[3] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص147.

الأصل عبارة عن قواعد تهدف إلى تحقيق مصالح عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ولذلك يستحسن أن يترك للقاضي أمر تحديد ما يعد من النظام العام وما لا يعد منه.

فقد وجدت عدة محاولات لتعريف النظام العام ومن بين هذه التعريفات نذكر:

"النظام العام هو مجموعة من المصالح الأساسية، والمثل العليا (سياسية، اجتماعية اقتصادية ودينية)، التي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمها نظامها القانوني".[1]

عرف أيضا بأنه: "هو المجموعة القانونية المنظمة للمصالح التي تعلو أعلى المصلحة الفردية وتهم المجتمع".[2]

كما عرف أيضا "أنه المساحة التي يتخلى عنها الأفراد من مصالحهم الخاصة لمصالح المصلحة الاجتماعية".[3]

عرف أيضا من طرف الأستاذ canut florence ب: «يتحدد النظام العام برسم القواعد الضرورية للسير الحسن للمجتمع والمؤسسات التي تمثله لذا فهو يهتم بالدولة والعائلة والفرد والآداب»[4]

كل هذه التعريفات تهدف إلى المحافظة على المبادئ الأساسية للمجتمع.

---

[1] سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص ، تخصص قانون اسرة ، جامعة محمد الصديق بن يحيى، كلية الحقوق والعلوم السياسية جيجل، 2016، ص77.

[2] مرجع نفسه.

[3] Canut florance ,l'ordre public en droit de travail , thèse de doctorat en droit ,université de paris, panthéon sorbonne, paris, 2004, p04.

[4] Japiod René des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle, thèse dijou, paris, 1909, p304.

ثانيا: شروط إعمال الدفع بالنظام العام

يشترط إثارة الدفع بالنظام العام شروط تتمثل في:

1- وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختصا طبقا لقاعدة الإسناد في دولة القاضي، حيث يتم إعمال الدفع بالنظام العام كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، هذا في حالة تصادم تطبيقاته مع المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي، وتجب الإشارة في قاعدة الإسناد إلى وجوب تطبيق القانون الأجنبي سواء كانت قواعده تشريعية أو عرفية ذلك لإعمال الدفع بالنظام العام.[1]

2- وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي

أي لا يجوز سلب اختصاص القانون الأجنبي، إلا إذا وجدت صلة أو علاقة بين النزاع والنظام القانوني لدولة القاضي.[2]

3- توافر مقتضيات النظام العام

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي اختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية، بل إنه لا جدوى لإجراء محاولات

---

[1] بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص141-142.

[2] سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، مرجع سابق، ص79.

مسبقة للحد من نطاق تدخل النظام العام عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين من النظام العام وأخرى ليست منه.[1]

حيث إذا تعارض القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية لدولة القاضي، فيجب تطبيق القانون المختص بموجب قواعد شريطة ألا يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالمبادئ الأساسية للدولة.[2]

4- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية

يشترط أن تكون المخافة للنظام العام وقت رفع الدعوى، ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالف للنظام العام، وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق، عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق،[3] فقد تتغير قاعدة التنازع بعد وقوع الحادث أو نشوء الحق قبل رفع الدعوى، ومع ذلك فالقاضي ملزم بتطبيق القاعدة التي كانت سارية عند نشوء الحق، لا تلك التي حلت محلها وقت رفع الدعوى.[4]

فعلى القاضي أن يطبق المفهوم الحالي للنظام العام وليس بالمفهوم السابق له.[5]

رابعا: الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام

للدفع بالنظام العام أثرين: أثر سلبي وأثر إيجابي، يمكن إدراجهما فيما يلي:

---

[1] سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، مرجع سابق، ص79.

[2] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص81.

[3] مرجع نفسه.

[4] علي علي سليمان، المرجع السابق، 153.

[5] سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص36.

1- الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام في دولة القاضي، كل ذلك من أجل حماية المبادئ والأسس الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها النظام العام بطريقة يكفل معها تطبيق قواعد الإسناد الوطنية والقانون الذي يعمل به.[1]

أ- **الاستبعاد الجزئي للنظام العام:** إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطا وثيقا بباقي أجزاء القانون الواجب التطبيق هنا الاستبعاد جزئيا أي أن ذلك الجزء لا يحول دون تطبيق بقية الأحكام.[2]

ومثال ذلك: إذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق على التركة يجيز التوارث مع اختلاف الديانة بين الوارث والمورث مثل هذا النص يخالف النظام العام في سوريا، يترتب على إعماله أمام المحاكم الوطنية استبعاد هذا النص في حين إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام تطبق على موضوع النزاع لكن بعض الحالات يصعب استبعاد جزئية القانون الأجنبي.[3]

ب- الاستبعاد الكلي للنظام العام: قد يكون القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطا بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون، بحيث يصعب على القاضي الاكتفاء

---

[1] سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، مرجع سابق، ص79.

[2] مرجع نفسه.

[3] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص: تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتنفيذ نصوص أخرى لا تتعارض مع النظام العام في بلده.[1]

ومثال ذلك نجد: في القانون الأجنبي واجب التطبيق يجوز الزواج بين رجل مسيحي وامرأة مسلمة، ولكن في دولة القاضي لا يجوز ذلك لأنه يمس بالنظام العام السائد في بلده ولذلك يستبعد تطبيق القانون الأجنبي كليا وبذلك لا يعترف بشروط ذلك الزواج ولا بآثاره.[2]

ج- الأثر المخفف للنظام العام: تقوم فكرة الأثر المخفف للنظام العام على أساس التمييز بين الوضعية التي يراد فيها تكوين مركز قانوني في بلد القاضي وبين الوضعية التي يتكون فيها المركز القانوني في الخارج ويراد الاعتراف بآثاره ويتم استبعاده، إذا كان يتعارض مع النظام العام في هذه الدولة،فإذا كان مخالفا للنظام العام فليس من شأنه الدفع به بل الاعتراف بمركزه تكون في الخارج، يمكن التسامح بعض الشيء في الاعتراف بهذا المركز القانوني من طرف دولة القاضي.[3]

2- الأثر الإيجابي

ثبوت الاختصاص لقانون القاضي:

إذا استبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام فعليه بعد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناتج عن هذا الاستبعاد.[4]

---

[1] سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، مرجع سابق، ص80.

[2] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص235.

[3] سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، مرجع سابق، ص80-81.

[4] فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 125.

ويؤكد القضاء الفرنسي مؤيدا من طرف غالبية الفقه إلى ضرورة تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة بدلا من القانون الأجنبي، الذي استبعدت أحكامه ويعد هذا الأثر الإيجابي للنظام العام كما يعد النتيجة الطبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على أنه مسألة موضوعية. [1]

لكي يعتبر الدفع بالنظام العام في البلاد الأنجلوسكسونية هو دفعا إجرائيا يتبع في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من ثم عدم البحث عن بديل للقانون المستبعد. [2]

الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

الغش نحو القانون ليس كالنظام العام مانعا مباشرا من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وإنما هو مانع للاعتراف بالنتيجة القانونية المتحصلة من تطبيق قانون أجنبي آخر نقل إليه الاختصاص بالغش والتحايل في النزاع من القانون. [3]

حيث يعتبر الغش نحو القانون أو التحايل على القانون المانع الآخر من موانع تطبيق القانون الأجنبي، ويتم التحايل بتغيير ظرف الإسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون لآخر يتفق مع رغبة الشخص ويجنبه تطبيق القواعد الآمرة للقانون المختص أصلا. [4]

---

[1] فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 125.

[2] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 305.

[3] غالب علي الدوادي، مرجع سابق، 241.

[4] سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، مرجع سابق، ص 83.

أولا: نشأة الدفع بالغش نحو القانون

تعتبر القضية المشهورة في فقه القانون الدولي الخاص بقضية الأميرة "بوفرمون" أول قضية يطبق فيها القضاء الفرنسي نظرية الغش نحو القانون، ولقد فتحت الباب بعدها للفقه للاهتمام بها. [1]

وتتلخص وقائع هذه القضية في زواج البلجيكية، من أمير فرنسي "دي بوفرمون" واكتسبت بناء على ذلك الجنسية الفرنسية، وعندما أرادت الطلاق منه وقفت أحكام القانون الفرنسي أمامها الذي لم يكن يسمح بالطلاق أي التطليق في ذلك الوقت. [2]

ولذلك لجأت الزوجة المذكورة إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي تسمح بالطلاق، واستطاعت بعدها أن تحصل على الطلاق من زوجها الأمير الفرنسي "دي بوفرمون"، ثم تزوجت من أمير روماني يدعى "بيبسكو" فاكتسبت جنسيته وأقامت معه في فرنسا. [3]

غير أن زوجها الأول قام برفع دعوى مطالب فيها بإبطال الزواج الثاني على أساس تجنسها الذي كان بهدف الغش نحو القانون من ثم لا يعتبر الطلاق صحيحا، وبالتالي يبقى الزواج الأول صحيحا.

وبناء على ذلك استبعدت وقررت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول "دي بوفرمون" وقضت ببطلان الطلاق، وبنت حكمها على أساس أن تغيير الجنسية وإن كان

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 178.

[2] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص: المضمون الواسع المجدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 678.

[3] مرجع نفسه.

عملا مشروعا إلا أنه قصد منه التحايل على القانون الفرنسي والهروب من أحكامه التي تمنع الطلاق وصولا إلى تطبيق القانون الألماني الذي يسمح به.

وبناء على ذلك استبعد هذا القانون وطبق القانون الفرنسي الذي كان يقضي ببطلان الطلاق وبالتالي بطلان كافة الآثار المترتبة عنه.[1] وعلى هذا الأساس استقر القضاء الفرنسي بالأخذ بنظرية الغش نحو القانون.

ثانيا: تعريف الغش نحو القانون

يراد بالغش نحو القانون التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب من تطبيق القانون، وقد يقع هذا التحايل وهو الغالب بتغيير الجنسية حتى يتهرب من يغير جنسيته من حكم قانون أحواله الشخصية إلى قانون يتيح له غرضا يرمي إليه. [2]

وقد عرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون بما يلي: "هو عبارة عن اتخاذ أعمال إرادية حقيقية عمدا أو غير عمد، لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يخالف غرضه". وعرفه آخر بأنه: "ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية، الآمرة أو الناهية، التي يخضع لها، بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي. [3]

والمشرع الجزائري أدرج فكرة الغش نحو القانون إثر التعديل الأخير للقانون المدني لكنه لم يعرفه في مجال قواعد التنازع وهذا طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني . [4]

---

[1] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 678.

[2] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 159.

[3] مرجع نفسه.

[4] الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، العراق، 1972، ص 120.

ثالثا: شروط قيام الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لقيام الغش نحو القانون شروط، منها ما هو متفق عليها ومنها ما هو غير متفق عليها، وهذه الشروط تتمثل في:

1- الشروط المتفق عليها

وهي التغيير الإرادي لضابط الإسناد وتوافر نية الغش نحو القانون.

أ-التغيير الإرادي لضابط الإسناد

حتى يكون في الإمكان الدفع بالغش نحو القانون ينبغي أن يكون هناك تغيير لضابط الإسناد، وأن يكون هذا التغيير إراديا. [1]

فبالنسبة لتغيير ضابط الإسناد فلا يمكن تصوره بالنسبة للضوابط التي لا تتوقف على إرادة الأشخاص كضابط موقع العقار، فهو من الضوابط التي تفلت من إرادة الأفراد، لأن العقارات كما نعلم هي أموال لا تقبل النقل من مكان إلى آخر دون تلف. [2]

أما تلك التي تتوقف على إرادة الأشخاص فهي تقبل التغيير، فيمكن بالتالي أن تفتح المجال للغش نحو القانون. [3]

لكي يكون التغيير إراديا يجب أن يتم بفعل إرادة الأفراد أي أن يكون للإرادة دور في هذا التغيير، كما لو اكتسب الفرد جنسية جديدة عن طريق التجنس، أما إذا حصل التغيير

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 180.

[2] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 683.

[3] مرجع نفسه.

في الجنسية بشكل لا بد للفرد فيه لو جاء نتيجة لتبدل السيادة على الإقليم مثلا، فلا يعد التغيير إراديا ولا يسمح بالتالي لقيام الدفع بالغش نحو القانون. [1]

أما فيما يتعلق بالضوابط التي تقبل تغيير ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية فيقوم الشخص بتغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة لكونه يفرض مثلا مانعا يقف عائلا دون تحقيق مصلحته. [2]

كذلك من بين هذه الضوابط التي تمثل التغيير نجد ضابط الموطن الذي يعتبر تغييره أسهل من تغيير الجنسية. [3]

أضف إلى ضابط موقع المال بالنسبة للمنقولات هو أيضا من الضوابط التي يسهل تغييرها، فيقوم الشخص بتغيير موقع المنقول بنقله إلى بلد آخر ليفلت من أحكام قانون البلد الأول.

ب-توافر نية الغش نحو القانون

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون دائما ينبغي أن يكون هذا التغير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة. [4]

---

[1] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 683.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 190.

[3] مرجع نفسه.

[4] مرجع نفسه، ص 191.

ويكفي في تحقيق هذه النية مجرد محاولات الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا ولو لم تتحقق النتيجة المتوخاة من تطبيق القانون الذي أصبح مختصا نتيجة التغيير في ضابط الإسناد. [1]

فتغيير الشخص لجنسيته التي لا يسمح قانونها بالطلاق واكتساب جنسية دولة أخرى يسمح قانونها بالطلاق، ثم لجوءه إلى القضاء ليطلب طلاق زوجته يسمح بوجود نية التهرب من تطبيق القانون المختص في الأصل ويسمح بالتالي بالدفع بنظرية الغش نحو القانون. [2]

ويعد توافر نية الغش العنصر الوحيد عمليا الذي يتكون بموجبه بالاحتيال على القانون على أساس أن التغيير الإرادي لضابط الإسناد يتم بصورة مشروعة ولا يكشف عن التحايل بمفرده. [3]

وبالرغم من صعوبة إثبات نية الغش فذلك لا يعني استحالة إثباته، إذ يمكن للقاضي استكشاف هذه النية بالرجوع إلى ظروف القضية وملابساتها، فقد تكتشف نية الغش لدى الأميرة بوفرمون بشروعها بإجراءات التطليق من زوجها مباشرة بعد اكتسابها للجنسية الألمانية، توضح عندها بأن اكتسابها لهذه الجنسية لم يكن هدفا بحد ذاته وإنما وسيلة للطلاق. [4]

---

[1] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 685.

[2] مرجع نفسه.

[3] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص279.

[4] مرجع نفسه، ص 280.

2- الشروط غير المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون

وتتمثل في شرطين وهما:

أ- أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي

إضافة إلى الشرطين السابقين هناك من الفقه من أضاف شرطا ثالثا هو أن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات من أحكامه هو قانون القاضي.

أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون في مواجهته، ذلك أن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته، ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي. [1]

ونلاحظ أن اتجاها جديدا بدأ يظهر في الوقت الحاضر في القضاء الفرنسي ويميل نحو إعمال الغش نحو القانون في الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم العلاقة. [2]

وأخيرا قد وضعت محكمة النقض الفرنسية في قضية "Münzer" من بين شروط إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي شرط غياب كل غش نحو القانون، وهذه العبارة تشمل الغش نحو القاضي والغش نحو القانون الأجنبي. [3]

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 192.

[2] مرجع نفسه.

[3] فضيل نادية، الغش نحو القانون، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 82.

ب-أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة

هناك نوعين من الأحكام أو القواعد آمرة وأخرى مكملة، وهنا حسب هذا الشرط نجد أن بعض الفقهاء يحصرون إعمال الغش نحو القانون على الأحكام التي يكون التهرب فيها من النصوص الآمرة، أما إذا كانت أحكام مكملة فلا يتحقق الغش نحو القانون كونها قواعد آمرة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فلا يتصور بالتالي الهروب منها.

إن القواعد الآمرة أو الناهية لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها أو استبعاد تطبيقها أو نقل الاختصاص منها، فتكثر محاولات الغش والتحايل نحوها بهدف نقل الاختصاص منها إلى قانون آخر أنفع لصاحب المصلحة والتخلص من أحكامها، عكس القواعد القانونية المكملة أو المفسرة التي يتمتع الأفراد بحرية الاتفاق على خلافها واستبعاد تطبيقها ونقل الاختصاص منها إلى قانون آخر بدون اللجوء إلى الغش.[1]

رابعا: أساس الغش نحو القانون

تجد نظرية الغش نحو القانون عند غالبية الفقه أساسها في نظرية التعسف في استعمال الحق، فوفقا لهذه النظرية يكون هناك تعسف في استعمال الحق لما يكون للشخص حق فيستعمله استعمالا غير مشروع.[2]

ويكون الاستعمال غير مشروع إذا كانت المصالح التي يريد الشخص تحقيقها غير مشروعة.

---

[1] غالب علي الدوادي، القانون الدولي الخاص: الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 5، دار وائل للنشر، 2010، ص 257.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 194.

للشخص حق في تغيير جنسيته أو في تغيير موطنه، غير أن استعماله لهذا الحق قد يكون لتحقيق مصلحة غير مشروعة وهي الحصول على حق يرفض منحه له القانون المختص أصلا بحكم العلاقة. [1]

إضافة إلى أن هناك جانب من الفقهاء من اعتبر الغش نحو القانون تطبيقا من تطبيقات الصورية، والصورية هي عبارة عن عقد ظاهر وعقد مستتر يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، لذا فهي تفترض وجود عقد ظاهر يسمى بالعقد الصوري وعقد مستتر يكون غرضه إما محو كل أثر للعقد الظاهر وإما تعديل بعض أحكامه. [2]

وقد اعترض عليها الفقه كون الفرق بين النظريتين واضح: فالصورية تفترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي يستر عقدا باطنا حقيقيا، فإرادة المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإدارتهما المستترة الحقيقية، بينما في الغش نحو القانون يقوم الغاش بتصرف ظاهره حقيقي ولكن الغرض منه غير مشروع. [3]

وأخيرا نخلص إلى أنه مهما اختلفت الآراء في إسناد نظرية الغش نحو القانون إلى أساس قانوني، فإن هذه النظرية تعد تطبيقا للمبدأ التالي: "**لا يجوز لأحد أن يجتنب تطبيق القوانين**".[4]

إلى النتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء ضابط الإسناد للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة أي عدم سريان وسيلة التحايل.

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 195.

[2] فضيل نادية، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 137.

[3] مرجع نفسه.

[4] مرجع نفسه، ص 139.

نفترض أن المشرع الجزائري عرضت أمامه قضية مثبت فيها الغش نحو القانون فنتساءل ما هو الأثر المترتب؟ هل يترتب على ذلك عدم نفاذ النتيجة التي سعى وراءها الغاش وذلك بتغيير ضابط الإسناد؟ أو أنه يكون الأثر أوسع ويشمل الوسيلة التي لجأ إليها الغاش للوصول إلى نتيجة غير مشروعة، في هذا الصدد انقسم الفقهاء إلى وضعين. [1]

1- الوضع الأول

في هذا الوضع يتحقق التحايل فيه عن طريق تغيير في واقعة مادية بقصد التهرب من أحكام قانون دولة ما، فإتجه الفقه إلى القول بأن هذا الاستبعاد يشمل النتيجة أي القانون الأجنبي الذي يجب تطبيقه فقط دون الوسيلة، على اعتبار أن الوسيلة حق مشروع لشخص غير مخالف لا للنظام العام أو الآداب وبما أن دولة أخرى قراراتها يعترف فيها دون ترتيب نتيجة نقل الاختصاص إلى قانون آخر، فهذا هو التوجه الغالب في التشريعات والفقه والقضاء، حيث أن الحكم بصحة الوسيلة لا يعود تقريره للقاضي الوطني بما أن هذه الوسيلة -قد منحت بمقتضى قانون أجنبي يجيزها. [2]

2-الوضع الثاني

هذا الوضع يرى الفقهاء أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التوصل إليه بالتحايل على ضابط الإسناد يشمل النتيجة والوسيلة معا، هذا هو الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي حيث يرى الفقه الغالب في فرنسا أن جزاء الغش يشمل الغاية و الوسيلة.[3]

---

[1] سعيداني نرجس ، بولجويجة زينب، مرجع سابق، ص 91.

[2] مرجع نفسه، ص92.

[3] مرجع نفسه.

في قضية "ذي بوفرمون" لابد من عدم اقتصار أثر الغش على عدم نفاد الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، لكن لابد أن يمتد إلى الوسيلة المستعملة من قبل صاحبة المصلحة وهي تجنسها بالجنسية الألمانية فلابد من بقائها فرنسية في مجال تنازع القوانين وفي كل المجالات الأخرى، حتى لو كان هذا التعبير مشروعا من حيث الأصل فإذا تم التحايل على ضابط الإسناد من خلال تغيير الجنسية يحكم ببطلانه لأن نية الشخص تتجه إلى التحايل على القانون فلا يعترف القانون وفقا لهذا الرأي بالجنسية الجديدة.[1]

خامسا: الآثار المترتبة على الغش نحو القانون

تتعدد أراء الفقهاء حول الأثر المترتب على إعمال نظرية الغش وحدود الجزاء الذي يتقرر بمقتضاها، فيرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن أثر الغش لا يتناول فقط عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء تغيير ضابط الإسناد بل أنه يتناول أيضا الوسيلة التي لجأ إليها الشخص للتوصل إليها.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج

تتعلق الشروط الشكلية بالمقتضيات والإجراءات التي يتعين على الزوجين إتباعها لكي يعتبر زواجهما صحيحا في نظر القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع في قانون القاضي باختصاصه.[2]

والشروط الشكلية هي ليست نفسها في مختلف الدول، ففي بعض الدول يشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج وفي بعضها الآخر يشترط الشكل المدني لانعقاده ،وهناك دول تجيز

---

[1] سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، مرجع سابق، ص92.

[2] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص84-85.

انعقاده في كلا الشكلين، حيث يترك هذا الاختلاف المجال لتنازع القانون حول تحديد القانون الذي يحكم هذه الشروط، وكذلك مدى صلاحية السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج.

إذن من خلال هذا المبحث سنقوم بتقسيمه إلى مطلبين، نتناول في (المطلب الأول) القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية، (المطلب الثاني)نخصصه لدراسة اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج.

المطلب الأول: الشروط الشكلية لعقد الزواج

باعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية فهو يخضع من حيث شكله طبقا لقاعدة "locus regitactum" لقانون محل إبرامه، غير أن هذا القانون يستبعد في الكثير من الدول لصالح القانون الوطني في حالة إبرام الزواج أمام بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج.[1]

وفي كل الأحوال يرجع تكييف الشروط الشكلية للزواج لقانون المحل طبقا لقاعدة "لوكيس" إلا أن الدول تختلف من حيث اختياره أو إلزامية هذه القاعدة، وقد صنفت قوانين مختلف هذه الدول هذه القاعدة إلى ثلاث مجموعات الأولى تأخذ هذه القاعدة على سبيل الاختيار مثل القانون الفرنسي والمصري والعراقي، أما المجموعة الثانية أخذت بالقاعدتين وذلك على النحو الآتي: إذا أبرم الزواج على إقليم الدولة فإنها تجعل هذه القاعدة إلزامية، أما إذا أبرم الزواج خارج إقليمها فتجعلها قاعدة اختيارية وأخذ بها كل من القانون النمساوي والألماني.

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص238.

أما عن المجموعة الثالثة فقد أخذت بهذه القاعدة إلزامية سواء كان إبرام الزواج تم على إقليمها أو خارجها وقد أخد بهذه القاعدة القانون اليوغسلافي والألباني والبلغاري.[1]

الفرع الأول: تطبيق قانون المحل على شكل الزواج

لم يرد في القانون المدني الجزائري نص خاص بشأن القانون واجب التطبيق على شكل الزواج، إلا أن القواعد العامة في القانون المقارن قد وضعت قاعدة إسناد متعددة الضوابط واختيارية التفضيل بحيث يجوز للأفراد إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام كما يجوز لهم إبرام عقود زواجهم وفقا للشكل الذي ينص عليه قانون جنسيتهم وهناك طريق ثالث يقضي بإبرام الزواج وفقا للشكل الدبلوماسي أو القنصلي.[2]

أولا: تاريخ قاعدة " locus "

لقد كان نطاق العلاقات الفردية لدى الحضارات القديمة محصورا بين أفراد الأسرة والقبيلة وكل شخص خارج عن نطاق هاتين الفئتين يعد أجنبيا، ولم يكن هذا الأخير محلا لأي اعتبار أو أهلا لتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق بل كان معرض للاسترقاق وينظر إليه نظرة استرقاق، ولم يتوسع إطار العلاقات الفردية إلا بعد احتكاك الشعوب ببعضها البعض بسبب الحروب والغزوات، وقد كان لأداء الطقوس والقوانين عند ممارسة العقائد الدينية الأثر الأكبر في ظهور الشكلية البدائية الصارمة في المعاملات القانونية.[3]

وقد نظم القانون الروماني حياة الأسرة ثم حياة المدينة، واتسع نطاق القانون الروماني ليشمل تنظيم علاقات الأفراد والشعوب والأجناس التي خضعت لحكم الإمبراطورية

---

(1) براهيمي فضيلة، مرجع سابق، ص27.

(2) مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص90.

(3) مرجع نفسه، ص91.

الرومانية[1]، واتسم هذا القانون في بدايته بالطابع الشكلي فكانت جميع التصرفات التي يقوم بها الرومان تتم في قالب شكلي محض يفرض على الأفراد القيام بإجراءات معينة، وهذا لان الشكل عند الرومان هو قوام وجود الشيء. وإذا تم التصرف دون مراعاة هذه التشكيلة فيعتبر باطلا بطلانا مطلقا.[2]

ولم يستمر هذا الوضع طويلا حيث تأثر القانون الروماني بمختلف القوانين التي سادت في إمبراطوريته، وبدأ ينشأ تنازع قانوني وشكلي بينه وبين هذه القوانين المختلفة إلى أن ظهر قانون الشعوب الذي نظم علاقات الأجانب ببعضهم البعض وعلاقات الرومان مع الأجانب،[3] وأهم ما ميز هذا القانون هو تحرره من الشكليات المعقدة التي تعرقل إبرام الصفقات والمبادلات بين الأفراد، وبالنسبة لعقد الزواج كان خاليا من كل شكلية رسمية ثم أن القانون الروماني رغم اتصافه بصفة الشكلية فإن نصوصه لا تتضمن ما يثبت ظهور هذه القاعدة في العهد الروماني، ثم جاء الفقيه كورتيس curtus الذي برر خضوع موضوع العقد لقانون بلد الإبرام على أساس أن إرادة الأفراد قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون وقد تبنى هذه الفكرة الفقيه الفرنسي ديمولان Dumoulin الذي يرجع له الفضل في قصر هذه القاعدة، وكان ذلك بمناسبة بحثه في موضوع النظام المالي للزوجين حيث توصل إلى نتيجة مفادها أن الإرادة هي التي تنشأ العقد وليس القانون.[4]

---

(1) مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص90.

(2) فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، ط4، دار هومة، الجزائر، 2005، ص30.

(3) مسعودي يوسف مرجع سابق، ص91.

(4) مرجع نفسه.

ثانيا: طبيعة قاعدة لوكيس

يتنازع الفقه اتجاهان بشأن تحديد طبيعة قاعدة لوكيس، اتجاه ينادي بالطابع الآمر للقاعدة وبذلك يجب على الأفراد الخضوع لها وعدم مخالفتها، واتجاه ثاني ينادي بالطابع المفسر أو المكمل لها ويجوز للأفراد مخالفتها والخروج عن أحكامها.

1- خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام قاعدة آمرة

يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه يجب على الأجنبي المقيم بالخارج عند إبرامه التصرفات القانونية احترام هذه القاعدة وعدم الخروج على أحكامها، ولا يجوز أن تترك للأجنبي حق الاختيار بين أحكام قانون المحل وأحكام قانونه الوطني مادام أن التصرف الذي يبرمه الأجنبي وفقا لقانون محل الإبرام يكون صحيحا في جميع الدول بما في ذلك بلده الأصلي.[1]

من بين الفقهاء المعاصرين الذين نادوا بالطابع الآمر لقاعدة locus الفقيه بوزاتي buzatti الذي يرى أن قوانين الشكل تتعلق بالنظام العام لأنها تتصل باعتبارات دينية ومعنوية، ومصالح سياسية واقتصادية في البلد الذي تتم فيه.[2]

لقد رتب القانون الفرنسي البطلان على عدم احترام الأشكال المحلية للزواج حرصا منه على احترام قواعد نظام الزواج، وبالتالي ضمان استقرار النظام الاجتماعي للبلاد وهذا لأن السماح بإبرام عقد الزواج دون مراعاة الأشكال التي يتطلبها قانون المحل والاكتفاء بتطبيق

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 92، 93.

[2] فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص93.

القانون الوطني يؤدي في النهاية إلى ترتيب نتائج متناقضة عن زواج واحد إذ يعتبر الزواج قائم في بلد وغير قائم في بلد أخر.[1]

2- خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام قاعدة اختيارية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن قاعدة لوكيس ذات طابع اختياري ومكمل بالنسبة للأفراد فيجوز لهم إجراء الزواج إما في الشكل المحلي وإما في الشكل الذي يحدده القانون الشخصي للزوجين.[2]

من أنصار الطابع الاستثنائي الفقيه نيبوابيه الذي يرى أن قاعدة لوكيس هي مجرد قاعدة استثنائية واحتياطية وذلك حين لا يعود الاختصاص إلى قانون موضوع التصرف فشكل التصرف في نظره يخضع لقانون المحل، وما الشكل الخارجي إلا وسيلة لتحقيق التصرف القانوني فهو موجود لإبراز الموضوع، كما يمكن فصلهما وهذا سواء كنا بصدد التصرفات الرسمية أو التصرفات العرفية.[3]

وأخيرا رأى هذا الفقه أن طابع القاعدة اختياري، وفي نفس الوقت هي قاعدة احتياطية تأتي في الدرجة الثانية بعد القانون الشخصي لمحرر التصرف واستند في ذلك إلى حجتين الأولى حجة تاريخية تتمثل في أن أصل هذه القاعدة اختياري وليس إلزاميا، وإنما حولها بعض الفقهاء إلى قاعدة ذات طابع إلزامي وهذا يعتبر خطأ،أما الحجة الثانية فقد استند فيها إلى الهدف الاجتماعي الذي يرمي إليه القانون، ورأى أن الدولة حتى تقوم بتشريع القوانين

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص93.

[2] مرجع نفسه، ص94.

[3] فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص108.

الشكلية يكون غرضها في ذلك حماية الأفراد ورعاية مصالحهم الشخصية وبالتالي يجب أن تترك للأفراد الحرية في تطبيق هذه القوانين.[1]

ثالثا: طبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات الحديثة

تختلف الدول فيما بينها حول إعتبار قاعدة لوكيس إختيارية أو إلزامية، فمثلا إنجلترا تخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام على سبيل الإلزام، بينما أغلبية الدول تعتبر هذه القاعدة إختيارية ومن بين هذه التشريعات نذكر:

1- التشريع الألماني

صدر في ألمانيا قانون في 25 جويلية 1986 يقضي بتعديل القانون الدولي الخاص الألماني، ونص في المادة 11منه على ما يلي: "إن شكل التصرف القانوني يعد صحيحا متى خضع للقانون الذي يحكم العلاقة القانونية، موضوع التصرف، أو القانون محل إبرام التصرف"، وإذا أبرم عقد يقيم أطرافه في دول مختلفة، فإنه لا يعد صحيحا إلا إذا خضع شكله للقانون الذي يحكم العلاقة القانونية موضوع التصرف أو للقانون الذي يقيم فيه احد أطراف العقد.

يتضح لنا من خلال نص الفقرة الأولى أن المشرع الألماني قد أخذ بالقاعدة التقليدية ولها طابع مفسر، إذ للأفراد حق الاختيار مابين قانون العلاقة القانوني موضوع التصرف وقانون محل إبرام التصرف.[2]

---

[1] فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص108.

[2] مرجع نفسه ، ص143.

أما في الفقرة الثانية فقد تعرض المشرع الألماني للعقد الذي يكون أطرافه مقيمين في دول مختلفة، ويبدوا لنا أننا بصدد العقد الذي يتم بالمراسلة حيث لا يكون الأطراف في دولة واحدة وفي هذه الحالة أيضا تبنى المشرع الألماني قاعدة لوكيس بطابعها المفسر.[1]

2- التشريع الياباني

التقنين الياباني الصادر في 1898 تعرض في نص عام لقاعدة لوكيس، فنصت المادة 8 من التقنين المدني على: «إن شكل التصرف يحدد وفقا للقوانين التي تحكم أثار التصرف واستثناءا من حكم الفقرة السابقة فإن شكل التصرف يكون صحيح إذا كان مطابقا لقوانين المحل الذي تم فيه التصرف.[2] وحكم الفقرة الثانية من هذه المادة لا يطبق على التصرفات القانونية التي يكون موضوعها حقا عينيا أو حقا يتطلب شكله الإشهار ».[3]

من خلال هذا النص نجد أن القانون الياباني أخذ كذلك بالطابع الاختياري، لكنه كان أدق من القانون الألماني القديم، إذ بين ما هو القانون الذي يحكم شكل التصرف على عكس القانون الألماني الذي فتح باب الجدال حول القانون الذي يحكم شكل التصرف، هل هو قانون الموضوع أو قانون أخر؟

3- التشريع الفرنسي

في فرنسا تعرض القانون المدني لقاعدة لوكيس في المواد 47،175،05،999 ويتضح من خلال نص المادة 47 منه أن المشرع الفرنسي قد أخضع التصرفات المتعلقة بالحالة المدنية للشخص إلى قانون المحل، كما خول المشرع الفرنسي للفرنسيين حق الاختيار بين

---

[1] فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص143.

[2] مرجع نفسه، ص145.

[3] مرجع نفسه.

قانون المحل والقانون الوطني، إذ بإمكانهم حسب نص المادة 48 من التقنين المدني، اللجوء إلى الموظفين الدبلوماسيين أو القناصل لتحرير تصرفاتهم المتعلقة بالحالة المدنية.[1]

وعليه إذا أبرم زواج بين فرنسيين في اليونان طبقا للشكل الديني الواجب هناك فإن هذا الزواج يعتبر صحيحا لدى كافة الدول بما فيذلك فرنسا التي لا تعرف مثل هذا الشكل ولكن بشرط ألا يكون هناك تحايل للتهرب من تطبيق القانون الفرنسي.[2]

4- التشريع المصري

أخد التقنين المدني المصري هو الآخر بقاعدة لوكيس وهذا في نص عام إذ نص في المادة 20 على ما يلي: «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».[3]

وبذلك فهذا النص يصرح بالطابع الاختياري لقاعدة لوكيس، بحيث يتمتع الأفراد بحق الاختيار عند إبرام عقودهم.[4]

هذا ولم يكتف المشرع المصري بالأخذ بقاعدة لوكيس فقط في مجال العقود، وإنما أخد بها أيضا في مجال الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.[5]

---

[1] مسعوي يوسف، مرجع سابق، ص 97.

[2] مرجع نفسه.

[3] فضيل نادية، تطبيق القانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 156.

[4] مرجع نفسه.

[5] مرجع نفسه، ص 157.

5- التشريع الأردني

بالنسبة للتقنين المدني الأردني نجد نص المادة 02/13 من القانون المدني، تؤكد أيضا على الصفة الاختيارية أو الانتقائية لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج، إذ لم يلزم المشرع الزوجين بقانون معين، وإنما ترك لهما الخيار بين إخضاع شكل الزواج إما وفقا لقانون كلا الزوجين وإما وفقا لقانون محل الإبرام.[1] وكل ما قيل عن القاعدة بالنسبة للتقنين المدني الأردني ينطبق على القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 19 على ما يلي: «تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية».[2]

6- التشريع الجزائري

تطرق التقنين المدني الجزائري في نص عام وشامل لقاعدة " لوكيس" فنص في المادة 19 على ما يلي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون البلد الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

وقد تبنى المشرع الجزائري في هذه المادة الطابع الاختياري لقاعدة "لوكيس"، إذ يخضع شكل التصرف إما لقانون المحل أو للقانون الوطني المشترك إذا ما اتحدت جنسية المتعاقدين، أما إذا اختلفت جنسيتهما فيجب إخضاع التصرف للشكل الذي يقضي به قانون

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص98.

[2] المادة 19 من القانون المدني.

المحل الذي تم فيه أي لقاعدة لوكيس، وهذا يعني أن الأمر إلزامي للمتعاقدين الذين تختلف جنسيتهما.[1]

كما تبنى المشرع الجزائري الطابع المفسر لقاعدة لوكيس في المادتين 95 و96 من قانون الحالة المدنية.[2]

نخلص من كل ذلك الى أن الطابع المفسر لقاعدة لوكيس أصبحت له الهيمنة والغلبة في مجال الفقه والقضاء والتشريع المعاصر، وإذا كان الطابع الآمر قد خلع على هذه القاعدة في فترة من الزمن فإن الطابع الأصلي الذي نشأت فيه القاعدة قد عاد ثانية إلى الوجود.

رابعا: موانع تطبيق قاعدة لوكيس

إذا كانت جميع التصرفات القانونية تخضع لقاعدة لوكيس من حيث الشكل، فإن مجال هذه القاعدة يتقلص بمجرد ظهور بعض الموانع التي تحول دون تطبيقها، وتتمثل هذه الموانع أو القيود في الأمور التالية.[3]

1-الغش نحو القانون

إذا كانت قاعدة لوكيس في مجال الزواج قاعدة اختيارية، بحيث يسمح للأفراد بإبرام عقود زواجهم إما وفقا للشكل المحلي طبقا لقانون بلد الإبرام، وإما وفقا لأحكام القانون

---

[1] فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 158.

[2] مرجع نفسه.

[3] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص101.

الشخصي، فهل يعتبر الزواج الذي خضع شكله لقانون المحل صحيحا حتى ولو قصد الزوجان من وراء ذلك التهرب من أحكام القانون الوطني؟.[1]

لاشك أن وصف قاعدة لوكيس بأنها قاعدة اختيارية لا يعني إعطاء الزوجين مطلق الحرية في تطبيق القاعدة التقليدية، بل تتقلص هذه الحرية وتلغى حيث تمارس بقصد استبعاد القانون المختص أصلا بحكم التصرف.[2]

ولقد كانت القوانين القديمة تأخذ بالقاعدة التقليدية التي تقضي بأن الغش يفسد كل شيء، ويقول الفقيه جان فويت "يتوقف تطبيق قاعدة لوكيس إذا كان هناك شخص يريد التهرب من بعض الشكليات التي تضايقه أو كانت شكليات باهظة يتطلبها قانون موطنه في التصرفات التي تترتب عليها الضرائب فصاحب هذا التصرف لا يستحق أي امتياز"[3]. أما في الفقه المعاصر فإن الرأي الغالب يرى أن التصرفات التي تمت في الخارج وكانت مشوبة بالغش لا يمكن أن تنتج أي أثر.[4]

ويحق للقاضي عندئذ أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل عقد الزواج، غير أن مهمة القاضي في البحث عن نية الغش ليس بالأمر الهين خصوصا وأن تشريعات الدول تختلف في تنظيم شكل الزواج تبعا لاختلاف مضمون فكرة الزواج من مجتمع لأخر ،فلو فرضنا أن زوجين فرنسيين تزوجا في انجلترا دون إتباع إجراءات الشهر فإن الزواج يعتبر صحيحا طبقا لقاعدة لوكيس، ولكي يعتبر صحيحا في نظر القانون

---

(1) مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص102.

(2) مرجع نفسه.

(3) فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 264.

(4) مرجع نفسه، ص268.

الشخصي للزوجين فإن القانون الفرنسي يشترط أن يتم إعلان هذا الزواج في فرنسا وإلا اعتبر باطلا.[1]

2-النظام العام

يؤكد غالبية الفقهاء على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق قاعدة لوكيس إذا تعارض مع مضمون القانون الأجنبي واجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع وتعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة ذات مفهوم متطور ومتغير باختلاف الزمان والمكان.[2]

وعلى كل حال يمكن تعريف النظام العام بأنه نظام المجتمع الأعلى الذي يحيط بجوانب عدة، منها الخلقية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية...الخ.

إن النظام العام للدولة هو بمثابة تعبير عن سيادتها وبالتالي فهو يتجاوز مسألتي الشكل والموضوع.[3]

والمقصود بالنظام العام هو النظام العام الدولي مع ملاحظة أن الغرض من وصفه بالدولية يراد به فقط تمييزه عن النظام العام الداخلي، وهو وسيلة استثنائية لا يلجأ إليها إلا في حالة وجود تضارب حقيقي بين القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج وفقا لقاعدة الإسناد، وبين المقومات الأساسية الجوهرية لدولة القاضي.[4]

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص103.

[2] مرجع نفسه.

[3] فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 274.

[4] مرجع نفسه.

وقد اضطر القضاء الفرنسي في حالات كثيرة إلى الحكم بإبطال زواج الأجانب الذي تم في فرنسا طبقا لأشكال نص عليها قانونهم الوطني بدعوى وجود خطر عام يهدد النظام العام للدولة.[1]

ومما سبق، يتضح لنا بأن مسألة تطبيق قاعدة لوكيس استنادا إلى فكرة النظام العام أمر تحكمه أراء القضاة في تحديد مفهوم النظام العام والذي يختلف من قضية إلى أخرى خصوصا وأنهم يتمتعون بحرية واسعة في تغيير مضمون القوانين الأجنبية دون خضوعهم إلى رقابة المحكمة.[2]

3-الإحالة

لقد تباينت مواقف الدول بشأن الأخذ بنظرية الإحالة بين القبول والرفض، وقد أورد المشرع الجزائري في القانون المدني نصا صريحا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى حيث جاء في المادة 23 مكرر1 ما يلي: «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».[3]

ولكن إذا كنا أمام زواج خضع في شكله للقانون الوطني، ورفض القانون الشخصي هذا الاختصاص وأحاله إلى قانون المحل أو قانون الموطن، فهل يعتبر هذا زواجا صحيحا؟

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، 104.

[2] المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني.

[3] فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، مرجع سابق، ص 279-280.

الأصل أن شكل هذا التصرف يعتبر صحيحا في هذه الحالة طبقا لقاعدة لوكيس نظرا لكون القاعدة تتمتع بطابع اختياري، وعليه إذا أحال القانون الشخصي المختص النزاع إلى قانون المحل أو إلى قانون الموطن فيجب الاعتداد بذلك.[1]

المطلب الثاني: اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج

يحق للجزائريين المقيمين في البلاد الأجنبية الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم، وذلك بالتوجه إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة أو إبرام عقد زواجهم وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي لبلد الإبرام وذلك بالتوجه إلى الهيئات المحلية المختصة.

حيث أقرت المعاهدات الدولية والتشريعات بإختصاص السلك الدبلوماسي لإبرام عقود الزواج في الخارج، وفي مقابل ذلك نجد اعتراف المشرع الجزائري بصحة عقود الزواج التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل طبقا للقانون الجزائري[2]، حيث هناك زواج بين الجزائريين في الخارج وزواج الأجانب في الجزائر وهو ما سنتطرق إليه.

الفرع الأول: زواج الجزائريين في الخارج

يجوز للجزائريين المتوطنين في الخارج إبرام عقود زواجهم وفقا لقانون الدولة التي يستوطنون فيها، ويستوي في ذلك أن يتم إبرام العقد في دولة أخرى أو في دولة موطنهم المشترك، وفي هذا الفرض تكون دولة الإبرام هي ذاتها دولة الموطن.[3]

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص107.

[2] مرجع نفسه، ص 116.

[3] مرجع نفسه.

ويجيز القانون الفرنسي للفرنسيين إبرام عقود زواجهم أمام رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي في الخارج وفقا لأحكام القانون الفرنسي، ولو كان مخالفا لشكل الزواج في البلد الذي هم معتمدون لديه.[1]

وعندما يلجأ الجزائريين إلى الهيئات المحلية المختصة في البلد الأجنبي لإبرام عقود زواجهم فإن مثل هذا الزواج يعتبر صحيحا في نظر القانون الجزائري، إذا تم وفقا للشروط الشكلية المقررة في ذلك البلد حسب ما جاء في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية: «إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبره صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لأحكام عقد الزواج».

حيث اشترطت عدم مخالفتها الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري مثل: الرضا وأهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري لم ينص على الزواج الذي يعقد بين جزائرية وأجنبي، إلا أنه يعد باطلا كل زواج تم بشكل مخالف للنظام العام.

وهي بذلك تقر بأن الحكم السابق يسري على المتزوج [2] بأجنبية، أما الجزائرية المتزوجة بأجنبي فهي مستثناة من هذا الحكم، وذلك تطبيقا لنص المادة31 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على: «يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية».[3]

---

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 72.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص167.

[3] المادة 31 من قانون الأسرة.

والجدير بالذكر أن قانون الحالة المدنية الجزائري قد ميز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية في عقد الزواج وهذا ما لم نجده في قانون الأسرة، كما أن الزواج الذي يتم إبرامه في بلد أجنبي بين الجزائريين والجزائريات يخضع لقانون بلد الإبرام المنصوص عليها في القانون الجزائري.[1]

إن زواج الجزائرية في الخارج لا يجوز إبرامه في الشكل المحلي على حساب الشروط الموضوعية لصحة الزواج، ونقصد هنا بشكل خاص عدم زواج المسلمة بغير المسلم[2]، كما لا يجوز إبرامه في الخارج وفقا للشكل الديني الذي يتطلبه قانون المحل، ولكن إذا كان الزوجان غير مسلمين فيحق لهما إبرام زواجهما في الخارج وفقا للشكل المحلي مدنيا كان أو ديني.[3]

الفرع الثاني: زواج الأجانب في الجزائر

إن زواج الأجانب مع الأجنبيات الذي يتم أمام الجهات الجزائرية المؤهلة يكون خاضعا من حيث الشكل إلى القانون الجزائري باعتباره محل الإبرام ويجوز إبرامه أيضا أمام الهيئة السياسية الأجنبية المعتمدة في الجزائر إذا كانت جنسية الزوجين مشتركة، هذا لأن اختصاص السلك القنصلي في إبرام عقد الزواج يقوم فقط في حالة اتحاد جنسية الزوجين مع جنسية القنصل،[4] إضافة إلى أن المادة 71 من قانون الحالة المدنية تنص على :«يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرية محل إقامة طالبي

---

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص173.

(2) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص243.

(3) مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص90-91.

(4) مرجع نفسه، ص117-118.

الزواج أو احدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار مند شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين»[1]

وهي بذلك تشترط ضرورة استمرار إقامة الأجنبيين أو أحدهما لمدة شهر على الأقل قبل الزواج في إقليم اختصاص ضابط الحالة المدنية، وطبقا للمادتين 48و171 من القانون المدني الفرنسي يمكن أن يتم إبرام الزواج أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القنصليين الفرنسيين فالزواج المدني هو المعترف به رسميا والملزم لجميع المواطنين، وكذلك الأجانب الذين يتزوجون من فرنسيين أو فرنسيات، ولكن يبقى للزوجين الخيار في إبرامه مرة ثانية على الشكل الديني أمام الكاهن متى رغبا في ذلك.

[1] المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

الفصل الثاني

إشكالات آثار عقد الزواج

كقاعدة عامة، العقود حينما تنشأ صحيحة مستوفية جميع شروطها الموضوعية وشروطها الشكلية تنتج آثار قانونية، ونفس الشيء بالنسبة لعقد الزواج باعتباره أنبل رابطة قانونية، فمتى انعقد صحيحا نتجت عنه آثار قانونية.

ومن ثم هناك آثار شخصية وأخرى مالية وهذه الآثار القانونية سواء كانت شخصية أو مالية، لابد لها من قانون يحكمها ويسري عليها، حيث قد يظهر تنازع بين قوانين عديدة في حالة وجود طرف أجنبي في الزواج المختلط، فتختلف تشريعات الدول بخصوص مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على هذه الآثار.

لكن بالرجوع لنص المادة 1/12 من القانون المدني نجدها تنص على أنه: «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج، وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج»، وبذلك تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

إذن من خلال هذا الفصل سنقتصر دراستنا على تحديد المقصود بهذه الآثار وقواعد التنازع التي تحكمها.

من خلال تقسيمه إلى مبحثين (المبحث الأول) نتطرق فيه إلى آثار عقد الزواج و(المبحث الثاني) تتناول فيه القانون واجب التطبيق على آثار عقد الزواج.

المبحث الأول: آثار عقد الزواج

يترتب على عقد الزواج واجبات والتزامات متقابلة منها ما هي شخصية تقع على عاتق الزوجين كواجب الإخلاص والنفقة، وأخرى مالية كارتباط الأزواج بالنظام المالي للزوجين المقرر ببعض الشرائع والتي تعطي للزوج حق إدارة أموال الزوجين، خلافا لما أوردته الشريعة الإسلامية التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين.

من خلال هذا المبحث سنقوم بدراسته ما يدخل في نطاق الآثار الشخصية، وما يدخل في نطاق الآثار المالية، على اعتبار أن تحديد ما يدخل في نطاق كل واحدة منهما يخضع لتكيف القاضي، وبذلك قسمناه إلى مطلبين:

(مطلب أول) خصصناه للآثار الشخصية، و(مطلب ثاني)نتناول فيه الآثار المالية.

المطلب الأول: الآثار الشخصية لعقد الزواج

وتتمثل هذه الآثار في حقوق وواجبات الزوجين المتبادلة، النسب، مدى تأثير الزواج على جنسية الطرفين، وتأثير الزواج على الاسم والأهلية.

الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين

بسبب عقد الزواج الصحيح تنشأ حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، سواء كانا متحدا الجنسية أو مختلفين فيها[1]، وهذه الحقوق والواجبات قد تكون ذات صبغة شخصية بحتة ومثال ذلك ما تقرره الشريعة الإسلامية كحق الزوجة على زوجها في العدل وحسن المعاشرة، وآثار ذات طابع مالي كحق الزوجة في النفقة.

---

[1] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص36.

يمكن أن نقسم هذه الحقوق والواجبات إلى ثلاثة أقسام وهي: حقوق للزوجة على زوجها وتتمثل في كل من العدل بين الزوجات حال التعدد، والنفقة وكذلك حقوق الزوج على زوجته التي تكمن في حق الطاعة وتأديب الزوجة والأمانة وأخيرا الحقوق المشتركة بين الزوجين.

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الفرنسي قد نص على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين من المادة 212 إلى 226 من القانون المدني الفرنسي، كما نجد نص المادة 213 منه تنص على عمل الزوجين معا من أجل إدارة وتسيير شؤون الأسرة.[1]

ونجد كذلك قانون الأسرة الجزائري ينص على مجموعة من الحقوق والواجبات بين الزوجين، والتي ورد ذكرها في نص المادة 36 من قانون الأسرة، حيث تنص على:

«يجب على كل من الزوجين:

- 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 بالحسن والمعروف.

[1] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص36.

- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف».[1]

وفي مقابل حقوق وواجبات الزوجين، هناك مسألة بالغة الأهمية تطرح صعوبة في تكييفها وهي مسألة النفقة، حيث اختلفت الآراء حولها، فهناك من اعتبرها من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي، فيما اعتبرها البعض الآخر من الآثار المالية.

لكن الرأي الراجح يكيفها على أساس أنها من آثار الزواج الشخصية، ولا تدخل نفس الآثار المالية، ولو أنها ذات طابع مالي، بل هي من الآثار الشخصية للزواج في ذاته، وهذا الرأي أخذ به القانون الفرنسي.[2]

حيث أجمع الفقهاء المسلمون منذ القديم أن نفقة الزوجة واجبه مبدئيا على زوجها سواء كان موسرا أو معسرا، طالما الزوجة في عصمته، فهي تعتبر نظير حق الاحتباس الذي يمارسه الزوج على زوجته، وما دام عقد الزواج قائما ولم ينحل[3]، لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آَتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آَتَاهَا...﴾.[4]

كما وضع الفقهاء شروطا لوجوبها ومنها أن يكون عقد الزواج صحيحا وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي أوجب النفقة على الزوجة المدخول بها حسب نص المادة 74 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"[5]، هذا ويجب أن تكون الزوجة صالحة

---

(1) المادة 36 من قانون الأسرة.

(2) رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص36.

(3) مرجع نفسه.

(4) سورة الطلاق، الآية 07.

(5) المادة 74 من قانون الأسرة.

لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها، ودون أن يسقط حقها في النفقة، أما الزوجة العاملة إذا أذن لها زوجها أو تزوجها عالما بعملها فلا يسقط حقها في النفقة.

وامتناع الزوج عن النفقة يمكن الزوجة من طلب التطليق ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج وهذا وفقا لنص المادة 53 قانون الأسرة: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون..."[1]

كما قد يتابع الزوج بجريمة الامتناع عن تقديم النفقة إذا كانت مقررة بحكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة 331 قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، كل من امتنع عمدا أو لمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعانة أسرته، وعن أداء كامل قيمته النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم"[2].

وعن تقدير النفقة تبين أن الشريعة الإسلامية لم تحدد مقدراها، لهذا فإنها تقدر بقدر كفاية الزوجة وظروف وأعباء الزوج ودخله وهذا حسب ما تنص عليه المادة 79 من قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

---

[1] المادة 53 من قانون الأسرة.

[2] المادة 331 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 40 صادر في جوان سنة 1966، معدل ومتمم بموجب القانون 15-19 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر عدد 71 صادر في 30 ديسمبر سنة 2015.

واستثناءا عن الأصل ألزم المشرع الزوجة بالنفقة على أولادها إذا كان الزوج عاجزا وكانت هي قادرة على ذلك ، وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[1]. ولقوله تعالى في هذا الصدد: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ...﴾.[2]

إذن النفقة تندرج ضمن حقوق وواجبات الزوجين.

الفرع الثاني: النسب الشرعي

يعد النسب أثر من آثار عقد الزواج الشخصية ويستنتج من المواد 40 إلى 46 من قانون الأسرة، أن النسب المعترف به هو النسب الشرعي، ويعّرف النسب الشرعي بأنه انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج، كما يعتد بالنكاح الفاسد و النكاح الباطلفي إثباث النسب، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى أنه: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوما، لا يثبت نسبه لصاحب الفراش".[3]

إذن الولد هو للفراش، حيث يفترض أن من تضع مولودا هي أمه الحقيقية ولا إشكال في انتسابه إليها، كما تفترض أن الولد الذي يولد في ظل علاقة زوجية قائمة هو ابن الزوج حقيقة وينسب إليه.

---

[1] المادة 76 من قانون الأسرة.

[2] سورة البقرة، الآية 280.

[3] عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص246.

ومتى وضع الطفل من بطن أمه، قد تكون بنوتة شرعية كما قد تكون بنوه طبيعية فالبنوة الشرعية يقصد بها انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج، أما البنوة البيولوجية فهي تكون ناتجة عن علاقة غير شرعية.[1]

إذن يستشف من خلال هذا التمييز أن البنوة الشرعية أي النسب الشرعي هي وحدها التي تعتبر من آثار عقد الزواج، وإن واقعة الزواج لا تكفي لوحدها لثبوت النسب من جهة الأب، بل يتعدى الأمر ذلك إمكانية الاتصال بين الزوجين وألا ينفي الأب عن طريق اللعان[2] حسب ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة : "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، والمادة 42 من نفس القانون تنص: "أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر"[3]، وهاته المدة تكون من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ويثير النسب مشكلة تنازع القوانين متى اختلفت جنسية الزوجين، وهذا ما سنتطرق إليه عند دراستنا للقانون واجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج.

الفرع الثالث: التوارث بين الزوجين

علق الإسلام الميراث بسببين هما: النسب والزوجية، فإذا كانت الزوجية الصحيحة قائمة وتوفي أحد الزوجين ورثه الآخر حسب الأنصبة المقدرة في باب المواريث، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا

---

[1] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص37.

[2] مرجع نفسه .

[3] المادة 41 من قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾ [1]

باعتبار الميراث من الأحوال الشخصية فهو بذلك أثر من الآثار الشخصية لعقد الزواج الصحيح، ويمكن تعريف الميراث أو الإرث بأنه "المال الموروث، أو خلافة المتوفى في ماله، أو انتقال ملكية وحقوق الميت إلى الورثة الأحياء"[2].

أولا: شروط الإرث

يجب توافر مجموعة من الشروط وهي كالتالي:

1-موت المورث حقيقة أو حكما: والموت الحقيقي لا يختلف فيه أحد فهو يثبت بالمعاينة أي بالمشاهدة أو بالبينة، والموت الحكمي هو الذي يثبت بحكم من القاضي مع احتمال حياة المحكوم بموته (المفقود)، أما الموت التقديري كالجنين الذي ينزل من بطن أمه ميتا نتيجة اعتداء عليه بالضرب.

إن الموت كشرط من شروط الميراث هو زوال الحياة زوالا حقيقيا وتاما في جسم المورث. [3]

2-تحقق حياة الوارث وقت موت المورث: وهذا الشرط أيضا قد تكون حياة حقيقية أو تقديرية، وحياة الوارث تكون بمشاهدته حيا حياة مستقرة بعد موت المورث، كالمفقود الذي لم يحكم القاضي بموته، لا يرث مورثه لأن حياته غير مستقرة ولا محققة. [4]

---

[1] سورة النساء، الآية 12.

[2] مجراب سفيان، بوجمعة بوحلاسة، أثر اختلاف الدين على الأسرة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2016، ص60.

[3] حداد عيسى، الوجيز في المواريث، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر، 2003، ص17.

[4] بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الإدارة الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص58.

3-العلم بجهة القرابة وبجهة الإرث: فلا بد من معرفة جهة الإرث كالزوجية والقرابة وبدرجة القرابة، حتى يسهل قسمة الإرث، لأن أحكام الإرث تختلف باختلاف جهات الإرث وتفاوت درجة القرابة.

فلا يكفي أن نقول إنه أخ الميت، بل لابد أن نعرف هل هو أخ شقيق، أم لأب، أم لأم، لأن كل واحد له حكم، فأحدهم يرث بالفرض وأحدهم بالتعصيب... وهكذا.[1]

ثانيا: موانع الإرث

يمكن إجمالها حسب رأي الأخضري، الذي اختصر جميع هذه الموانع بقوله موانع الميراث سبعة وهي "عش للأزرق"، وهي بذلك تتمثل في:

1-عدم الاستهلال: حيث أن عدم نزول الجنين من بطن أمه حيا، كصياحه أو بكائه أو تحركه يعتبر مانعا من الميراث.

2-الشك في السبق: معناه الشك في أسبقية الوفاة، لأنه من شروط الميراث التحقق من حياة الوارث بعد وفاة المورث مثل الغرقى.[2]

3-اللعان: إذا لاعن الزوج زوجته ونفى نسب الولد إن كان، فإن ذلك يكون مانعا للميراث لهما ومنهما، وهذا لكون اللعان متى كمل انقطعت به الزوجية انقطاعا كليا ومؤبدا، ومن ثم لا يرث أحدهما الآخر فإذا لم يكتمل بأن التعن أحدهما فقط توارثا.

أما بالنسبة للولد فلا توارث بينه وبين أبيه كمل اللعان أو لم يكتمل.[3]

4-الكفر: هذا الأمر مجمع عليه حيث لا يرث المسلم الكافر، ولا يرث الكافر المسلم.

---

[1] حداد عيسى، مرجع سابق، ص18.

[2] مرجع نفسه، ص19.

[3] محمد حمده، التركات والمواريث، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص98.

5-الرق: يقصد بالرق عجز حكمي يتصف به الشخص بسبب الكفر، والعجز الحكمي يعني أن الشارع حكم بعدم نفاد تصرفه، لذا فلا يملك ولا يولي أمرا ولا تقبل شهادته، باعتبار هذه الأمور تصرفات. [1]وفي هذا قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾.[2]

الرق مانع للميراث من الجانبين، فلا توارث بين حر ورقيق.

والعبرة من عدم إرث الرقيق، تكمن في أنه إذا ورث شيئا أخذه سيده. [3]

6-الزنا: إن ولد الزنا ممنوع من الميراث بالنسب إلا من أمه، ولا يرث من إخوته إلا عن طريق الأم ولو كان توأمين.[4]

7- القتل: إذا قتل الوارث مورثه، فإنه لا يرث منه ولأن القاتل قد استعجل الإرث بالقتل وهذا مخالف للقاعدة الفقهية التي تنص على: "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"، فيحرم القاتل من الإرث طبقا لنص المادة 135 قانون الأسرة التي تنص على: "يمنع من الميراث: قاتل الموت عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا..." [5]

وأخيرا ومما سبق ذكره نجد أن الميراث هو خلافة الشخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته، ولما كان الميراث من المسائل التي تقع بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية

---

[1] محمد حمدة، مرجع سابق، ص80.

[2] سورة النحل، الآتية 75.

[3] منصور كافي، المواريث في الشريعة والقانون، دار العلوم، الجزائر، 2008، ص48.

[4] مرجع نفسه، ص48.

[5] عبد الفتاح تقية، الوجيز في المواريث والتركات، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص22.

فقد كان محل خلاف فقهي، وتعدد في الاتجاهات التشريعية بشأن تحديد القانون الذي يخضع له ثم في تحديد نطاق هذا القانون، وهو ما سنتطرق له لاحقا. [1]

الفرع الرابع: اكتساب الجنسية بالزواج المختلط

هذا الأثر يعد هو كذلك من الآثار الشخصية إلا أنه يختص به الزواج المختلط دون الزواج الذي يتم بين أشخاص متحدي الجنسية، فمن المتصور أن يكون للزواج أثر في جنسية الزوجين، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة عملا بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة إما يفرض جنسية الزوج على الزوجة بقوة القانون دون اعتداد بإرادتها، أو منحها فرصة رد الجنسية المفروضة عليها لقاء احتفاظها بجنسيتها السابقة، أو جعل جنسية الزوج مؤقتة على إيداء رغبتها، أو بواسطة تحقيق شروط التجنس لها تمكينها من الالتحاق بجنسية زوجها.[2]

اكتساب الجنسية بالزواج المختلط بالنسبة للزوجة يعتبر حالة جوازية لاكتساب الجنسية الجزائرية، بواسطتها جعل المشرع للزواج أثر غير مباشر وغير حتمي في الحصول على الجنسية الجزائرية بسببه[3]، واشترط لذلك حسب المادة 9 مكرر من قانون الجنسية.

1- قيام رابطة الزوجية قانونا بين طرف جزائري (زوج أو زوجة) وطرف أجنبي، واستمرارها لمدة ثلاث سنوات على الأقل بتاريخ تقديم الطرف الأجنبي طلب الحصول عل الجنسية الجزائرية بسبب الزواج.

2- الإقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر مدة سنتين على الأقل قبل تقديم الطلب.

---

(1) أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص268.

(2) رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص38، 39.

(3) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص100.

3- تمتع الطرف الأجنبي بحسن السيرة والسلوك، ولكن عدم الأخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج.

4- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.[1]

ولكن لا يعني توافر هذه الشروط حصول الأجنبي تلقائيا على الجنسية الجزائرية فالسلطة المختصة أن تقبل الطلب أو ترفضه.[2]

فاعتبار وحدة جنسية الأسرة، وإشاعة الانسجام بين الزوجين يسود على الدول التي تقضي بدخول الزوجية في جنسية الزوج، يضاف إلى هذا الاعتبار توحيد الجنسية بين رعايا الدولة التي يتزوج أبناؤها بأجنبيات أكثر مما تتزوج نساؤها بأجانب، وإلى جانب ذلك فمن مصلحة الزوجة التي تتزوج بأجنبي أن تدخل في جنسيته حتى لا تعتبر أجنبية في دولته ولكي لا تحرم من الحقوق الوطنية لذلك البلد.[3]

كذلك من بين الاعتبارات اعتبار أن الزوج هو رب العائلة مما يترتب على الزوجية أن تعتنق جنسيته، كونها قبلت به وخضعت لسلطة الزوجية ورضت به، وكل هذه الاعتبارات من شأنها أن تمنع تنازع القوانين على اختلاف جنسية الزوجين وتجنب مشكلة اختلاف جنسية الأبناء التي تترتب على اختلاف جنسية الوالدين.[4]

---

[1] المادة 9 مكرر من الأمر 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، المتضمن قانون الجنسية، ج ر عدد 15 صادر في 18 ديسمبر سنة 1970، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 01 مؤرخ في 27 فيفري سنة 2005، ج ر عدد 43 صادر في 22 جوان 2005.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص101.

[3] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص207.

[4] مرجع نفسه.

يرى بعض الفقهاء الفرنسيون أن الآثار التي ترتبها المادة 201 لا تمتد إلى الجنسية وتخص فقط القانون المدني، باعتبار أن الجنسية تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص وبالتالي فمن يكون من الزوجين قد اكتسب الجنسية بسبب هذا الزواج فإنه يفقدها ببطلانه.

أما أغلبية الفقه وكذلك القضاء في فرنسا نادوا بأن لا تمتد أثار الزواج الباطل بحسن نية إلى الجنسية فتبقى هذه الجنسية.[1]

وكخلاصة لهذه الآراء نجد أن بطلان الزواج الذي يكون بحسن نية لا يمتد إلى الجنسية، وتبقى بذلك الزوجية محتفظة بجنسيتها التي اكتسبتها من الزواج، وكذلك لا يؤثر هذا البطلان على جنسية الأولاد.

وكخلاصة لما سبق ذكره من اكتساب الجنسية بسبب الزواج، ليس سببا مباشرا لاكتساب الجنسية وإنما هو مجرد ظرف مخفف لشرط الاكتساب والتي لا تختلف كثيرا عن شروط الاكتساب بالتجنس.[2]

وهذا ما يجعلنا نرجع أن التكيف الحقيقي لاكتساب طبقا للمادة 9 مكرر من قانون الجنسية هو تجنس خاص وما الزواج إلا ظرفا مسهلا[3]، وإذا كان الأمر كذلك وعملا بالمادة 17 من قانون الجنسية التي تنص: "يصبح الأولاد والقصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة10 من هذا القانون جزائريين في نفس الوقت كوالدهم".[4]

---

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص211.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص120.

[3] مرجع نفسه.

[4] المادة 17 من قانون الجنسية.

أولا: أثر الزواج على جنسية الزوج

باستقرار قوانين الجنسية لمعظم الدول العربية نجد فيها أنه لا تأثير لجنسية الزوجية على جنسية زوجها وهذا أمر طبيعي، لكونها تنظر إلى الزوج أنه هو رب الأسرة وله حق القوامة على زوجته، وبالتالي فإنه لا يمكن أن يتبع جنسية زوجته وإذا أراد الزوج اكتساب جنسية الدولة التي تحملها زوجته، فما عليه إلا أن يسلك طريق التجنس العادي متى توفرت شروط التجنس فيه.[1]

ثانيا: أثر انتهاء الزواج على جنسية من كسبها بالزواج

لا أثر لانتهاء الزواج بسبب الوفاة أو الطلاق على جنسية المرأة التي اكتسبتها بسببه فتبقى محتفظة بها، وهذا ما يميل إليه غالبية الفقه.

لكن في حالة انتهاء الزواج ليس بسبب الوفاة أو الطلاق وإنما ببطلانه، كأن تحكم به أحد المحاكم سواء كانت وطنية أو أجنبية، وكان هذا الزواج بحسن نية وهو ما يسمى بالزواج الضمني، فإن الجنسية التي اكتسبتها المرأة به تبقى محتفظة بها رغم بطلانه وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي في قانونه المدني.[2]

ثالثا: أثر الزواج على جنسية الأولاد المولودين من زواج مختلط

يعتبر الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائريا، وهو ما نصت عليه المادة 6 قانون الجنسية: "يعتبر جزائري الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".[3]

---

(1) أعراب بلقاسم، تنازع الاختصاص القضائي الدولي: الجنسية، ج2، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2001، ص139.

(2) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص211.

(3) المادة 6 من قانون الجنسية.

وعليه فإن الإبن المولود من أب جزائري وأم أجنبية تثبت له الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية على أساس الدم، وكذلك الإبن المولود من أم جزائرية وأب أجنبي تثبت له الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية من جهة الأم.[1]

المطلب الثاني: الآثار المالية لعقد الزواج

الآثار المالية للزواج غير معروفة عندنا لأن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة، أما في البلاد الغربية فتترتب على الزواج آثار مالية أو نظم مالية، يولونها أهمية كبرى، حيث توجد في التشريعات الغربية عدة أنظمة تحكم العلاقة المالية بين الزوجين، ففي الدول العربية والإسلامية نجد أن النظام المقرر هو في غاية البساطة، وهو أن الزواج لا تأثير له على الأموال المملوكة للزوجين قبل الزواج أو أثناءه فهناك انفصال تام بين ذمتي الزوجين.

الفرع الأول: تعريف النظام المالي للزوجين

خلافا للأنظمة العربية الإسلامية ومنها النظام الجزائري، يرتب عقد الزواج عند الدول الغربية آثار مالية تتضمن حقوقا لكل من الزوجين على أموال الطرف الآخر من حيث الانتفاع بها وإدارتها وهذا ما يعرف بالنظام المالي للزوجين إلا أن التشريعات الحديثة لم تعرف هذا النظام، لهذا يتطلب الأمر الرجوع إلى التعريفات الفقهية له.[2]

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص133.

[2] زلاسي بشرى، "نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون واجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل" الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية يومي23 و24 أفريل 2014، ص 124.

أولا: تعريف الفقه العربي النظام المالي للزوجين

تعرض الفقهاء العرب إلى تعريف النظام المالي للزوجين، وسوف نقوم بتعريفه اصطلاحا وفقها.

1- تعريف النظام المالي اصطلاحا

هو مجموعة القوانين والمبادئ والأعراف التي تنظم المجتمع، ويقصد بهذا المصطلح في التشريعية الإسلامية تلك المبادئ والقواعد التي نشرعها الله من أجل تنظيم شؤون الحياة في كافة المجالات من أجل تحقيق سعادة الناس في الدارين.[1]

2- تعريف النظام المالي فقها

هو مجوعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين والتي بمقتضاها بيان حقوق وواجبات كل من منهما من حيث ملكية أموالها وإدارتها والانتفاع بها ومن حيث، الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلال عقدته وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية.[2]

وهناك من عرفه على أنه النظام الذي يتحدد بواسطته المركز القانوني لأموال الزوجين ومدى استخدامها في حياتها المشتركة سوءا ما كان منها مملوكا للزوجين، قبل الزواج أو ما يمتلكانه بمناسبة الزواج أو ما يكتسبانه أثناء الحياة الزوجية.[3]

---

[1] زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص 124.

[2] محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 139.

[3] أحمد مسلم، الأحوال الشخصية للأجانب: النظام القانوني للأسرة، مطبعة مخيمر، د ب ن، 1956، ص125.

ثانيا: تعريف الفقه الغربي للنظام المالي

لقد أورد الفقهاء الفرنسيون عدة تعار يف للنظم المالية ومن أهمها النظام المالي للزوجين هو: "مجموعة مبادئ وقواعد منظمة تحدد مصير أموال الزوجين وتوزيع هذه الأموال عند انحلال هذا النظام، سلطات الزوجين عليها وعلاقتها بالغير.[1]

الفرع الثاني: النظام المالي في النظم المقارنة

في التشريعات الغربية، هنالك نظم اتفاقية متعددة يختار منها الزوجات النظام الذي يلائمهما حسب اتفاقهما، ولكن بشرط أن يتم الاختيار كتابة وقبل شهر الزواج وذلك في شكل مشارطة زواج وفي هذه الحالة يسري على النظام المختار القانون، المتفق عليه بين الطرفين مع إمكانية تطبيق قانون الموقع فيها يخص طريقة شهر النظام وتقييد الحقوق العينية، التي ترد على العقارات بموجبه. وهنالك نظم مالية قانونية ويسمونها Les régimes matrimoniaux وهي تشمل عدة نظم أهمها:[2]

أولا: نظام الاشتراك المالي

يشترك الزوجان في هذا النظام في الأموال التي يتم إنفاقها لإشباع حاجات الأسرة وسداد الديون، ويقوم الزوج بإدارة التصرفات المالية باستثناء بعض التصرفات الهامة التي تحتاج إلى موافقة الزوجة عليها، ويتكون هذا النظام من الرصيد الدائن والرصيد المدين لأعباء المالية للزوجين، ولم يمنع المشرع الفرنسي مطلقا تغيير النظام المالي للزواج بل أجاز استثناء تغييره وجعله يتماشى مع مصلحة الأسرة بناءا على طلب أحد الزوجين، أو

---

[1] زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص125.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص164.

بناءا على اتفاق مشترك بينهما، وهذا شريطة مضي مدة زمنية محددة بسنتين على تطبيق النظام المراد تغييرهن وموافقة المحكمة عليه.[1]

وقد تعرضت المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي إلى مكونات الأموال المشتركة بين الزوجين والتي تتألف من المكتسبات الحقيقية من قبل الزوجين وإيرادات أموالهم الخاصة التي تشمل كل من إيرادات العمل وإيرادات رأس المال، ويدخل أيضا ضمن عناصر الملكية المشتركة بين الزوجين والإيرادات المتأتية من الهبات المشتركة.[2]

ونرى بأن هذا النظام يتميز باستقلال كل من الزوجين بإدارة أمواله الخاصة، وفي حالة انحلال الرابطة الزوجية تقسم الأموال بين الزوجين، وينقسم نظام الاشتراك المالي إلى ثلاثة صور:

1- نظام الاشتراك العام

وتصبح في هذا النظام كل أموال الزوجين مشتركة بينهما.[3]

2- نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب

والذي تكون فيه أموال الزوجين المكتسبة بعد الزواج شركة بينهما باستثناء العقارات تبقى خاصة بكل منهما، وبذلك يكون الاشتراك في المنقولات والمكاسب التي يكتسبها الزوجان بعد الزواج والمنقولات المملوكة لهما عند إبرام الزواج.[4]

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع سابق، ص168.

[2] مرجع نفسه، ص169.

[3] زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص164.

[4] رحاوى أمينة، مرجع سابق، ص50.

3- 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 الذين لم يختارا نظاما آخر عند الزواج.[1]

وللإشارة أن نظام الاشتراك المالي هو النظام المتبع أيضا في إسبانيا أما في ألمانيا فالنظام السائد فيها هو نظام الاشتراك المختلف وفيه يستقبل كل من الزوجين بإدارة أموالها وقت الزواج، غير انه لا يجوز لأحدهما التصرف في كل أمواله دون موافقة الطرف الآخر وإلا اعتبر التصرف باطلا، كما ينتهي هذا النظام بمجرد التصريح القضائي بالطلاق.[2]

4- نظام الاشتراك القانوني

يحدد القانون بمقتضى هذا النظام وضعية المال والثروة التي تنشأ خلال فترة الحياة الزوجية، والتي تخضع لمبدأ التشارك القانوني سواء كان مصدر هذه الأموال من المجهودات الشخصية لكل واحد من الزوجين أو لكليهما[3]، ويسري هذا النظام إذا لم يختر الزوجان نظاما آخر في مشارطة الزواج، ويتم تقسيم الأموال في هذا النظام إلى ثلاثة أقسام أولها الأموال الخاصة بالزوجة[4]، وفي حالة تغيير الزوجين للقانون الذي يحكم هذا النظام فهذا يعني أنهما اختارا التخلي عنه واستبداله بالنظام الاتفاقي، فقد اعتبر القضاء الفرنسي في

---

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 74.

[2] زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص 126.

[3] مرجع نفسه، ص 130.

[4] هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص517.

قراره الصادر في قضية «zelcer» بأن تغيير القانون واجب التطبيق يكرس تغيير النظام فمبدأ ثبات النظام أو تحوله يظهر من خلال القانون الذي يحكم النظام المالي للزوجين.[1]

ثانيا: نظام الانفصال المالي

وذلك بأن يتصرف كل من الزوجين في أمواله الخاصة به بإدارته واستغلاله وأن يشتركا في مصاريف الأسرة، وهذا النظام شائع في القوانين الأنجلوسكسونية ولكنه غير معمول به في فرنسا.[2]

1- الفصل القضائي

ويكون بناءا على طلب من الزوجة في حالة إفلاس الزوج، أو في حالة ثبوت سوء تسييره لأموال الزوجة.[3]

2- الفصل الإتفاقي في الأموال

وبمقتضى هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في إدارة أمواله الخاصة ويقرر الزوجان فصل أموالها منذ إبرامهما عقد الزواج بحيث، يحتفظ كل زوج بملكية أمواله وتسيرها بصفة مستقلة، على أن يساهم كل منهما في تحمل نفقات الأسرة، والمساهمة في المقتنيات بعد الزواج، وبعد انحلال العلاقة الزوجية تعتبر العلاقة المالية مبنية على أساس الاشتراك فيما يخص الأشياء المقتناة أثناء قيام العلاقة الزوجية[4]، ويعمد الزوجان إلى عملية حسابية تحدد مدى ثراء كل من الزوجين، ثم يدفع الزوج الفرق المثرى به إلى الزوج الآخر وبحسب هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بأمواله الخاصة على أن يساهم كل منهما في

---

(1) مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 171.

(2) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 165.

(3) مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 176.

(4) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 75.

تحمل مصاريف الأسرة، وتتمتع الزوجة في ظل هذا النظام سلطات مستقلة عن الزوج في إبرام التصرفات البنكية وأعمال البورصة، مع بقاء كل واحد منهما متحملا لديونه الشخصية قبل وبعد إبرام عقد الزواج.[1]

والجدير بالذكر أن، العقود ما بين الزوجين تختلف عن العقود التي تبرم بين الزوجين لتحديد النظام المالي، والتي أشرنا إليها سابقا، وبهذا أخضعها القانون الفرنسي لنفس القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية للزواج، وإذا كان الزوجان من جنسيتين مختلفتين، فقد طبقت المحاكم الفرنسية قانون محل الإقامة الزوجية[2]، وإن كان الأصل في هذه العقود أنها تخضع إلى النظام العقدي أي تطبيق قانون الإدارة، شأنها في ذلك شأن باقي العقود الأخرى ولا يؤثر في الأمر إجراء هذه العقود بين الزوجين، وعليه فلا مبرر لترجيح صفة أشخاص العلاقة على موضوعها.[3]

ثالثا: نظام الدوثال (البائنة)

وقد ألغى في فرنسا بقانون في 1965/07/13، وقد كانت الزوجة تقدم بموجبه لزوجها بعض أموالها في شكل مهر ليتولى إدارتها واستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة ولكل هذه الأموال تصبح حبيسة لا يجوز له التصرف فيها ولا يجوز الحجز عليها، أما غيرها من أموال الزوجة فتستقل بها وحدها ولها حرية التصرف فيها واستغلالها.[4]

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص177.

[2] سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، لبنان، 1987، ص87.

[3] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص399.

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص165.

الفرع الثالث: النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري

تظل الزوجة في الشريعة الإسلامية سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملكه قبل الزواج، ولكل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار، وليس لزوجها التدخل في إدارة أموالها، فالقانون الجزائري يعتمد نظام فصل الأموال ولا يؤثر الزواج على أموال الزوجين، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة، وهذه هي القاعدة لأن الأصل هو استقلال الذمة، غير أنه أباح للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لدى الموثق على ما يملك كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك بينهما، وإذا لم يوجد اتفاق، فالعبرة تكون باستقلال الذمة المالية.

أولا: استقلال الذمة المالية للزوجين

إذا كان من مقتضى نظام اشتراك الأموال في القانون الفرنسي، أن يلتزم كل من الزوجين بالمساهمة في تحمل تكاليف معيشة الأسرة بنسبة إمكانيات كل منهما فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتشريع الجزائري حيث يتحمل الزوج أعباء الأسرة[1]، وهذا لأن القانون الجزائري يعتمد نظام فصل الأموال ولا يؤثر الزواج على أموال الزوجين، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة، وقد تساوى القانون الجزائري بين المرأة والرجل في إبرام التصرفات المالية سوءا كانت بعوض أو بدون عوض مستمدا هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية التي، منحت للمرأة الأهلية الكاملة فيما يخص الملكية والتصرف[2] حيث نصت المادة 40 من القانون المدني "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص179.

[2] سيدي محمد بن سيد أب، "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، العدد 02، ص 110.

ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.

واستثناءا من ذلك قيد فقهاء المالكية حرية الزوجة في التصرف في أموالها، وذلك في الهبة إذا تجاوزت ثلث أموال المرأة، فيمكن للزوج أن يتدخل ويمنع تلك الهبة، كما لا يجوز للمرأة المتزوجة إقراض مالها لأجنبي فيما زاد عن الثلث بغير إذن زوجها.[1]

فنرى المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، وهذا كأصل وذلك من خلال نص المادة 1/37 من قانون الأسرة الجزائري، وهذه القاعدة كانت وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فكل زوج له حرية إدارة أمواله والتصرف فيها مع بقاء الزوج ملزما قانونا وشرعا بواجب النفقة على الأسرة.[2]

وفي الواقع، فإن الاستقلال النظري للذمم المالية للزوجين، يبقى نظريا إلى حد كبير لأن الفرق شاسع بين النصوص القانونية والحياة الواقعية، فهذا الانفصال الظاهر لأموال الزوجين تحده بعض الأعراف المحلية التي تقضي بضرورة التعاون بين الزوجين على تحمل تكاليف وأعباء الأسرة.

ثانيا: اتفاق الزوجين في عقد الزواج حول الأموال المشتركة بينهما

لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن ذمة الآخر، لكنه يجوز للزوجين أن يتفقا حول الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبها خلال الحياة الزوجية، ويكون ذلك في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري وذلك من خلال تعديله للمادة 37 في الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص180.

[2] دنوني هجيرة، "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، العدد 1، ص157.

وبذلك فقد أبقى المشرع الجزائري على القاعدة الأصل وهي استقلال الذمة المالية وأباح للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لدى الموثق على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك، وهذا يعني أنه إذا لم يكن هنالك اتفاق بينهما، فالعبرة تكون باستقلال الذمة المالية، وعلى هذا فإنه لا يوجد ما يمنع المتزوجين في الدول العربية من الاتفاق على طريقة إدارة أموالهم والتصرف فيها، كل ذلك بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة ومن ذلك الأحكام المتعلقة بالميراث.[1]

وتبرز أهمية هذه الاتفاقيات المالية بين الزوجين في كونها تشكل ضمانة كبيرة لحماية حقوق الزوجين، وبذلك يكون هنالك وسيلة إثبات، وتزداد أهمية هذه الاتفاقيات المالية بين الزوجين بالنظر إلى الإشكالات التي يمكن أن تثار بشأن ملكية الأموال بين الرجل والمرأة سوءا كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات.[2]

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص183.

[2] مرجع نفسه.

المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على آثار الزواج

تثير آثار عقد الزواج تنازع على مستوى القانون واجب التطبيق عليها، حيث أخضعتها أغلبية الدول إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري، هذا كأصل لكن بالعودة إلى نص المادة 13 منه نجده ينص فيها غلى أنه متى كان أحد الزوجين جزائريا يطبق القانون الجزائري إلا فيما يخص الأهلية، وهذا هو الاستثناء الوارد على نص المادة 1/12 من القانون المدني.

هذا المبحث قمنا بتقسيمه إلى ثلاثة مطالب: قمنا بدراسة القانون واجب التطبيق على الآثار الشخصية (مطلب أول)، كما تطرقنا إلى القانون واجب التطبيق على الآثار المالية (مطلب ثان) وفي الأخير قمنا بدراسة استثناء المادة 13 من القانون المدني المتعلق بآثار عقد الزواج (مطلب ثالث).

المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على الآثار الشخصية

من خلال هذا المطلب نحاول دراسة تنازع القوانين حول الآثار الشخصية لعقد الزواج.

الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على الحقوق والواجبات للزوجين المتبادلة

اختلفت التشريعات في تجديد القانون الذي تخضع له الحقوق والواجبات الزوجية فبعض الدول أسندها لقانون الإقامة، وهو عادة قانون القاضي وبعض الدول أخضعتها لقانون موطن الزوجية، وبعضها الآخر لقانون الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم الاشتراك في الجنسية، اقترح الفقه تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، وهناك من الفقه من نادى بإخضاعها لقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين.

وقد كان القانون سابقا يخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج باعتباره هو رب العائلة ورئيسها لكن بعد التعديل لبعض أحكام الأسرة، فمتى كان الزوجان من جنسية واحدة فلا إشكال أما إذا اختلفت جنسيتهما يطبق قانون الموطن.[1]

المشرع الجزائري وبعض الدول الأوروبية أعطت الاختصاص لقانون جنسية الزوج كقاعدة، واستثناء إلى القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج.[2]

وهذا تماشيا مع الإتجاه الغالب لدى الدول العربية .[3]

أولا: القاعدة العامة

باعتبار أن الزوج هو رب العائلة، فقد أخذ المشرع الجزائري فيما يخص الحقوق والواجبات بقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وهو ما نصت إليه المادة 12 من قانون المدني: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية. التي يرتبها عقد الزواج".[4]

ولعل ما تجدر الإشارة إليه هو أن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية المنحصرة بالضرورة في حقوق وواجبات الزوجين دون أن يمتد تطبيقه إلى باقي الآثار الأخرى كالنسب أو اكتساب الجنسية أو الميراث، بالرغم من أنهم يدخلون في نطاق الآثار الشخصية للزواج.[5]

---

[1] رحاوى أمينة، مرجع سابق، ص42.

[2] مرجع نفسه.

[3] مرجع نفسه، ص43.

[4] المادة 12 من القانون المدني.

[5] رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص43.

إن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج قد يثير صعوبات إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج، أو إذا غير الزوجان جنسيتها، إذا أن القانون واجب التطبيق يبقى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، لذا فمن غير المناسب والمعقول تطبيق قانون جنسية الزوج القديمة أي الجنسية التي كان يتمتع بها وقت انعقاد الزواج[1]، قبل أن يغيرها، فهل من المعقول أن يخضع المصري الذي يتخلى عن جنسيته ويتجنس بالجنسية الجزائرية مثلا للقانون المصري، قانون جنسيته وقت انعقاد الزواج بالرغم من أنه أصبح جزائريا.[2]

وتجنبا لهذه الانتقادات يميل الفقه والقضاء الفرنسيين إلى تطبيق القانون الجديد في هذا الصدد مادام هذا التغيير لم يحصل بنية الغش.[3]

ثانيا: الاستثناء

وهذا الاستثناء ورد في نص المادة13 من قانون المدني حيث تنص على: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال النصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه"[4]

هذا الاستثناء معناه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يجب تطبيقه على الآثار الشخصية للزواج، والحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين منصوص عليها في المادة 36 ق أ ج، السابقة الذكر.

والغرض من هذا الاستثناء أنه جاء لحماية الزوجة الوطنية ويتقرر تطبيق الاستثناء إذا كان أحد الزوجين وطنيا ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك.

---

[1] عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 229.

[2] رحاوى أمينة، مرجع سابق، ص43.

[3] مرجع نفسه.

[4] المادة 13 من القانون المدني.

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على النفقة

تختلف النفقة الزوجية عن نفقة الأقارب، حيث تخضع هذه الأخيرة لقاعدة إسناد خاصة بها تقضي بتطبيق قانون المدين بالنفقة، سواء كان الزوج أو الزوجة.[1]

وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 14 من القانون المدني، حيث جاء فيما يلي: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"[2] ويطبق هذا النص على النفقة التي توجبها القوانين الوطنية بين الأصول والفروع.

أما النفقة الزوجية فهي الواجب الذي يقع على عاتق الزوج بالإنفاق على زوجته بما يحقق لها الكفاية من مأكل وملبس ومشرب ومسكن وعلاج، وغير ذلك من ضروريات الحياة التي جرى العرف على اعتبارها تدخل ضمن مشتملات النفقة، حيث يرى جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية أنسب استحقاق للنفقة هو تمكين الزوجة زوجها من الاستمتاع بها، أو بسبب العقد الصحيح والاحتباس، كما ذكر سابقا.[3]

وهي بذلك تعد من الآثار الشخصية للزواج، ويسري عليها قانون الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وهذا الرأي هو المعمول به فقها وقضاءا.

الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على النسب

النسب الشرعي خصته التشريعات بقاعدة إسناد صريحة مستقلة عن القاعدة التي تسري على الآثار الشخصية للزواج، بالرغم من أنه أثر شخصي لهذه الرابطة القانونية، ولاعتباره علاقة ثلاثية الأطراف تربط الابن والأب والأم، والتي قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص138.

[2] المادة 14 من القانون المدني.

[3] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص139.

شرعية وصحيحة أي بنوة شرعية، والمقصود بها نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعا طبقا للمادة 41 قانون الأسرة وشرط ميلاد الولدين أقل مدة الحمل (6 أشهر) وأقصاها (10 أشهر) طبقا للمادة 42 من القانون نفسه، وعدم نفيه بالطرق الشرعية كاللعان مثلا، ولما كانت هذه المسألة تتعلق بالشخص فإنها تعد من الأحوال الشخصية، ومن يغلب أن يحكمهما القانون الشخصي لواحد من أطرافها. [1]

كما قد تكون هذه البنوة ناتجة عن علاقة غير شرعية لا يقرها الشرع ولا يعترف بها القانون، وبذلك يختلف القانون واجب التطبيق على كل من البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية.[2]

أولا: القانون واجب التطبيق على العلاقة الشرعية الصحيحة

اختلفت التشريعات في تنظيم هذه المسألة اختلافا جوهريا، إذ ذهب الاتجاه الأول (تشيكوسلوفاكية وبولونيا، وألمانيا) بترجيح إخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الابن، بينما يرى المشرع النمساوي تطبيق القانون الأصلي للابن باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة في حين يأخذ القانون الفرنسي بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، وفي حالة عدم معرفة الأم يسري قانون جنسية الطفل، على أن يبقى الاتجاه الغالب مائل إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه. [3]

---

[1] أيت مولود ذهبية، "إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23و 24 أفريل 2014، ص 189.

[2] مرجع نفسه.

[3] صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 369.

أما المشرع الجزائري فبعد ما كان ملتزما بالصمت إزاء مسألة النسب، فإنه قد حسم ذلك صراحة بنص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني التي تقضي ب: "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".

يرجع تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الأب على قانون جنسية الأم للدور المعترف به للرجل في الدول العربية، وبسبب صعوبة التطبيق الجامع لقانوني الأبوين، ومتى تبين أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب، استنادا إلى المادة 13 مكرر1 سالفة الذكر، فإن المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، هي التي تنظم هذه المسألة. [1]

ثانيا: القانون واجب التطبيق لإثبات النسب الطبيعي

البنوة غير الشرعية هي البنوة الناتجة خارج إطار الزواج، أو من زواج باطل تثبت فيه مسؤولية الزوجين، وإذا كان إثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو ذاته إثبات للبنوة للوالد الأخر، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للبنوة الطبيعية، إذ قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر. [2]

النسب هو انتماء الشخص إلى أصل معلوم، وهو صلة عظيمة تجمع الأولاد بالآباء لكنها ليست مجرد علاقة دموية فحسب بل لثبوتها لابد من أن تكون علاقة شرعية، ذلك أن انتساب الولد لأمه يثبت في غالب الحالات بمجرد الولادة، سواء كانت شرعية أو غير شرعية.

---

[1] أيت مولود ذهبية، مرجع سابق، ص 190.

[2] مرجع نفسه.

وحسب الشريعة الإسلامية لا يترتب عن النسب غير الشرعية آثار النسب الشرعي لكن في بعض قوانين الأسرة في البلدان الأجنبية المتمتعة بالحرية والمساواة، أصبح النسب يحتل مكانة مهمة داخل هاته المجتمعات، إذ تم الاعتراف للطفل غير الشرعي مثله مثل الطفل الشرعي بالنسب، في حين لازال الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية في الدول المسلمة يعاني الحرمان من العناية الأبوية. [1]

أما عن موقف المشرع الجزائري، فيثبت نسب الولد الطبيعي لأمه فقط سواء كان الأب معروفا أو مجهولا، فلا تسري عليه أحكام المادة 13 مكرر1السالفة الذكر، لعدم الاعتراف بالأسرة الطبيعية بالتالي لا يكن تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج، لكن الإشكال يطرح في حالة الزواج المختلط، في تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حالة ضد أبويه، إذ يثور التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتداد بجنسيته في هذا الصدد ويمكن تصور ذلك في التشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها في المادة 1/7 من قانون الجنسية إذ تنص على: يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:

"1-الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين..."

ففي هذه الحالة قد يتنازع قانونين فأكثر، قانون الولد و قانون أبويه.

في هذا الشأن ومن أجل تحديد القانون واجب التطبيق على البنوة الطبيعية، يميل جانب من الفقه والقضاء إلى ترجيع تطبيق قانون جنسية الولد، بينما يرى جانب آخر قانون تطبيق قانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه أما أو أبا.[2]

---

[1] آيت مولود ذهبية، مرجع سابق، ص 191.

[2] مرجع نفسه.

لكن في الأخير بعض الأساتذة يرون أنه من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملائمة لمصلحة الولد، اللهم إلا إذا اصطدم ذلك بالنظام العام وأخذ مصلحة الطفل فوق كل اعتبار ويرى الأستاذ أعراب بلقاسم حسب تقديره، بأنه يستحسن تطبيق قانون القاضي به، للتقليل من استعمال النظام العام الإسلامي في مواجهة القانون الأجنبي الذي يأخذ بالنسب الطبيعي، وبذلك يتعارض مع روح النظام في الجزائر وهو الشريعة الإسلامية التي لا تعترف بالنسب الطبيعي. [1]

استقر القضاء والتشريع في مختلف الدول العربية منذ زمن طويل على اعتبار الديانة الإسلامية عنصرا من عنصر الإسناد بالنسبة للمسلم، ويحجب هذا الضابط قانون الجنسية ومن ثم لا يسري على الأجنبي المسلم قانون جنسيته إذا كان مخالفا للإسلام، وإنما تطبق عليه قواعد الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل ما يتعلق بأمواله الشخصية. [2]

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد حمى الزوجة الوطنية بإخضاعها إلى القانون الجزائري فيما يتعلق بآثار الزواج،[3] حيث رأى الدكتور "أعراب بلقاسم" أنه من الأفضل إخضاع أهلية المرأة المتزوجة في القانون الجزائري لقانونهما الشخصي في الحالة التي يكون فيها الزوجين مختلفي الجنسية، لأن المرأة قد تكون كاملة الأهلية وفقا لقانونهما وناقصته وفقا للقانون الذي تخضع له آثار الزواج. [4]

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 265.

[2] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 155.

[3] مرجع نفسه، ص 137.

[4] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 255.

الفرع الرابع: القانون واجب التطبيق على الميراث

تفرق تشريعات بعض الدول بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، فتخضع الميراث في العقار لقانون غير القانون الذي تخضع له الميراث في المنقول، ونجد هذه التشريعات شبه مجمعة على إخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه، أما الميراث في المنقول فتختلف فيما بينها حول تحديد القانون الذي يخضع له، ففرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا تخضعه لقانون موطن المتوفى، أما النمسا والمجر ورومانيا فتخضعه لقانون جنسية المتوفى.[1]

ويرجع سبب هذه التفرقة إلى الفكرة القديمة التي سادت أيام العصر الإقطاعي، وهي أن العقار وحده هو الذي يمثل الثروة، مقارنة مع المنقولات ضئيلة القيمة، ولذلك فإنها تتبع الشخص حيث يوجد.[2]

وقد انتقدت هذه التفرقة لكونها تؤدي من الناحية العملية إلى ترتيب أوضاع شاذة، فنجد المنزل مثلا خاضعا لقانون بينما أثاثه خاضعا لقانون آخر، وكذلك تؤدي هذه التفرقة إلى الإضرار في كثير من الأحيان بحقوق دائني الشركة وبحقوق الورثة. [3]

بينما هناك بعض الدول تقر بوحدة القانون الذي يحكم الميراث، فتخضع الشركة في مجملها لقانون واحد غير أن هذه الدول ليست متفقة على قانون معين، فالتي تعتبره متصلا بنظام الأسرة أخضعته لقانون جنسية المتوفى كالدول العربية، أما التي تعتبره متصلا بنظام الأموال فقد أخضعته لقانون موقع المال كبعض دول أمريكا اللاتينية، أما التي تعتبره نتيجة لواقعة قانونية هي الوفاة فقد أخضعته لقانون موطن المتوفى.

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 268.

[2] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 80.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، مرجع سابق، ص 269.

أولا: القانون واجب التطبيق على الميراث في القانون الجزائري

نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتفرقة بين الميراث في العقار والميراث في المنقول الذي أخذ به القضاء الفرنسي، حيث أن الميراث في الجزائر يعتبر متصلا بنظام الأسرة إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفى إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي تولى بيان أحكامه، فقد أخضعه المشرع إلى قانون جنسية المتوفى، حيث نصت المادة 16 من القانون المدني : "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفد بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".[1]

ثانيا: نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفى

يدخل في نطاق قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة باعتبار القانون الذي يحكم الميراث في المسائل التالية:

1- أسباب الإرث كالقرابة والزوجية المنصوص عليها في نص المادة 126 قانون مدني. [2]

2- وقت استحقاق الإرث أو وقت افتتاح التركة، والمقصود به كذلك معرفة الآتي:

- هل يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أم أنه يستحقه كذلك بالموت الحكمي، وإذا كان القانون الوطني الجزائري هو المختص، فالمادة 127 قانون أسرة تنص: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة وباعتباره ميتا بحكم القاضي".[3]

---

[1] المادة 16 من القانون المدني.

[2] المادة 126 من قانون الأسرة.

[3] المادة 127 من قانون الأسرة.

3- شروط استحقاق الإرث:

- معرفة هل يشترط تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة أم يكفي تحقق حياته وقت موت المورث حكما، والمادة 133 من قانون الأسرة تنص على: "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".[1]

- معرفة هل يرث الحمل أم لا، وما إذا كان يستحق الميراث بمجرد وجوده جنينا أم يشترط ميلاده حيا، وما هي شروط اعتباره حيا بعد الميلاد، وتنص المادة 134 من قانون الأسرة على: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".[2]

- معرفة حكم توارث من ماتوا في نفس الوقت أو لم يعلم وقت موت كل منهم.

وقد أجاب المشرع الجزائري في المادة 129 من قانون الأسرة على هذا: «إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موتهم في حادث واحد أولا».[3]

4- بيان الورثة ومراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم.

5- موانع الإرث، من موانع الإرث قاتل المورث والمرتد، فلا بد من معرفة نوع القتل وشروط اعتباره مانعا من الميراث، وهذا حسب ما جاء في المادة 135 من قانون الأسرة: « يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل أصليا أم شريكا.

---

(1) المادة 133 من قانون الأسرة.

(2) المادة 134 من قانون الأسرة.

(3) المادة 129 من قانون الأسرة.

– شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

– العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية. [1]

وكذلك المادة 138 تنص: "يمنع من الإرث اللعان والردة».[2]

وهذه القواعد متفق على أنها تدخل في تنظيم قواعد الميراث، لكن هناك قضايا أخرى محل خلاف فقهي، هل تنظمها قواعد الميراث أو قانون أخر وهذه القضايا تتمثل في:

1-التركة الشاغرة:

من المعروف قانونا أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الدولة لكن الغموض يكمن في معرفة أية دولة تؤول إليها التركة، هل هي الدولة التي يقع بها المال أو الدولة التي يحددها القانون واجب التطبيق على الميراث.

إذا كيف إلحاق التركة إلى الدولة على أساس أنها وارث لمن وارث له، فإن انتقال التركة لها ينظمه قانون الميراث التابع لجنسية المتوفى، أما إذا كان الانتقال على أساس سيادة الدولة على إقليمها فإن التركة تؤول إليها باعتبارها مالا لا مالك له.[3]

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الدولة لا تعتبر وارثه، وإنما ترجع إليها التركة من باب رعاية المصلحة، والمشرع الجزائري نص على ذلك في المادة 180 من قانون الأسرة:

"يؤخذ من التركة حسب الترتيب الأتي:

---

[1] المادة 135 من قانون الأسرة.

[2] المادة 138 من قانون الأسرة.

[3] تريكي دليلة، "القانون واجب التطبيق على قضايا الميراث المالية المضافة إلى لما بعد الموت في القانون الجزائري" الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية يومي 23و 24 أفريل 2014، ص 252.

1-مصاريف التجهيز والدفن بالقدر والمشروع،

2-الديون الثابتة في ذمة المتوفى،

3-الوصية.

فإذا لم يوجد فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة".[1]

كذلك نجد نص المادة 773 قانون مدني تنص: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".[2]

وهذا يعني أن أيلولة التركة الشاغرة للدولة تكون على أساس السيادة على إقليمها، سواء كانت لمواطنيها أو لأجانب ستعود إليها.

2-حقوق دائني التركة

تعتبر تصفية التركة من الديون أمر يتعلق بالتركة وبالقانون الذي تخضع له، لكن الفقه الغالب يرى عدم إخضاع هذه الحقوق لقانون الميراث لأن المسألة لا تتعلق بنظام الأشخاص وإنما بنظام الأموال وسلامة المعاملات، وبالتالي فإذا كان الميراث يخضع للقانون الشخصي للمتوفى فإن التصرفات المتعلقة بالتركة ستخضع لقانون موقع المال ذلك أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون. [3]

---

[1] المادة 180 من القانون المدني.

[2] المادة 773 من القانون المدني.

[3] تريكي دليلة، مرجع سابق، ص 252.

3-النظام العام وتعطيل العمل بقانون جنسية المورث

إن تطبيق قانون المورث ليس مطلقا وإنما قد يستبعد باسم النظام العام، وهذا الأمر وارد أساسا بين الدول التي تستمد قانون الأحوال الشخصية ومن بين مواضيعه الميراث من أحكام الشريعة الإسلامية والدول الأخرى، فالقانون الشخصي الأجنبي قد يورث ابن الزنا أو الابن الطبيعي كما يطلق عليه، وهذا مع مبادئ النظام العام إذا كان المورث مسلما ويرى الأستاذ فؤاد ديب أن استبعاد القانون الأجنبي الذي لا يخضع قانون الميراث للشريعة الإسلامية كلما كان المورث مسلما، يجعل من إسلام المورث ضابطا للإسناد الفعلي عوضا من ضابط الجنسية الذي ذكره المشرع الجزائري في نص المادة 16 قانون مدني. [1]

الفرع الخامس: القانون واجب التطبيق على الأهلية

إذا كان المبدأ السائد في الجزائر ومصر ولبنان وسائر التشريعات العربية أنه لا أثر للزواج على أهلية المرأة، فإنه قد تفقد المرأة المتزوجة في بعض التشريعات الأوروبية أهليتها بسبب الزواج، بحيث لا تستطيع إبرام التصرفات أو التقاضي إلا بإذن من زوجها أو من مجلس العائلة.

هنا وبخصوص هذا الموضوع أثير جدل فقهي حول القانون واجب التطبيق في هذه الحالة: هل هو قانون جنسيتها باعتبار ذلك مقرر لحماية أهليتها، أم هو القانون الذي يحكم آثار الزواج؟ وهذا الرأي الأخير هو الراجع فقها باعتبار نقص أهلية المرأة المتزوجة مقرر لمصلحة الأسرة ووحدة تدبير أمورها وبالتالي يرجع إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد

---

[1] تريكي دليلة، مرجع سابق، ص 252.

الزواج لمعرفة ما إذا كان يجب على الزوجة الحصول على إذن زوجها للقيام ببعض التصرفات القانونية. [1]

ويرى بعض الفقهاء أنه يشكل حالة من الحالات عدم الأهلية الخاصة، مما يقتضي إسنادها إلى القانون الذي يحكم العلاقة التي تكون الزوجة طرفا فيها،[2] وقد جرى الفقه والقضاء الفرنسي على تطبيق قانون الموطن على أهلية المرأة المتزوجة في حالة اختلاف جنسية الزوجين، هذا فيما يتعلق بالحالات التي يكون فيها نقص الأهلية عاما، أما إذا كان نقص الأهلية يتعلق ببعض التصرفات القانونية كالتبرعات، أو الإذن بممارسة التجارة فتخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته. [3]

الفرع السادس: القانون واجب التطبيق على الاسم

تقرر بعض النظم القانونية الغربية أن تحمل الزوجة لقب زوجها كأثر من آثار الزواج ولا ترتب نظم أخرى هذا الأثر ومنها الدول الإسلامية، فالزوجة في ظل الشريعة الإسلامية تبقى محتفظة باسمها العائلي بوصفه عنصرا من عناصر حالتها المدنية وخاصية من خصائص شخصيتها،[4] ومع ذلك فقد جرى العرف في الجزائر على أن تحمل الزوجة لقب زوجها إقتداء بالقانون الفرنسي الذي أعطى الحق في أن تحمل اسم زوجها.

وتوجد مجموعات أخرى تترك للزوجين حرية الاتفاق على وضع اسم مشترك بينهما ولكن في حالة عدم اتفاقهما يكون اسم الزوج هو الاسم الوحيد للزوجين.

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 162.

[2] مرجع نفسه.

[3] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 136.

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 163.

كما يمكن للزوج أن يمنع زوجته من استعمال اسمه العائلي إذا دعت لذلك الضرورة كأن يمنعها من استعماله خلال حملة انتخابية. [1]

هذا وقد يثار إشكال وتنازع حول القانون واجب التطبيق فإذا كيفنا مسألة اسم المرأة المتزوجة ضمن الفئة المسندة "حالة الشخص" فإن هذا يعني أن القانون واجب التطبيق هو القانون الشخصي للزوجة، لكن إذا كيفنا المسألة ضمن الفئة المسندة "آثار الزواج" فإن هذا يعني إخضاع مسألة اسم الزوجة إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج بمعنى تطبيق قانون جنسية الزوج.[2]

ويثور إشكال آخر حول تحديد القانون واجب التطبيق على اسم الزوجة في حالة طلاقها وانفصالهما من الزوج، فهل تبقى خاضعة للقانون الذي يحكم آثار الزواج، أم أنها تخضع للقانون الذي يحكم آثار الطلاق، وهل بالإمكان استرداد اسمها؟.[3]

في هذا الصدد يرى الدكتور الطيب زروني أنه من الأفضل إخضاع هذا النزاع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية.

وعلى كل حال المسألة ليست ذات أهمية في القانون الجزائري، ولكن في حالة عرض النزاع على القضاء الجزائري من الأفضل الرجوع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية للفصل على ضوءه.[4]

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 140.

[2] مرجع نفسه، ص 141.

[3] مرجع نفسه.

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية مرجع سابق، ص 163.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الآثار المالية للزواج

إن الآثار المالية للزواج لابد لها من قانون يحكمها ويسري عليها، وقد يظهر تنازع بين قوانين عديدة في حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة الزوجية، وبذلك كان واجبا تحديد القانون الذي يخضع له الآثار المالية للزواج.

الفرع الأول: إخضاع الآثار المالية لقانون جنسية الزوج

أخضع المشرع الجزائري جميع آثار الزواج قبل وبعد التعديل لقوانين جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 1/12 من القانون المدني: « يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج».

وتطبيق قانون جنسية الزواج وقت انعقاد الزواج على الآثار المالية حل يتفق مع بعض الاتجاهات الحديثة واتفاقية لاهاي كما أن غالبية التشريعات الحديثة آمنت بهذا القانون لأن آثار الزواج عموما تتطلب الوحدة القانونية وليس من مصلحة العائلة أن تكون محكومة بقانونين. [1]

والمشرع الجزائري فضل تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار المالية لأن الزوج في الشريعة الإسلامية هو رب الأسرة والمسؤول عن متطلباتها المالية، وهذا المنحنى عملت به العديد من التشريعات العربية باستثناء المشرع التونسي الذي طبق قانون الموطن المشترك للزوجين وإلا فقانون القاضي، أما الدول الغربية فقد فضلت قوانينها تطبيق قانون الموطن

[1] زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص 133.

المشترك أو الجنسية المشتركة للزوجين، وذلك بسبب تأثيرها بالأفكار التحررية الداعية إلى المساواة بين الرجل والمرأة. [1]

وهنالك من فضل تطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين فيما يخص المنقولات أما العقارات فتخضع لقانون موقعها. [2]

ولقد وجهت انتقادات على قاعدة تطبيق قانون جنسية الزوج دون جنسية الزوجة، وذلك أن فيه مخالفة لمبدأ دستوري ألا وهو المساواة بين الرجل والمرأة ولهذا يجب تطبيق قانون محايد مثل قانون الموطن المشترك. [3]

وبما أن الدول الغربية تعرف تعدد في الأنظمة المالية، فإن ذلك يطرح إشكالا حول القانون واجب التطبيق وهذه المسألة مختلف فيها فقها وقضاء لأنها تتوقف على تكييف النظام نفسه، فإذا اعتبرت من الأحوال الشخصية يسري عليها القانون الشخصي، أما إذا كيفت على أنها داخلة في نطاق أحوال العينية، فتخضع إما لقانون موقع المال ولو أدى ذلك إلى تعدد القوانين التي تحكم أموال الزوجين في تعدد مواقعها وإما لقانون الإرادة أو لقانون موطن الزوجين. [4]

وقد كان القانون الفرنسي يخضع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة الصحيحة عند وجود عقد يحدد النظام المالي، ويخضعه لقانون الإرادة الضمنية في حالة عدم وجود نظام مالي اتفاقي، ويطبق في ذلك قانون أول موطن مشترك الزوجين على أساس اقتراض

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 170.

[2] مرجع نفسه، ص 176.

[3] Henri Battifol et Paul Lagarde, droit international privé , T- 2, pairs librairie générale de droit et de Jurisprisorudence, paris, 1974, p 60 .

[4] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري: مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، 176.

انصراف إرادتهما إلى تطبيق هذا القانون، ولكن الفقه الفرنسي الحديث يميل إلى إسناد النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج. [1]

وذهب بعض دول القارة الأوروبية إلى اعتبار النظام المالي للزوجين داخلا ضمن روابط الأسرة وبالتالي يخضع لقانون الجنسية، ومثال ذلك القانون الألماني ففي حال اختلاف الزوجين في الجنسية، يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. [2]

أما اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14 مارس 1978 والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 1 سبتمبر 1992، تخضع النظام المالي للزوجين فيما يتعلق بالمنقولات لقانون الإرادة، وفي حالة عدمه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج، وهو ما يتعذر تصوره في الزواج المختلط ولذلك جاءت الاتفاقية بحلول أخرى بنصها على تطبيق قانون الدولة التي فيها للزوجين، إقامة معتادة، أو قانون الموطن المشترك للزوجين المستقبلي بعد الزواج، وهو ما نصت عليه الاتفاقية في المادة 03 منها.[3]

ونلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قاعدة الإسناد التي تحكم آثار الزواج وذلك في المادة 12 من خلال الفقرة الأولى من القانون المدني، قد حدد الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الزوج وهو وقت إبرام عقد الزواج، وهذا يعني أن آثار هذا العقد تبقى خاضعة لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج حتى لو غير جنسيته بعد قيام الرابطة الزوجية. [4]

إن تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لا يخلو من بعض الصعوبات، فآثار الزواج تتوقف على القانون المطبق وليس على تاريخ الزواج، ولهذا فإن

---

[1] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 399.

[2] رحاوي أمينة، مرجع سابق ، ص 52.

[3] مرجع نفسه، ص 53.

[4] شريفي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص 62.

الآثار المستقبلية للزواج يجب أن يحكمها القانون الجديد ولا يجوز أن تبقى رهينة القانون القديم، وهكذا إذا غير الزوج الجزائري جنسيته فلا تبقى آثار الزواج المستقبلية خاضعة لقانون انقطعت صلة الزوج به، وإنما يجب أن يختص بحكمها قانون الجنسية الجديدة للزوج ويتطلب ذلك الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت التقاضي وليس من وقت إبرام الزواج، وإذا كانت الأحوال الشخصية للأجانب تحكمها قوانينهم الشخصية فيما يخص الجوهر، فإن إجراءات الاستماع إلى الشهود الواجب تطبيقها، هي تلك القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، وذلك وفقا للقاعدة المسلم بها على الصعيد العالمي والتي تقضي بأن قواعد الاختصاص والإجراءات تخضع إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع. [1]

الفرع الثاني: القيود الواردة على تطبيق قانون جنسية الزوج

يتحدد نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج طبقا للمادة 1/12 من القانون المدني الجزائري، ولكن ترد بعض القيود الهامة على اختصاص قانون جنسية الزوج عند الزواج تتمثل فيما يلي:

أولا: اختصاص قانون موقع المال فيما يخص ما يرد على الأموال العقارية الداخلية في المشارطة الزوجية من حقوق عينية أصلية أو تبعية، مثلا في نظام الدولة 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، وكذلك بالنسبة للرهن القانوني لصالح الزوجة على أموال زوجها ضمانا لحسن إرادته لهذه الأموال لا يجوز الاحتجاج بالقانون المختص بالمشارطة المالية إلا إذا كان نظام الرهن القانوني مقررا ومعروفا في قانون موقع المال. [2]

---

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص ص 150، 151.

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

كما أن قوة النظام العام تتدخل كون الحق المكتسب المطلوب نفاده في دولة القاضي مقيدا بقانون موقع المال (عقارات ومنقولات)، فالزوجة مثلا لا يمكنها أن تحتج بحقها المكتسب والمتمثل في الرهن القانوني الوارد على أموال زوجها ضمانا لحسن إدارته للأموال لأن قانون موقع المال لا يعترف به ضف إلى ذلك أن قانون موقع المال مطلوب فيه احترام كل إجراءاته الخاصة بتقسيم أموال الزوجين كحق مكتسب وخلاف ذلك فهو يعد مخالفة للنظام العام السائد في قانونه. [1]

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

ثالثا: في حالة الأخذ بالإحالة لا يطبق قانون جنسية الزوج إذا كان هذا الأخير يسمح للطرفين باختيار القانون الذي يسري على مشارطة الزواج، وانتهى القاضي إلى استخلاص هذا القانون فعلا ولكن هذا القيد غير وارد في القانون الجزائري لأنه لا يأخذ بالإحالة وبالتالي يطبق قانون جنسية الزوج وقت الزواج وكفى.[3]

المطلب الثالث: استثناء المادة 13 من القانون المدني المتعلق بآثار الزواج

تعد المادة 13 من القانون المدني الجزائري من أهم المواد المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، حيث أنها جاءت باستثناء عن القاعدة التي تم تكريسها في المادتين 11و 12 من نفس القانون، غير أن الاستثناء لا يشمل أهلية الزواج التي تبقى خاضعة للقانون الوطني لكل من الزوجين.

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري :مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 166.

[2] مرجع نفسه، ص 167.

[3] مرجع نفسه.

الفرع الأول: تطبيق القانون الجزائري على حاملي الجنسية الجزائرية

إذا كان الأصل كما رأيناه حسب نص المادة 12 من القانون المدني هو خضوع آثار الزواج في الجزائر لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، فإن الاستثناء من هذا الأصل يطبق القانون الجزائري في حالة كون أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج، وقد أخذت معظم قوانين الدول العربية بهذا الاستثناء، ويعتبر الأستاذ Niboyet من المدافعين في فرنسا عن هذا الاستثناء كما أن المشروع الأولي الذي أعدته لجنة تعديل القانون المدني الفرنسي قد أخذ به.[1]

وما يعيب هذا الاستثناء هو وقوفه حجرة عثرة أمام كل محاولة للتنسيق بين الأنظمة القانونية للوصول إلى حلول موحدة. [2]

إن مؤدى الاستثناء الذي قررته المادة 13 في هذا المجال هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه على آثار الزواج.[3]

ليس هناك جدوى من إعطاء الأولوية للقانون الجزائري في هذا المجال لأنه لا يمكن الخروج عن أحد الأمرين:

إما أن يكون الزوج جزائريا عند انعقاد الزواج، وهنا نجد أنفسنا أمام حالتين.

---

[1] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 249.

[2] مرجع نفسه.

[3] عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 237.

إما أن يكون الزوج أجنبيا لا يدين بالإسلام، في هذه الحالة يقول القاضي الجزائري ببطلان الزواج دون الرجوع إلى المادة 13 ولكن باللجوء إلى المادة 11 من القانون المدني.[1]

يقول الفقيه المصري هشام علي صادق في هذا الباب: «يبدو من تاريخ المادة 14 أن الاستثناء المقرر بها على هذا النحو قد أريد به عدم الفصل بين القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج والقانون الذي يسري على آثار الزواج.

إن الاستثناء المترتب على المادة 14 يؤدي إلى نتيجة شاذة».[2]

يطبق القانون الجزائري على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إنعقاد الزواج ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك، بينما لا يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين أجنبيا واكتسب الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج. [3]

الفرع الثاني: فرضيتا تطبيق استثناء المادة 13 من القانون المدني التعلق بآثار الزواج

يكون الاختصاص للقانون الجزائري وفقا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري استثناءا للمادة 12/ 1 على آثار عقد الزواج إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، غير أنه في هذه الحالة نكون أمام افتراضين.[4]

---

[1] عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 237.

[2] هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 553.

[3] عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 238.

[4] موكة عبد الكريم، "دراسة تحليلية نافدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني عدد 02 لسنة 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 166.

أولا: الافتراض الأول

هو حالة الزوج جزائري أثناء إبرام عقد الزواج في هذه الحالة لا مجال لتطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 على أساس أنه سيتم تطبيق الأصل الوارد في المادة 12/ 1 أي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج. [1]

ثانيا: الافتراض الثاني

حالة الزوجة جزائرية أثناء إبرام عقد الزواج، في هذه الحالة سيتم اللجوء إلى تطبيق الاستثناء الذي أملته المادة 13 للمادة 12/ 1 حماية الزوجة الجزائرية (الطرف الجزائري في العلاقة)، وبالتالي يسري القانون الجزائري متى كان أحد الطرفين حاملا للجنسية الجزائرية الفعلية في حالة تعدد الجنسيات لدى الزوجة، على اعتبار أن المشرع أورد للمادة 22 استثناء وهو تغليب الجنسية الجزائرية، وفي هذه الحالة يتبادر إلى أدهاننا تساؤل ما الجدوى من تطبيق القانون الجزائري على الزوجة الحاملة للجنسية الجزائرية أثناء إبرام عقد الزواج واكتسابها لجنسية زوجها بعد ذلك، بمعنى لم يبقى من أسسها وأخلاقها وعاداتها إلا مصطلح الجنسية. [2]

---

[1] موكة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 167.

[2] مرجع نفسه.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع «تنازع القوانين حول موضوع الزواج» يتبين أن الزواج هو أهم تصرف يقوم به الإنسان في حياته، كما أن الزواج يحتمل مكانة هامة وسامية في المجتمعات وخصوصا على الصعيد الدولي الخاص، فهو من المواضيع والتصرفات الحساسة وذلك نتيجة لما ينجر عنه من التزامات وما ينجم عنه من آثار شخصية ومالية خصوصا مع انفتاح العالم وتطور العلاقات بين أفراد المجتمع الدولي، وهذا ما جعله من أهم الدراسات في وقتنا الحاضر حيث أن هذه العلاقة القانونية أصبحت تثير مشاكل من الناحية الواقعية والقانونية والقضائية، حيث تمس كل من الزوجين والقاضي المعروض عليه النزاع.

ونظرا لأهمية موضوع الزواج خاصة أنه يثير مشاكل عديدة تكون عادة سببا لتنازع القوانين على صعيد القانون الدولي فقد أولته التشريعات المقارنة إهتماما كبيرا، وذلك من خلال وضع أحكام خاصة به، حيث أننا نرى أن الزواج المختلط له نظام خاص به، حيث أنه لو عرض نزاع أمام القاضي فلا يمكنه إصدار حكم على القضية المعروضة عليه إلا بالرجوع إلى قواعد الإسناد والتي بدورها تمكن القاضي من معرفة القانون واجب التطبيق عليها الذي يختلف من دولة إلى أخرى وذلك نظرا للضابط الذي يرونه مناسبا لمعتقداتهم وسياساتهم، فمنها من تعتمد على ضابط الجنسية وهذا هو ما اعتمده المشرع الجزائري وبعض التشريعات الأوروبية والعربية، ومنهم من اعتمد ضابط الموطن كالدول الأنجلوسكسونية.

وفي غالب الأحيان نرى أن هناك صعوبات قد تعترض قواعد الإسناد وتقف أمامها سواءا كان القاضي يعتمد على ضابط الجنسية أو ضابط الإسناد.

ففي حالة تعدد الجنسيات يختار القاضي الجنسية الفعلية شريطة أن لا يكون أحد حامل للجنسية الجزائرية، أما إن وجدت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات فالقاضي يختار الجنسية الجزائرية ويطبق بالتالي القانون الجزائري، وفي حالة عدم وجود القانون المختص

نص في هذا الشأن بتطبيق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، أما في حالة التعدد الإقليمي فيطبق التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد، أما في حالة التنازع المتحرك فقيده بضابط الإسناد بزمن معين.

ونرى أن المشرع الجزائري بعد تعديله للقانون المدني الجزائري قد ميز بين الشروط الموضوعية والشكلية لصحة عقد الزواج، حيث أنه أخضع الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون جنسية كلا الزوجين، أما بخصوص الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج فنرى أن المشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد خاصة تحكمها.

فنجد أن إرادة المشرع كانت تتجه إلى إخضاعها للقاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية من حيث شكلها، باعتبار أن الزواج يدخل ضمن تلك التصرفات القانونية، وبذلك فقد تبنى المشرع الجزائري القاعدة الشهيرة والمعروفة وهي «locus regit actum» والتي تتضمن تطبيق قانون محل إبرام الزواج.

ونرى أن المشرع قد أخذ بهذه القاعدة وذلك على سبيل الإختيار وليس الإلزام، نظرا لأنه وضع إلى جانبها ضوابط إسناد متعددة تحكم هذه الشروط الشكلية وهي إما لقانون الجنسية المشتركة أو لقانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

كما نرى أن المشرع الجزائري بعد التعديل قد أضاف الآثار الشخصية لعقد الزواج، بعد أن كانت تقتصر فقط على الآثار المالية لعقد الزواج، وقد أخضع المشرع الجزائري المنازعات المتعلقة بالآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج لضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.

ونلاحظ أن المشرع قد حدد القانون الواجب التطبيق بجنسية الزوج وقت الإنعقاد، وذلك من أجل وضع حل لمسألة التنازع المتغير للجنسية، فإذا قام الزوج بتغيير جنسيته بعد انعقاد الزواج فإن ذلك لن يؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق.

واستثناءا للقاعدة التي تقضي بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين على الشروط الموضوعية، إضافة إلى القاعدة التي تخضع آثار الزواج الشخصية والمالية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، فإن المادة 13 من ذات القانون جاءت باستثناء مفاده تطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائري، ونرى أن المشرع الجزائري قد قام بوضع هذا الإستثناء لحماية الأطراف الجزائرية عندما يثار نزاع حول الزواج المختلط كما أنه سعى إلى حل التنازع المتحرك من خلال مراعاته للمعيار الزمني وهو "وقت انعقاد الزواج"، حتى يحافظ على الحق المكتسب الذي اتفق عليه ساعة الإنعقاد، وحسب رأينا فقد وفق المشرع الجزائري بوضعه لهذا الإستثناء فهو بذلك حمى الرابطة الزوجية بعدم خضوعها للقوانين الأجنبية باعتبارها مسألة مهمة في مجال الأحوال الشخصية، خاصة وأن الدولة الجزائرية وكذلك الدول العربية يفضلون خضوعهم لقوانين ومبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا يعتبر نقطة إيجابية قام بها المشرع الجزائري حيث أننا نلاحظ أنه بمثابة تصدي ومنع لتطبيق القانون الأجنبي على أطراف عقد الزواج الجزائريين.

غير أننا نرى أن المشرع الجزائري ورغم حرصه على تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين، إلا أنه من خلال اشتراطه لأن يكون أحد الطرفين جزائريا وقت التعاقد قد أغفل حالات من الهدف الذي سعى إلى تحقيقه من خلال المادة 13 وهو "تطبيق القانون الجزائري على كل الجزائريين بخصوص مسألة التنازع حول الزواج"، مما يعني أنه سنجد حالات فيها طرف جزائري ويطبق القاضي الجزائري عليها قانونا أجنبيا، أقل ما يمكن أن يقال عن هذا القانون أنه سيكون مجحفا بحق هذه الفئة من الجزائريين، لذا لابد من تعديل المادة 13

لتتماشى مع تطبيق القانون الجزائري على كل الجزائريين فيما يتعلق بمنازعات الأحوال الشخصية.

ونرى أن المشرع الجزائري بعد تعديله للقانون المدني قد وفق عندما جعل لكل علاقة قانونا خاصا بها يحكمها، كما أن المشرع الجزائري سعى لوضع قواعد من أجل استبعاد القانون الأجنبي الذي يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، ومحاولة أطراف العلاقة التحايل والغش على القانون، وبذلك فقد كان المشرع الجزائري موفقا بتصديه لكل حالة.

ورغم أن المشرع الجزائري قد وفق إلى حد كبير إلا أنه في بعض المسائل قد أخفق وذلك نتيجة وجود نقص أو لعدم تفسيره وغموضه في بعض القواعد، ومثال ذلك نص المادة 24 من القانون المدني التي لم يبين فيها مدى استبعاده لأحكام القانون الأجنبي، هل يكون الإستبعاد كلي أو جزئي في حالة مخالفته للنظام العام.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أحسن في تنظيمه قواعد الإسناد الخاصة بمسألة تنازع القوانين حول موضوع الزواج التي جعلها تخضع للقانون الجزائري في أغلب الأحيان خاصة عندما يكون أطراف العلاقة جزائريين مع استبعاده للقانون الأجنبي متى كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وبالرغم من ذلك فإننا نقترح بعض التوصيات التي يمكن أن تجرى على بعض المواد:

- أن المشرع الجزائري عليه أن يجري تعديلا على نص المادة 11 من القانون المدني بأن يضبط صياغتها وذلك بتوضيحه وتفصيله فيها أكثر بأن ينص على أنه في حالة اتحاد جنسية أطراف العقد وكان عقد الزواج صحيحا، فيجب تطبيق القانون الوطني لكل منهما، أما في حالة اختلاف الجنسية فيجب الرجوع إلى قانون جنسية كل زوج.

- كما يجب على المشرع الجزائري أن يخصص قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية لعقد الزواج.

- كما أنه يجب على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة نص المادة 1/12 من القانون المدني وأن يفصل الآثار الشخصية عن الآثار المالية ويضع لكل منهما قاعدة إسناد خاصة بها، كما نقترح على المشرع الجزائري أن يضع لكل أثر من الآثار الشخصية والآثار المالية حكما تفصيليا خاص به، وعلى سبيل المثال ما يتعلق بالعقارات ومتاع البيت ...، إضافة إلى تبنيه القاعدة الخاصة بمصير الأموال المكتسبة بعد الزواج ما دام أنه سمح لهما بتوحيد أموالهما.

- كما نقترح إعادة صياغة نص المادة 13 من القانون المدني حتى يتمكن من حماية الأطراف الجزائريين أكثر وحتى لا يكون مجحفا في حق من اكتسب الجنسية بعد انعقاد الزواج.

قائمة المراجع

I- باللغة العربية:

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1- أحمد عبد الحميد عليوش، القانون الدولي الخاص: المستوى الرابع، فصل دراسي ثاني، د.د.ن، مصر، د. س.

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

3- أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، د.س.

4- أحمد مسلم، الأحوال الشخصية للأجانب: النظام القانوني للأسرة، مطبعة مخيمر، د ب ن، 1956.

5- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، ج1، ط12، دار هومة، الجزائر، 2011.

6- ـــــــــ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي: الجنسية، ج2، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

7- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الإدارة الجزائري، ط2 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

8- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

9- الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1997.

10- ـــــــــــ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، العراق، 1972.

11- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

12- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص :مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين ج1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

13- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الكاهنة الجزائر، 2010.

14- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994.

15- سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية لبنان، 1987.

16- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص: تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

17- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص: المضمون الواسع المجدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

18- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

19- عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

20- عبد الفتاح تقية، الوجيز في المواريث والتركات، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003.

21- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الخاص الجزائري: لطلبة الفصلين السابع والثامن، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.

22- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، ج1، ط3 دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

23- عيسى حداد، الوجيز في المواريث، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر 2003.

24- غالب علي الدوادي، القانون الدولي الخاص :الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 5، دار وائل للنشر، 2010.

25- محده محمد، التركات والمواريث، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2004.

26- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص: الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006.

27- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة العربية مصر، 1992.

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

29- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

30- منصور كافي، المواريث في الشريعة والقانون، دار العلوم، الجزائر، 2008.

31- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص: قواعد التنازع، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

32- فضيل نادية، الغش نحو القانون، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2008.

33- ـــــــــ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط4، دار هومة، الجزائر 2005.

34- ـــــــــ، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، ط4، دار هومة، الجزائر 2005.

35- شريفي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر الجزائر، د س.

36- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

37- ـــــــــ، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2003.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

1- رسائل الدكتوراه:

- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2012.

2- مذكرات الماجستير:

أ- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1986.

ب-جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011.

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

د- سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

3- مذكرات الماستر:

أ- سعيداني نرجس، بولجويجة زينب، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية، تخصص قانون الأسرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص جامعة محمد الصديق بن يحيى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل، 2016.

ب-مجراب سفيان، بوحلاسة بوجمعة، أثر اختلاف الدين على الأسرة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2016.

رابعا: المقالات

1-أحمد ضاعن السمدان، "المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي"، مجلة الحقوق، العدد الأول، رقم 62، 2007 ص ص 16 23.

2-موكة عبد الكريم، "دراسة تحليلية نافدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02 لسنة 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، ص ص 166 167.

3-دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2011.

4-دنوني هجيرة، "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، 1994.

5-سيدي محمد بن سيد أب، "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،العدد 02، 1999،ص ص109 112.

خامسا: الملتقيات

1- أيت مولود ذهبية، "إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014.

2- بومراو سفيان، "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج: دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014.

3- تريكي دليلة، "القانون واجب التطبيق على قضايا الميراث المالية المضافة إلى لما بعد الموت في القانون الجزائري"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 أفريل 2014.

4- حسين نوارة، "الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية"، الملتقى الوطني حول "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014.

5- زلاسي بشرى، "نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون واجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 أفريل 2014.

سادسا: النصوص القانونية

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 40 صادر في جوان سنة 1966، معدل ومتمم بموجب القانون 15-19 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر عدد 71 صادر في 30 ديسمبر سنة 2015.
- الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد 21، صادر 27 فيفري سنة 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09 أوت سنة 2014 ج ر عدد 49 صادر في 20 أوت سنة 2014.
- الأمر 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، المتضمن قانون الجنسية، ج ر عدد 15 صادر في 18 ديسمبر سنة 1970، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 01 مؤرخ في 27 فيفري سنة 2005، ج ر عدد 43 صادر في 22 جوان 2005.
- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 صادر في 12 جويلية سنة 1984 معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15 صادر في 27 فيفري سنة 2005.
- الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر في 30 سبتمبر سنة 1975 معدل ومتمم بالأمر رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي سنة 2007، ج ر عدد 31 صادر في 13 ماي سنة 2007.

II- باللغة الفرنسية:

1- Ouvrage :

a- Rizkallah Nouhad, Droit international privé, entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L) , BEYROUTH, Liban, 1985.

b- Henri Battifol et Paul Lagarde, droit international privé , T- 2, pairs librairie générale de droit et de Jurisprisorudence, paris, 1974.

2- Thèses et mémoires :

a- Canut florance, l'ordre public en droit de travail , thèse de doctorat en droit ,université de paris, panthéon sorbonne, paris, 2004.

b- Japiod René des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle, thèse dijou, paris, 1909.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
مقدمة.....	02
الفصل الأول: إشكالات انعقاد الزواج.....	09
المبحث الأول: القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج...	10
المطلب الأول: الشروط الموضوعية لعقد الزواج.....	10
الفرع الأول: تطبيق قانون جنسية الزوجين.....	10
الفرع الثاني: إشكالية تطبيق قانون الجنسية في حالة اختلاف الجنسية.....	14
أولا: التطبيق الجامع للقوانين.....	15
1- المقصود بالتطبيق الجامع.....	15
2- نقد فكرة التطبيق الجامع.....	16
ثانيا: التطبيق الموزع للقوانين.....	17
1- المقصود بالتطبيق الموزع.....	17
2-حدود التطبيق الموزع.....	18
أولا: موقف المشرع الجزائري.....	19
الفرع الثالث : الاختصاص الحصري للقانون الجزائري.....	20
الفرع الرابع: الصعوبات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق أمام القضاء الجزائري.....	22

أولا: تعدد وانعدام الجنسية..... 22
1-تعدد الجنسيات..... 22
أ-في حالة تعدد الجنسية وكانت من بينها جنسية دولة القاضي..... 23
ب- تعدد الجنسيات وليس من بينها جنسية دولة القاضي..... 23
2-انعدام الجنسية..... 24
ثانيا: التنازع المتحرك..... 26
ثالثا: الصعوبات التي يثيرها التعدد التشريعي أو الطائفي..... 26
رابعا: الصعوبات التي يثيرها مشكل الإحالة..... 27
المطلب الثالث: حالات استبعاد وتطبيق القانون الأجنبي..... 28
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام و الآداب العامة..... 28
أولا: تعريف الدفع بالنظام العام..... 29
ثانيا: شروط إعمال الدفع بالنظام العام..... 31
1- وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية..... 31
2- وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي..... 31
3- توافر مقتضيات النظام العام..... 31
4- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية..... 32
رابعا: الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام..... 32
1- الأثر السلبي للنظام العام..... 33

أ- الاستبعاد الجزئي للنظام العام..... 33
ب- الاستبعاد الكلي للنظام العام..... 33
ج- الأثر المخفف للنظام العام..... 34
2- الأثر الإيجابي..... 34
الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون..... 35
أولا: نشأة الدفع بالغش نحو القانون..... 36
ثانيا: تعريف الغش نحو القانون..... 37
ثالثا: شروط قيام الدفع بالغش نحو القانون..... 38
1- الشروط المتفق عليها..... 38
أ- التغيير الإرادي لضابط الإسناد..... 38
ب- توافر نية الغش نحو القانون..... 39
2- الشروط غير المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون..... 40
أ- أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي.. 41
ب- أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة..... 42
رابعا: أساس الغش نحو القانون..... 42
1- الوضع الأول..... 44
2- الوضع الثاني..... 44
خامسا: الآثار المترتبة على الغش نحو القانون..... 45

المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية..... 45

المطلب الأول: الشروط الشكلية لعقد الزواج..... 46

الفرع الأول: تطبيق قانون المحل على شكل الزواج..... 47

أولا: تاريخ قاعدة " locus "..... 47

ثانيا: طبيعة قاعدة لوكيس..... 49

1- خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام قاعدة آمرة..... 49

2- خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام قاعدة اختيارية..... 50

ثالثا: طبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات الحديثة..... 51

1- التشريع الألماني..... 51

2- التشريع الياباني..... 52

3- التشريع الفرنسي..... 53

4- التشريع المصري..... 53

5- التشريع الأردني..... 54

6- التشريع الجزائري..... 54

رابعا: موانع تطبيق قاعدة لوكيس..... 55

1-الغش نحو القانون..... 55

2-النظام العام..... 57

3-الإحالة..... 58

المطلب الثاني: اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج..... 59
الفرع الأول: زواج الجزائريين في الخارج..... 59
الفرع الثاني: زواج الأجانب في الجزائر..... 61
الفصل الثاني: إشكالات آثار عقد الزواج..... 64
المبحث الأول: آثار عقد الزواج..... 65
المطلب الأول: الآثار الشخصية لعقد الزواج..... 65
الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين..... 65
الفرع الثاني: النسب الشرعي..... 69
الفرع الثالث: التوارث بين الزوجين..... 70
أولا: شروط الإرث..... 71
1-موت المورث حقيقة أو حكما..... 71
2-تحقق حياة الوارث وقت موت المورث..... 71
3-العلم بجهة القرابة وبجهة الإرث..... 72
ثانيا: موانع الإرث..... 72
1-عدم الاستهلال..... 72
2-الشك في السبق..... 72
3-اللعان..... 72
4-الكفر..... 72
5-الرق..... 73

6-الزنا..... 73
7- القتل..... 73
الفرع الرابع: اكتساب الجنسية بالزواج المختلط..... 74
أولا: أثر الزواج على جنسية الزوج..... 77
ثانيا: أثر انتهاء الزواج على جنسية من كسبها بالزواج..... 77
ثالثا: أثر الزواج على جنسية الأولاد المولودين من زواج مختلط..... 77
المطلب الثاني: الآثار المالية لعقد الزواج..... 78
الفرع الأول: تعريف النظام المالي للزوجين..... 78
أولا: تعريف الفقه العربي النظام المالي للزوجين..... 79
1- تعريف النظام المالي اصطلاحا..... 79
2- تعريف النظام المالي فقها..... 79
ثانيا: تعريف الفقه الغربي للنظام المالي..... 80
الفرع الثاني: النظام المالي في النظم المقارنة..... 80
أولا: نظام الاشتراك المالي..... 80
1-نظام الاشتراك العام..... 81
2-نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب..... 81
3-نظام الاشتراك المنخفض..... 82
4- نظام الاشتراك القانوني..... 82
ثانيا: نظام الانفصال المالي..... 83

1- الفصل القضائي..... 83
2- الفصل الإتفاقي في الأموال..... 83
ثالثا: نظام الدوثال (البائنة)..... 84
الفرع الثالث: النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري..... 85
أولا: استقلال الذمة المالية للزوجين..... 85
ثانيا: اتفاق الزوجين في عقد الزواج حول الأموال المشتركة بينهما..... 86
المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على آثار الزواج..... 88
المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على الآثار الشخصية..... 88
الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على الحقوق والواجبات للزوجين المتبادلة.... 88
أولا: القاعدة العامة..... 89
ثانيا: الاستثناء..... 90
الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على النفقة..... 91
الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على النسب..... 91
أولا: القانون واجب التطبيق على العلاقة الشرعية الصحيحة..... 92
ثانيا: القانون واجب التطبيق لإثبات النسب الطبيعي..... 93
الفرع الرابع: القانون واجب التطبيق على الميراث..... 96
أولا: القانون واجب التطبيق على الميراث في القانون الجزائري..... 97
ثانيا: نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفى..... 97
1-التركة الشاغرة..... 99

2-حقوق دائني التركة..... 100
3-النظام العام وتعطيل العمل بقانون جنسية المورث..... 101
الفرع الخامس: القانون واجب التطبيق على الأهلية..... 101
الفرع السادس: القانون واجب التطبيق على الاسم..... 102
المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الآثار المالية للزواج..... 104
الفرع الأول: إخضاع الآثار المالية لقانون جنسية الزوج..... 104
الفرع الثاني: القيود الواردة على تطبيق قانون جنسية الزوج..... 107
المطلب الثالث: استثناء المادة 13 من القانون المدني المتعلق بآثار الزواج..... 108
الفرع الأول: تطبيق القانون الجزائري على حاملي الجنسية الجزائرية..... 109
الفرع الثاني: فرضيتا تطبيق استثناء المادة 13 من القانون المدني التعلق بآثار الزواج..... 110
أولا: الافتراض الأول..... 111
ثانيا: الافتراض الثاني..... 111
الخاتمة..... 113
قائمة المراجع..... 119
فهرس المحتويات..... 129
الملخص

الملخص

ملخص:

الزواج المختلط له نظام خاص به، فلو ثار نزاع حول موضوع الزواج المشتمل على عنصر أجنبي، فلا يمكن إصدار حكم على القضية إلا بالرجوع إلى قواعد الإسناد والتي تمكن القاضي من معرفة القانون الواجب التطبيق عليها كون الدول تعرف اختلافا في الضابط المعتمد فمنهم من يعتمد ضابط الجنسية، ومنهم من يعتمد ضابط الموطن، والظاهر أن المشرع الجزائري قد اعتمد ضابط الجنسية سعيا منه لإبقاء العلاقة بين الجزائريين ودولتهم وقانونهم إضافة إلى أنه قد جاء باستثناء مفاده تطبيق القانون الجزائري متى كان أحد الأطراف جزائريا، وقد حاول التصدي إلى الصعوبات التي تعترض تطبيقه لضابط الجنسية، واستبعد تطبيق القانون المخالف للنظام العام أو أي محاولة من أطراف العلاقة للتلاعب بضابط الجنسية.

Résumé :

Les mariage mixtes a son propre système d’un différend au sujet d’un mariage complet à un élément révolté ne peut pas portez un jugement sur l’affaire ,que par référence aux règles conflits, et qui permet au juge de savoir à appliquer par la loi que les Etats connaissent une différance de l’agent autorisé certain d’un officier et le soutien apparent que le législateur algérien a adopté un code d’agent de nationalité afin de garder ma relation.