الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد الصديق بن يحيى – جيجل –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون الأسرة

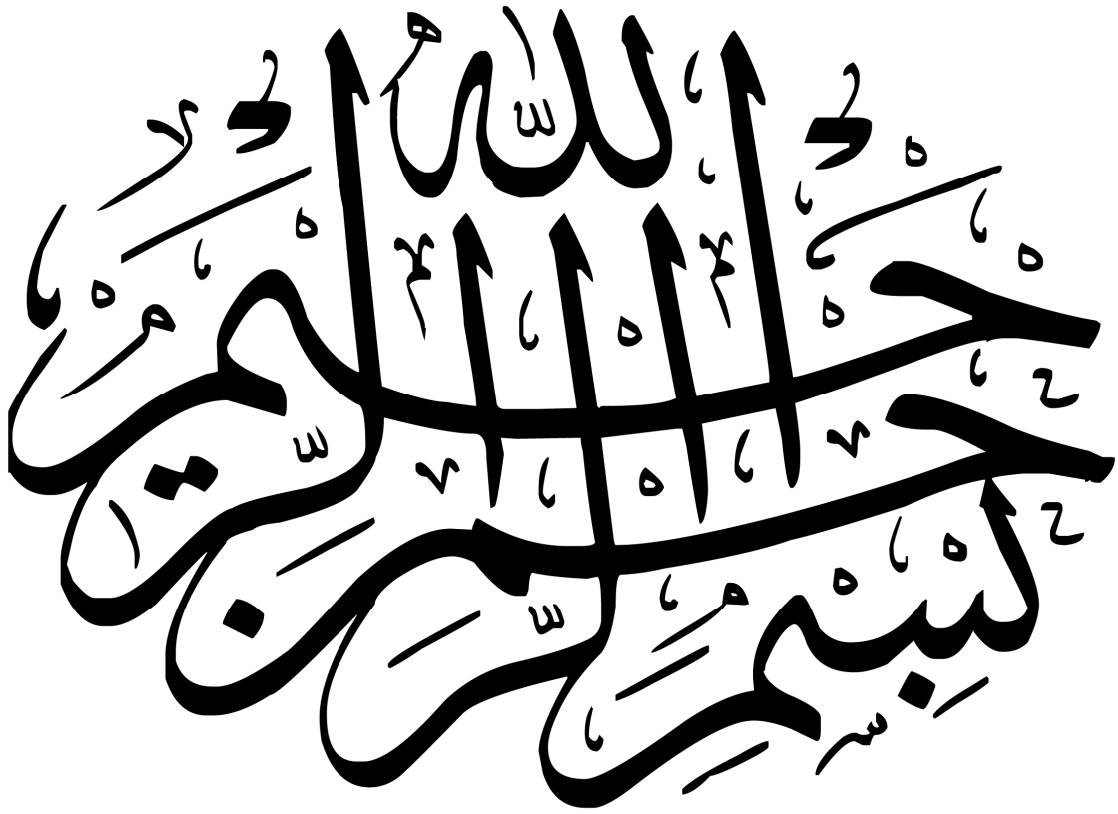
إعداد الطالبتين:
- سمية طيبوق
- سارة بوطمينة

إشراف الأستاذة:
- لغريب ليلى

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
الأستاذ: موكة عبد الكريم	أستاذ محاضر أ	جامعة جيجل	رئيسا
الأستاذة: لغريب ليلى	أستاذة مساعدة أ	جامعة جيجل	مشرفا ومقرار
الأستاذة: منيغر سناء	أستاذة مساعدة أ	جامعة جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية: 2020م–2021م


بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر والتقدير

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(من لم يشكر الناس لم يشكر الله ومن أهدى إليكم معروفا فكافئوه

فان لم تستطيعوا فادعوا له)

أتقدم بجزيل الشكر و الامتنان العظيم والعرفان إلى الأستاذة المشرفة

" لغريب ليلى"

لما منحته لنا من وقت و جهد و توجيه وتشجيع

في انجاز عملنا هذا المتواضع

كما لا ننسى أساتذتنا الكرام وكل من ساهم في

تعليمنا.

كما نشكر كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد

ولو بكلمة أو دعوة صالحة.

ونحمد الله عز وجل ونشكره على أن وفقنا لإتمام

هذا العمل

جزآكم الله خيرا

سمية سارة

الإهداء

جاء اليوم الذي أكون فيه فخورة بنفسي وهذا بفضلكم،
كم تعبتم وسهرتم وكنتم المربي والسند.

إلى روح جدي وجدتي الغاليين (أبي وأمي) رحمكم الله

أنا الآن في المقام الذي تمنيتم أن تجدون فيه واعلم لو أنكم هنا لكانت تلك سعادتكم.

إلى الإنسان الذي علمني كيف يكون الصبر طريقا للنجاح **والدي** الحبيب أطال الله في عمره

إلى من رضاها غايتي وطموحي صاحبة البصمة الصادقة في حياتي **والدتي** أطال الله في عمرها

إلى رفقاء البيت الطاهر الأنيق - لبنى - عبد المولى- سميحة- سلمى- احمد-

أشقائي وشقيقاتي حفظهم الله من كل شر وأطال في عمرهم

إلى زوجي العزيز نبض قلبي وقلمي

إلى ابني "أيوب " حفظك الله ورعاك

إلى عائلة زوجي وبالأخص حماتي أطال الله في عمرها

إلى كل العائلة الكريمة وزملاء الدراسة

إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة أساتذتنا الأفاضل

سمية

إهـــداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى من ربط الله طاعته بطاعتها إلى آية الوفاء والحنان والقلب الناصع أعز وأغلى إنسانة في حياتي، التي أنارت دربي بنصائحها وكانت بحرا صافيا يجري بفيض الحب و البسمة أطال الله في عمرها

أمي حبيبة

إلى الذي رباني صغيرة و كان لي المثل الأعلى في الجد والعناء وعلمني كيف يكون الصبر طريقا للنجاح، سندي و قدوتي أطال الله في عمره حبيب قلبي

أبي عبد العزيز

إلى زوجي الغالي الذي ساندني وخطى معي خطواتي ويسر لي الصعاب وتحمل الكثير وعانى معي وما كان ليحدث هذا لولا تشجيعه المستمر لي أدامه الله لي

فاتح

إلى زهرة حياتي وفلدة كبدي وحبيبة قلبي إبنتي العزيزة **بيسان**

إلى سندي في الحياة إخواني "أمجد، أمير" وأختي العزيزة "دعاء" حفظهم الله

إلى كل عائلتي جدي وجدتي وكل زملاء الدراسة

ســارة

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

ق.ح. م: قانون الحالة المدنية

ج: الجزء

ط: طبعة

د. ط: دون الطبعة

د. د. ن: دون دار النشر

د. س. ن: دون سنة نشر

د. ب. ن: دون بلد نشر

ص: الصفحة

مقدمة

مقدمة:

الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع ولا تقوم إلا بالزواج الصحيح الذي لابد لقيامه من توافر أركان وشروط موضوعية وشكلية. ويعتبر الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة وذلك لقوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾[1].

ولكون الأسرة هي أساس بناء المجتمع فهي تحظى باهتمام بالغ من طرف الدولة فلم تعد علاقات الزواج تقتصر فقط على زواج الجزائريين بالجزائريات بل تعدته إلى الزواج المختلط، لهذا تحتم على المشرع أن يقوم بوضع قواعد قانونية تتولى تنظيم هذه العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي كون أركان الزواج وشروطه تختلف من بلد إلى آخر خاصة إذا كان أحد الأطراف أجنبيا غير مسلم.

ويعتبر التمييز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية في عقد الزواج من الأهمية بما كان، فلكل نظام قانوني فكرة مستقلة فيما يتعلق بالزواج ، لذلك يلجأ القاضي لعملية تكييف هذه الشروط، فكان لزاما على المشرع أن يخضع زواج الجزائريين من الأجانب سواء داخل الوطن أو خارجه لقواعد تتفق مع طبيعة الطرف الأجنبي والجزائري معا لكون الزواج مرتبط بالمعتقدات الدينية والاجتماعية والسياسية، فبعض الدول تعتبر الزواج عقدا أبديا، وأخرى لا تقبل بذلك، كما أن هناك تشريعات لا تجيز التعدد بل وتعتبره جريمة، في حين أن الدين الإسلامي يجيز ذلك ولا يعتبر التعدد جريمة.

وعليه صار زواج الجزائريين بالأجانب يخلق العديد من المشاكل، خاصة في مجال دعاوى شؤون الأسرة كالحضانة والطلاق والنفقة مما جعل المشرع يحاول إيجاد

[1] سورة الروم ، الآية 21.

حلول لهذه المشاكل بما يخدم مصالح طرفي العلاقة ، حيث أخضع الزواج في هذه الحالة لإجراءات معينة وخاصة.

انطلاقا مما سبق جاء موضوع مذكرتنا يتمحور حول القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج معتمدين في ذلك على التقنين المدني[1]، وتقنين الأسرة[2]، وفق آخر التعديلات.

أهمية الموضوع: يكتسي موضوع القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج أهميته من خلال أهمية عقد الزواج في حدّ ذاته وارتباطه بالأسرة الخلية الأساسية في بناء المجتمع خاصة عند دخول العنصر الأجنبي وما ينتج عن ذلك من تعدد للقوانين المرشحة للتطبيق على العلاقة.

أهداف الدراسة: تهدف دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج إلى:

- محاولة توضيح كل ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج الشكلية منها والموضوعية، وهذا من خلال دراسة مختلف النصوص القانونية الجزائرية سواء تلك المتضمنة في التقنين المدني أو تقنين الأسرة، ومحاولة تقييم موقف المشرع من المسألة.

[1] أمر رقم 75-58 ، مؤرخ في 26-09-1975 ، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 ، صادر في 30-09-1975 (معدل و متمم).

[2] قانون رقم 84-11 ، مؤرخ في 09-06-1984 ، يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24 ، صادر في 12-06-1984 (معدل و متمم)

أسباب اختيار الموضوع: تتمثل أسباب اختيار موضوع القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج في:

- كون الموضوع مهم جدا لأنه يمس موضوعين حساسين ألا وهما الزواج والأسرة.
- الرغبة في الاطلاع على النصوص القانونية التي جسدت بالدرجة الأولى القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج.
- كون الموضوع يندرج ضمن تخصص دراستنا وهو قانون الأسرة.

الدراسات السابقة: هناك عدة دراسات تناولت موضوع القانون الواجب على شروط عقد الزواج اعتمدناها في انجاز مذكرتنا نذكر منها:

1- مسعودي يوسف: تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2011-2012. وقد تطرق في دراسته إلى القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج.

2- رحاوي أمينة: الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011، حيث أن الطالبة تطرقت مثلنا تماما لموضوع القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج حيث قامت بدراسة الشروط الموضوعية لعقد الزواج.

إشكالية الموضوع:

من المعروف أن مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان لا تثار إلا إذا تدخل عنصر أجنبي في العلاقة وهو الحال بالنسبة للزواج المختلط، وهنا نتساءل عن كيفية

تنظيم المشرع الجزائري لهذه المسألة، ومدى فعالية النصوص القانونية التي سنها في حل النزاعات المطروحة أمام القاضي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج.

المنهج المتبع:

للإجابة على إشكالية الموضوع اعتمدنا في مذكرتنا على منهجين، المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي، فالمنهج التحليلي اعتمدنا عليه لتحليل النصوص القانونية التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني بخصوص القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج، أما المنهج الاستقرائي فاعتمدنا عليه من خلال عملية استجماع مختلف النصوص التشريعية المتعلقة بجزيئات موضوع الدراسة.

خطة البحث:

لقد قمنا بتقسيم مذكرتنا إلى فصلين اثنين تناولنا في الفصل الأول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، أما الفصل الثاني، فقد خصصناه لدراسة القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج.

الفصل الأول

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

يعرف الزواج في الشريعة الإسلامية بأنه عقد يفيد استمتاع كل من العاقدين بالآخر شرعا طلبا للنسل، فالزواج إذن تنظيم اجتماع غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة عن طريق تكوين أسرة ويقع على عاتق الدولة صيانة هذه الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين كل مجتمع.

وقد نص المشرع الجزائري على ضرورة توفر مجموعة من الشروط بغض النظر عن طبيعتها حتى يرتب هذا الزواج آثاره وذلك في قانون الأسرة الجزائري، ومن بينها نجد الشروط الموضوعية التي تتمثل في تلك الشروط الأساسية الواجب توافرها لقيام رابطة الزواج بحيث إذا تخلف أحدها أدى ذلك إلى بطلان علاقة الزواج[1] وهذا ما سنتطرق إليه في مضمون الشروط الموضوعية لعقد الزواج (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الشروط واختصاص القانون الوطني للزوجين كأصل عام (المبحث الثاني)

[1] بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة)، في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23-24 افريل 2014، ص.97

المبحث الأول: مضمون فكرة الشروط الموضوعية لعقد الزواج

تعتبر الشروط الموضوعية من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج فإذا تخلف شرط منها ترتب عن هذه العلاقة البطلان، ويقصد بها أيضا تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم بانعدامها، ومن هذه الشروط ما نصت عليه المواد 9 و9 مكرر و26 و27 من ق. أ. ج.

ويستخلص من هذه المواد أن عقد الزواج يرتكز على مجموعة من الشروط هي الأهلية (المطلب الأول) والرضا (المطلب الثاني) وخلو الزوجين من الموانع الشرعية (المطلب الثالث)، ويجب أن تتوفر هذه الشروط لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية.

المطلب الأول: الأهلية

لقد اختلفت التعاريف التي وضعها القانون والشريعة الإسلامية للأهلية، غير أنّ المعنى يبقى نفسه باعتبارها ترتبط أساسا بحقوق والتزامات الشخص.

والمشرع الجزائري لم يضع أي تعريف قانوني للأهلية تاركا الأمر لرجال الفقه، حيث عرفها الأستاذ الدكتور محمد صبري السعدي بأنها صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمّل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك[1]

[1] بوفنش خديجة، قبالة هاجر، الأهلية في عقد الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى،جيجل، 2016-2017، ص. 29.

فالأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحق وتحمل الالتزام وهي أيضا قابليته للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية، فالأهلية بصفة عامة تدور وجودا وعدما مع الحياة[1]، والتي على أساسها يتحدد نوع الأهلية التي يتمتع بها هذا الشخص ومناط كل نوع منها.

وفي هذا المطلب نتطرق إلى أهلية الوجوب (الفرع الأول) ثم أهلية الأداء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهلية الوجوب

أهلية الوجوب هي في الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية، حيث ينظر إليه القانون من ناحية انه قادر على أن تكون له حقوق وان يتمتع بها، فإذا فقد هذه الميزة فهو ليس شخصا في القانون، مثل الرقيق في القوانين التي كانت تبيح الرق. أما حاليا وقد أبطل الرق فكل إنسان تتوافر فيه أهلية الوجوب وتثبت له من وقت ميلاده بل وحتى قبل ذلك عندما يكون جنينا إلى وقت وفاته، وبعد ذلك أيضا إلى حين تركته وسداد ديونه، فأهلية الوجوب وفق ما سبق ذكره هي صلاحية الشخص لان يكون له حقوق[2] . ومناط أهلية الوجوب هي الصفة الإنسانية ولا علاقة لها بالسن والعقل أو الرشد فكل إنسان في أي طور كان و أي صفة كان يعتبر متمتعا بأهلية الوجوب.[3]

ونطاق هذه الأخيرة التي تعني مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات تتفاوت بحسب كل شخص وان مدى ما يمكن أن يثبت للشخص من حقوق و ما يتحمله من واجبات يختلف باختلاف حالته السياسية أو العائلية أو الدينية. وتنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين:

---

[1] سارة زرزي، القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015-2016، ص. 43.

[2] المرجع نفسه، ص. 45.

[3] بوفنش خديجة، قبالة هاجر، المرجع السابق، ص. 32.

أولا: أهلية الوجوب الناقصة

هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط أي تؤهله للالتزام ليكون دائنا لا مدينا. وتثبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة والسبب في نقصان أهلية الوجوب أن الصفة الإنسانية للشخص ليست محققة وكاملة لأنه يمر بفترة لا تتميز فيها الصفة الإنسانية بشكل واضح فهو من جهة يعد جزء من أمه ومن جهة أخرى يعد إنسانا مستقلا عن أمه متهيئا للانفصال عنها بعد تمام تكوينه، لذا تثبت له بعض الحقوق الضرورية النافعة له والتي لا تحتاج إلى قبول وهي النسب من أبويه، الميراث،الوصية،الوقف[1].

ثانيا: أهلية الوجوب الكاملة

هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات وتتثبت للشخص مند ولادته حيا دون أن تفارقه في جميع أطوار حياته، ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية.

الفرع الثاني:أهلية الأداء

هي تلك الأهلية التي تتوافر في الإنسان بعد أهلية الوجوب، وليس بالضرورة أن تتوافر أهلية الأداء ملازمة لأهلية الوجوب، ذلك أن أهلية الأداء قد توجد أي تكون كاملة وقد تنعدم كما قد تكون موجودة ولكن ناقصة، كما أنها إذا استعملت فإنها ترتب آثارا قانونية في حق من يتمتع بها وليس في حق غيره[2]، فقد عرفها السنهوري بأنها "صلاحية الشخص

[1] بوفنش خديجة، قبالة هاجر، المرجع السابق، ص. 33.

[2] رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص. 96.

لاستعمال الحق"[1]، وعرفها الدكتور محمد سعيد جعفور بأنها: "قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو التزام"[2].

ومناط أهلية الأداء هو العقل والتمييز،أي مدى أهلية الأداء عند الشخص يتحدد بمدى قدرته على التمييز ووزن التصرفات وتبين ما ينطوي عليه من نفع وضرر. فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء وتناسب على ذلك فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ليس لهم أهلية أداء لان عباراتهم غير صالحة لان تكون سببا لإنشاء حقوق لهم أو لغيرهم.[3]

وعليه فالإرادة لا تصدر إلا عن تمييز فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة من انعدم تمييزه انعدمت أهليته، وتنقسم أهلية الأداء إلى قسمين:

أولا: أهلية الأداء الناقصة

أن يكون صاحبها صالحا لان تصدر منه الأقوال أو الأفعال ولكن لا تترتب عليها آثار تلقائيا وإنما يتوقف ذلك على الغير، وهذه الأهلية تبنى على القدرة القاصرة من العقل القاصر والبدن القاصر. وقد نصت المادة 43 من ق. م. ج على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان، 1952، ص. 268.

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر 2011، ص. 209.

[3] بوفنش خديجة، قبالة هاجر، المرجع السابق، ص. 34.

الأهلية وفقا لما يقرره القانون" إذا فتصرفات المميز أو الراشد السفيه وذي الغفلة يتوقف على إجازة الغير.[1]

ثانيا: أهلية الأداء الكاملة

يقصد بها صلاحية الشخص لمباشرة جميع التصرفات القانونية بنفسه أو بالنيابة عن غيره وهده الصلاحية تعتمد في الأساس على أمور مهمة كون الإنسان يجب أن يتمتع بادراك وتمييز كاملين دون نقصان أي وجود الإدارة الواعية المدركة لجميع ما يقوم به من أفعال وتصرفات قانونية.

وهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا وعدم توقفها على رأي أحد غيره[2].

المطلب الثاني: الرضا

اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية،على أنّ الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج ككل العقود التي يبرمها الشخص في حياته ويتوقف وجوده عليه، وإن اختلف في تسميته، فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول، وهناك من يسميه الصيغة، وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج، غير أن هذا الاختلاف لفظي فقط أما المعنى فهو واحد.[3]

[1] بوفنش خديجة، قبالة هاجر، المرجع السابق، ص. 35.

[2] المرجع نفسه، ص. 35.

[3] زوبير بلعواد، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة والقانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء الدفعة الثانية، 2001-2004، ص. 98.

بناء على ما سبق نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الرضا في عقد الزواج وفق ما انتهجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادتين التاسعة والعاشرة (الفرع الأول)

وصور الرضا (الفرع الثاني) وأثر تخلف الرضا (الفرع الثالث) مع الاستعانة في ذلك بالأحكام المقررة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف الرضا

الطابع الرضائي هو السمة المميزة لسائر العقود بوجه عام وعقد الزواج بوجه خاص ومن خلال ذلك سنقوم بتعريف الرضا لغة واصطلاحا على النحو التالي:

أولا: تعريف الرضا لغة

تستعمل كلمة الرضا للدلالة على القناعة الذاتية بأمر معين، فيقال رضي عنه و رضى عليه ورضوانا ومرضاة، ضد سخط، وأرضاه بمعنى أعطاه ما يرضيه واسترضاه وارتضاه بمعنى طلب رضاه، و رضي بها أي ارتضاها لصحبته، وخدمته.[1]

ثانيا: تعريف الرضا اصطلاحا

لقد عرف الفقه الإسلامي الرضا بأنه "توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط و إيجاده، ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب وقبول.[2]

[1] الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، مرتب على طريقة مختار الصحاح والصباح المنير، د.ط، مطبعة الدار العربية للكتاب، تونس، د.س.ن، ص. 251.

[2] علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص. 61.

ولقد سار المشرع الجزائري على منوال الفقه الإسلامي، فاعتبر الرضا أمرا جوهريا في عقد يرتبط فيه شخصان ارتباطا مؤبدا[1]، فهو لم يأت بتعريفه حيث نصت المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" كما جاء في نص المادة 10 الفقرة الأولى على أنه "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

فمن خلال ذلك نستخلص أنه حسب المشرع الجزائري ركن الرضا يتكون من شقين هما الإيجاب والقبول، وهذا خلافا لتعريف الفقهاء المسلمين فالإيجاب عند جمهور الفقهاء هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كالوكيل، لأن القبول إنما يكون للإيجاب فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم وضوح معناه، أما القبول فهو اللفظ الدال الصادر على الرضا بالزواج الصادر من الزوج[2]، وقد خالفهم الحنفية حول تعريف الإيجاب والقبول باعتبار أن الإيجاب ما صدر أولا و القبول ما صدر ثانيا.

وبالرغم من هذا الاختلاف في التسمية الاصطلاحية للإيجاب والقبول إلا أن الفقه الإسلامي يميل إلى الرأي الحنفي في أن ما صدر أولا هو الإيجاب وما صدر ثانيا هو القبول، ذلك أن تسمية أية صيغة قبولا تشعر بأن شيئا قد تقدمها حتى سميت كذلك وإلا فكيف يمكن أن تسمى صيغة قبولا في الوقت الذي لم يتقدم عليها شيء يرد عليه هذا القبول[3].

---

[1] محمد محدة، سلسلة الفقه الإسلامي: الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، ط.2، مطبعة دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000، ص. 128.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته: الأحوال الشخصية، ج.1، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1989، ص. 39.

[3] محمد رأفت عثمان، عقد الزواج و أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، مصر، د.س.ن ص. 107.

أما فيما يخص المشرع الجزائري، ووفق ما جاء في نص المادة 10 من قانون الاسرة، فقد ساير بموقفه المذهب الحنفي فالإيجاب هو ما يصدر أولا من المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد، والقبول هو ما يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا على موافقته وقبوله فيما رغب فيه الأول بهدف الموافقة وذلك القبول يحدث التطابق بين الإيجاب والقبول ومن ثم ينعقد العقد.[1]

الفرع الثاني: صور الرضا

تنص المادة 10 من ق.أ.ج: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

فمن خلال نص المادة 10 أن للإيجاب والقبول أو الصيغة في عقد الزواج صور مختلفة، فقد يكون لفظا، كما قد ينعقد بطرق أخرى غير اللفظ كالكتابة والإشارة.

أولا: الصيغة اللفظية

نصت المادة 10 الفقرة 1 من ق.أ.ج على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لا الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول ولا اللغة التي يتم بها العقد ولا صيغة الفعل للتعبير عن الإيجاب والقبول.

[1] محمد محدة، المرجع السابق، ص. 141.

1-الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح

هي الألفاظ التي يصح التعبير بها عن عقد الزواج وتتكون من قسمين ألفاظ متفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعا ألفاظ مختلف فيها.[1] والألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي إلى معنى النكاح شرعا نوعان:

1-1 ألفاظ متفق على صحة العقد بها

أجمع الفقهاء على أن الزواج ينعقد بكل لفظ مأخوذ من كلمتي الزواج والنكاح، لورودهما في القرآن الكريم منها قوله تعالى" فانكحوا ما طاب لكم من النساء"[2]

1-2 ألفاظ متفق على عدم صحة العقد بها

اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالألفاظ التي تدل على تمليك العين في الحال ولأعلى بقاء الملك مدى الحياة وهي: الإباحة، الإعارة، المتعة، الوصية، الرهن، الوديعة وغيرها.[3]

1-3 الألفاظ المختلف فيها

اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج ببعض الألفاظ:

ينعقد عند الحنفية بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان في الحال كلفظ الهبة، الصدقة، العطية التمليك والاستئجار بشرط نية أو قرينة تدل على الزواج و فهم الشهود المقصود.

---

[1] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص الشامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص. 8.

[2] سورة النساء الآية 03.

[3] محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص. 114.

وينعقد عند المالكية بلفظ الترويج والتمليك وما يجري مجراها، كالبيع، الهبة، الصدقة والعطية بشرط ذكر المهر ليكون قرينة على الزواج فإن لم يذكر المهر فلا ينعقد العقد.

في حين ذهب الشافعية والحنبلية إلى أن الزواج لا ينعقد إلا بلفظ النكاح فقط، اقتصارا على المذكور في القرآن.[1]

وباستقراء نص المادة 10 من ق.أ.ج يستشف أن القانون أخذ بما اتفق عليه الفقهاء من ألفاظ النكاح المعروفة ، وقد زاد عليها بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، أي أنه رجح المذهب الحنفي حيث اعتبر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ينعقد به العقد.[2]

2-صيغة الفعل

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن الصياغة الزمنية التي يعبر بها عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج هي لفظ الماضي، كأن يقول الأب للخاطب زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب: قبلت التزويج.

وقد اختير لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت، دون اللفظ الموضوع للمستقبل كما أن صيغة الماضي تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير مضافين إلى المستقبل.[3]

وقد يأتي الإيجاب والقبول بصيغة المضارع لأمر ففي هذه الحالة لابد من القرينة الدالة على إنشاء العقد في الحال.

---

[1] وهب الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص 38 - 39.

[2] جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص. 42.

[3] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية و تشريعية و قضائية، ج.1 :عقد الزواج د.ط، منشأة المعارف مصر، د.س.ن، ص.ص 107-108.

3-لغة إبرام عقد النكاح

المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 10 ق.أ، لم يتقيد بأية ألفاظ مخصوصة، ولم ينص على اللغة التي يجب أن يبرم بها الزواج بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

في حين لم يغفل الفقهاء التطرق إلى هذه المسألة، فاتفقوا على أنه إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم اللغة العربية فإن العقد يصح باللغة التي يفهمها العاقدان أيا كانت هذه اللغة بشرط أن تكون مفهومة للشهود أيضا[1].

ثانيا: الصيغة غير اللفظية

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 الفقرة الثانية سالفة الذكر وقصر كلامه فقط على حالة الشخص العاجز عن الكلام وانعقاد زواجه بالكتابة أو الإشارة، في حين أنه لم يتطرق إلى انعقاد الزواج عن طريق الرسالة ولا بالتعاطي ولا بوسائل الاتصال الحديثة.[2]

1- انعقاد الزواج بالإشارة والكتابة

قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعجزه عن النطق أو العائق فيه كالأخرس والأبكم، مع عدم القدرة على الكتابة، ففي هذه الحالة ينعقد زواجه

[1] رمضان علي السيد الشنباصي، جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان)، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص. 127.

[2] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص. 11.

بالإشارة المفهومة الدالة على إرادة الزواج والمعبرة عن قصده لأن إشارته قائمة مقام عبارة الناطق في جميع العقود، ولأن اشتراط اللفظ حقه غير ممكن.[1]

غير أن المشرع الجزائري وفقا للنص 10 الفقرة 2 السابقة الذكر، أخذ بالقول أن العقد لا يصح بالإشارة ممن يحسن الكتابة لأن الكتابة أبين في الدلالة.

2- انعقاد الزواج بالمراسلة

لم ينص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة في حالة غياب أحد أطراف عقد الزواج.[2]

غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية يجيزون الزواج عن طريق المراسلة المكتوبة فإذا كان العقد بين غائبين عن مجلس عقد الزواج كأن يكون احدهما في القاهرة مثلا والآخر في الإسكندرية، فيمكن في هذه الحالة أن يتم التعاقد بأن يكتب الخاطب إلى خطيبته تزوجتك أو زوجيني نفسك. فإذا بلغها المكتوب وأحضرت شاهدين وقرأته عليهما أو أعلمتهما بما فيه ثم قبلت الزواج في المجلس انعقد العقد بينهما.

3- طرق أخرى للتعبير عن الإدارة

سنورد فيها كل من انعقاد الزواج بالوكالة والتعاطي وكذا بوسائل الاتصال الحديثة.

[1] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص. 12.

[2] المرجع نفسه، ص. 12.

3-1 انعقاد الزواج بالوكالة

لقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 20 ق.أ.ج قبل إلغائها على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، بينما الزوجة لم يكن لديها هذا الحق، حيث كان يتولى زواجها وليها طبقا للمادة 11 من ق.أ.ج.[1]

ولكن بعد إدخاله بعض التعديلات على قانون الأسرة وإلغائه المادة 20 أصبح المشرع الجزائري لا يعترف بالوكالة في عقد الزواج.

ونظرا لما يتصف به عقد الزواج من قدسية وخطورة جسيمة فهو عقد أبدي ولا يمكن أن ينعقد إلا من الطرفين شخصيا دون أن ينوب في ذلك وكيل عن أحدهما.

3-2 انعقاد الزواج بالتعاطي أو بالأفعال

التعاطي هو تلاقي الإرادتين وتراضي الطرفين من غير التعبير عن اللفظ، وقد أجمع الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بطريقة التعاطي المقبولة في العقود المالية، لما للزواج من آثار عظيمة وخطيرة، فكان لابد أن يتميز عن الزنا والعلاقات غير المشروعة، والطريق لذلك هو إجراؤه على الأسس المشروعة الواضحة التي لا شبهة فيها.[2]

3-3 انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة

المشرع الجزائري لم ينص على انعقاد الزواج بمثل هذه الوسائل، لذلك يستوجب الرجوع إلى ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص، وحسب رأيهم أنه بالنظر إلى الخصوصية التي يتميز بها عقد الزواج والشرط الخاص الذي يخالف به سائر العقود

[1] تنص المادة 11 من قانون الأسرة على أنه " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له. "

[2] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 192.

وهو اشتراط الشهود، وبالتالي فحتى يكون جائزا لابد من مراعاة هذا الشرط أي توفر جميع شروط عقد الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة[1].

الفرع الثالث: اثر تخلف ركن الرضا

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أيّ أثر، فلم يحللوا به الدخول ولم يوجبوا فيه لا المهر ولا النفقة ولا الطاعة، ولا يثبت به النسب ولا التوارث بين الزوجين، واتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تمّ الدخول باعتباره زنا[2]، وقد خالف في ذلك أبو حنيفة الذي لا يرى إقامة الحد لشبهة العقد[3].

أما المشرع الجزائري، فقد تناول أثر تخلف ركن الرضا في نص المادة 31 الفقرة الأولى من ق.أ.ج والتي تنص على انه "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" ومفادها أن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال ركنه الأساسي؛ ذلك انه لا يوجد زواج بدون رضا سليم واختيار ملؤه الحزم والحرية، كما أن عقد الزواج الذي تخلف فيه ركن الرضا لا يرتب أي اثر لا شرعا ولا قانونا وليس له أي وجود مطلقا ويجب على الزوجين أن يفترقا، إلا أنه كاستثناء على ذلك نصت المادة 40 من قانون الأسرة على ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل[4].

---

[1] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص. 14.

[2] حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني: أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة سامي، مصر، د.س.ن، ص. 119.

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص. 149.

[4] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص. 23.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينص على كيفية إبطال عقد الزواج، ولا على من له الحق في طلب إبطاله، وكذا الإجراءات الواجب إتباعها.

المطلب الثالث: الموانع الشرعية

جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري بشرط إضافي لإبرام عقد الزواج والمتمثل في انعدام الموانع الشرعية، وهو ما نصت عليه المادة 9 مكرر منه بقولها "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج" والموانع جمع مانع، وهو الحائل الذي يمنع من تحقق إرادة شخصين من الزواج والاقتران.[1]

ولذلك فسنبين أصناف هذه الموانع الشرعية التي حرم الزواج منها (الفرع الأول) واثر الزواج بأحد هذه المحرمات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أصناف المحرمات من النساء

تنقسم موانع الزواج استنادا إلى القرآن الكريم والسنة النبوية إلى نوعين: موانع مؤبدة وموانع مؤقتة. وتنص المادة 23 من ق.أ.ج على انه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

[1] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص. 61.

أولا: موانع الزواج المؤبدة

يقصد بها النساء اللواتي يحرم على الرجل الزواج بهن حرمة دائمة ومؤبدة، ولا يزول هذا التأبيد لأي سبب من الأسباب، وأسبابه ثلاثة هي: القرابة والمصاهرة والرضاع، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 24 من ق. أ. ج[1].

1- المحرمات بالقرابة:

القرابة هي اتصال في عمود النسب تثبت حقيقة بواقعة الولادة، وتثبت شرعا بالعقد الصحيح وصورها كثيرة منها الأبوة والبنوة والأخوة.[2]

وقد دل على التحريم بالقرابة أو النسب ما ورد في آية المحرمات وهو قوله تعإلى "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"، وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 25 من ق.أ.ج عليها بقوله " المحرمات بالقرابة هي:

الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ وبنات الأخت"، والحكمة من التحريم هو المحافظة على كيان الأسرة وسد الأطماع ومنع قطع الرحم بسبب ما يحدث عادة بين الزوجين في النزاع كما أن الطب أثبت أن زواج الأقارب ينتج نسلا ضعيفا.[3]

2- المحرمات بالمصاهرة:

وهن المحرمات بسبب الزواج[4]، وتشمل أربعة نسوة:

---

[1] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص. 61.

[2] محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، ج.1: عقد الزواج، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن، ص. 60.

[3] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص.ص 125-126.

[4] محمد محدة، المرجع السابق، ص. 313.

- أم الزوجة وجدتها وإن علت

- زوجة الأب والجد وإن نزل

- زوجة ابن الشخص وإن نزل

- بنت الزوجة وإن نزلت، وحسب القاعدة الفقهية "الدخول بالأمهات يحرم البنات".

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الأصناف في نص المادة 26 من ق.أ.ج

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت حرمة المصاهرة في العقد الفاسد والمدخول عليها بشبهة، في حين سكت قانون الأسرة الجزائري بخصوص هذه المسألة.[1]

3- المحرمات بالرضاع:

المقصود بالرضاع هو مص الرضيع اللبن من ثدي أنثى آدمية؛ سواء قليلا أو كثيرا. ولقد صنّف المشرع الجزائري تحريم الرضاع في نص المادة 24 من ق.أ.ج من الموانع المؤبدة لعقد الزواج، كما تناول موضوع الرضاع من خلال نص المواد من 27 إلى 29 ، وثبت تحريم الرضاع بكتاب الله والسنة الشريفة بقوله تعالى: "وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة"[2] وفي السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".

وعلى هذا فالتحريم بالرضاع يشمل ما يلي:

أ-الأم من الرضاعة والجدات مهما علون

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 230.

[2] سورة النساء، الآية 23.

ب- البنت من الرضاعة و بنت إبنها مهما نزلن

ج- فروع الأبوين

د- العمات والخالات من الرضاعة

هـ- أم الزوجة وجداتها من الرضاعة مهما علون

و- زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع وإن نزلوا.

ولقد جاء في نص المادة 28 من ق.أ.ج على انه "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه".

ثانيا: المحرمات تحريما مؤقتا

هي الموانع التي يكون فيها التحريم غير مؤبد أي متصل بسبب أو شيء من الزمن بمعنى أن سبب التحريم فيها مؤقتا وحين يزول التحريم بهذا الصنف من المحرمات تصبح المرأة محلا للعقد أي قابلة للزواج. والتحريم على التأقيت ورد في نص المادة 30 المعدلة من ق.أ.ج والتي جا فيها انه "يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة المطلقة ثلاثا، كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة لأب أو لأم أو من رضاع ، زواج المسلمة من غير المسلم" وسنتناول كل واحدة على حدة حتى نبين أصناف هذه المحرمات[1].

[1] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص. 67.

1. المرأة المتعلق بها حق:

وهي التي تعلق بها حق الغير وتشمل ما يلي:

أ- المرأة المحصنة:

المرأة المتزوجة ويقصد بها المرأة المحصنة وهي زوجة الغير والسبب الذي جعلها محصنة لتعليق حق الزوج بالزوجة فتصبح متعلق بها حق الغير، وهو السبب الذي يحرم على الغير الزواج بها لقوله تعالى: "حرمت عليكم..... والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم....".

ب- المرأة المعتدة:

يحرم على المسلم أن يتزوج معتدة غيره سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو معتدة من وفاة لبقاء بعض أحكام النكاح حتى تنتهي العدة الشرعية لان العقد غير صحيح لقوله سبحانه وتعالى: "فما لكن عليهن من عدة تعتدونها"، وقوله عز وجل " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله" ومعنى ذلك ألا تعقدوا النكاح إلا بعد انتهاء المدة التي فرضها الله، والحكمة من التحريم هي التأكد من براءة الرحم حفاظا على الأنساب.[1]

ج- المطلقة ثلاثا:

المقصود بالمطلقة ثلاثا وهي الزوجة التي طلقها زوجها طلاق بائنا بينونة كبرى، فإذا طلق الرجل زوجته الطلقة الثالثة تصبح محرمة عليه العقد عليها أو مراجعتها لقوله

[1] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص. 68.

تعالى: "فإذا طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليها أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله".[1]

وبالرجوع إلى نص المادة 51 من ق.أ.ج والتي جاءت تنص على أن: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء" والحكمة في ذلك هي تأديب الزوجين على الأخطاء التي ارتكباها خلال المراحل السابقة.

د- الجمع بين محرمين:

يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته بين محرمين في وقت واحد،بان يتزوج الثانية والأولى ما تزال في عصمته؛ فلا يصح الجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها؛ سواء أكانت المحرم شقيقة أم لأب أو أم لام، ولا فرق أن يكون محرمين بسبب النسب أو الرضاع.

وهذا ما جاء في المادة 30 من ق.أ.ج والتي تنص على "يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع".

هـ- زواج المسلمة بغير المسلم:

أجمع الفقه على عدم جواز تزويج المسلمة بغير المسلم سواء كان مشركا أو كتابيا لقوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"[2].

[1] سورة البقرة، الآية 230.

[2] سورة البقرة، الآية 221.

والحكمة في ذلك أن زواج المسلمة بغير المسلم يجعلها بمرتبة أدنى من الزوج الكافر باعتباره رجل له السلطان النافذ (القوامة) ويؤثر على المرأة والأبناء فتغير عقيدتها إما حبا له أو خوفا منه.

وقد نص المشرع على هذا المانع المتعلق بتحريم زواج المسلمة بغير المسلم في الفقرة الخامسة من نص المادة 30 من ق.أ.ج، إلا إن المشرع في هذه المادة اقتصر بالنص على منع زواج المسلمة بغير المسلم في حين أنها أغفلت النص على مسالة تحريم زواج المسلم بغير ذات الدين.

الفرع الثاني: أثر الزواج بإحدى الحرمات

لقد نص المشرع الجزائري على حكم الزواج بإحدى المحرمات في نص المادة 34 من ق.أ.ج كما يلي: "كل زواج بإحدى الحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب فكل عقد أبرم مع إحدى الحرمات وتم فسخه يترتب عليه إثبات نسب الحمل أو الولد إلى الزوج، وتسجيله في سجل الحالة المدنية على لقب واسم هذا الزوج باعتباره والده الشرعي، إذا كان قد ولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، وخلال فترة ما بعد العقد، ووجوب الإستجراء.

أولا: فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده

إذا لم يدخل الزوج بزوجته اتفق الفقهاء أنه يجب عليهما الاقتران من تلقاء أنفسهما، وإلا فرق بينهما القاضي لفساد العقد.[1] أما إذا تم الدخول فيفسخ العقد دون طلاق، وتحكم

[1] حسن حسن المنصور، المرجع السابق، ص. 203.

المحكمة ببطلان الزواج تلقائيا أو بطلب من ذي مصلحة[1]، مما يعني أنه متى تبين وجود المانع بسبب الحرمة وجبت الفرقة سواء قبل الدخول أو بعده.

ثانيا: ثبوت النسب

كل عقد ابرم مع إحدى المحرمات وتم فسخه ، يترتب عليه إثبات نسب الحمل أو الولد إلى الزوج، وتسجيله في سجل الحالة المدنية على لقب واسم هذا الزوج باعتباره والده الشرعي إذا كان قد ولد بين أدنى و أقصى مدة الحمل وخلال فترة ما بعد العقد.[2]

ثالثا: وجوب الإستبراء

إذا دخل الرجل بالمرأة وتم فسخ العقد بينهما لثبوت المانع، وجبت عليها عدة من وقت الفرقة للتأكد من براءة رحمها. كما أن نص المادة 32 من ق.أ.ج المعدلة فيها إشارة لأسباب البطلان حيث جاء فيها أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

فإذا اشتمل الزوج على مانع سواء كان مؤقتا أو مؤبدا فسخ العقد إذا تبين أمره قبل الدخول ولا تستحق المرأة شيئا من الصداق وفقا للقاعدة القائلة " كل فسخ قبل الدخول لا مهر فيه"[3].

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 260.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1996، ص. 113.

[3] يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص.ص 71-72.

المبحث الثاني: اختصاص القانون الوطني للزوجين كأصل عام

لقد عرفت الأنظمة القانونية المقارنة اتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، أبرزها إخضاع هذه الشروط لقانون جنسية كل من الزوجين. وهذا ما سنتطرق إليه في كيفية تطبيق القانون الوطني للزوجين (المطلب الأول) والصعوبات التي يثيرها تطبيق القانون الوطني للزوجين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كيفية تطبيق القانون الوطني للزوجين

لقد نصت المادة 11 من ق.أ.ج على أن الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين، فقانون كل من الزوجين هو الذي يسري على زواجهما ويعتد بذلك القانون وقت إبرام الزواج فقط. فإذا تغيرت جنسية احدهما بعد ذلك فلا يؤثر ذلك على القانون الواجب التطبيق، وليس في إخضاع شروط الزواج الموضوعية لقانون الجنسية أية صعوبة إذا كان للزوجين الجنسية نفسها، ولكن تظهر الصعوبة في حالة الاختلاف في الجنسية. فهل يتم تطبيق الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون كل من الزوجين وهذا ما يسمى بالتطبيق الجامع (الفرع الأول) أم انه يكفي أن تتوافر في كل منهما الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط وهذا ما يسمى بالتطبيق الموزع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطبيق الجامع لقانون جنسية كل من الزوجين

المقصود بالتطبيق الجامع لقانون جنسية الزوجين هو أن تتوافر الشروط الموضوعية لصحة الزواج في كل زوج وفقا للقانونين معا ومعنى ذلك أن الزواج لا يكون صحيحا من

الناحية الموضوعية إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر[1].

فالتطبيق الجامع للقانونين مفاده أن يتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وكذلك كل الشروط يشترطها قانون جنسية زوجته، وكذلك بالنسبة للزوجة يجب أن تتوفر فيها الشروط التي تضمنها قانونها وقانون جنسية زوجها، أي يكفي أن تتوافر في كل طرف الشروط الموضوعية التي يشترطها قانونه الوطني وقانون الطرف الثاني معا وذلك بهدف حماية الرابطة الزوجية لا شخص الزوج أو الزوجة، بأن تكون صحيحة في دولة كل طرف لتفادي اختلاف المراكز القانونية المترتبة عنهم[2]. ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى مجموعة حجج :

– أنّ القانون الوطني لكل طرف هدفه حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس الطرف الآخر.

– يعتبر التطبيق الجامع الحد الذي يمنع امتياز قانون على الأخر أو الحد الذي يحفظ لكل دولة سيادتها.

وما يعيب التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين انه يؤدي في الحقيقة إلى تطبيق القانون الأكثر تشددا منهما، وذلك يتعارض مع مبدأ حياد قاعدة الإسناد ويتنافى مع غاية احترام قانون كل من الزوج والزوجة معا، إضافة إلى ذلك فإن هذا الحل سيؤدي في الواقع إلى الإكثار من الحالات التي لا ينعقد فيها الزواج لأنه لا يكفي لينعقد الزواج صحيحا أن يستجمع احد الزوجين في شخصه الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته وإنما ينبغي أن يستجمع أيضا الشروط التي يستلزمها قانون جنسية الطرف الآخر.

[1] محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج.1: قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1989، ص. 295.

[2] أمحمد بوزينة آمنة، محاضرات في قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2019–2020، ص. 152.

ونتيجة لهذه الانتقادات التي أثبتت صعوبة هذا الفرض، فقد هجر الفقه الغالب هذا الحل ورجح الأخذ بالتطبيق الموزع[1].

الفرع الثاني:التطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين

معنى التطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين أن تتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية الخاصة به في قانونه الوطني فقط ،أي تطبيق قانون كل من الزوجين موزعا وليس جمعا بحيث يكفي لانعقاد الزواج صحيحا أن تتوافر في كل واحد من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه الوطني فقط دون الأخذ بعين الاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر من شروط موضوعية. ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى مجموعة حجج:

– أن قانون كل دولة موضوع خصيصا لحماية مواطنيها وهو مقتصر في تطبيقه عليهم لا على غيرهم.

– لا مانع من وجود بعض الشروط الموضوعية التي تفرض تطبيق القانون الجامع وهي شروط لها صفة فردية وأخرى لها صفة مزدوجة، غير أن هذا التطبيق الموزع قد يعرف حدودا عندما يتعلق الآمر بموانع الزواج، وفي هذا الصدد يقول الفقه الألماني بالتمييز بين الشروط التي لها صفة فردية وتلك التي لها صفة مزدوجة، فبالنسبة للشروط التي لها صفة فردية فهي تتعلق بشخص احد الزوجين فلا يثير في شأنها التطبيق الموزع أية صعوبة، أما بالنسبة للشروط التي لها صفة مزدوجة فهي تنطبق على العلاقة المراد إنشاؤها لذلك فإن التطبيق الموزع يطرح بشأنها صعوبة كبيرة، ولا مفر بالتالي من التطبيق الجامع بشأنها.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج.1، ط.10، دار هومه الجزائر، 2008، ص. 232.

ونلاحظ انه يوجد طائفة من الشروط لها صفة فردية مثل شروط السن والرضا والأهلية، وطائفة أخرى لها صفة مزدوجة مثل القرابة وتعدد الزوجات، ومنها أيضا شرط عدم وجود مرض جسماني أو عقلي في احد الزوجين أو شرط عدم وجود زواج سابق غير منحل وتسعى بموانع الزواج بالنسبة للمانع الصحي فان غالبية الفقه قد اعتبره من الموانع ذات الصفة المزدوجة لان هذا المانع يتعلق بالطرفين ولو كان سببا قائما في احدهما، وقد نصت تشريعات بعض الدول بصفة صريحة على التطبيق الجامع مثل التشريع (اليوغوسلافي-البلغاري)[1].

وبالنسبة للمانع من الزواج في حالة وجود زواج سابق غير منحل والذي تنص عليه بصفة خاصة تشريعات الدول المعادلة لتعدد الزوجات، فقد اعتبره بعض الفقه من الموانع التي لها صفة مزدوجة واعتبره البعض الآخر من الموانع ذات الصفة الفردية.

ونشير إلى أن محكمة استئناف باريس قد اعتبرته من الموانع المزدوجة قد أبطلت على هذا الأساس زواج فرنسية مع كاميروني متزوج على الرغم من أن قانونه الشخصي يبيح له تعدد الزوجات فتكون بذلك قد طبقت القانون الوطني للزوجة تطبيقا جامعا[2].

وبخصوص موقف المشرع الجزائري فقد اخذ بالتطبيق الموزع، وهو ما نستنتجه من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة 11 المذكورة أعلاه فاستعمال المشرع لعبارة " لكل من الزوجين" دليل على انه قد تأثر بالاتجاه الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع، فلو أراد أن

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 234.

[2] المرجع نفسه، ص. 235.

يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمل عبارة " لكلا الزوجين"، كما يتأكد تبنّى المشرع الجزائري للتطبيق الموزع في قانون الحالة المدنية من خلال نص المادة 97 من الأمر رقم 70-20[1].

حيث أنّ إعمال فكرة النظام العام بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج شرط القانون لكل من الزوجين شروط تكون متعارضة مع النظام العام السائد في دولة القاضي الأمر الذي يجعل القانون الوطني لا يعتد بها مما يترتب عنه إما عدم إبرام الزواج الذي يجيزه القانون الأجنبي أو إبرام زواج لا يجيزه القانون الأجنبي.

وباعتبار قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية فان نطاق إعمال النظام العام في الجزائر بالنسبة للشروط الموضوعية الواردة في القوانين الأجنبية يكون أوسع من نطاقه في الدول الغربية التي ليس للزواج فيها صيغة دينية كفرنسا مثلا[2].

فإذا ثبت للقاضي وجود مانع للزواج طبقا للقانون الأجنبي علما انه يعتبر فعلا مباحا وجائزا طبقا للقانون الجزائري فما عليه إلا استبعاد ذلك القانون الأجنبي بسبب مخالفته لفكرة النظام العام الجزائري وتطبيق القانون[3].

المطلب الثاني: الصعوبات التي يثيرها القانون الوطني للزوجين

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

[1] أمر رقم 70- 20، مؤرخ في 19 فيفري 1970، يتضمن قانون الحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21، صادر في 27 فيفري 1970 (معدل ومتمم)

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 235.

[3] بومراو سفيان، المرجع السابق، ص. 100.

هذه القاعدة [1] وذلك في حالة تعدد أو انعدام الجنسية بالإضافة إلى تغيير الجنسية أو ما يطلق عليه التنازع المتحرك أو المتغير.

بناء على هذا سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة تعدد وانعدام الجنسية (الفرع الأول) والتنازع المتحرك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعدد وانعدام الجنسية

سندرس على التوالي تعدد الجنسية وانعدام الجنسية.

أولا: تعدد الجنسيات

يقصد بتعدد الجنسيات أن يحمل الشخص جنسية أكثر من دولة في نفس الوقت.

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

تبعا لذلك إذا وجد القاضي أن احد الزوجين متعدد الجنسيات، ومن بينها جنسية دولة القاضي، فانه يطبق قانون دولة القاضي. ففي هذا الفرض ليس هناك من تنازع بين الجنسيات، فجنسية دولة القاضي تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورا هادفا فتحذف مسبقا إمكانية المفاضلة أو الاختيار، فهي تطبق دون سواها، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري وجسدته المادة 22 الفقرة 2 من القانون المدني[2].

[1] رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص. 19.

[2] غوالة أحلام، لعرابة حنان، تنازع القوانين حول موضوع الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيجل، 2016-2017، ص. 22.

2- 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 دولة القاضي، أو ترك التحديد لصاحب العلاقة، أو تفضيل الجنسية الأقدم والجنسية الأحدث، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 22 الفقرة 3 من القانون المدني بقوله " في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي الوطني أو محل الإقامة".

ثانيا: انعدام الجنسية

يقصد بانعدام الجنسية عدم تمتع الفرد بايه جنسية ، حيث يكون هذا الشخص في جميع قوانين الجنسية في الدول أجنبيا ، وقد يكون هذا الانعدام في الجنسية منذ الميلاد كما يمكن أن يكون لاحقا. وقد تعددت المعايير المقترحة لحل هذه الإشكاليات ومن بينها إعمال قانون آخر جنسية كان يحملها الشخص قبل انعدام الجنسية.

ويطلق على هذه الحالة بحالة التنازع السلمي، ويذهب الرأي الراجح فيها إلى إسناد الأحوال الشخصية لمنعدم الجنسية لقانون الموطن. وقد تبناه المشرع الجزائري بموجب تتميمه للمادة 22 من ق.م.ج في فقرتها التالية "في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة"[1].

الفرع الثاني: التنازع المتحرك

يتحقق التنازع المتحرك أو المتغير عندما يحدث تغير واقعي في ظرف الإسناد يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء معين من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر

[1] غوالة أحلام، لعرابة حنان، المرجع السابق، ص. 23.

بمعنى نفس قاعدة الإسناد[1]، 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[2].

وقد تبنى المشرع الجزائري التنازع الثابت حين وضع 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 احد الزوجين جزائريا.[3]

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أورد استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادتين 11 و12 من قانون الأسرة، نصت عليه المادة 13 بقولها "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط.1، د. د. ن، القاهرة، مصر 1991، ص.56.

[2] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص. 22.

[3] غوالة أحلام، لعرابة حنان، المرجع السابق، ص. 25.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج

تعبر الشكلية عن الصيغة اللفظية التي يفرغ فيها عقد الزواج وهذه الصيغة تأخذ مظاهر متنوعة، والشرط الشكلي هو ما يتحقق وجود الشيء بوجوده أو عدمه، لكن أثاره القانونية لا تترتب إلا بعد تحققه[1].

وتتمثل الشروط الشكلية في عقد الزواج في كل ما يتعلق بالإجراءات، وإشهار الزواج وشهود وتحرير عقد، وثباته بمعنى أن الشروط الشكلية هي المظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج.

والشروط الشكلية ليست نفسها في كل الدول، حيث تشترط بعضها الشكل الديني لانعقاد الزواج، في حين تشرط دول أخرى الشكل المدني وتجيز بعض الدول انعقاد الزواج بكلا الشكلين. بينما تكتفي أخرى برضا الطرفين فقط دون ربطه بأي شكلية[2].

ويخضع الزواج باعتباره من التصرفات القانونية من الناحية الشكلية لقانون محل الإبرام (قاعدة لوكيس) المبحث الأول من جانب آخر تسمح اغلب الدول لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها (المبحث الثاني).

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 237.

[2] المرجع نفسه، ص. 238.

المبحث الأول: خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام

لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة تحكم الشروط الشكلية المتطلبة لإبرام عقد الزواج خلافا للشروط الموضوعية، وباعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية فهو يخضع من حيث شكله لقانون محل إبرامه (قاعدة لوكيس).

وخضوع الزواج في شكله لقانون محل الإبرام هو الحل الذي أخذت به بصفة صريحة تشريعات الكثير من الدول لما فيه من التيسير على الزوجين، وذلك لو انه ألزمنا الزوجين بعقد زواجهما في الشكل الذي قرره قانونهما لكان ذلك متعذرا عليهما في الكثير من الأحيان[1].

وفي هذا المبحث نتطرق إلى مضمون قاعدة لوكيس (المطلب الأول) وموانع تطبيق هذه القاعدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون قاعدة لوكيس

قبل التطرق إلى طبيعة القاعدة التي نص عليها المشرع الجزائري نقوم بشرح تاريخها (الفرع الأول) وطبيعتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تاريخ قاعدة لوكيس

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 احتقار. ولم يتوسع إطار العلاقات الفردية إلا بعد احتكاك الشعوب ببعضها

[1] أعراب بلقاسم ، المرجع سابق، ص– ص 240، 241.

البعض بسبب الحروب والغزوات، وقد كان لأداء الطقوس والقرابين عند ممارسة العقائد الدينية الأثر الكبير في ظهور الشكلية البدائية.

وقد نظم القانون الروماني حياة الأسرة ثم حياة المدينة، وانتقل المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري واتسع نطاق القانون الروماني ليشمل تنظيم علاقات الأفراد والشعوب والأجناس التي خضعت لحكم الإمبراطورية الرومانية.

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 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 اتسامه بصفة الشكلية فإن نصوصه لم تتضمن ما يثبت ظهور هذه القاعدة في العهد الروماني ثم جاء الفقيه كورتيس 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 الذي يرجع له الفضل في قصر هذه القاعدة على شكل التصرف وإبعاد موضوع النظام المالي للزوجين، حيث توصل إلى نتيجة مفادها أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وليس القانون[1].

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 91.

الفرع الثاني: طبيعة قاعدة لوكيس

قاعدة لوكيس قاعدة معروفة من القديم اعتنقتها أغلب التشريعات إلا أنه يوجد اتجاهان، اتجاه ينادي بالطابع الآمر للقاعدة وبذلك يجب على الأفراد الخضوع لها وعدم مخالفتها، واتجاه ينادي بالطابع المكمل لها ويجوز للأفراد مخالفتها والخروج عن أحكامها.

أولا: قاعدة لوكيس قاعدة آمرة (ملزمة)

ذهبت بعض الدول في تشريعاتها إلى جعل القواعد التي تخضع شكل التصرف إلى قانون المحل قواعد إلزامية لا يجوز مخالفتها على الإطلاق ومن هذه التشريعات قانون الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الانجليزي والقانون الياباني[1].

ومن بين الفقهاء الذين نادوا بالطابع الآمر لقاعدة لوكيس الفقيه بوزاتي الذي يرى أن قوانين الشكل تتعلق بالنظام العام لأنها تتصل باعتبارات دينية ومعنوية ومصالح سياسية واقتصادية في البلد التي تتم فيه[2]. وفي هذا المعنى أيضا يقول الفقيه ارمنجون أن وجوب احترام تطبيق قاعدة لوكيس راجع إلى أسباب فرضتها الملائمة والضرورة العملية، وهذا لأن القوانين المحلية تراعي العادات والأفكار السائدة في محل الإبرام.

وفي الواقع، أن سبب تمسك أنصار هذا الاتجاه بالطابع الآمر هو تأثرهم بالأحكام القضائية التي تعرضت للطابع الآمر لقاعدة لوكيس، ويضاف إلى ذلك تلاءم هذه القاعدة مع مبدأ إقليمية القوانين الذي يقتضي من كل دولة التمسك بتطبيق قوانينها الإقليمية[3].

---

[1] عمارة عمارة، محاضرات في مقياس تنازع القوانين في مسائل الأسرة للسنة أولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020-2021، ص. 42.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.93.

[3] فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، 2006، ص. 93.

ويرى جانب من الفقه أن قاعدة لوكيس تتمتع بالطابع الإلزامي في مجال الزواج وبالتالي يجبر الزوجين على إخضاع شكل زواجهم إلى قانون المحل والسبب في ذلك يرجع إلى أن الأحكام المنظمة للزواج تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام.

وفي هذا السياق طرحت قضية أمام القضاء الفرنسي تتلخص وقائعها في أن مواطنا مغربيا تزوج بمواطنة فرنسية في فرنسا وفقا للشكل المدني الذي يتطلبه القانون الفرنسي دون مراعاة الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون المغربي. وعندما طالبت الزوجة الفرنسية من القضاء الفرنسي وضع الصيغة التنفيذية للحكم بالإبطال، تم رفض طلبها على أساس أن هذا الزواج يعتبر صحيحا في نظر القانون الفرنسي، لأنه تم وفقا لإجراءات الشهر المعمول بها في فرنسا. في حين أن هذا الزواج يعد باطلا في نظر القانون المغربي لعدم حصول الزوج على الإذن بالزواج المختلط[1].

ثانيا: قاعدة لوكيس 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.

ومن بين مؤيدي الطابع المفسر لقاعدة لوكيس نجد أيضا الفقيه بييه الذي يرى بأن التصرف القانوني الواحد يمكن أن تتنازع قوانين عدة دول لحكمه[2].

[1] فضيل نادية، المرجع السابق، ص. 93.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 94.

وبما أنه لا يمكن أن نطبق كل هذه القوانين على تصرف واحد، فإنه يجب أن نختار من بين هذه القوانين القانون الأنسب والملائم، وهذا القانون هو قانون القاضي، وعند استحالة تطبيق قانون القاضي على شكل التصرف القانوني، فيطبق القانون الوطني للأطراف[1].

ويستند أنصار الطابع الاختياري لقاعدة لوكيس إلى الحجج التالية:

أ-**التيسير على المتعاملين:** قد يتعذر على طالبي الزواج معرفة الشروط الشكلية الواردة في قانون آخر غير قانون دولة محل الإبرام، وبالمقابل قد يصعب على راغبي الزواج إتباع الشكل المحلي كما لو كان يوجب إتباع الشكل الديني، ومن ثم يترك لهم الخيار في إتباع الشكل المحدد في قانونهم الوطني.

ب-**التوسع في الحد من بطلان التصرفات:** يعتبر العقد صحيحا إذا تم وفقا للشكل المطلوب في القانون الشخصي ولو كان هذا الشكل المقرر في قانون محل الإبرام ما لم يثبت وجود غش نحو القانون.

ت-**تحقيق الانسجام والتعايش بين النظم القانونية المختلفة:** ويتجلى ذلك من خلال السماح للأجانب المقيمين بإبرام زواجهم وفقا للأشكال المقررة في قوانينهم الشخصية متى رغبوا في ذلك[2].

من أنصار الطابع الاستثنائي الفقيه نوابيه الذي يرى أن قاعدة لوكيس هي مجرد قاعدة استثنائية واحتياطية وذلك حين لا يعود الاختصاص إلى قانون التصرف فشكل التصرف في نظره يخضع لقانون المحل، وما الشكل الخارجي إلا وسيلة لتحقيق التصرف

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.95.

[2] المرجع نفسه، ص. 95.

القانوني فهو موجود لإبراز الموضوع، كما يمكن فصلهما وهذا سواء كنا بصدد التصرفات الرسمية أو التصرفات العرفية.

وأخيرا رأى هذا الفقيه أن طابع القاعدة اختياري وفي نفس الوقت هي قاعدة احتياطية تأتي من الدرجة الثانية بعد القانون الشخصي لمحرر التصرف، واستند في ذلك إلى حجتين الأولى حجة تاريخية تتمثل في أصل هذه القاعدة اختياري وليس إلزاميا وإنما حولها بعض الفقهاء إلى طابع إلزامي وهذا يعتبر خطأ، أما الحجة الثانية فقد استند فيها إلى الهدف الاجتماعي الذي يرمي إليه القانون، ورأى أن الدولة حتى تقوم بتشريع لقوانين المحل الذي تم فيه أي لقاعدة لوكيس وهذا يعني الأمر إلزامي للمتعاقدين الذين تختلف جنسيتهم[1].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من إلزامية قاعدة لوكيس

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".

ويتأكد الطابع المفسر لقاعدة لوكيس بالنسبة لشكل الزواج من خلال المادتين 95 و96 من قانون الحالة المدنية الجزائري، وقد استلهم المشرع أحكامهما من نص المادتين 47 و48 من التقنين المدني الفرنسي. وقد نصت المادة 95 على ما يلي: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد"[2].

[1] فضيل نادية، المرجع السابق، ص. 108.

[2] المرجع نفسه، ص. 158.

أما المادة 96 فقد نصت على ما يلي: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

كما تعرض المشرع إلى الطابع المفسر لقاعدة لوكيس في مجال الزواج بنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، والتي تنص على: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

لقد منح المشرع سلطة إبرام عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية ولم يخول هذه السلطة إلى رجل الدين، لأن الزواج في التشريع الجزائري يعد مدنيا وليس دينيا وهذا استنادا إلى نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية التي تنص على: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

وحسب الفقرة الأخيرة من المادة 71 السابقة فإن المشرع يشترط لتطبيق قاعدة لوكيس على الأجانب إقامة أحد الزوجين في الجزائر لمدة شهر واحد على الأقل حتى لا تكون الإقامة مجرد عبور بالإقليم الجزائري[1].

ففي حالة اختلاف جنسيتهما يجب إخضاع التصرف للشكل الذي يقضي به قانون المحل الذي تم فيه أي لقاعدة لوكيس، وهذا يعني أن الأمر إلزامي للمتعاقدين الذين تختلف

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 100.

جنسيتهما، كما تبنى المشرع الجزائري 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 إلى الوجود[1].

المطلب الثاني: موانع تطبيق قاعدة لوكيس

يتقلص مجال تطبيق قاعدة لوكيس بمجرد ظهور بعض الموانع التي تحول دون تطبيقها، وتعد بمثابة استثناءات ترد على هذه القاعدة، فيتوقف تطبيق القاعدة إذا اثبت وجود غش نحو القانون (الفرع الأول)، وإذا تعارضت مع النظام العام (الفرع الثاني)، وأخيرا إذا تعلق الأمر بالإحالة[2] (الفرع الثالث). حيث تعتبر هذه الحالات خاصة وقد نصت عليها المادة 10 الفقرة 2 والمادة 23 مكرر 1 من ق.أ.ج.

الفرع الأول: الغش نحو القانون

إذا كانت قاعدة لوكيس في مجال الزواج قاعدة اختيارية، بحيث تسمح للأفراد بإبرام عقود زواجهم إما وفقا للشكل المحلي طبقا لقانون بلد الإبرام، وإما وفقا لأحكام القانون الشخصي، فهل يعتبر الزواج الذي خضع شكله لقانون المحل صحيحا حتى ولو قصد الزوجان من وراء ذلك التهرب من أحكام القانون الوطني.

[1] غوالة أحلام، لعرابة حنان، المرجع السابق، ص. 55.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 101.

لاشك أن وصف قاعدة لوكيس بأنها قاعدة اختيارية لا يعني إعطاء الزوجين مطلق الحرية في تطبيق القاعدة التقليدية بل تتقلص هذه الحرية وتلغى حين تمارس بقصد استبعاد القانون المختص أصلا بحكم التصرف[1].

ولقد كان الفقه التقليدي في هذه الحالة يقضي بتطبيق قاعدة "الغش يفسد كل شيء" وفي هذا الصدد يرى الفقيه جان فويت بأن تطبيق قاعدة لوكيس في حالة الغش يجب أن يتوقف ولا يستفيد صاحب هذا التصرف من أي امتياز عقابا له على سوء نيته، أما في الفقه المعاصر وطبقا لرأي الفقه الغالب فإن التصرفات التي نشأت في الخارج وكانت متوجة بنية الغش لا يمكن أن تنتج أي أثر ويحق للقاضي عندئذ أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل عقد الزواج.

غير أن مهمة القاضي في البحث عن نية الغش ليست بالأمر الهين خصوصا وإن تشريعات الدول تختلف في تنظيم مسالة شكل الزواج تبعا لاختلاف مضمون فكرة الزواج من مجتمع لآخر، فلو فرضنا أن زوجين فرنسيين تزوجا في انجلترا دون إتباع إجراءات الشهر فإن هذا الزواج يعتبر صحيحا طبقا لقاعدة لوكيس، ولكي يعتبر صحيحا في نظر القانون الشخصي للزوجين فإن القانون الفرنسي يشترط أن يتم إعلان هذا الزواج في فرنسا وإلا اعتبر باطلا[2].

الفرع الثاني: النظام العام

تعد فكرة النظام العام مرنة ومتطورة وعامة، وهذا ما يميزها بحيث انه يعتبر من النظام العام في الدولة ليس كذلك في دولة أخرى، وما يكون من النظام اليوم، قد لا يكون

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 102.

[2] المرجع نفسه، ص. 102.

كذلك غدا، ففكرة النظام العام تتطور باستمرار في الزمان والمكان، لذا فان تقدير مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام يكون وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء المراكز القانونية[1]، ولقد صاحبت فكرة النظام العام مشكل تنازع القوانين منذ ظهوره وتخضع قاعدة لوكيس لحكم النظام العام مثلها مثل بقية قواعد تنازع القوانين الأخرى ولهذا وجب تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الشخص الأجنبي.

وتطبيقا لذلك اعتبر القضاء الفرنسي في حكم صادر من محكمة استئناف نانسي بتاريخ 17 جوان 1922 أن زواج الأجانب وطلاقهم يخضع في الأصل للقانون الشخصي ويخضع بصفة استثنائية للقانون الفرنسي، ووقوفا عند فكرة النظام العام في فرنسا يلاحظ بأنه يمكن أن يعترف في فرنسا بزواج ديني محض، ولكن من غير المتصور أن يتم الاعتراف بطلاق ديني في فرنسا[2].

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في القانون المدني من خلال نص المادة 24 منه التي تقضي "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

والمُشرع الجزائري أعطى الحل لهذه المسألة وذلك في حالة رفض القانون الأجنبي المخالف للنظام العام يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي.

[1] بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2016-2017، ص. 86.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 104.

وتتأثر قاعدة لوكيس برأي القاضي في مسألة النظام العام، وتبعا لذلك فقد اضطر القضاء الفرنسي في حالات كبيرة إلى الحكم بإبطال زواج الأجانب الذي تم في فرنسا طبقا لأشكال نص عليها قانونهم الوطني بدعوى وجود خطر عام يهدد النظام العام للدولة، وقد انتقد البعض هذا التوجه من زاوية أنه ينبغي تحديد مرتكزات استبعاد النظام العام في النصوص والأشكال وليس في الأفكار التي تنفر من كل ما هو أجنبي.

وعلى هذا الأساس إذا احتار الأجانب تطبيق أشكال قوانينهم الشخصية واعتبرت هذه الأخيرة منافية لا لشيء سوى لأنها أنظمة أجنبية لكان هذا مفهوما خاطئا للنظام العام ولكن إذا كان النظام العام للدولة يفرض على المواطنين والأجانب احترام الشكل المدني للزواج، ويحظر الشكل الديني لاعتبر ذلك مفهوما صحيحا للنظام العام[1].

وإن كان الأستاذ أوديني يرى أن قوانين الشكل لا تعتبر من النظام العام الدولي ومن ثم لا تطبق على الأجانب، بل تعتبر من النظام العام الداخلي وهذا يعني أنها تطبق على الفرنسيين فقط، ومن هذا المنطلق فإن الزواج الذي يعقده الأجانب في فرنسا يعتبر صحيحا حتى ولو تم على يد رجل دين.

وترى الدكتورة نادية فضيل "أن الزواج الذي تم في الخارج طبقا لقاعدة لوكيس يعتبر صحيحا ولا يجوز للقضاء الفرنسي الحكم بإبطاله تطبيقا لنظرية الحقوق المكتسبة وذلك رغم تعارضه مع النظام العام الفرنسي"[2].

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 105.

[2] المرجع نفسه، ص. 105.

والحقيقة أنه، لتطبيق نظرية نفاد الحقوق المكتسبة لابد من توافر جملة من الشروط ومن بين هذه الشروط أنه يجب أن يكون الحق قد تكوّن وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي تم فيه وفي البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاده.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن قاعدة لوكيس يتم استبعادها عندما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص التشريعي ويحيله إلى قانون آخر.

الفرع الثالث: الإحالة

تنص المادة 23 مكرر1 من القانون المدني على ما يلي: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير انه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عله قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص".

المشرع يرفض الإحالة كمبدأ عام، حيث يفرض على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد التنازع فيه، إلا إذا أحالت هذه الأخيرة إلى القانون الجزائري[1]، ففي هذه الحالة يتم قبول الإحالة، أي أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى استثناء ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية، أي عندما يحيل القانون الأجنبي إلى قانون أجنبي آخر، وفي هذه الحالة يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الجزائرية وعلى الرغم من أن قواعده الإسنادية رفضت الاختصاص وأحالته إلى قانون آخر.

وهذا بالرغم من معارضة العديد من الفقهاء تطبيق نظرية الإحالة حفاظا على الطابع الاختياري.

[1] بشور فتيحة، المرجع السابق، ص.25.

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

الأصل أن شكل 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 الوطن فيجب الاعتداد بذلك، ويرى الأستاذ باتيفول أن الأخذ بالإحالة في مجال شكل التصرفات يترتب عليه هدم الطابع الاختياري الذي تتميز به قاعدة لوكيس، وترفض الأستاذة جينين ميريك الأخذ بنظرية الإحالة في مجال الشكل، لأنها تؤدي إلى خلق صعوبات في تكييف الشكل[1].

ويتضح مما سبق، أن قاعدة لوكيس تستبعد عندما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص التشريعي ويحيله إلى قانون آخر، وهذا بالرغم من معارضة العديد من الفقهاء تطبيق نظرية الإحالة حفاظا على الطابع الاختياري للقاعدة.

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص- ص 107، 108.

المبحث الثاني: اختصاص السلك الدبلوماسي بإبرام عقد الزواج

يحق للجزائريين المقيمين بالخارج الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلدهم، 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. من خلال هذا سنتاول زواج الجزائريين في الخارج (المطلب الأول) وزواج الأجانب في الجزائر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: زواج الجزائريين في الخارج

إن أغلب الدول بما فيها التي اعتمدت قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي بصفة إلزامية تسمح لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها، وعليه يحق للجزائريين المقيمين في البلاد الأجنبية الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي لبلد الإبرام وذلك بالتوجه إلى الهيئات المحلية المختصة أو إبرام عقد زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلدهم بالتوجه إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة.

الفرع الأول: صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في إبرام زواج رعاياهم بالخارج

يحق للجزائريين المقيمين في البلاد الأجنبية الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقا للإجراءات والإشكال 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[1].

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 116.

لقد أقرت المعاهدات الدولية والتشريعات باختصاص السلك الدبلوماسي لإبرام عقود الزواج في الخارج ومن ذلك ما تقضي اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالزواج واتفاقية فيينا المبرمة في 24 أفريل 1963[1]. وكذلك معاهدة لاهاي لسنة 1978 الخاصة بإبرام الزواج والاعتراف به وما نصت عله الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974.[2]

ولقد اعترف المشرع الجزائري بصحة عقود الزواج التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل طبقا للقانون الجزائري حيث نص في المادة 96 من قانون الحالة المدنية "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر من بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية"[3].

استنادا إلى هذه المادة يعتبر صحيحا زواج الجزائريين المبرم طبقا للقانون الجزائري أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل في الدول المعتمدين فيها.

من استقراء أحكام النصوص السابقة يتبين لنا أنّ زواج الجزائريين المبرم أمام الهيئات الدبلوماسية والقنصلية يبقى خاضعا دائما للقانون الجزائري وهذا بالنسبة للشروط الشكلية والشروط الموضوعية على حد سواء ولا يشترط لصحة عقد الزواج الذي يقوم بتحريره أعوان السلك الدبلوماسي والقنصلي طبقا للقانون الجزائري أن تعترف لهم ب هذه الصلاحية الدول

[1] مرسوم رقم 64-85، مؤرخ في 02 مارس 1964، يتضمن المصادقة على اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية الموقعة في أفريل 1963، جريدة رسمية عدد 34، لسنة 1964، ص. 485.

[2] أمر رقم 74-75، مؤرخ في 12 يوليو 1974، يتضمن المصادقة على الإتفاقية القنصلية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية الموقعة في باريس في 24 ماي 1974، جريدة رسمية عدد 62 لسنة 1974.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 117.

المعتمدين فيها، ومع ذلك تبقى دائما سلطات الممثل الدبلوماسي أو القنصلي في إبرام عقد الزواج تمارس في حدود الاتفاقات والأعراف الدولية.

إذن يحق للجزائريين إبرام زواجهم في الخارج وفقا للشكل القنصلي الجزائري أي لدى القنصلية الجزائرية في الدولة التي يقيم فيها الجزائري طالب الزواج وقد جرى العرف الدولي على إسناد هذا الاختصاص إلى القناصل فقط بالنسبة لرعايا دولة القنصل فيما بينهم[1].

الفرع الثاني: إبرام عقد زواج الجزائريين وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي

يجوز للجزائريين المتوطنين في الخارج إبرام عقود زواجهم وفقا لقانون الدولة التي يتوطنون فيها وذلك حسب نص المادة 19 من ق. م.

في ذلك أن يتم إبرام العقد في دولة أخرى أو في دولة موطنها المشترك وفي هذا الفرض تكون دولة الإبرام هي ذاتها دولة الموطن.

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.[2]

وعندما يلجأ الجزائريون إلى الهيئات المحلية المختصة في البلد الأجنبي لإبرام عقود زواجهم فان مثل هذا الزواج يعتبر صحيحا في نظر القانون الجزائري إذا تم وفقا للشروط الشكلية المقررة في ذلك البلد حسب نص المادة 97 ق.ح.م، التي اشترطت عدم مخالفة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري مثل الرضا وأهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية. كما أوضحت بأنّ الحكم السابق يسري على الجزائري المتزوج بأجنبية، أما

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 117.

[2] المرجع نفسه، ص. 118.

الجزائرية المتزوجة بأجنبي فهي مستثناة من هذا الحكم وذلك تطبيقا لنص المادة 31 من ق. أ.ج التي تشترط في هذه الحالة توافر إجراءات خاصة.

إن أهم ما يمكن ملاحظته 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 وبين الجزائريين والأجانب يعتبر صحيحا إذا روعيت فيه الشروط الشكلية وفقا لقانون بلد الإبرام والشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الجزائري[1].

أما زواج الجزائرية بأجنبي في الخارج لا يجوز عقده في الشكل المحلي ويرجع سبب ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع 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 دينيا[3].

المطلب الثاني: زواج الأجانب في الجزائر

لقد نتج على سياسة الانفتاح على العالم الخارجي وتزايد حجم أعمال الاستثمار الأجنبي في الجزائر والتبادلات الثقافية ظهور زيجات بين أجانب وأجنبيات، وعليه فإن زواج هؤلاء الأجانب مع الأجنبيات الذي يتم أمام الجهات الجزائرية المؤهلة يكون خاضعا من حيث الشكل إلى القانون الجزائري باعتباره محل الإبرام، يجوز إبرامه أمام الهيئات السياسية

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 119.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 243.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 119.

المعتدة إذا كانت جنسية الزوجين مشتركة، وسنتطرق في هذا المطلب إلى قانون محل الإبرام (الفرع الأول)، وتطبيق القانون الوطني للزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق قانون محل الإبرام

إذا انعقد زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي فعليهما احترام كل الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون الجزائري بحضور شاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي بالإضافة إلى الإقامة داخل الإقليم لمدة لا تقل عن شهر، وعليه فإن زواج هؤلاء الأجانب مع الأجنبيات الذي يتم أمام الجهات الجزائرية المؤهلة يكون خاضعا من حيث الشكل إلى القانون الجزائري باعتباره محل الإبرام[1].

كما قد تلجأ الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية تخول بموجبها الأعوان الدبلوماسيين إبرام الزواج كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية القنصلية المبرمة بين المغرب وليبيا، حيث جاء في المادة 31 منها ما يلي "يحق للموظفين في حدود دائرتهم ما يلي:

– تحرير ونسخ وإرسال عقود الزواج والازدياد والجنسية والوفاة لرعايا الدولة الموفدة وذلك طبقا لتشريعات هذه الدولة، وكذلك تسليم الشهادات المتعلقة بها.

– إبرام عقود الزواج عندما يكون الزوجان في رعايا الدولة الموفدة.

– حل نسخ أو تسجيل بناء على مقرر قضائي له قوة تنفيذية حسب تشريع الدولة، كل العقود المتعلقة بحل ميثاق الزواج المبرم بحضورهم[2].

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.244.

[2] أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص166.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للزوجين

يجوز إبرام عقد زواج الأجانب أمام الهيئة الدبلوماسية الأجنبية المعتمدة في الجزائر إذا كانت جنسية الزوجين مشتركة، وهذا لان اختصاص السلك القنصلي في إبرام عقد الزواج يقوم فقط في حالة اتحاد جنسية الزوجين مع جنسية القنصل. وفي حالة اختلاف جنسيتهما فهذا يصبح الشكل المحلي إلزاميا حيث نصت المادة 19 من القانون المدني إضافة إلى نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية يشترط ضرورة استمرار إقامة الأجنبيين أو احدهما لمدة شهر على الأقل قبل الزواج في إقليم اختصاص ضابط الحالة المدنية.[1]

وطبقا للمادتين 48 و171 من القانون المدني الفرنسي يمكن 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 الاختيار في إبرامه مرة ثانية على الشكل الديني أمام الكاهن متى رغب في ذلك.[2]

[1] أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص.166.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 120.

خاتمة

خاتمة

إن التعرف على مضمون قواعد تنازع القوانين في مسألة الزواج يكشف عن تقنية متميزة لحل النزاعات الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية وهذه القواعد لا تعطي حلا مباشرا للنزاع بل هي مجرد آلية تنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق كما لاحظنا من خلال بحثنا المتواضع هذا أن لقواعد التنازع أهمية كبرى في حل النزاعات الدولية الخاصة.

ويثير الزواج مشاكل عويصة داخل الأنظمة القانونية لذلك سعت الدول إلى تنظيمه بقواعد قانونية لتحكم هذه المنازعات التي يتخللها العنصر الأجنبي.

فبالنسبة لشروط انعقاد الزواج نجد المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاده وبين الشروط الشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين بينما اسند الشروط الشكلية لقانون محل الإبرام وبوجود صعوبة في تحديد هذه الشروط.

ولقد تناولنا في هذه الدراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للزواج وفقا لقواعد الإسناد في التشريع الجزائري ووقفنا عند المشكلات التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص من صعوبات تتعلق بالنظام العام و الغش نحو القانون.

كما انه في بعض الحالات يترك الأمر للقاضي المعروض أمامه النزاع السلطة التقديرية في تحديدها طبقا لقانونه الوطني، إعمالا لنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على أساس أن التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

ونجد مواقف مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية، زيادة على ذلك لابد من مراعاة أحكام المادة 13 من القانون المدني وهو سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج وذلك لتسهيل مهمة القاضي الجزائري في تطبيق القانون الوطني وبالأخص حماية المصالح الوطنية.

وفي حالة اصطدم القانون الأجنبي الواجب التطبيق بالمبادئ الأساسية للقانون الجزائري فللقاضي المعروض أمامه النزاع أن يستبعده من ميدان التطبيق ويعوض هذا الاستبعاد بالقانون الجزائري و ذلك ما قضت به المادة 24 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري المعدلة بحيث ساير في هذا الشأن اجتهادات القضاء الفرنسي، وإذا تبين للقاضي الجزائري بان هناك من غيروا من ضوابط الإسناد قصد التهرب من أحكام القانون المختص فيمكن أن يمنع في تطبيقه عن طريق الغش وإعادة العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا للقانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع.

ما نعيب على المشرع الجزائري عدم وضعه لقاعدة إسناد خاصة بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج، حيث يكون الرجوع للقاعدة العامة الخاصة بشكل التصرفات القانونية وتطبيق قانون محل الإبرام.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1 – القرآن الكريم برواية ورش

2 – المعاجم

الطاهر أحمد الزاوي، **مختار القاموس**، مرتب على طريقة مختار الصحاح والصباح المنير د.ط، مطبعة الدار العربية للكتاب، تونس، د.س.ن.

ثانيا: المراجع

1- أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين**، ج.1، ط.10، دار هومه، الجزائر، 2008.

2- حسن حسن منصور، **المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية**، المجلد الثاني: أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة سامي، مصر، د.س.ن.

3- رمضان أبو السعود، **النظرية العامة للحق**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005.

4- رمضان علي السيد الشنباصي، جابر عبد الهادي الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج** (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

5- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، **الوسيط في قانون المعاملات الدولة الخاصة**، ط.1 د. د. ن، القاهرة، مصر، 1991.

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **شرح القانون المدني الجديد:** نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.

7- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط.3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

8- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، **شرح كتاب النكاح**، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان 2005.

9- فضيل نادية، **تطبيق قانون المحل على شكل التصرف**، دار هومة، الجزائر، 2006.

10- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.

11- محمد رأفت عثمان، **عقد الزواج وأركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي، مصر، د.س.ن.

12- محمد سعيد جعفور، **مدخل للعلوم القانونية:** دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني دار هومه، الجزائر، 2011.

13- محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين**، ج.1: عقد الزواج، د.ط منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.

14- محمد محدة، **سلسلة الفقه الإسلامي:** الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط.2، مطبعة دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000.

15- محند إسعاد، **القانون الدولي الخاص**، ج.1: قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

16- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته:** الأحوال الشخصية، ج.1، ط.2، دار الفكر سوريا، 1989.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

1- مسعودي يوسف، **تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

ب- مذكرات الماجستير:

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

ج- مذكرات الماستر:

1- بوفنش خديجة، قبالة هاجر، **الأهلية في عقد الزواج**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2016-2017.

2- زوبير بلعواد، **أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة والقانون**، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية، 2001-2004.

3- سارة زرزي، **القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015-2016.

4- غوالة أحلام، لعرابة حنان، **تنازع القوانين حول موضوع الزواج**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيجل، 2016-2017.

5- يوسفي كهينة، ولامي ليلى، **عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري** مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص الشامل قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2012-2013.

ثالثا: المقالات

1- بومراو سفيان، **تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج** (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة)، في إطار الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23-24 افريل 2014.

رابعا: المحاضرات

1 - أمحمد بوزينة آمنة، **محاضرات في قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية** ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2019-2020.

2- بشور فتيحة، **محاضرات في القانون الدولي الخاص:** تنازع القوانين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2016-2017.

3- عمارة عمارة، **محاضرات في مقياس تنازع القوانين في مسائل الأسرة**، للسنة أولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2020-2021.

خامسا: النصوص القانونية:

1- مرسوم رقم 64-85، مؤرخ في 02 مارس 1964، **يتضمن المصادقة على اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية الموقعة في أفريل 1963**، جريدة رسمية عدد 34، لسنة 1964.

2- أمر رقم 74-75، مؤرخ في 12 يوليو 1974، **يتضمن المصادقة على الإتفاقية القنصلية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية الموقعة في باريس 24 ماي 1974**، جريدة رسمية عدد 62، لسنة 1974.

3- أمر رقم 70- 20، مؤرخ في 19 فيفري 1970، **يتضمن قانون الحالة المدنية**، جريدة رسمية عدد 21، صادر في 27 فيفري 1970 (معدل ومتمم)

4- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **يتضمن القانون المدني**، جريدة رسمية عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1978 (معدل ومتمم)

5- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 جوان 1984، **يتضمن قانون الأسرة**، جريدة رسمية عدد 24، صادر في 12 جوان 1984 (معدل ومتمم)

الفهرس

قائمة المحتويات

المحتويات	الصفحة
كلمة شكر وعرفان	
قائمة المختصرات	
مقدمة	1-4
الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج	
الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج	6
المبحث الأول: مضمون فكرة الشروط الموضوعية لعقد الزواج	7
المطلب الأول: الأهلية	7
الفرع الأول: أهلية الوجوب	8
أولا: أهلية الوجوب الناقصة	9
ثانيا: أهلية الوجوب الكاملة	9
الفرع الثاني: أهلية الأداء	9
أولا: أهلية الأداء الناقصة	10
ثانيا: أهلية الأداء الكاملة	11
المطلب الثاني: الرضا	11
الفرع الأول: تعريف الرضا	12
أولا: تعريف الرضا لغة	12
ثانيا: تعريف الرضا اصطلاحا	12
الفرع الثاني: صور الرضا	14
أولا: الصيغة اللفظية	14

ثانيا: الصيغة غير اللفظية	17
الفرع الثالث: اثر تخلف ركن الرضا	20
المطلب الثالث: الموانع الشرعية	21
الفرع الأول: أصناف المحرمات من النساء	21
أولا: موانع الزواج المؤبدة	24
ثانيا: المحرمات تحريما مؤقتا	24
الفرع الثاني: أثر الزواج بإحدى الحرمات	27
أولا: فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده	27
ثانيا: ثبوت النسب	28
ثالثا: وجوب الإستبراء	28
المبحث الثاني: اختصاص القانون الوطني للزوجين كأصل عام	29
المطلب الأول: كيفية تطبيق القانون الوطني للزوجين	29
الفرع الأول: التطبيق الجامع لقانون جنسية كل من الزوجين	29
الفرع الثاني:التطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين	31
المطلب الثاني: الصعوبات التي يثيرها القانون الوطني للزوجين	33
الفرع الأول: تعدد وانعدام الجنسية	34
أولا: تعدد الجنسيات	34
ثانيا: انعدام الجنسية	35
الفرع الثاني: التنازع المتحرك	35
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج	
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج	38
المبحث الأول: خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام	39
المطلب الأول: مضمون قاعدة لوكيس	39

الفرع الأول : تاريخ قاعدة لوكيس	39
الفرع الثاني: طبيعة قاعدة لوكيس	41
أولا: قاعدة لوكيس قاعدة آمرة (ملزمة)	41
ثانيا: قاعدة لوكيس قاعدة اختيارية	42
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من إلزامية قاعدة لوكيس	44
المطلب الثاني: موانع تطبيق قاعدة لوكيس	46
الفرع الأول: الغش نحو القانون	46
الفرع الثاني: النظام العام	47
الفرع الثالث: الإحالة	50
المبحث الثاني: اختصاص السلك الدبلوماسي بإبرام عقد الزواج	52
المطلب الأول: زواج الجزائريين في الخارج	52
الفرع الأول: صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في إبرام زواج رعاياهم بالخارج	52
الفرع الثاني: إبرام عقد زواج الجزائريين وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي	54
المطلب الثاني: زواج الأجانب في الجزائر	55
الفرع الأول: تطبيق قانون محل الإبرام	56
الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للزوجين	57
خاتمة	59
قائمة المراجع	62
الفهرس	
الملخص	

الملخص

الملخص:

يعد الزواج من أكثر مواضيع الأحوال الشخصية إثارةللنزاع والخلاف بين الدول نظرا لاختلاف فكرة الزواج من بلد لآخر واختلاف شروطه،ويثور النزاع أكثر عندما يتدخل العنصر الأجنبي فيهحيث يكون البحث عن القانون الواجب التطبيق.

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج الموضوعية منهافتوجد ثلاث اتجاهات: الاتجاه الأول أسندها إلى قانون محل إبرام عقد الزواج، والاتجاه الثاني أخضعها إلى قانون موطن الزوجين،أما الاتجاه الثالث وهو الغالب والذي أخد بهالمشرع الجزائري فهو يخضع الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية الزوجين.

أما بالنسبة للشروط الشكلية لعقد الزواج فإنها تخضع لقاعدة لوكيس على سبيل الإلزام وهذا ما أخد به القانون الجزائري إذ يعتبر هذه القاعدة إلزامية.

Summary:

Marriage is one of the most contentious issues of personal status between countries due to the difference in the idea of marriage from one country to another and the different conditions, and the conflict erupts more when the foreign element intervenes in it, where the search for the applicable law.

With regard to the law applicable to the objective conditions of the marriage contract, there are three directions: the first trend assigned it to the law of the place of conclusion of the marriage contract, and the second trend subjected it to the law of the couple’s domicile.

As for the formal conditions of the marriage contract, they are subject to the Lukes rule as a matter of obligation, and this is what Algerian law has adopted, as this rule is considered mandatory.