

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي نور البشير - البيض -
معهد الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي
التخصص : قانون أسرة

الموسومة بـ :

الزواج المختلط في التشريع
الجزائري و القانون
المقارن

تحت إشراف الأستاذة :

- نجاهوى عبد الحفيظ .

من إعداد الطالبين :

- تجنيب نصر الدين .
- فرقاش ممدى .

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا.

المركز الجامعي نور البشير

-

مشرفا مقروا.

المركز الجامعي نور البشير

-

ممتحنا.

المركز الجامعي نور البشير

-

السنة الجامعية

2022 / 2021

قائمة المختصرات

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق ح م: قانون الحالة المدنية

ق ج: قانون الجنسية .

ص: الصفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة .

ف: الفقرة .

ج ر: الجريدة الرسمية

ج ج د ش: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ط: الطبعة

سُرَّةُ الْكِرَامِ وَتَقَاتُ الْبَرِّ

أولا نشكر الله عز وجل على توفيقنا في إتمام هذا العمل المتواضع فله الحمد
حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ملئ السماوات و ملئ الأرض و ملئ ما شاء من

شيء بعد

ثانيا مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم " من لا يشكر الناس

لا يشكر الله " نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذتنا الذين رافقونا في

مشوارنا الدراسي بصفة عامة و إلى الأستاذ المشرف بصفة خاصة، كما لا

يفوتنا أن نشكر الطاقم الإداري من مدراء و موظفي معهد الحقوق بالمركز

الجامعي نور البشير، و الشكر أيضا لكل من رافقنا في مشوارنا الدراسي و

كان لنا عوناً من قريب أو بعيد و كل من كان له الفضل علينا

كما لا ننسى أن نتقدم بشكرنا وامتناننا إلى من لا يسعنا ذكرهم في هذا

المقام، إلى من قدّموا يد العون لنا بشكل ملموس بالتشجيع والدفع المعنوي.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى روح والدي المكافح، الزكي النقي

إلى روح أخي الشهم الكريم من تحمل مشاق الحياة و ضحى بالنفس و النفيس لإيصالنا

إلى ما نحن عليه

إلى أمي و قرة عيني و سندي، من تعبته ولا تزال تتعبه من أجلنا رغم كبرنا، من لها

من الفضل ما يبلغ عنان السماء

إلى كل إخواني و أخواتي و أولادهم

إلى زوجتي رفيقة الدرب و العون في الرخاء و الشدة، إلى أولادي عبد القادر و

محمد، قرة العين و روح الروح

إلى كل أسرة معهد الحقوق و إلى جميع الأساتذة و أخص بالذكر الأستاذ المشرف

نجاوي عبد الحفيظ و الأستاذ تبيني عبد القادر الأخ و الصديق و الرفيق

إلى كل من ساهم في نجاحي و كان عوناً لي بأي شكل كان.

تبيني نصر الدين

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى والدي الكريمين الذين لهما كل الفضل في حياتي بأكملها

إلى كل إخوتي و أولادهم

إلى زوجتي و أبنائي مصبة الروح و أمل الحياة

إلى كل أصدقائي

إلى كل أسرة معهد الحقوق و إلى جميع الأساتذة و أخص بالذكر الأستاذ المشرف

نجاوي عبد الحفيظ و الأستاذ تجيني عبد القادر

إلى كل من أعانني و ساندني

فرقاش مهدي

المقدمة

المقدمة:

مع تطور الإنسان في جميع مجالات حياته عبر العصور و مع الحاجة الملحة لعيش الإنسان في دول أجنبية عنه و في مجتمعات غير مجتمعه، وجد الإنسان نفسه ينصهر داخل هذه المجتمعات ليكون علاقات قانونية مع أفراد هذه المجتمعات، و بعد أن كانت الدول تأخذ بمبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق حيث تطبق قوانينها على كل العلاقات التي تتم فوق إقليمها سواء كانت هذه العلاقات بين مواطنيها فيما بينهم أو مواطنيها مع الأجانب، مراعاة لمبدأ الحفاظ على السيادة الوطنية، حصلت تطورات كبيرة في ثقافة المجتمعات و اقتصادها و حركة المواطنين اتجاه الدول الأجنبية الأمر الذي جعل الكثير من الدول تتخلى عن مبدأ إقليمية القوانين لتطبيق القوانين الخاصة بالدول الأجنبية على أراضيها إذا كان أحد أطراف النزاع أجنبياً.

و مع تطور و تشعب العلاقات القانونية و التي لا تخلو من النزاعات، ظهر تنازع القوانين في النزاعات المطروحة على القضاء و التي أحد أطرافها على الأقل أجنبي قصد تحديد القانون الواجب التطبيق.

و عليه فتنزع القوانين في ظل العلاقات الدولية الخاصة هو ذلك التعارض بين قوانين دولتين أو أكثر من أجل الفصل في علاقة قانونية أحد أطرافها على الأقل أجنبي.

و نتيجة لتخلي الدول على مبدأ إقليمية القوانين أصبح للفرد الأجنبي حقوق و واجبات على أرض الدولة المستضيفة و من بين هذه الحقوق الحق المدني في الزواج الذي نصت عليه المواثيق الدولية و مثال ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إذ تنص المادة 16 منه على أن: " للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج، حق التزوج و تأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، و لهما حقوق متساوية عند الزواج¹."

¹ - المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د.3)، المؤرخ في كانون الأول الموافق لـ: 10 ديسمبر 1948.

ففي حالة الزواج قد يكون العقد المبرم بين مواطن من تلك البلد مع شخص أجنبي أو بين أجنبيين يقيمان في تلك الدولة ولا يحملان جنسيتها و هذا ما يجعل العلاقة تحمل وصف " الزواج المختلط " مما يترتب عليه تعدد القوانين المحتمل تطبيقها.

و يعتبر الزواج المختلط من أهم مسائل الأحوال الشخصية و أوسعها مجالا لتنازع القوانين نظرا لاختلاف تنظيم المجتمعات لهذه العلاقة من حيث الشكل، الأركان و الشروط كما تختلف أيضا من ناحية الآثار المترتبة عن هذ العلاقة و انحلالها، و يعود هذا الاختلاف إلى ثقافة كل دولة و عاداتها و دينها إلى غير ذلك من المعايير.

و يظهر تنازع القوانين في الزواج المختلط في جميع مراحل العلاقة منذ انعقادها إلى غاية انحلالها لأن إنشاء هذه العلاقة القانونية في حد ذاته يحتاج إلى معرفة القانون الواجب التطبيق لتحديد شكلها و موضوعها، و لا يقتصر الأمر على الحالات محل النزاع أمام القضاء، و أثناء عملية تحديد القانون يحدث تعارض قوانين الدول التي يحمل أطراف العلاقة جنسياتها، و في كل حال فإن العلاقة القانونية تمر بمرحلتين و هما:

01 - تحديد القانون الواجب التطبيق

02 - تطبيق القانون على العلاقات التي أحد أطرافها على الأقل أجنبي

فالقاضي لا يطبق القانون الوطني على علاقات الزواج المختلط مباشرة تجنباً لإلحاق الضرر بأحد أطراف العلاقة بل يلجأ إلى القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة.

أهمية دراسة الموضوع:

إن دراسة موضوع تنازع القوانين بصفة عامة و في الزواج المختلط بصفة خاصة - كون أن العلاقات الزوجية و ما يترتب عليها من آثار هي أوسع مجالات تنازع القوانين - تكتسي أهمية بالغة نظرا لاختلاف التشريعات بين الدول و اختلاف الثقافات و الأعراف و الأديان و حتى العلاقات السياسية للدول فيما بينها هذا من الجانب النظري،

أما تطبيقيا فتظهر جليا في تدخلات القضاء قصد تكييف القضايا و تحديد القانون الواجب التطبيق في كل قضية نظرا لتعدد هذا النوع من العلاقات المقرون باختلاف و تعارض قوانين دول الأشخاص أصحاب النزاع.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد جاء اختيارنا لهذا الموضوع رغم صعوبته و قلة المراجع فيه إلى سببين سبب ذاتي و هو الفضول و حب معرفة ماهية الزواج المختلط و كيفية معالجة المنازعات الخاصة به و الثاني موضوعي و هو محاولة جمع ما أمكن من معلومات حول الموضوع في مذكرتنا هذه قصد تمكين الغير من الاطلاع عليها بسهولة خاصة مع كثرة حالات الزواج المختلط في وقتنا الراهن و كذلك الاطلاع على القانون المقارن و التشريعات المختلفة لمعرفة كيف عالجت هذه النزاعات و كيف نظمت هذه العلاقة.

من الصعوبات التي واجهتنا أثناء البحث قلة المراجع في مادة القانون الدولي الخاص خاصة المراجع الجزائرية فيما يخص موضوعنا.

كما اعتمدنا لإنجاز هذا البحث على مجموعة من المناهج التي تتطلبها طبيعة الموضوع، بحيث اعتمدنا على المنهج الوصفي وذلك بعرضنا لمختلف جزئيات الموضوع وتحليلها من خلال لغة بسيطة وسهلة، ثم المنهج التحليلي وذلك بتحليلنا لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بقانون الأسرة، والقانون المدني، وقانون الجنسية...، وغيرها من القوانين، والمنهج المقارن باعتبارنا تطرقنا إلى القوانين العربية والقوانين الغربية.

ولأجل تبيان أهمية هذا الموضوع ارتأينا طرح الإشكالية التالية:

ما هو القانون الذي يحكم الرابطة الزوجية المشتملة على العنصر الأجنبي أثناء قيامها وأثناء انحلالها؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية معالجة الموضوع في فصلين أساسيين:

الفصل الأول تعرضنا من خلاله لإبرام عقد الزواج المختلط وآثاره وبدوره قسمناه إلى مبحثين، بحيث عالجنا مفهوم الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم إبرامه وذلك بتبيان تعريف الزواج المختلط وحالات اختلاف الزواج المختلط في المبحث الأول ثم تطرقنا لنطاق آثار عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم آثاره في المبحث الثاني.

أما في الفصل الثاني تطرقنا فيه لانحلال عقد الزواج المختلط وآثاره، و قسمناه إلى ثلاثة مباحث، تطرقنا إلى انحلال عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم انحلاله في المبحث الأول، ثم تناولنا قواعد التنازع التي تحكم آثار انحلال عقد الزواج المختلط في المبحث الثاني، فيما خصصنا المبحث الثالث لحالات استبعاد القانون الأجنبي في شقيه الدفع بالنظام العام و الدفع بالغش نحو القانون.

وفي الأخير نختم دراستنا بخاتمة نبين فيها النتائج و الملاحظات المتوصل إليها أثناء قيامنا بهذا البحث المتواضع.

الفصل الاول :

إبرام عقد الزواج المختلط و آثاره

تمهيد:

من المتعارف عليه أن الزواج يعتبر أوسع مجالات العلاقات القانونية سواء تعلق الأمر بالزواج الوطني أو المختلط، هذا الأخير و نظرا لوجود الأطراف الأجنبية فيه و تعدد القوانين المحتملة التطبيق، يثير مشكل تنازع القوانين قصد تحديد أيها أحق بالتطبيق، و من أجل ذلك سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى بحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الزواج المختلط و قواعد التنازع التي تحكم إبرامه، أما المبحث الثاني فنتناول فيه نطاق آثار عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم آثاره.

المبحث الاول : مفهوم عقد الزواج المختلط و قواعد التنازع في تحكم ابرامه

تقتضي ضرورة البحث التطرق أولاً إلى معنى الزواج المختلط من الجانب الاجتماعي بصورة عامة، والجانب القانوني بصورة خاصة حتى يتمكن من تحديد الضابط الذي يبنى على أساسه معنى الاختلاط¹، وبعدها سنتطرق إلى القانون الذي يسري على انعقاد الزواج المختلط وعليه سنخصص هذا المبحث لدراسة مفهوم الزواج المختلط في المطلب الأول و بعدها نتناول قواعد التنازع التي تحكم إبرام عقد الزواج المختلط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الزواج المختلط

الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط

الزواج المختلط و هو نوع من أنواع الزواج، يكون فيه كلا الزوجين أو أحدهما على الأقل من جنسية أو عرق أو ديانة مختلفة، ومن المعروف أن الزواج المختلط يواجه تحديات كثيرة لصعوبة التوفيق بين ثقافات أو ديانات البشر، كما يترتب على الزواج المختلط إشكالات قانونية عدة بين مختلفي الجنسية، أبرزها نيل الجنسية وجنسية الأطفال و الإرث، و على هذا تعددت تعريفات الزواج المختلط.

فهناك من عرفه: " أن الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني و اجتماعي، و إذا تم بين الزوجين مختلفي الجنسية يسمى بالزواج المختلط".¹

¹ - زلاسي يشرى، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2000-2001، ص6

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

و عرفه آخر: " أنه كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية " ومثال ذلك زواج جزائري مسلم بألمانية مسيحية أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم".¹

كما عرفه أحدهم بأنه " الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة و الجنسية و الديانة "

إلى غير ذلك من التعارف المختلفة التي لا يتسع المقام لذكرها كلها.

فإذا ما تمعنا في تعريفات الزواج المختلط نلاحظ من الناحية القانونية أنهما يشتركان في نظرتهمما للزواج المختلط على أنه يقوم على الاختلاف في الجنسية فقط² ولكن السؤال المطروح في هذا الصدد هل زواج الجزائري المسلم بجزائرية مسيحية، لا يعتبر زواجا مختلط لا تحاد جنسية الزوجين؟³

و في رأينا الشخصي إن التعريف الثالث للزواج المختلط هو التعريف الملائم والأنسب وذلك كونه يحتوي على جميع أنواع الاختلاف في الزواج المختلط كالاختلاف في الثقافة، الديانة و الاختلاف في الجنسية فلم يحصر الاختلاف من جانب الجنسية فقط كما جاء في التعريفين الأولين للزواج المختلط.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 284.

² - زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 7

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 274

الفرع الثاني: حالات اختلاف الزواج المختلط

أولاً: ضابط الدين

لقد كان ضابط الدين في الشريعة الإسلامية هو الضابط الذي يحدد به انتماء الشخص، بحيث كان في المجتمع الإسلامي القديم إلى جانب المسلمين طوائف مسيحية و يهودية،¹ وكان هناك مبدأً أساسياً سائد في الدولة الإسلامية هو التفريق بين المسلمين و غير المسلمين، ولكن يبقى المجال مفتوح لمن يرغب بالانتماء إلى الأمة الإسلامية وذلك باعتناقه للإسلام، وبالتالي يكسب الجنسية بمعنى أن الديانة هي التي تحدد الصفة الوطنية للشخص، فلا جنسية للمسلمين إلا بدينهم، أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق في قضايا غير المسلمين هو تطبيق الشريعة الإسلامية، وهذا في مجال المعاملات المالية، أما ما يتعلق بأحوالهم الشخصية فينفردون بقانون الشخص المستمد من ديانتهم.²

ثانياً: ضابط الجنسية

مع ظهور التطور الفقهي القانوني وخاصة في مجال القانون الدولي الخاص عملت التشريعات الحديثة على جعل عنصر الجنسية ضابطاً إسنادياً في مسألة تنازع القوانين في حالة الزواج المختلط وذلك باعتبار الجنسية الوسيلة الوحيدة التي تربط بين الفرد و الدولة.³

و باعتبار القانون الجزائري من القوانين الحديثة فهو لم يعمل بضابط الجنسية إلا بعد استقلال الجزائر من الاستعمار الفرنسي بحيث كانت من قبل تعتمد على ضابط

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص13

² - زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص ص 7 - 8

³ - المرجع نفسه، ص9

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

الدين ولكن نتيجة تأثرها بالتشريعات الفرنسية دفع بها إلى جعل الجنسية الضابط السياسي لتطبيق القانون الوطني في عقد الزواج المختلط خاصة إذا كان أحد أطرافه جزائرياً وتم انعقاده في الخارج.¹

كما تعرف الجنسية لدى بعض الفقهاء بأنها المعيار الأساسي في تحديد ركن الشعب في الدولة للتفريق بين الوطني والأجنبي، فهي تعتبر بهذا التعريف رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها الفرد وتصبغ عليها صفة الوطني فمن ينسب لدولة من الدول يسمى وطني ومن لا ينتسب إليها يسمى أجنبي.²

إلا أن هذا التعريف للجنسية لم تستقر عليها التشريعات العالمية، فقد اختلف فيه الفقهاء، فمنهم من يرى أنها رابطة سياسية قانونية، فهي رابطة سياسية لأنها تربط الفرد بوحدة سياسية هي الدولة، ولأنها أساسها سيطرة الدولة وسيادتها في تحديد ركن من أركانها وهو الشعب، وهي رابطة قانونية من ناحية أخرى لأنه يترتب على هذه الرابطة حقوق وواجبات متبادلة بين الفرد و الدولة.³

1 - زلاسي بشري، المرجع السابق، ص 9.

2 - بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007 ، ص29

3 - المرجع نفسه، ص 30

المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم إبرام عقد الزواج المختلط

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج

الخطبة إجراء تمهيدي، فهي أول خطوة يقوم بها المخطوبين،¹ وتتمثل في إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة فكون الخطبة عبارة عن شروع أو عقد بالزواج،² كما نص على ذلك المشرع الجزائري فإنها يترتب عليها أي حكم من أحكام الزواج و لا يرتقي إلى مرتبته فلا تعد عقدا ملزما كما هو الشأن بالنسبة لعقد الزواج.³

فقد حدد المشرع الجزائري تعريف الخطبة في المادة 5 على أن: " الخطبة وعد

بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

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

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 ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته ".⁴

لم يحدد المشرع الجزائري قاعدة تنازع القوانين المتعلقة بالخطبة إذا كان أحد الخاطبين لا يحمل جنسية الآخر، فتطرح مسألة أي قانون يطبق هل هو قانون المخطوبة أم قانون الخاطب؟

¹ - معزز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص12.

² - الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص19-20

³ - زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة، الجزء السادس، ط1، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بغداد، 1993، ص74.

⁴ - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 ج ر رقم 15

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

وفقا لما جاء في المادة 5 من ق أ، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي تمت فيه الخطبة، و يبدوا ذلك من خلال الحل الناتج عن العدول عن الخطبة.

لذلك فإن تمت الخطبة بالجزائر، فإن الأحكام الواردة في المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تطبق حتى إذا كان الخاطب أو المخطوبة أجنبيان، حيث إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

يتم تحديد التعويض وفقا للقانون الجزائري وهو قانون البلد الذي حدث فيه الفعل الضار،¹ مثل ما هو منصوص عليه في المادة 20 من ق م ج التي تنص على أنه: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.²

أما إذا كان العدول من المخطوبة فعلها أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها تخضع كل هذه التصرفات للقانون الجزائري حتى إذا كان الخاطب والمخطوبة غير جزائري.³

¹ - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط3، دار هومة، الجزائر. ص 201

² - الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78، الصادرة في 1975/03/30 معدل و متمم

³ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص212

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

أولاً: تعريف الشروط الموضوعية

تعرف الشروط الموضوعية بأنها الشروط الأساسية لقيام الرابطة الزوجية وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب عن هذه العلاقة البطلان.¹

كما يقصد بها أيضاً تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة انعدامها، إذن فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج.²

لقد جاءت هذه الشروط في المادتين 9 و 9 مكرر من ق أ ج وهي رضا الزوجيين، الشاهدان، الصداق، أهلية الزواج، انعدام الموانع الشرعية للزواج بالإضافة إلى المواد 25، 26 و 27 من نفس القانون، يجب أن تتوفر هذه الشروط لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية.³

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

01 - اختصاص القانون الوطني

نظم المشرع الجزائري ضابط الإسناد الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وذلك في المادة 11 من ق م ج التي تنص على أنه: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين " وبذلك يكون المشرع قد

1 - درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، دفاتر السياسة و القانون، العدد الرابع، 2011، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، 2011، ص 239

2 - المرجع نفسه، ص 239.

3 - درية أمين، قواعد التنازع المتعلق بالزواج و انحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007 - 2009، ص 15

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

أخضعها لقانون جنسية الزوجين، فإذا كان الزوجين من جنسية واحدة يطبق على زواجهما قانون جنسيتهما الوطني.¹

تؤكد هذا الاتجاه في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه "الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد، شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج".²

ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المادة هو عدم نصه على القانون الذي سيطبق على الأجنبي الذي يريد الزواج سواء داخل الجزائر أو خارجها، بالتالي فقد منح المشرع الجزائري لهذه المادة طابع أحادي، عندما اكتفى بتبيان القانون الذي سيطبق على الطرف الجزائري الذي يبرم الزواج في بلد أجنبي، كما أن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة زواج الجزائريات مع أجانب في دولة أجنبية.³

02 - نطاق إعمال القانون الوطني

بالرجوع إلى المادة 11 من ق م ج التي تنص على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، إذ نلاحظ هنا أن المشرع الجزائري وضع قاعدة تتنازع مزدوجة حيث أخضع الجزائريين لقانون جنسيتهما

¹ - شريقي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الجزائري، تنازع القوانين الجنسية، ط 1، بلقيس للنشر، الجزائر، ص 59

² - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970

³ - بومراو سفيان، "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقدة يومي (23 و 24) أبريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 97

الفصل الأول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

فيما يتعلق بتطبيق الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج والأجانب يخضعون بدورهم لقانون جنسيتهم.¹

لكن هناك استثناء هام خرج عن القاعدة التي حددتها المادة 11 ق م ج وهو في حالة إذا تزوج جزائري بفرنسية مثلا، وثار نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري في هذه الحالة تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده،² وذلك طبقا لما ورد في نص المادة 13 من ق م ج التي تنص على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج.

فطبقا لهذا النص فقد أقر المشرع الجزائري اختصاص القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج، فالقانون الجزائري هو الذي يختص بحكم الشروط الموضوعية للزواج متى وجد طرف جزائري في عقد الزواج.³

وتقرير هذا الحكم الاستثنائي في القانون الجزائري وغيره من القوانين، لمواجهة حالات خاصة يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس،⁴ مثال الحالة الأولى زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها من غير من ينتمي إلى طائفتها (القانون اليوناني، القانون الإسرائيلي) و مثال الحالة الثانية عدم صحة زواج جزائرية مسلمة من غير مسلم.⁵

1 - زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 70.

2 - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 18.

3 - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ط2، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2008، ص 152

4 - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسييلة، ط1، 2010، ص 19

5 - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 152.

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

ومع ذلك تستثني المادة 13 ق م ج السالفة الذكر المسألة المتعلقة بأهلية الزواج التي تبقى من اختصاص القانون الوطني،¹ ويسري هذا الاستثناء متى كان أحد الزوجين جزائرياً عند إبرام عقد الزواج ولو غير الزوج أو الزوجة جنسيتهما فيما بعد، وفي المقابل لا يسري هذا الاستثناء إذا كان الزوجان أجنبيين عند إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو هما معا بالجنسية الجزائرية.

وما تجدر إليه الإشارة أن إسناد الشروط الموضوعية لعقد للزواج للقانون الوطني وحده طبقاً للمادة 13 ق م ج على أساس أنه اختصاص تحكيمي وحيد الطرف، هدفه توسيع دائرة النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص أو توسيع دائرة تطبيق القانون الوطني في حالة استثنائية، وإن كان هذا الموقف ليس خاصاً بالقانون الجزائري وحده بل أخذت به تشريعات أخرى كثيرة ومع ذلك فلا يوجد ما يمنع إملائه ما دامت قواعد التنازع تهدف إلى حماية المصالح الوطنية بالدرجة الأولى وذات طابع وطني، فلا يهم ما يقضي به القانون الأجنبي بل المهم هو أن يكون هذا الزواج طبقاً للقانون الجزائري صحيحاً أو باطلاً بحسب الحالات،² وطبقاً لنص المادة 13 ق م ج السالف الذكر.

03 - كيفية تطبيق القانون الوطني من طرف القاضي

يجب التنويه إلى مسألة مهمة وهي إعمال القانون الوطني بالنسبة للمتعاقدين يكون وقت انعقاد الزواج وليس وقت إثارة النزاع،³ وهذا أمر سهل في حالة ما إذا كان الزوجين يحملان نفس الجنسية فلا توجد أي صعوبة إذ نطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهما

1 - إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص295

2 - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص152.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص152

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

المشتركة، لكن العراقيين تظهر عندما تختلف جنسيتهم ونجد القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط غير الشروط التي ينص عليها الآخر، فالسؤال المطروح في هذه الحالة كيف سيطبق القاضي قانون جنسيتهم؟ انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى اتجاهين، اتجاه ينادي بالتطبيق الجامع (أ)، واتجاه ينادي بالتطبيق الموزع (ب)، ثم نحاول معرفة موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة (ج)

أ- الاتجاه الأول:

نادى أصحاب هذا الاتجاه بمبدأ التطبيق الجامع بمعنى أنه يجب أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها القانون معا، فيسري على الزواج الشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوجة وأن تتوفر في الزوجة نفس القاعدة.¹

كانت حجة أصحاب هذا الرأي أن تطبيق كل من القانونيين على الطرف الآخر هدفه حماية الرابطة الزوجية، فلا يكون لأحد القانونيين امتياز على القانون الآخر، إلا أن هذا الرأي قد تم هجره لأن نتيجته هو تطبيق القانون الأشد وهذا يؤدي إلى تضيق من نسبة انعقاد الزواج المختلط.²

ب- الاتجاه الثاني:

نادى بالتطبيق الموزع وفي رأيهم لكي يكون عقد الزواج المختلط صحيحا يجب تطبيق الشروط الموضوعية المطلوبة على كل فرد في قانونه، وهذا الرأي السائد فقها و قضاء، كحماية لمواطني الدولة إلى جانب التقليل من فرص بطلان الزواج المختلط.³

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، دار خومة،

الجزائر، 2013، ص 231

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 231

³ - زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 69.

ج- موقف المشرع الجزائري:

نجد المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع في تطبيقه للشروط الموضوعية في عقد الزواج، وهذا ما أكدته في نص المادة 11 ق م ج التي تنص على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

وهذا ما يظهر من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة، فاستعمال المشرع لعبارة "لكل من الزوجين" دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الذي ينادي بالتطبيق الموزع فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمل "لكلا الزوجين" ولكن يستثني نص هذه المادة كل ما يتعلق بالمواع التي تطبق بشأنها التطبيق الجامع.¹

04 - الصعوبات التي تعترض القاضي أثناء تطبيق قانون الجنسية

ربط المشرع الجزائري الأحوال الشخصية بقانون الجنسية غير أن تطبيق هذا القانون قد تعترضه صعوبات في بعض الأحيان، مما يجعل من الضروري التعرض لدراساتها وبيان الحلول المقترحة لتذليلها، ومن هذه الصعوبات نجد:

أ- حالات تعدد الجنسيات:

في هذه الحالة يكون القاضي أمام فرضيتين

01 - الفرضية الأولى:

في حالة تعدد الجنسيات وكانت من بينها جنسية دولة القاضي أي إذا وجد القاضي أن أحد الزوجين متعدد الجنسيات، ومن بين جنسياته جنسية دولة القاضي فإنه يطبق قانون جنسية القاضي،² وهذا ما أيده المشرع الجزائري ووضحه في نص المادة 22 ف

¹ - دربة أمين، (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقانون المقارن)، المرجع السابق،

ص 240

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 207.

2 ق م ج التي تنص على أنه: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

02 - الفرضية الثانية:

وهي حالة تعدد الجنسيات لدى الشخص، وليس من بينهما جنسية دولة القاضي أي جنسيات أجنبية عن القاضي ففي هذه الحالة أوجب المشرع الجزائري على القاضي تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، ويظهر هذا الارتباط بها من ظروف الحال كالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية، أو أنه التحق بإحدى الوظائف العامة فيها، أو رشح نفسه فيها لإحدى الهيئات النيابية،¹ وهذا ما تبناه المشرع وذلك من خلال نص المادة 2 ف1 ق م ج التي تنص على أنه: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

ب- انعدام الجنسية:

أما بالنسبة إلى شخص عديم الجنسية فالقاضي الجزائري يطبق قانون الموطن، فإن لم يكن له موطن فيطبق القاضي عليه قانون محل إقامته،² وذلك طبقا لنص المادة 22 الفقرة الأخيرة ق م ج التي تنص على أنه: "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

ج- حالة تعدد الشرائع إقليمي أو طائفيًا:

تكون أمام تعدد إقليمي عندما يكون لكل ولاية أو مقاطعة قانون ينظم الأحوال الشخصية (كالولايات المتحدة الأمريكية، أو سويسرا) ونكون أمام تعدد طائفي عندما

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 206

² - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

يسري على كل طائفة قانون خاص بأحوالها الشخصية وذلك يكون مستمدا من ديانتها وهذه الحالة نجدها في أغلب الدول العربية الشرقية (العراق، سوريا، لبنان...) فماذا يكون الحكم عند القاضي حينئذ؟¹

قد نص المشرع الجزائري في نص المادة 23 ق م ج في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون معينة تعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه" أي أنه في حالة التعدد الإقليمي أو الطائفي فالقانون الداخلي لتلك الدولة، هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه.²

يعالج النص ما يسمى بالإحالة الداخلية أو التفويض، وبموجبه يتكفل القانون الأجنبي المختص بتوزيع الاختصاص التشريعي داخليا، وتعيين شريعة الإقليم الواجبة التطبيق أو الشريعة الطائفية التي ينتمي إليها الشخص، ولا إشكال إذا وجد في القانون الأجنبي المختص حل لهذه المسألة، سواء كان البلد الذي يجب تطبيق قانون تعدد إقليمي أو طائفي فقواعد التنازع لتلك الدول هي التي تحدد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة.³

بينما في حالة عدم النص على ذلك بين المشرع الجزائري للقاضي القانون الواجب التطبيق في الفقرة 2 من المادة 23 المعدلة والمتممة من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: "إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد، في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 62

² - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 23.

³ - المرجع نفسه، ص 24

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

فرضا إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج مصريين، فإن القانون المصري هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق نظرا لوجود تعدد طائفي في مصر، أما إذا لم يوجد نص بشأن ذلك طبق القاضي الجزائري التشريع الغالب في مصر، كذلك لو تعلق الأمر بزواج أمريكيين، ولم ينص القانون الأمريكي على القانون الواجب التطبيق، يطبق القاضي الجزائري القانون المطبق في عاصمة أمريكا.¹

الفرع الثالث القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

أولا: تعريف الشروط الشكلية

تعرف الشروط الشكلية بأنها الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة و إظهارها في صورة مادية محسوسة فهي تتعلق بالمظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج حتى يصبح معلوم به لدى الغير،² فهي مجموعة من المسائل المتعلقة بإجراءات الزواج الإدارية و التنظيمية .³

تجدر الإشارة إلى أن الزواج في الشريعة الإسلامية هو عقد يتم دون شكليات ويكون صحيحا متى توفرت أركانه الشرعية، غير أنه يستوجب الإعلان و الإشهار.⁴

أما عقد الزواج في القانون الجزائري فهو عقد مدني، يعتبر من العقود الشكلية حتى وإنه أضفى عليه الطابع الديني مثلا الزواج العرفي (أو غير مسجل) يعتبر زواجا

¹ - المرجع نفسه، ص 24

² - هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص48

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 264.

⁴ - بزاف إبراهيم، القواعد الخاصة بعقود الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 01، ص68

صحيحاً متى توفرت أركانه، وشروطه إلا أنه لا يرتب آثاره القانونية إلا من يوم التسجيل.¹

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

إن المشرع الجزائري أخضع الشروط الشكلية لضوابط إسناد وهي ضابط محل إبرام عقد الزواج وكذلك أخضعها لضابط الجنسية المشتركة.²

01 - ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية

فقد أخضع المشرع الجزائري الزواج باعتباره تصرفاً قانونياً من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية، بحيث تقضي بخضوع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن يخضع شكل الزواج أيضاً للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين.³

و قد أسند المشرع الجزائري الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد، ونص على ذلك في المادة 19 ق م ج المعدلة والمتممة، باعتبارها تتناول كافة الأعمال التي تتم بين الأحياء، والتي أجازت تطبيق أربع قوانين على الشكل التالي:

- إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل إبرام العقد .
- إخضاع الشروط الشكلية للقانون الوطني المشترك للزوجين، وهو قانون جنسيتهم إن اتحدت الجنسية .
- إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية

¹ - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، ص 158

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارناً بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 153

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارناً بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 153.

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

و قد وقع جدال فقهي حول هذه المادة، بحيث يرى البعض بأنها لا تدخل ضمن مجال الزواج إنما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى جانب آخر أن المادة 19 ق م ج تنطبق على الزواج باعتباره عقدا مثل سائر العقود، ولهذا في حالة عدم وجود نص خاص، يرجع إلى تطبيق القاعدة العامة، أي تطبيق المادة 19 ق م ج و حسب رأي الفقهاء أن المادة 19 ق م ج تتعلق بالعقود باستثناء عقد الزواج، ومع هذا الجدل، و بوجود نصوص خاصة في قانون الحالة المدنية الجزائري و استنادا على وجه الخصوص لنصوص المواد 95، 96، 97 يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط محل الإبرام (المادة 95 والمادة 97 ف1 من قانون الحالة المدنية) (أ) وبضابط الجنسية المشتركة سواء الجنسية المشتركة بين الزوجين في المادة 96 من ق ح م، أو الجنسية المشتركة بين أحد الزوجين والفرنصل في المادة 97 ف2 ق ح م¹ (ب)

أ- ضابط محل إبرام عقد الزواج

جسد المشرع الجزائري قاعدة محل الإبرام و ذلك في المواد 71، 95، 97 من قانون الحالة المدنية، فنصت المادة 95 ق ح م المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين و الأجانب، يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا لمكان الإبرام، وذلك وفقا لنص المادة 97 ق ح م التي تنص على أنه: "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".

¹ - رهاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص 27-28.

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

كما يعتبر عقد الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا، إذا أبرم وفقا للشروط المتبعة والمطبقة في بلد العقد على عدم مخالفة الزوج الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لانعقاد الزواج.¹

الملاحظ أن المشرع الجزائري لا يتناول في هذا النص زواج جزائرية بأجنبي، ما يدفعنا إلى القول أن هذا الزواج لا يجوز عقده في الشكل المحلي، ويرجع السبب في ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، غير أن هذا التخوف ليس في محله، ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية يعتبر الضمان الكافي لعدم استطاعة عقد الزواج مع غير مسلم.²

أما فيما يخص زواج الأجانب في الجزائر، فلهم حرية لاختيار بحيث يحق للأجانب أن يبرموا عقود زواجهم في الجزائر وفقا للشكل الجزائري أي الشكل المحلي، وعقده وفق قانون جنسيتهم المشتركة.³

في حالة إذا تم الزواج بين مختلفي الجنسية، فإن الشكل المحلي يصبح إلزاميا بالنسبة لهم، ومتى تم زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي، فإنه على الزوجين احترام الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري،⁴ وهذا ما نصت عليه المادة 71 ق ح م "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".

¹ - سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط3، دار هومة للطباعة، الجزائر، ص259

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 243.

³ - هشام خالد، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص 31 - 32

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

و هذا أيضا ما نصت عليها المادة 19 من ق م ج التي تخضع أشكال العقود بين الأحياء إلى الإشكال الواجبة لإتباع في البلد الذي أبرمت فيه.

ب- ضابط الجنسية المشتركة

قد يخضع الزواج من حيث الشكل القانوني للجنسية المشتركة في حال اتحاد الزوجين في الجنسية، سواء تعلق الأمر بالدول التي اعتبرت خضوع الشكل لقانون محل إبرامه اختيارية، أو الدول التي اعتبرت خضوع الزواج للشكل القانوني المحلي إلزامية وذلك لأن أغلبية الدول تسمح لرعاياهم بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها،¹ وأجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للقنصل عقد الزواج إذا كان الزوجان المستقبليان من دولة القنصل،² كما نصت عليه القوانين الداخلية لاسيما المادة 96 ق ح م التي تنص على: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

ونصت المادة 97 ق ح م ج على الزواج المختلط "على أن يجري مثلا ذلك بالنسبة للزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري و أجنبية و تم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا يتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم.

¹ - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 32.

² - الأمر 74-75 المؤرخ في يوليو 1974، يتضمن المصادقة على اتفاقية القنصلية بين "حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية"، موقعة ببتريس في 24/05/1974، ج ر عدد 62، الصادرة في 02 أوت 1974

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

و من خلال تحليل هذه المواد 97 ق ح م ج نجد أنها من جهة عالجت الحالة التي يكون فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية، ومن جهة أخرى وحتى في مثل هذه الحالة التي تكون فيها الزوجة أجنبية، فإنها فرقت بين وضعيتين :

الوضعية الأولى: إذا كانت الزوجة الأجنبية تحمل جنسية البلد المضيف فهنا لا إشكال، ففي هذا الوضع ما على الممثل الدبلوماسي أو القنصلي إلا إبرام هذا النوع من الزواج باعتبار الزوجة حاملة لجنسية البلد المضيف.¹

الوضعية الثانية: إذا لم تكن الزوجة الأجنبية لا تحمل جنسية بلد إبرام العقد أو البلد المضيف فإن هذا الزواج لا يتم إلا في البلد الذي سيحدد بموجب مرسوم، ومع الأسف فقد مضى زمن طويل دون صدور هذا المرسوم وهذا يدل على انعدام التنسيق بين المصالح المعنية في كل من وزارة الخارجية و وزارة العدل و رئاسة الحكومة.²

الفرع الرابع: دور فكرة النظام العام في تطبيق القانون أثناء الزواج

ما يجب الإشارة إليه هي مسألة مهمة وهي إعمال فكرة النظام العام في الجزائر فهذه المسألة تقيد القاضي عند تطبيق القانون،³ وذلك باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مصدره الشريعة الإسلامية،⁴ وبالإضافة إلى ذلك أن النظام الاجتماعي والخلقي في الجزائر لا يزال قائم على أسس دينية، لذلك على القاضي أن يحاول دون الأخذ بالشروط الواردة في القانون الأجنبي و التي تنطوي على المساس بحقوق المسلم.

لذلك فإنه ينبغي على القاضي باسم النظام العام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم، و كذلك ينبغي استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع

¹ - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 32 - 33.

² - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط 4، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 169

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 237.

⁴ - شريقي نسرين، بوقرورة كمال، قانون الأسرة، ط 1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 52

تعدد الزوجات إذا كان الزوج قد دخل في الإسلام،¹ وذلك باعتبار أن الإسلام أباح الزواج بأكثر من زوجة واحدة.²

المبحث الثاني: نطاق آثار عقد الزواج المختلط و قواعد التنازع التي تحكم هذه الآثار

المطلب الأول: تحديد نطاق آثار عقد الزواج المختلط

الفرع الأول: نطاق الآثار الشخصية

تتمثل هذه الآثار في مجموعة من الحقوق و الواجبات الملقة على عاتق الزوجين، و التي قد تكون ذات صبغة شخصية بحتة، و مثال ما قرره الشريعة الإسلامية من حق الزوجة على زوجها في العدل و حسن المعاشرة و الإخلاص و ثبوت النسب، و آثار شخصية ذات طابع مالي كحق الزوجة في المهر، و حقها في النفقة الزوجية،³ ونص قانون الأسرة الجزائري عن حقوق و واجبات الزوجين في الفصل الرابع منه، حيث جاء في نص المادة 36 ق أ ج على أنه: "يجب على الزوجين:

- المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة .
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة و الرحمة .
- التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد وحسن تربيتهم .
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه، و احترامهم و زيارتهم .

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 237.

² - بقدره محمد، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري المعدل 2005 دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الجزائر، 2010، 2011، ص22.

³ - دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 24.

• المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف.

• زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

و في المقابل هناك مسائل أخرى تعرف مزاحمة لقوانين أخرى و هذا يطرح صعوبة في تكيفها كأثر الزواج على حالة المرأة و أهليتها¹ و على جنسيتها².

الفرع الثاني: نطاق الآثار المالية

سنتناول في هذا الفرع الذمة المالية المستقلة (أ) والأموال المشتركة بين الزوجين (ب)

أ- الذمة المالية المستقلة

في الواقع أن الشريعة الإسلامية ليس لها نظام مالي معقد فالعلاقة المالية بين الزوج و الزوجة مبنية على مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين وهذا مطبق في معظم التشريعات العربية، فالمرأة في الشريعة الإسلامية تتمتع بأهلية شرعية و قانونية كاملة و باحترام إرادتها وباستقلال ذمتها المالية³.

لذلك فإن للزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها الخاص، فلها أن تدخره أو أن تتصدق به أو بجزء منه، ولها أن توصي له أو تهبه إلى الغير و الدليل على استقلالية الذمة المالية بين الزوجين⁴ وهذا ما جاء به أيضا المشرع الجزائري في قانون

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 251

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 40

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 320.

⁴ - شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار

الخلدونية الجزائر، 2008، ص ص 161 - 162

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

الأسرة في نص المادة 37 ف 1 المعدلة التي تنص على : " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر."

ب- الأموال المشتركة بين الزوجية

إن فكرة الاشتراك في الأموال الزوجية المكتسبة سويًا بدأت تتسلل ببطء إلى مختلف التشريعات العربية و ذلك نظرا لتطور العلاقات المالية داخل المجتمعات نتيجة ظروف سياسية و اجتماعية، و ثقافية و اقتصادية طرأت على الساحة العامة للبلدان العربية منها ارتفاع نسبة التعليم و الوعي و العمل ما بين الإناث، و تجرأ المرأة على اقتحام مجالات التعليم و العلم و أصبحت تصرف على بيتها و أولادها، لمواجهة متطلبات الحياة اليومية، و هذا ما دفع بالمشروع الجزائري لمنح الزوجين بتسيير الأموال المشتركة بينهما وذلك بإفراغ هذا الاتفاق في قالب شكلي قانوني يتمثل في وثيقة تتضمن شروط الاتفاق المبرم و ذلك بينهما، وهذا الاتفاق يكون أثناء عقد الزواج، أو يأتي لاحقا من غير تحديد الأجل،¹ و هذا ما تضمنه نص المادة 37 ف2 التي تنص على أنه: " غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

المطلب الثاني قواعد التنازع التي تحكم آثار عقد الزواج المختلط

الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية

أولاً: الحقوق و الواجبات الزوجية

طبقا للقاعدة العامة التي أخذ بها المشرع الجزائري في إخضاع الحقوق و الواجبات ما بين الزوجين لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، ولعل تفضيل قانون جنسية

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 332-333.

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

الزوج مرده هو مركزه في الأسرة، لكونه رب الأسرة و المكلف بجميع أمورها و شؤونها،¹ وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 12 ق م ج: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يبرمها عقد الزواج."

إن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الحقوق و الواجبات الزوجية، قد يثير صعوبات،² فإنه إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج، أو إذا غير الزوجان جنسيتهما، فإن القانون الواجب التطبيق يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، لذا قد يبدو من المستعصي أن يطبق القاضي الجزائري قانونا على أجنب، مع أن القانون لم يعد ساري المفعول في بلدهم.³

لذلك من الملاحظ أن القاعدة العامة قد تثير صعوبات ومشاكل وهي تجميد القانون الوطني للزوج وقت انعقاد الزواج، و يؤدي ذلك إلى حلول قد لا تكون مجدية، فهل من المعقول في عقد زواج مبرم ما بين جزائري ومصرية مثلا، ويغير بعد انعقاد الزواج كلا من الزوجين جنسيتهما فيصبا فرنسيين، أن يسري على الآثار الشخصية لزوجهما القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج؟⁴

لتفادي هذه الصعوبات يميل الفقه و القضاء الفرنسي إلى تطبيق القانون الجديد في هذا الصدد ما دام تغيير الجنسية لم يكن بقصد الغش فلا يعقل أن يبقى قانون الجنسية

¹ - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 43

² - المرجع نفسه، ص 43.

³ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 229.

⁴ - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 44

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

السابق يسري على آثار الزواج المستقبلية فمثلا اكتساب الجنسية الجزائرية ينطوي على التمتع بكافة الحقوق المقررة طبقا للقانون الجزائري النافذ.¹

و هناك استثناء وارد عن القاعدة العامة السابقة الذكر بحيث يقضي هذا الاستثناء بتطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج ففي هذه لحالة فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه على الآثار الشخصية للزواج،² وطبقا لنص المادة 13 ق م ج التي تنص على أنه: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

ثانيا: النسب

يقصد بالنسب انتساب الولد لأبويه، لذلك فقد تكون البنية شرعية أو طبيعية

01 - البنية الشرعية: يقصد بالبنوة الشرعية انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج الشرعي الصحيح، فهي رابطة تتصل بالابن من جهة، و بالوالدين من جهة أخرى وبالأسرة عموما.³

02 - البنية الطبيعية: يقصد بالبنوة الطبيعية انتساب الولد إلى أبوين لا تقوم بينهما علاقة شرعية،⁴ إن المشرع الجزائري في أول الأمر التزم الصمت إزاء مسألة النسب إلا أنه حسم الأمر بنص صريح و ذلك في نص المادة 13 مكرر من القانون المدني التي

¹ - رزوتي طيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 161.

² - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 44.

³ - المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، ط3، دار الثقافة، عمان، 2011، ص164

⁴ - المرجع نفسه، ص 147

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

تقتضي بما يلي: " يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل الميلاد يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة."

و متى ظهر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب استنادا للمادة 13 مكرر، فإن المواد 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم المسألة، غير أن الصعوبة بالنسبة للنسب الشرعي في الزواج المختلط تثور في تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حالة ضد أبويه، بحيث يثور التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتراف بجنسيته في هذا الصدد فإنه قد يتنازع قانونين فأكثر، قانون الولد و قانون أبويه،¹ ويمكن تصور ذلك في التشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها في المادة 07 ف1 ق ج التي تنص على أنه: " يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين"² " يتم ثبوت النسب في هذا الشأن طبقا لقانون جنسية من يريد الانتساب إليه من الأبوين، و ذلك لأن تكييف إثبات النسب يعد من مسائل قانون الأسرة و بالتالي يخضع لقانون جنسية من يدعي إثبات النسب إليه، و من جهة لا ننسى أن القانون الأجنبي غير مختص تشريعيا أثناء الدعوى، و ذلك لعدم ثبوت البنية المطالب بها بعد و لهذا من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملائمة لمصلحة الطفل وذلك بشرط عدم مخالفة النظام العام.³

ثالثا: النفقة الزوجية:

هي كل ما تحتاج إليه الزوجة من طعام و كسوة و خدمة و كل ما يلزم و ذلك حسب قدرة الزوج و المتعارف عليه بين الناس،⁴ أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق

¹ رجاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص 46-47.

² - أمر رقم 70 - 86، مؤرخ في 15/12/1970، يتضمن القانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05 - 01، المؤرخ في 27/02/2005، ج ر العدد 15 الصادر في 27/02/2005

³ - رجاوي أمينة، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 241 .

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

على النفقة في القانون الجزائري فيشير إشكالا لتحديد، فهل تعتبر النفقة الزوجية من آثار الزواج؟ أم أنها تعتبر من قبيل النفقة بين الأقارب؟¹

من خلال المادة 12 ف1 ق م ج التي تنص على أنه: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج"، فنجد أن النفقة من آثار الزواج الشخصية و لا تدخل ضمن الآثار المالية ولو أنها ذات طابع مالي، لأن هذه الأخيرة خاصة بالنظام المالي للزوجين،² ولكن يمكن إخضاع النفقة للقانون الوطني للشخص الملزم بها وقانون جنسية الشخص هو الذي يحدد لنا من هو الملتزم بها،³ و هذا حسب نص المادة 14 من ق م ج التي تنص على: " يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"

رابعاً: الحالة المدنية للمرأة المتزوجة

قد يؤثر الزواج في بعض التشريعات في حالة المرأة المتزوجة فيما يتعلق باسمها و كذلك فيما يتعلق بموطنها و أهليتها.

01 - اسم المرأة المتزوجة

اختلفت القوانين حول أثر الزواج في اسم الزوجة، فهناك من أوجب على المرأة حمل اسم زوجها مثل التشريعات الغربية وهناك من منح الحرية للزوجين اختيار اسم عائلي مشترك و منهم من مكنها بالاحتفاظ باسمها مثل الدول الإسلامية .

¹ - دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 37.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص

³ - دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 37

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

إلا أن المشرع الجزائري من الدول التي اعتبرت اسم الزوجة كعنصر من عناصر حالتها المدنية، حيث تظل المرأة بعد الزواج محتفظة باسمها و بالتالي لا أثر بتاتا للزواج في اسم الزوجة في القانون الجزائري.

2- موطن المرأة المتزوجة

منح القانون الجزائري الحق للزوج في اختيار موطن الزوجة، لأن واجب توفير المسكن الزوجي يقع على عاتقه، فالمسكن الزوجي يكون في أي موطن يختاره الزوج للعيش فيه مع زوجته و هذا لقوله تعالى ﴿أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾¹

فمن واجب الزوجة أن تلحق بموطن زوجها و خاصة إذا ما توفرت في المسكن الزوجي شروطه الشرعية، وإلا اعتبرت ناشزا في هذه الحالة يصبح موطن الزوجة تابعا لقانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج، كما يكون أثر من آثار الزواج و خاضعا للقانون الجزائري إذا كان أحد أطراف العقد جزائريا و أي قانون يوجه خلاف ذلك لا يمكن تطبيقه لأن فيه مخالفة للنظام العام الجزائري.²

03 - أثر الزواج على أهلية الزوجة وجنسيتها: يؤثر الزواج في بعض الدول على أهلية المرأة المتزوجة، سواء بإلغائها كاملة أو بصفة جزئية، و لتحديد القانون الواجب التطبيق على المرأة المتزوجة يميز بعض الفقهاء بين حالتين، أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة (أ) وأثر الزواج على جنسية الزوجة (ب)

أ- أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة

تعتبر المرأة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري كاملة الأهلية سواء قبل أو بعد الزواج، فالزواج لا يقيد أهليتها و ليس له أي أثر فيها، و كمال أهليتها

1 - سورة الطلاق، الآية 06

2 - زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 149

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

مسألة تدخل في نطاق النظام العام و غير قابلة لأي تسوية، لهذا نجد أن القانون الجزائري يتدخل كلما فرض القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزوجة تعقيدات شديدة على تصرفاتها و الحكم بنقص أهليتها و مثال ذلك إذا كان قانون الزوج يقر بنقص أهلية الزوجة و كانت هذه الأخيرة جزائرية وعرض النزاع على القاضي الجزائري فإن هذا الأخير سيطبق القانون الجزائري على أهلية الزوجة طبقا لنص المادة 13 ق م ج، والتي تعد مسألة من مسائل النظام العام لا يجوز مخالفتها.¹

ب- أثر الزواج على جنسية الزوجة

عموما لا يؤثر الزواج في جنسية الوطني المتزوج بأجنبية إذا أراد الحصول على جنسية زوجته، و لكن تخفف له شروط التجنس كمدى الإقامة اللازمة، أما زواج الوطنية بأجنبي فيؤثر في فقدانها لجنسيتها الوطنية و ذلك في حالة ما إذا أعلنت عن رغبتها، وقدمت طلب الإذن بالتخلي عن جنسيتها وقبل طلبها، لكن إذا لم تعلن ذلك فلا يوجد أي تأثير على جنسيتها.²

كما أن المشرع الجزائري بموجب التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائري الصادر سنة 2005، استحدث نص المادة 9 مكرر و قد نصت هذه المادة على اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج حيث ورد فيها ما يلي: " يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائرية، بموجب مرسوم متى توافرت الشروط الآتية :

- أن يكون الزواج قانونيا و قائما فعليا منذ سنوات على الأقل، عند طلب التجنس .

- الإقامة المعتادة و المنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل.

¹ - زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 148.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، تتازع القوانين، المرجع السابق، ص

- التمتع بحسن السيرة و السلوك .
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة .
- يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج"

على العموم إن اكتساب الجنسية بالزواج لا يثير مشكلا في مجال تنازع القوانين، فقانون جنسية الدولة التي يراد التمتع بجنسيتها هو الذي ينظم كافة الإجراءات المتعلقة بطلب التجنس، و ذلك لاعتبار أن الجنسية هي مسألة مرتبطة بسيادة الدولة، و أن هذه الأخيرة هي التي تمنح جنسيتها لمن يريد لها متى توفرت فيه شروط معينة، منصوص عليه في قانونها.¹

الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية

لم يميز المشرع الجزائري بين الآثار الشخصية و الآثار المالية فيما يتعلق بالقانون الساري عليهما فقد أخضع الآثار الشخصية و الآثار المالية المترتبة عن الزواج المختلط لذات القانون الواجب التطبيق، قاعدة و استثناء.² بحيث نجد أن المادة 12 ق م ج التي تنص على القاعدة العامة التي تقر بأنه يسرى على الآثار المالية قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وهناك استثناء وارد عن هذه القاعدة و الذي ينص على أنه في حالة وجود طرف جزائري في الرابطة الزوجية فإن القانون الوطني هو الذي يطبق وحده و هذا طبقا لنص المادة 13 ق م ج و يرمي المشرع من وراء ذلك إلى :

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

¹ - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 41.

² - كمال سمية، تطبيق القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 11، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2015، ص99.

الفصل الاول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

- تأمين استقرار آثار الزواج، و في ذلك استقرار للأسرة فلا تتغير هذه الآثار بتغير جنسية الزوج، فتبقى باستمرار و يرجع اختيار المشرع لقانون جنسية الزوج لحكم آثار الزواج إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي للرجل داخل الأسرة فهو رئيسها،¹ رغم هذا إلا أن هنالك انتقادات موجهة إلى نص المادة 12 في فقرتها الأولى و هي:
- أن اختيار المشرع الجزائري قانون جنسية الزوج يعتبر اختيار تعسفي ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد، و ما دما أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين، لذلك من الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر.
- كما أن اختيار القانون الوطني للزوج، يعتبر إلى حد ما متعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسيتين، وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري²

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

² - عليوش كربوع كمال، المرجع السابق، ص 233

الفصل الثاني:

انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

تمهيد :

إن العلاقات القانونية عامة و الزواج بصفة خاصة تتأثر بعدة عوامل فتشوبها المشاكل و النزاعات التي تؤدي في كثير من الأحيان إلى انتهائها و فك الرابطة الزوجية سواء بإرادة أحد الأطراف أو بالتراضي بينهما، و عندما يكون أحد الأطراف على الأقل أو كليهما أجنبيا (ما يعرف بالزواج المختلط) يثار إشكال تتنازع القوانين حيث يجد القاضي نفسه بصفته المخول قانونا بإنهاء هذه العلاقة أمام إشكالية القانون الواجب تطبيقه لحل هذه الرابطة و الآثار المترتبة عليه، و لدراسة هذه الإشكالية قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، عالجنا في المبحث الأول انحلال عقد الزواج المختلط و قواعد التنازع التي تحكم انحلاله ثم تطرقنا في المبحث الثاني إلى قواعد التنازع التي تحكم آثار انحلال عقد الزواج المختلط، أما في المبحث الثالث فقد بينا حالات استبعاد القانون الأجنبي بشقيه الدفع بالنظام العام و الدفع بالغش نحو القانون.

المبحث الأول: انحلال عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم انحلاله

المطلب الأول: صور فك الرابطة الزوجية

الفرع الأول: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية

ترى الشريعة الإسلامية بأن الزواج ليس برابطة أبدية، وهذا ما تبنته القوانين المستمدة أنظمتها من الشريعة الإسلامية، لذلك يجوز إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج،¹ وهذا ما يسمى بالطلاق وقد أقرته الشريعة الإسلامية كحق للزوج لإيقاع الطلاق من دون تدخل أي سلطة أخرى لفك الرابطة الزوجية.²

و توجد صورة أخرى و هي الطلاق بالتراضي و يقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتهما أصبحت من المستحيل لأي سبب من الأسباب أو لأي ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كلاهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.³

إلى جانب هذه الصورتين المذكورتين يوجد ما يسمى بالتطليق فهو صورة من صور الطلاق فهو يعتبر الوسيلة التي تلجأ إليها الزوجة لفك الرابطة الزوجية، والتطليق يؤسس على الضرر منصوص في القانون الجزائري،⁴ وذلك في نص المادة 53 ق أ ج التي تجيز للزوجة طلب التطليق لعدة أسباب:

¹ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص40.

² - ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007

ص7،

³ - المرجع نفسه، ص24.

⁴ - المرجع نفسه، ص30

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

كعدم الإنفاق، و العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، و مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج...الخ

يجب التمييز بين حالات الزواج طلاقاً أو تطليقاً، و بين إبطال الزواج، فدعوى الإبطال ترمي إلى إنهاء زواج ظاهري لكنه غير مستوفي لجميع شروط قيامه، أما الطلاق فهو إنهاء زواج صحيح، فنميز بين الطلاق و البطلان الزواج له آثار قانونية مهمة لاسيما في موضوع الالتزامات التي تنشأ عن كل واحد منهما إذ في حالة الطلاق يمكن الحكم على الزوج بالنفقة على الزوجة، وهو غير ممكن في حالة الحكم ببطلان الزواج.¹

وهناك صورة أخرى لإنهاء الزواج وهي طريقة طبيعية ك وفاة أحد الطرفين الزوج أو الزوجة،² وتوجد صورة أخرى وهي الخلع فهو غير معروف في الأنظمة الغربية، فالخلع يعتبر وسيلة في يد الزوجة لفك الرابطة الزوجية لكنه لا يكون بسبب أي ضرر من طرف الزوج لها إنما بمجرد بغضها له،³ لذلك فإن الأنظمة العربية تسمح حسبما جاءت به الشريعة الإسلامية، طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين أو الخلع أو عن طريق التطليق من طرف الزوجة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.⁴

الفرع الثاني صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية

ترى الطوائف المسيحية وخاصة الكاثوليكية بأن رابطة الزواج رابطة أبدية لا تنحل إلا بالوفاة بحيث نجد في الأنظمة الغربية ما يسمى بالطلاق و التطليق بالإضافة إلى نوع آخر غير معروف لدى التشريعات الإسلامية فهو يسمى بالانفصال الجسماني أو التفريق

¹ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 40-41

² - الهداوي حسين، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، ط1، 2005، الأردن، ص103

³ - ذيابي باديس، المرجع السابق، ص 58.

⁴ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 42

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

البدني، فهو عبارة عن مباحة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، ولكنه قد يكون سبب للطلاق إذا استمر مدة معينة، غير أن هذه الطريقة ليست دائما تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية،¹ فقد يعود الزوجان إلى ما كان عليه من قبل إنهاء فترة التفريق الجسماني.

وقد لا يعودان إلى ذلك و يتحول هذا الانفصال إلى انحلال بصفة نهائية عن طريق القضاء و كيفت بعض التشريعات مسألة الانفصال الجسماني، على أنه إجراء وحيد لتراخي الرابطة الزوجية تدريجيا، إلى أن تنقضي نهائيا بوفاة أحد الزوجين و هذا هو حكم التشريعات التي تحظر الطلاق، و منها ما تعتبره بمثابة إجراء وقائي، يقصد به محاولة الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريث في الحكم بالتطليق.

المطلب الثاني قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط

بالرجوع إلى نص المادة 12 الفقرة 02 ق م والمادة 13 ق م ج نجد أن المادة 12 تنص على القاعدة العامة و المادة 13 تنص جاءت بالاستثناء لذلك تتحدد قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط حسب نطاق قواعد القانون الوطني للزوج.

الفرع الأول نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج

تنص المادة 12 ف2 ق م ج على ما يلي: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، طبقا لنص هذه المادة فقد أسند المشرع الجزائري انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، و التطليق و الانفصال الجسماني، وسوى المشرع في انحلال الزواج، بين الطلاق والتطليق الذي يتم بناء على طلب الزوجة، ويرى البعض في هذا الصدد، أن المشرع بإسناده الطلاق إلى قانون جنسية

¹ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص42.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

الزوج وقت رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية، بحيث لا يمكن الاعتداد بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلا عن طريق حكم صادر عن المحكمة، ويعتبر حكم المحكمة كاشفا وليس منشئا.¹

نجد أن الجزائر مرت بثلاثة مراحل فيما يخص ضابط الإسناد المتعلق بانحلال الزواج

المرحلة الأولى: وهي مرحلة سابقة على إصدار القانون المدني، وهنا كان القضاء الجزائري يعتمد على الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان يفرق بين حالتين:

- أ- إذا كان الزوجان متحدي الجنسية فكان يتم خضوعهما لقانون جنسيتهما المشتركة.
- ب- إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية فكان إخضاعهما لقانون موطنهما المشترك، وإذا لم يكن للزوجين موطن مشترك فكان القضاء الفرنسي يخضعهما لقانون موطن الزوج على أساس أن الزوجة أصلا تصحب زوجها .

المرحلة الثانية: عندما أصدر المشرع الجزائري القانون المدني الذي ألغى هذه التفرقة، فنص في المادة 12 ف2 على أنه: "يخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى" نلاحظ أن المشرع يخضع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، دون التمييز بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطرق الأخرى لانحلال الزواج.

المرحلة الثالثة: وهي مرحلة تعديل القانون المدني في سنة 2005 بحيث تم تعديل نص المادة 12 ف2 م ج بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 فأضاف المشرع مسألة الانفصال الجسماني وتنص المادة 12 ف2 م ج على أنه: "يسري على

¹ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 44.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

و ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أسند فكرة انحلال الزواج لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

على عكس بعض التشريعات العربية التي أفردت كل حالة بضابط إسناد خاص بها،¹ غير أن إخضاع هذه المسألة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، و المادة 12 من ق م ج لم تسلم من الانتقادات وأهمها:²

- يترتب على إعمال هذه القاعدة، خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج و يكتسب جنسية أخرى ويسمح له القانون الجديد بفك الرابطة في حين أن قانون الجنسية التي كان يتمتع بها وقت إنشاء الزواج كان لا يسمح بحل الزواج.

- إن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تتحل وفقا لقانون تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج، و يؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ويتأثر مركزها فيكون أكثر إضرارا بمصالحها، فكان من الأجدر على المشرع إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، باعتباره القانون الذي يكون معلوما ومتوقعا للأطراف وقت إنشاء علاقة الزواج.³

¹ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 45

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 258.

³ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 46.

الفرع الثاني نطاق تطبيق القانون الجزائري

لقد وضع المشرع استثناء في المادة 13 ق م ج وهو القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية في الحالات التي تكون فيها أحد أطراف العلاقة جزائري، بحيث يقضي هذا الاستثناء بخضوع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده، بدلا من قانون جنسية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة التي تكون فيها المرأة جزائرية، إذ يطبق عليها القانون الجزائري دون سواه.

وعليه فما يجدر الإشارة له في هذا الصدد أن العلاقة الزوجية التي تنشأ جزائرية، ثم يغير الزوج جنسيته تبقى خاضعة للقانون الجزائري عند الانقضاء على الرغم من أنها سارت أجنبية عن القانون الجزائري،¹ باستثناء شرط الأهلية الذي يظل دائما خاضعا للقانون الوطني للشخص،² حسب نص المادة 10 ق م ج التي تنص على أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

و تنص المادة 13 على أنه: "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".

نلاحظ من خلال هذه المادة أنها تحيلنا إلى المادتين 11 و 12 ق م ج أي إلى الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، أما الفقرة 2 من المادة 12 خاصة بانحلال الزواج، الذي يتضمن الطلاق و التطلق و الانفصال الجسماني، كون انحلال الزواج والانفصال الجسماني يدخلان في نطاق المادة 13 ق م ج، إلا أنه تثار مسألة الانفصال الجسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائري؟

¹ - نقيية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006 - 2007، ص 249.

² - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 46

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

تتضمن الإجابة فرضيتين هما:

الفرضية الأولى: زواج بين جزائري و أجنبية مسيحية، مثلا فرنسية، هل يمكن للزوجة أن تطالب بالانفصال الجسماني؟ و إذا طالبت به، هل يمكن للقاضي أن يحكم بذلك مع أن القانون الجزائري يجهل ذلك؟

الفرضية الثانية: زواج بين جزائرية وفرنسي مسلم، هل يمكن للزوج أن يطالب بالانفصال الجسماني أمام القاضي الجزائري؟¹

إن تطبيق القانون الجزائري، قانون الزوجة لا يسمح بذلك لأنه يجهل تطبيق نظام الانفصال الجسماني وعليه فإن الإحالة إلى المادة 12 ف2 ق م ج المتضمنة الانفصال الجسماني، إحالة غير موفقة لاستحالة أن يكون انفصال جسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائري و يطبق القانون الجزائري، بينما إذا كان الزواج بين أجنب قد يجيز القانون الواجب التطبيق أي قانون الزوج الانفصال الجسماني ففي هذه الحالة نرى أن ما ورد في نص المادة 12 ف2 صحيح لذلك وجب إعادة صياغة المادة 13 من القانون المدني الجزائري على النحو التالي²: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 والمادة 12 فقرتها الأولى وعلى انحلال الزواج".

¹ - عليوش قريوع كمال "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري" مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تتازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقدة يومي (23-24)أفريل 2014،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 146-147.

² - عليوش قريوع كمال « القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري» المرجع السابق، ص47.

المبحث الثاني قواعد التنازع التي تحكم آثار انحلال عقد الزواج المختلط

المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية

الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على العدة

01 - تعريف العدة:

أ- لغة: العدة مأخوذة من العد و الحساب و جمع العدة عدد و سميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالباً.

ب- اصطلاحاً: هي مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها.¹

02 - الحكمة من مشروعية العدة

إن الحكمة من مشروعية العدة في الشريعة الإسلامية، التأكد من براءة رحم المرأة منعا من اختلاط الأنساب، فإن الدول الغربية تعتمد إلى أعمال وسائل العلم الحديثة التي يتم بمقتضاها التوصل إلى معرفة يقينية ببراءة الرحم، و من ثم لا تعرف الدول الغربية مدة العدة، وإن كانت مدة الانفصال الجسماني تعد نوعاً من العدة الطويلة الأمد، إذ يعيش خلالها الزوجان منفصلان جسمانياً، رغم أن عقد الزواج يظل قائماً بينهما.²

03 - تحديد القانون الذي تخضع له العدة

باعتبار أن العدة من المسائل الشرعية التي تأخذ بها التشريعات العربية دون الغربية، فإنها لا تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، بل تخضع للقانون الشخصي لكل زوج على حدى، كما يخضع لهذا القانون كل ما يتعلق بإمكانية التزويج من جديد

¹ - الشرنباوي رمضان علي السيد، الشافعي جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص485.

² - جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية، القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2010-2011، ص30.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

بوصفها من الشروط الموضوعية للزواج الجديد، خلافا لذلك تخضع الفترة التي يتحول فيها الانفصال إلى الطلاق للقانون الذي يحكم انحلال الزواج لعدم انفصام عرى الزوجية بعد.¹

الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية

تعتبر النفقة الوقتية هي النفقة التي يحكم بها القاضي كتدبير مؤقت مستعجل ريثما يفصل في دعوى الموضوع، و قد يفصل القاضي في دعوى النفقة بصفة مستقلة عن الدعوى الأصلية،² و هذا يعتبر بمثابة إجراء يقوم به القاضي لصالح الزوجة من أجل المحافظة على الحد الأدنى لمعيشتها،³ فالنفقة الوقتية تخضع لقانون القاضي باعتبارها إجراء مؤقتا يتعلق بالأمن العام في الدولة.⁴

نادى جانب من الفقه بإخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، و انتقدوا القضاء بإخضاعه للإجراءات الوقتية كلها لقانون القاضي، بحيث يجب إخضاعها للقانون الذي يسري على انحلال الزواج، و يمكن القبول بصفة استثنائية إخضاعها لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك باسم النظام العام.⁵

و يسود اتجاه فقهي على اعتبار النفقة عموما بأنها من اختصاص قانون القاضي بوصفه يمس بالأمن المدني لتعليقها بالنظام العام، ويطبق بشأنها مبدأ إقليمية القوانين.⁶

أما فيما يتعلق بإجراءات الطلاق و التطليق فهي مسائل تخضع لقانون القاضي¹ بوصفها من مواد الإجراءات، و تحديدها يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع

¹ - جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ص 31.

² - روتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 181.

³ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 78.

⁵ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 47.

⁶ - المرجع نفسه، ص 47.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

ومن ضمنها كيفية الإثبات وتقديم الأدلة في الدعوى ومدى قوتها، وشهر الطلاق أو التطليق.²

لم يكن القانون الجزائري في السابق يحدد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية، إلى حين صدور التعديل الجديد للقانون المدني،³ الذي أضاف للمادة 21 مكرر 1 و التي تنص على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

وفيما يتعلق بمسألة طلاق الزوجة من زوجها تعسفيا، يرى الرأي الراجح بأن التعسف في استعمال الطلاق قد يعد خطأ تقصيريا ويسترجع التعويض،⁴ طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية و بالتالي يخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الضرر.⁵

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الحضانة

أولا: تعريف الحضانة: تعتبر الحضانة من آثار فك الرابطة الزوجية فقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 62 ق أ ج التي تنص على أنه: " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ."

إن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف باحتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها، كما أنه تعريف جمع في عمومته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية و المادية.¹

¹ - درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 246.

² - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 47.

³ - درية أمين تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين مقارنة، المرجع السابق، ص 246

⁴ - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 47.

⁵ - درية أمين تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين مقارنة، المرجع السابق، ص 246

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

اعتبر المشرع الجزائري دعوى الحضانة دعوى استعجالية فغالبا ما يتم الطرد من مقر الزوجية إلى الشارع و خاصة إذا كانت حاضنة فينشرد الأولاد في الشارع، لذلك كان لابد من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ثم يتم الفصل في موضوع النزاع.²

ثانيا: الاختلاف حول الطبيعة القانونية للحضانة

تشير الحضانة مشاكل حول تنازع القوانين خاصة و أن معظم التشريعات لم تخصصها بقاعدة إسناد خاصة، لذلك ينبغي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها منوطا بمعرفة التكييف القانوني للحضانة، و يمكن حصر اتجاهات الفقه في شأن هذه المسألة في أربع اتجاهات أساسية :

01 - الاتجاه الأول: الحضانة من آثار عقد الزواج

يرى غالبية الفقه الفرنسي أن الحضانة من آثار عقد الزواج على أساس أن الولد المعني بالحضانة ناتج عن علاقة زواج لذلك فهي تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون الزوج وقت الانعقاد،³ و انتقد هذا الاتجاه بحجة مفادها أنه لا يمكن الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطلق.⁴

02 - الاتجاه الثاني: الحضانة من آثار انحلال الزواج

يتجه رأي فقهي آخر إلى تكييف الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، فأتثناء الحياة الزوجية يكون الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين، أما بعد

¹ - خليفي سارة، حق الحاضنة في السكن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص50

² - خليفي سارة، المرجع السابق، ص 4

³ - عماد إشيوي، تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقد يومي (23، 24) أفريل 2014، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص ص201-202

⁴ - جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص ص 33-34.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

انفصالهما فيثور التنازع بينهما حول من تستند إليه حضانة الأولاد، و القضاء الفرنسي اعتبر الحضانة من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج.

03 - الاتجاه الثالث: الحضانة من آثار النسب

يرى هذا الاتجاه أنه لما كانت الحضانة التزام يقع على من يثبت إليه نسب المحضون، فهي بذلك تعتبر من آثار النسب،¹ و انتقد هذا الاتجاه باعتبار أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد و لا علاقة لها برعايتهم.²

04 - الاتجاه الرابع: الحضانة من مسائل الولاية على المال

اتجه بعض من الفقه إلى تكييف الحضانة على أنها الولاية على المال وحدها دون الولاية على النفس و يستبعد هذا الاتجاه إمكانية قياس الولاية على النفس إلى الولاية على المال لاختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها الأحكام الخاصة بكل من المسألتين، أنتقد هذا الاتجاه لأن المقصود بالولاية على المال، حفظ مال الصغير و إنماءه وليس تربية الطفل ورعايته.³

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الثاني الذي يقر بأن الحضانة تعد من آثار انحلال الزواج لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية فأدرج المشرع الجزائري المواد من 62 إلى 72 ق أ ج في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، و هي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة خلافا لبعض التشريعات العربية، و بعبارة أخرى فإنه بموجب عملية التكييف التي تخضع للقانون

¹ - إشوي عماد، المرجع السابق، ص 203

² - جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 34.

³ - إشوي عماد، المرجع السابق، ص 203.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 9 ق م ج تعد الحضانة من آثار الطلاق¹.

رابعاً: تحديد القانون الذي تخضع له الحضانة

يرى المشرع الجزائري باعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، طبقاً لنص المادة 12 ف2 ق م ج التي تنص على أنه: "ويسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، يمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائرياً وقت انعقاد الزواج²، و ذلك وفق لما جاءت به المادة 13 ق م ج التي نصت على: "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.

نظراً للمشاكل التي تثيرها الحضانة لجأت بعض الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية خاصة بالحضانة، و منها الاتفاقية المبرمة ما بين الجزائر و فرنسا و التي تتعلق باتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال³، الموقعة في الجزائر يوم 2 جوان 1988، جاءت هذه المعاهدة الثنائية نتيجة للمشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين و الأمهات الأجنبية المتعلقة بحضانة الأولاد و بحث الزيارة للأبوين، و قد أراد واضعي هذه الاتفاقية أساساً حماية الطفل ذاته، و تحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة، و زيارة المحضون و حرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة

1 - جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 34.

2 - درية أمين تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص248

3 - المرسوم الرئاسي رقم 88 - 144 المؤرخ في 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين ج د ش والحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقع في مدينة الجزائر 25 يوليو 1988، ج ر عدد 30، الصادرة في 27 يوليو 1988

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

المحضون وحماية القاصر بالدرجة الأولى، دون الاهتمام بشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية¹.

الفرع الرابع: النظام العام و القانون الذي يحكم انحلال الزواج

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول، فبعضها تعتبره رابطة مؤبدة لا تنتضي إلا بوفاة أحد الزوجين، و بعضها الآخر تقبل انحلاله غير أنها تختلف فيما بينهما حول أسبابه وطرقه، ويؤدي هذا الاختلاف في مفهوم الزواج من دولة إلى أخرى إلى الإكثار من فرص تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج.

ففي الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام يكون خاصة في الحالات التي يؤدي فيها تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالحقوق المقررة من طرف الشريعة لمعتقي الإسلام،² وبناء على ذلك فإن القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين ينبغي أن يستبعد إذا كان الزوج هو الذي غير ديانته بأن اعتنق الإسلام بينما زوجته كتابية، ذلك أن الحكم بإنهاء العلاقة الزوجية في هذه الحالة يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر من حق الرجل المسلم الزواج بالكتابية.³

وينبغي أيضا أن يستبعد القانون الأجنبي الذي يمنع انحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين إذا كانت الزوجة هي التي غيرت ديانته بأن اعتنقت الإسلام، بينما بقي زوجها على ديانته، ذلك أن الشريعة الإسلامية تمنع استقرار الزوجية في حالة اعتناق الزوجة للإسلام بينما بقي زوجها على كفره، و في غير الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج يكون في الغالب لما

¹ - درية أمين تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 170

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 261.

³ - المرجع نفسه، ص 262.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

يكون هذا القانون يبيح انحلال الزواج لأسباب لا يقرها قانون القاضي أو يكون أكثر تساهلا منه إباحة الطلاق أو التطليق.¹

فقد استبعد القضاء الفرنسي باسم النظام العام تطبيق قوانين بعض الدول الإسلامية التي تبيح انحلال الزواج بإرادة الزوج وحده، لكن إذا كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة قد وقع في الخارج فإن هذا القضاء يقبل الاحتجاج به في فرنسا إذا كان قد وقع وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزوجين المشتركة.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التصرفات المالية

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث و الوصية

أولا: القانون الواجب التطبيق على الميراث

يعد الميراث مجالا خصبا يثار فيه تنازع القوانين بصورة متكررة وقوية وذلك لاعتبارات كثيرة كالاختلاف في الديانة والجنسية ما بين الأشخاص لذلك سنعرفه أولا² ثم نتطرق لتحديد القانون الذي يخضع له الميراث ثم نعطي موقف المشرع الجزائري من ذلك ثم نتناول حكم التركة الشاغرة وفي الأخير نرى دور النظام العام وتعطيل العمل بقانون جنسية المورث.

01 - تعريف الميراث:

هو التركة التي خلفها الميت و ورثها غيره، فالميت مورث، و ذلك الغير وارث و التركة مورثة، و تلك الثلاثة أركان، و الإرث من أسباب نقل الملكية من المورث بعد موته

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 262.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 262-263.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

إلى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد إيفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت، إذا تحققت أسباب الميراث و شروطه و انتفت موانعه ¹ .

02 - تحديد القانون الذي يخضع له الميراث

لقد تعددت التشريعات بشأن القانون الذي يخضع له الميراث بحيث نجد الدول تفرق بين الميراث في العقار و الميراث في المنقول فتخضع الميراث في العقارات لقانون غير القانون الذي يخضع له الميراث في المنقول، ونجد هذه التشريعات شبه مجمعة على إخضاع الميراث في العقار للقانون الذي يخضع له فمثلا فرنسا و بريطانيا تخضعه لقانون موطن المتوفي أما النمسا و رومانيا فتخضعه لقانون جنسية المتوفي ² .

و يعود السبب الذي دفع إلى هذه التفرقة النظرة القديمة للعقار و التي تعتبره الثروة المعبرة، أما المنقولات ضئيلة القيمة و أن المنقول تبع الشخص حيثما يوجد، ³ و قد انتقد بعض الفقهاء هذه التفرقة لكونها تؤدي من الناحية العملية إلى ترتيب أوضاع شاذة، فنجد المنزل مثلا خاضعا للقانون بينما أثاثه خاضعا لقانون آخر، و هناك دول أخرى تؤمن بوحدة القانون الذي يحكم الميراث فتخضع التركة في مجملها لقانون واحد غير أن هذه الدول ليست متفقة على قانون معين فهناك من تعتبره متصلا بنظام الأسرة فأخضعته لقانون جنسية المتوفي كالدول العربية، اليونان، إسبانيا، و هناك من اعتبرته متصلا بنظام الأموال أخضعته لقانون موقع المال كـ بعض دول أمريكا اللاتينية ⁴ .

¹ - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2008، ص 442

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 268.

³ - تريكي دليلة القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، يومي (23،24) أبريل 2014، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 247

⁴ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 269.

03 - موقف المشرع الجزائري

أولى المشرع الجزائري اهتماما خاصا لحماية الحقوق المادية و المعنوية للشخص و منها الميراث باعتباره أحد آثار انحلال الزواج و سببا من أسباب الملكية ضمن أحكام القانون الدولي الخاص، و عليه لم يأخذ المشرع الجزائري بالتفرقة بين الميراث في العقار و الميراث في المنقول، بل أخضع الميراث بما يشمل من عقار و منقول لقانون جنسية المتوفي سواء كان الميت جزائري أو أجنبي، و ذلك حسب ما جاء في نص المادة 16 ق م ج التي تنص على أنه: "يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدرت منه التصرفات وقت موته".

و الملاحظ أن المشرع أخضع الميراث لقانون الأسرة الجزائري المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية و المرتبطة بحالة الشخص، ولأن الميراث منظم على أساس ديني في الدولة الجزائر مثله مثل الزواج و الطلاق.¹

04 - حكم التركة الشاغرة

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام التركة التي تكون بدون وارث في المادة 773 ق م ج التي تنص على أنه: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، كذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

حيث اعتبر التركة التي لا وارث لها مالا شاغرا تستولي عليه الدولة بموجب سيادتها الإقليمية.²

¹ - تركي دليلة، المرجع السابق، ص 248.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص185

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

غير أن الإشكال الذي يطرح هو: لأي دولة تقول التركية الشاغرة هل تقول إلى الدولة التي ينتمي إليها المتوفي بجنسيتها، أم تقول إلى الدولة التي توجد أموال التركية بإقليمها؟¹

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى عدم اعتبار الدولة وارثة و إنما تأخذ التركية على أنها مال ضائع، و هذا التكييف هو الذي ينبغي الأخذ به في الجزائر، على اعتبار قانون الأسرة الجزائري مستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، و عليه فإن التركية الموجودة على إقليم الجزائر وفقا لقانون جنسية المتوفي تقول إلى الدولة الجزائرية باعتبارها مالا لا مالك له.²

05 - النظام العام و تعطيل العمل بقانون جنسية المورث

إن تطبيق جنسية المورث ليس مطلق و إنما قد يستعبد باسم النظام العام وهذا الأمر وارد جدا في الدول التي تستمد قانون الأحوال الشخصية و من بين مواضيعه الميراث، من أحكام الشريعة الإسلامية، فالقانون الشخصي للأجنبي قد يورث مع ابن الزنا أو الابن الطبيعي كما يطلق عليه، وهذا يصطدم مع مبادئ النظام العام إذا كان المورث مسلما.³

و استبعاد القانون الأجنبي كلما كان المورث مسلما يجعل في الحقيقة من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابط للإسناد مما يهدم قاعدة الإسناد الواردة في نص المادة 16 ق م ج والتي تخضع الميراث لقانون جنسية المتوفي وقت الوفاة.⁴

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 271.

² - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 272.

³ - تريكي دليلا، المرجع السابق، ص 254.

⁴ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 274.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوصية

01 - تعريف الوصية

عرف المشرع الجزائري الوصية في نص المادة 184 ق أ ج على أن: "الوصية تمليك إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

02 - القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية

تخضع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت وفاته بحيث تنص المادة 16ق م ج على أن الوصية يسري عليها قانون الموصي وقت موته، بحيث هناك تصرفات تخضع لقانون الموصي وقت الوصية و هناك حالات تخضع لقانون الموصي وقت موته و مدى حرية الموصي في التوصية.¹

أ- المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت الوصية

الأهلية: يتعلق الأمر هنا بالأهلية العامة للموصي و صحة الإرادة بحيث تنص المادة 186 ق أ ج على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسعة عشر 19 سنة على الأقل".

ب - المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت وفاته

يدخل في هذا المجال المسائل الموضوعية التي تتصل اتصالا وثيقا بالميراث لتعلقها بفكرة الخلافة بسبب الموت، و تعد هذه المسائل بصفة خاصة.²

¹ - عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 268.

² - عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 269.

ج- مدى حرية الموصي في الوصية

مقدار الوصية:

سواء من حيث القدر الجائز الإيصاء به بحيث تنص المادة 185 ق أ ج على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"، أو من حيث الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم¹ تنص المادة 187 ق أ ج على أنه: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا و إذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس"، و المادة 200 من نفس القانون تنص على: "تصح الوصية مع اختلاف الدين".

الأشخاص الذين لا يجوز الإيصاء لهم تنص المادة 188 ق أ ج على أنه: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"، بطبيعة الحال كلما كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام لقانون القاضي أستبعد تطبيقه.

03 - القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية

تنص المادة 16 ق م ج على أن الوصية تخضع من حيث الشكل إلى قانون الموصي وقت الإيصاء أو لقانون البلد الذي تمت فيه الوصية أي القانون المحلي.

أ- خضوع شكل الوصية لقانون الموصي وقت الإيصاء

يعني هذا أن الجزائريين المتواجدين بالخارج يمكنهم أن يحرروا الوصية في الشكل الذي يقضي به القانون الجزائري و أن الأجانب يمكنهم أن يحرروا الوصية في شكل الذي² يقضي به قانون جنسيتهم وقت الإيصاء أي وقت عمل الوصية.¹

¹ - المرجع نفسه، ص 269

² - عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 270.

ب- خضوع شكل الوصية لقانون المحلي أو قانون الإبرام

يعني ذلك أن الجزائريين في الخارج و الأجني في الجزائر يمكنهم أن يخضعوا شكل الوصية للقانون المحلي أي القانون المحلي الأجني بالنسبة للجزائريين و القانون المحلي الجزائري بالنسبة للأجنبي، على هذا الأساس للجزائري المقيم بالخارج الاختيار بين أن يحرر وصيته، إما في الشكل المحلي، و إما حسب أحكام القانون الجزائري.

و التفرقة بين ما يعتبر من الشروط الموضوعية للوصية و ما يعتبر من الشروط الشكلية للوصية هي مسألة تكييف وفقا للمادة 9 من ق م ج لقانون القاضي.¹

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الهبة و الوقف

أولا: القانون الواجب التطبيق على الهبة

الهبة هي عبارة عن عقد بين الأحياء يتصرف بموجبه الواهب في أمواله دون عوض لصالح الموهوب له، وقد أدرجها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات إلى جانب كل من الوصية والوقف، و تدخل الهبة في القانون الجزائري في نطاق الأحوال الشخصية، فقد خصص لها المشرع قاعدة إسناد خاصة بها حيث أخضعها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها،² و لا يجوز له أن يختار قانونا أجنبيا عن الواهب،³ وهذا ما نصت عليه المادة 16 ف2 ق م ج التي تنص على أنه: "يسري على الهبة و الوقف قانون جنسية الواهب أو الوقف وقت إجرائها".

أما شكل الهبة فطبقا لنص المادة 19 ق م ج فإنها تخضع لقانون محل إجرائها أو قانون جنسية الواهب باعتباره القانون المختص بحكم موضوع التصرف.

¹ - المرجع نفسه، ص270

² - شريقي نسرين، بوعلي سعيد، المرجع السابق، ص 67.

³ - سماحي خالد، بحث مقدم لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012-2013، ص69.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

أما فيما يخص الرسمية و الشهر في الهبة التي يكون محلها عقار فإن الاختصاص يخول لقانون موقع العقار بالنسبة لانتقال مال الموهوب و الاحتجاج بها تجاه الغير¹ هذا طبقا للقاعدة التي تقضي بخضوع المال لموقعه و المنصوص عليها في نص المادة 18 ف3 ق م ج.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوقف

هو نظام للانتفاع بالمال، مصدره الشريعة الإسلامية، بموجبه يرصد الواقف المال الموقوف للجهة المحبس عليها مؤقتا دون أن يكون لها حق التصرف فيه أو لجهة عامة أو خاصة بصفة مؤبدة،² و قد صنف المشرع الجزائري الوقف ضمن الأحوال الشخصية و نظمه في المواد 213 إلى 218 من قانون الأسرة.

و يعرف الوقف على أنه حبس العين على التملك على وجه التأييد و التصديق بمنفعتها على الفقراء أو على وجه البر و الخير، حسب المادة 3 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 91-10

كما أن المشرع الجزائري قد وضع للوقف ضابط إسناد يحكمه و هو قانون جنسية الأوقاف وقت إجرائه كما جاء في المادة 16 ف2 ق م ج التي تنص على أنه: "ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما."

¹ - شريقي نسرين، بوعلي سعيد، المرجع السابق، ص 68.

² - شريقي نسرين، بوعلي سعيد، المرجع السابق، ص 68 - 69.

المبحث الثالث: حالات اسبعاد القانون الأجنبي

تمهيد:

إن ازدواجية قاعدة الإسناد تقودنا إلى تطبيق أحد القانونية الوطني أو الأجنبي، إلا أن هناك حالات يكون فيها تطبيق القانون الأجنبي يمس بأمن الدولة أو النظام العام أو يقوم طرف النزاع الأجنبي بالتحايل على القانون ليتم محاكمته وفق القانون الأجنبي الذي يتوافق مع مصلحته، ففي هذه الحالات استبعد المشرع الجزائري العمل بالقانون الأجنبي و الاكتفاء بالقانون الوطني تحت ما يسمى بالدفع بالنظام العام و الذي سنعالجه في المطلب الأول و كذلك الدفع بالغش في القانون و هو ما سنعالجه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام

الفرع الأول: تعريف الدفع بالنظام العام و خصائصه

أولاً: اتجهت غالبية التشريعات، بتعريف النظام العام هو الأساس السياسي و الاقتصادي و المالي و الاجتماعي و الخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات، بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليماً دون استقرار هذا الأساس، و بحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقومات التي تدخل ضمن هذا النظام لذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العامة أمراً لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.¹

أما في القانون الدولي الخاص، فإن دور فكرة النظام العام يثبت بطريقة ظاهرة في مجال تنازع القوانين حيث يترتب على إعمال النظام العام في هذا المجال استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي ذات القابلية للتطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية في حال تعارضه مع مقتضيات حماية مجتمع دولة القاضي و إحلال قانون هذا الأخير بالرغم من أنه لم يكن أصلاً مختصاً بحكم النزاع نظراً لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا النزاع اختلافاً جوهرياً أو لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن.²

فالنظام العام في تنازع القوانين هو الوسيلة التي يراد منها عد تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته القواعد القانونية أي قواعد الإسناد لحكم تلك الرابطة القانونية و انحلال قانون القاضي محله لوجود اختلاف كبير في المفهوم بين القوانين، أو أن هناك مصلحة تعود إلى تلك الدولة بتطبيق قانونها.³

¹ - محمد سعيد جعفر، مدخل العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1999، ص 117

² - محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 129

³ - المرجع نفسه، ص 129

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

أي أن تطبيق القانون الأجنبي المختص، أصبح يرد عليه قيد عام في ذات الوقت، و هو عدم مخالفة النظام العام الوطني، و كأن المشرع الجزائري عندما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي تحفظ ضمنا لعدم مخالفة النظام العام.

ثانيا: خصائص الدفع بالنظام العام

على الرغم من عدم إمكانية تعريف النظام العام تعريفا جامعاً، إلا أنه يمكن الإشارة إلى خصائصه و المتمثلة في:

01 - النظام العام فكرة و وطنية: إن فكرة النظام العام في تنازع القوانين هي أكثر الأفكار غموضاً و ذلك رادع لعدة أسباب:

أ - لأنها فكرة ذات طابع وطني تختلف من بلدي إلى آخر

ب - كونها تتعلق بالمقومات التي تنشأ في ضمير أفراد كل مجتمع من حيث الدين و الآداب و السياسة و الاقتصاد و غيرها.

و هذا ما يفتح الباب لكي يتفاعل النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية مع فكرة النظام العام الداخلي أو القواعد الآمرة ليؤثر في تغيير مضمون و نطاق تطبيق النظام العام الداخلي على مضمون و نطاق تطبيق النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، على الرغم من الفوارق بينهما.¹

إذن ففكرة النظام العام فكرة وطنية لأنها تتعلق أساساً بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع من أسس اقتصادية و اجتماعية و سياسية لدولة القاضي.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، د ط دار

الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 283

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

02 - النظام العام فكرة نسبية: إن النظام العام عبارة عن حالة أو وضع للمجتمع الوطني يتكون من مجموعة من المبادئ و المثل العليا و الأساسية في مختلف المجالات الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية و الروحية.

و معنى ذلك أن ما يوافق النظام العام هو ما يوافق الوضع الطبيعي في المجتمع الوطني و ما يخالفه يخالف الوضع الطبيعي في هذا المجتمع بما يتعين معه استبعاد بسبب المخالفة، أي استبعاد القانون الأجنبي و إعادة الحال إلى طبيعته و من خلال هذا يتبين لنا أن:

- أ - النظام العام هو الوضع الطبيعي للمجتمع و يكون متطورا بتطور المجتمع
- ب - النظام العام يكون نسبيا يختلف من مكان إلى مكان و من زمان إلى آخر، لاختلاف المبادئ و القناعات باختلاف الأعراق و الأفكار و المعتقدات
- ج - النظام العام لا يمكن تحديد مضمونها إلا في مجتمع معين و في جيل معين
- د - ما يعتبر نظام عام في دولة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، فمثلا تعدد الزوجات يعد مخالفا للنظام العام في الدول الأوروبية فيما لا يعد كذلك في البلدان الإسلامية.
- هـ - ما يعد مخالفا للنظام العام في وقت معين في بلد ما قد لا يعد كذلك في وقت آخر، فبينما كان التطليق محظورا في بعض الدول الأوروبية و مخالفا للنظام العام صار غير ذلك في الوقت الحالي.
- و - بينما كان الزواج نظاما دينيا في بعض الدول في الماضي صار مدنيا في الحاضر نتيجة لاختلاف مقتضيات النظام العام فيها باختلاف الزمان.¹

¹ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 224-225

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

إذن ففكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من بلدي لآخر و من زمن لآخر حتى في نفس البلد.

03 - النظام العام فكرة وقتية:

فالنظام العام فكرة آنية، بمعنى أن العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدعوى دون النظر إلى ما قبل ذلك فإذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على اثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فلا يستبعد هذا القانون.¹

فخصائص الدفع بالنظام العام تتمثل في أنه فكرة وطنية تتعلق بالأسس الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و الأخلاقية لدولة القاضي و هي فكرة نسبية و متغيرة في الزمان و المكان، فإن ما قد يتعلق بالنظام العام في مكان معين و في زمان معين قد لا يكون كذلك في زمن آخر في داخل نفس النظام، و كذلك فكرة النظام العام فكرة وقتية و تكون العبرة فيها بتقدير مقتضيات النظام العام في لحظة الفصل في الدعوى، و ليس وقت إنشاء المراكز القانونية.

وقد عمدت بعض التشريعات إلى الدفع بالنظام العام بوصفه دفعا عاما، ومن ضمنها القانون الجزائري بموجب نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري المعدلة في فقرتها الأولى،² و التي تنص على انه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.

1 - صلاح الدين جمال الدين. قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 224.225.

2 - تنص المادة 24 المعدلة في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري على " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر....".

الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام و آثاره على الزواج المختلط

سنستهل في هذا الفرع دراسة شروط الدفع بالنظام العام، ثم الآثار المترتبة عليه.

أولاً: شروط الدفع بالنظام العام

يتعين لإعمال الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص توفر ثلاثة شروط تتمثل في:

- أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي.
- أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعارضاً مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي.
- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية وقت رفع الدعوى و هذا ما سنتطرق له في هذا الفرع.

01 - أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي

يعني هذا الشرط أن تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي أياً كانت، طبيعة هذه القواعد تشريعية كانت أو عرفية و توافر هذا الشرط ضرورة لازمة للدفع بالنظام العام، فلا يتصور إعمال شرط الدفع بالنظام العام إذا كان القانون بالواجب التطبيق هو القانون الوطني و ذلك حتى في حالة وجود تنازع داخلي في القوانين طالما أن هذه القوانين صادرة من مشرع دولة واحدة،¹ فلا يطبق الدفع بالنظام العام إلا إذا كان القانون المختص قانون أجنبي.

¹ - محمد خيرى كصير. المرجع السابق، ص138.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

فهذا الشرط يقتضي أن يكون القانون الأجنبي مختصا طبقا لقاعدة الإسناد في دولة القاضي، و مثال ذلك أن يثبت الاختصاص بموجب المادة 11 من القانون المدني الجزائري أن القانون الانجليزي هو المختص بحكم شروط انعقاد زواج انجليزي في الجزائر.

02 - أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعارضا مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي.

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي، اختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية بل انه لا جدوى لإجراء محاولات مسبقة للحد من نطاق تدخل النظام العام عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين من النظام العام و أخرى ليست منه.¹

و هذا ما يعني انه يلزم أن يكون هناك تعارض و تنافر بين القانون الأجنبي و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي.

فالمشرع الوطني حينما أشار في قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي لم يقصد أن يطبق هذا القانون أيا كانت النتيجة المترتبة على ذلك و لكن يتعين عليه ألا يمس ذلك بالمصالح العليا للدولة أو تعريضها للخطر أو أن يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بها و هو ما يوجب تدخل فكرة النظام العام للحفاظ على هذه المصالح.²

و تتور الصعوبة في تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام في دولة القاضي أم لا و تبقى السلطة التقديرية للقاضي المطروح أمامه النزاع في تحديد ذلك.³

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري - دراسة مقارنة بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 279.

² - محمد خيرى كصير. المرجع السابق. ص 139

³ - حمد وليد المصري. المرجع السابق ص 261.

03 - أن تكون المخالفة للنظام العام حالية وقت رفع الدعوى

و يعني هذا الشرط أن تكون المخالفة للنظام العام حالية وقت رفع الدعوى، و يكون الدفع في كل حكم يصدره القاضي بمناسبة إنشاء علاقة قانونية كالزواج أو حكم يتعلق باعتراف بعلاقة أنشئت في الخارج.¹

أي أن تكون المخالفة للنظام العام حالية، و يعد هذا الشرط أثرا لخاصية آنية النظام العام و اختلافه من وقت لآخر، وعلى ذلك فالعبرة في تحديد ما يعد مخالفا له بوقت نظر القاضي في النزاع و ليس قبل ذلك و هذا ما يمثل وجه الخلاف بين الدفع بالنظام العام و تحديد وقت الإسناد لقانون معين، و هذا الأخير يحدد بوقت وقوع الحادث أو نشوء الحق و لو تغيرت قاعدة التنازع في قانون القاضي أو القاعدة الموضوعية في القانون الأجنبي بعد ذلك فيبقى القاضي ملزما بتطبيق القاعدة الثانية عند نشوء المركز القانوني، بينما تقدير المخالفة للنظام العام يكون دائما بوقت النظر في النزاع.²

و هذا يعني أن فكرة النظام العام لا ينظر إليها وقت رفع الدعوى، فمثلا قبل سنة 1912 كان القانون الفرنسي يحرم رفع دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي، و يعتبر هذه الدعوى مخالفة للنظام العام، و لكنه بعد ذلك صدر قانون يبيح رفع هذه الدعوى، فتقدم كثير من الأبناء غير الشرعيين إلى القضاء طالبين إثبات نسبهم في حين أن مولدهم كان قد حدث قبل سنة 1912.³ وعلى ذلك فإن تقدير الدفع بالنظام العام بوقت النظر في الدعوى و ليس بالوقت الذي ينشأ فيه.

¹ - عليوش قربوع كمال المرجع السابق ص 178.

² - زروتي الطيب. القانون الدولي الخاص الجزائري د. ط. دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، 2010. ص302.

³ - علي علي سليمان. المرجع السابق، ص302.

ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام على مسائل الزواج المختلط

إن الزواج و انحلاله باعتبارهما منظمان بموجب أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا له، يطبق على كافة الجزائريين و لو كانوا مقيمين بالخارج فالدستور باعتباره أسمى القوانين قد نص على حماية الأسرة بموجب المادة 58 من الدستور و التي جاء فيها " تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع " كما نصت المادة 29 على أن " كل المواطنين سواسية أمام القانون "، و تنص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 بأن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، و بوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل و المرأة في نفس الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج و الطلاق.¹

و قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية قد تضمنتا مجموعة من الأحكام المتعلقة بإبرام الزواج و انحلاله، منها مبدأ حرية الاختيار المكفول لكل من المرأة و الرجل، الحقوق الزوجية.

و تطبيقا لما سبق ذكره فإن إبرام الزواج و انحلاله هي مسائل متعلقة بالنظام العام، فإذا أراد جزائري إبرام عقد زواج مع أجنبية في الجزائر عليه مراعاة النظام العام في الجزائر و كذلك بالنسبة لانحلال الزواج و بناء على هذا سنعرض أولا تطبيقات الدفع بالنظام العام بالنسبة لانعقاد الزواج ثم تطبيقات دفع بالنظام العام بالنسبة لانحلال الزواج ثانيا.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة.(ج ر، عدد 6 سنة 1996) .

01- تطبيقات الدفع بالنظام بالنسبة لانعقاد الزواج

إن قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية قد تضمنتا مجموعة من الأحكام المتعلقة بإبرام الزواج حسب ما نصت عليه المادة 04 من ق أ ج فالزواج عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب، و الزواج فكرة اجتماعية تختلف من مجتمع لآخر فالزواج يكشف عن تمييز و خصوصية التشريعات الوطنية بصفة واضحة باعتبار أنه مرتبط بنواحي أساسية لتنظيم المجتمع فنظامه القانوني متعلق بتصورات اجتماعية فلسفية و دينية و لهذا تختلف شروط إبرامه من دولة لأخرى.¹

و يخضع الزواج لمجموعة قواعد تعتبر لصيقة بالشخص، و هو ما يؤدي إلى تطبيق قوانين أجنبية محددة بموجب قواعد التنازع و هذا ما تضمنته المادة 11 من ق م ج على أن قانون جنسية الزوجين هو الذي يعتد به وقت أبرام عقد الزواج و لا يتأثر إذا تغيرت جنسية أحد الزوجين أو كلاهما في حالة الزواج المختلط.

فيطبق بشأن الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط التطبيق الموزع أي أنه يطبق على الزوج قانونه و على الزوجة قانونها أما موانع الزواج فيطبق بشأنها التطبيق الجامع.

و من المسائل المتعلقة بالنظام العام في مجال انعقاد الزواج هي الشروط، فالشروط الخاصة بسن الزواج الذي يجب أن لا يكون أقل من 19 سنة، إلا إذا أجاز القاضي بمصلحة أو ضرورة حسب نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري " تكتمل أهلية الرجل

¹ - جمال الدين صلاح الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية و التنازع القوانين ص422.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ".

و كذلك شرط الرضا الذي يعتبر ركنا أساسيا إذا اختل يبطل الزواج و هذا ما نصت عليه المواد 9 و 13 و 33 من قانون الأسرة الجزائري و بالتالي إذا كان القانون الأجنبي يحيز الزواج لأقل من 19 سنة أو يجيز للمرأة الزواج دون رضاها بالإكراه أو التدليس، يكون مخالفا للنظام العام الجزائري، و يرفض ضابط الحالة المدنية تحريره، و كذلك يدخل في النظام العام في قانون الأسرة الجزائري، عند عقد الزواج موانع الزواج المؤقتة و المؤبدة حيث تنص المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري¹ على موانع الزواج المؤبدة، و بالتالي يكون الزواج المبرم في الجزائر بين الأصول و الفروع أو بين الأخ و أخته، بين العم أو الخال، و ابنة الأخ و ابنة الأخت، بين الخالة و العممة و ابن الأخ و ابنة الأخت باطلا و مخالفا للنظام العام في الجزائر حتى و لو كان القانون الوطني للطرف الأجنبي يسمح بذلك أما بالنسبة لموانع الزواج المؤقتة فقد نصت عليها المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها " يحرم من النساء مؤقتا المحصنة، المعتدة من الطلاق أو الوفاة المطلقة ثلاثا، الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها"، و بالتالي يمنع على المرأة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها من الزواج حتى تكتمل العدة و على الأجنبية التي ترغب في إبرام زواجها مع جزائري في الجزائر أن تحترم هذه الأحكام حتى و لو كان قانونها الوطني يسمح بزواجها فورا، لأن الأحكام المتعلقة بالموانع يطبق عليها التطبيق الجامع كما أنها تعتبر من النظام العام.

¹ - تنص المادة 24 من قانون الأسرة الجزائري على " موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة المصاهرة. الرضاع. "

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

كما يدخل في النظام العام المادة 7 مكرر¹ من قانون الأسرة الجزائري التي تلزم طالبي الزواج بتقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من أي مرض يشكل خطرا على صحة الزوج الآخر و الأبناء.

كما يعتبر من النظام العام ما نصت عليه المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري التي تحرم زواج المسلمة بغير المسلم. فهذا يعني أنه عند إبرام عقد زواج مختلط في الجزائر و كان أحد أطرافه جزائري فيمكن التمييز بين ما إذا كان القانون الوطني للزوج الأجنبي مخالفا للنظام العام الجزائري فيستبعد من التطبيق و هذا ما نصت عليه المادة 24 من القانون المدني من فقرتها الأولى " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر" أما إذا كانت أحكامه لا تمس بالنظام العام في الجزائر فيكون واجب التطبيق.

02 - تطبيقات الدفع بالنظام العام في انحلال الزواج

إن القانون الأجنبي الذي يمنع الطلاق أو الذي يميز بين الزوجين في طلب الطلاق و فيما يتعلق بآثاره يكون مخالفا للنظام العام و كذلك القانون الذي لا يمنح للزوجة الحق في طلب الطلاق بعد إبرام الزواج الثاني فيستبعد من التطبيق باسم النظام العام.

و يتدخل النظام العام الجزائري في مسألة الطلاق ليستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا قضى بحرمان الزوج المسلم من حق الطلاق على أساس منع المسلم من الحقوق التي تخولها إياه الشريعة الإسلامية و يتعلق بالنظام العام،² حيث تكون نتيجة

¹ - تنص المادة 7 مكرر الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

² - عز الدين عبد الله. المرجع السابق. ص47.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

عدم المطابقة و استبعاد تطبيق القانون الأجنبي و هذا وفقا لما تنص عليه المادة 24 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.¹

كما أنه يستبعد القانون الأجنبي الذي يسمح بإنهاء الرابطة الزوجية لتغيير الزوج دينه إلى الإسلام لمخالفة حق المسلم في الزواج بالكتابية، و تغيير من النظام العام للقانون الأجنبي الذي لا ينظم أي وسيلة لانحلال الزواج.²

المطلب الثاني: حالة الدفع بالغش نحو القانون

من المعلوم أن قواعد الإسناد تعتمد في كل حالة على ضابط معين يتم من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن هناك قواعد مرنة إن صح التعبير يمكن التلاعب بها و تغييرها لصالح الطرف الأجنبي الذي يحاول توجيه القاضي لمحاكمته وفقا لقانونه الوطني، و هذا ما يسمى بالغش نحو القانون، و في حالة ثبوت التحايل يتم استبعاد القانون الأجنبي و اللجوء إلى القانون الوطني.

و قصد التفصيل في هذه الجزئية قمنا بتعريف الغش نحو القانون في الفرع الأول أما الفرع الثاني فقد خصصناه إلى شروط الدفع بالغش نحو القانون و آثاره على الزواج المختلط.

الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون

أولاً- تعريف الغش نحو القانون:

يعد القانون الدولي الخاص المجال الخصب للغش نحو القانون، بسبب تنوع الأنظمة القانونية للدول المعنية بالنزاع، و يستخدم الأفراد هذا التنوع للتهرب من القانون

¹ - تنص المادة 24 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام أو الآداب العامة في الجزائر".

² - صلاح الدين جمال الدين. القانون الدولي الخاص. الحسيبة و تنازع القوانين. المرجع السابق. ص 425.424.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

المختص لحكم العلاقة، بحيث يضعوا أنفسهم بشكل مصطنع تحت سلطة قانون آخر يتوافق مع مصالحهم بصورة أفضل.¹

و الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص عبارة عن تدبير إداري لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى، أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة، و يعتمد ذو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر العلاقة القانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون معين.²

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون و آثاره على الزواج المختلط

أولا - شروط الدفع بالغش نحو القانون

للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون في مسائل الزواج المختلط كسبب لاستبعاد القانون الواجب التطبيق سواء من حيث الانعقاد أو الآثار، يجب توافر شروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه.

01 - الشروط المتفق عليها

للتمسك بالغش نحو القانون لابد من توافر ركنين أساسيين، و هما ركن مادي و ركن معنوي.

أ - الركن المادي للغش

يشترط لإمكان الدفع نحو القانون، أن يتوفر العنصر المادي في الغش و هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، و يكون ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن.³

¹ - محمد وليد المصري، المرجع السابق. ص274.

² - حسين الهداوي. تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 196.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي المرجع السابق، ص290.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

و ينجم عن تغيير الجنسية، تغير القانون الشخصي في الدول التي تسند الزواج لقانون الجنسية، فإذا كان قانون الجنسية مثلاً يشدد في شروط إبرام عقد الزواج أو يمنع قيامه، قد يعتمد صاحب المصلحة إلى تغيير جنسيته من أجل التهرب من ذلك القانون.

و بالمثل يشكل تغيير الموطن، وهو أيسر من تغيير الجنسية، ظرف إسناد إرادي محض لتبديل القانون الشخصي في الدول التي تسند الزواج المختلط لقانون المواطن.¹

و يشترط أن يكون التغيير فعلياً، إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد سورياً، لما كنا في حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي في هذا الضرف التمسك بأحكام سورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير، فإذا غير الشخص موطنه تغييراً سورياً، فإن العبرة في هذه الحالة بالمواطن الحقيقي، وكذلك تغيير جنسية أحد الزوجين مع بقاء الزواج محكوماً بالقانون الذي كان يحكمه سابقاً، قبل تغيير ظروف الإسناد، لا توجب الأخذ بنظرية الغش نحو القانون لعدم فعالية وسيلة الغش.²

و من جهة أخرى يشترط أن يكون التغيير مشروعاً، ولعل هذا هو وجه الطرافة في الغش، إذا لو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة، كأن يقوم الزوج بتغيير جنسيته عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فإنه لا يجوز الاعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، وتكون العبرة بالجنسية الأولى.³

و أخيراً يشترط أن يكون التغيير إرادياً، و معنى هذا أنه إذا فرض على الزوج أن يغير جنسيته، كأن تثبت له الجنسية الجديدة بالزواج من أجنبية، فإن تغيير القانون الواجب التطبيق كأثر لذلك، لا يسوغ استبعاد هذا الأخير، استناداً للدفع بالغش نحو

¹ - نادية فضيل. تطبيق قانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. د ط. دار هومة. الجزائر. 2001. ص 129.

² - حسين الهداوي. تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق. ص 204.

³ - المرجع نفسه، ص 204

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

الفانون، إذ أن التغيير في العنصر الواقعي الذي يستخدم في إيجاد ضابط الإسناد قد حدث عرضاً بغير أن يكون مقصوداً لذاته.¹

ب - الركن المعنوي للغش

لا يكفي حصول تغيير طرف الإسناد كنتيجة عادية لتغير عنصر من عناصر العلاقة القانونية، وإنما يجب لتوافر الغش أن يصبح تغيير القانون المختص هدفاً في ذاته، القصد من وراءه هو تجنب الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق، و بعد توافر نية الغش العنصر الوحيد عملياً الذي تكون بموجبه الاحتيال على القانون، على أساس أن التغيير الإرادي لضابط الإسناد يتم بصورة مشروعة و لا يكشف عن التحايل بمفرده.²

و لاشك أنه من الصعوبة البحث عن نية الغش و إثباتها، لا سيما و أن القاضي يتوقف عند الوقائع و ليس النوايا، ولا تعني صعوبة إثبات نية الغش استحالة إذ يمكن للقاضي استكشاف هذه النية بالرجوع إلى ظروف القضية وملابساتها.³

02 - الشروط المختلف فيها

إلى جانب الشروط المتفق عليها، فإن هناك شروط أخرى غير متفق عليها، تتمثل

في:

أ - أن يكون الغش نحو قانون القاضي: إذا ارتكب أحد الزوجين الغش نحو القانون الأجنبي فلا يجوز التمسك به، و قد استقرت أغلب التشريعات على ذلك مستندة إلى أن القانون الأجنبي لا سلطان له على قانون القاضي، فالغش نحو القانون لا يكون إلا في الحالات التي يتهرب فيها الأفراد من قانون القاضي، فلا يمكن تصور الدفع

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص284.

² - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين، المرجع السابق ص363.

³ - عز الدين عبد الله. المرجع السابق ص563.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

بالغش نحو القانون الأجنبي وهذا الشيء الذي يعلل مهمة القاضي لحماية القوانين الوطنية من الغش المفتعل من قبل الأطراف.¹

ب - أن يكون الغش ضد القواعد الآمرة: يستوجب لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، أن يكون التحايل على القانون الوطني منصبا على النصوص الآمرة، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها باعتبارها من النظام العام، إذ لا ينصب الغش نحو القواعد المكملّة التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها واستبعاد تطبيقها، لأن المشرع خول للأفراد الخروج عليها.²

مما يعني أن حالة الغش نحو القانون ممكن تحقيقها في عقد الزواج المختلط، ما دام المشرع الجزائري حدد مسبقا القانون الواجب التطبيق عليه دون ترك حرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق عليه.

ثانيا: آثار الدفع بالغش نحو القانون على الزواج المختلط

يترتب على الدفع بالغش نحو القانون آثار بالنسبة للزواج المختلط أحدها سلبي والآخر إيجابي.

أولا - الأثر السلبي:

لما كان الهدف من قيام أطراف العلاقة الزوجية التلاعب في العناصر الواقعية التي تؤثر في تحديد ضابط الإسناد، هو التوصل إلى استبعاد قانون لصالح آخر، فإن الجزاء الواجب توقيعه إزاء هذه المخالفة لقانون القاضي، هو إحباط ذلك التلاعب نحو

¹ - زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 266.

² - نادية فضيل، المرجع السابق، ص 130 .

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

الاختصاص باستبعاد القانون الذي حاول الأطراف التوصل إلى تطبيقه عدم نفاذ أي أثر له.¹

فإذا كان قانون جنسية الزوج لا يسمح بإبرام عقد الزواج الثاني مثلاً ، و عمد الزوج إلى تغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون يسمح له بذلك، فجزاء الغش في هذه الحالة هو استبعاد تطبيق قانون الجنسية الجديدة، و هذا الحكم يطبق أيضاً على الزوج الذي يغير جنسيته للتخفيف من شروط إبرام عقد الزواج.

و الهدف من استبعاد القانون الذي أثبت له الاختصاص غشا، هو حماية سلطان القانون سواء كان قانون القاضي أو قانون آخر أجنبي، و يجوز الدفع بالغش نحو القانون حتى لو كان من تمسك به طرفاً فيه، و معنى ذلك انه إذا تواطأ زوجان على التجنس بجنسية دولة أجنبية، للتوصل إلى حكم الطلاق بينهما، و حصلوا على الطلاق، ثم تزوج احدهما للمرة الثانية، فإنه يجوز للزوج الأول أن يتمسك مع ذلك بالدفع بالغش حتى لا ينفذ الطلاق و الزواج الثاني في مواجهته.²

ثانياً - الأثر الإيجابي

إن استبعاد القانون الذي سعى الأطراف إلى تطبيقه غشا، يؤدي إلى نشوء فراغ قانوني يتعين سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أرادوا التهرب من أحكامه، و في ذلك درء للاعتداء على قاعدة التنازع الوطنية و إعادة لسلطانها، بتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه أو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها.³

فإذا أراد جزائري إبرام عقد زواج مع فرنسية أمام القاضي الجزائري، و عمد إلى التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً و هو القانون الجزائري تطبيقاً للمادة 13 من

¹ - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجنسية و تنازع القوانين، المرجع السابق ص 365.

² - صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص 370.

³ - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجنسية و تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 371.

الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره

القانون المدني الجزائري، إذا تخلى الزوج عن الجنسية الجزائرية و اكتسب الجنسية الفرنسية ، و أراد بعد ذلك مباشرة أن يقوم بإنشاء علاقة جواز مختلط، فالقاضي الجزائري في هذه الحالة يستبعد تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية المشتركة و الذي ثبت له الاختصاص اصطناعيا، و يطبق القانون الجزائري باعتباره القانون الواجب التطبيق أصلا، و هذا تطبيقا لنص المادة 24 المعدلة من القانون المدني في فقرتها الأولى.¹

أما فيما يتعلق بالوسيلة التي اعتمدت للتهرب من القانون الواجب التطبيق، و التي ساهمت في تغيير ضابط الإسناد، فإن الأثر ينصرف إلى النتيجة دون الوسيلة، و هو الحكم بعدم نفاذ النتيجة دون إبطال الوسيلة، و هذا يعني أنه إذا قام الزوج بتغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق، فإنه يستبعد قانون الجنسية الجديد و لكن هذا لا يؤثر على اكتسابه الجنسية الجديدة.

¹ - تنص المادة 24 المعدلة من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولى على: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر ، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ".

الخاتمة

من خلال ما سبق التطرق إليه فيما يتعلق بتنازع القوانين في الزواج المختلط و انحلاله نخلص إلى أن هذا الأخير لا يزال محل خلاف و صعب التطبيق نظرا لاختلاف القوانين عبر الدول و الديانات و الأعراف و كذا قناعات كل مشرع، إلا أننا نجد الدول في المقابل تحاول جاهدة لإيجاد حل لهذه الإشكالات و ذلك بوضع ضابط إنسان لكل فئة.

و نجد أن المشرع الجزائري انتهج نفس المنهج فقد نظم قواعد الإنسان الخاصة بالزواج في المواد 11 و 12 و 13 من القانون المدني، إلا أنه استثنى مرحلة الخطبة، غير أنه و بالرجوع إلى المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري يمكننا استنتاج ضابط الإنسان باستقراء الحل الذي أوجده المشرع في حال العدول عن الخطبة.

و الزواج عقد كغيره من العقود يجب لصحته توافر شروط موضوعية و شروط شكلية فنجد المشرع الجزائري قد أسند الشروط الموضوعية إلى قانون الجنسية المشتركة بين الزوجين، أما فيما يخص الشروط الشكلية فقد أسندها لقاعدة خضوع شكل العقد لمكان إبرامه، و استثنى حالة اتحاد جنسية الزوجين فيتم عقد زواجهم لقانون جنسيتهم المختلفة.

و نتيجة استيفاء الشروط الشكلية و الموضوعية لعقد الزواج، ينتج عن هذا الأخير آثار شخصية و أخرى مالية و قد أخضع المشرع الجزائري جميع الآثار المترتبة عن الزواج إلى ضابط إنسان واحد و هو جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

و في بعض الأحيان يتعذر أو يستحيل استمرار العلاقة الزوجية مما يؤدي إلى حلها، فنجد أن المشرع الجزائري تدخل و أخضع أسباب فك الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج و و أقر إجراءات وقتية كالنفقة و أخضعها لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، كما نجده أخضع الحضانة لجنسية الزوج و قت رفع الدعوى، و هناك نوع آخر

من أنواع انحلال الرابطة الزوجية و هو الوفاة و التي يترتب عليها آثار مالية كانت موضع جدل بين القوانين المختلفة و هي الوصية و الميراث، فبالنسبة لهذا الأخير فيعتبر اختلاف الدين فيع سببا للحرمان منه فأخضعه المشرع لقانون جنسية المورث، أما بالنسبة للوصية فالمانع فيها هو مقدارها فلا يجي أن تتجاوز الثلث و القانون الواجب تطبيقه هو قانون جنسية الموصي.

كما نجد أن المشرع الجزائري يستبعد القانون الأجنبي و يطبق القانون الوطني في حالتين و هما الدفع بالنظام العام و الدفع بالغش نحو القانون.

و مما يعاب على المشرع الجزائري عدة نقاط من بينها:

01 - عدم تخصيص ضابط إسناد للحضانة بل أخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى و هذا قد يكون فيه إجحاف في حق المحضون

02 - لم يفرق بين حالات انحلال الرابطة الزوجية فأخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، في حين كان عليه إخضاعها لجنسية الزوج و قت إبرام العقد لجهل الطرفين بقوانين الجنسية الجديدة في حال تغييرها

03 - لم يخصص ضابط إسناد للخطبة باعتبارها مرحلة من مراحل الزواج

إلا أننا نجد المشرع الجزائري قد وفق في تنظيم أحكام الهبة و الوقف و الوصية و الميراث.

و في تنمة هذا البحث نرجو أن نكون قد وفقنا و لو بقدر بسيط في جمع و تقديم الشروحات الكافية لهذا الموضوع فما أصبنا فيه فمن الله و ما قصرنا فيه أو أخطأنا فمن أنفسنا و الشيطان.

قائمة المراجع

أولاً: المصادر

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2004.

ثانياً: المراجع

الكتب

1. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2004 .

2. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2013 .

3. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009

4. المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة دار الثقافة، الأردن، 2011 .

5. الشربناصي رمضان علي السيد، الشافي جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

6. -إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، الجز الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989

7. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 .

8. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008

9. بن عبدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007 .
10. ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007
11. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، والقانون الفرنسي، الجزء الأول، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2000
12. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، 2000 .
13. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الغسيلة، الجزائر، 2010 .
14. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، 1993 .
15. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، الجزائر، 1986
16. سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، - 17 2004. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013 .
17. شريقي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجنسية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013
18. شريقي نسرين، بوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013 .

19. صلاح الدين، جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
 20. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
 21. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011
 22. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006 .
 23. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1999.
 24. محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
 25. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- الرسائل و المذكرات

أ- رسائل الدكتوراه

1. تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006-2007 .
2. سماحي خالد، بحث لنيل الدكتوراه، في القانون الخاص، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، جامعة الجزائر، أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012-2013

1. بزاف إبراهيم، القواعد الخاصة بعقود الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع

الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية

الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، (بدون سنة النشر)

2. بوقدورة محمد، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المعدل 2005 دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم

الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة

والقانون، جامعة الجزائر، 2010

3. جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص،

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011 .

4. درية أمين، قواعد التنازع المتعلق بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل

شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق،

تلمسان، السنة 2007-2008. ،الجامعية

5. 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، الجزائر، 2010-2011

6. زلاسي بشري، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره،

بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون،

الجزائر، 2000 2001.

7. معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في

الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية

الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2003-2004

1. خليف سارة، حق الحاضنة في السكن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

المقالات

1. بومراو سفيان "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقد يوم 23-24 أبريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن مبرة، بجاية، ص ص 93-107

2. تريكي دليلة "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري" مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقد يومي (23-24 أبريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية من ص ص 254-259 .

3. عليوش قربوع كمال "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري" مداخل مقدمة إلى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية المنعقدة يومي 23-24 أبريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، من 154

4. -عماد إشوي "تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية في مجال الأحوال الشخصية المنعقدة يومي 23-24 أبريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، من ص ص 195-219

5. كمال سمية، تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات

الأحوال الشخصية المشتمة على عنصر أجنبي، مجلة العلوم القانونية

والإدارية، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي

اليابس، سيدي بلعباس، 2015، من ص ص 106

6. درية أمين (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري

والقوانين المقارنة)، دفا تر السياسية والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي

الطاهر سعيدة، جانفي. ص 254

النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات - 1أمر 74-75 المؤرخ في 12 يوليو 1974، يتضمن المصادقة

على اتفاقية القنصلية بين "حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة

الجمهورية الفرنسية"، موقع بباريس 24-05-1974، ج ر عدد 62، الصادرة في 2

أوت 1974

ب- القوانين :

1. أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر

العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970 معدل ومتمم .

2. أمر رقم 70-86، مؤرخ في 15-12-1970، يتضمن قانون الجنسية

الجزائرية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01، مؤرخ في 27-02-

2005، ج ر العدد 15 27-02-2005. في الصادر

3. أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدن،

ج ر العدد 78، المؤرخة في ثلاثين سبتمبر (30-09 1975)، معدل

ومتتم. قائمة المراجع 70

4. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة،
معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة
الرسمية رقم 15

د- المراسيم

1. المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، يتضمن
المصادقة على الاتفاق بين ج ج د ش والحكومة الجمهورية الفرنسية،
المتعلقة بالأطفال والأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال،
الموقفي مدينة الجزائر 25 يوليو 1988 ، ج ر عدد 30 ، الصادرة في
27 يوليو 1988.

الفهرس

الصفحة	الفهرس
أ - د	المقدمة
32 - 01	الفصل الأول: إبرام عقد الزواج المختلط و آثاره
22 - 02	المبحث الأول مفهوم الزواج المختلط و قواعد التنازع التي تحكم إبرامه
05 - 02	المطلب الأول: مفهوم الزواج المختلط
03 - 02	الفرع الأول تعريف الزواج المختلط
05 - 04	الفرع الثاني: حالات اختلاف الزواج المختلط
04	أولاً: ضابط الدين
05 - 04	ثانياً: ضابط الجنسية
22 - 06	المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم إبرام عقد الزواج المختلط
07 - 06	الفرع الأول: القانون الواجب على مقدمات الزواج
08	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية
08	أولاً: تعريف الشروط الموضوعية
16 - 08	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية
21 - 16	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية
17 - 16	أولاً: تعريف الشروط الشكلية
21 - 17	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية
22 - 21	الفرع الرابع: دور فكرة النظام العام في تطبيق القانون أثناء الزواج
32 - 22	المبحث الثاني: نطاق آثار عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم آثاره
24 - 22	المطلب الأول: تحديد نطاق آثار عقد الزواج المختلط
23 - 22	الفرع الأول: نطاق الآثار الشخصية
24 - 23	الفرع الثاني: نطاق الآثار المالية

32 - 24	المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم آثار عقد الزواج المختلط
31 - 24	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية
26 - 24	أولاً: الحقوق و الواجبات الزوجية
27 - 26	ثانياً: النسب
28 - 27	ثالثاً: النفقة الزوجية
31 - 28	رابعاً: الحالة المدنية للمرأة المتزوجة
32 - 31	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية
75 - 34	الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط و آثاره
41 - 35	المبحث الأول: انحلال عقد الزواج المختلط و قواعد التنازع التي تحكم انحلاله
37 - 35	المطلب الأول: صور فك الرابطة الزوجية
36 - 35	الفرع الأول: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية
37 - 36	الفرع الثاني: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية
41 - 37	المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط
39 - 37	الفرع الأول: نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج
41 - 40	الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون الجزائري
59 - 42	المبحث الثاني: قواعد التنازع التي تحكم آثار انحلال عقد الزواج المختلط
49 - 42	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية
43 - 42	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على العدة
44 - 43	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية
48 - 44	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الحضانة
49 - 49	الفرع الرابع: النظام العام و القانون الذي يحكم انحلال الزواج
56 - 49	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التصرفات المالية

55 - 49	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث و الوصية
52 - 49	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الميراث
55 - 53	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الوصية
56 - 55	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الهبة و الوقف
56 - 55	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الهبة
56	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الوقف
75 - 57	المبحث الثالث: حالات استبعاد القانون الأجنبي
69 - 58	المطلب الأول: الدفع بالنظام العام
61 - 58	الفرع الأول: تعريف الدفع بالنظام العام و خصائصه
69 - 62	الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام و آثاره على الزواج المختلط
75 - 69	المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون
75 - 69	الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون
75 - 70	الفرع الثاني: شروط الغش نحو القانون و آثاره على الزواج المختلط
77 - 76	الخاتمة
84 - 78	قائمة المراجع