جامعة عبد الرّحمان ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الزواج المختلط في قواعد التنازع الجزائرية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
القانون الخاص تخصص:

من إعداد الطالبين
قاسمي نبيل
كروان هشام

تحت إشراف الدكتور:
ناتوري كريم

لجنة المناقشة:

الأستاذ موري سفيان ، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية ----------رئيساً
الأستاذ ناتوري كريم ، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية ---------- مشرفاً ومقرراً
الأستاذ الأستاذ تبري أرزقي ، أستاذ مساعد، جامعة بجاية----------ممتحناً

تاريخ المناقشة 15 جويلية 2021

شكر وتقدير

نشكر جميع الأساتذة الذين ساهموا في تأطيرنا، وفي إتمام عملنا خاصة الأستاذ القدير ناتوري كريم.

نشكر أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة المذكرة. نشكر الله عز وجل على توفيقه لنا في إتمام هذا العمل

وفي الأخير نشكر أسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة بجاية على كامل دعمها.

إهداء

إلى نبع الحنان أمي العزيزة والغالية حياتي وروحي التي كانت سندا لي في مشواري الدراسي

إلى أبي العزيز الغالي الذي سهر الليالي من أجلي

إلى قرة عيني زوجتي العزيزة التي كانت من في كل وقت

إلى أخي وأختي توفيق وزهرة وكتاكيتها كنزو وهناء وزوجها

إلى روح جدتي التي سهرت الليالي من أجلي وروح ابن عمتي فوزي رحمهما الله

إلى عائلتي الثانية أهل زوجتي حفظهم الله

إلى كل خالاتي وعماتي رعاهم الله

إلى كل أصدقائي هشام، مناد، ولامين وعبد الوهاب وكل من زاملني في الدراسة أو من ساعدني في إنجاز هذا البحث ولو بقليل.

نبيل

إهداء

إلى أميمنبع الحنان ومصدر فخري واعتزازي أطال الله في عمرها

إلى أبي الذي رعاني ولم يبخل عني يوما

على اخي سند ضهري

إلى كميلية شمعة دربي

إلى أصدقائي لامين، عبد الوهاب، جاكو، خالد، نسيم ولوناس.

إلى زملاء الدراسة نبيل زيان هشام.

إلى كل من ساهم في إنجاز هذا البحث وإلى كل من وسعهم صدري ولم يذكرهم قلمي

هشام

قائمة لأهم المختصرات

أولا: بالغة العربية

- ع: عدد
- ص: صفحة
- د ط: دون طبعة
- ج: جزء
- ج ر: الجريدة الرسمية
- ف: فقرة
- ط: طبعة
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ثانيا: بالغة الفرنسية

Ibid: in bifore indication document.

P : page.

L.G.D.J : libraire General de droit et de jurisprudence.

Op.cit. : ouvrage précédemment cite/Opus Citatum.

مقدمة

يعتبر المنهج التنازعيّ الوسيلة الفنية الغالبة لحل مشاكل تنازع القوانين، لكنه ليس الوحيد إذ لا يمكن الاستغناء على الاتفاقيات الدولية والقواعد الموضوعية، خاصة بعد محاولات توحيد هاتين الأخيرتين في مسائل معينة من القانون الخاص، لكن قواعد التنازع في مسائل الزواج والطلاق تقبل التوحيد بسبب اختلاف النظم القانونية حولها .

أحدث المشرع الجزائري تعديلات على قواعد التنازع الجزائرية في 2005 ،علما أن أخضع كل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لضابط الجنسية كأصل) **المادة 10 إلىّ المادة 16** من القانون المدني(وفي الحالات التي يكون فيها الشخص عديم الجنسية أخضعها لقانون الموطن أو لقانون محل الإقامة كاستثناء المادة 22 من القانون المدني .

واذا كان المشرع الجزائري قد أشار في المادة 221 من قانون الأسرة إلى نطاق تطبيق قانون الأسرة الجزائري وأقرّ بأن يسري على جميع المواطنين الجزائريين وعلى جميع المقيمين بالجزائر، الا أنه أكد في ذات المادة على ضرورة مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني، ولما كانت قواعد التنازع أو الإسناد واردة في القانون المدني من المادة 09 إلى المادة 24 ،وجب تطبيق قواعد التنازع المتعلقة بالزواج على هذا الأخير لما يكون مشتملاّ على عنصر أجنبي لأن عدم الخضوع لقواعد التنازع في هذه المسائل يؤدي إلى إهدار حقوق الأفراد وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية، فلو أخضعنا مثال زوجين جزائريين مقيمين في الخارج لقانون أجنبي لا يسمح بالطلاق أو يسوي في الميراث بين الذكر والأنثى لأدركنا دور قواعد التنازع في الحفاظ على استقرار المعاملات وحقوق الأفراد في مثل هذه المسائل .

يعتبر موضوع الزواج مجال خصب لتنازع القوانين ففي بعض التشريعات يكون ذو طابع مدني وفي أخرى ذو طابع ديني...الخ، لكن الشيء الأكيد هوّ أن الزواج حق للرجل والمرأة البالغين دون أي قيد بسبب الجنس أو الجنسية أو الدين، ولهما حقوق متساوية .

عند الزواج وخلال الحياة الزوجية وعند انحلاله، هذا ما أكدته **المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948** كما أن زواج الجزائريين والجزائريات مع الأجانبّ واقع عملي ولا يعد من المحرمات لا شرعا ولا قانونا ، باستثناء زواج المسلمة بغير المسلم .

كما أن الخطوة الأولى في تكوين الأسر التي بدورها تكونت المجتمعات، وهذا ما دفع بجميع التشريعات الى إعطاء أهمية في تكوين القواعد والأحكام المنظمة له، ومن ضمن هذه التشريعات التشريع الجزائري الذي اعتمد بشكل شبه كلي على الشريعة الإسلامية في تكوينه باعتبار حفاظا على مقومات المجتمع و مصلحته من جهة ومن جهة أخرى للتخلص من عيوب التبعية الفكرية للكيانات الأخرى

.نطاق البحث: تتعلق هذه الدراسة بالقانون الذي يسري على زواج الجزائريين أو الجزائريات بالأجانب أو الأجنبيات في الجزائر وفي الخارج، بمعنى الزواج المختلط، والقانون الذي يطبق على آثار هذا الزواج المختلط، وكل ذلك وفقا لقواعد التنازع الجزائرية التي يجب دائما أن تتلاءم مع قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية اعمالا أيضا بقاعدة الخاص يقيد العام، خاصة بعد صدور تعديل قواعد التنازع في القانون المدني لسنة 2005 وتعديل قانون الأسرة في نفس السنة .

بما أن عقد الزواج كالعقود الأخرى ينتج أثر قانوني، عمد المشرع الى تنظيمه وفق قواعد خاصة وملزمة في مرحلة التعاقد تتضمن شروط أساسية لصحته، ّ قسمها المشرع الى قسمين شروط موضوعية وشروط شكلية، وهذه الشروط تختلف من بلد لآخر وهذا ما يضعنا أمام إشكالات ونزاعات قانونية، إذا كان في العالقة عنصر أجنبي سواء في أطراف العقد أو مكان ابرامه وهذا ما بات يثير ماّ نسميه بتنازع القوانين، وتحديد القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج.

أهمية دراسة البحث: تحوز هذه الدراسة أهمية بالغة لإبراز القانون الذي ينظم الزواج المختلط وكل الحقوق المرتبطة به والمترتبة عنه، آثاره وانحلال الرابطة الزوجية، بالإضافة إلى الانفصال الجسماني الذي أضافه المشرع الجزائري سنة 2005 ، وكيف تعامل المشرع الجزائري مع المسائل المرتبطة بالزواج المختلط .

مناهج البحث: اعتمدنا في هذه الدراسة على بعض المناهج وهي المنهج التاريخي بهدف تتبع مختلف التحولات التي عرفها مجال تنازع القوانين في موضوع الزواج في القانون الجزائري، والمنهج التحليلي لأغراض فحص وتدقيق الحلول القانونية التي تبناها المشرع الجزائري، في مجال تنازع القوانين حول موضوع الزواج.

الإشكالية: يثير الزواج مشاكل عدة بالنسبة لانحلاله والانفصال الجسماني، **فما هو القانون الذي طبقُ ي على الزواج المشتمل على عنصر أجنبي في قواعد التنازع الجزائرية؟، وما مدى محافظة قواعد التنازع الجزائرية على مصالح الطرف الجزائري في مسائل الزواج؟** وللإجابة عن هذه الإشكالية، اخترنا التقسيم الثنائي و قسمنا هذا البحث إلى فصلين الفصل الأول والفصل الثاني ولكل فصل مبحثين و تناولنا في الفصل الأول القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج و في الفصل الثاني القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج و انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني .

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

معظم الدول تشترط لصحة انعقاد الزواج شروط شكلية وموضوعية، ففي فرنسا مثال القانون المدني الفرنسي يضع شروط صارمة الانعقاد الزواج وعدم احترامها قد يؤدي إلى إبطال الزواج، فجميع التصرفات القانونية يستوجب لصحتها توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية، هذا ما ذهب إليه أيضا المشرع الجزائري إذ تناول في قانون الأسرة الشروط يعتبر من الشروط الموضوعية الواجب توافرها الانعقاد الزواجُ صحيحا دون أي تمييز بين ماُ وما يعتبر من الشروط الشكلية، غير أنه على صعيد القانون الدولي الخاص يتم التمييز بين موضوع وشكل عقد الزواج .

يترتب على ذلك إمكانية إخضاع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي يسري فيّ على الشروط الشكلية، علما أنه في ضل القوانين القديمة كان شكل التصرف القانوني يخضع لقانون مكان إبرامه

.يجب التذكير أن الزواج يبدأ بمقدمات تسمىّ الخطبة، والتي تباينت التشريعات في تحديد طبيعتها القانونية، ويلعب التكييف أهمية بالغة بالنسبة للخطبة من قاضي لآخر، وبالتالي تختلف قواعد التنازع التي تحكمها وعليه اختلاف القانون الواجب التطبيق عليها، غيرّ أن المشرع الجزائري لم يضع قاعدة تنازع تسري على الخطبة، واعتبر هذه الأخيرة عبارة عن وعد بالزواج وفقا أحكام **المادة 05 من قانون الأسرة** [1].

تكييف الخطبة يخضع للقانون الجزائري في الحالات التي يثار بشأنها نزاع أمام القضاء الجزائري لأن جميع القضايا المشتملة على عنصر أجنبي المطروحة أمام القضاء وفقا للقانون الجزائري هذا ما **أكدته المادة 09 من القانون المدني الجزائري** باستثناء القضايا

[1] –**المادة 5** من قانون الاسرة الجزائري ،أنظر الأمر 05–02 ,المؤرخ في 27–02–2005, المعدل والمتمم للقانون رقم 84–11 , المؤرخ في 09–06–1984 المتضمن قانون الأسرة ج ر صادرة بتاريخ 27–02–2005.موافق عليه بموجب قانون 05–09, مؤرخ في 04–05–2005 ج رع 43 صادرة بتاريخ 22–06–2005.

المتعلقة بالمال التي يتم التكييف فيها وفقا لقانون مكان تواجد المال حسب **المادة 17 من القانون المدني** [2]

هذا ما سنحاول دراسته من خلال تقسيم هذا الفصل الى مبحثين إذ نتناول في **المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج** ثم نتناول **القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج في المبحث الثاني.**

[2] -**راجع المادتين 09 و17** من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج ر ع 44 صادرة بتاريخ 26 جوان 2005,

المبحث الأول

القانون الساري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

عقد الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودّة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ويسبق الزواج اجراء غير ملزم وهو الخطبة، التي عرّفها المشرع الجزائري في **المادة 05 من قانون الأسرة** [3]على أنها: وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها ولا يكون لها صفة العقد الرسمي للزواج[4]، كما أخضع المشرع عقد الزواج لمجموعة من الشروط الموضوعية الملزمة لصحة هذا العقد، وتخلف أحد هذه الشروط يجعل من العقد باطلا، تتمثل في (الرضا الأهلية، الولي، الشهود المهر، وانعدام الموانع الشرعية).

بما أن هذه الشروط تختلف من بلد لآخر وجد المشرع نفسه في حالة الزواج المختلط، أمام اشكالات قانونية حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية التي تحكم العقد، وهذ ما دفع المشرع لوضع أحكام تنظيمية تحدد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج.

المطلب الاول

محتوى فكرة الشروط الموضوعية لعقد الزواج في القانون الجزائري

ارتبط الزواج بمجموعة من الشروط الموضوعية، التي تجعل من العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية، والتي نصّ عليها المشرع في **المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري** «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، وفي **المادة 9 مكرر** من نفس القانون نصّ على أنه « **يجب**

[3] – أنظر المادة 5 من قانون الأسرة السالف الذكر,

أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج ، الصداق ، الولي، الشاهدان ،انعدام الموانع الشرعية للزواج»[5] وخصصنا لكل شرط فرع.

الفرع الأول

الرضا

تنص **المادة 9 من قانون الأسرة الجزائر** على أنه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، كما نصت **المادة 10 من نفس القانون** على أنه« **يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الاخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغةً أو عرفاً كالكتابة والاشارة»**[6]، ويتضح لنا من خلال هذين النصين أنّ الرضا هو اقتران إيجاب أحد الأطراف بقبول الطرف الآخر علناً، ويكون خالياً من أي عيب من عيوب الإرادة كالغش والإكراه والتدليس، وذلك تحت طائلة بطلان عقد الزواج.

يحدد القانون الشخصي لكل من الزوجين عناصر الرضا وكيفية التعبير عنه ومدى ضرورة سماع كل من الزوجين لتعبير الآخر عن الإيجاب والقبول[7].

الفرع الثاني

الأهلية

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فيما يخص السن القانوني لإبرام عقد الزواج وهو 19 سنة، وهذا ما نصت عليه **المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري:«تكتمل**

---

[5]–المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[6]– المادتين 09 و10 من المرجع نفسه.

[7]–**مسعودي يوسف**، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن 2016، ص 27–28.

أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

وفي حالة ما إذ تم الزواج دون إذن للقاصر، فإنّ الزواج لا يتم تحريره أمام مصلحة الحالة المدنية، ويقع باطلاً كل عقد زواج يحرر سهواً أو عمداً دون استيفاء شرط الأهلية»[8].

نفهم من سياق نص المادة 7 من قانون الأسرة، أن المشرع حدّد سن 19 سنة لاكتمال الأهلية عند الرجل والمرأة كما أجاز زواج القصر شرط أن يكون بترخيص من القاضي إذا تبين أنّ هناك مصلحة أو ضرورة وراء ذلك الزواج، أو إذا أثبت الطرفين المقبلين على الزواج، قدرتهما على تحمل عتبات الزواج والأثار الناتجة عنه[9].

الفرع الثالث

الولي

الولي أو الولاية على الزواج، ونقصد به سلطة شرعية، تَمّكن صاحبها من مباشرة العقود وتًرتب أثارها عليها دون توّقف على إجازات أحد وللولي شروط وهي أن يكون الولي عاقلاً و بالغاً فالولاية تثبت لمن يستطيع تحقيق مصالح الغير، فلا تصح من صغير السن أو المجنون أو المعتوه، ويجب أن يكون مسلم ولا يُزوج الكافر مسلمة[10]، لقوله تعالى «**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**»[11] وقوله تعالى «**لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين**»[12]، وغير المؤمن لا يأتمن على مصالح المسلم، كما أنّه لا ولاية لمسلم على كافر، أما الإمام (رئيس الدولة) ونوابه فتثبت ولايته على المسلمين وغير المسلمين،لأنّه صاحب الولاية العامة في الدولة والولاية أنواع، الولاية على المال والولاية على

---

[8]–المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[9]–**عبد العزيز سعد**، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،ط 2، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر 2009 ص 163.

[10]–**بن شويخ الرشيد**،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل مقارنة لبعض التشريعات المقارنة، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص 62.

[11]–**سورة النساء، الآية 141**.

[12]–**سورة آل عمران، الآية 28**.

النفس وهي القدرة على انشاء عقد زواج وهي بدورها نوعان، الأولى هي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، و ولاية متعدية وهي سلطة تزويج الانسان لغيره[13].

الفرع الرابع

الشهود

تنص **المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري** على أنه: «**يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج**»[14].

ويفهم من نص هذه المادة، أنّه يشترط الاشهاد ليكون الزواج صحيحاً، وعليه فإنّ عقد الزواج في التشريع الجزائري لا يصح إلاّ بحضور شاهدي عدل.

وذهب الفقهاء إلى أنّ الزواج يعقد بحضور شاهدين،آخذين حجتهم بقول أهل العلم من أصحاب الرسول (ص)« **لا نكاح إلاّ بشهود**»، وعن ابن عباس رضي الله عنه « **لا نكاح إلاّ بولّي مرشد وشاهدي عدل**»، فالشهود شرط ضروري لصحة عقد الزواج، وهذا ما اتفقت عليه المذاهب الأربعة، أما فيما يخص أحكام الشهادة في الزواج، فإنّ قانون الأسرة لم يتعرض إليها، على الرغم من أخطار شهادة الشهود في إبرام عقد الزواج [15]، كما أنّ المادة **64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري** نصت على أنه «**لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب، أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق، كما لا تقبل شهادة إخوة وأخوات وأبناء عموم الخصوم** »[16].

---

[13]–**بن شويخ الرشيد**، المرجع السابق،ص ص62 66.

[14]–**المادة 09 مكرر** من قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[15]–**بختي العربي**، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2013، ص 33–34.

[16]–**قانون**رقم 08–09 مؤرخفي 25 فيفري 2008،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج ر ع 21،مؤرخةفي 23 أفريل 2008.

الفرع الخامس

المهر

المهر أو الصداق ويقصد به في الفقه الإسلامي المال الذي أوجبه الشرع على الزوج كحق للزوجة، مقابل الاستمتاع بها في النكاح الصحيح، وايجاب الشارع الحكيم الصداق على الزوج نظير ما يتمتع به من قوام، وبما هو مكلف به من اجتهاد في حياته ومما اشترطه قضاة المالكية وهو أن يكون الزواج بصداق، فإن لم يذكر حال العقد فلابد من ذكره عند الحال أو يمرر صداق المثل بالدخول، فالشرط وجود الصداق، فلا يصح الزواج بدونه،ولا يشترط ذكره عند ابرام العقد[17].

الفرع السادس

انعدام الموانع الشرعية للزواج

لقد حدّدت الشريعة الإسلامية في باب الزواج مجموعة من موانع الزواج، ومن ضمنها أصناف من النساء التي يحرم الزواج بهن، والمحرمات من النساء، وهذه الأحكام ثابتة.

وهناك نوعان من المحرمات من النساء وهما:

أولا:المحرمات المؤبدة: هي ما كان سببها ثابتاً لا يزول كالأم والبنت والأخت وغيرها[18]، حيث نصت **المادة 23** من قانون الأسرة الجزائري على أنه :« **يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة**»[19]،كما حددت المواد 24 ، 25 ،26 ، 27، 28 ، 29[20] من نفس القانون هذه الموانع المؤبدة، وهي المحرمات بسبب القرابة وهي الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت[21]، لقوله تعالى

---

[17]–**تقية عبد الفتاح**، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ط 1، دار الكتاب للحديث، القاهرة 2011، ص 119–120.

[18]–**صلاح الدين جمال الدين**، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2007، ص 24.

[19]–قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[20] -أنظر المواد 24 ,25, 26. 27, 28, 29.

[21]–**بن شويخ الرشيد**، المرجع السابق، ص 84.

«**حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت**»،وهناك المحرمات لسبب المصاهرة وهي أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وان علوا، أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا، لقوله تعالى «**ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلاّ ما قد سلف أنه كان فاحشة ومقتا و ساء سبيلا**»، كما أنّه هناك المحرمات من الرضاع، ويُحرم من الرضاع ما يُحرم من النسب، والطفل الرضيع وحده، وما حصل قبل الفطام أو في الحولين،لقوله تعالى «**حرمت عليكم أمهاتكم الاتي أرضعنكم وإخوتكم من الرضاعة** »[22].

ثانيا: المحرمات المؤقتة: هي ما كان سببها أمرا يحتمل الزواج، كزوجة الغير، والمشركة والمعتدة من طلاق أو وفاة وغير ذلك، أي أن التحريم يبقى ببقاء الوصف أو السبب ويزول بزواله، ونص عليها المشرع في **المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري** المعدلة بالأمر رقم 05-02، على أنه:

«**يحرم من النساء مؤقتاً، المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاث، كما يحرم مؤقتاً، الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم**»[23].

فهذه كلّها محّرمات مؤقتة أي يمكن أن يتغير حالها بزوال الحالات.

[22]-**سورة النساء**، الآية 23.

[23]-قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

المطلب الثاني

تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج

عندما يكون طرفي الزواج يملكان نفس الجنسية فإنّ تطبيق القانون المختص يكون سهلاً، ولكن يطرح الإشكال لما يكون الطرفان مختلفي الجنسية، فكيف يطبق قانون جنسية الزوجين؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية نستعرض الاتجاهان الفقهيان اللذان يدعو كل منهما إلى تطبيق معين لقانون جنسية الزوجان، كما أنّه هناك استثناءات لصالح القانون الوطني وحالتي ازدواج الجنسية وانعدامها، كما سنخوض أيضاً في كيفيات اثبات القانون الأجنبي وتفسيره.

الفرع الأول

التطبيق الجامع

بحسب أنصار هذا الاتجاه فإنّ الشروط الموضوعية لعقد الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج والزوجة معا، ويجب على الزوج أن يستوفي الشروط الموضوعية التي يطلبها قانون جنسيته بالإضافة لقانون جنسية الزوجة، وعلى الزوجة أن تستوفي الشروط الموضوعية لقانون جنسيتها، وقانون جنسية الزوج في نفس الوقت، ويذكر أنّ هذا الاتجاه مهجور ولا يعمل به غالبية التشريعات[24].

الفرع الثاني

التطبيق الموزع (الأصل في التشريع الجزائري)

نقصد بذلك أنه يكفي على كل طرف أن يستوفي الشروط الموضوعية التي ينص عليها قانون جنسيته فقط، دون الشروط التي يلزمها قانون جنسية الطرف الآخر[25]، وهذا **ما** أكدته **المادة 11 من القانون المدني** الجزائري:« **يسري على الشروط الموضوعية الخاصة**

---

[24]–**عليلوش قربوع كمال**، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط 3، ج 1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 216.

[25]–**عليلوش قربوع كمال**، المرجع نفسه، ص 216–217.

بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين »[26] ،إذن المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع للقوانين بمعنى كلطرف يجب أنتتوافر فيه فقط الشروط الموضوعية المطلوبة في قانونه الوطني أي قانون جنسيته[27]،فعرض نزاع أمام القضاءالجزائري حول صحة الشروط الموضوعية لعقد زواج بين فرنسي وتونسية يعني حسب المادة 11 من القانون المدني تطبيق القانون الفرنسي على صحة الشروط الموضوعية لعقد الزواج بالنسبة للزوج الفرنسي، وتطبيقا القانون التونسي على صحة الشروط الموضوعية بالنسبة للزوجة التونسية، ونلاحظ أنّ المشرع الجزائري استعمل في المادة 11عبارة "**القانون الوطني لكل من الزوجين**" وكان عليه استعمال عبارة"**لكل من الطرفين**" لأنّ قبل الإبرام النهائي لعقد الزواج بتوافر الشروط الموضوعية والشكلية لم يكتسب بعد الطرفين صفة الزوجين.

وبالرجوع إلى **المادة 97 من قانون الحالة المدنية** يتأكد تفضيل المشرع الجزائري تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج من خلال وضع المشرع الجزائري لشرط توافر الشروط الأساسية المطلوبة للزواج في القانون الجزائري بالنسبة للجزائري الذي يتزوج في بلد أجنبي، هذا بالرغم من أنّ **المادة 97 من قانون الحالة المدنية** أُحادية الجانب تتعلق بزواج الجزائريين في الخارج ولم تتطرق إلى زواج الأجانب في الجزائر أو خارجها[28]،إلاّ أنّه لا يوجد مانع من إعطائها تفسيراً مزدوج، بحيث يخضع الأجانب بالنسبة لزواجهم الذي يعقد في الجزائر أو خارجه القانون جنسيتهم.

---

[26]–القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[27]–**راجع المادة 11**، المرجع نفسه.

[28]–**الأمر رقم 70–20** المؤرخ في 19 فيفري 1970 والمتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج ر ع 21، صادرة بتاريخ 27 فيفري 1970، معدل ومتمم بقانون رقم 14–08 مؤرخ في 09 أوت 2014، ج ر ع 49، صادرة بتاريخ 20 أوت 2014،**وكذلك** معدل ومتمم بقانون رقم 17–03 مؤرخ في 10 جانفي 2017، ج ر ع 02، الصادرة بتاريخ 11يناير 2017.

يمكن أن يكون كلا من الزوجين أو أحدهما مزدوج أو متعدد الجنسيات، كما يمكن أن يكون عديم الجنسية، فما هو القانون الذي يُطبق في حالة التعدد؟ وماذا يُطبق في حالة انعدام الجنسية؟ غير أن هذا التطبيق يعرف حدوداً إذا تعلق الأمر بموانع أخلاقية أو دينية تشترط العمل بالتطبيق الجامع.

الفرع الثالث

الاستثناءات الواردة على التطبيق المُوّزع لقانون جنسية كل طرف لصالح القانون الوطني

بتحليل قواعد التنازع الجزائرية يمكننا أن نميّز بين نوعين من الاستثناءات، الأول يتحقق ويفرض نفسه عندما يكون أحد الأطراف جزائري وقت ابرام عقد الزواج، والثاني يتمثل في الاستثناءات العامة الواردة على تطبيق القانون الأجنبي في الجزائر.

أولا: حالة كون أحد الأطراف جزائري الجنسية عند إبرام عقد الزواج:

حسب نص المادة 13 من القانون المدني يكون دائماً القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج عندما يكون أحد الأطراف جزائري الجنسية وقت ابرام عقد الزواج، باستثناء الأهلية التي يبقى كل طرف يخضع لقانون جنسيته[29].

لقد حدد المشرع الجزائري المعيار الزمني الذي يعتد فيه هذا الاستثناء وهو كون أحد الأطراف جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج، ولا يتغير الأمر إذا صار أحد الزوجين أجنبياً وقت رفع الدعوى، ولا يهمنا إن كانت الجنسية الجزائرية أصلية أو مكتسبة أو كان لدى الطرف الجزائري جنسيات أخرى[30]، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

---

[29]–المادة 13 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[30]–**يوسف مسعودي**، المرجع السابق، ص 55.

«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»[31].

ثانيا: الاستثناءات العامة الواردة على تطبيق القانون الأجنبي:

نتناول هنا حالة الإحالة من الدرجة الأولى، حالة وجود اتفاقية دولية نافذة في الجزائر وحالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي نظراً لمخالفته للنظام العام والآداب العامة الجزائرية.

1-حالة الإحالة من الدرجة الأولى:

ويكون ذلك حين صدور رفض الاختصاص من القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة محل النزاع وفقاً لقاعدة الاسناد الوطنية، ويقوم بإحالة الاختصاص الى القانون الوطني وفقا لقواعد الاسناد،وبالتالي نطبق القانون الوطني أي قانون القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة 23 مكرر1 من القانون المدني الجزائري: «يطبق **القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص»**[32].وبالتالي يمكن اعتبار الاحالة كضابط اسناد لصالح قانون القاضي.

خير مثال عن الإحالة "قضية فورقو" التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 جوان 1878 و"فورقو"هذا ابن طبيعي أصله من إقليم بفاريا الالمانية التي ولد فيها ويحمل جنسيتها، نزحت به أمه إلى فرنسا وكان عمره حينها خمسة(5) سنوات، وأقاما بها دون أن يكتسب الجنسية الفرنسية، ولم يكن له بها موطناً قانونياً، لأن الأخير يشترط فيه صدور مرسوم بالتوطن وهذا ما لم يحصل مع "فورقو" ثم تزوج بامرأة ثرية وتوفي بفرنسا تاركاً ثروة هائلة دون وارث، ثم طالبت الحكومة الفرنسية بهذه الثروة، مما طرح اشكال حول القانون الواجب التطبيق، فكل من القانونين الفرنسي والبافاري يسندون تركة المنقول الى آخر موطن

-لقد عالج المشرع الجزائري مشكلة تعدد الجنسيات في المادة 22 من القانون المدني، فإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص فنطبق مباشرة القانون الجزائري أي العبرة بالجنسية الجزائرية ولا تهمنا إن كانت أصلية أم مكتسبة. راجع المادة 2/22 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[31]-المادة 13 من المرجع نفسه.

[32]-المادة 23 مكرر2/1 من القانون المدني الجزائري،السالف الذكر.

للمتوفي، والاختلاف في أن القانون الفرنسي يعتد بالموطن القانوني وهذا غير موجود في قضية الحال، وبالتالي موطنه بافاريا ويعود لها الاختصاص أما القانون البافاري فلا يفرق بين الموطن القانوني والموطن الفعلي وبالتالي امكانية تطبيق القانون الفرنسي، فتبنت محكمة النقض الفرنسية حل الرجوع إلى قواعد الاسناد البفارية التي احالتها إلى القانون الفرنسي، ومنع حواشي"فورقو" من التركة والتي آلت إلى الدولة الفرنسية [33].

2-حالة الدفع بالنظام العام:

يشترط القانون لكل من الزوجين شروط معينة لإبرام عقود الزواج، وتختلف من دولة إلى أخرى ويحدث أن يتعارض أحد هذه الشروط مع النظام المعمول به في دولة القاضي، مما يدفع القاضي لاستبعاده، وإحلال قانون القاضي مكانه[34].

وهذا ما جاءت به المادة 24 من القانون المدني الجزائري في نصها التالي: «لا **يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحوي القانون.**

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة»[35].أي أنه بمجرد ثبوت مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام أو الآداب العامة، يطبق القانون الجزائري، وللدفع بالنظام العام أثر ايجابي وسلبي.

---

[33]-**دربال عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2010، ص 85-86.

[34]-**علي علي سليمان**، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2008، ص 153-154.

[35]- أنظر المادة 24 من القانون المدني السالف الذكر.

1/الأثر السلبي:

يقصد بهذا الأثر الاكتفاء باستبعاد القانون الأجنبي، إذا كانت قاعدة التنازع في قانون القاضي ناهية، وأحسن مثال لذلك، أن يقوم شخص ذوا ديانة مسيحية برفع دعوى للميراث من قريبه المسلم فيقوم القاضي برفض الدعوى نظرا لعدم جواز التوارث بين المسلم والمسيحي وهي قاعدة من النظام العام في القانون الجزائري والحكم بالرفض يفهم منه التدخل الضمني لقانون القاضي.

كما أن استبعاد القانون الأجنبي لا يعني إزاحته كلياً وانما يقتصر فقط على الشق المتعارض مع النظام العام ويبقى العقد خاضع للقانون الأجنبي فيما لا يتعارض معه مع قانون القاضي[36].

2/الاثر الإيجابي:

ونعني بذلك ثبوت الاختصاص لقانون القاضي الذي عرض عليه النزاع، محل القانون الأجنبي المستبعد لغرض النظام العام، رغبة في سد الفراغ التشريعي الناجم عن ذلك اكد ذلك من خلال المادة 24 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري محل القانون الاجنبي المستبعد، لكن يجب أن لا يفهم أن القانون الجزائري يحل تلقائيا في حكم العلاقة بأكملها وإنما في الشق الذي يخالف النظام العام، فقط باستثناء ما إذا كان في القانون الأجنبي، بنصوص أخرى واجبة التطبيق، ففي هذه الحالة يستبعد كليا ويحل محله قانون القاضي لتعذر الاستبعاد الجزئي[37].

3-في حالة الدفع بالغش نحو القانون

في بعض الحالات قد تتعارض مصالح الأشخاص مع النصوص القانونية، وأهدافه ولتحقيقها يلجؤون للغش والتحايل على القانون بإيجاد مركز قانونية مصطنعة، بما يتفق

---

[36]-**زروتي الطيب**، الدراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 304-305.

[37]-**زروتي الطيب**، نفس المرجع ، ص،307 -308.

حرفيا مع القانون، وتخالف الغرض منه، وتغيير الجنسية أو الموطن ينجر عنه تغيير القانون الشخصي، قصد التهرب من أحكامه.

وللدفع بالغش نحوى القانون اجمع الفقه على توفر شرطين اساسيين الشرط الأول بقيام ذوي المصلحة بمناورات مادية بإرادتهم الكاملة وتؤدي إلى عدم تطبيق القانون المختص، وأن يكون الغرض من وراء ذلك تحقيق نتائج غير مشروعة، وتجنب القانون المختص، اي سوء النية[38].

ولقد عرفت هذه النظرية لدى القضاء الفرنسي، بما بات يعرف بقضية الأميرة بوفورمون وتتلخص وقائع هذه القضية، في أن أميرة فرنسية تدعى بوفورمون، أرادت الطلاق من زوجها للزواج من أمير روماني، وكان القانون الفرنسي يحضر الطلاق، فقامت بتغيير جنسيتها بجنسية أحد الدويلات الالمانية التي تجيز التطليق، فتزوجت بالأمير الروماني فقام زوجها الأول برفع دعوى أمام القضاء الفرنسي يطلب فيها إبطال طلاقها منه، وصدر الحكم لصالحه استنادا الى فكرة الغش نحو القانون وبالتالي عدم نفاذ زواجها الثاني[39].

4- في حالة وجود اتفاقية نافذة في الجزائر:

وحيث نصت عليه المادة 21 من القانون المدني الجزائري في نصها التالي:«**لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر.**»[40] أي أن الأحكام التي نصت عليها المواد السابقة والتي تحدد لنا القانون الواجب التطبيق لا تسري حيث توجد معاهدة دولية وقعتها الجزائر وإنما يتم تطبيق احكام الاتفاقية، وليس القانون الوطني ولا القانون الأجنبي، ويلزم القاضي بالعمل وفق تلك الأحكام التي تنص عليها الاتفاقية[41].

---

[38]-**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، ج 1، مطبعة الكهنة، الجزائر 2000، ص ص260-261.

[39]-**مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص ص،79-80.

[40]-أنظر المادة 21 من القانون المدني السالف الذكر.

[41]- **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق ص 142.

الفرع الرابع

تطبيق قانون جنسية الزوجين في حالة ازدواج الجنسية وانعدامها

يحدث أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع متعلق بالشروط الموضوعية للزواج ويريد ان يطبق قانون الجنسية، لكن يجد أمامه أن الشخص يحمل أكثر من جنسية أو أنه لا يحمل أية جنسية، وجاءت المادة 22 من القانون المدني الجزائري لتحدد القانون الواجب التطبيق[42] حيث نصت على ما يلي:«**في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية. غيرأن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول. وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الدولة أو قانون محل الإقامة»[43].**

فإذا كان الشخص يحمل عدة جنسيات فإن القاضي يختار الجنسية الفعلية منها، ويقصد بالجنسية الفعلية، الجنسية التي يعيش فيها، أو يتواجد فيها محل إقامته، أو التي يمارس فيها نشاطه التجاري، كما أنه في حالة ما إذا ثبت أن أحد جنسياته جزائرية، فإن القاضي يطبق مباشرة القانون الجزائري.

أما في حالة ما إذ كان المعني بالأمر لا يحمل أية جنسية، فإن الرأي الفقهي يرجح تطبيق قانون محل الإقامة، وقد أحذت بهذا الرأي اتفاقيات جنيف المتعلقة باللاجئين[44].

---

[42]–**علي علي سليمان**، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 ص ص 61–62.

[43]– راجع المادة 22 من القانون المدني السالف الذكر.

[44]–**علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص، 62.

الفرع الخامس

إثبات القانون الأجنبي وتفسيره

يحدث غالبا أن يجهل القاضي مضمون القانون الأجنبي اثناء تطبيقه، إما من تلقاء نفسه أو بطلب من أطراف النزاع، وهذا ما يثير تساؤلات حول من يقع عليه عبئ إثبات مضمون هذا القانون، فهل هو القاضي؟ ام الطرف الذي يطالب بتطبيق هذا القانون؟ وما هو القانون الذي يطبق في حالة استحالة اثبات القانون الأجنبي؟ كيف يفسر القانون الأجنبي؟ وهذا ما سنتناوله في متن هذ الفرع.

اولا: إثبات القانون الأجنبي: ومنه تحديد من يقع عليه عبئ الإثبات ثم كيفية الإثبات ثم القانون الذي يطبق في حالة استحالة الإثبات[45].

1/تحديد من يقع عليه عبئ إثبات مضمون القانون الأجنبي: وفي هذا السياق يتضح لنا أن هناك قوانين تعامله معاملة وقائع، وقوانين تعامله معاملة القانون، وهذا ما يولد الخلاف حول من يقع عليه عبئ إثباته.

ولهذا فان القوانين التي تعامله معاملة الوقائع تجعل عبئ الإثبات يقع على الخصوم ومنها القانون الفرنسي، كما لم يمنع القاضي من البحث عن مضمونه، كما أجيز لقضاة الموضوع اللجوء إلى الخبرة عندما تكون هناك شهادات متناقضة عن مضمون القانون الأجنبي فحين إذن يمكن للقاضي تكوين قناعته بالاعتماد على معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي.

أما القوانين التي تعامل القانون الاجنبي على أنه القانون، فإنها توقع عبئ الإثبات على القاضي وليس الخصوم، فتلزمه بالبحث عنه كما أجازت له الاستعانة بالخصوم، مثل القانون الألماني والإيطالي[46].

---

[45]– **اعراب بلقاسم**، المرجع السابق ص ص، 146–147.

[46]–**عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ط 11، مطابع الهيئة العامة للكتاب، مصر 1986، ص 579.

2/ **كيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي:** ونقصد بكيفية الإثبات، الوسائل التي نقيم بها الدليل على محتوى هذا القانون ومضمونه، فإذا وقع عبئ الإثبات على الخصوم فيمكنهم تقديم نصوص القانون الأجنبي كما هي، أو مترجمة أو المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية الأجنبية التي يمكن استخلاص أحكام صحيحة بالاستناد اليها، فيجيز لهم استعمال كل طرق الاثبات عدا اليمين والاقرار وفي حالة عدم اقتناع القاضي يمكن اللجوء الى الخبرة.

أما إذا كان عبئ الاثبات على القاضي، فيمكنه الاستعانة بكل وسائله الخاصة حتى الخصوم مثل القانون الألماني[47].

3/**حالة استحالة اثبات القانون الأجنبي:** يمكن ان يستحيل على من وقع عليهم عبئ الإثبات سواء اكان القاضي أو الخصوم، الوصول إلى اثبات مضمون القانون الأجنبي مما يستلزم إيجاد حلول لهذه الحالة ومن أهم الحلول التي توصل إليها الفقه الغالب ما يلي:

أ/امتناع القاضي عن الفصل في النزاع إلا أن هذا المبدأ يتعارض مع مبدأ أن القاضي ملزم بالفصل في كل النزاعات التي تعرض عليه.

ب/تطبيق المبادئ العامة التي تسود في الأمم المتقدمة والتي من الممكن أن يكون هذا القانون مطابقا لها.

ج/ تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي وهذا يعني الوصول إلى حل قريب من الحل الذي يؤدي إليه القانون الأجنبي، إلا انه يصعب التأكد من مدى التقارب الموجود بين مختلف التشريعات والقوانين[48].

---

[47]–**هشام علي صادق**، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003 ص 118.

[48]– **اعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص ص 150–151.

د/تطبيق قانون القاضي، ويوجد اختلاف في هذا الحل، فهناك من يقول أن تطبيق قانون القاضي يقوم على أساس افتراض التماثل مع القانون الأجنبي، مثل القانون الإنجليزي وانتقد هذا الموقف بأنه بعيد عن الواقع بما أن كل دولة تطبع قانونها بطابعها الخاص بها أما الطرف الثاني فيرى أن تطبيق قانون القاضي يكون على أساس أنه صاحب الاختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص، وانتقد هذا الموقف على أن أساس طبيعة العلاقات الدولية الخاصة تتعارض مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني فالأصل هو تطبيق القانون الذي ترشدنا إليه قواعد الإسناد سواء وطنيا أو أجنبيا.

كما أنه هناك من يقول بأن تطبيق قانون القاضي يكون لما له من اختصاص احتياطي وانتقد هذا الموقف بأن قاعدة الإسناد عندما تثبت اختصاص قانون أجنبي فإنها تنفي اختصاص قانون آخر[49].

ثانيا: تفسير القانون الأجنبي: وغالبا ما يجد القضاة مصاعب في تفسير القانون الأجنبي فكيف يقوم القاضي بتفسير هذا القانون؟ وهل يخضع لرقابة المحكمة العليا؟

1/كيفية تفسير القانون الأجنبي: ويرى الفقهاء ان القاضي يفسر القانون الأجنبي بالتفسير السائد في بلد مصدر القانون ويأخذ بالأحكام المعمول بها في تلك الدولة حيث يجب احترام تفسير القضاء له ويحدث ان لا يكون القانون الأجنبي مفسرا في بلده المصدر فهنا يتبع القاضي الوطني القاضي الأجنبي في التفسير[50].

2/رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي: فعندما يقوم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي فهناك إمكانية أن يكون مصيبا أو مخطئا إلا أن فرنسا ومجموعة من الدول

---

[49]–**عبد المنعم رياض، سامية راشد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج 2، دار النهضة العربية مصر، 1987، ص 102.

[50]–**هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص ص 125–126.

كبلجيكا وإسبانيا .... إلخ، رفضوا بسط رقابتهم على تفسير القانون الأجنبي، وفسر هذا الرفض بأنه تجنب لمشاكل سوء التفسير، ومن الجهة الأخرى هناك من سمح بهذه الرقابة مثل إيطاليا واليونان والمغرب، وقيل بأن القانون الأجنبي يصبح جزء من القانون الوطني[51].

[51]–**اعراب بلقاسم**، المرجع السابق ص 155.

المبحث الثاني

القانون الساري على الشروط الشكلية لعقد الزواج

تكتسي الشكلية في عقد الزواج اهمية بالغة، اذ انها تعتبر سند توثيقي يخرج الزواج من واقعيته المادية الى واقعة قانونية، كما انها تشكل وسيلة لإثبات الرابطة الزوجية، وليس لانعقاد الزواج، ولهذا يتطلب لنا هذا العقد اتباع مجموعة من الاجراءات الإدارية والتنظيمية لإثباته وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث فخصصنا المطلب الاول لاستعراض محتوى فكرة الشروط الشكلية لعقد الزواج، والمطلب الثاني تناولنا فيه تطبيق قانون المحل على عقد الزواج، وخصصنا المطلب الثالث، للزواج امام السلك الدبلوماسي او القنصلي.

المطلب الأول

محتوى فكرة الشروط الشكلية لعقد الزواج

يختلف مضمون الشروط الشكلية لعقد الزواج باختلاف الهدف المراد تحقيقه، اذ أن هناك الشكل المتعلق بالتسجيل وهناك الشكل المتعلق بالإثبات وهناك الشكل المتعلق بالشهر، وهناك الشكل المكمل للأهلية، فالشروط الشكلية لعقد الزواج هي كل ما يتعلق بالإجراءات الازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه واشهاره أي اعلام الغير به واظهار ارادة الطرفين إلى العالم الخارجي واثباته، وتحريره ، سنتطرق الى هذه العناصر كل على حدا، تسجيل عقد الزواج (الفرع الأول)، الجهات المختصة في إبرام عقد الزواج (الفرع الثاني) ثم اثبات الزواج (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

تسجيل عقد الزواج

بعد التأكد من تطبيق ما نصت عليه المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري تطبيقا صحيحا، يقوم الموثق بتسجيل العقد في سجلاته، ويسلم الزوجين نسخة تسمى لفيف الزواج بعد ذلك يرسل الملخص لضابط الحالة المدنية، في أجل أقصاه ثلاثة أيام، لتسجيل العقد في سجلات

الحالة المدنية، ليتم بعد ذلك تسليم دفتر عائلي، ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد لكل واحد من الزوجين.

أما إذا قام ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج في البلدية المختصة محليا، فإن الزواج يسجل حالا وفور إتمامه أمامه، ليتم بعد ذلك تسليم دفتر عائلي كإثبات للزواج، كما اجيز للزوجين أن يشترطان في عقد الزواج كل الشروط التي يرغبون فيها ما لم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة الجزائري[52].

أما الزواج العرفي الذي يبرم وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ويتم الدخول بالزوجة، ولم يكن محل النزاع فيمكن تسجيله بتقديم طلب أمام وكيل الجمهورية يتضمن البيانات المتعلقة بالزواج والوثائق المطلوبة، ثم بعد استكمال اجراءات التحقيق، يصدر القاضي المكلف بالحالة المدنية أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية[53].

أما الزواج الذي يبرم أمام السلك الدبلوماسي والقنصلي، فيخضع للإجراءات والأشكال التي يطلبها قانون بلادهم، وذلك بالتوجه إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة[54].

الفرع الثاني

الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج

يعتبر ابرام عقد الزواج في الجزائر معقدا، في ظل وجود جهات عديدة مخولة بإبرام عقود الزواج، وهذا ما نص عليه قانون الحالة المدنية، بحيث يختص ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع بدائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما، كما منح المشرع سلطة

---

[52]-**بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ط 199، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 ص 136.

[53]-**عبد العزيز سعد**، المرجع السابق، ص ص .Tapez une équation ici72 73.

[54]-**مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص 121.

تحرير عقد الزواج للموثق، عندما يتم أمامه، وهذ ما نصت عليه المواد 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية[55].

أما إذا تم الزواج في الخارج فنجد أن المشرع قد أوكل البعثات الدبلوماسية والمشرفين على الدوائر القنصلية الجزائرية الموجودة في البلد الأجنبي بإبرام عقود الزواج[56]، وهذا باستقراء نصوص المواد، 96،97 و104 من قانون الحالة المدنية[57].

الفرع الثالث

إثبات عقد الزواج

نصت المادة 22 من قانون الأسرة في نصها التالي: «**يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية.**»[58]، ويفهم من مضمون هذه المادة، أن عقد الزواج المحرر أمام الجهات الرسمية سواء الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو السلك القنصلي إذا تم الزواج في الخارج، هو الوثيقة الرسمية أو الوسيلة الأصلية الأساسية لإثبات الزوجية، باعتباره مكتسبا للصفة الرسمية ذات حجة إثباتية لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير.

غير أن المشرع الجزائري سمح بصفة استثنائية بسماع دعوى زوجية، واعتمادا على بينة شرعية في إثباتها، باللجوء الى المحكمة المختصة من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات عقد الزواج متى كان متوفر على الشروط والأركان الأساسية.

---

[55]-**بن شويخ الرشيد**، المرجع السابق، ص

[56] - **فوزية بوجاجة**، غنية غوناي، الأحكام القانونية لانعقاد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الجدلالي بونعامة خميس مليانة، 2015 ص 42.

[57]–راجع المواد 96 ,97 ,104.

[58]- راجع المادة22 من قانون الأسرة السالف الذكر.

كما اكتفت الشريعة الاسلامية بالشهادة كوسيلة للإشهار والعلانية كأداة للإثبات في حالة جحود الزوجية وانكارها من أحد الأطراف[59].

المطلب الثاني

تطبيق قانون المحل على عقد الزواج

لم يرد في القانون المدني الجزائري نص خاص بالقانون الواجب التطبيق على شكل الزواج غير أن القواعد العامة في مختلف التشريعات الأجنبية وضعت قاعدة الاسناد متعددة الضوابط، ومن ضمن هذه الضوابط ضابط قانون المحل، والذي يجوز للأفراد اخضاع الشروط الشكلية لعقد الزواج لهذا الضابط سمي هذا القانون بقاعدة لوكيس locusوسنتناول في هذا المطلب نشأة قاعدة لوكيس (الفرع الأول) طبيعة قاعدة لوكيس (الفرع الثاني) وموانع تطبيق قاعدة لوكيس(الفرع الثالث).

الفرع الأول

نشأة قاعدة لوكيس

حصرت العلاقات الفردية عند الحضارات القديمة بين أفراد الأسرة والقبيلة وما عدا ذلك يعتبر أجنبيا، لأنه محضور من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ثم جاء التغيير بعد اختلاط الشعوب نتيجة الحروب وممارسة مختلف العقائد الدينية التي كانت السبب الأول لظهور الشكلية في المعاملات القانونية[60].

فقد عمد القانون الروماني الى تنظيم حياة الأسرة ثم حياة المدينة وانتقل من مجتمع زراعي الى تجاري مما ساهم في اتساع نطاق القانون الروماني لينظم علاقة الأفراد والشعوب والأجناس المنطوية تحت الحكم الروماني، فأصبحت التصرفات التي يقوم بها الرومان تكون

[59] **بلحاج العربي**، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2015، صص 461-462.

[60] – **مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص ص 98–99.

شكلية لأن الشكلية هي أساس وجود الشيء، فاذا غابت الشكلية فإن هذا التصرف يعتبر باطلا بطلانا مطلقا وبعد مدة زمنية قصيرة ظهرت النزاعات بين القانون الشكلي ومختلف القوانين الأخرى الذي أدى الى ظهور قانون الشعوب الذي تحرر من الشكلية في التعاقد التي تعرقل المعاملات بين الأفراد، الا أن عقد الزواج لم يكن يتضمن الشكلية الرسمية.

ففي عصر الكنيسة المسيحية، ظهر القانون الكنسي الذي تخلص كليا من الشكلية المفرطة التي تسود القوانين القديمة والتي تعتبر توافق الارادتين شرط كافي لإنشاء الالتزامات التعاقدية[61].

ويرجع الفضل لفقهاء المدرسة الايطالية لإظهارهم قاعدة لوكيس مستخدمين نصوص القانون الروماني ثم جاء الفقيه كورتيسCurtius الذي يبرز خضوع موضوع العقد لمكان ابرامه بما أن ارادة الأفراد اتجهت ضمنا الى اختيار هذا القانون، كما أنه أول من ميز بين شكل العقد وموضوعه، حيث استمدت قاعدة لوكيس من المدرسة الإيطالية القديمة في القرن 12[62]، ثم جاء القانون الفرنسي دي مولان Dumoulinالذي حصر هذه القاعدة على شكل تصرف دون موضوعية حيث تبين أن الارادة هي التي تنشئ العقد. وليس القانون أما المدرسة الهولندية فقد استمدوا هذه القاعدة من المدارس الفرنسية والرومانية وعملوا بها خاصة في الزواج[63].

الفرع الثاني

طبيعة قاعدة لوكيس

عرف الفقه اختلافا في تحديد طبيعة قاعدة لوكيس، وانقسم إلى اتجاهين فالاتجاه الأول نادى بالطابع الأمر للقاعدة والذي يلزم الافراد بالخضوع لأحكامها، أما الاتجاه الثاني فينادي

[61]- **MAYER Pierr et HEUZE Vinecent**, Droit international privé, 9 eme édition, monchrestien, France, 2007.

[62] -**MELIN François,** droit international privé, cours intégral et synthétique, gualino, lextenso, France, 2019, p 26.

[63]– **فضيل نادية**، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف la maxim locus régît actum، ط2 دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر،2010، صص 16-17.

بالطابع المفسر للقاعدة، ويسمح للأفراد بمخالفة أحكامها، كما أن التشريعات الحديثة قد حددت طبيعة قاعدة لوكيس locus[64]

أولا:الطابع الآمر لقاعدة لوكيس

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يتوجب على الأجنبي المقيم بالخارج عند ابرامه تصرف قانوني الالتزام بأحكام هذه القاعدة واحترامها، ولا يمنح للأجنبي حرية الاختيار بين أحكام قانون المحل وقانونه الوطني، بما أن ذلك التصرف صحيحا في بلده الأصلي، ومن بين هؤلاء الفقهاء الفقيه بوزاتي buzatti الذي يرى أن قوانين الشكل تتعلق بالنظام العام ومرتبطة بمصالح سياسية واقتصادية ودينية وللفقيه، أرمنجونarminjon نفس الرؤية أما الفقيه دي فاري سومير de vareillessommiere فيرى أنها ملزمة للأجانب المقيمين بفرنسا، ويتمسك أنصار هذا الاتجاه بهذا الطابع الآمر، نضرا لتلائم هذه القاعدة مع مبدأ إقليمية القوانين، وبما أنها ملزمة فإنها تخضع الزواج لأحكامها بما أن أحكام الزواج تتعلق بالنظام العام، ويعتبر المشرع الفرنسي، التصرفات التي لم تحترم الشكلية باطلة، إلا أن إعمال فكرة النظام العام لا تثار في كل الحالات، مثل زواج أمريكيان في فرنسا بمجرد التراضي، فهذا لا يعتبر مساسا بالنظام العام، ما دام القانون الشخصي للزوجين لا يتطلب أي شكل لإبرام عقد الزواج عكس إذ كان القانون الشخصي للزوجين يشترط الشكل الديني لإبرام عقد الزواج فهنا تثار فكرة النظام العام لأن القانون الفرنسي يعاقب رجال الدين الذين يبرمون عقود الزواج قبل العقد المدني[65].

ثانيا: الطابع الاختياري لقاعدة لوكيس

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن قاعدة لوكيس اختيارية، ويجوز لهم إبرام العقود في الشكل المحلي أو الشكل المحدد في القانون الشخصي، إلا أنهم اختلفوا حول مدى هذه الحرية، هل هي مطلقة؟ أم لها قيود؟ ويرى الفقيه فاليري Valery أن كل العلاقات القانونية التابعة للقانون الدولي الخاص يجب أن تخضع للقانون الذي يلائم طبيعتها، ثم خضوع شكل هذه

---

[64]-**MELIN François**, op, cite, p 27-28.

[65]– **فضيل نادية**، المرجع السابق، ص ص101–100–102.

التصرفات للقانون المحلي الذي ينتج فيه التصرف أثره، وانتقدت هذه النظرية إذ يمكن لأطراف العلاقة القانونية أن يجهلوا المكان الذي ينتج فيه التصرف أثره، كما أنه يمكن لهذا التصرف إنتاج عدة آثار في أماكن مختلفة[66].

أما الفقيه نبوابيه niboyetفيرى أن قاعدة لوكيس قاعدة احتياطية، بعد القانون الشخصي لصاحب التصرف وانتقدت هذه النظرية لصعوبة التمييز بين شكل التصرف وموضوعه إذا تما اخضاعهما لقانون واحد فقد ينشأ الموضوع في محل والشكل في محل آخر[67].

أما الفقيه بارتان bartinيرى أن شكل التصرف يخضع لنفس القانون الذي له الشخص، إذا لم يختر أطراف العلاقة يخضع تصرفهم لقانون المحل، أي أن قاعدة لوكيس أمرة ومفسرة في نفس الوقت، وبالنسبة للزواج فإنه يخضع إلى القانون الشخصي باستثناء الأمور المالية المالية التي تخضع لقانون المحل[68].

كما يرى الفقيه بييه pillerأن التصرف القانوني الوحد يمكن أن تتنازع عليه عدة قوانين لمختلف الدول لحكمه، إذ لا يمكن تطبيقها كلها، ويتم اختيار القانون الأنسب والملائم وعند استحالة ذلك يطبق القانون الوطني للأطراف.

أما مسالة التحايل عند اختيار القانون الذي يحمل شكل التصرف، فيرى بييهpillerأن التحايل على الشروط الشكلية أقل ضررا من التحايل على الشروط الموضوعية، وانتقدت هذه النظرية بالتمييز بين الغش الذي يقع بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية، فقواعد القانون ملزمة لجميع الأفراد سواء كانت أحكام موضوعية أو شكلية[69].

ومن أهم حجج أنصار الطابع الاختياري، التيسير على المتعاملين إذ يمكن أن يواجهوا صعوبات في معرفة الشروط الشكلية الموجودة في القانون الأخر أو إتباع الشكل المحلي،

---

[66]–**مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص 103.

[67]-BATIFFOL Henri et LAGARDE Charles، traite de Droit International privé, 8 eme édition،tomei, L.G.D.J, paris, 1993, p 48-49.

[68]– **فضيل نادية**، المرجع السابق ص 108 –113.

[69]–**فضيل نادية**، نفس المرجع ، ص ص118 –122.

فترك لهم الخيار إضافة إلى التوسيع في الحد من بطلان التصرفات وتحقيق الانسجام بين النظم القانونية[70].

الفرع الثالث

موانع تطبيق قاعدة لوكيس

تتلخص موانع تطبيق قاعدة لوكيس لثبوت وجود أحد هذه المخالفات، وهي الغش نحو القانون، حيث إذا كانت قاعدة لوكيس في مجال الزواج قاعدة اختيارية فهذا لا يعني إعطاء الزوجين مطلق الحرية فلا يمكن للزوجين التهرب من أحكام القانون المختص، وهنا يتوقف تطبيق قاعدة لوكيس ولا يمكن أن ينتج ذاك التصرف أي أثر، ما دام المقصد هو استبعاد القانون المختص، أي أن ثبوت استعمال الغش حيال تطبيق قاعدة لوكيس للوصول لمصلحة معينة يقلص من مجال تطبيق هذه النظرية، وبالتالي يستبعد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج.

وهناك حالة أخرى تجمد نفاذ القاعدة إذا تعلق الامر بالنظام العام[71]، ويكون ذلك في حالة وجود تعارض بين القانون الأجنبي المختص بحكم شكل عقد الزواج مع الأسس والمبادئ الجوهرية لقانون دولة القاضي الذي عرض عليه النزاع[72]، ففي هذه الحالة لا يمكن العمل بهذه النظرية ولبد من استبعادها أي عدم نفاذ قانون المحل[73].

أما الحالة الأخيرة فهي الاحالة، ولقد أورد المشرع الجزائري المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 نص يتعلق بالمادة 23 مكرر 1 «**إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين.**

---

[70]–**مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص 105.

[71]- **MELIN François, op, cit, p 120.**

[72]-**ibid., p 123.**

[73]- **مسعودي يوسف**، نفس المرجع, **ص ص 116-118**.

غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.»[74].

وهذا النص يعتبر استثناء عن الأصل، بحكم عدم ورود أي نص يتعلق بالإحالة، فهل يمكن أن نعتبر أن الإحالة مانعا لتطبيق قاعدة لوكيس، إذا قام شخص بإبرام تصرف قانوني مخالف للشكل الذي يفرضه قانون المحل، وأن يكون مطابقا لقانونه الشخصي، وكان قانونه الشخصي يرفض الاختصاص ويحيله لقانون محل إبرام العقد؟ فيرى جملة من الفقهاء أن الإحالة تبطل التصرف، رغم تمتع قاعدة لوكيس بالطابع الاختياري، فاذا كان القانون المختص يحيل الاختصاص إلى قانون المحل فيجب الانصياع لذلك.[75]

المطلب الثالث

الزواج أمام السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

الزواج هو تصرف قانوني يرتب حالة عائلية قائمة بذاتها، ترتبط بها مجموعة من الأمور القانونية، إضافة إلى إمكانية ترتيب الطلاق والانفصال الجسماني[76]،ويتلخص في ثلاث صور وهي زواج الجزائريين بالخارج والذي يكون بدوره إما في بلد إسلامي أو في بلد غير اسلامي

كما يمكن أن يكون بين أجانب في الجزائر، وقد يكون بين جزائري أو جزائرية بأجنبي أو أجنبية.

---

[74] –راجع المادة **23 مكرر1** من القانون المدني السالف الذكر.

[75] – **فضيل نادية، المرجع السابق، ص ص 283 ،284.**

[76]- **MAYER Piere et HEUZE Vincent,** op, cit, p 407.

الفرع الأول

زواج الجزائريين بالخارج

يظهر لنا زواج الجزائريين بالخارج في صورتين وهما ان يكون أمام بلد إسلامي، أو في بلد غير إسلامي.

أولا: زواج الجزائريين في بلد إسلامي

نظرا للقوانين المعمول بها في الدول ذات الأغلبية الإسلامي، وباعتبار أن القوانين التي تنظم الزواج مستمدة من الشرعة الإسلامية، كالمغرب وتونس وليبيا يكون الزواج صحيحا وينتج جميع آثاره القانونية ولا حرج عليه، بشرط ألا يكون مخالفا للأركان الأساسية للقانون الوطني لإبرام عقد الزواج، كما يعتبر صحيحا أيضا إذا تم أمام الهيئات الدبلوماسية الجزائرية طبقا للمواد،105،103،97 من قانون الحالة المدنية[77].

ثانيا: زواج الجزائريين في بلد غير إسلامي

وهو الزواج الذي يبرم بين جزائريين في بلد كفرنسا أو إسبانيا مثلا فعندما يتم اللجوء نحوى الهيئات المحلية المختصة في ذاك البلد الأجنبي لإبرام عقود زواجهم فإن القانون الجزائري يرى فيه عقد صحيح ولو أنه تم وفقا للشروط الشكلية لذلك البلد، بشرط عدم مخالفة الشروط الموضوعية التي فرضها القانون الجزائري، كالأهلية والرضا وانعدام الموانع الشرعية[78].

ونص المشرع الفرنسي مثلا أن الزواج الذي يعقد في فرنسا يجب أن يتم حسب الشروط الشكلية القانونية المطلوبة في فرنسا، لكن استثناءا يسمح للأجانب بالزواج في فرنسا أمام

---

[77]– **بلحاج العربي**، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص 479.

[78]- **عبد العزيز سعد**، المرجع السابق، ص 169.

السلك الدبلوماسي الممثل لدولهم، وذلك وفقا لما يسمح به قانون دولتهم دون أن يتعارض مع النظام العام الفرنسي[79].

الفرع الثاني

زواج الأجانب في الجزائر

ونقصد بزواج الأجانب الزواج التي يتم بين شخصين يحملان جنسية دولة أجنبية أو جنسيتين أجنبيتين مختلفتين مثل زواج إسباني بإسبانية أو فرنسي بإيطالية ويكون خاضعا من حيث الشكل للقانون الجزائري كونه محل الإبرام.

ويجوز أيضا إبرامه أمام الهيئات السياسية الأجنبية المعتمدة في الجزائر إذا كانت جنسية الأطراف مشتركة[80]، كما اشترطت المادة 71 من قانون الحالة المدنية إقامة الأطراف في الجزائر عن مدة لا تقل عن الشهر قبل إتمام الزواج[81].

أولا: إذا كان الأجنبي مسلما

إذا كان الأجنبي مسلما جاز له إبرام عقد زواجه وفقا لأحكام قانون الأسرة من حيث الشروط الموضوعية والشكلية، فقانون الأسرة الجزائري يطبق على جميع الأجانب المسلمين المقيمين في الجزائر وفق المادة 221 من قانون الأسرة، وهنا يعتبر زواج الأجنبي المسلم بالجزائر صحيحا و يخضع من حيث شكله للقانون الوطني أي مكان إبرام العقد، غير أنه لا يجوز للأجنبية المسلمة الزواج بغير المسلم وهذا حسب المادة 30 من قانون الأسرة، وعلى عكس

[79]- **MELIN François**، op،cit، p 147.

[80]– **مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص ص 124–125.

[81]– راجع المادة 74 من قانون الحالة المدنية السالف الذكر.

ذلك فإنه يسمح للأجنبي المسلم بتعدد الزوجات وهذا بحسب المادة 08 و 08 مكرر و 08 مكرر 1من قانون الأسرة [82].

ثانيا: إذا كان الأجنبي غير مسلم

إذا كان الأجنبي غير مسلم وتم إبرام الزواج في الجزائر وكان لأطراف العقد نفس الجنسية، وجب إبرام عقد الزواج وفقا للقواعد الموضوعية لقانونهما الوطني بشرط مراعاة النظام العام في الجزائر وهذا حسب المادة 11 من القانون المدني، أما فيما يخص القواعد الشكلية يمكن لهما إبرام عقد زواجهما أمام قنصل دولتهما إذا كان قانونهما الوطني يسمح بذلك مثل القانون الفرنسي. أما إذا كان للزوجان جنسية مختلفة وجب احترام القواعد الموضوعية للقانون الوطني لكل منهما، وبهذا تتحد حقوق وواجبات كل واحد منهما وفقا لقانونه الوطني كما يتم إخضاع شكل العقد للقانون الجزائري ويبرم أمام السلطات المدنية الجزائرية وهذا بالعودة إلى مضمون المادة 19 من القانون 05-10، كما أن القانون ألزم الأطراف الحصول على ترخيص كتابي من الوالي المختص لإبرام عقد الزواج[83].

الفرع الثالث

زواج جزائريين بأجانب في الجزائر

ونقصد به الزواج الذي يكون فيه طرف جزائري وطرف أجنبي ويبرم في الجزائر[84] وقد نصت المادة 31 من قانون الأسرة المعدلة على أنه «**يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية.** »[85]، أي أن كل زواج مختلط أبرم في الجزائر وفقا لمبادئ قانون الأسرة ويعتبر الزواج صحيحا ويخضع من جانبه الشكلي لقانون محل

[82]- راجع المادة **8 و8 مكرر1** من قانون الأسرة السالف الذكر.

[83]- **بلحاج العربي**، أحكام الزوجية وأثارها في القانون الجزائري، ص ص، 483-484.

[84]- **بلحاج العربي**، نفس المرجع، ص ص، 484-485.

[85]راجع المادة 31 قانون الأسرة السالف الذكر.

ابرامه، كما نص في نفس الوقت القانون الجزائري على احترام القانون الوطني لكل من الزوجين، و يمنع زواج أي جزائرية مسلمة بأجنبي غير مسلم، وهذا ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة « **يحرم من النساء مؤقتا المعتدة من طلاق أو وفاة ، كما يحرم الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة لأب أو لأم أو من رضاع و زواج المسلمة من غير المسلم** . »[86].

إضافة إلى هذا فإن المادة 73 من قانون الحالة المدنية اشترطت أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق بان الزواج قد تم وفق الشروط المنصوص عليها في القانون، كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ألقاب وأسماء وتواريخ ومحل ولادة الزوجين وأسماء وألقاب الزوجين وأسماء وأعمار الشهود. وتبين لنا هذه المادة البيانات التي يجب أن تظهر في العقد، كما ألزم كذلك أطراف العقد بالحصول على رخصة إدارية مسبق من الوالي المختصٌ بل ابرام عقد الزواج وهذا عملا بالتعليمة رقم 2 الصادرة من وزارة الداخلية في 11 فيفري 1980. [87]

[86]-راجع المادة 30من قانون الأسرة السالف الذكر,

[87]- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسر الجزائري، المرجع السابق ص 481.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج وانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني

ينتج عن عقد الزواج الذي يبرم ويكون مستوفيا لكل الأركان والشروط الضرورية لانعقاده، مجموعة من الآثار والتي تسند إلى أسس قانونية ودينية وأخلاقية، وهدفها تكوين أسرة واحترام الحقوق والواجبات من طرف كل من الزوج والزوجة، وتتلخص هذه الآثار في صنفين، آثار شخصية وهي كل ما يتعلق بحقوق وواجبات الزوجين، وآثار مالية وهي ما يتعلق بالنظام المالي للزوجين، أو ما يعرف في التشريعات الغربية بالنظم المالية للزواج وإضافة إلى الآثار، فإن الزواج أو الرابطة الزوجية معرضة للانحلال بطرق مختلفة من بلد لآخر من تشريع لآخر، إذ يمكن أن يكون ذلك بإرادة منفردة للزوج، أو بطلب من الزوجة وهذا ما عرفته التشريعات العربية والشريعة الإسلامية ومنها التشريع الجزائري، عكس الدول الغربية وتشريعاتها التي تعرف نظام واحد وهو الطلاق، كما أنه ظهر نظام آخر تبنته التشريعات الغربية على رأسها فرنسا، وهو نظام الانفصال الجسماني séparation des corps ، وهو نظام لا ينهي الرابطة الزوجية بصفة كلية ونهائية، بل يعلق بعض الالتزامات بين الزوجين، وهذا النظام لا تعرفه الشريعة الاسلامية، والتشريعات العربية، إلا أنه يمكن تشبيهه إلا حد بعيد بالهجر في المضجع، الذي أقرته الشريعة الإسلامية كإجراء يقوم به الزوج لتأديب زوجته، و في ضل هذه الاختلافات التي تعرفها التشريعات الاسلامية والغربية حول تحديد الآثار وتصنيفها، وطرق انهاء الرابطة الزوجية، وجب على التشريعات تحديد ضوابط الاسناد لتحديد القانون الذي تخضع له هذه الآثار وطرق انحلال الرابطة الزوجية والقانون الذي يحكم نظام الانفصال الجسماني، وللإجابة عن هذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، إذ تناولنا القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج في (المبحث الأول) والقانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج

ونقصد بآثار عقد الزواج الحقوق والالتزامات التي تترتب عنه، وبما أن هذه الآثار تتلخص في صنفين، آثار شخصية وآثار مالية، واختلفت التشريعات في تكيفها وتحديد ضوابط الاسناد التي تخضع لها هذه الآثار، والتي بدورها تحدد القانون الواجب التطبيق عليها، وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، وتناولنا في (المطلب الأول) القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج، وفي (المطلب الثاني) القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج

بما أن الآثار الشخصية للزواج، تشتمل على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، فيعني ذلك ترتب بعض الآثار، التي يمكن أن تأثر على جنسية الزوجة، وأهليتها واسمها، والنفقة عليها، وهذا يضعنا امام إشكال وتساؤل حول مدى تأثير الزواج على هذه العناصر، وللإجابة عن هذا ال هذا التساؤل خصصنا ثلاثة فروع، إذ تناولنا في الفرع الأول آثار الزواج على جنسية الزوجة، وفي الفرع الثاني آثار الزواج على أهلية الزوجة، أما في الفرع الثالث فتناولنا آثار الزواج على نفقة واسم الزوجة[88].

[88]–**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 159.

الفرع الأول

آثار الزواج على جنسية الزوجة

يمكن للزوجة أن تكتسب جنسية زوجها مباشرة بمجرد الزواج منه في بعض التشريعات الأجنبية، عكس بعض التشريعات الأخرى التي ربطت ذلك بتقديم طلب من الزوجة، كما أنه هناك بعض التشريعات الأخرى التي لا يؤثر فيها الزواج على جنسية الزوجة وسنقوم بدراسة هذه الاتجاهات الثلاثة كل على حدا.

الاتجاه الأول: وهو الذي نص فيه معظم التشريعات على دخول الزوجة في جنسية زوجها بقوة القانون بمجرد الزواج منه، ولا يأخذ بعين الاعتبار موقف الزوجة قبولها أو رفضها، إلا أنه هناك بعض التشريعات منحت الزوجة حق رفض جنسية زوجها، والاحتفاظ بجنسيتها لمدة زمنية معينة، وذلك تحقيقا للتوافق داخل الأسرة والحد من تنازع القوانين الخاص بالأسرة وخضوعها لقانون واحد[89].

الاتجاه الثاني: وهو الذي يدعم نظرية احتفاظ الزوجة بجنسيتها، ولا أثر للزواج على جنسيتها، وهذا المبدأ يعد تكريسا لاستقلالية جنسية العائلة، لكن يمكن للزوجة الدحول في جنسية زوجها وذلك بتقديم طلب، وهذا المبدأ يساهم في تحقيق المساواة بين الجنسين، وعدم الدخول في عناصر غير مرغوب فيها تشكل خطرا على المجتمع[90].

---

[89]–**فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب في تنازع الاختصاص القضائي، ج1، دار النهضة، مصر 1969، ص 206.

[90]– **سعيد يوسف البستاني**، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003، ص ص253 252.

الاتجاه الثالث: ويرى أنصار هذا الاتجاه بأن الزواج لا يرتب أي أثر مباشر على جنسية الزوجة، ويمكن للزوجة تقديم طلب للحصول على جنسية زوجها، وذلك دون التقيد بإجراءات التجنس المعتادة بالنسبة للأجانب العاديين، و الحقيقة ان مبدأ استقلالية جنسية العائلة ثابت على الصعيد الدولي[91]، وهذا ما جاء في المادة 1 من اتفاقية نيويورك المبرمة في فبراير 1957، والمتعلقة بجنسية المرأة « **توافق كل الدول المتعاقدة على أنه لا يجوز انعقاد الزواج أو انحلاله بين أحد مواطنيها وبين أجنبي ولا لتغيير الزوج جنسيته أثناء الحياة الزوجية، أن يكون بصورة آلية ذا أثر على جنسية الزوجة.**» ، أما المادة 2 من نفس الاتفاقية فقد نصت على « توافق كل الدول المتعاقدة على أنه لا يجوز لاكتساب أحد مواطنيها باختياره جنسية دولة أخرى ولا لتخلي أحد مواطنيها عن جنسيته أن يمنع زوجة هذا المواطن من الاحتفاظ بجنسيتها.»، وبالمقابل أقرت المادة 3 من هذه الاتفاقية بمبدأ وحدة جنسية العائلة[92].

أما في القانون الجزائري فيظهر لنا هذا في ثلاث صور وهي:

أولا: جنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي: ويظهر لنا في قانون الجنسية الجزائري أن زواج الجزائرية بأجنبي لا يؤثر على جنسيته، ولا تفقدها حتى ولو اكتسبت جنسية زوجها، إلا إذا طلبت التخلي عنها[93]، وهذا ما جاء في نص المادة 3/18 من قانون الجنسية الجزائري والتي تنص على ما يلي «المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب جراء زواجها جنسية

---

[91]–**أحمد أحمد الهواري**، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، ط1،إثراء للنشر والتوزيع، الأردن،2008،ص ص111–109.

[92]–راجع المواد 1_2 و3 من اتفاقية نيويورك، المعروفة باتفاقية جنسية المرأة المتزوجة، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1957 دخلت حيز النفاذ بتاريخ 11أوت 1958.

[93]–راجع **مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص 135 134.

زوجها و أذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية»[94]ويبدأ هذا الأثر ابتداء من نشر المرسوم الذي يسمح للمعني بالتخلي عن جنسيته ولا يمتد هذا الأثر إلى الأولاد القصر حسب نص المادة 21 من قانون الجنسية الجزائري .

ثانيا: جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري:

حسب قانون الجنسية الجزائري لا تفقد المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري جنسيتها الأصلية ما لم ترغب في التنازل عنها، ويمكن لها الحصول على الجنسية الجزائرية إذا توافرت الشروط التالية: وهي كون الزواج قانوني وفعلي منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس، اضافة الى الإقامة المنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل، والتمتع بحسن السلوك والسيرة، واثبات الوسائل الكافية للمعيشة وهذا حسب نص المادة 9 من قانون الجنسية الجزائري[95].

ثالثا: جنسية الأولاد المولودين من زواج مختلط في قانون الجنسية الجزائري:

نصت المادة 6 من قانون الجنسية الجزائري بعد تعديل 2005 على ما يلي: « **يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية** »[96]، وعليه فإن الابن المولود من أب جزائري وأم أجنبية تثبت له الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية على أساس الدم، و بالمثل فإن الابن المولود من أم جزائرية وأب أجنبي تثبت له أيضا الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية

[94]– أنظر أمر رقم 70–86، مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–01، المؤرخ في 27فبراير2005، الجريدة الرسمية، العدد 4 سنة 2005.

[95]– أنظر المادة 9 مكرر من قانون الجنسية الجزائري.

[96]– راجع المادة 6 من نفس القانون.

على أساس الدم من جهة الأم، كما أنه لا أثر لزواج أجنبي بامرأة وطنية على جنسيته، لكن يمكن له اكتساب جنسية زوجته عن طريق التجنس العادي أي بطريق الزواج[97].

الفرع الثاني

آثار الزواج على أهلية الزوجة

يؤدي الزواج في بعض الأحيان إلى احداث أثر في أهلية الزوجة، إذ لا يمكن للزوجة أن تقوم ببعض التصرفات القانونية إلا بإذن من زوجها وهذا في بعض التشريعات الغربية[98]، إلا أن في الجزائر ومصر وسائر البلدان العربية لا أثر للزواج على أهلية الزوجة[99].

وفي حالة ما إذا أحدث الزواج أثر على أهلية الزوجة، يؤدي ذلك إلى إثارة تنازع القوانين حول القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، هل هو قانون جنسية الزوجة باعتباره مقررا لحمايتها، أو مجرد أثر من آثار الزواج، والذي يخضع للقانون الذي يحكم تلك الآثار فالشريعة الإسلامية والتشريعات العربية تقيد أهلية المرأة بسبب الزواج[100].

---

[97]–**أحمد محمد الهواري**، المرجع السابق، ص 112.

[98]–**سلامة عبد الكريم أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر 2008، ص816.

[99]–**سامي عبد الله**، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار العلوم العربية، لبنان 1987، ص83.

[100]–**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص162.

الفرع الثالث

آثار الزواج على نفقة واسم الزوجة

أولا: آثار الزواج على نفقة الزوجة: على الرغم من أن النفقة ذات طابع مالي، إلا أنها تدخل في الآثار الشخصية لعقد الزواج، وهي واجبة على الزوج في كل التشريعات العربية[101] فالمشرع الجزائري كرسها في المادة 74من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أنه «**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة**»[102].

وهذه النفقة واجبة على الزوج تجاه الزوجة، مقابل رعايتها شؤون البيت ولو كان لها مال، وهذه هي النفقة العادية، ويسري عليها قانون جنسية الزوج وقت الزواج، فقد حكمت محكمة النقض المصرية في دعوى نفقة الزوجة، بين زوجين يونانيين بصحة تطبيق القانون اليوناني لأنه قانون جنسية الزوج، ويكون الزوج حسب القانون المدني اليوناني ملزما بالنفقة على زوجته، إلا إذا كانت هي من انسحبت من الحياة الزوجية من غير مبرر، إذا ثبت أن الزوج هو الذي رفض استئناف الحياة الزوجية، وبالتالي يبقى حق الزوجة في النفقة مشروعا كما أنه هناك النفقة الوقتية التي تعتبر اثرا للرابطة الزوجية، وتستند إلى الوضع الشخصي أو صفة طالبها باعتباره زوجا، وتخضع لذات القانون الذي يحكم آثار الزواج الأخرى[103].

ثانيا: أثار الزواج على اسم الزوجة: يختلف الأمر بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية بالنسبة لآثار الزواج على اسم الزوجة، إذ أنه في الشريعة الإسلامية، تحتفظ الزوجة باسمها العائلي، إذ يعتبر خاصية من خصائص شخصيتها، وتستخدمها في مختلف

---

[101]–**مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص 140.

[102]– انظر المادة 74 من قانون الاسرة الجزائري السالف الذكر.

[103]–**سلامة أحمد عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 813 814.

معاملاتها المدنية[104]، عكس الأنظمة القانونية الغربية التي فيها تحمل الزوجة لقب زوجها كأثر من آثار الزواج، ويصبح اسم الزوجة تابع لقانون جنسية الزوج عند الزواج، وهذا ما يثير إشكال في حالة وقوع الطلاق أو الانفصال الجسماني، إذ كان بإمكانها الاحتفاظ باسم زوجها، أو تسترد اسمها، ففي القانون الجزائري يرجع القضاء إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية[105].

الفرع الرابع

مضمون القانون المختص بحكم آثار الزواج

اختلفت تشريعات الدول حول تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج إذ أنه هناك من أخضعها لقانون موطن الزوجة، وهناك من أخضعها لقانون الجنسية المشتركة عكس الدول العربية إلى قانون جنسية الزوج، وكان المشرع الفرنسي قد نص في المادة 213 من قانونه المدني سابقا قد أخضع أثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج ثم عدل ذلك إلى قانون الموطن.[106]

[104]–**جميل فخري جانم**، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2009، ص98.

[105]–**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص163.

[106]–**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 170.

أولا: خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج.

أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، وهذا في نص المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج»[107].

أما المشرع التونسي فقد أخضع أثار الزواج للقانون الشخصي المشترك، وإذ لم يمكن ذلك يأتي قانون الموطن، وإذا تعذر ذلك يأتي قانون القاضي، إذ يرى المشرع التونسي أن هذه هي الضوابط الملائمة لمبدأ المساواة[108]، وتجدر الإشارة إلى أن سريان قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ينحصر في حقوق وواجبات الزوجين، فمثلا النفقة في القانون الجزائري أخضعها المشرع في نص المادة 12 فقرة 1 لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ووضع المشرع الجزائري استثناء لهذه القاعدة، وهذا الاستثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين جزائري، وهذا ما جاء في نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

أما فيما يخص الأهلية هناك جانب من الفقه أخضعها للقانون الذي يحكم آثار الزواج إذا كان نقص أهليتها محدد للمحافظة على جنسية الزوج داخل أسرته، أما إذا كان نقص أهليتها لحمايتها من ضعفها، فنطبق قانونها الشخصي، ويرى الفقه الراجح في فرنسا ومصر أن نقص أهلية المرأة بسبب الزواج هو أثر للزواج، ويهدف لحماية العائلة، فنطبق القانون الذي

[107]– أنظر المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

[108]-**زروتي الطيب**، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر، بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا 2006 عدد 1 ص ص 69 70.

يحكم آثار الزواج[109]، أما المشرع الجزائري فنص في المادة 11 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على إخضاع مسألة الأهلية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص.

اما بالنسبة للاسم فالمشرع الجزائري نص على أن لا أثر للزواج على اسم الزوجة وجعل اسم الزوجة عنصر من عناصر حالتها المدنية[110]، فأخضعها في نص المادة 10 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، أما فيما يخص الموطن، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لأنه يدخل في آثار الزواج الأصلية، وإذا كان أحد الأطراف جزائري، يطبق مباشرة القانون الجزائري، عملا بنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، نفس الشيء بالنسبة للحقوق والواجبات المتبادلة، إذ أسندت إلى قانون جنسية الزوج[111].

أما فيما يخص النسب، فقد خصه المشرع الفرنسي بقاعدة اسناد، وهو ما جاء في نص المادة 311 مكرر 14 من القانون المدني الفرنسي، الذي أخضع النسب بنوعيه الطبيعي والشرعي لقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، وإذا لم تعرف الأم يطبق قانون جنسية الطفل، وعرف القانون الواجب التطبيق على النسب في القانون الفرنسي تطورات من فانون 03 جانفي 1972 الذي يميز في الأحكام بين النسب الطبيعي والشرعي، لكن بصدور قانون النسب في 04جويلية 2005 بموجب حذف هذا التمييز بين النسب الشرعي و النسب الطبيعي [112]ونفس الشيء عمل به المشرع التونسي، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة

---

[109]–**مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص 145.

[110]–**اعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 253.

[111]– راجع المادة 10 و13 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

–ولتفاصيل أكثر راجع، تمورت نوال، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة محند اولحاج البويرة، 2017، ص 23 الى 27.

[112] - MELIN François, op.cit, p163.

13 مكرر، على أنه يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة[113].

ثانيا

عوارض تطبيق قانون جنسية الزوج

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على احترام قواعد التنازع، ونطاق تطبيق قانون الأسرة « **يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين و على غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعات الأحكام الواردة في القانون المدني** »[114]، أما في حالة وجود معاهدة تكرس تطبيق القانون المحلي، فقواعد التنازع لا تسري حيث يوجد نص على خلاف ذلك[115]، إذ يعد تطبيق القانون المحلي واستبعاد قواعد التنازع باديا عندما ينص على قاعدة اسناد متحيزة ضمن قواعد تنازع القوانين، إذ تخضع آثار الزواج المختلط إلى قانون جنسية الزوج، وهذا ما يكرس عدم المساواة بين الزوج والزوجة و ترجيح كفة الزوج في مسائل عديدة، وانتقد هذا المبدأ بأنه ليس عادلا، إذ يجب وضع القوانين المتنازعة في مرتبة واحدة، ويكون ذلك بالاستناد إلى معايير منطقية وموضوعية وليست متحيزة، فضوابط الاسناد في الأحوال الشخصية هي الموطن والجنسية، وليست الديانة الإسلامية.

كما انتقدت تشريعات الدول العربية، لترجيحها كفة الزوج، سواء بنص صريح أو بإعمال نظام الدفع بالنظام العام، لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وتطبيق القانون الداخلي، شأنه شأن قانون الموطن الذي لا يخدم في عديد الحالات مصلحة الزوجين بالنظر

---

[113]– انظر المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

[114]– انظر المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

[115]–**خالد برجاوي**، المرجع السابق، ص 47.

لهذا الاختلاف بين التشريع و الفقه و القضاء، ظهر اقتراح لوضع قواعد تنازع موحدة عن طريق المعاهدات والاتفاقيات، ومنها اتفاقيات لاهاي 1902 و1905، التي عرفت اختلاف في تحديد القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية، إذ تبنت بعض الدول قانون الموطن ومنها أمريكا ودول أخرى قانون الجنسية، وهذا الاختلاف موجود حتى في الدول العربية[116].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج

ينتج عن الزواج آثار مالية ترتبط بالذمة المالية لكل منهما وهذا ما يستوجب تحديد نظام مالي يحكم العلاقة المالية بين الزوجين، عكس الشريعة الإسلامية التي لا ترتب على الزواج أي آثار مالية، فالنظم المالية مشاعة في الدول الغربية أكثر من الدول الإسلامية ولتحديد مضمون هذه الآثار والقانون الذي يحكمها، خصصنا الفرع الأول لدراسة النظم المالية للزواج، والفرع الثاني لدراسة نظام الأموال في التشريع الجزائري، والفرع الثالث لدراسة القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.

---

[116]– مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 150 إلى 155.

تتمثل اتفاقيات لاهاي في:

1_ اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القوانين في موضوع الزواج، المبرمة في12 جوان 1902.

2_ اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القوانين والاختصاص فيما يتعلق بالطلاق و الانفصال المبرمة بتاريخ 12جوان 1902.

3_ اتفاقية لاهاي المتعلقة بالوصاية على القاصرين المبرمة بتاريخ 12جوان 1902.

4_ اتفاقية لاهاي المتعلقة بتعارض القوانين فيما يتعلق بآثار الزواج على حقوق وواجبات الزوجين في علاقتهما الشخصية وفيما وممتلكاتهما، المبرمة في 07 جويلية 1905.

الفرع الأول

النظم المالية للزواج

أولا: نظام الاشتراك المالي: والذي تكون فيه أموال الزوجين مشتركة، وتستعمل لتلبية حاجيات الأسرة، وللزوج صلاحية إدارة هذه الأموال، عدا بعض التصرفات التي يحتاج موافقة الزوجة، ويظهر هذا النظام في ثلاث صور وهي:

- **نظام الاشتراك العام:** وهو أن تكون كل أموال الزوجين مشتركة بينهما.[117]
- **نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب:** وهو أن تكون أموال الزوجين التي يكتسبانها بعد الزواج مشتركة بينهما، إضافة إلى المنقولات، أما العقارات فلا تتأثر بالزواج، ويحتفظ كل منهما بما يملك[118].
- **نظام الاشتراك المخفف:** والذي تبقى فيه لكل من الزوجين أمواله له عند ابرام العقد، سواء المنقولات أو العقارات، بينما يشتركان فيما يكسبانه بعد الزواج، والنظام المقرر في فرنسا، ما لم يختار الزوجان نظام آخر.

ثانيا: نظام الانفصال المالي: والذي تكون بموجبه اموال الزوجين مستقلة، سواء من ناحية الادارة أو الاستغلال أو التصرف، ويتقاسمان كل مصاريف وأعباء الأسرة بينهما، ويجدر الاشارة بأن هذا النظام غير معمول به في فرنسا، إذ تم إلغاءه, كما أنه هناك نظام

---

[117]–**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية، ص 164.

[118]–**تمورت نوال**، المرجع السابق، ص 32.

آخر يدعى بنظام البائنة، والتي تقدم فيه الزوجة لزوجها بعض أموالها على شكل مهر واستغلالها، ألا أنه ألغي في فرنسا[119].

الفرع الثاني

النظم المالية في القانون الجزائري

اخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجة عن الزوج، إذ تحتفظ بكل ما لها من كمنقول أو عقار، ولها حرية التصرف فيها وليست مجبرة على المساهمة في أعباء المعيشة ومصاريف الأسرة لأن الرجل هو المسؤول على ذلك، ولا يحق له مطالبتها بالمشاركة في ذلك.[120]

أولا: استقلال الذمة المالية بين الزوجين: يختلف الأمر في نظام الاشتراك المالي في القانون الجزائري على ما هو عليه الأمر في القانون الفرنسي، إذ أنه يقع على عاتق الزوج تحمل أعباء الأسرة، ويأخذ المشرع الجزائري بنظام الفصل في الذمم المالية بينهما، واحتفاظ كل منهما بحرية التصرف في أمواله[121]، وهذا ما نص عليه في المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر»[122].

كما أن المشرع الجزائري ساوى بين الزوج والزوجة في ابرام التصرفات المالية ويجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج على الأموال المشتركة التي يكتسبانها، أي أنه في حالة عدم وجود اتفاق تبقى الذمة المالية مستقلة تلقائيا، وأجيز هذا الاتفاق بشرط ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة[123].

---

[119]–**زروتي الطيب**، المرجع السابق، ص 165.

[120]–**علي علي سليمان**، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 64.

[121]_**مسعودي يوسف**، المرجع السابق ص 167.

[122]– انظر المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

[123]–**سامي عبد الله**، المرجع السابق، ص 84.

ثانيا: اشتراك الذمة المالية للزوجين: في ظل تطور حاجيات الزوجين في الحياة، يجدان أنفسهما مجبران على توحيد ذممهما المالية، لتلبية حاجيات الأسرة وهذا ما يسمى باتحاد فعلي، على الرغم من أن الأصل هو الاستقلال والحرية في الذمة المالية للزوجة، وبقاء الذمة المالية للزوج مشتركة، وهذا الاستقلال يبقى نظري إذ ينبغي عليهما التعاون على أعباء الأسرة، وتلعب هذه الاتفاقات المالية دورا هاما في حل النزاعات المالية بين الزوجين[124]، ونص المشرع في المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري على النزاع في متاع البيت « **إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال....**».[125]

فالاتفاق على اشتراك آثار الزوجية يحد من النزاعات على الأموال في المستقبل، ونظرا للواقع المعيشي الصعب في الأسرة الجزائرية، يفرض عل الزوجين الاستنجاد بنظام الاشتراك الفعلي[126].

الفرع الثالث

مضمون القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية

اختلفت الآراء حول تكييف هذه الأنظمة إذ أن البعض اعتبرها من الأحوال الشخصية، ويتوجب اخضاعها للقانون الشخصي، وهناك من يرى أنها من الأحوال العينية، وهنا وجب اخضاعها لقانون موقع المال، أو لقانون المال، أو قانون موطن الزوجية وهذا رأي

---

[124]–**مسعودي الرشيد**، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 314.

[125]– انظر المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

[126]–**مسعودي الرشيد**، المرجع السابق، ص 314.

ديمولان[127]، أما المشرع الجزائري فقد حسم الأمر وجعله بسيطا، إذ أخذ بوجهة النظر الأولى الموحدة بين آثار الزواج المالية والشخصية، وأخضعها لقانون جنسية الزوج تماشيا مع الاتجاهات الحديثة للتشريع المقارن[128]، حيث نص في المادة 12 فقرة1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي« **يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج**»[129]، كما أن هذا الرأي لا ينفي الأهلية المشترطة لإبرام هذه المشارطة وتبقى خاضعة للقانون الوطني للزوج الذي ثار النزاع بشأن أهليته.

أما الفقهاء في فرنسا فيسندون النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج، وفي إنجلترا تخضع آثار الزواج المتعلقة بالمنقولات لقانون موطن الزوجية والعقارات لقانون موقع العقار، وفي جميع الأحوال وحسب نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، فانه إذا كان أحد الأطراف جزائريا عند ابرام عقد الزواج يطبق القانون الجزائري، وتبقى الأهلية خاضعة لقانون جنسية كل زوج[130].

[127]-**MALIN François**، op. cit، p 28.

[128]–**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ص 165.

[129]– راجع المادة 12 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

[130]–**زروتي الطيب**، المرجع السابق، ص 166.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني

بما أن الزواج علاقة قانونية تبدا بعقد، إلا أن هذه العلاقة معرضة للانتهاء في أي وقت، و بطرق مختلفة، ففي التشريعات الغربية هنالك دول ترى أن الزواج لا ينتهي إلا بالوفاة مثل القانون الإسباني قبل تعديل 1982[131]، كما يمكن أن ينتهي الزواج بإرادة الزوج المنفردة أو بالتطليق والخلع، وهذه الطرق مستمدة من الشريعة الإسلامية، وهي المعمول بها في الدول العربية، كما أنه هناك نظام آخر لا تعرفه التشريعات العربية والشريعة الإسلامية وهي ما يعرف بالانفصال الجسماني séparation des corps،وهذا ما فتح المجال لإثارة قواعد التنازع وتحديد ضوابط الاسناد والقانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني [132].

ولتوضيح هذا العنصر قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، فتناولنا القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية في المطلب الأول، والقانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني في المطلب الثاني.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية

تنتهي الرابطة الزوجية بطرق مختلفة من تشريع لآخر، إذ تعرف التشريعات العربية الطرق المستمدة من الشريعة الإسلامية، وعمد المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري إلى تحديد هذه الطرق وهي ثلاثة، فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة من طرف الزوج، وهذا ما يسمى بالطلاق، والطريقة الثانية وهي فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة وهذا ما يسمى

[131]–**مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص 177.

[132]–**صلاح الدين جمال الدين**، المرجع السابق، ص 418.

بالتطليق، وهناك الخلع و هو ان تقوم الزوجة بمخالعة نفسها بمقابل ويكون برضا الطرفين أو دون موافقة الزوج، أما التشريعات الغربية فتعرف طريقة واحدة وهي الطلاق و يكون بإرادة أحد الطرفين الزوج او الزوجة، وفي ضل هذه الاختلافات توجب على المشرع الجزائري تحديد ضوابط الإسناد التي تخضع لها هذه الطرق، وتحديد القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاعات التي ترفع امام القضاء، وللإجابة عن هذا، خصصنا لهذا المطلب فرعان وتناولنا في الفرع الأول، خضوع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج، وفي الفرع الثاني استبعاد قانون جنسية الزوج

الفرع الأول

خضوع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج

أولا: المبدأ العام: نصت المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه « **يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى** »[133]، ومن خلال هذا النص القانوني، فإن المشرع الجزائري قد أسند انحلال الرابطة الزوجية بكل طرقه إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إلا أن هذا المبدأ أنتقد بحيث أنه يكون ظالم ومجحف في حق الزوجة، إذ تتزوج الزوجة وفقا لقانون جنسية الزوج، ثم يقوم الزوج بتغيير جنسيته لإيقاع الطلاق وهذا إجحاف في حق الزوجة، كما أن المشرع وحد ضابط الاسناد المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، وحصره في جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ويختلف الأمر في الدول العربية الاخرى كالقانون المصري الذي أخضع الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أما التطليق والانفصال الجسماني فأخضعهما لقانون

[133]– انظر المادة 12 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أي أنه فصل بين الطلاق وبين التطليق والانفصال الجسماني، ولم يخضعهم لضابط اسناد موحد، عكس المشرع الجزائري[134].

ثانيا: الاستثناء الوارد على تطبيق قانون جنسية الزوج: إذا كان الأصل هو إخضاع انحلال الزواج وقت رفع الدعوى، وهذا ما ورد في المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، فإنه أورد استثناء على هذا الأصل وهو الذي نص عليه في المادة 13 من القانون المدني الجزائري إذ نص على أنه المدني إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلي« **يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12من القانون ة الزواج»**[135] ويتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع خرج عن الأصل إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق مالم تتغير جنسية الزوجين بعد الزواج. [136]

الفرع الثاني

استبعاد قانون جنسية الزوج

يمكن القول بأن استبعاد القانون الأجنبي والواجب التطبيق على شروط الزواج، نفسه نفس استبعاده بالنسبة للآثار المترتبة عنه وانحلال الرابطة الزوجية، وذلك لثبوت مخالفته النظام العام او ثبوت الغش نحو القانون.[137]

أولا: استبعاد قانون جنسية الزوج لمخالفته النظام العام: بما أن انحلال الرابطة الزوجية يكون بطرق مختلفة من تشريع لآخر، و بما أن التشريع الجزائري الذي ينظم انحلال

---

[134]–**زروتي الطيب**، المرجع السابق، ص 171.

[135]– راجع المادة 12 و13 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

[136]–**علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 77.

[137]–**مسعودي يوسف**، المرجع السابق، ص 201.

الرابطة الزوجية مستمد من الشريعة الاسلامية، و هذا يجعل الرابطة ذات اسس خلقية و ذات طابع ديني ن و يحدث في حالات أن يتعارض قانون جنسية الزوج مع النظام العام في قانون القاضي، و هذا ما يسمح للقاضي بإعمال قانونه باسم النظام العام و خير مثال على ذلك جواز التطليق بالإرادة المنفردة كون الزوج مسلما حتى و لو كان قانونه الوطني يعارض ذلك، أو قيام الزوجة الأجنبية المسلمة بطلب التطليق من الأجنبي الغير المسلم.[138]

ثانيا: استبعاد قانون جنسية الزوج لوجود غش نحو القانون: يلجأ بعض الأشخاص إلى التحايل على القانون بتغيير جنسيتهم أو دينهم او موطنهم للحصول على الطلاق هروبا من القانون الواجب التطبيق، و يرتكز الغش نحو القانون في التشريع الجزائري والفرنسي على ضابطي الجنسية والموطن، ويمكن تصور ذلك أمام القانون الجزائري في مسألة الطلاق، إذا قام أشخاص أجانب بطلب الطلاق أمام الجهات القضائية الجزائرية بعد قيامهم بتغيير جنسياتهم، وكانت قوانينهم تتطلب شروط خاصة للطلاق، فيقوم القاضي باستبعاد قانون الزوج، ويطبق القانون الذي ثبت الغش نحوه[139].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني

لقد عرفت التشريعات الغربية نظام الانفصال الجسماني دون التشريعات العربية الاسلامية، إذ أن هذا النظام غير معمول به وغير معروف في الدول العربية ومنها الجزائر، فالمشرع الجزائري في القانون القديم لم يذكر الانفصال الجسماني وغفل عنه، إلا أنه تدارك ذلك في التعديل الأخير للقانون المدني 05-10، وأدرج الانفصال الجسماني مع الطلاق والتطليق

[138]–**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ص 201.

[139]–**سادي سهام، سايغي عبدة**، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015 2016، ص 22-23.

وأخضعهم لنفس الأحكام إلا أن ذلك لا يتعلق سوى بالزواج الذي ينتج عنه آثار الانفصال الجسماني بالخارج وأخذ بمبدأ استحالة حكم القانون الوطني الجزائري بالانفصال الجسماني.

الفرع الأول

تعريف الانفصال الجسماني

الانفصال الجسماني هو طريقة مشابهة للطلاق، غير أن الطلاق ينهي الرابطة الزوجية بشكل نهائي، عكس الانفصال الجسماني الذي هو تخفيف للارتباط وتعليق الالتزامات الزوجية مع بقاء حق الزواج قائم في نظر القانون[140]، أي توقف الآثار التي تترتب عن المعيشة المشتركة وتبقى آثار الزواج قائمة، ويحق لكلا الزوجين المطالبة به أمام الجهات القضائية إذا توفرت الشروط[141].

الفرع الثاني

آثار الانفصال الجسماني

أسباب الانفصال الجسماني لا تختلف عن أسباب الطلاق، لكن يختلف الأمرين في كون الانفصال الجسماني لا يعني انحلال الرابطة الزوجية وعقد الزواج يبقى صحيحا، و يتم فقط تجميد الالتزامات الزوجية بعد تلقيه طلب من أحد الأطراف أو كلاهما، وهذا بطلب من القاضي لمدة محددة حتى يتأكد إما من عودة الزوجين إلى الحياة الزوجية أو تقرير الطلاق بينهما، إذن الانفصال الجسماني بعد فترة أو مدة معينة يمكن أن يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية أو العودة إلى الحياة الزوجية العادية بين الزوجين، وعليه فمن أهم آثار الانفصال

[140]-**FREDERIC Debove**, **RENAUD Salomon**, **THOMAS Janville** ; droit de la famille, 6 Edition, vuibert, paris ; 2010, page 141.

[141]-**FRANSOIS Terré**،**DOMINIQUE Fenouillet**، droit civil la famille, 8 Edition، paris 2011, page 280.

الجسماني تجميد الالتزامات الزوجية بين الزوجين وعدم التعايش معا، مما يؤدي إلى تجميد واجب التعاون بينهما وتجميد النفقات الزوجية والفصل أيضا بين الممتلكات[142].

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من الانفصال الجسماني

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فانه لم يعرف نظام الانفصال الجسماني ولم يأخذ به بتاتا، واكتفى بحصر انحلال الرابطة الزوجية في الطرق المستمدة من الشريعة الإسلامية، وهي الطلاق ولتطليق والخلع، والتي نص علها في المواد 47 إلى 57 من قانون الاسرة الجزائري[143]،إلا أنه يمكن القول إن الانفصال الجسماني يشبه إلى حد ما الهجر في المضاجع، الذي يعتبر كإجراء لتأديب الزوجة لقوله تعالى «و**اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجرهن في المضاجع وأضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا**»[144].

اما بالنسبة للقانون المدني الجزائري، فإن المشرع نص في المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على « **يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى** »، ثم بالاستثناء في المادة 13 من نفس القانون 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** »أي يطبق القانون الجزائري مباشرة، وهذا فيما يخص آثار الانفصال الجسماني الذي نشأ في الخارج، أم انشاءه أمام القاضي الجزائري فهذا أمر مستحيل وغير ممكن لمخالفته النظام العام في الجزائر وعملا بنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على «**لا**

---

142 –**FRANSOIS Terré**, **DOMINIQUE Ferouillet**, ibid, page 280-283.

143– راجع المواد من 47 إلى 57من قانون الأسرة السالف الذكر.

144– الآية 34 من سورة النساء.

يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة»[145]

[145]– راجع المادة 12 و13 و24 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

خاتمة

تناولنا في هذه الدراسة القانون الواجب التطبيق على الزواج وآثاره وانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، الذي يندرج تحت تطبيقات منهج التنازع، ولقد رأينا في فصلنا الأول القانون الواجب التطبيق على كل من الشروط الموضوعية والشكلية ودرسنا القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج، انحلاله والانفصال الجسماني الذي نص عليه المشرع، لكن يتعلق الأمر بالانفصال الجسماني الذي يتم إنشاؤه في دولة أجنبية ويثار نزاع حوله أمام القاضي الجزائري، أما إنشاؤه أمام القضاء الجزائري فهو غير ممكن لأنّه مخالف للنظام العام الجزائري.

استنتجنا أنّ المشرع الجزائري من خلال وضعه لقواعد الإسناد يهدف دائماً إلى حماية الطرف الجزائري، وتطبيق القانون الوطني على الزواج وآثاره، وهذا نظراً لكونه موضوع حسّاس إذ أنّ الشريعة الإسلامية مصدر أساسي في صياغة قواعده، وحفاظاً على ثوابت المجتمع وتفادي التبعية للقوانيين الأجنبية، لكن السؤال المطروح هل القانون الجزائري ملائم دائماً لحكم تلك العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي؟

بطبيعة الحال المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لقواعد التنازع الخاصة بالزواج وآثاره وانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، لم يكن متكاملاً بشكل مطلق فقد كان صريحاً في المادة 11 من القانون المدني الجزائري، ونص على تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج، في حين لم يورد نص صريحاً فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج، إلاّ أنه وضع قاعدة سارية على

شكل جميع التصرفات القانونية (المادة 19 من القانون المدني) وهي من القواعد العامة وضعت قواعد إسناد اختيارية ومتعددة تجيز للأطراف إخضاع شكل الزواج لقانون محل إبرامه وهذا ما بات معروفاً بقاعدة لوكيس، أو لقانون الموطن أو الجنسية المشتركة للزوجين، أو للقانون الذي طبق على الأحكام الموضوعية، كما تعرض لمجموعة من الانتقادات خاصة في المادة 12بفقرتيها الأولى والثانية والمادة 13 من القانون المدني، وكان من الضروري على المشرع ضبط صياغتها على النحو الذي يزيل الغموض المثار عنها، وأن يعيد النظر في مسألة إخضاع آثار الزواج الشخصية والمالية لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى والنص بشكل صريح على القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، وذلك من أجل مواكبة الفقه الحديث.

تعرض الشرع الجزائري لمجموعة من الانتقادات إثر اخضاعه انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزواج وقت رفع الدعوى، وكونه لم يسوي بين الزوج والزوجة مما يفسح المجال للزوج في مفاجئة الزوجة بقانون لم تتوقعه وهذا إجحاف في حقها وعلى غرار ذلك وجهت انتقادات للمشرع الجزائري كونه لم يميز بين الطلاق بالإرادة المنفردة والتطليق والخلع واكتفى بانحلال الرابطة الزوجية وكان لازماً عليه تنظيمها كل على حدا وإخضاعها لنصوص صريحة، كما أن مسألة الانفصال الجسماني كانت موضع نقد بسبب الموقف الغامض للمشرع الجزائري اتجاهها، إذ أصبح من اللزوم تبيان موقفه وعدم تركها بالطريقة المنصوص عليها في المادة 1/12 من القانون المدني، وأن يعمل على توحيد الحلول مع

التشريعات الغربية والمقارنة خاصة ذات المرجعية الإسلامية، وتسهيل معالجة المسائل المترتبة عن الزواج المختلط وذلك عن طريق إبرام اتفاقيات جماعية بينها.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ/ الكتب

1- القرآن الكريم

2- أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط1، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

3- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

4- بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

5- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط 1999، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

6- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

7- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل مقارنة ببعض التشريعات المقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

8- تقية عبد الفتاح، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ط1، دار الكتاب للحديث، مصر، 2011.

9- جميل فخري جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

10- **دربال عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري المقارن، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

11- **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، ج1، د ط، مطبعة الكهنة، الجزائر، 2000.

12- **زروتي الطيب**، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011.

13- **سامي عبد الله**، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، ط 1، دار العلوم العربية، لبنان، 1987.

14- **سعيد يوسف البستاني**، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، د ط منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

15- **سلامة عبد الكريم أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

16- **صلاح الدين جمال الدين**، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، د ط، دار الفكر الجامعي مصر، 2007.

17- **عبد العزيز سعد**، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط 2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

18- **عزالدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ط 11، مطابع الهيئة العامة للكتاب، مصر، 1986.

19- **علي علي سليمان**، نظرات قانونية مختلفة، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

20- **علي علي سليمان،** مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 5 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

21- **عليلوش قربوع كمال،** القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط 3 ج1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

22- **فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد،** الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب في تنازع الاختصاص القضائي، ج1، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1969.

23- **فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد،** الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدولي، ج2، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1987.

24- **فضيل نادية،** تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، ط 2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

25- **مسعودي يوسف،** الزواج والطلاق في العلاقات الدولية، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.

26- **هشام علي صادق،** دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.

ب/ الرسائل والمذكرات الجامعية

❖ الرسائل:

- **مسعودي الرشيد،** النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بقايد، تلمسان، 2005.

❖ **المذكرات الجامعية:**

1-**بوجاجة فوزية، غانية غوناي**، الاحكام القانونية لانعقاد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الجدلالي، خميس مليانة، 2015.

2- **تمورت نوال**، القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج وآثار انحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2017.

3- **سادي سهام، سايغي عيدة**، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015.

ج/ المقالات:

- **زروتي الطيب**، "قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولية في الجزائر بقانون 05-10"، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2006، ص ص69 70

د/ النصوص القانونية:

1/ الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القوانيين في موضوع الزواج، المبرمة في 12 جوان 1902.
- اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القوانيين والاختصاص فيما يتعلق بالطلاق والانفصال المبرمة بتاريخ 12 جوان 1902.
- اتفاقية لاهاي المتعلقة بالوصاية على القاصرين المبرمة بتاريخ 12 جوان 1902.

- اتفاقية لاهاي المتعلقة بتعارض القوانين فيما يتعلق بآثار الزواج على خقوق وواجبات الزوجين في علاقتهما الشخصية وفيما يتعلق بممتلكاتهما، المبرمة في 07 جويلية 1905.

2/النصوص القانونية الوطنية

- **أمر رقم 70-20**، مؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.
- **أمر رقم 75-58**، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بقانون 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج رع 44 صادرة بتاريخ 26 جوان 2005.
- **أمر رقم 70-86**، مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية، ج ر ع 105، مؤرخة في 18 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-01، المؤرخ في 27 فيفري 2005،ج ر ع 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005.
- **قانون رقم 84-11**، مؤرخ في 9 جويلية سنة 1984، ج ر ع 24، صادرة بتاريخ 12 جويلية 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ع 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005.
- **قانون رقم 08-09**، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر ع 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

ثانياً: بالغة الفرنسية

-**BATIFFOL Henri** et **LAGARDE Charles**, Traité de droit international privé, 8éme édition,Tome I, L .G .D .J . Paris ,1993.

-**FRANSOIS Terré, DOMINIQUE Ferouillet,** droit civil et la famille, 8émeEdition,Dalloz, Paris, 2011**.**

-**FREDERIC Debove, RENAUD Salomon, THOMAS Janville**, droit de la famille, 6émeéditionVuibert, Paris, 2010.

-**MAYER Pierre** et **Henze Vincent**, droit international privé,9éme édition, Montchrestien,2007.

-**MELIN François**, Droit international privé, Cours intégral et synthétique, Gualimo, Lextenso, France, 2019.

الفهرس

الفهرس

مقدمة.....01

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.....04

المبحث الأول: القانون الساري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج.....06

المطلب الأول: محتوى فكرة الشروط الموضوعية لعقد الزواج في القانون الجزائري.....07

الفرع الأول: الرضا.....07

الفرع الثاني: الأهلية.....08

الفرع الثالث: الولي.....08

الفرع الرابع: الشهود.....09

الفرع الخامس: المهر.....10

الفرع السادس: انعدام الموانع الشرعية للزواج.....10

أولا: المحرمات المؤبدة.....11

ثانيا: المحرمات المؤقتة.....11

المطلب الثاني: تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج.....12

الفرع الأول: التطبيق الجامع.....12

الفرع الثاني: التطبيق الموزع.....13

الفرع الثالث: الاستثناءات على التطبيق الموزع لقانون جنسية كل طرف لصالح القانون الوطني.....14

أولا: حالة كون أحد الأطراف جزائري الجنسية عند إبرام عقد الزواج.....14

ثانيا: الاستثناءات العامة الواردة على تطبيق القانون الأجنبي.....15

الفرع الرابع: تطبيق قانون جنسية الزوجين في حالة ازدواج الجنسية وانعدامها.....19

الفرع الخامس: اثبات القانون الأجنبي وتفسيره.....20
أولا: اثبات القانون الأجنبي.....21
ثانيا: تفسير القانون الأجنبي.....23
المبحث الثاني: القانون الساري على الشروط الشكلية لعقد الزواج.....24
المطلب الأول: محتوى فكرة الشروط الشكلية لعقد الزواج.....24
الفرع الأول: تسجيل عقد الزواج.....25
الفرع الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج.....26
الفرع الثالث: اثبات عقد الزواج.....26
المطلب الأول: تطبيق قانون المحل على عقد الزواج.....27
الفرع الأول: نشأة قاعدة لوكيس.....28
الفرع الثاني: طبيعة قاعدة لوكيس.....29
أولا: الطابع الآمر لقاعدة لوكيس.....29
ثانيا: الطابع الاختياري لقاعدة لوكيس.....30
الفرع الثالث: موانع تطبيق قاعدة لوكيس.....31
المطلب الثالث: الزواج أمام السلك الدبلوماسي أو القنصلي.....33
الفرع الأول: زواج الجزائريين بالخارج.....33
أولا: زواج الجزائريين في بلد إسلامي.....33
ثانيا: زواج الجزائريين في بلد غير إسلامي.....34
الفرع الثاني: زواج الأجانب في الجزائر.....35
أولا: إذا كان الأجنبي مسلما.....35
ثانيا: إذا كان الأجنبي غير مسلم.....36
الفرع الثالث: زواج الجزائريين بأجانب في الجزائر.....37

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج وانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني.....38
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج.....40
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية لعقد الزواج.....40
الفرع الأول: آثار الزواج على جنسية الزوجة.....42
أولا: جنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي.....42
ثانيا: جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة بأجنبي.....43
ثالثا: جنسية الأولاد المولودين من زواج مختلط في قانون الجنسية الجزائرية.....43
الفرع الثاني: آثار الزواج على أهلية الزوجة.....44
الفرع الثالث: آثار الزواج على نفقة واسم الزوجة.....45
أولا: آثار الزواج على نفقة الزوجة.....45
ثانيا: آثار الزواج على اسم الزوجة.....45
الفرع الرابع: مضمون القانون المختص بحكم آثار عقد الزواج.....46
أولا: خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج.....47
ثانيا: عوارض تطبيق قانون جنسية الزوج.....49
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأثار المالية لعقد الزواج.....50
الفرع الأول: النظم المالية للزواج 51
الفرع الثاني: النظم المالية في القانون الجزائري.....52
أولا: استقلال الذمة المالية بين الزوجين.....52
ثانيا: اشتراك الذمة المالية للزوجين.....53
الفرع الثالث: مضمون القانون الواجب التطبيق على الأثار المالية.....54

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني.....55
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية.....55
الفرع الأول: خضوع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج.....56
أولا: المبدأ العام.....56
ثانيا: الاستثناءات الواردة على تطبيق قانون جنسية الزوج.....57
الفرع الثاني: استبعاد قانون جنسية الزوج.....57
أولا: استبعاد قانون جنسية الزوج لمخالفة النظام العام 57
ثانيا: استبعاد قانون جنسية الزوج لثبوت غش نحو القانون.....58
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني.....58
الفرع الأول: تعريف الانفصال الجسماني.....59
الفرع الثاني: آثار الانفصال الجسماني.....59
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الانفصال الجسماني.....60
خاتمة: 62

الزواج المختلط في قواعد التنازع الجزائرية

ملخص:

يعتبر الزواج من المسائل المواضيع الحساسة في مجال تنازع القوانين، لذلك قام المشرع الجزائري بوضع قواعد تنازع حرص من خلالها على حماية الطرف الجزائري وإعطاء الأولوية للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي المتعلقة بالزواج في كل الأحوال التي يكون فيها طرف جزائري عند ابرام عقد الزواج، لكن هل القانون الجزائري ملائم دائماً لحكم علاقات الزواج ذات العنصر الأجنبي.

Résumé :

Le mariage étant considéré comme l'une des questions sensibles en matière de conflit de lois, le législateur algérien a fixé des règles de conflit à travers lesquelles il tient à protéger la partie algérienne et à privilégier le droit algérien dans les relations privées avec un élément étranger lié au mariage dans tous les cas où une partie algérienne est impliquée lors de la conclusion du contrat de mariage. Mais la loi algérienne est-il toujours approprié pour régir la relation matrimoniale avec un élément étranger ?