جـامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة المـــاستر تخصص: قـــانون اسرة

من تقديم الطالبتين :
- طويل بشرى
- عقرد شيماء

تحت إشراف
-د مجدوب كوثر

لجنة المناقشة

أ . بودفع علي ..... **رئيـــسا**

د **. مجدوب كوثر** .....**مشرفا ومقررا**

د . قاري علي .....**مناقـــشا**

دورة جويلية 2019

تشكر

امتثالا لقوله تعالى: " وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ" سورة إبراهيم الآية 07.

ولأن شكر الله يستلزم شكر أصحاب الفضل فنتوجه بالشكر الجزيل إلى:

الأستاذة الفاضلة " مجدوب كوثر" لقبولها إتمام الإشراف على هذه المذكرة وتحملها أعبائها ولم تبخل علينا بالجهد والوقت.

كما نتقدم بالشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة الفاضل، البروفسور " بودفع علي" الأستاذ " قاري علي" اللذان تحملا عناء قراءة هذا البحث وتقييمه.

وأتوجه بالشكر إلى أسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

وكل الشكر إلى من ساهم او أرشد او نصح، فجزاهم الله خيرا.

والحمد لله أولا وآخرا

إهداء

أحمد الله مخرج النور بعد الظلام، أحمد ربي رزقني حسن المسير.

أهدي تخرجي إلى معلم البشرية أجمعين الهادي الأمين ... محمد صلى الله عليه وسلم

إلى صاحبة القلب الصابر والحنون إلى من أنار في دعائها حياتي... أمي الحبيبة

إلى من تعجز الكلمات عن إيفائه حقه ... والدي العزيز.

إلى من ساندني وآزر بي في دربي... زوجي الغالي محمد.

إلى من تمنوا لي النجاح والتوفيق ...إخوتي وأخواتي الأعزاء " ايمان وزوجها وسيم، منال، أحلام، بشرى، مفدي وزوجته وفاء، يحي".

وإلى أهلي جميعا، وصديقاتي الذين شاركوني فرحتي بالفعل او الكلمة الحلوة... حكيمة، منال، اميرة، هدى، روميصة، أمال ،احلام،وردة.

شيماء

إهداء

إلى من ساندتني في صلاتها ودعائها

إلى من سهرت الليالي لتنير دربي

إلى من تشاركني أفراحي إلى نبع العطف والحنان أمي الغالية

إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاح العلم المعرفة إلى أبي العزيز

إلى نبع الحنان الثاني إلى جدتي الحنونة

إلى اللذين ظفرت بهم هدية من الأقدار إلى إخوتي وأخواتي: حسام، جلال، فارس، هدى، يسرى

إلى زوج أختي نور الدين

إلى خالتي حفيظة وزوجها

إلى خالتي سامية وعائلتها

إلى خالتي حورية وعائلتها

إلى من شاركت معهم اجمل اللحضات صديقات دربي: لبنى، خولة، فاطيمة، رؤية، آية، ريان،مروة،اميمة

بشرى

قائمة المختصرات

ص .....صفحة

ط.....طبعة

دط.....دون طبعة

ج.....الجزء

د س ن .....دون سنة نشر

ق أ ج.....قانون الأسرة الجزائري

ق م ج.....قانون مدني جزائري

ق ا م د.....قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق ح م .....قانون الحالة المدنية

مقدمة

مقدمة:

منذ خلق الإنسان وبدأت المجتمعات البشرية كانت ومازالت العلاقات الإنسانية مبنية على القواعد والروابط الإنسانية بين الفرد والمجتمع، ولقد وضع القانون لأجل حكم وتنظيم العلاقات القائمة في المجتمع وفي نطاقه فالغالب في هذه العلاقات أن تكون داخلية في جميع عناصرها

أطرافها ومخلها وسببها، غير أن تطور وسائل الاتصال والانتقال عبر الحدود وانفتاح الدول عن بعضها البعض، زاد في تنامي وتنوع العلاقات ذات البعد الدولي بين الأشخاص، وهي تلك العلاقات ذات الصلة بأشخاص أو إقليم دولة أخرى أو أكثر، وبذلك يكون أحد عناصرها أثرها أجنبيا، وهي بذلك تقتضي وجود تزاحم أو تنازع في حكمها بين القانون الوطني وقانون أجنبي أو أكثر حسب ارتباط العناصر بالدولة الأجنبية.

وبعدما كانت الدول في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها على اعتبار أن هذا العمل يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، أصبحت نتيجة لضرورات دولية تسمح لقضائها الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها على أساس منطق العدالة الاجتماعية وعلى أساس المعاملة بالمثل.

بما أن الإنسان يحتك مع أفراد مجتمعه فيؤدي ذلك بإنشاء تصرفات قد تمتد إلى خارج بيئته مما يجعله يبرم عقود في دول أخرى أجنبية، ومن بين هذه العقود نجد عقد الزواج فمتى تم الاعتراف للأجنبي بإبرام عقد زواجه مع أحد مواطني الدولة المقيم فيها أو أحد مواطني دولة أخرى لا يحمل جنسيتها على إقليم الدولة المضيفة، فإن العلاقة القانونية في هذه الحالة يتطرق إليها العنصر الأجنبي في أشخاصها، كما أن الزواج قد يبرم على أرض دولة لا تربطها أي صلة بالمتزوجين كما وكذلك قد ينتج الزواج آثاره على أرض دولة أخرى، ففي هذه الحالات كلها تحكم العلاقة الزوجية الواحدة قوانين مختلفة بل إن ما يزيد في تعقيد هذه المسألة في القانون الدولي الخاص هو تعدد و اختلاف القوانين الشخصية أو الإقليمية في بعض الدول.

وعليه لم تعد الرابطة الزوجية وطنية خالصة، بل تخللها العنصر الأجنبي، ومن هنا كانت الحاجة إلى البحث عن قواعد قانونية تتولى تنظيم هذه العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي تتفق وطبيعتها الخاصة.

وتظهر أهمية موضوع القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج في مدى أهمية ضوابط الإسناد المتعلقة بالزواج المتعلق بعنصر أجنبي حيث يبدأ ذلك من انعقاد الزواج ويمتد إلى آثاره، وكذلك تبيان أهم المسائل والإشكالات التي اختلفت فيها التشريعات والقوانين المقارنة، والقاضي قد يواجه حتما بعض النزاعات، التي يتوقف الفصل فيها على تطبيق قانون أجنبي، وأمام خصوصية هذه النزاعات وتميزها عن النزاعات الداخلية، كما يعتبر الزواج من أهم المعاملات التي تنشأ بين مختلف الشعوب لارتباطه بفكرة النظام العام وتأثره بعوامل محيطه التي تختلف مع المجتمع الآخر.

ولقد اخترنا هذا الموضوع لأسباب عدة، تعود أساسا إلى أن الزواج من أكثر العقود التي تنشأ بسببها القرابة والروابط الأسرية والعائلية، ولأن الزواج يدخل ضمن الأحوال الشخصية بصفته موضوع ويترتب عنه اختلاف بين مختلف قوانين الدول، وكذلك كثرة المنازعات المدفوعة أمام القضاء المتعلقة بالرابطة الزوجية ذات العنصر الأجنبي، وأيضا لتحليل المواد القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني المتعلقة بقواعد تنازع القوانين في مسائل الزواج، ومعرفة إلى أي مدى أصاب المشرع في تنظيم هذه المسائل وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج ذات العنصر الأجنبي.

ومن هذا المنطلق اخترنا موضوع المذكرة "**القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج**".

والتي تبنينا فيها الإشكالية الآتية:"**ماهي الإشكالات التي تعترض تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في مسائل الزواج**".

وللإجابة عليها اعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية المرتبطة بالدراسة محل البحث.

ولدراسة ومعالجة موضوع القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج، اعتمدنا الخطة الثنائية الآتية:

حيث تمثلت بالبدء بمقدمة تم اللجوء إلى تقسيمها إلى فصلين.

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره.

تم سنتعرف في **الفصل الثاني:** معاملة القانون الواجب التطبيق على الزواج وحالات استبعاده.

وأخيرا حوصلنا جملة من النتائج وتوصيات في خاتمة البحث.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره

يعتبر الزواج من أهم الروابط العائلية التي تندرج ضمن الأحوال الشخصية فهي مجال واسع في تنازع القوانين، وخصوصا في مسائل الزواج ونظرا لتشعب هذه العلاقات واتصالها بأكثر من نظام قانوني واحد، ومما لا ريب فيه أن طبيعة هذا العقد وشروطه تخضع لعملية التكييف التي يختص بها قانون القاضي ولمعرفة القانون المختص بالزواج، لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين : المبحث الأول سندرس فيه القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج أما المبحث الثاني سنوضح فيه القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

المشرع الجزائري نص على الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاد الزواج دون تفرقة وذلك في نص المادة 09 و09 مكرر،غير أنه على صعيد القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بين الشروط الموضوعية للزواج (المطلب الأول)، والشروط الشكلية للزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

المقصود بالشروط الموضوعية للزواج هي تلك الشروط التي يتوقف الزواج على وجودها وينعدم في حال انعدامها، وبالتالي فهي شروط جوهرية في العقد، وهذه الشروط نصت عليها المادتين 09 و09 مكرر قانون أسرة جزائري وتشمل الرضا والأهلية (الفرع الأول)،الولي وشهود الصداق (الفرع الثاني) انعدام الموانع الشرعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون فكرة الشروط الموضوعية

أولا: الرضا

تنص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" ونصت المادة 10 من نفس القانون المذكور على أنه : " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة"[1].

من خلال النصوص السابقة تبين لنا أن المشرع الجزائري اعتبر الرضا ركن أساسي وجوهري يقوم عليه عقد الزواج ، وفي حالة تخلفه يعتبر الزواج باطلا[2]، وذلك طبقا لنص المادة 33 من قانون الأسرة حيث جاء فيها : " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، ويتحقق ركن الرضا في عقد الزواج من شقين، هما الإيجاب والقبول ، فالإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد، والقبول هو ما يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا به على موافقته وقبوله فيما رغب فيه الأول، وبهذه الموافقة وذلك القبول يحدث التطابق بين الإيجاب والقبول ومن ثم ينعقد العقد[3].

وإذا كان العاقدان عاجزين عن النطق ففي هذه الحالة يمكن أن يعبر عنها بالكتابة إذا كان يحسن الكتابة ويجب أن تكون الكتابة مستبينة، وتفيد الزواج إيجاب او الموافقة عليه قبولا، أو

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15.

2-زلاسي بشرى، قيد النظام العام على الاجتهاد القضائي في الزواج المختلط، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، د س، ص175.

3- يوسفي كهينة وولاهي ليلى، عقد الزواج وفق الأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائرية، مذكرة ماستر، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص7.

بالإشارة ويجب أن تكون مفهومة في معناها بأن تدل على أن الغرض منها الزواج أو الموافقة على الزواج[1].

ثانيا: الأهلية

جاء في المادة 07 قانون أسرة جزائري أنه" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

مقصود بأهلية الزواج هو صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج وهذا ما جاء في نص المادة 40 من القانون المدني " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد 19 سنة كاملة "[2].

ولقد اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يرتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة العامة ولا الخاصة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية[3].

لكن استثناءا يجوز لمن لم يبلغ سن الزواج إبرام عقد الزواج بشرط الحصول على رخصة أو إذن من المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مسكن الزوجين أو أحدهما، وهذا بشرط وجود مصلحة غالبة أو ضرورة ملحة لإبرار عقد الزواج[4].

1- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجديد، د ط، دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص50.

2- قانون 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأول 1426هـ ، الموافق لـ20 جوان 2005، يعدل ويتمم الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 11.

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص61.

4- مسعودي يوسف، الزواج تنازع القوانين في مسائل والطلاق، مذكرة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص26.

ثالثا: الولي

نص القانون في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري " يجب أن تتوفر في عقد الزواج، الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق،الولي، الشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية " ونصت المادة 11 كذلك من نفس القانون على أن تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له "، لقد أصبح الولي بموجب المادة 09 مكرر من قانون الأسرة شرط من شروط عقد الزواج[1] ، وبالرجوع إلى نص المادة 11 سابقة الذكر نجد أن المشرع أعطى حق المرأة الراشدة في مباشرة عقد الزواج بنفسها ولها كامل الحرية في اختيار زوجها ، وقصر دور الولي على حضور مجلس العقد و تعتبر ولاية إذن و استحباب[2] فلم يبقى المشرع للولي الشرعي من دور حقيقي إلا في حالة تزويج القصر ، وفي هذه الحالة اعتبر المشرع القرابة و الترتيب فيها وأعطى للقاضي دوره بقوله " القاضي ولي من لا ولي له" .

طبقا للمادة 11 فقرة 2 من ق أج[3] ، كما أنه لا يجوز للولي أن يجبر القاصر التي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ، ولا يحق له أن يمنع القاصر التي في ولايته من الزواج إذا رغبت ، وهنا يأتي دور القاضي ليقدر مدى صلاحية هذا الزواج بالنسبة لها، فإن تحقق له ذلك أذن بزواجها ، متى توافرت للزواج أركانه وشرطه[4] ، وهذا ما نصت عليه المادة 13 ق أ ج، وفي حالة تخلف شرط الولي يكون الزواج باطلا قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا للمادة 33 فقرة 02 ق أج.

1- مسعودي يوسف ،المرجع السابق، ص29.

2- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد موافق آخر التعديلات، مدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص322.

3- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د ط، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص118.

4- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص53.

رابعا: الشهود

يعتبر الإشهاد في قانون الأسرة الجزائري شرط من شروط الزواج طبق للمادة و09 مكرر من قانون الأسرة، لأن لابد من حضور الشاهدين لإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه وإشهاره ذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني والاجتماعي، لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية و حقوق و التزامات متبادلة بين الزوجين[1].

ويشترط في الشاهد توافر مجموعة من الشروط منها أن يكون عاقلا و بالغا لأن عقد الزواج له خطر وشأن فلا يحضره إلا ذو الاعتبار من الناس ولا يشيع إلا بأقوالهم، العدد وهو نصاب الشهادة المعروض للإثبات ، و النصاب أن تكون برجلين أو تكون برجل واحد و امرأتين[2]، الإسلام فلا يصح زواج المسلم بالمسلمة بشهادة غير المسلمين[3]، وعليه فإن تخلف شرط الإشهاد في الزواج يترتب عليه فسخ عقد الزواج قبل الدخول ، ولا تستحق الزوجة صداقا ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا للفقرة 2 من نص م 33 ق أ ج.

سادسا: الصداق

الصداق هو ما يدفعه الرجل لزوجته من نقود وغيرها من كل ما هو مباح شرعا ، تتصرف فيه كيف ما شاءت و يحدد الصداق في العقد سواء كان العقد معجلا أو مؤجلا و في حالة عدم تحديث قيمة الصداق في هذه الحالة تستحق الزوجة صداق المثل[4] ، و صداق المثل هو مهر امرأة من قوم أبيها تماثلها وقت العقد سنا وجمالا ، ومالا، و نحو ذلك من الصفات[5].

وتستحق الزوجة الصداق كاملا بمجرد الدخول بها أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه في حالة طلاقها قبل الدخول أما إذا حدث خلاف بين الزوجين حول الصداق قبل الدخول وليست

1- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص ص 326-327.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، 1957، ص54.

3- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع للنشر، الأردن، 2004، ص62.

4- أنظر المادتين 14-15 قانون الأسرة.

5- بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية الجزائر، 2008، ص75.

لأحدهما بينة فيكون القول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين، وإذا وقع الخلاف بعد البناء فالقول للزواج أو ورثته مع اليمين[1].

سادسا: انعدام الموانع الشرعية

حتى ينعقد الزواج انعقادا صحيحا يجب أن تكون المرأة غير محرمة على من يريد الزواج منها [2] ، وهذا لقوله تعالى " وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ " [3] . ونصت المادة 23 ق أ ج على: " يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة".

والمحرمات الواردة ثلاثة أنواع محرمات بسبب القرابة ومحرمات بسبب النسب ومحرمات بسبب الرضاعة[4].

وأي عقد زواج يبرم بين رجل وامرأة من النساء المحرمات يعتبر العقد باطل ويفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه إثبات النسب، كذلك وجوب الاستبراء لأنه تجب عليها العدة للتأكد من براءة الرحم[5].

الفرع الثاني: الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

يبدأ الزواج عادة بمقدمة تسمى الخطبة باعتبارها من موضوعات قانون الأحوال الشخصية، حيث اختلفت التشريعات في تحديد طبيعتها، والقانون الواجب التطبيق عليها ومن الطبيعي أنه لصحة أي عقد لابد أن يستوفي شروطه لينعقد صحيحا ومنتجا لآثاره.

1- أنظر المادتين 16-17 قانون الأسرة.

2- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص40.

3-سورة النساء الآية 24.

4-أنظر المادتين 16-17 قانون الأسرة.

5- يوسفي كهينة، ولامي ليلى، المرجع السابق، ص60.

أولا: الضابط المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخطبة

لقد تباينت التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، فاختلف تكييفها من قانون لآخر وهو ما يؤثر على قواعد الإسناد التي تحكمها[1] ، وعليه يوجد اتجاهين لتحديد القانون الذي يسري على الخطبة .

الاتجاه الأول و المتمثل في بعض النظم القانونية المقارنة، كالنظام القانوني الألماني، و النمساوي و السويدي، الإنجليزي التي تعتبر الخطبة عقدا حقيقيا تترتب عليه آثاره إذا ما أبرم صحيحا[2]. كالالتزام بعقد الزواج أو بدفع التعويض عند الفسخ ورد الهدايا عند العدول[3] ، فيترتب على العدول المسؤولية العقدية للعادل عن الوعد[4].

أما **الاتجاه الثاني** فاعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وهو لا يضفي عليها أثرا ملزما، إذا اعتبرها وعدا بالزواج وليس بعقد، أي ليست له قوة الإلزام والالتزام[5].

وهذا هو موقف الشريعة الإسلامية وكذلك العديد من النظم الغربية، لاسيما النظام القانوني الفرنسي[6]. أما المشرع الجزائري، فلم يضع قاعدة تنازع تسري على الخطبة[7].

وبالتالي يمكن الالتجاء إلى المادة 23 مكرر من القانون المدني التي تحيل إلى الاعتماد على المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، وعليه فبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للزواج

1- بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص2015، ص107.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دط ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص762.

3- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 1997، ص104.

4-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص762.

5- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2007، ص14.

6- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص762.

7- دربة أمين، المرجع السابق، ص16.

فإن الخطبة تعد مجرد تمهيد لعقد الزواج نظمها المشرع في المادتين ،05 و06 من قانون الأسرة [1].

وتكييف الخطبة يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك طبقا للمادة 09 من ق م ج التي تنص " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين"[2].

وعلى هذا الأساس تعتبر الخطبة طبق للنظام القانوني الجزائري وعدا، فهي لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج.

بحيث يحق لأي من الطرفين أن يعدل عنه، غير أنه قد يلازم العدول أفعال مستقلة قد ينشأ عنها ضررا لأحد الطرفين، فيكون التعويض عن هذا الضرر لا عن مجرد العدول[3]. و يمكن مسائلة الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية [4].

وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الجزائري أن يطبق بشأن ذلك قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات الغير تعاقدية[5]، وذلك طبقا لنص المادة 20 من ق م ج فقرة 1:" يسري على الالتزامات الغير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام" .

وكون الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، فهي تخضع عند وجود عنصر أجنبي لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، لأن هذا القانون هو الذي يحدد شروط الزواج والعقد النهائي[6].

1- كريم كريمة، القانون الذي يحكم الخطبة المقدمة لإبرام عقد الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلا لي الياس، سيدي بلعباس، عدد خاص 2015، ص71.

2- لقد وضع المشرع الجزائري قواعد الإسناد من المادة 09 إلى غاية المادة 24، وذلك في الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن ق م ج، عدد 78، صادر بتاريخ سبتمبر سنة 1975 معدل ومتمم، انظر مواقع الأمانة العامة للحكومة www.JORADP.DZ

3- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص766.

4- دربة أمين، المرجع السابق، ص17.

5-بومراو سفيان، المرجع السابق، ص108.

6- الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

وفي إطار القواعد العامة نعتقد مع البعض بأن الخطبة كأخذ حكم الزواج فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها على سبيل القياس، وبالتالي نطبق عليها قواعد الإسناد المنصوص عليها في الق المدني المتعلقة بمسائل الزواج[1] .

ثانيا: إعمال ضابط الجنسية في الشروط الموضوعية

أي أن الزواج من موضوعات الأحوال الشخصية كان بديهيا أن يخضع في تكوينه و تحديد شروط الاختصاص القانون الشخصي لأحد أطرافه أو كلاهما [2].

ولقد عرفت الأنظمة القانونية المقارنة ثلاثة اتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، أبرزها إخضاع هذه الشروط لقانون جنسية كل من الزوجين، وعرف هذا الاتجاه تطبيق واسعا في تشريعات الدول العربية والقانون الفرنسي[3].

و هناك اتجاه نادى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين ، و أخذ بهذا الحكم كلا من القانون الإنجليزي و الدول الاسكندينافية[4].

وإلى جانب هذين الاتجاهين ظهر اتجاه ثالث، يقضي بإخضاع الشروط الموضوعية لقانون محل إبرام الزواج دون التفرقة بين الشكل و الموضوع وهذا ما أخذ به القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية[5] .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 10 من القانون المدني أنه و باعتبار الزواج حادثا مغيرا لحالة الشخص فإن شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية[6] .

1- كريم كريمة، المرجع السابق، ص108.

2- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص46.

3- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص45.

4- دربة أمين، المرجع السابق، ص189.

5- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، 2013، ص160-161.

6- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص229.

وقد نصت أيضا على اختصاص قانون الجنسية لحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، المادة 11 من الق المدني المعدلة فقد جاء فيها:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"[1].

وخضوع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية نجده أيضا منصوصا عليه في المادة 97 من قانون الحالة المدنية،وقد اعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني بإمكان الزواج[2].

و الملاحظ أن المادة 97 ق ح م ، جاءت أحادية الجانب إذ تناولت زواج الجزائريين في الخارج ، ولم تتطرق إلى زواج الأجانب سواء داخل الجزائر أو خارجها ، ولقد ذهب بعض الباحثين إلى أن ليس هناك في الجزائر ما يمنع من إعطاء نص المادة97 تفسيرا مزدوجا ، و بالتالي يخضع الأجانب بالنسبة لزواجهم سواء في الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم[3].

ولقد فضل المشرع الجزائري الجنسية كضابط بالإسناد من أجل تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين والجزائريات أينما كانوا على اعتبار أنه القانون الأفضل و الأكثر عدالة[4].

وإن تطبيق الحكم القانوني المنصوص عليه في المادة 11 من القانون المدني يؤدي بنا للتفرقة بين الحالتين:

الحالة الأولى: وتشمل هذه الحالة التي يكون فيها الزوجين متحدي الجنسية، فهنا لا يوجد أي إشكال لأننا سنقوم بإخضاع الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون جنسية الزوجين المشتركة.

1- الأمر رقم 75-58، القانون المدني معدل ومتمم، المرجع سابق.

2- أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير سنة 2017.

3-فليغة نور الدين، محاضرات في قانون العلاقات الدولية الخاصة، تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، مصر 2013، ص ص 160-161.

4- حسن نوارة ، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر، عدد خاص 2015، ص34.

الحالة الثانية:تتعلق بالحالة التي يكون فيها الزوجان مختلفي الجنسية، وهنا يثار تساؤل يتعلق بكيفية تطبيقنا لقانون جنسية الزوجين.

وللإجابة على هذا التساؤل ظهر اتجاهان في الفقه:

أ- التطبيق الجامع

و المقصود بالتطبيق الجامع هو التطبيق لكلا القانونين معا، أي يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيته و كذلك قانون جنسية الزوجة كما يجب أن تتوفر في الزوجة كذلك كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها و قانون جنسية الزوج[1] و حجة المدافعين على هذا التطبيق أن القانون الوطني لكل من الزوجين هدفه حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس حماية الزوج أو الزوجة فقط غير أن فكرة التطبيق الجامع كانت محل انتقاد لأنها صعبة التطبيق عمليا و تؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدد كما أنه سيؤدي بنا في نهاية الأمر إلى بطلان الكثير من عقود الزواج.

وقد أدت هذه الانتقادات إلى هجر الفقه الغالب لهذا الحل وميله إلى الأخذ بالتطبيق الموزع[2].

ب- التطبيق الموزع

نظرا لصعوبة العمل بالتطبيق الجامع تم اللجوء إلى التطبيق الموزع أي يكفي لانعقاد الزواج صحيحا أن تتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط دون الرجوع إلى الشروط المنصوص عليها في قانون الزوج الآخر[3]، فمثلا لو كنا بصدد علاقة بين ألماني وفرنسية فإنه يكفي أن يتوافر في الزوج ما شرطه القانون الألماني وحده وأن يتوفر في الزوجة ما يشترطه القانون الفرنسي وحده[4].

1- علي علي سليمان، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص69.

2- فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص162.

3- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص107.

4- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص60.

ويستثني من التطبيق الموزع موانع الزواج نظرا لخطورتها[1].

وفي هذا الصدد ميز الفقه الألماني بين الشروط التي لها صفة فردية وتلك التي لها صفة مزدوجة ، فالشروط التي لها صفة فردية مثل السن ، الرضا، الأهلية، لا يثير التطبيق الموزع بشأنها أية صعوبة أما الشروط التي لها صفة مزدوجة مثل القرابة فهي تتعلق بالعلاقة المراد إنشاؤها فلا مفر من التطبيق الجامع بشأنها[2].

لكن هناك شروط أخرى يصعب تصنيفها في إحدى الطائفتين و يمكن رصد ذلك في مثل هذه الشروط كشرط عدم وجود مرض جسماني أو عقلي في أحد الزوجين ، أو شرط عدم وجود زواج سابق منحل، فقد اعتبرته محكمة استئناف باريس من موانع الزواج المزدوجة ، وعلى هذا الأساس أبطلت الزواج فرنسية مع كاميروني متزوج على الرغم من أن قانونه الشخصي يسمح له بتعدد الزوجات[3].

والمشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع وذلك من خلال نص المادة 11 ق م ج نستنتج من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة فاستعمال المشرع لعبارة "لكل من الزوجين" دليل على أنه قد أخذ بالتطبيق الموزع، فلو أخذ بالتطبيق الجامع لاستعمل عبارة " لكلا من الزوجين "[4].

إذا كانت القاعدة العامة تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين، فهذه القاعدة يرد عليها استثناء يقتضي بتطبيق القانون الجزائري وحده، إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج ، باستثناء الأهلية التي تظل خاضعة لقانون جنسية كل من الزوجين[5]، طبقا للمادة 13 ق م ج " يسري القانون الجزائري وحده للأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائري عند انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج ".

1- الموانع المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، موانع القرابة، المصاهرة، الرضاعة.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص233.

3-فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص ص 163 - 164.

4-بومراو سفيان، المرجع السابق، ص122.

5- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص70.

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج

تختلف الشروط الشكلية من دولة إلى دولة أخرى، ففي بعض الدول يشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج وفي البعض الآخر يشترط الشكل المدني لانعقاده. وهناك دول تجيز انعقاده في كلا الشكلين في حين توجد دول لا تربط الزواج بأية شكلية بل يكفي لانعقاده توافر رضا الطرفين.

نتعرض إلى مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج، ثم للقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

الفرع الأول: مضمون فكرة الشروط الشكلية

تتحلى الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج بالقالب أو المظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج[1].

وحسب قانون الأسرة، هي المسائل المتعلقة بضرورة إتباع إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية. فقد نصت المادة 31 م ق.أ على أنه: " يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية" وتوثيقه رسميا صونا للحقوق الناتجة عنه وتسهيلا لإثباته[2].

إذا أثير نزاع حول صحة شكل الزواج، فمعنى ذلك أنه يجب إثباته، ويتم ذلك بتقديم الدليل أمام القضاء ولإقامته الدليل على وجود الزواج لابد من تحرير عقد به، إذ تنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون".

وكذلك ما نصت عليه المادة 71 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو

1- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص409.

2- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد المرجع السابق ، ص344.

أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

وذلك عملا بما نصت عليه المادة 21 من قانون الأسرة: " تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج".

أما المادة 22 المعدلة بالأمر 05-02 فتنص على ما يلي: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

وبناء على المادة 22 المعدلة والمادة 18 من قانون الأسرة التي رأيناها سابقا والمادة 21 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل الزواج".

والمواد من 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية نجد أن عقد الزواج الذي يقوم بتحريره وتسجيله الموثق أو ضابط الحالة المدنية هو الوثيقة الرسمية أو الوسيلة الأصلية الأساسية لإثبات الزوجية"[1].

والأصل أن الزواج عقد قوامه التراضي الذي لا يلزم لوجوده أي إجراء شكلي سوى ما تتحقق به علانيته وإشهاره[2].

غير أن القوانين الوضعية، وتحت تأثير الاعتبارات الدينية غالبا، جرت على التزام عدة أمور جعلت من عقد الزواج عقدا أو تصرفا شكليا، وهي أمور يعتبرها الفقه والقضاء شروط شكلية، يؤدي تخلفها إلى ترتيب جزاء معين[3].

1-سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014، ص155.

2-أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص782.

3-المرجع نفسه، ص783.

ولما كانت شروط صحة الزواج تخضع لقانونيين مختلفين، فيجب تحديد نطاق القانون الذي يحكم منها الشروط الشكلية للزواج ويعتبر شرط الشكل الديني الذي تفرضه بعض الدول على رعاياها الذين يبرمون زواجهم في الخارج الشرط الوحيد الذي أثار صعوبة كبيرة في تكييفه في مختلف الدول[1].

وقد تردد كثيرا القضاء المصري والمقارن حول تحديد الطبيعة القانونية لشرط إجراء الزواج في حفل ديني يحضره أحد رجال الدين ليقوم ببعض الطقوس، والذي تستلزمه بعض القوانين كالقانون اليوناني، فبعد أن كيفته بعض الأحكام على أنه من الشروط الموضوعية التي لا قيام لرابطة الزوجية بدونها على اعتباره من الشروط الشكلية وتخلفه لا يؤثر على صحة الزواج ولا يبطله[2].

وفي الجزائر تنص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري على أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، والملاحظ أن القانون الداخلي لم يفرق بين ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية، فإن أمر تكييف شرط المراسيم الدينية وفقا للقانون الجزائري مسألة في غاية الصعوبة، ولكن بما أن الزواج ليس في الشريعة الإسلامية نظاما دينيا وإنما هو نظام مدني[3]. وبما أن الشريعة الإسلامية اكتفت بالشهادة كوسيلة للإشهار وكأداة للعلنية في حالة جحود الزوجين، وفي حين أدخل الفقه الإسلامي المعاصر التوثيق الذي يدخل ضمن المصالح المرسلة لتثبيت الحقوق[4] فيمكن القول بأن شرط المراسيم الدينية تعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر[5].

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص246.

2- ممدوح عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص783.

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص247.

4- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص353.

5- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص247.

وعلى أي حال فإنه يعد من الشروط الشكلية، فشرط الشهادة على الزواج في الشريعة الإسلامية، وترديد صيغة معينة أثناء إتمام الزواج، وشرط الإعلان عن الزواج، وشرط إبرام الزواج أمام جهة أو موظف، وتحرير وثيقة رسمية وشرط تسجيل الزواج في دفاتر خاصة وشرط موافقة سلطة إدارية وعسكرية معينة على الزواج...[1]

الفرع الثاني: الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

إذا كان الزواج لا يخلو هكذا من شروط شكلية يمكن أن تؤثر على وجوده وصحته، وكانت تلك الشروط تختلف من حيث طبيعتها، عن الشروط الموضوعية، فالبادئ أن لا تخضع لذات القانون واجب التطبيق على تلك الأخيرة وهنا يثور التساؤل حول تحديد ذلك القانون[2].

فيما يخص الشروط الشكلية الخاصة بالزواج، وإن كان المشرع الجزائري لم يخصص قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج ضمن النصوص القانونية المتعلقة بالتنازع، إلا أنه أخضعه للقاعدة العامة في شكل التصرفات الإرادية[3].

وباعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية فهو يخضع من حيث شكله طبقا لقاعدة locus regit actum لقانون محل إبرامه[4].

وعليه تقرر أن القانون الجزائري يخضع شكل التصرف القانوني إلى قانون بلد لإبرام كأصل عام كما يخضعه على سبيل الاستثناء إما للقانون الذي يحكم الأحكام الموضوعية للتصرف نفسه وإما لقانون الموطن المشترك وإما لقانون المتعاقدين.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 784-785.

2- المرجع نفسه ، ص785.

3- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص15.

4- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص238.

فنصت المادة 19 من القانون المدني المعدلة: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي للقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية"[1].

ويتأكد الطابع المفسر لقاعدة لوكيس بالنسبة لشكل الزواج من خلال المادتين 95 و96 من قانون الحالة المدنية الجزائري، نصت المادة 95 على ما يلي: " أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد".

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

كما تعرض المشرع الجزائري إلى الطابع المفسر لقاعدة لوكيس في مجال الزواج بنص المادة 97 من ق ح م، التي تنص على ما يلي: " أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبيين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا،إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخلف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج.

ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفيين على دائرة قنصليته أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية.

غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم".

1- التعديل الذي جاء بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 44 بتاريخ 26 جوان 2005، أضاف ضوابط إسناد جديدة وهي قانون الموطن المشترك والقانون الذي يسري عليه أحكامه الموضوعية.

وكذلك نص المادة 71 من ق ح م، التي تنص على ما يلي: " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج."

وقد أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته المؤرخة في 14 مارس 1978، في مادتها الثانية أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي لقاعدة لوكيس locus والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 01 ماي 1991.

وخضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحل في الذي أخذت به بصفة صريحة تشريعات الكثير من الدول العربية[1].

إذا كانت كل الدول تأخذ قوانينها كما سبق أن قلنا بقاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد إبرامه فإن هناك اختلافا فيما بينها حول طابعها، هل لها طابع إلزامي أم لا[2].

ويمكن تصنيف قوانين مختلف الدول حول هذه المسألة في ثلاث مجموعات:[3]

المجموعة الأولى: تجعل هذه القاعدة اختيارية كالقانون المصري.

المجموعة الثاني: تجعل هذه القاعدة إلزامية إذا أبرم الزواج على إقليمها واختياريا إذا أبرم في الخارج في القانون النمساوي.

المجموعة الثالثة: تجعل هذه القاعدة إلزامية سواء أبرم العقد على إقليمها أو في الخارج، كالقانون المجري والفرنسي.

1–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص241.

2– دربة أمين، المرجع السابق، ص22.

3–فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص158.

وقد اعتبرها المشرع الجزائري إلزامية إلا إذا كان للزوجين جنسية مشتركة ففي هذه الحالة يمكن إبرام عقد الزواج وفق قانون جنسيتهما المشتركة، وذلك ما أشارت إليه المادة 19 من القانون المدني، ويمكن أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين[1].

ويبرر تطبيق القانون الشخصي لكل من الزوجين المستقبلين أن عقد الزواج يخلق نظاما قانونيا institution juridique بين شخصين غالبا ينتميان إلى مجتمع سياسي مختلف، ولا يتصور أن ينشأ ذلك النظام صحيحا طبقا لقانون أحد الطرفين مع إهمال قانون الطرف الآخر[2].

ويلحق بحكم خضوع الزواج من الناحية الشكلية لقانون بلد الإبرام وفقا للقاعدة العامة في هذا الشأن مسألة إثبات الزواج التي اتفق الفقه الراجح على خضوعها للقانون الذي يخضع له الزواج من ناحية الشكل[3].

وذلك بناء على الصلة التامة بين إنشاء العقد وكيفية إثباته وهذا يفرض علينا تحكيم قانون محل انعقاد الزواج إذا اتبعت الشكلية المقررة في قانون محل انعقاد الزواج وتحكيم القانون كل من الزوجين إذا عقد الزواج وفقا للشكل المقرر في قانونيهما في كل ما يتعلق بإثبات الزواج وقد صرحت بهذا نصوص قوانين الدول كالقانون الكويتي[4].

وتجدر الإشارة إلى الزواج الذي يتم في الجزائر يكون أحد أطراف العلاقة الأجنبية إذ يخضع زواج الأجانب المقيمين بالجزائر إلى أحكام المادة 31 من القانون المدني.

1- فليغة نور الذين ،المرجع السابق ، ص159.

2- ممدوح عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص885.

3-عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص ص 154-155.

4- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص110.

يكون زواج الأجانب صحيحا شكلا إذا ابرم وفقا لما يتطلبه شكلا القانون المحلي أو قانون جنسيتهما أو موطنهما[1]، فلهم الخيار في ذلك، أما إذا كان مختلفي الجنسية فإن الشكل المحلي يصبح إلزاميا بالنسبة لهم [2] حسب المادة 19 ق م ج ، كما يحق لهم إبرام عقود زواجهم وفقا للشكل القنصلي أي لدى القنصليات التي يتبعها المعنيون الموجودة في الإقليم الجزائري[3].

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

المقصود بآثار الزواج تلك الآثار القانونية التي تنتج عن العقد بمجرد إبرامه، وبالتالي فإن عقد الزواج يترتب عنه واجبات والتزامات متقابلة بين الزوجين، منها ما هي شخصية تقع على عاتق الزوجين معا وأخرى مالية وتطرقنا في هذا المبحث إلى مضمون آثار الزواج (المطلب الأول)، وقاعدة التنازع التي تحكم آثار الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون آثار الزواج

يعتبر عقد الزواج كغيره من العقود، فمتى نشأ صحيحا ومستوفيا للشروط الموضوعية والشكلية فتنتج عنه آثار قانونية، وتنقسم هذه الآثار إلى آثار شخصية (الفرع الأول)، وآثار مالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الآثار الشخصية

نقصد بالآثار الشخصية تلك الآثار التي تترتب على قيام الرابطة الزوجية وليست لها علاقة بأموال الزوجين والمتمثلة في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، والثابتة بمجرد العقد[4].

1–مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق في شكل الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،عدد خاص 2015 ، ص100.

2– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص244.

3– هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص49.

4– أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضاء الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار قنديل، الأردن، 2004، ص112.

أو هي: " مجموعة الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين سواء كانت آثار شخصية بحته أو كانت آثار شخصية ذات طبيعة مالية"[1].

أولا: حقوق وواجبات الزوجين

أدرج المشرع الجزائري حقوق وواجبات الزوجين مجملة دون أن يميز بين ما هو حق وواجب للزوج، وما هو حق وواجب للزوجة.

من خلال نص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري "يجب على الزوجين ما يلي:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- التعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة، وتباعد الولادات.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه، استضافتهم بالمعروف".

إذا كانت بعض المسائل لا تطرح إشكالا في تكييفها، إذ تدخل في نطاق الآثار الشخصية وتدرج ضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، كواجب إخلاص الزوجين لبعضهما البعض، إلا أن هناك مسألة بالغة الأهمية تطرح صعوبة في تكييفها وهي مسألة النفقة، والرأي الراجح يكيف النفقة على أساس أنها من آثار الزواج الشخصية ولا تدخل ضمن الآثار، المالية ولو أنها ذات طابع مالي[2].

1- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص415.

2-رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، قانون دولي خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، ورقلة، تلمسان، 2010-2011، ص36.

وتجدر الإشارة بأن النفقة الزوجية لا تعتبر من النفقة بين الأقارب بل هي من الآثار الشخصية وهذا ما جسده القضاء الفرنسي في قضية شموني[1].

ولهذا سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة، فقيرة أو غنية ذلك منذ إنشاء العقد الصحيح بينهما، ونفقة الزوجة ثابتة سواء كان الزوج موسرا أو فقيرا، كما أنها واجبة على الزوج إلا أنها تعتبر نظيرة حق الاحتباس الذي يمارسه الزوج على زوجته وقصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح[2].

ويكون هذا الحق ثابتا لها بموجب القانون و هذا ما جاءت به المادة 74 قانون الأسرة تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 بين هذا القانون واستثناء على الأصل، تكون الزوجة ملزمة بالنفقة على أولادها متى كان الزوج عاجزا وكانت هي قادرة على ذلك وهذا ما يستشف من نص المادة 76 ق أ ج .

ثانيا: النسب الشرعي

يعتبر من الآثار الشخصية للزواج شرعية البنوة وعلاقة الأولاد بالوالدين[3]، حيث يترتب عن الزواج ظهور علائق قانونية تتولد من نشوء الأولاد في الأسرة معا يستلزم معرفة نسبهم ومالهم من حقوق كحق الحضانة والرضاعة والنفقة وحق تربية الأولاد وتهذيبهم وإدارة شؤونهم وإلى غير ذلك[4].

والبنوة الشرعية هي تلك العلاقة التي تربط الابن مع أبيه وأمه والناتجة عن علاقة زواج شرعي وصحيح[5].

1–شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016–2017، ص346.

2– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص170.

3– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص170.

4– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص115.

5– عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص171.

بالإضافة إلى البنوة الشرعية هناك بنوة غير شرعية وهي البنوة الناتجة عن علاقة غير شرعية، وهذا النوع من البنوة لا تعترف به الشريعة الإسلامية التي تأخذ بقاعدة الولد للفراش وللعاهر الحجر[1].

وبالتالي فالبنوة الشرعية (النسب الشرعي)، هي وحدها التي تعتبر من آثار عقد الزواج، وأن واقعة الزواج لا تكفي لوحدها لثبوت النسب من جهة الأب، بل يقتضي الأمر فضلا عن إبرام عقد الزواج، إمكانية الاتصال بين الزوجين، حتى يثبت نسب الطفل من أبيه ومتى كان الولد نتيجة طبيعة لعلاقة الزواج، يعد في عداد أفراد الأسرة التي أساسها الزواج[2].

الفرع الثاني: الآثار المالية

وهي تلك الآثار التي تترتب على قيام الزواج الصحيح التي يكون فيها صبغة مالية وهي جزء من حقوق الزوجة على زوجها[3].

إن الشريعة الإسلامية لا تعترف بوجود نظام مالي بين الزوجين كونها تقر مبدأ استقلالية الذمم المالية للزوجين[4]، حيث يحتفظ كل زوج بحقه وحريته في التملك وفي إدارة أمواله والانتفاع بها والتصرف فيها، فذمة كل زوج المالية تظل منفصلة عن ذمة الزوج الآخر[5]، وهذا ما يصطلح عليه بنظام انفصال الأموال فالمرأة طبقا لقواعد الشريعة لها الحق أن تملك الثروة بكل أصنافها وأنواعها ولحسابها الخاص[6].

1–شبورو نورية، المرجع السابق، ص353.

2–رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص38.

3– أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص113.

4–زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ، كلية الحقوق ، جامعة البليدة، الجزائر، عدد خاص 2015 ، ص139.

5– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص806.

6–رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص48.

إذن الأصل في الشريعة الإسلامية استقلال الذمم المالية للزوجين فكل من الزوجين حر في التصرف في أمواله الخاصة، غير أن ذلك لا يمنع من أن يتفق الزوجان على كيفية إدارة أموالهما[1].

إن المبدأ العام شرعا وقانونا هو استقلال الذمة المالية للزوجين، غير أن المشرع الجزائري بعد التعديل أورد استثناء في المبدأ حيث أجازت المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق بشأن الأموال المشتركة التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية وتحديدا التي تؤول لكل واحد منهما[2].

ويقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالها وإيرادات هذه الأموال وإرادتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تقم قبل الزواج وأثناء وبعد انحلال عقدته وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية[3].

فالنظام المالي للزوجين يحتوي على جملة من القواعد والأنظمة بعضها قانونية **(أولا)** وأخرى اتفاقية **(ثانيا)**، وهذه النظم معروفة في الدول الغربية[4].

أولا: النظام المالي القانوني

أ- نظام الاشتراك المالي

وبمقتضاه يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لإشباع حاجات الأسرة كما يشتركان في الديون الناشئة عن هذه الحاجات ويتولى الزوج في هذا النظام إدارة الشؤون المالية بشرط موافقة

1-شبورو نورية، المرجع السابق، ص 383-384.

2- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، د ط، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر 2013، ص129.

3- صادق هشام، عكاشة عبد العال ، قانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2007، ص275.

4-زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل ، المرجع السابق، ص141.

الزوجة على بعض التصرفات العامة، وفي هذا النظام يستقل كل من الزوجين، بإدارة أمواله الخاصة، وعند انتهاء الزوجية تقسم الأموال المشتركة بين الزوجين[1] وفي هذا النظام ثلاث صور:

- **الصورة الأولى:** نظام الاشتراك العام، الذي تكون فيه جميع أموال الزوجين مشتركة بينهما.
- **الصورة الثانية:** نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب، والذي تكون فيه أموال الزوجين المكتسبة قبل وبعد الزواج مشتركة بينهما، باستثناء العقارات تبقى خاصة بكل منها[2].
- **الصورة الثالثة:** نظام الاشتراك المخفض، وفي ظل هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بأمواله المملوكة له عند إبرام الزواج من المنقولات والعقارات ولكن ما يملكانه أثناء الزواج، ويدخرانه يكون شركة بينهما[3].

ب- نظام الانفصال المالي

وفيه تنفصل أموال الزوجة عن أموال الزوج، وتكون للزوجة أهلية مقيدة في إدارة هذه الأموال، مع حقها في إيرادها والانتفاع بها ومع اشتراكها في مصاريف المنزل[4].

والأساس الذي يقوم عليه نظام الفصل بين أموال الزوجين ألا يرتبط أو يقترن ازدهار مال أي من الزوجين بالزوج الآخر.

وهذا النظام شائع في القوانين الأنجلو سكسونية وغير معمول به في القوانين اللاتينية[5].

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص74.

2-زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل ، المرجع السابق، ص144.

3- علي علي سليمان،المرجع السابق، ص74.

4- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، الموقع الالكتروني: www.paffectatorry.com.بتاريخ 10-04-2019، ص322.

5-شبورو نورية، المرجع السابق، ص 329.

ت- نظام الدوطة أو البائنة

ويقتضي هذا النظام تقدم الزوجة لزوجها بعض أموالها في شكل مهر ليتولى إدارتها واستغلال والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، ولكن هذه الأموال تصبح لا يجوز له التصرف فيها، ولا يجوز الحجز عليها، أما غيرها من أموال الزوجة فتستقل بها وحدها، ولها حرية التصرف فيها واستغلالها[1].

لكن هذا النظام ألغي بموجب القانون الفرنسي في 13-7-1965 وألغي كذلك نظام لعدم الاشتراك[2].

ثانيا: النظام المالي الاتفاقي

استثناءا عن النظام المالي القانوني يمكن للزوجين في عقد الزواج اختيار نظم مالية أخرى[3]، يجب أن يتم الاتفاق على النظام المختار كتابة قبل شهر الزواج، لكنه لا ينتج أثره إلا بعد انعقاد الزواج، ولا يجوز تعديل النظام المالي بعد الزواج إلا بمقتدر حكم من القضاء حسب المادة 1396-3 ق م فرنسي، ولا يجوز طلب هذا التعديل إلا بعد مضي سنتين من انعقاد الزواج[4].

المطلب الثاني: قاعدة التنازع التي تسري على آثار الزواج

بعد أن تطرقنا في المطلب الأول إلى مضمون آثار الزواج، وبين مضمون آثار الزواج الشخصية وآثاره المالية، سنتعرض في هذا المطلب إلى القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج (الفرع الأول)، ونطاق القانون الذي يحكم آثار الزواج (الفرع الثاني).

1-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 175-176.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص75.

3-زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل ، المرجع السابق، ص142.

4- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص75.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

اختلفت التشريعات في اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الشخصية، ففي بعض الدول أسندتها لقانون محل الإقامة وهو عادة قانون القاضي، وأخذت بذلك الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين، والبعض الآخر أسندها لقانون الموطن، وهو قانون موطن الزوجية مثل البرازيل والدانمرك[1]، والبعض الآخر أسندها إلى قانون آخر جنسية مشتركة بينهما لكن في حالة عدم الاشتراك الزوجين في جنسية واحدة، يقترح الفقه تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا[2].

هناك بعض الأنظمة تفصل بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج وتخضع لكل منها لقانون مختلف عن الآخر[3].

وجرت الكثير من القوانين اعتبار أن آثار الزواج المالية تدخل ضمن الأحوال الشخصية وبالتالي تخضع للقانون الشخصي أي قانون الزوج وقت انعقاد الزواج.

غير أن البعض من القوانين أدرجت آثار الزواج ضمن دائرة الأحوال العينية وأخضعته للقانون الذي تخضع له العقود على العموم وهو قانون إرادة المتعاقدين وهذا هو حال القانون الفرنسي[4].

أما المشرع الجزائري لم يفرق بين القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية، والآثار المالية وأخضعها لنفس القانون وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهذا ما نصت عليه

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، ط9، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص296.

2-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص170.

3- دربة أمين ، المرجع السابق، ص37.

4- عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص242.

المادة 12 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري "يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

وقد حدد المشرع الجزائري الوقت الذي يعتد فيه بقانون جنسية الزوج وهو وقت انعقاد الزواج، وليس وقت رفع الدعوى تجنبا لمشكلة التنازع المتغير الذي ينشأ نتيجة تغير الزوج لجنسيته بعد الزواج، وكذلك من أجل استقرار الأسرة فلا تتغير هذه الآثار بتغير جنسية الزوج فتبقى نفسها باستمرار[1].

كما أن تطبيق قانونين على آثار الزواج يؤدي غالبا إلى تعذر تطبيق أحدهما عند الاختلاف، وتجنبا لهذا المشكل أخذ المشرع بوحدانية القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج[2].

ويرجع السبب في اختيار قانون جنسية الزوج لحكم آثار الزواج لاعتبارات عديدة منها كون الزوج رئيسا للعائلة، وكون المرأة في أغلب الأحيان تكتسب جنسية زوجها[3].

أما فيما يتعلق بالنفقة لقد أشرنا في السابق أنها لا تعتبر من قبيل النفقة بين الأقارب وبالتالي لا تخضع لنص المادة 14 من القانون المدني الجزائري أي لقانون المدين بها، بل يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج طبقا لنص المادة 12 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أساس أنها من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي تترتب كنتيجة مباشرة للزواج[4].

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص248.

2-فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص248.

3- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 111.

4- دربة أمين، المرجع السابق، ص40.

إلا أن المشرع بعد أن كان ملتزما الصمت إزاء النسب لكنه بعد التعديل نص صراحة في المادة 13 مكرر قانون مدني كل " يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانونا جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب قبل الوفاة"[1].

متى ظهر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب استنادا للمادة 13 مكرر السابقة الذكر، فإن المواد من 40 الى 45 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسألة[2].

كما قلنا سابقا أن المشرع الجزائري اعتمد مذهب وحدانية القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج دون تفرقة بين آثار شخصية وأخرى مالية.

وإذا كان الأصل – كما رأينا–هو خضوع أثار الزواج في الجزائر لقانون جنسية الزوج وقت الزواج هذا ما نصت عليه المادة 1/12 من القانون المدني فاستثناء من الأصل تخضع آثار الزواج للقانون الجزائري وحده، ومعنى ذلك أن تخضع كل آثار الزواج للقانون الجزائري إذا كانت الزوجة الجزائرية وقت إبرام الزواج وكان زوجها أجنبيا، أما إذا كان الزوج وحده جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي يسري طبق للأصل[3].

الفرع الثاني: نطاق القانون الذي يحكم آثار الزواج

كما تطرقنا فيما سبق أن القانون الجزائري قرر بمقتضى قاعدة التنازع الواردة في المادة 01/12 من القانون المدني، اختصاصا عاما ومجملا لقانون الدولة التي ينتمي إليه الزوج وقت الزواج بحكم كافة آثار الزواج الشخصية والمالية.

1–فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص170.

2–رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص46.

3– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص73.

وهي الآثار التي يحددها قانون الأسرة في دولة الزوج، ومنها السلطة الزوجية، وواجبات المساكنة والإخلاص، والعون المتبادل في رفع مستوى الأسرة وحقوق المهر والنفقة والتسمى باسم الزوج ....[1]

وإذا كانت هذه المسائل لا تطرح مشاكل في تكييفها، فإنه في المقابل هناك مسائل أخرى تعرف مزاحمة قوانين أخرى مما يطرح صعوبة في تكييفها[2]، من ذلك مثلا الحق في النفقة أو أهلية المرأة بعد الزواج، والمسؤولية عن الإخلال بالواجبات الزوجية، وبعض المسائل المتعلقة بالنظام المالي[3].

أولا: النفقة الوقتية

النفقة الوقتية وهي التي قد تطالب بها الزوجة عند رفع دعوى تطليق أو أثناء سير هذه الدعوى والتي تدخل ضمن الأمور المستعجلة[4]، يتجه الفقه الراجح بحق إلى تطبيق قانون القاضي في شأن هذه النفقة فإن هذه الأخيرة لا تعد أثر من آثار الزواج وإنما هي إجراء من الإجراءات التي يقصد بها المحافظة على السلام العام والسكينة في الدولة[5].

ثانيا: أهلية المرأة بعد الزواج

المبدأ العام في سائر التشريعات العربية المتأثرة بالشريعة الإسلامية أن ليس للزواج أثر على أهلية المرأة [6].

في حين يؤثر الزواج في بعض الدول على أهلية المرأة المتزوجة سواء بإلغائها كاملة أو بصفة جزئية وقد اختلف الرأي في أمر القانون الذي يحكمه [1].

1- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 811-812.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص251.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص812.

4- أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص120.

5- صادق هشام ،عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص271.

6-شبورو نورية، المرجع السابق، ص358.

فما يراه مقرر لحماية المرأة ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها يخضعه لقانون جنسية الزوجة، ومن يراها أثرا من آثار الزواج يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج بالنسبة للأشخاص[2].

والفقه الراجح يعتبر أن نقصان أهلية المرأة بسبب زواجها يعتبر من قبيل الآثار المترتبة على الزواج وبالتالي تخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج حيث يرجحه لهذا القانون لبيان فيما إذا كان من اللازم حصول الزوجة على إذن زوجها عند قيامها بتصرف قانوني معين[3].

يرى الأستاذ " عز الدين عبد الله" أن نقص أهلية المرأة المتزوجة إذا لم يكن عاما، بل خاصا يتناول بعض التصرفات القانونية. فإنه يعتبر حالة من حالات عدم الأهلية الخاصة فلا يخضع للقانون الشخصي للزوجة والقانون الذي يحكم آثار الزواج بل يخضع للقانون الذي يحكم العلاقة التي تكون الزوجة طرفا فيها[4].

كذلك يرى الأستاذ " أعراب بلقاسم" أنه من الصعب القبول في الجزائر بإخضاع أهلية المرأة المتزوجة للقانون الذي يحكم آثار الزواج في حالة كون الزوجين مختلفي الجنسية ذلك أن المرأة قد تكون كاملة الأهلية وفقا لقانونها، فتصبح بالزواج ناقصة الأهلية وفقا لقانون الزوج الذي هو القانون الذي تخضع له آثار الزواج في القانون الجزائري[5].

وبناء على ذلك لا نجد في التشريع الجزائري إلغاء لأهلية المرأة أو إنقاصه بسبب زواجها وقد سارت أغلب تشريعات العالم في هذا الاتجاه[6].

ثالثا: المسؤولية عن الإخلال بالواجبات الزوجية

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص254.

2- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص299.

3- عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص161.

4- عز الدين عبدالله، المرجع السابق،ص300.

5- أعراب بلقاسم، المرجع السابق،ص255.

6-فليغة نور الدين، المرجع السابق،ص 167.

يرتب عقد الزواج حقوقا والتزامات متبادلة بين طرفيه، وقد يحدث أن يخل أحد الزوجين أو كلاهما بهذه الالتزامات المفروضة عليه مما تنجر عليه أضرار، كقيام الزوج بضرب زوجته ضربا مبرحا.

ففي حالة ما وقع ضرر من جراء الإخلال بالالتزام ورفع المضرور دعوى في مواجهة الطرف الآخر، فما هو القانون الذي يحكم المسؤولية في هذه الحالة؟[1].

هنا مسألة تكييف القاضي في هذا المسلك فعلا ضارا يخضعه لقانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام ومن يتجاوز هذا التكييف ويدخل المسألة في آثار الزواج يطبق القانون الذي يحكم هذه الآثار، ولقد اتجه معظم الفقه والقضاء في فرنسا إلى تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار بوصفه القانون المختص بحكم شروط المسؤولية التقصيرية[2].

رابعا: مسألة النظام المالي للزوجين

إذا طرحنا جانبا العقود المنظمة نظام الأموال بين الزوجين والتي تخضع بلا شبهة للقانون الذي يحكم آثار الزواج، فإن ثمة عقود مالية أخرى يمكن أن تنعقد بين الزوجين مثل البيوع والهبات والشركات الزوجية[3].

ويثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق في شأن صحة هذه العقود.

هناك بعض القوانين رغم أنها تعتبر النظام المالي للزوجين من آثار الزواج، إلا أنها ألقت به في دائرة الأحوال العينية وأخضعته للقانون الذي تخضع له العقود على العموم، وهو قانون إرادة المتعاقدين[4].

1-شبورو نورية، المرجع السابق،ص361.

2- شبورو نورية المرجع السابق ، ص364.

3- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص282.

4- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص307.

ويرى جانب آخر من الفقه بخضوع العقود بين الزوجين لنفس القانون الذي يحكم آثار الزواج، والفكرة الأساسية التي تحكم هذا الاتجاه هي أن القيود التي يفرضها المشرع على العقود بين الزوجين لا تهدف إلى حماية العقد وإنما هي قبولا تسعى بالدرجة الأولى إلى حماية نظام الزواج[1].

ويتأثر تطبيق قاعدة إخضاع آثار الزواج بالنسبة للمال لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، بما في ذلك النظام المالي للزوجين بما هو مقرر بقانون موقع المال، ذلك لأن قانون موقع العقار يسري على العقود التي أبرمت بشأنه، ويسري على الحقوق العينية، قانون موقع العقار كما أن المنقول يسري عليه قانون الدولة التي وجد فيها المنقول[2].

إذا قرر الزوجان الاتفاق حول كيفية إدارتها لأموالهما المشتركة بعد الزواج، فإننا نصبح هنا أمام نظام مالي اتفاقي، فإذا ثار نزاع تشريعي بشأن ذلك، فإنه يتم إخضاعه لقانون الإرادة الصريح متى سبق، أما فيما يخص شكل هذا الاتفاق الذي قد تم بين الزوجين، فإنه يخضع لأحد القوانين المحددة في المادة 19 من القانون المدني[3].

1- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ،ص283.

2- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص111.

3- محمد جبار، المرجع السابق، ص131.

الفصل الثاني

معاملة القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج وموانع تطبيقه

الفصل الثاني: معاملة القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج وحالات استبعاده

من المعلوم أن قاعدة التنازع هي قاعدة مزدوجة قد يؤدي إعمالها إلى تطبيق القانون الوطني وهنا لا يثار أي إشكال، ولكن إذا تحدد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي، فهنا يثار الإشكال وينصب بالضرورة حول كيفية معاملة هذا القانون (المبحث الأول)، هذا من جهة ومن جهة أخرى إلى القاضي قد يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي المنعقد له الاختصاص أصلا نظرا لمخالفته للنظام العام في دولته، أو المنعقد له الاختصاص غشا نتيجة غش نحو القانون (المبحث الثاني)

المبحث الأول: معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج

من المعلوم أن قاعدة الشارع هي قاعدة مزدوجة، قد يؤدي إكمالها إلى تطبيق القانون الوطني وهنا لا يثار أي إشكال، ولكن إذا تحدد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي، فعل أي أساس يعامل هذا القانون، بمعنى آخر هل سيحتفظ القضاء الوطني للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية؟ أم أنه سيجرده منها (المطلب الأول)، كما أن القانون الأجنبي وباعتباره صادر في دولة أجنبية وعن مشرع أجنبي يطرح إشكالية المنهج الذي قد يسلكه القاضي عند تفسيره لهذا القانون ومدى تدخل المحكمة العليا لفرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه بصفة عامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وضعية القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج

يقصد بعبارة "القانون الأجنبي" في إطار تنازع القوانين، النظام القانوني الساري المفعول في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيق قانونها، من تشريع وكذا السوابق القضائية بالنسبة للدول التي تأخذ بهذا النظام الأخير[1].

ولذلك تناولنا هذا المطلب في فرعين مهمين، الفرع الأول يتمثل في طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم الزواج والفرع الثاني إثبات القانون الأجنبي.

1- محمد جبار، المرجع السابق، ص91.

الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج

لقد ظهر اتجاهان بخصوص هذه المسألة: اتجاه أول يعامل القانون الأجنبي كواقعة (أولا)، واتجاه ثان يعامله كقانون (ثانيا)، وسنبين موقف المشرع الجزائري من هذين الاتجاهين (ثالثا).

أولا: معاملة القانون الأجنبي كواقعة

تنطلق هذه الواجهة من حقيقة أن القانون الأجنبي ليس بقوة القانون الوطني وإنما هو بمثابة واقعة لأن القانون قوته تكمن في حدود الدولة التي أصدرته[1].

لقد اعتبر القضاء الفرنسي، القانون الأجنبي أمام القاضي مجرد عنصر واقعي، ويرون بأن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي بوصفه قانونا أمره بتطبيقه المشروع الأجنبي[2].

ولتطبيق القانون الأجنبي يستوجب توافر ثلاثة شروط والتي من خلالها استخلص الفقه أن القضاء الفرنسي كان يعامل القانون الأجنبي كواقعة، وتتحدد هذه الشروط فيما يلي:

1- أن الطرف في الدعوى الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي هو الذي يبقى ملزما بإثبات مضمونه.

2- أن القاضي الفرنسي حتى ولو كان يعلم بأحكام القانون الأجنبي فهو غير ملزم تطبيقه من تلقاء نفسه.

3- أن محكمة النقض الفرنسية لا تراقب التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي[3].

1- ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص218.

2- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص132.

3- محمد جبار، المرجع السابق، ص 218.

واجه هذا الرأي انتقادا من الفقه، الذي اعتبر أن القاعدة القانونية تحتفظ بطبيعتها بالقول أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى إهدار قاعدة التنازع، إن لن يعود خاضعا لرقابة المحكمة العليا وهذا ما يؤدي إلى نتائج ضارة بالعلاقات الخاصة الدولية[1].

ثانيا: معاملة القانون الأجنبي كقانون

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية أمام القضاء الوطني، ويدمج القانون الأجنبي في النظام القانوني التي أشارت إلى تطبيقه قاعدة التنازع الوطنية ويتحول إلى جزء منه[2].

كما يذهب الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء القانون المقارن إلى القول أن القانون الأجنبي لا يندمج في القانون الوطني، بل يحتفظ بصفته الأجنبية، فهو يسري بقوة إلزامية أي بوصفه أمرا صادرا من مشرع أجنبي[3].

ثالثا: موقف المشرع الجزائريين من الاتجاهين

يمكن استخلاص موقف المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة من خلال ما يلي:

فبالرجوع لنص المادة 5/233 من قانون إ م إ التي حددت أسباب الطعن بالنقض وذكرت ضمنها "كل خطأ في تطبيق القانون

الداخلي أو قانون أجنبي يتعلق بالأحوال الشخصية"، وكذا المادة التي حلت محلها المحددة حاليا بالمادة 358من قانون إ م إ الفقرتان 5 و6 منها التي نصت على أنه "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

5: مخالفة القانون الداخلي.

6: مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة".

1- عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص132.

2- دربة أمين، المرجع السابق، ص72.

3- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، د.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص475.

ومن خلال تحليلنا للأحكام القانونية الواردة بهما أن المشرع الجزائري يميز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية والذي يكون من أوجه الطعن بالنقض أي أنه يتعلق بالنظام العام، والقوانين الأخرى التي لا تخضع للطعن بالنقض لأنها تعتبر كواقعة[1].

الفرع الثاني: إثبات القانون الأجنبي

يقصد بإثبات مضمون القانون الأجنبي، إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه الحقيقية، على أساس أن القاضي قد تعترضه صعوبات الكشف عن أحكامه والتعرف على مضمونه.[2]

وتنحصر الاتجاهات الفقهية، دور القضاء القاضي بالكشف عن مضمون القانون الأجنبي في مواقف ثلاث:

- **الاتجاه الأول:** وسار إلى تبني عدم جواز تطبيق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ومن الأنظمة القضائية التي تبنته القضاء الإنجليزي.
- **الاتجاه الثاني:** اعتبر التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وهو ما نجد له حضورا في القضاء الألماني والقضاء الإيطالي.
- **الاتجاه الثالث:** أخذ بفكرة جواز القاضي في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ودون إلزامه بذلك، ومثاله ما هو عليه القضاء الفرنسي والقضاء المصري.

أما موقف المشرع الجزائري، فقد جعل إثبات القانون الأجنبي متعلق بالأحوال الشخصية يكون إثباته من طرف القاضي المعروض أمامه النزاع، وإذا تعلق الأمر بقانون غير متعلق بالأحوال الشخصية، فيكون إثباته من طرف الخصوم، بكافة وسائل الإثبات، صاعدا الإقرار باليمين وذلك ترتيبا لما استقر عليه القضاء الفرنسي[3].

1-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص121.

2- قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في الحقوق، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011، ص79.

3- محمد حبار، المرجع السابق، ص94.

هذا عن إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يعامل على أساس عنصر من عناصر الواقع، أما النظم التي تعامله على أساس قانون، فيتوجب على القضاة السعي بوسائلهم الخاصة ووسائل حكوماتهم.

للوصول إلى معرفة القانون الأجنبي ولهم أيضا اللجوء إلى الطريق الدبلوماسي أو القنصلي عن طريق وزارة العدل من أجل الحصول على نصوص القانون الأجنبي أو القواعد القضائية المطبقة في دولته[1].

إن النظرة المرنة التي سار عليها القضاء فيما يتعلق بإثبات القانون الأجنبي عندما ينظر إليه كواقعة،إنما مرده إلى اختلاف القانون عن الوقائع، إن القانون لا يكون موضوع إثبات إنما يعامل معاملة هجينة، تجعل وضعه متميزا، فلا هو وقائع تخضع لوسائل إثباتها، ولا هو قانون لا يعذر القاضي بجهله[2].

أما فيما يخص مسألة إثبات القانون الأجنبي، ليس هناك نظام قانوني خاص بإثباته نستعمل مبدئيا، كل وسائل الإثبات غير أنه لقاضي الموضوع سلطة تقديرية، بالأخذ أو عدم الأخذ بها[3].

أن المبدأ في إثبات القانون الأجنبي هو حرية الإثبات واستعمال جميع الوسائل المتاحة في القانون الداخلي وغيرها من الوسائل للتوصل إلى تبيان مضمونه، إلا أنه ومراعاة لطبيعة إثبات القانون الأجنبي، فقد استبعد الفقه والقضاء في فرنسا الإقرار واليمين كوسائل إثبات القانون الأجنبي، رغم أنها من أكثر الطرق استخداما لإثبات الوقائع[4].

حيث يمكن للخصوم أن يثبتوا القانون الأجنبي بعدة وسائل عن طريق الخبراء، الشهادات العرفية أو طرق أخرى، كاللجوء إلى نصوص القانون الأجنبي وترجمتها، وإلى المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية[5].

1- قتال حمزة ، المرجع السابق، ص86.

2-فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص190.

3-عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص127.

4- قتال حمزة، المرجع السابق، ص190.

5-عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص127.

قد يحدث أن يستحيل القاضي إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج. فكيف يمكن التوصل إلى الحل لتحديد القانون الواجب تطبيقه؟

عندما يتعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي تثار مسألة القانون البديل الذي يسد هذا الفراغ ، وقد اختلف الفقه والقضاء بين عدة حلول نستطيع أن نجعلها في آراء ثلاثة ، الرأي الأول يقول بأن على القاضي أن يرفض الدعوى ، الثاني يرى بتطبيق قانون غير قانون القاضي وفيه رأيين أحدهما يرى بتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنة ، والثاني يرى بتطبيق القانون الأقرب إلى النزاع[1]، إلا أن الحل الراجح الذي تبنته غالبية التشريعات بما فيها المشرع الجزائري ينادي بتطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الولاية العامة[2].

إذ تنص المادة 23مكرر من القانون المدني المعدلة: " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

المطلب الثاني: تفسير القانون الأجنبي

ينشأ عن تفسير القاضي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق مشكلتين هما:

1-كيفية تفسير القاضي للقانون الأجنبي.

2-مدى خضوع القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق لرقابة المحكمة العليا[3].

الفرع الأول: كيفية تفسير القاضي للقانون الأجنبي

يرى الاتجاه الأول أن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير القانون الوطني، فهو يبحث في الحالتين عن نية المشرع، وغايته من سن هذه

1- قتال حمزة، المرجع السابق ، ص204.

2-شبورو نورية، المرجع السابق، ص136.

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص154.

القواعد، متحريا في ذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي[1]، وقد انتقد هذا الاتجاه لأنه يؤدي إلى تشويه القانون الأجنبي.

أما إذا لم يكن القانون الأجنبي محلا لأي تفسير في بلده فإن القاضي الوطني يكون ملزما بتفسيره لكنه يخضع في ذلك إلى المبادئ وأصول التفسير المعتمدة في البلد الأجنبي حتى لا يؤدي ذلك إلى تشويه القانون الأجنبي[2].

الاتجاه الثاني وصف هذا الاتجاه بأنه الاتجاه الغالب في الفقه، ويرى أصحابه بأنه لا يمكن للقاضي الوطني تفسير القانون الأجنبي بصفة مطلقة.

وإنما يتقيد بالتفسير الموجود في الدولة التي صدر فيها القانون الأجنبي، حيث يأخذ بالحلول القضائية حتى وإن لم يكن القضاء مصدرا رسميا لقواعد القانون في دولة القاضي[3].

الفرع الثاني: مدى خضوع القاضي الوطني لرقابة المحكمة العليا

إن القاضي الوطني يثير قاعدة التنازع من تلقاء نفسه وهذا التزام يفرضه عليه مشرعه الوطني أو قد يثبت الخصوم مضمون القانون الأجنبي لكن قد يحدث وأن القاضي الوطني يسيء تطبيق هذا القانون فهل في هذه الحالة يخضع لرقابة المحكمة؟

إن اعتبار القانون الأجنبي واقعة يؤدي إلى رفض الرقابة عليه من المحكمة العليا، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية التي رفضت بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، وقد سارت على ذلك الكثير من الدول الأوروبية مثل بلجيكا وألمانيا...[4]

إلا أن هناك رأي آخر يمكن المحكمة العليا من هذه الرقابة باعتبار أن القانون الأجنبي عندما تشير تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية يصبح بمثابة القانون الداخلي، وعليه فإن إساءة

1- هشام صادق، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص172.

2-فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص132.

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص154.

4- المرجع نفسه، ص155.

تفسيره لا يعد مجرد خطأ في الحكم. بل هو خرق للقانون الوطني الذي يحكم القاضي باسمه[1].

ويسود هذا الموقف في الكثير من الدول مثل إيطاليا،اليونان، لبنان والمغرب...[2]

أما الوضع في الجزائر فالمتأمل لنص المادة 358 من يجد أنها جاءت بالصياغة التالية: الطعن بالنقض لا يبنى إلا على أحد الأوجه التالية:

مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية.

ونهت المادة 234 من ذات القانون،أنه: " يجوز للمحكمة العليا من تلقاء نفسها أن تنقض الحكم لأحد الأوجه الواردة في المادة 358"[3].

يستفاد من صياغة المادتين السالفتين، إن المشرع يفرق بين حالتين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض إذ سوى بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية،أما القوانين الأخرى فلا تخضع لرقابة المحكمة العليا لا تكون سبب من أسباب قبول الطعن بالنقض[4].

تمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها في بعض المسائل، فقد تقبل المحكمة العليا الطعن بالنقض المتعلق ببعض المسائل كخرق قاعدة تنازع قاضي الدعوى كما تقوم بالرقابة على التكييف وعلى تشويه القانون الأجنبي أو عدم تسيب الأحكام تسيبا كافيا[5].

أولا: قبول الطعن المتعلق بخرق قاعدة تنازع قوانين قاضي الدعوى

يخضع قرار قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض، إذا أخطأ في تطبيق قاعدة التنازع،إن قاعدة تنازع القوانين من قواعد القانون الداخلي، لذلك إذ أخضع قاضي الموضوع في تطبيقها، فيكون ذلك وجها من أوجه الطعن بالنقض. إذا كانت قاعدة التنازع تقتضي

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص141.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص156.

3- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

4- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص157.

5-فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص157.

بتطبيق قانون الجنسية أو الموطن، فخالف القاضي هذا الإسناد يكون حكمه قابلا للنقض لخطأ في تطبيق القانون[1].

ثانيا: قبول الطعن المتعلق بالتكييف

يخضع التكييف لقانون قاضي الدعوى طبقا لما نصت عليه المادة 09 من قانون المدني الجزائري، حيث يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها،عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق فيعد الخطأ في تصنيف الوقائع وجها من أوجه الطعن التي يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا[2].

ثالثا: الرقابة على تشويه القانون الأجنبي أو مسخه

إن رقابة محكمة النقض على مسخ القانون الأجنبي مأخوذة من رقابتها على مسخ العقود،إذا كان تفسير العقد يخضع لمطلق تقدير محكمة الموضوع، فإنه لا يجوز لها بحال من الأحوال لأن تخرج عن معناها الواضح المحدد تحت تفسيرها[3].

طبقا لنص المادة 111 من ق م ج لأنها لو قامت بذلك فإنها تمسخ إرادة المتعاقدين وتتجاهل نصوص العقد وهذا ما ينجر عليه خرق المادة 106 من ق. م. ج التي مفادها " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه...".

وعليه فإن خرق الأحكام القانونية من قبل محكمة الموضوع يخضعها للرقابة من طرف المحكمة العليا، وهذه التخفيفات ما هي في الحقيقة إلا تطبيق للقانون الداخلي للقاضي، لأن المحكمة العليا تبسط رقابتها على تطبيق القانون الداخلي سواء كانت قواعده موضوعية أو قواعد إسناد[4].

1-عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص130.

2-فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص135.

3-عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص131.

4-فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص135.

المبحث الثاني: حالات استبعاد القانون الأجنبي

إن القاضي الوطني ملزم بالتطبيق التلقائي للقواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بوصفه قانونا غير أن مضمون هذا القانون الأجنبي قد يتعارض مع المفاهيم الجوهرية في دولة القاضي وهذا ما يمكن للقاضي استبعاده بسبب مخالفته للنظام العام (المطلب الأول) كما أن القانون الأجنبي قد يثبت له الاختصاص عن طريق التغيير الإرادي الاحتيالي لضابط الإسناد للهروب من القانون المختص أملا بحكم النزاع وهذا ما يمكن للقاضي الامتناع عن تطبيقه بسبب الغش نحو القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام

إذا أتت قاعدة التنازع بقانون أجنبي يخالف المبادئ الأساسية والجوهرية في دولة القاضي، فيستبعد هذا القانون باسم النظام العام، نتناول في هذا المطلب ثلاث فروع: مفهوم وأنواع وخصائص النظام العام (الفرع الأول) شروط وآثار النظام العام (الفرع الثاني) تطبيقات استبعاد النظام العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم النظام العام

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف النظام العام (أولا)، وأنواع النظام العام (ثانيا) وخصائص النظام العام (ثالثا).

أولا: تعريف النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام من المسائل الهامة في مختلف النظم القانونية كوسيلة لاستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية والتي تمس بالمبادئ الأساسية السائدة فيها فلا تتركها تعبر مجتمعنا[1].

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص167.

لقد بذلت محاولات عدة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك للنظام العام، إلا أن التعاريف المقدمة كانت غامضة ولم تحدد بشكل دقيق المقصود بالنظام العام[1].

وذلك في جميع المحاولات التي بذلت من الوصول إلى تبني تعريف موحد لهذه الفكرة سواء على مستوى التشريع (أ) أو على مستوى الفقه (ب).

أ –تعريف النظام العام على مستوى التشريع

لما كانت فكرة النظام العام غير محددة وغير ثابتة وتتسم بالمرونة، فإن المشرعين الوطنيين ينأون بأنفسهم عن تعريف النظام العام تعريفا قانونيا، وإن كان البعض منهم يقدم بتحفظ على تحديد بعض المسائل التي يعتبرونها من صميم النظام العام الوطني فإن البعض الآخر يترك

للقاضي الوطني حرية تقدير ما يعتبر ومالا يعتبر من النظام العام بغير حاجة إلى تعريفه أو تحديد المسائل المتصلة به[2].

كما سبق الذكر فإن بعض المشرعين بادروا بتعريف النظام العام ومن بينهم المشرع الألماني، حيث عرفته المادة 03 من القانون المدني بأنه: "ذلك الذي يتضمن قواعد تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للدولة، وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد ذلك النظام وتصديعه".[3]

أما المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 ق م ج نجده أنه أشار للنظام العام فقط ولم يعرفه حيث جاء في المادة: " لا يجوز تطبيق القانون بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو تبث له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

1- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص184.

2- هشام صادق، المرجع السابق، ص195.

3- مجدوب كوثر، الدفع بالنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2007-2008، ص49.

أ-تعريف النظام العام فقهيا

اختلف الفقهاء في تحديد مضمون فكرة النظام العام حيث ظهرت عدة تعريفات:

فقد عرفه الدكتور أحمد مسلم بأنه: " النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه وهذا الكيان من معتقدات تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية والرأسمالية أو مجموعة من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"[1].

أما الفقيه الفرنسي planiol فقد عرفه كما يلي: " تعتبر قاعدة من النظام العام في كل مرة تكون فيها مستوحاة من اعتبار لمصلحة عامة معرضة للمساس إذا كان الأطراف احرار في أبعاد تطبيق القانون".

كما عرفه الأستاذ François chevrette في قانون مقاطعة Quebec الكندية سنة 1989 كما يلي: " النظام العام يشكل مفهوم ... (يتضمن مفهوم الأمن الوطني، الأمن العام، الصحة العامة، وأيضا السير الحسن للنظام القضائي، الوقاية من الجريمة وحماية حقوق وحريات الآخرين)[2].

ثانيا: أنواع النظام العام

تنقسم القواعد القانونية من حيث وطنيتها أو المكان الذي تطبق فيه إلى قواعد نظام عام وطنية (أ) وقواعد نظام عام غير وطنية (نظام العام عبر الدولي) (ب).

أ-النظام العام الوطني:

تتمثل في قواعد النظام العام الداخلي وقواعد النظام العام الوطني بمفهوم قانون الدولي الخاص ومن قواعد البوليس.

1- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص184.

2- مجدوب كوثر، المرجع السابق ، ص56.

1-نظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص (النظام العام الدولي)

إن فكرة النظام العام هي في الأصل فكرة وطنية خالصة هدفها حماية النظام الداخلي، إلا أن هذا المفهوم موحد للنظام العام انطلاقا من الطابع الوطني الذي يتسم به في إطار العلاقات الخاصة الداخلية والدولية لا يعني التطابق والتوافق في الدور الذي يلعبه كل منهما وبالرغم من إن طبيعة هذا الدور واحدة وهي الاستبعاد في الحالة التي تكون فيها العلاقة داخلية العناصر من جميع جوانبها فان النظام العام غايته تكون إبطال التصرفات والاتفاقيات المناهضة له.

أما في حالة العلاقة التي يتخللها عنصر أجنبي فعال يكسبها الطابع الدولي فيكون للنظام العام في هذه الحالة بعد دولي هدفه إبطال تلك العلاقات أو تلك الاتفاقيات وإنما استبعاد ما تؤدي إليه من نتائج سواء في مجال البحث عن القانون الواجب التطبيق أو عند طلب إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام.

إن إعمال فكرة النظام العام يضيق بالضرورة في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلي بما يستتبع حتما أن تنكمش مقتضيات النظام العام في دائرة الحالات القانونية الأجنبية عنها في نطاق الحالات القانونية الوطنية، فليس كل ما يخالف النظام العام الدولي يشكل مخالفة في النظام العام الداخلي لأن النظام العام الدولي جزء من النظام العام الداخلي، وبالتالي فان مفهوم النظام العام الدولي أضيق من مفهوم النظام العام الداخلي. [1]

2-قواعد البوليس

يعرفها البعض بأنها القواعد القانونية التي تطبق دون حاجة إلى إعمال قواعد الإسناد بالنسبة لهذا التعريف نلاحظ أنه يبين تقنية إعمال قواعد البوليس انطلاقا من كونها تتولى بذاتها تحديد نطاق تطبيقها انطلاقا من طبيعتها الخاصة التي تقتضي أعمالها دون حاجة إلى إعمال قواعد الإسناد.

1- مجدوب كوثر، المرجع السابق،ص ص 51-52

يمكن تعريف قوانين البوليس بأنها: " مجموعة القواعد القانونية الموضوعية المقررة لحماية النظام القانوني للدولة بمختلف صوره والتي تستدعي انطلاقا من أهميتها تطبيقها تطبيقا مباشرا دون أي إمكانية لدخولها في تزاحم مع القواعد الأجنبية ودون أي حاجة لإعمال قواعد الإسناد".[1]

3-النظام العام عبر الدولي

يختلف الفقه حول تسمية هذا النوع من النظام العام فالبعض يطلق عليه تسمية النظام العام الدولي الحقيقي، والبعض الآخر يشير إليه تحت اسم النظام العام للقانون التجاري الدولي والبعض الثالث يحثه تحت اسم النظام العام غير الوطني، أما البعض الآخر فيشير إليه تحت اسم النظام العام عبر الدولي.

ويأخذ النظام العام عبر الدولي مكانة مهمة في مجال التجارة الدولية، لأنه يعتبر أسمي من إرادة الأطراف وأيضا من القوانين الوطنية.

أنه لمن الضروري ومن الصعوبة إعطاء مفهوم للنظام العام عبر الدولي، بحيث يمكن تعريفه على أنه آلية دفاعية عن قيم غير خاصة بنظام قضائي وطني معين، لكنها متبناة من طرف المجتمع الدولي.[2]

ثالثا: خصائص النظام العام

أ-النظام العام فكرة وطنية

النظام العام فكرة وطنية يستمد مضمونه من النظام القانوني لدولة القاضي، فلكل دولة مفهومها الخاص تضع له قواعد وتهيمن عليه بقوانينها الداخلية، ويعد ذلك من أهم أسباب غموض فكرة النظام العام لاختلاف مضمونه من بلد لبلد ومن شعب لآخر[3].

1- مجذوب كوثر، المرجع السابق، ص54

2- المرجع نفسه، ص53.

3- صلاح الدين جمال الدين، قانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص334.

ب- النظام العام فكرة نسبية

هذه الخاصية تستوجب النظام العام عبارة عن مجمع من الأسس التي يقوم عليها مجتمع ما في وقت ما سواء كانت سياسية، دينية، اجتماعية، اقتصادية، فكلما كانت هذه الركائز متحركة ومتغيرة متطورة من مطبع لآخر، بل وفي داخل الدولة نفسها ومادام أن النظام العام يوافق هذا الوضع الطبيعي لهذا الأخير، من ثمة يكون نسبيا يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان لاختلاف المثل والمبادئ[1].

ج- الطبيعة الاستثنائية

الدفع بالنظام العام ما هو إلا استثناء على القاعدة الأصلية التي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي وقد ظهرت هذه الخاصية بعد تطور مفهوم النظام العام الذي أصبح دفعا استثنائيا عاما، يقيد قواعد الإسناد ويستبعد القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقواعد الإسناد في كل حالة، يختلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي[2].

الفرع الثاني: شروط وآثار الدفع بالنظام العام

سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط الدفع بالنظام العام (أولا)، والآثار المترتبة عليه (ثانيا).

أولا: شروط الدفع بالنظام العام

حتى يتمكن القاضي من استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام لابد من توافر الشروط التالية:

أ- أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي المخالف للنظام العام بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي، إذ لا داعي للتمسك بالدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي[3].

1-سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص28.

2-شبورو نورية، المرجع السابق، ص86.

3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص272.

فلا يتصور تحريك الدفع بالنظام العام حتى في حال وجود تنازع قوانين داخلي بحسبان أن كافة هذه القوانين صادرة من مشرع دولة واحد، كما أن الهدف من الدفع بالنظام العام هو تطبيق قانون القاضي وليس استبعاده[1].

ب-أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختلفا في حكمه المطلوب على مقتضيات النظام العام في دولة القاضي[2]، ومن المستقر عليه فقها انه يعتبر من مقتضيات النظام العام كل ما يتعلق بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع في عصر معين، ويختلف مفهوم النظام العام حتى في النظام القانوني الواحد من زمان لآخر، فقد يكون تعدد الزوجات مخالفا للنظام العام في الدولة المسيحية بينما جائز في الدول الإسلامية[3].

وبالتالي يرجع للقاضي في تقدير التعارض حسب المفاهيم السائدة في دولته، بشرط على ألا يكون هناك إفراط أو تفريط، حفاظا على ضمان سير المجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية من جهة وحماية النظام العام الوطني من جهة أخرى[4].

ج- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية وقت رفع الدعوى أن يكون تقدير الدفع بالنظام العام، بوقت النظر في الدعوى وليس بالوقت الذي ينشأ فيه المركز القانوني، تكون مخالفته حالية وقت إصدار الحكم وليس وقت نشوء المنازعة[5].

ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام

يترتب على مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام أثران، أثر سلبي وهو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي استبعادا كليا أو جزئيا، أثر إيجابي وهو وفق الرأي السائد ثبوت الاختصاص لقانون لسد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون[6].

1-بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف02، 2013-2014، ص21.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص153.

3-رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص81.

4- قتال حمزة، المرجع السابق، ص 159.

5- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 153.

6- صادق هشام، حفيظة السيد، القانون الدولي الخاص، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص ص 208-209.

أ-**الأثر السلبي:**يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، فيستبعد القانون الأجنبي ويرفض الطلب مثل أن يطالب فرنسي مسيحي نصيبه من الإرث من قرينه الفرنسي المسلم أمام القاضي الجزائري الذي يرفض طلبه لعدم جواز التوارث بين مسلم وغير مسلم وهي قاعدة ناهية من النظام العام.

ثار خلافا فقهيا حول هذا الاستبعاد فهل يكون كليا أو جزئيا، فيرى الفقه الغالب هو أن الأثر السلبي للنظام العام يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي في الفرد الذي يتعارض مع النظام العام[1].

ونجد أغلب فقهاء القانون وخاصة في فرنسا ومصر يرون بأنه ليس من الضروري استبعاد أحكام القانون الأجنبي كاملا، وإنما يستبعد الجزئية المخالفة لمقتضى النظام العام في دولة القاضي مع بقاء اختصاص هذا القانون[2].

بينما يرى بعض الفقه أن الاستبعاد ينبغي أن يكون كليا لأن استبعاد جزء دون الأجزاء الأخرى، يتنافى مع محكمة قاعدة الإسناد إذ هي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا، والاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي.

وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه[3].

ب-الأثر الإيجابي للنظام العام

يقتضي الأثر الإيجابي لنظام العام إحلال القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد أحكام النزاع، وقد يتم هذا الإحلال بشكل صريح، وذلك عندما ينشئ علاقة لا يسمح القانون الأجنبي بإنشائها، وقد يتم ضمنيا عندما يمنع القانون الوطني نشوء علاقة يسمح القانون الأجنبي بإنشائها[4].

1-قتال حمزة، المرجع السابق، ص 160.

2-بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 64-65.

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 176-172.

4- قتال حمزة، المرجع السابق، ص ص 161-162.

وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على إحلال قانون القاضي في محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام[1].

إن تطبيق قانون القاضي بدلا من حكم القانون الأجنبي الذي أستبعد باسم النظام العام، هو أفضل حل، لأنه من أكثر الحلول ملائمة لاعتبارات العملية، كما انه يتماشى مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية بالدرجة الأولى[2].

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بعد التعديل من خلال المادة 24 فقرة 02 من القانون المدني " ... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

الفرع الثالث: تطبيقات الدفع بالنظام العام

إن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية تختلف من دولة لأخرى، مما يعتبر من النظام العام في إحدى الدول، قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى[3].

وبما أن قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية والنظام الاجتماعي و في الجزائر لا يزال مؤسسا على الدين، وذلك فان نطاق النظام العام في الجزائر أوسع من نطاقه في الدول الغربية[4].

ويعتبر متعارضا مع النظام العام القانون الذي يسمح بالزواج مع غير المسلم فهذا الزواج يعتبر باطلا بطلان مطلق، وقد قضي في هذا السياق إبطال زواج مصرية مسلمة مع روسي أرثودوكسي لأن هذا الزواج يعتبر باطلا بالنسبة للقانون المصري الذي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية[5].

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 179.

2- صادق هشام ، حفيظة السيد، المرجع السابق، ص214.

3-رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص88.

4- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص237.

5- صلاح الدين، جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص ص 144-145.

وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 30 في فقرتها الخامسة[1]، ويعتبر متعارضا مع النظام العام القانون الأجنبي الذي يحظر على الزوج المسلم اتخاذ أكثر من زوجة واحدة، وكذلك القانون الأجنبي الذي يبيح الزواج بين المسلمين في فترة العدة او يبيح زواج المحارم[2].

ويستبعد القانون الذي يسمح بزواج الجنس الواحد[3].

وقد تعرض القضاء الجزائري لمسألة الدفع بالنظام العام التي تتعلق بإثبات النسب، إذ جاء في إحدى جنسيات قرار صادر عن المحكمة العليا الاعتراف بتثبيت النسب في ظل القانون الفرنسي، يخالف النظام العام بالجزائر، لأنه لا يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقرر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحة[4].

وبالتالي استبعد القضاء الجزائري، القانون الفرنسي المراد تطبيقه لتعارضه مع النظام العام الجزائري لأن إثبات النسب لا يكون إلا بالزواج الصحيح ولهذا أستبعد[5].

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

إن ضوابط الإسناد التي جاء بها المشرع منها ما هو قابل للتغيير كالجنسية أو الموطن، وهذه الضوابط القابلة للتغيير تتيح المجال أمام الأفراد للتحايل فيلجئون إلى تغيير جنسيتهم للإفلات من أحكام القانون المختص، ونتناول في هذا المطلب في ثلاث فروع: مفهوم الغش نحو القانون وشروطه (الفرع الأول) الأسس والآثار القانونية للدفع بالغش نحو القانون (الفرع الثاني) وتطبيقات الغش نحو القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون وشروطه

نتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم الغش نحو القانون (أولا)، وشروطه (ثانيا).

1- قانون رقم 84-11 متعلق بقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص780.

3- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص135.

4- قرار المحكمة العليا بتاريخ 23-04-1991 غير منشور، نقلا عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص164.

5-رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص91.

أولا: مفهوم الغش نحو القانون

يعرف الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين بأنه " تغيير ذو الشأن عمدا لضابط الإسناد بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم المركز القانوني".[1]

ويعرف على أنه " عبارة عن تدبير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المستوفاة، ويعتمد ذو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر العلاقة الخاضعة لقانون آخر"[2].

وعرفته الأستاذة نادية فوضيل بأنه: "التلاعب بأحكام قواعد التنازع بقصد الوصول إلى أغراض شخصية"[3].

وعليه فإن الغش نحو القانون في مسائل الزواج المختلط يكون بتغيير أحد الزوجين عن قصد ضابط الإسناد الذي يحكم الزواج أصلا بغية الهروب من تطبيق أحكامه"[4].

أما المشرع الجزائري بالرجوع إلى نص المادة 24 ق.م.ج نجد، أنه لم يعرف الغش نحو القانون بل اكتفى بالإشارة إليه فقد " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السالفة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب العامة من الجزائر أو تبث له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي شرطين أساسيين، شرط مادي يتمثل في التغيير الإرادي في ضابط الإسناد، وشرط معنوي يتمثل في نية الغش أو التحايل على القانون[5]. إضافة إلى شروط أخرى غير متفق عليها.

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 281-289.

2- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص196.

3- نادية فوضيل، الغش نحو القانون، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص56.

4- مسعودي يوسف، الزواج تنازع القوانين في مسائل والطلاق ، المرجع السابق، ص 81.

5- كمال كحيل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات، العدد 8، 2008، قسم الحقوق والعلوم الإدارية، الإدارية، الجامعة الافريقية، أدرار، ص76.

أ-الشروط المتفق عليها

1-الشرط المادي

يقتضي لأعمال الدفع بالغش نحو القانون، أن يكون هناك تغيير لضابط الإسناد وهو العنصر المادي في عملية الغش، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة لضوابط الإسناد التي تقبل التغيير كضابط الجنسية في الأحوال الشخصية، وضابط الموطن في الأحوال الشخصية بالنسبة للتشريعات التي تجعل الموطن هو القانون الشخصي[1].

ويشترط أن يكون التغيير فعليا إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد صوريا لا نكون بحاجة إلى أعمال الدفع بالغش نحو القانون، ويكتفي في هذا الغرض التمسك بأحكام الصورية لإصدار أي أثر لهذا التغيير فإذا غير الشخص من موطنه تغييرا صوريا فان العبرة في هذه الحالة بالموطن الحقيقي[2].

ويشترط أن يكون التغيير مشروعا، إذ لو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة، كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فانه في هذه الحالة لا يجوز الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، وتكون العبرة بالجنسية الأولى[3].

2-شرط معنوي (نية الغش)

بالإضافة إلى الشرط المادي يرى غالبية الفقهاء أنه يتعين لأعمال الدفع بالغش نحو القانون أن يتم التغيير في ضابط الإسناد بقصد الغش نحو القانون المختص، أي بقصد تجنب الأحكام الأسرة في القانون الواجب التطبيق واعتبر هذا العنصر معنوي لأنه لا يقوم على إجراء مادي يدرك بالحس، وإنما يؤسس على سوء النية وهو شيء معنوي[4].

1-فليغة نور الدين، المرجع السابق، ص ص 249-250.

2- صادق هشام ، حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 222.

3- المرجع نفسه ، ص222.

4-كيحل كمال، المرجع السابق، ص77.

وبالتالي فإنه لا يكفي بأن يقوم الشخص بتغيير ضابط للقول بأن هناك غشا نحو القانون وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنسبة الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة[1].

يتعين على القاضي معرفة هذه النية وإثباتها وهي ليست سهلة دائما، لكن يمكن استنتاجها من ظروف الدعوى وملابستها، كالقرب الزمني بين تغير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد وكما أن يكون القانون الذي سعى إليه الشخص يقدم تسهيلات استثنائية[2].

ب- الشروط غير المتفق عليها:

1- أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها هي أحكام آمرة

فالرأي التقليدي يتجه إلى حصر أعمال الغش نحو القانون على الحالات التي يكون التهرب فيها من النصوص الآمرة،[3] لأنه إذا كانت أحكام مكملة فلا يتحقق الغش نحو القانون لأن الأحكام المكملة لا يمكن تصور التهرب منها، لأنه يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها[4].

2- أن يكون القانون المتهرب منه هو قانون القاضي

أضاف الفقه شرطا آخر، يتمثل في أن يكون القانون الذي يريد الشخص الاختلاف مع أحكامه هو قانون القاضي، أما إذا كان القانون الأجنبي فلا داعي للدفع بالغش نحو القانون، ذلك أن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني من خلال منع الأفراد من مخالفته، فلا يدخل بذلك نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي[5].

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص191.

2- قتال حمزة، المرجع السابق، ص166.

3- حسن الهداوي، المرجع سابق، ص204.

4-فليغة نور الدين، المرجع سابق، ص252.

5- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص192.

الفرع الثاني: الأسس والآثار القانونية للدفع بالغش نحو القانون

أولا: أسس الدفع بالغش نحو القانون

تباينت الآراء حول الأساس القانوني للغش، فأسنده البعض إلى نظرية الصورية في القانون المدني[1]، وما يعيب هذا الرأي أن الصورية تكمن في وجود عقد ظاهر غير حقيقي يخص عقدا باطنا حقيقيا، بمعنى إرادة الأطراف ظاهرة ولكن غير مطابقة لإرادتها الخفية الحقيقية لكن غرضه غير مشروع[2].

ويرى فريق آخر بأن الغش نحو القانون ما هو إلا تطبيق من تطبيقات النظام العام وأنتقد هذا الرأي لأن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يكون على أساس تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية لقانون القاضي، أما استبعاد القاضي الأجنبي بناء على الدفع بالغش نحو القانون فهو يرجع إلى عنصر النية في استعمال قاعدة التنازع[3].

غير أن بعض الفقهاء أرجعه إلى نظرية التعسف في استعمال الحق حيث يرى أنصار هذا الرأي إن فكرة الغش نحو القانون قائمة على التعسف في استعمال الحق وبالتالي يرجع أساسه إلى نظرية المسؤولية التقصيرية[4].

لكن بين التعسف في استعمال الحق والغش نحو القانون فرقين:

1. الغش نحو القانون يكون ضد مصلحة عامة أما التعسف فيقع ضد مصلحة خاصة .

2. الضرر الذي ينشأ عن التعسف في استعمال الحق يصيب المصلحة الشخصية، أما المقرر الذي ينشأ عن التعسف نحو القانون يجب مصلحة عامة.

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص299.

2- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص196.

3- دربة أمين ، المرجع السابق، ص 120.

4- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص161.

ثانيا: آثار الغش نحو القانون

أ-**الأثر السلبي:**استبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص غشا، اختلف الفقه حول ما إذا كان أثر الدفع بالغش نحو القانون يمس النتيجة، أم يستمد ليشمل النتيجة والوسيلة معا.

1-عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة

يرى جانب من الفقه أن الاستبعاد يشمل النتيجة والوسيلة معا مادامتا من حق الشخص، وبما أن قانون الدولة الثانية يجيزها ويعترف بها دون ترتيب نتيجة نقل الاختصاص إلى قانون آخر، بحيث أن الحكم بصحة الوسيلة لا يعود تقرير للقاضي الوطني بما أن هذه الوسيلة قد منحت بمقتضى قانون أجنبي يجيز ذلك[1].

2- عدم النفاذ يقتصر على النتيجة.

يرى اتجاه آخر بأن الاستبعاد يشمل النتيجة فقط وهذا هو الرأي الراجح فقها وقضاء في فرنسا، بأن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على عدم نفاذ النتيجة دون الوسيلة، وهذا على أساس أن النتيجة هي التي تعتبر غير مشروعة أما الوسيلة فتمت بطريقة قانونية[2].

ب-**الأثر الإيجابي:**تطبيق القانون المختص أصلا والذي قصد الأطراف باستبعاد القانون الذي سعى الأطراف إلى تطبيقه غشا، ينشأ التهرب منه فراغ قانوني في يتعين سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أرادوا التهرب من أحكامه، وفي ذلك درء الاعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وإعادة لسلطانها.

ولهذا فإن القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في حكم العلاقة هو القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية قبل التحايل عليها، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي[3].

1- عبد الرزاق بركان، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاصة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018، ص73.

2- كحيل كمال ، المرجع السابق، ص79 .

3-بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص150.

الفرع الثالث: تطبيقات استبعاد الغش نحو القانون

إن الأحوال الشخصية تعتبر المجال الرئيسي لإعمال فكرة الغش نحو القانون، وذلك لأن هذه المسألة تعتمد عموما على ضابطين، ضابط الجنسية في بعض الدول كالجزائر وفرنسا وضابط الموطن كما في الدول الأنجلو ساكسونية[1].

باعتبار أن الزواج من مسائل الأحوال الشخصية فإنه من أكثر المواضيع التي يبلغ فيها التنازع ذروته، لأن التشريعات تختلف بشأنه اختلافا بينا، والخلاف يبدأ من فكرة الزواج بحد ذاتها، لأن هناك من يعتبره نظاما دينيا ودول أخرى تعتبره مدنيا ، وهناك من يعتبره رابطة دائمة ، فآخرون يعتبروه رابطة مؤقتة[2] ويعتبر هذا الاختلاف الكبير بين التشريعات سببا رئيسيا لتحايل الأفراد على القوانين ، عن طريق تغيير جنسيتهم بغية التهرب من أحكام قانون جنسيتهم الأصلية الذي لا يتوافق وما يهدفون إليه.

ويعد غش نحو القانون تغيير الزوجة المسلمة لجنسيتها لتجنب وجوده مانع الدين عند زواجها مع غير المسلم، فإن اكتساب جنسيته زوجها للتهرب من تطبيق قانونها،يعد غش نحو القانون.ولا يعتمد بهذا التغيير وبالتالي يظل زواجها باطل بالنظر إلى العبرة بقانونها الشخصي[3].

إذا كان يجوز للجزائري الزواج بأجنبية، ويجوز للجزائرية الزواج من أجنبي، فانه في حالة وجود تحايل على القانون كما لو ثبت أن الغرض من هذا الزواج هو الحصول على الإقامة وعلى الجنسية الجزائرية أو ما يعرف باسم " الزواج الأبيض" فإن المشرع الجزائري قد عاقب على هذا التحايل حيث نص العقوبة في المادة 48 من قانون تنظيم دخول وإقامة وتنقل الأجانب في الجزائر[4].

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص187.

2- نادية فوضيل، المرجع السابق، ص114.

3- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص 187-188.

4- مسعودي يوسف، الزواج تنازع القوانين في مسائل والطلاق، المرجع السابق، ص83.

خاتمة

خاتمة:

من خلال ما سبق التطرق إليه خلصنا أن المشرع اعتمد في مسائل الأحوال الشخصية على ضابط الجنسية، خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، والقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج الشخصية و المالية للزواج .

أما بالنسبة للشروط الشكلية لم يخصها المشرع الجزائري بنص خاص ، وإنما أخضعها للقاعدة العامة للعقود، وهي قانون محل إبرام الزواج، إضافة لضوابط احتياطية قد تحكم هذه الشروط، وهي قانون الجنسية المشتركة، وقانون الموطن والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج.

إن اعتماد ضابط الجنسية مقيد بالاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني، والذي لاحظنا أن المشرع وضعه لحماية الطرف الوطني، وهذا فيه تعسف بالنسبة للطرف الأجنبي.

المشرع الجزائري عامل القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية معاملة قانون، وعامله معاملة وقائع في باقي المجالات.

و أنه يجب على الخصوم أن يقيموا الدليل على مضمون القانون الأجنبي، وفي حالة عجزهم في إثبات مضمونه يطبق القانون الوطني حسب ما قضت به المادة 23 مكرر من القانون المدني المعدلة.

المشرع ضيق من تطبيق القانون الأجنبي بفكرة النظام العام، مع العلم أن فكرة النظام العام لم يعطي لها معالمها، وتركها سلطة تقديرية في يد القاضي.

من خلال النتائج نقترح التوصيات التالية:

- أن يخص المشرع الجزائري الخطبة بضابط إسناد.
- يجب على المشرع وضع نص خاص للشروط الشكلية لعقد الزواج من حيث القانون الواجب التطبيق عليها.

– أن يكون القاضي مرن في تعامله في فكرة النظام العام خاصة لما يكون أحد أطراف العلاقة أجنبي والحكم ينفذ في الخارج.

– يجب على المشرع أن يعطي الاهتمام الكبير في موضوع النظام العام وخاصة في مسائل الزواج لاحتوائها على العنصر الأجنبي وذلك في حالة تنازع القوانين وإخراجها من الجانب النظري إلى الجانب التشريعي لتوضيح معالمه في قالب قانوني.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر.

أ-القرآن الكريم:

ب -القوانين والأوامر:

1.الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائر.

2.القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 جوان 1984،المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005،المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد .15

3.أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل و متمم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير سنة 2017.

4.قانون 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأول 1426هـ، الموافق لـ20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 11.

ثانيا: المراجع:

أ- الكتب:

1. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضاء الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار قنديل، الأردن، 2004.

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

3. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجديد، دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

4. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002.

5. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد موافق أخر التعديلات، مدعم بأحدث الاجتهادات المحكمة العليا، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
6. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
7. بن الشويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية الجزائر، 2008.
8. حبار محمد، القانون الدولي الخاص، د ط، الرؤى للنشر و التوزيع، الدار البيضاء، الجزائر 2013.
9. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 1997
10. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر،2008 .
11. زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
12. صادق هشام ، حفيظة السيد، القانون الدولي الخاص، د ط ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1999.
13. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة ط1 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2008.
14. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007.
15. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، الجنسية و الموطن ومركز الأجانب، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
16. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د ط، دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
17. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2008.

18. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن، 2004.
19. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ،ج 2 ، ط9 ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
20. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
21. علي علي سليمان، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
22. عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007.
23. فليغة نور الدين، محاضرات في قانون العلاقات الدولية الخاصة، تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، مصر 2013.
24. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، 1957.
25. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، د ط ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2006.
26. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009.
27. ممدوح عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005.
28. نادية فوضيل، الغش نحو القانون، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
29. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
30. هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
31. هشام صادق، عكاشة عبد العال، قانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية و التجارية الدولية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007.

ب- المجلات:

1. بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القوانين لمقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، عدد خاص 2015.

2. حسن نوارة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر، عدد خاص 2015.

3. زلاسي بشرى، قيد النظام العام على الاجتهاد القضائي في الزواج المختلط، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، د س.

4. كريم كريمة، القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي الياس، سيدي بلعباس، عدد خاص 2015.

5. كمال كحيل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث و ا لدراسات، العدد 8، 2008 ، قسم الحقوق و العلوم الإدارية، الجامعة الأفريقية، أدرار.

6. مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق في شكل الزواج، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة احمد درابة ، أدرار، الجزائر، عدد خاص 2015.

ج- المذكرات والأطروحات:

الدكتوراه:

1. سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014.

2. شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016-2017

3. قتال حمزة ، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 2011.

4. مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج و الطلاق، مذكرة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011

ماجستير :

1. بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سطيف02، 2013-2014.

2. دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007.

3. رحاوي أمينة، الزواج المختلف في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة تلمسان، 2011.

4. سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة آبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

5. مجدوب كوثر، الدفع بالنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2007-2008.

ماستر:

1. بركان عبد الرزاق ، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاصة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018.

2. يوسفي كهينة ، ولامي ليلى، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري مذكرة ماستر، قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2012-2013.

د- المواقع الالكترونية:

1.احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، الموقع الالكتروني www.paffectatorry.com :بتاريخ 10-04-2019، 03:10.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

العنوان	الصفحة
تشكر	
إهداء	
مقدمة	أ-ب-ج
الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره	**05**
المبحث الأول:القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.....	**05**
المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية.....	**05**
الفرع الأول: مضمون الشروط الموضوعية.....	**06**
أولا: الرضا.....	**06**
ثانيا: الأهلية.....	**07**
ثالثا: الولي.....	**08**
رابعا:الشهود.....	**09**
خامسا:الصداق.....	**09**
سادسا:انعدام الموانع الشرعية.....	**10**
الفرع الثاني:الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية	**11**
أولا:الضابط المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخطبة.....	**11**
ثانيا:إعمال ضابط الجنسية في الشروط الموضوعية.....	**13**
أ- **التطبيق الجامع**.....	**15**
ب- **التطبيق الموزع**.....	**16**
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج.....	**17**
الفرع الأول:مضمون فكرة الشروط الشكلية.....	**18**
الفرع الثاني:الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجبا لتطبيق على الشروط الشكلية..	**21**
المبحث الثاني:القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.....	**24**

المطلب الأول:مضمون آثار الزواج.....	**24**
الفرع الأول:الآثار الشخصية	**25**
أولا: حقوق وواجبات الزوجين.....	**25**
ثانيا:النسب الشرعي.....	**26**
الفرع الثاني:الآثار المالية.....	**27**
أولا: النظام المالي القانوني.....	**29**
أ- نظام الاشتراك المالي.....	**29**
ب- نظام الانفصال المالي.....	**30**
ت- نظام الدوطة أو البائنة.....	**30**
ثانيا:النظام المالي الاتفاقي.....	**30**
المطلب الثاني:قاعدة التنازع التي تسري على آثار الزواج.....	**31**
الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.....	**31**
الفرع الثاني:نطاق القانون الذي يحكم آثار الزواج.....	**34**
أولا:النفقة الوقتية.....	**34**
ثانيا:أهلية المرأة بعد الزواج.....	**35**
ثالثا:المسؤولية عن الإخلال بالواجبات الزوجية.....	**36**
رابعا:مسألة النظام المالي للزوجين.....	**37**

الفصل الثاني: معاملة القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج وموانع تطبيقه.	**40**
المبحث الأول:معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الزواج.....	**40**
المطلب الأول:وضعية القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج.....	**40**
الفرع الأول:طبيعة القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج.....	**41**
أولا:معاملة القانون الأجنبي كواقعة.....	**41**
ثانيا:معاملة القانون الأجنبي كقانون.....	**42**
ثالثا:موقف المشرع الجزائري بين الاتجاهين.....	**42**
الفرع الثاني:إثبات القانون الأجنبي.....	**43**
المطلب الثاني:تفسير القانون الأجنبي.....	**45**
الفرع الأول:كيفية تفسير القاضي للقانون الأجنبي.....	**45**
الفرع الثاني:مد ى خضوع القاضي الوطني لرقابة المحكمة العليا.....	**46**
أولا:قبولا لطعن المتعلق بخرق قاعدة تنازع قوانين قاضي الدعوى.....	**47**
ثانيا:قبولا لطعن المتعلق بالتكييف.....	**47**
ثالثا:الرقابة على تشويه القانون الأجنبي أو مسخه.....	**48**
المبحث الثاني:حالات استبعاد القانون الأجنبي.....	**48**
المطلب الأول:الدفع بالنظام العام.....	**49**
الفرع الأول:مفهوم النظام العام.....	**49**
أولا:تعريف النظام العام.....	**49**
أ- تعريف لنظام العام على مستوى التشريع.....	**49**
ب- تعريف النظام العام فقهيا.....	**50**
ثانيا: أنواع النظام العام.....	**51**
أ- النظام العام الوطني.....	**51**
1. النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص (النظام العام الدولي)	**51**
2. قواعد البوليس.....	**52**
ب- النظام العام عبر الدولي.....	**52**

ثالثا:خصائص النظام العام.....	**53**
أ- **النظام العام فكرة وطنية**.....	**53**
ب- **النظام العام فكرة نسبية**.....	**53**
ت- **النظام العام فكرة نسبية**.....	**53**
الفرع الثاني:شروط وآثار الدفع بالنظام العام.....	**53**
أولا:شروط الدفع بالنظام العام.....	**54**
ثانيا:آثار الدفع بالنظام العام.....	**54**
أ- **الأثر السلبي**.....	**55**
ب- **الأثر الإيجابي**.....	**56**
الفرع الثالث:تطبيقات الدفع بالنظام العام.....	**56**
المطلب الثاني:الدفع بالغش نحو القانون.....	**58**
الفرع الأول:مفهوم الغش نحو القانون وشروطه.....	**58**
أولا:مفهوم الغش نحو القانون.....	**58**
ثانيا:شروط الدفع بالغش نحو القانون.....	**59**
أ- **الشروط المتفق عليها**.....	**59**
ب- **الشروط غير المتفق عليها**.....	**59**
الفرع الثاني:الأسس والآثار القانونية للدفع بالغش نحو القانون.....	**60**
أولا:أسس الدفع بالغش نحو القانون.....	**61**
ثانيا:آثار الغش نحو القانون.....	**61**
أ- **الأثر السلبي**.....	**62**
ب- **الأثر الإيجابي**.....	**63**
الفرع الثالث:تطبيقات استب عاد الغش نحو القانون.....	**63**
خاتمة.....	**66**
قائمة المصادر والمراجع.....	**69**