

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



قسم الحقوق
تخصص قانون أسرة

القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أسرة

تحت إشراف :
د/ قاري علي

من تقديم الطالبين :
• ونداجي خديجة
• خشمون إكرام

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الصفة	الجامعة	الرتبة العلمية
بن مشريح محمد	رئيسا	جامعة 20 أوت 1955	أستاذ محاضر
قاري علي	مشرفا	جامعة 20 أوت 1955	أستاذ محاضر
بشير حفيفة	مناقشا	جامعة 20 أوت 1955	أستاذ محاضر

دورة جويلية 2023

شكر وتقدير

" قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون "

الحمد لله حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه على توفيقه لنا في هذا اليوم ، أما بعد نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أي شخص ظل صامدا معنا خلال فترة البحث ، وإلى جميع أفراد أسرة الحقوق من الدكتورة عميدة الكلية السيدة / نظيرة عتيق وإلى كافة الموظفين ، وإلى الأساتذة الذين قدموا لنا يد المساعدة وعلى جهودهم المبذولة ودعمه لنا كلا باسمه ، كما نشكر الأستاذ المشرف الذي لا طالما وجهنا خلال مشوار بحثنا وصحح لنا ما أمكن من أخطاء ، وأيضا نشكر موظفي مكتبة الكلية الذين سهروا على خدمتنا وحسن المعاملة وأيضا موظفي قاعة المراجع ، كما نشكر كل من ساهم في إتمام هذا العمل في الوقت المحدد .

الخلاصة

بسم الله الرحمن الرحيم أما بعد :

أولا أحمد الله سبحانه وتعالى على توفيقه لي ، الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا إن هدانا الله ، أهدي فرحة تخرجني إلى أمي وأبي وأختي وأحبتي جميعا ، الذين قدّموا لي يد المساعدة ماديا ومعنويا وكانوا لي السند خلال مشواري الدراسي ، وإلى من تمنى لي الخير وأيضا إلى الذين ظنوا أنني لن أصل فكانت كلماتهم إيجابية بالنسبة لي .

وشكرا للذين شاركوني فرحتي جميعا ..قال الله تعالى : " يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات "

خاتمة

إهداء

أقول الحمد لله على توفيقه لنا أهدي تخرجي هذا إلى سندي ومتكفي إلى من كانت لي خير عون إلى حبيبي
أمي وإلى أخواتي كلا باسمه وإلى زوجي الغالي كمال الذي لا طالما كان لي خير الرفيق وإلى جميع أحبتي وصديقاتي
الغاليات وإلى كل من ساندني ودعا لي بالسداد ...

الحمد لله الذي أكرمنا بهذا العلم أسأل الله سبحانه وتعالى أن ينفعنا بما علمنا ويبارك لنا فيه

إكرام

قائمة المختصرات :

ق ا ج : قانون الأسرة الجزائري .

ص : صفحة

م : ميلادي

هـ : هجري .

ع : عدد

مقدمة

مقدمة :

" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقم يتفكرون " سورة الروم -21- .

" والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنينا وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون " سورة النحل -72- .

نتطرق لدراسة موضوع بحثنا المتعلق بالشروط الموضوعية لعقد الزواج حيث أن الزواج يعد الزواج عقد رضائي كما عرفه قانون الأسرة الجزائري أي أنه علاقة رسمية تربط زوج وزوجة وأبناء على الوجه الشرعي وبهذا تسمى أسرة ، يكون الهدف من تكوينها محدد أي في حدود الشرع والقانون ، حيث أن الزواج مسألة تسعى الدول على تنظيم أحكامها للحفاظ على كيانها ولديمومة العلاقة الزوجية ، حيث حددت القوانين شروط وكيفيات الزواج بإتباع مراحل تبتدئ بإجراء الخطبة بعدها اقتران الخطبة بالفاتحة ، بعدها عقد زواج بعد الاتفاق على الشروط المنصوص عليها سواء الشروط الشكلية أو الشروط الموضوعية لعقد الزواج وتوفر ركن الرضا المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري ، ويترتب على تخلف الركن بطلان العقد وإذا تخلف شرط يتطلب إتمامه وإلا يعد الزواج غير صحيح لهذا تضافرت الجهود للاعتناء بعقد الزواج والتدقيق في شروطه لأن الزواج قد يكون بين جنسيات مختلفة ولا يقتصر على الوطنيين فقط ويسمى الزواج المختلط ، الذي يثير مشكلة تنازع القوانين لدا يتطلب وضع قواعد إسناد يتحدد بموجبها القانون الذي يحكم شكل الزواج وتصرفاته سواء طار النزاع بين خاطب أو مخطوبة أو زوج أو زوجة أو حتى بعد الزواج وقد ينتهي الزواج بانحلال الرابطة الزوجية سواء عن طريق وفاة أحد الزوجين أو انتهاءها بالطلاق بكل صورته ، فلذلك اكتسى الزواج عناية من كل الدول لأن الأسرة هي نواة المجتمع فبصلاحها يصلح المجتمع فإذا صار نزاع هنا تحدث مشكلة التكييف فكل دولة تكيف النزاع وتدرجه ضمن طائفة من الطوائف القانونية .

وهنا تثار أيضا مشكلة التنازع بين قواعد الإسناد أمام قانون القاضي وقواعد الإسناد أمام القانون الأجنبي وهذا ما يسمى بالتنازع الايجابي والتنازع السلبي ومن هنا تظهر الإحالة بصورها من الدرجة الأولى وهي التي أخذ بها المشرع الجزائري ، والإحالة من الدرجة الثانية .

وأیضا بالنسبة لأهم المراجع: كتب ومقالات القانون الدولي الخاص بصفة عامة ، إضافة إلى ذلك الكتب الفقهية منها الأصول في التنازع الدولي للقوانين وبعض كتب تنازع القوانين ، وأیضا مقالات الزواج المختلط ومقالات الشروط الموضوعية للزواج .

ولم نقصر على الدراسات الجزائرية فقط بل تطرقنا للبحث عن مصادر و مراجع أجنبية لإثراء بحثنا .

وبالنسبة لأهم الدراسات السابقة :

منها مذكرة العیدي عبد القادر ، مذكرة مقدمة لنیل شهادة الماجستير في القانون تخصص حقوق و حريات المعالجة القانونية لحق الجنسية في التشريع الجزائري قسم العلوم القانونية والإدارية كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة الإفريقية العقید أحمد دراية ، أدرار 2011 .
وأیضا أطروحات دكتوراه :

أطروحة الدكتورة نظيرة عتيق ، رسالة مقدمة للعلوم في الشريعة والقانون ، تخصص أحوال شخصية ، موسومة بعنوان " حماية العلاقة الزوجية في المستجدات من تشريعات الأسرة ، قسم الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والاقتصاد ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، 1437 / 1438 هـ ، 2016-2017 م .

وأیضا أطروحة دكتوراه ، الدكتورة بشير راضية ، أطروحة مقدمة لنیل درجة دكتوراه الطور الثالث (ل . م . د) في القانون ، تخصص قانون الأحوال الشخصية موسومة بعنوان " المركز القانوني للزوجين في الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 20 أوت 1955 ، سكيكدة ، 2020 - 2021 م .

ولتوضیح أهمية هذا البحث طرحنا الإشكالية الآتية : " ما هو القانون الواجب التطبيق على

الشروط الموضوعية لعقد الزواج عند وجود العنصر الأجنبي ؟ " .

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا تقسيم بحثنا إلى فصلين رئيسيين :

بحيث تناولنا في الفصل الأول نطاق القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

للزواج .وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول خصصناه لدراسة مضمون الشروط

الموضوعية للزواج ، والمبحث الثاني تناولنا فيه تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط

الموضوعية للزواج عند اختلاف جنسية الزوجيين الأجنبيين .

أما خلال الفصل الثاني من هذا الموضوع المعنون بالإشكالات التي قد تعتري تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج فقد ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين ، حيث درسنا في المبحث الأول تعدد وانعدام الجنسية ، وفي المبحث الثاني : أثر النظام العام والآداب العامة والغش نحو القانون على القانون واجب التطبيق و في نهاية موضوعنا تطرقنا لوضع خاتمة موضحة اقتراحات وملاحظات والنتاج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لموضوعنا .

وبخصوص شروط عقد الزواج فمثلا الشروط الشكلية لعقد الزواج بعض الدول تكفيها على أساس أنها شروط موضوعية والعكس ، لهذا يجب بيان ذلك عقد الزواج لكي يكون الطرفان على علم بالقانون الذي سيطبق عليه منذ البداية وتحديد القانون المختص و موقف المشرع الجزائري ، لأنه قد يحدث نزاع بخصوص انعقاد الزواج أو انحلاله يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق سواء القانون القاضي أو القانون الأجنبي .

ومن بين الأسباب التي دعتنا لاختيار دراسة موضوع القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج لأنه محل بحث من طرف الفقهاء والتشريعات ، ولعناية الدول بهذا الموضوع في الوقت الراهن لكثرة الزواج المختلط من كل الجنسيات لا بد من بيان أهمية الزواج وبيان شروطه وتفصيلها وأيضا من أجل بيان الحقوق المتعلقة بالزواج وانعقاده وما يترتب عليه من التزامات وحقوق لأن مثل هذه المواضيع يجب أن يسלט الضوء عليها ليكون كل فرد مطلع عليها لحماية حقوقه ومعرفة ما يعد من الشروط الشكلية وما هو مكيف على أساس أنه من الشروط الموضوعية ، ويكون على بصيرة بقانون وطنه والقانون الأجنبي ، وهذه المسألة لها أهمية كبيرة ذلك أنها تهدف لتنظيم الاختصاص القانوني ومن قواعد الإسناد و التكيف والقانون الواجب التطبيق والإحالة وموقف المشرع الجزائري وغيره .

وأيضا من الصعوبات التي واجهتنا في بحثنا هذا أنه بحث فيه اختلافات فقهية وأيضا تشابه المعلومات وتضارب الآراء في مختلف المراجع .

- قلة اتقان اللغة الأجنبية مما يفسر عدم اعتمادنا على مراجع أجنبية .
- أيضا ضيق الوقت تسبب لنا في ضغوط .
- مسؤوليات ملقاة على عاتقنا مما يصعب التنقل لمكتبات في ولايات أخرى للعثور على المراجع .

▪ موضوعنا تقني حيث أنه لا يمكن أن نتوسع ونطيل الشرح اكتفينا بما جاء في بعض المصادر والمراجع .

▪ قلة المادة العلمية .

اعتمدنا في بحثنا على المنهج الوصفي والتحليلي حيث فصلنا في كل جزئية بإيجاز وقنا بتحليلها وكذا شرح وتحليل النصوص القانونية وشرح بعض الأفكار الغامضة وأيضا اعتمدنا المنهج المقارن في بعض الجزئيات .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

إن لكل علاقة أو اتفاق شروط تحكمه ويكون طرفي العلاقة على علم بها ، يعرف منذ البداية الآثار المترتبة عليه والحقوق والواجبات التي تكون على عاتقه ، كذلك الزواج له شروط تحكمه وإلا عدّ باطلا ، من بين هذه الشروط: الشروط الموضوعية ، لأن الزواج علاقة رسمية لها أهداف محددة ومبادئ تسيير عليها ، قال تعالى : " ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات والله أعلم بأيمانكم ، بعضكم من بعض فانكحوهن بإذن أهلهنّ آتوهنّ أجورهنّ بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات آخذان " سورة النساء -25- .

إنّ الزواج علاقة رسمية لها شروط وضوابط محددة شرعا وقانونا وخصّها الإسلام بعناية كبيرة لقدسية تلك العلاقة ، من بين الشروط الواجب توفرها الشروط الشكلية والشروط الموضوعية من هذا المنطلق سنقوم بدراسة الشروط الموضوعية للزواج نبين مضمون كل شرط على حدا نقوم ببيان القانون الواجب التطبيق عليه ، حيث تطرقنا لشرط الأهلية والولي بالنسبة للمرأة والموانع الشرعية والموانع الصحية قمنا بإعطاء تعريف بسيط لكل منهما حددنا القانون الواجب وحددنا القانون الواجب التطبيق خاصة عندما يكون الزواج بين مختلفي الجنسية ، حيث أنّ تكيف الشروط الموضوعية يختلف من دولة إلى أخرى فمثلا في الجزائر لم يفرق المشرع الجزائري بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية بنص خاص لهذا قمنا بدورنا بالتطرق خلال هذا الفصل إلى عدّة عناصر فصلها كالآتي :

خلال (المبحث الأول) المعنون بمضمون الشروط الموضوعية للزواج قمنا بتعريف بعض الشروط الموضوعية بإيجاز ، بعدها تطرقنا (للمبحث الثاني) فصلنا أكثر في موضوعنا من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج عند اختلاف جنسية الزوجين الأجانب .

المبحث الأول: مضمون الشروط الموضوعية للزواج :

" وهي تلك الشروط الجوهرية الأساسية لقيام رابطة الزواج و إذا تخلف شرط يؤدي إلى البطلان، و هنا تراعي المحكمة في تحديد الشروط الموضوعية القانون الذي يتقرر تطبيقه ما لم يكن الشرط ضمن النظام العام و النصوص الآمرة في دولة المحكمة " ¹.

ومعنى ذلك أن الشروط الموضوعية لعقد الزواج تعد شرط أساسي إذ يترتب على تخلف شرط من الشروط الموضوعية بطلان العقد.

" لقد تناول قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها بانعقاد الزواج صحيحا دون أن يميز ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية، غير أنه على الصعيد القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بين الشكل وموضوعه" ².

أي أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يفرق بين الشكل والموضوع في عقد الزواج بينما القانون الدولي الخاص فرق بين الشكل والموضوع .

يرجع لكل قانون وطني تحديد الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج ، حدد المشرع الجزائري هذه الشروط في قانون الأسرة الجزائري ، وهي الرضا المادة(9) من قانون الأسرة، الأهلية المادة (7) ولي الزوجة المادة (9) وشاهدين وصدّاق المادة (9) وأن يكون الزوجان خلو من الموانع الشرعية ³.

بمعنى أن الشروط الموضوعية للزواج تحدد بموجب قانون كل دولة حيث أنّ الجزائر حددت تلك الشروط بموجب نصوص قانونية في قانون الأسرة الجزائرية.

تناولنا في(المطلب الأول) الصفات الفردية وفي (المطلب الثاني)الصفات المزدوجة

¹. ممدوح عبد الكريم ، تنازع القوانين ، الإصدار الثاني ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2005 ، صفحة 88 .

² . يوسف مسعودي ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، مجلة الاجتهاد معهد الحقوق ، المركز الجامعي (لتمنراست) ، الجزائر العدد 1 ، قسم الدراسات القانونية والشرعية ، ص57 ، www.asjp.com ، 2023/1/1 ، 11:22.

³ . كمال عليوش قريوع ، قانون دولي خاص ، ج 1 ، ط 1 ، دار الهومة ، الجزائر ، 2006 ، ص215 .

المطلب الأول : الصفات الفردية :

وتعني بالصفات الفردية للزوجين وتخص كل زوج على حدا منها الأهلية القانونية للزوجين ببلوغ السن القانوني للزواج وهو 19 سنة كاملة في القانون الجزائري.

" إن الأهلية هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق واستغلالها" أي أنّ تخول للشخص التمتع بالحقوق وهي رخصة تمكن الشخص من أداء بعض التصرفات القانونية¹.
وأیضا من بین الصفات الفردية للولي بالنسبة للمرأة يعد شرط من الشروط الموضوعية للزواج والذي سنفصل فيه خلال هذا المطلب.

وسیتم التطرق لكل من شرطي الأهلية والولي في الفرعين المتتاليين

الفرع الأول : الأهلية :

" لم يحدد الفقهاء سن البلوغ الذي تتم به أهلية المرأة والرجل قصد الزواج وقالوا هي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الرجل كالاختلام ، والمرأة كالحيض ، ورغم هذا قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكور الرجل والإناث في حين ذهب إلى أن نهايته ثمانية عشر عاما للرجل والمرأة² ."

ومعنى هذا أن الفقهاء لم يتمكنوا من تحديد سن البلوغ إلا أنهم قالوا أن سن بلوغ الرجل والاختلام والمرأة بالحيض ، أما جمهور الفقهاء قال بأنّ سن البلوغ هو الخامسة عشر لكليهما ، " الصغير غير المميز لا يمكن أن يعقد زواجه أما الصبي المميز فيعقد عند أغلب الفقهاء ويتوقف على إجازة وليه³ "

أي أن القاصر الذي لم يبلغ سن الزواج لا يمكن أن يعقد زواجه أما الصبي المميز فيمكنه أن يعقد زواجه لكن بموافقة وليه .

¹. كمال عليوش قريوع ، مرجع سابق ، ص 213 .،

². حمزة أحمد " شروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج "، في : مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، جامعة الجلفة ، عدد 19

، ص 142 ، الاربعاء 22 فيفري 2023 ساعة 10:15 ، www.asjp.com ،

³. حمزة أحمد ، مرجع نفسه ، ص 142 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

المادة (7) ق . أ . ج " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو لضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج . ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات¹ ."

معنى هذه المادة أن الأهلية تكتمل بتمام 19 سواء بالنسبة للرجل أو المرأة ويمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل 19 سنة لمصلحة الأطراف أو لضرورة، إذا تأكد من قدرتهما على الزواج. وللقاصر أهلية التقاضي فيما يخص آثار الزواج اكتساب الحقوق وأهلية الالتزامات.

" وبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون الأسرة المعدلة على أن أهلية الزواج لكل من الفتى والفتاة ولا تكتمل إلا بعد بلوغ سن 19 سنة من العمر ونصت الفقرة الثانية على أنه يجوز للقاضي أن يرخص لهما أو لأحدهما بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو لضرورة ، متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج² ."

" ومعنى ذلك أنه يشترط لإمكانية إبرام عقد الزواج بناء على طلب من ولي القاصر أو ممثله القانوني ، ولا يمكنه منح الرخصة بمجرد الطلب ولكن يراعي المصلحة والضرورة في ذلك قبل منح الرخصة³ ."

من خلال نص المادة السابعة يمكن أن نستنتج أن المشرع الجزائري نصّ على الأهلية حيث ساوى بين أهلية الرجل والمرأة بسن 19 سنة ويمكن أن يرخص في حالات الضرورة أو المصلحة بالزواج قبل سن 19 سنة .

" قد أخضعت المادة (10) الفقرة الأولى من التقنين المدني الجزائري الأهلية لقانون الجنسية جاء فيها تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية⁴ ."

معنى هذا أنّ المشرع الجزائري أخضع الأهلية لقانون الجنسية وهذا النص يطبق على الوطنيين سواء كانوا داخل الوطن أو خارجه .

1 . الجزائر قانون، الأسرة 84 - 11، 09 يونيو 1984 م ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

، المتضمن ق أ ج ، المادة 07 ف 1 _ 2.

2 . حمزة أحمد ، مقال سابق ، ص 142 .

3 . نفس المقال ، ص 142 - 143 .

4 . أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج 1 ، ط 8 ، دار الهومة ، الجزائر ، 2006 ، ص 214 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

" أما عن قانون الأسرة فهو الآخر اعتبر الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة ، لأن تحقيق المتعة ليست وحدها الهدف منه ، بل لابد فيه من إدراك تبعاته وتحمل لمسئوليته المادية والمعنوية ، مما يقتضي تمتع الزوجين بالسلامة العقلية والبلوغ الطبيعي ، إضافة إلى السن المحدد قانونا ، وهو ما دفع بالمشرع إلى تقدير كما الأهلية ببلوغ سن محدد بموجب القانون .¹

فرع ثاني : الولي :

" الولي في اللغة معنيان ، أحدهما الناصر المعين وثانيهما القائم بأمر الشخص المتولي شؤونه"².

" والولاية شرعا هي حق منحة الشارع لبعض الناس يكتب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره ، رضى ذلك أم لم يرض وسببه أحد أمرين أولهما : عجز الذي ينفذ القول عليه ، وثانيهما قصور أهليته عن التصرف بنفسه ."³

وللولي شروط يجب أن تتوفر فيه من بينهما ما يلي :

1. " العقل البلوغ : فلا ولاية للصبي المجنون لأن كلا منهما لا يملك تزويج نفسه .
2. الذكورة : يشترط في الولي أن يكون رجلا
3. الإسلامالعدالة " الحديث لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "⁴.

قال النبي صلى الله عليه وسلم : { لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل } .

معنى ذلك أنّ الشروط الخاصة بالولي في عقد الزواج أن يكون عاقل بالغ يشترط فيه الذكورة ومسلم .

¹ . بشير راضية ، المركز القانوني للزوجين في الأسرة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة درجة دكتوراه ، تخصص أحوال شخصية ، جامعة 20 أوت 1955 ، سكيكدة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2020 / 2021م ، ص 37 .

² . عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط6 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2009 ، ص 72 .

³ . المرجع نفسه ، ص 72 .

⁴ . عبد الله عبد الرحمان السعيد ، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية ، ط 1 ، الآفاق المشرقة ناشرون عمان ، الامارات العربية المتحدة ، 1433 هـ / 2012 م ، ص 59 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

" والولاية في الزواج تصنف من بين أقسام الولاية على النفس ، التي قسمها الفقهاء إلى ولاية إجبار ، وهي التي تخول لصاحبها تزويج المولي عليه جبرا وبدون أن يكون له أي دخل في الرأي والاختيار .

وولاية اختيار وهي التي تعطي للولي حق تزويج المولى عليه برضائه واختياره ، حيث لا ينفرد الولي هنا بالعقد وإنما لابد من رضا واختيار المولى عليه¹ . " أي أنّ الولاية في الزواج ولاية إجبار وولاية اختيار .

وقد أجاز القانون للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها ، فيبين أن الزواج ينعقد بإيجاب وقبول الخاطبين أو كليهما في مجلس العقد . ولكنه لم يترك للمرأة أن تتفرد باختيار الزوج دون موافقة وليها ، بل لابد من رضاه ، فإن رضا فلها أن تعقد العقد² .

أي أنه لا يجوز في نظر القانون للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها بإيجاب وقبول صادر من الخاطبين فقط بل يجب قبول ورضا الولي أثناء العقد .

قال النبي صلى الله عليه وسلم : { أيما امرأة نكحت (أي تزوجت) بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن استأجروا فالسلطان ولي من لا ولي له } .

كما اعتبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة الولي شرط من شروط عقد الزواج في المادة(9) مكرر منه التي نصت على ما يلي : " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، شاهدان ، انعدام الموانع الشرعية³ . "

وقوله صلى الله عليه وسلم : { لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها } .

" ومنه فقد أصبح الولي بموجب م 09 مكرر شرط لصحة زواج القاصرة يترتب على تخلفه بالنسبة لها وفقا للمادة 33 ف 02 الفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، والتنشيت بعده بصداق المثل في حين لا يترتب على تخلفه بالنسبة للراشدة أي أنّ لا بطلان ولا فسخ⁴ . "

1. بشير راضية ، مرجع سابق ، ص 42 .

2. عثمان التكروري ، مرجع نفسه ، ص 73 .

3. ق أ ج ، مادة 09 مكرر .

4. بشير راضية مرجع سابق ، ص 49 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

أي أن المادة (9) مكرر اعتبرت الولي شرط صحة بالنسبة لزواج القاصرة ويفسخ الزواج قبل الدخول ولا يوجد صداق وبعد الزواج يثبت الزواج ويوجد صداق المثل إذا كانت راشدة .
وكرأي شخصي أن الولي في عقد الزواج يعتبر شرط موضوعي لأنه من غير الممكن تصور زواج بنت من غير وجود موافقة الولي ، إذ لا يكفي وجوده فقط بل يتطلب رضاه على الزواج لأنه هو أدرى بمصلحة ابنته وهو من يتحمل مسؤولية آثار الزواج لا سيما إذا وقع نزاع أو تم انحلال الرابطة الزوجية ، أما بالنسبة للولي من غير الممكن تصور اختيار شخص آخر تختاره من غير الأب فهو الذي يتولى شؤون أبناءه منذ الصغر والذي يوفر لهم الحماية فبالتالي فهو الذي تكون له سلطة تزويج ابنته ، أما إذا كان الأب متوفى هنا ينوب مكانه الجد يتولى عقد الزوج ويمثل الولي ، و أيضا في حالة غياب الأب أو فقده .

" و نأمل من المشرع أن يعيد للولي مكانته بأن يجعله يتولى زواج موليته راشدة كانت أم قاصرة ، وذلك بإلغائه لعبارة الحضور . وكذا الشخص الآخر . وأن يبقى على إلغاء ولاية الإيجاب لأنه لا يعقل أن تجبر الفتاة مهما كانت صفتها على الزواج بمن ترغب فيه ، ذلك " أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختار بغير رضاها ."¹

¹ . بشير راضية ، مرجع سابق ، ص 49 .

المطلب الثاني : الصفات المزدوجة :

ونعني بالصفات المزدوجة الصفات التي تخص الزوجين معا أذكر منها الموانع الشرعية والتي نعني بها أن يكون كل زوج خالي من الموانع الشرعية سواء كانت الموانع مؤقتة أو مؤبدة كما ذكرها المشرع الجزائري ، في قانون الأسرة وأيضا الموانع الصحية أي أن طالبي الزواج يجب أن يخضع إلى الفحص الطبي قبل الزواج للكشف عن احتمالية وجود أمراض وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب حيث قسمناه بدوره إلى فرعين :

تناولنا في (الفرع الأول) الموانع الشرعية

وخلال (الفرع الثاني) قمنا بدراسة في الموانع الصحية .

الفرع الأول : الموانع الشرعية :

ونعني بالموانع الشرعية المحرمات ، أو موانع الزواج ، أو موانع النكاح ، وهي بدورها تنقسم إلى قسمين موانع مؤبدة وتنقسم إلى المحرمات بالقربة والمحرمات بالمصاهرة والمحرمات بالرضاع ، وأيضا موانع مؤقتة ، منها المحصنة و المعتدة وغيرها سنفصل في ذلك كما يلي :

" محرمات على التأييد ، لا تحل أية واحدة منهن لمن حرمت عليه في أي وقت من

الأوقات لأن سبب التحريم صفة ملازمة للمرأة غير قابل للزوال ."¹

أي أن الموانع المؤبدة لا تحل في أي وقت محرمة دائما المرأة على من حرمت عليه سواء الأم العمة ، الخالة الأخت البنت وغيرها وهي صفة غير قابلة للزوال بأي حال من الأحوال .

" محرمات على التأقيت ، لا تحل أية واحدة منهن لمن حرمت عليه ما دام سبب

التحريم مؤقت قائما فإذا زال سبب التحريم عن المرأة ، وهو قابل للزوال لأنه وصف طارئ على المرأة أصبحت حلالا على من كانت محرمة عليه "².

كما نصّ ق أ ج في المادة 23 منه على ما يلي : " يجب أن يكون كل من الزوجين خلواً

من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة " .

1 . عثمان تكرروري ، مرجع سابق ، ص 81 .

2 . نفس المرجع نفس الصفحة .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

بمعنى أنه يجب أن يكون كل من الزوجين يخلو من الموانع الشرعية بصفة مطلقة سواء كان تحريم مؤبد أو مؤقت . " فلا ينعقد العقد إذا كانت الزوجة محرمة تحريماً مؤبداً بنسب أو مصاهرة أو رضاعة أو تحريماً مؤقتاً لا زال سببه قائماً ¹ ."

أي أنه لا يبرم عقد الزواج كان به تحريماً مؤبداً بنسب أو مصاهرة أو رضاعة أو محرماً تحريماً مؤقتاً ولم يزول سبب التحريم .

" أن تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً فيه شبهة أو خلاف بين الفقهاء ، كأن تكون المرأة في عدة من الطلاق بائن ، أو تكون أختاً للمطلقة التي لا تزال في عدتها ، فإن أعقد العقد دخول وجب فسخ العقد ، وللزوجة المهر ² ."

بمعنى أن المرأة يجب أن لا تكون محرمة تحريم فيه شبهة أو خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية مثلاً تكون معتدة من طلاق بائن أو أخت المطلقة المعتدة ، وإذا تم الدخول وجب فسخ العقد وتأخذ المهر ولا تترث وتحرم على زوجها تحريماً .

" كما لا يحل أن يعقد على المرأة المعتدة سواء كانت العلاقة من وفاة أم طلاق رجعي أو بائن ، لقوله تعالى : " ولا تحرموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله " ³ . سورة البقرة آية 235 بمعنى أنه لا يصح إبرام عقد زواج على امرأة في فترة العدة حيث تقضي العدة سواء كان طلاق رجعي أو بائن أو عدة وفاة كما نصّ ق أ ج في المادة 24 منه على ما يلي : " موانع النكاح المؤبدة هي : القرابة ، المصاهرة ، الرضاع ."

كما تنصّ المادة 25 من ق أ ج على ما يلي : " المحرمات بالقرابة هي : " الأمهات والبنات والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت ."

قال الله تعالى في سورة النساء : " حرّمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم ، وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتهم التي أرضعنكم " ⁴ .

المحرمات بسبب المصاهرة نص قانون الأسرة الجزائري في المادة (26) منه على ما يلي :
" ¹ . أصول الزوجة بمجرد العقد عليها ،

1 . عبد الله عبد الرحمان السعيد ، مرجع سابق ، ص 52 .

2 . مرجع نفسه ، ص 56 _ 57 .

3 . عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص 97 .

4 . سورة النساء الآية 23 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

² فروعها وإن حصل الدخول بها ،

³ أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا ،

⁴ أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا .¹

أي أن من الموانع المؤبدة موانع بالمصاهرة المتمثلة في أصول الزوجة بمجرد العقد ، وفروعها إذا تم الدخول وأرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا ، وأرامل ومطلقات ، الفروع وإن نزلوا .

قال تعالى في سورة النساء : " ولا تتكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا . " ² .

أيضا في الآية الكريمة نجد فيها تحريم مؤبد بالقرابة .

" ... وأمّهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان عفورا رحيفا . " ³

وأيضا المحرمات بسبب الرضاع حيث نصّ ق أ ج في المادة 27 منه على أن : " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " ⁴

أي أنّ سبب تحريم الرضاع هو نفسه السبب الذي يحرم النسب .

قال الله تعالى : " حرّمت عليكم أمهاتكم وأمّهاتكم التي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمّهات نسائكم " ⁵ .

نجد من خلال الآية الكريمة تحريم مؤبد بالرضاعة وتحريم بالمصاهرة .

¹ . المادة 26 ، ق أ ج .

² . سورة النساء الآية 22 .

³ . سورة النساء الآية 23 .

⁴ . المادة 27 ق أ ج .

⁵ . سورة النساء الآية 23 .

الفرع الثاني : الموانع الصحية :

وهنا نعني بذلك الفحوصات الطبية التي يخضع لها طالبي الزواج قبل إبرام عقد الزواج وسنفصل في ذلك كما يلي :

" والفحص الطبي هو البحث الدقيق على الأمراض والعيوب الخفية من أجل مداواتها ومعالجتها.¹"

" وكما كان للفحص الطبي ايجابيات وسلبيات فإنّ القول بجوازه ينبغي أن لا يحمل على الإطلاق ، وإنما يجب أن يقتصر على بعض أنواع الأمراض الأكثر ظهورا وانتشارا وتأثيرا على الإنجاب والحياة الزوجية .²"

ومعنى ذلك أن الفحص الطبي يخص بعض الأمراض التي تؤثر على الحياة الزوجية والتي تثر على الإنجاب .

" ... إن مكانية فحص المقبل على الزواج بكثير منها دون عقبات مادية ومعنوية تعجز الدول عن تحقيقها ، عاداك عن الأفراد العاديين أي أن بعض الأمراض التي تنقل نتفادها بالفحص الطبي قبل الزواج كي لا يكون الزواج يشكل خطرا على الزوجين ولا تكون هناك مشاكل يصعب على الأفراد تجاوزها .³"

أي أن الفحص الطبي اجراء وقائي يخضع له المقبلين على الزواج قبل إبرام عقد زواجهما تقاديا لمشاكل مادية ومعنوية قد تقع مستقبلا .

" ... فالمشرع قد اشترط لإبرام عقد الزواج شرط إجراء الشهادة الطبية .⁴"

أي أنّ الشهادة الطبية إجراء يقوم به طالبي الزواج قبل إبرام عقد زواجهما منصوص عليه قانونا .

¹ . نظيرة عتيق ، حماية العلاقة الزوجية في المستجدات من تشريعات الأسرة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم الشريعة والقانون تخصص أحوال شخصية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، قسم الشريعة والقانون ، 1437 هـ / 1438 هـ _ 2016م / 2017م ص 208 .

² . عبد الله عبد الرحمان السعيد ، مرجع سابق ، ص 72 .

³ . مرجع نفسه ، ص 72_ 73 .

⁴ . نظيرة عتيق ، مرجع سابق ، ص 207 .

المادة (7) مكرر قانون الأسرة فقرة 1 تنص على ما يلي :

" يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر كتبت خلوهما ، من أي من مرض أو أي عامل قد يشكل خطر يتعارض مع الزواج ¹ .

أي أنّ المشرّع الجزائري في قانون الأسرة ألزم طالبي الزواج بتقديم شهادة طبية قبل إبرام عقد الزواج ولا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر قبل إبرام العقد ، هذه الشهادة لتثبيت عدم وجود أي مرض جسماني يتعارض مع الزواج أو يشكل خطر على حياة الزوجين فيما بعد .

وأنّ المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نفس المادة نص على ما يلي :

" يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من

خضوع الطرفين للفحوص الطبية ومن علمهما بما قد يكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج . ويؤشر بذلك في عقد الزواج ² .

أي أن على ضابط الحالة المدنية أو الشخص المؤهل الذي يتولى إبرام عقد الزواج أن

يتأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ، وكذلك يعلمهما بما جاء في الفحوصات .

" ولم يعرف المشرع الجزائري معنى الشهادة الطبية لكن أوضح مقاصدها وأهدافها ،

والتي اعتبرها من باب إتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة أو الوقائية وللتأكيد على سلامة

الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية أو الجنسية التي ستؤثر مستقبلا على صحة المؤهلين وعى الأطفال عند الإنجاب ³ .

ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري لم يعط تعريف للشهادة الطبية ، ولكن بيّن الهدف من اشتراطها في عقد الزواج حماية للزوجين .

ويتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد الأمراض والتي تشكل خطر على صحة الزوجين ولم يمنع ضابط حالة مدنية من إبرام عقد زواج حاملي الأمراض المعدية .

¹ . مادة 7 مكرر فقرة 1 ق أ ج .

² . مادة 7 مكرر ، ف 2 ، مرجع نفسه .

³ . نظيرة عتيق ، مرجع سابق ، ص 27 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

" كما لم يحدد المرسوم التمهيدي رقم 145/06 طبيبا خاصا معين لفحص الراغبين في الزواج بما يفيد أن الطبيب العام أو الخاص يمكنه إجراء مثل هذه الفحوصات وللزوجة حرية اختيار طبيب مشترك يقوم بفحصهما معا أو طبيب محلف وأيضا لم يحدد الفحوصات التي يجب أن يخضع لها طالبي الزواج¹."

"كما أنه لم يعط للطبيب الحق في رفض منح الشهادة الطبية أو تأجيل منحها إلى حين يشفى المريض... وكيف يكون موقف الطبيب إذا ثبت له يقينا أن أحد طالبي الزواج مصاب بمرض معين"²

ومعنى ذلك أن المشرع لم يعطي الحق للطبيب في رفض تسليم الشهادة الطبية إذا ثبت له أن نتائج الفحوصات تثبت أن أحد طالبي الزواج يحمل مرض معين .

¹ . عبد العزيز يحي ، الفحص الطبي قبل الزواج في ق أ ج ، مجلة العلوم الانسانية العدد 49 ، المجلد أ . كلية الحقوق جامعة البليدة 2 ، الجزائر ، جوان 2018 ، 140 ، www.asjp.com ، 2023/5/17 ، 17:15 .

² . المرجع نفسه ، ص 139 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

المبحث الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج عند اختلاف جنسية الزوجين الأجبيين .

من خلال هذا المبحث سنقوم بدراسة الشروط الموضوعية للزواج عند وجود العنصر الأجنبي في العلاقة أي وجود جنسيات مختلفة بين الزوجين وسنتطرق خلال هذا المبحث لبيان كل من التطبيق الجامع والموزع وتحديد نوع الصفات التي يطبق عليها وهذا خلال المطلبين التاليين :

في (المطلب الأول) : نقوم بدراسة تطبيق لموزع على الصفات الفردية .

وفي (المطلب الثاني) : نخصه لدراسة التطبيق الجامع على الصفات المزدوجة وإعطاء رأي حسب القانون .

المطلب الأول : التطبيق الموزع على الصفات الفردية :

عندما يكون الزوجان يحملان جنسيات مختلفة ويكون تكييف الشروط الموضوعية مختلف من دولة إلى أخرى هنا يطبق التطبيق الموزع على الصفات الفردية حيث يجب أن تتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته ، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب المعنون بالتطبيق الموزع على الصفات الفردية ، وسيتم تقسيمه إلى فرعين :

(الفرع الأول) معنون بمضمون التطبيق الموزع .

و(الفرع الثاني) : نقد التطبيق الموزع .

الفرع الأول : مضمون التطبيق الموزع .

" إن القائلين بالتطبيق الموزع ... ويرون أن من الشروط الموضوعية للزواج ما يتعين بشأنه إجراء التطبيق العام وأن الأمر يتوقف على الغرض من الشروط ونطاقه ولأخذ بهذا الاعتبار يتبع في شأن الزواج وصحته الرضاء ورضاء الوالدين التطبيق الموزع لأن كلا من هذه الشروط يلزم توفره في كل طرف ."¹

يتعين على التطبيق الموزع أن يتوفر في الزوجين شروط الموضوعية لصحة الزواج طبقا لقانون جنسية كل زوج .

¹ . عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، ص 260 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

" فيكفي أن يكون الزوج قد بلغ سن الزواج وصدر رضا صحيحا وفقا لقانونه ولو كان لم يبلغ هذه السن و لم يسلم رضاه وفقا لقانون زوجته كما يكفي أن تكون الزوجة قد بلغت سن الزواج وصدر رضاها وفقا لقانون الزوج"¹ .

معنى ذلك مثلا أن يكون الزوج بلغ سن الزواج وصدر منه رضا صحيح طبقا لقانون دولته هنا يعتبر الزواج صحيح ولو لم يبلغ سن الزواج في قانون دولة الزوجة .

يكفي أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسية فقط ، أي اعتبار الشروط الموضوعية الصحيحة بالنسبة لكل من الزوجين على إنفراد "² .

فرع ثاني : نقد التطبيق الموزع :

" رغم سيادة الرأي بالتطبيق التوزيعي لقانون كل من الزوجين على الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، إلا أنّ الرأي بالتطبيق الجامع أو المزدوج صالحا للأعمال بخصوص موانع الزواج ، التي منها القرابة المحرمية واختلاف الدين أو ارتباط المرأة بزواج سابق لم ينحل أو عدم كفاءة الزوج أو المرأة ."³

أي رغم أن التطبيق الموزع صالح بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج ، إلا أن التطبيق الجامع يكون صالح بنسبة لموانع الزواج أو في ما يخص اختلاف الدين أو غيرها .

" .. ففي شأن مثل تلك الموانع ، إذا كان أحدهما موجود في قانون دولة أحد الطرفين ، ولم يكن موجود في قانون دولة الطرف الآخر ، فإنّ التطبيق الموزع قد يسمح بقيام رابطة زوجية ، وهذا غير مقبول ..."⁴ .

¹ . عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، ص 260_261 .

² . عليوش قريوع كمال ، مرجع سابق ، ص 216 .

¹ . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 2008 ، ص 777_778 .

⁴ . المرجع نفسه ، ص 778 .

المطلب الثاني : التطبيق الجامع على الصفات المزدوجة .

سنتناول في هذا المطلب التطبيق الجامع على الصفات المزدوجة أي سنفصل معنى التطبيق الجامع وكيفية تطبيقه ، خاصة عندما يكون الزواج بين زوجين من جنسيتين مختلفتين تحدث مشكلة تنازع القوانين ، حيث قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين خلال (الفرع الأول) تطرقنا إلى بيان مضمون التطبيق الجامع وفي (الفرع الثاني) قمنا بإعطاء نقد للتطبيق الجامع حسب رأي الفقهاء .

فرع أول : مضمون التطبيق الجامع .

" تخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية ، كل من الزوجين معا ، حيث يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة ، كما يجب أن تتوفر في الزوجة كذلك كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها وقانون جنسية الزوج" ¹ .

" معنى ذلك أنه يجب أن تتوفر في كلا الزوجين الصفات المزدوجة التي يتطلب القول بأن الهدف من التطبيق الجمعي للقوانين هو كفالة جنسية الزوج الأسرة على أساس سليم يتفق منذ البداية مع أحكام قانون الزوجين إذ يبدو غير منطقي أن تكون الأسرة قائمة في نظر أحدهما دون الآخر" ² .

" وعلى أي حال فإن التطبيق الجامع أو المزدوج لقانون كل من الزوجين بالنسبة لموانع الزواج ، يبدو دقيقان إذا كان المانع ذا طابع مزدوج يسري على رعايا الدولة ، وعلى الأجنبي معا كما هو الحال في مانع القرابة مثلا والارتباط بزواج قائم . ³

أي أن التطبيق الجامع بالنسبة وللصفات المزدوجة المتمثلة في الموانع الشرعية يبدو دقيقا لذا كان يطبق على الوطنيين والأجانب معا .

¹ عليوش قريوع كمال ، مرجع سابق ، ص 216 .

² . أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 776 .

³ . مرجع نفسه ، ص 778 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

" أما عن الموانع الزواج فالغالب بشأنها هو التطبيق الجامع على خلاف في التفاصيل فيما بين رجال الفقه ، وذلك لأن المانع يبتغي بها حماية مصالح اجتماعية ونذكر من هذه الموانع القرابة " ¹

معنى ذلك أن موانع الزواج ينطبق عليها التطبيق الجامع غالبا ويبقى الاختلاف في التفاصيل فقط .

" أما الموانع ذات الطابع الانفرادي ، فإعمالها ميسور فإذا كان القانون الألماني ينص مثلا على خطر زواج الرجل قبل بلوغه سن الرشد ، والفتاة عند سن 16 عام على الأقل ، فإنّ زواج الألماني راشد من يونانية عمرها 14 عاما يعتبر صحيحا لأن القانون الألماني بخصوص سن الزواج له بأثر انفرادي قاصر على رعايا الألمان " ².

أي أنّ الموانع الفردية تطبيقها يسير إذا كان قانون الدولة يطبق ذلك المانع على المواطنين دولته فقط دون الأجانب وهذا التطبيق يكون أيسر لأنه متعلق برعايا دولته دون سواهم .

" يجب أن تتوفر في الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج التي يستلزمها قانون الدولة التي تنتمي إليها الزوجة وبالمقابل يجب أن تتوفر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يفرضها قانون دولتهما " ³.

أي أنّ التطبيق الجامع يجب أن تتوفر الشروط الموضوعية في قانون الدولتين معا قانون دولة الزوجة وقانون دولة الزوج .

فرع ثاني : نقد التطبيق الجامع .

" غير أن هذا الرأي يقود بالضرورة إلى أن يكون أكثر القوانين للزوج أو الزوجة تشددا هو المطلق في النهاية وبالتالي تقل فرصة قيام الزواج المختلط لإتلاف أحكام قوانين الأسرة فيما بين الدول عادة " ⁴.

1 . عز الدين عبد الله ، قانون دولي الخاص ، ج 2 ، ط 9 ، الهيئة المصرية العامة للكتب ، مصر ، 1986 ، ص 261 .

2 . أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 779 .

3 . مرجع نفسه ، ص 776 .

4 . أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 776 .

الفصل الأول نطاق القانون الواجب تطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

أي أن هذا التطبيق يقلل فرص الزواج المختلط لأن كل دولة تكيف شروطها الموضوعية طبقاً لقانون دولتها فقط وبالتالي يطبق القانون الأكثر تشدداً، سواء كان ذلك قانون دولة الزوج أو قانون دولة الزوجة .

" وما يعيب التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجية بأنه كذلك تطبيق القانون الأكثر تشدداً منهما، وذلك يتعارض مع مبدأ حياد قاعدة الإسناد ويتنافى أيضاً مع الغاية التي يستهدفها أنصاه وهي احترام قانون كل من الزوج والزوجة معاً"¹ .

" إضافة إلى ذلك فإن هذا الحل سيؤدي في الواقع إلى الإكثار من الحالات التي لا ينعقد فيها الزواج لأنه لا يكفي ليعقد الزواج صحيحاً أن يستجمع أحد الزوجين في شخصه الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته، وإنما ينبغي أن يستجمع أيضاً الشروط التي يستلزمها قانون جنسية الطرف الآخر"².

معنى ذلك أن هذا التطبيق يجعل الشخص يحرص على توفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته وقانون دولة الطلب الآخر.

¹ . أعراب بلقاسم ، تنازع القوانين ج 1 ، مرجع سابق ، ص 232 .

² . مرجع نفسه ، صفحة نفسها .

الفصل الثاني

الإشكالات التي قد تعثري تطبيق القانون
الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

لم تعد العلاقات الوطنية خالصة ، بل أصبح يتخللها العنصر الأجنبي و ذلك راجع لاختلاط الأجانب بالوطنيين وجود تعاملات بينهم ، بسبب تعدد المصالح والعلاقات .¹

من هذا المنطلق نتطرق لدراسة بعض الصعوبات والإشكالات التي قد تعيق تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج خاصة وان طالبي الزواج قد يكون يحملان جنسيات مختلفة ، وأيضا قد يكون أحد الزوجين يحمل عدة جنسيات فهنا أيضا تحدث مشكلة الاختصاص ومشكلة تكييف ، وأيضا قد تحدث مشكلة انعدام الجنسية يكون أحدها لا يحمل أي جنسية وأيضا تطرقنا الدراسة النظام العام والآداب العامة والغش نحو القانون و أثر كل منها على القانون الواجب التطبيق ، قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :خلال المبحث الأول قمنا بدراسة تعدد و انعدام الجنسية بإيجاز ، وخلال المبحث الثاني من هذا الفصل تناولنا أثر النظام العام والآداب العامة والغش نحو القانون على القانون الواجب التطبيق.

¹ - أ - يوسف مسعودي ، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج ، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد (01) ، معهد الحقوق ، مجلة الإجتهد سداسية المحكمة ، المركز الجامعي تامنغست ، جانفي 2012 ، ص 55 ، 2023/02/05 ، 10:04.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

المبحث الأول: تعدد و انعدام الجنسية :

إن لكل شخص جنسية يتمتع بها ليكتسب بذلك حقوق وتترتب عليه التزامات ، وفي المقابل هناك أشخاص لا يحملوا أي جنسية ولا ينتموا إلى أي دولة في حين هناك أشخاص يحملون عدة جنسيات مختلفة في نفس الوقت من خلال هذا المنطلق نتطرق لدراسة الجنسية سواء تعددها أو انعدامها ، خلال هذا المبحث المعنون بتعدد وانعدام الجنسية تم تقسيمه لمطليين :

خلال (المطلب الأول) قمنا بدراسة القانون الواجب التطبيق على تعدد الجنسيات .

وفي (المطلب الثاني) تناولنا القانون الواجب التطبيق عند انعدام الجنسية

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على تعدد الجنسيات :

خلال هذا المطلب نقوم بدراسة ماهية تعدد الجنسيات في الفرع الأول ، وعلاج مشكلة

تعدد الجنسيات في الفرع الثاني .

الفرع الأول : ماهية تعدد الجنسيات

نتناول في هذا الفرع أولا تعريف تعدد الجنسيات وثانيا النتائج المترتبة على مشكلة تعدد

الجنسيات.

أولا : تعريف تعدد الجنسيات

يمكن تعريف تعدد الجنسيات أو كما يقال التنازع الإيجابي بين الجنسيات ، بأنه وضع

قانوني يكون فيه لنفس الشخص ، جنسية دولتين أو أكثر بحيث يعتبر قانونا من رعايا كل دولة

يتمتع بجنسيتها وذلك بغض النظر ما إذا كانت الجنسيات قد تعددت دون إرادة الشخص ، أو

كان للإرادة دورا في ذلك .¹

كما يمكن تعريفها على أنها تمتع الشخص الواحد في بعض الحالات بجنسية أكثر من

دولة و هو ما يعرف لدى الفقه والقضاء بظاهرة ازدواج الجنسية.²

¹ . أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق، ص 82.

² . بلعبور عبد الكريم ، ظاهرة ازدواج الجنسية او تعددها ، في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، كلية

الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ص15:13،223،03،11،34، <https://www.asjp.cerist.dz>

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

" هو تمتع الشخص الطبيعي شكل ثابت قانونا بجنسية دولتين أو أكثر ."¹

ثانيا : النتائج المترتبة على مشكلة تعدد الجنسيات

"...المساس بحسن سير عملية تنظيم و توزيع عنصر السكان داخل الدولة .المساس بأحد أركان رابطة الجنسية و هو ركن الولاء والانتماء . غموض و عدم وضوح ملامح المركز القانوني لمتعد الجنسية من حيث تحديد الجنسية التي سوف يعامل بها "² و معنى ذلك أنه من بين النتائج المترتبة عليها هي أنها تمس بسير عملية التنظيم ، وبأركان الولاء والانتماء ، وأن متعدد الجنسية مركزه القانوني غير واضح .

"...فأن الشخص الذي يحمل أكثر من جنسية واحدة يكون عاجزا عن القيام بالخدمة العسكرية للدولتين معا في أن واحد وخاصة في حالة قيام الحرب بين الدولتين أو الدول التي يحمل الشخص جنسيتها وقد يؤدي هذا المشكل إلى اعتبار من طرف إحدى الدولتين إذا حارب إلى جانب دولة من تلك الدول في نظر الدول أو الدولة الأخرى "³. أي أن الشخص مزدوج الجنسية يعجز عن تأدية الخدمة العسكرية .

"المساس بقاعدة و مبدأ الحماية الدبلوماسية الواجب أن توفرها الدولة و مواطنيها وهم بالخارج إذا كانوا مستحقين لها ، بمعنى هل استحقاق المواطن لحماية الدولة الدبلوماسية يتأثر بتعامله لجنسية الدولة المتواجد داخلها ، أم أن هذا الأمر لا يشكل بالنسبة للدولة الأولى عائق..."⁴

"من المشاكل التي ترتبها ظاهرة ازدواج الجنسية أو تعددها أو تمس في عمق وجوهر رابطة الجنسية ذاتها خاصة وان اشرنا من قبل بأنها عبارة عن رابطة سياسية وقانونية عمادها و

¹ . عبد القادر العيدي ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص حقوق وحرقات عامة ، المعالجة القانونية لحق الجنسية في التشريع الجزائري ، الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية ، أدرار 2011 ، ص115 ، 20-05-2023 . <https://dspace.unv-adrar.edu.dz> ، 14:10.

² عامر محمود الكسواني ، موسوعة القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1431هـ/2010م، عمان، 239، 240.

³ . بلعبور عبد الكريم ، مرجع سابق، ص44.

⁴ . عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص240.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

الإحساس والولاء والانتماء من طرف الشخص نحو الدولة التي يتمتع بجنسيتها أي أن الأساس الذي تقوم عليه الجنسية معنوي قوامه الحب والولاء و الإخلاص.¹

الفرع الثاني : علاج مشكلة تعدد الجنسيات

نقسم هذا الفرع إلى عنصرين الأول نتناول فيه العدد بين الجنسيات من بينها جنسية دولة القاضي ، والثاني تعدد الجنسيات ليس من بينها قانون دولة القاضي.

أولاً : التعدد بين الجنسيات من بينها جنسية دولة القاضي :

"إذا كانت جنسية دولة القاضي الناظر في النزاع المتعلق بشخص متعدد الجنسية من ضمن الجنسيات التي يحملها هذا الشخص فإن طريقة حل أو علاج هذه المشكلة تنحصر في ثلاثة وسائل أولها الأخذ بقانون دولة القاضي وهي الطريقة المجمع عليها غالبية الفقه والتشريعات ذات الصلة " ².

حدوث بينهما الاعتداد بما يسمى بالجنسية الفعلية لهذا الشخص ومن ثمة الأخذ بها دون غيرها ، وثالثهما النظر إلى هذه المشكلة نظرة مختلفة تعتمد على اعتبار تعدد الجنسيات ما هي إلا مشكلة أولية أو تابعة لمشكلة أخرى أصلية لا تعدو أن تكون إما تحديد مركز الأجنبي أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو الاختصاص القضائي الدولي...³

أي انه إذا كان النزاع يتعلق بشخص له جنسيات متعددة ، النزاع ينحصر في ثلاث وسائل أي يأخذ بقانون دولة القاضي ويعتد بالبيئة الفعلية وينظر للمشكلة على انها أولية.

"جنسية دولة القاضي تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورا حاداً تحذف مسبقا كل إمكانية للمفاضلة أو الاختيار فهي تطبق دون سواها ، فقواعد الجنسية هي قواعد إقليمية التطبيق يرفض أي فكرة التزام : فالمشروع الوطني ينفرد بتحديد شروط اكتساب جنسية أو شروط زوالها، اكتساب الفرد لجنسية دولة يمنع مسبقا بالنسبة لفرد..."⁴

¹ . بلعبور عبد الكريم، مرجع سابق، ص48

² . عامر محمود الكسواني ، مرجع سابق ، ص 243،244

³ -مرجع نفسه ، ص 243 ، 244

⁴ — فايز الحاج شهين ، الوسيط في قانون الدولي الخاص ، ط 1، دار العلوم العربية ، 1993،1414 هـ، بيروت لبنان ، ص273،274 .

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

بمعنى انه إذا كانت عدة قوانين متنازعة تطبق مباشرة جنسية دولة القاضي بدون منازع. "لما تكون جنسية الدولة من بين الجنسيات المتنازعة فإنه لا يعتد إلا بها دون غيرها، فإذا كان مثلا من بين الجنسيات التي يحملها الشخص توجد الجنسية الجزائرية فإنه لا يعتد في الجزائر إلا بالجنسية الجزائرية دون غيرها، سواء في ما يتعلق بتحديد مركزه بإقليم الدولة او بتحديد القانون الواجب التطبيق على أحواله الشخصية"¹.

المادة 22 قانون مدني فقرة 1 تنص على : " في حال تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية" .

ثانيا :التعدد بين الجنسيات ليس من بينها جنسية دولة القاضي :

"أمام أسهم النقد الذي انهالت على الحل الأول المتمثل في تغليب جنسية دولة القاضي إذا كانت من ضمن الجنسيات التي يحملها متعدد الجنسيات ، تم التفكير بحل آخر يعتمد على تغليب جنسية أخرى على أن يكون معيار و أساس هذه الجنسية مدى ارتباط الشخص بها دون غيرها و مدى تعايشها فعليا معها"².

بمعنى انه كان الشخص متعدد الجنسيات و صعب تحديد جنسية الشخص يكون المعيار المعتمد في تحديد جنسيته هي مدى ارتباطه بها أي الجنسية الأكثر تعايش معها .

"بمعنى آخر الاعتراف بالجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها حيث يصعب أن يرتبط نفس الشخص بأكثر من جنية بنفس الوقت و بنفس القدر وبالتالي إذا ثار نزاع يتعلق به يجب الاعتراف بالجنسية الفعلية أو الجنسية الرئيسية"³.

"قد تثبت للشخص عدة جنسيات في وقت واحد مما يطرح مشكلة تحديد من بين هذه الجنسيات ، الجنسية التي يعتد بها القاضي الوطني عند تعيينه القانون الواجب التطبيق...لقد تصدى المشرع الجزائري لهذه المشكلة فميز بين فرضين"⁴ .

¹ - أعراب بلقاسم ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجنسية، ج2، مرجع سابق ، ص 165.

² - عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، 247.

³ . مرجع نفسه ، صفحة نفسها .

⁴ . أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، مرجع سابق ، ص 206

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

"...وهي الجنسية التي تتجلى في جميع جوانب حياة الشخص بحيث تكون لها الهيمنة فيها على غيرها فننظر إلى محل إقامته و إلى موطنه إلى ممارسته لحقوقه العامة والسياسية ، وإلى مجتمع الدولة التي يعد أكثر اندماجا فيه من غيره وإلى اللغة التي يتحدث بها...¹"
بمعنى أن الجنسية الفعلية يطغى على جميع جوانب الحياة أي أن الشخص يكون مرتبط بدولة معينة من حيث إقامته و موطنه و فيها يمارس حقوقه العامة والسياسية أي لأنه يقيم في دولة ما أكثر من باقي التي يتجنس بجنسيتهم .

وعليه فالقانون الجزائري طبقا للمادة 22 قانون المدني فقرة 02 تنص على : " غير أن القانون الجزائري هو الذي تطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد ، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول."
أوجب المشرع الجزائري في المادة 22 من القانون تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها ، ويظهر في الارتباط بها من ظروف الحال فالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية أو من إتخذ إقليمها موطنها لممارسة جميع نشاطاتها " ²

"وتأخذ في الوقت الحاضر غالبية التشريعات بهذا الحل وتتص عليه بشكل صريح ، نذكر من هذه التشريعات القانون الجزائري المادة 1/22 من القانون المدني والقانون العراقي المادة 1/33 من القانون المدني ، والقانون السوري الماجة 2/272 من القانون المدني، و مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي " ³

أي أن معظم تشريعات تأخذ بهذا الحل و أيضا نصت عليه قوانينها الداخلية.
" وقد أخذت بهذا الحل القوانين العربية ، كما أنه الحل الذي أخذت به اتفاقية لاهاي 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية المادة 03 ⁴.

¹ - أعراب بلقاسم ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجنسية ، ج2، مرجع سابق ، ص171 .

² - أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، مرجع سابق، ص 206 .

³ - أعراب بلقاسم ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجنسية ، ج2 مرجع سابق ، ص172

⁴ - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، مرجع سابق ، ص 207 .

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

بمعنى أن القوانين العربية أخذت أيضا بهذا الحل و هذا ما يظهر في اتفاقية لاهاي التي تخص جزء من مسائل تنازع القوانين.

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق عند انعدام الجنسية :

نتطرق من خلال هذا المطلب دراسة مبدأ انعدام الجنسية في الفرع الأول و في الفرع الثاني إلى دراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية .

الفرع الأول: مبدأ منع انعدام الجنسية :

" بالنسبة لحالة انعدام الجنسية ، قد يفلت من التحمل بالتزامات نحو الدولة التي يتحملها الوطني ، كما قد يحرم من الحقوق التي يتمتع بها الوطني لحق وطني في الإقامة في إقليم دولته و حقه في التمتع بالحماية الدبلوماسية خارج هذا الإقليم ، فيتعرض عديم الجنسية للإبعاد من إقليم الدولة التي يحل بها ."¹

ومعنى ذلك أن الشخص مهما تهرب من تحمل التزاماته نحو الدولة التي يقيم فيها و انه قد يحرم من الحقوق التي يتمتع بها خارج دولته.

"كذلك تثار بالنسبة لعديم الجنسية صعوبة تحديد القانون الذي يخضع له حيث يكون القانون التطبيق هو قانون جنسية الشخص ، ثم إن انعدام الجنسية يخالف المبدأ العام الذي يقضي بأنه يجب أن يكون لكل فرد جنسيته."²

أي أنه قد يحدث صعوبة في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يدفع له عديم الجنسية في ما إذا كان قانون جنسية الشخص الذي يطبق و أن انعدام الجنسية يخالف المبدأ العام لأنه من المفروض يكون يتمتع شخص بجنسيته.

¹ - عزالدين عبد الله ، قانون دولي خاص، ج2، مرجع سابق ، ص 240.

² - مرجع نفسه ، صفحة 240، 241

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لعديم الجنسية:

"في حالة انعدام الجنسية ، يطبق على الأحوال الشخصية لعديم الأهلية قانون الموطن فإن لم يكن له موطن فقانون محل إقامته المعتادة " ¹
"إن القول بتطبيق على عديم الجنسية قانون موطنه فإن لم يكن له موطن يطبق عليه قانون البلد الذي فيه محل إقامته فإن تعذر ذلك يطبق عليه قانون القاضي الذي ينظر في النزاع . وقد ترك المشرع الجزائري أمر تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية لتقدير القاضي " ² .

بمعنى أن القانون الذي يطبق على عديم الجنسية هو قانون موطنه أو قانون محل إقامته أو قانون القاضي هو الذي يطبق القانون إذا تعذر إثبات قانون له وتبقى السلطة التقديرية بيد القاضي حسب القانون الجزائري المادة 220 منه.

"غير أن المادة 12 من معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 والمتعلقة بمركز عديمي الجنسية ، التي صادقت عليها الجزائر في 08 جوان 1964 تجعل الاختصاص لقانون الموطن و لذلك فإننا نعتبر من الخطأ عدم انتباه المشرع الجزائري لذلك. " ³

¹ - الطيب زروني ، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا ، ط الأولى 2010 ، ص 15

² - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، مرجع سابق ، ص 208 .
<https://www.politiss.d3.com>، 10:22 15:02،2023،

³ . نفس المرجع ، ص 208 .

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

المبحث الثاني : أثر النظام العام والآداب العامة و الغش نحو القانون على القانون الواجب التطبيق.

سنتناول في هذا المبحث المعنون بأثر النظام العام والآداب العامة والغش نحو القانون على القانون الواجب التطبيق دور كل من النظام العام والآداب العامة في تطبيق أو استبعاد القانون الواجب التطبيق المخالف لهما ، وأيضاً دور القاضي الوطني في استبعاد القانون الواجب التطبيق إذا كان فيه غش نحو القانون واستبداله بالقانون الوطني كل هذا سنتعرض له خلال المطلبين التاليين :

خلال (المطلب الأول) مفهوم النظام العام على القانون الواجب التطبيق .
أما في (المطلب الثاني)نقوم بدراسة مفهوم الغش نحو القانون .

المطلب الأول : مفهوم النظام العام على القانون الواجب التطبيق :

" لا يمكن الجزم بتحديد تاريخ ثابت لظهور النظام العام مصطلحا و ممارسة نظرا لطابعه المتميز تغيرا و تطورا من حيث الصور والمظاهر ، بالرغم من انه رافق الإنسان وجود أو تعاقبا لمختلف الحضارات والأزمنة و على هذا الأساس نبحت عن بداية فترة ظهوره و تطوره.¹
" هو مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين ، بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية.²"

ومن خلال هذا المطلب نقسمه إلى فرعين (الفرع الأول) نتطرق لدراسة خصائص النظام العام و شروط التمسك به ، و في (الفرع الثاني) النظام العام و استبعاد القانون الواجب التطبيق.

¹ - عبد القادر علاق ، إشكالات تحديد مفهوم النظام العام ، العدد 4 ، المجلد العاشر ، معهد العلوم القانونية و الإدارية بمركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت ، الجزائر ، ص2 <https://www.asjp.cerise.dz> 13/02/2023 12:15

² - أ، فيصل نسيغة ، رياض دنش ، النظام العام ، العدد الخامس ، مجلة المنتدى القانوني الكفاءة المهنية للمحاماة ، جامعة محمد خنيفة بسكرة ، ص166 <https://archives-univ-biskra.de> 01/03/2023 ، 16:00

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

الفرع الأول : خصائص النظام العام وشروط التمسك به

أولا : خصائص النظام العام:

1- "يمكن القول على العموم أن النظام العام يمتاز بأنه مرن ونسبي و أنه وطني وقضائي كذلك ، فهو نسبي وأنه ما يعد في دولة من الدول من النظام العام لا يعد كذلك في غيرها وخير مثال على ذلك نظام تعدد الزوجات والطلاق في إرادة الزوج المنفردة في قوانين الدول الإسلامية وثبوت النسب الطبيعي من الأب في الدول الأوروبية و إقرار العبودية.¹"

2- " كما أنه صرف على اعتبار أنه قابل للتغيير في الدولة الواحدة ومثال ذلك أن الطلاق

في فرنسا كان محضورا قبل سنة 1884 و في إيطاليا إلى سنة 1970 ، ثم صار مباحا.²"

3- "النظام فكرة وطنية لأنها ترتبط أساسا بالدائم والأركان الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي الناضر في النزاع ، سواء السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الدينية و التي تهدف خصيصا لحسابه هذه الأسس الجوهرية المستمدة من النظام التشريعي للدولة القاضي ، وهذه الخاصية تجعل من النظام العام فكرة مختلفة بمضمون دولة أخرى"³ .

4- " النظام فكرة نسبية و متعددة و يستمد النظام العام هذه الخاصية من طبيعة الأسس و الدعائم التي يقوم عليها كيان كل دولة فهي متغيرة و متطورة ، بل ومختلفة من دولة لأخرى ، فما بعد بني النظام العام في دولة ما قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى وفي نفس الدولة قد يتغير مفهوم النظام العام من زمن لآخر "⁴ .

ثانيا : شروط التمسك بالنظام العام

" يعتبر النظام العام من الناحية الإجرائية دفعا موضوعيا مما يجيز إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى و لو لأوامره أمام المحكمة العليا"⁵

¹ - عبد الزراق دربال ، الوافي في القانون الدولي الخاص (كتاب الأول ، دار العلوم ، 4636 ، 2010، ص 135.

² . مرجع نفسه ، ص 135

³ . أ، بدر شنوف ، الدفع بالنظام في منازعات الميراث والوصية ، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، العدد (01) ، المجلد (01) ، مخبر الدراسات الفقهية والقضائية ، جامعة الوادي ، ديسمبر 2015 ، 184، <http://www.asjp.dz>، 2023/04/25 ،

11:30

⁴ . مرجع نفسه ، ص 135

⁵ . دربال عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 136 .

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

"على أنه مع ذلك يشترط لأعماله أن تتوفر الشروط التالية :

¹- أن يتعلق الأمر بقانون أجنبي واجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد الوطنية ...

²- أن يكون تعليق القانون الأجنبي متعارضا مع النظام العام في دولة القاضي.

³- أن يراعي القاضي النظام العام السائد وقت الفصل في النزاع لوقت نشوءه." ¹

بغض النظر إذا كان النظام العام ذو أهمية إلا انه يستوجب توفر شروطه للإعمال به.

لا يقبل لدفع بالنظام العام إلا إذا كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع

هو قانون أجنبي بثت له الاختصاص بموجب قاعدة إسناد وطنية أو اتفاقية دولية نافذة في دولة القاضي. ²

وقد يستبعد القانون الأجنبي بمقتضى قواعد الإسناد لسبب آخر دون حاجة لسبب آخر ودون الحاجة لتدخل النظام العام على أساس عدم اختصاصه أصلا ، فيطبق القاضي الوطني بدله قانون الموطن المشترك الجنسية المشتركة كحل أول.³

الفرع الثاني: أثر النظام العام و استبعاد القانون الواجب التطبيق :

" أسلفنا بيان أن النظام العام هو دفع يجول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي اختارته قاعدة التنازع الوطنية ، إذا كان يصطدم بالأسس و المبادئ الاجتماعية و الاقتصادية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي .

و في شأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، يمكن للنظام العام أن يعوق تطبيق القانون الأجنبي لكل من الزوجين إذا كان يخالف مقتضياته " ⁴

تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على مايلي: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة ، إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر " .

¹ . عبد الزراق دربال ، الوافي في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 137 .

² . أ،بدر شنوف ، الدفع بالنظام في منازعات الميراث والوصية ، مرجع سابق ، ص 186 .

³ . أ ، محمد موسى ، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، موقع الكتروني، www.asgpdz

ص 9 .

⁴ . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في للتنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق ، ص 780 .

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

" و إذا توفرت مقتضيات النظام العام الوطني ، فإنه : من ناحية عند إبرام عقد الزواج يمنع على الجهة المختصة بإبرام الزواج أو توثيقه ، إتمام الزواج ، إذا وجد مانع كصلة قرابة محرمية ، كما عليها استبعاد القانون الأجنبي و إتمام الزواج إذا كان المانع لا يعترف بالقانون الوطني " ¹.

أي أنه إذا وجد مانع أثناء إبرام عقد الزواج يستبعد القانون الأجنبي .

" وقت أخذت بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص معظم دول العالم ، ونصت عليها في تشريعاتها ، لأنها هي التي تقف كحاجز أمام القوانين الأجنبية التي تمس المبادئ الأساسية السائدة فيها ، فلا تتركها تعبر إلى مجتمعها " ²

أولا : الأثر السلبي

يمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية ، لكن قد يحدث و أن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام الأمر الذي يطرح التساؤل التالي : هل القاضي يستبعد من القانون الأجنبي الجزء فقط المخالف للنظام العام أم أنه يستبعد القانون الأجنبي بكامله. ³

أي ان الأثر السلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص وهنا تحدث مستقلة تتمثل في ما إذا كان القاضي يرفض فقط الجزء المخالف للنظام العام أم برفض القانون الأجنبي الواجب التطبيق كاملا.

" جوهر التحايل على القانون نزع الاختصاص من القانون واجب التطبيق أصلا و تحويله أقلية بمقتضى تغيير أو انتحال ضابط الإسناد إلى قانون آخر أو ارتباط و اتصال بالمسألة المطروحة وجزء ذلك هو استبعاد هذا الأخير و يتمثل هذا الاستبعاد في عدم الاعتداء سوى من نفاذ كل أثر لاختصاصه ⁴.

¹ . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في للتنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق ، ص 781

² . أعراب بلقاسم ، قانون دولي خاص الجزائري، ج1، مرجع سابق ، ص 167.

³ . أعراب بلقاسم ، التنازع الاختصاص الدولي - الجنسية، ج2، مرجع سابق ، ص 176 .

⁴ . أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 562،563.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

أي أن معنى الاستبعاد هو الاختصاص بنزع من القانون واجب التطبيق أصلاً أي يستبعد و يعطى الاختصاص لقانون آخر.

"...ولكن عملياً فنحن نرى بأن القاضي الوطني بمجرد استبعاد القانون الأجنبي المختص ورفض الطلب فإنه بذلك يكون قد يطبق قانون دولته ولو بطريق غير مباشر ، وعند البحث في مقدار أحكام القانون الأجنبي المراد استبعادها الجزئية المخالفة.¹"

أي أن القاضي الوطني عندما استبعد القانون الأجنبي يكون قد طبق قانون دولته مباشرة.

" وقد يحدث أن تكون بقية الأجزاء للقانون الأجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام بحيث يصبح من المقدر على القاضي أن يكتفي فقط باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء²."

أي انه في بعض الأحيان تكون الأجزاء المتبقية أيضاً مخالفة للنظام العام و ليس جزء فقط إذ يتعذر على القاضي أن يستبعد الجزء فقط المخالف للنظام العام .

" فمثلاً لو تعلق النزاع المعروف على القاضي الجزائري بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب في الجزائر فإن القاضي هنا يجب عليه استبعاد هذا الشرط و حده لمخالفته النظام العام في الجزائر حيث أن التعامل بالعملة الجزائرية بين كل المتعاملين الاقتصاديين على مستوى الإقليم الوطني بموجب القانون النقد والقرض.³"

" الاختصاص في هذه الحالة من استبعاد القانون الأجنبي برمته لأن الاحتفاء باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء يؤدي إلى فسخ القانون الأجنبي المختص و مثال هذه الحالة أن يكون قانون الجنسية الزوجين يمنع الزواج بين زوجين مختلفين اللون.⁴"

أي أنه إذا تم استبعاد الجزء فقط لمخالف النظام العام دون بقية الأجزاء غير ممكن يجب استبعاد كامل الأجزاء المخالفة للنظام العام .

¹ . أ ، محمد موسى ، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري ، ص 10 .

² . أعراب بلقاسم ، التنازع الاختصاص الدولي - الجنسية ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 172 .

³ . أ ، محمد موسى ، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري ، ص 10-11 .

⁴ أعراب بلقاسم ، التنازع الاختصاص الدولي - الجنسية ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 178 .

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

" إلا انه في الحالة التي يتعذر فيها على القاضي الجزائري أن يكتفي باستبعاد الجزئي لهذا النص وحده ، تطبق النصوص الأخرى الأجنبية غير المتعارضة مع النظام العام الجزائري يتعين عليه هنا اللجوء للاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي وضرورة تطبيق القانون الجزائري بدلا منه".¹

" فإذا أفترض أن أنواع طرح بعد ذلك على القاضي الجزائري المختص يتعلق بآثار هذا الزواج

لدى تم وفق القانون الجزائري فعلى القاضي إذا أستبعد تطبيق القانون الأجنبي لدي علم أثار الزواج أي قانون جنسية الزوجين استبعاد كمعيار لأنه من غير المعقول أن يطبق القاضي هذا القانون على أن الزواج يعد باطلا وفقا لأحكامه و ذلك لو لم يتعارض القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج.²

ثانيا : الأثر الإيجابي :

ويتمثل الأثر الإيجابي للنظام العام في إحلال القانون محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام وتطبيقا لهذا الحل إذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بين مختلفين اللون فإن القاضي

الجزائري يستبعده لمخالفة النظام العام ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج³

ويتمثل في ثبوت الاختصاص لقانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد.⁴ ويقترن الأثر الإيجابي بالأثر السلبي في الفروض التي يظهر فيها عند النظر السطحية أنها لا تحتاج إلى تطبيق قانون القاضي عليها أي الاعتقاد بأنها بالأثر السلبي وحده ، من ذلك

¹ . محمد موسى، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، ص 78 .

² . مرجع نفسه، ص 11 .

³ . أعراب بلقاسم ، التنازع الاختصاص الدولي - الجنسية، ج2، مرجع سابق، ص 179.

⁴ . أ، محمد موسى، مرجع سابق، ص 12.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

مثلا الحالة التي يسمح فيها القانون الأجنبي بنشوء علاقة زوجية لا يسمح بنشؤها قانون القاضي.¹

وقد اكتفى المشرع في المادة 24 من ق م بإبراز فقط الأثر السلبي للنظام العام و قد رأينا أن الأثر السلبي وحده غير كاف لأنه يجعل العلاقة بدون قانون يحكمها.² وبناءا عليه يحل القانون الأجنبي في الجزء المستبعد من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري بينما في الجزء المتبقي القانون الأجنبي المختص هو الواجب التطبيق.³ أي أن القانون الجزائري يحل محل القانون الأجنبي في الجزء المخالف للنظام العام فقط والجزء المتبقي الذي لا يخالف النظام العام الجزائري يبقى الاختصاص القانون الأجنبي واجب التطبيق.

وعليه ينبغي على القضاء الجزائري أن يقرن بالأثر السلبي والأثر الإيجابي المتمثل في إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد ، وهذا الحل هو أسلم الحلول في تقديرنا.⁴

أي أنه على القضاء الجزائري أن يعمل بالأثر الإيجابي و السلبي معا عندما يحل محل قانون أجنبي غير نافذ مستبعد.

"وبناءا عليه فإن استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام الجزائري يستلزم بالضرورة تطبيق القانون الجزائري محله تلقائيا بنص القانون."⁵

ومعنى ذلك أنه بغض النظر عن استبعاد القانون و مخالفته النظام العام إلا أنه يجب أن يطبق القانون الجزائري.

¹ . أعراب بلقاسم ، التنازع الاختصاص الدولي - الجنسية، ج2، مرجع سابق ، ص 179.

² . مرجع نفسه ، ص 181.

³ . أ، محمد موسى ، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري ، ص 12 .

⁴ . أعراب بلقاسم ، التنازع الاختصاص الدولي - الجنسية، ج2، ص 181

⁵ . د، أحمد دغيش ، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث الدراسات القانونية

والسياسية، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، الجزائر، العدد2، سبتمبر 2017، بتاريخ 20/03/2023، 10:32

سا، <https://www.adgpsersite>.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

وإذا ما أستبعد القاضي الوطني القانون الأجنبي الذي تعارفت أحكامه مع النظام العام في دولته ، فعليه بعد ذلك أن يتعدى الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد بقانون آخر.¹ أي أنه على القاضي الوطني وجود حل وأن يطبق القانون الأنسب.

المطلب الثاني : مفهوم الغش نحو القانون :

إن قاعدة الإسناد هي القاعدة القانونية التي تختص بتعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المتمثل على عنصر أجنبي وفي مضمون هذه القاعدة نجدتها تتكون من ثلاث عناصر : القاعدة المسندة والقانون المسند إليه ، وضابط الإسناد باعتباره وسيلة ربط بها المشرع من الفكرة المسندة والقانون المسند إليه.²

نصت المادة 24 من القانون المدني على انه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

الغش اتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولي مختص عادة بحكم علاقة قانونية و إحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج.³

كما قد يتحايل أحد الأطراف العلاقة القانونية على قواعد الإسناد المطبقة على علاقاتهم للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا كأن ينتقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية من أجل تصرف قانوني على إقليمهما بقصد تجنب تطبيق أحكام القانون المحلي.⁴

من خلال هذه المعطيات سنتطرق لدراسة في هذا المطلب شروط الغش نحو القانون في الفرع الأول ، وفي الفرع الثاني نية التحايل على القانون الواجب التطبيق أصلا.

الفرع الأول : شروط الغش نحو القانون

¹ .أ، بدر شنوف ، الدفع بالنظام في منازعات الميراث والوصية ، مرجع سابق ، ص 192 .

² .أ ، محمد موسى ، حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري ، مرجع سابق ، ص 13 .

³ .أ ، أحمد دغيش، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث الدراسات القانونية والسياسية، كلية لحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، الجزائر، مرجع سابق ، ص 76.

⁴ .أحمد دغيش ، مرجع نفسه ، ص 77.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعتري تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

في هذا الفرع نتطرق لذكر الشروط المتفق عليها أولا التغيير الإرادي في ضابط الإسناد أو الاختيار ، ثانيا نية التحايل على القانون واجب التطبيق أصلا .

أولا : التغيير الإرادي في ضابط الإسناد أو الاختيار

" الغش أو التحايل على القانون يفترق عن النظام العام في أنه يرجع كسب لاستبعاد القانون الأجنبي إلى إرادة الأطراف و مقتضى ذلك أن تلعب الإرادة دورا في قلب الاختصاص و تحويله من قانون إلى آخر." ¹

" حتى يكون في الإمكان الدفع بالغش نحو القانون ينبغي أن يكون هناك تغيير ضابط الإسناد ، وأن يكون هذا التغيير إراديا .

فبالنسبة لتغيير ضابط الإسناد فات يمكن تصوره بالنسبة للضوابط التي لا تتوقف على إرادة الأشخاص كضابط موقع العقار." ²

" و إن كان العنصر الإرادي هو مجرد هذا الشرط لنزول فإنه يلزم لفعاليتها أن يكون ضابط الإسناد أو الاختيار كما يكون للإرادة دورا في تحديده و هذا يتحقق بشأن ضوابط الإسناد القابلة للتغيير أو الانتقال أي يمكن تغيير أو تعديل العنصر الواقعي" ³

فالمشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الشروط في المادة 24 من القانون المدني رغم أن بعض الشروط قد تفهم من خلال ألفاظ النص و البعض الآخر تستتج من خلال مضمونه غير أن الفقه و القضاء اتفقا على بعض الشروط وأختلف على شروط أخرى " ⁴ .

1 . - أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازل الدولي للقوانين، مرجع سابق ، ص 556.

2 . أعراب بلقاسم ، قانون دولي خاص الجزائري، ج1، مرجع سابق ، ص 189،190.

3 . أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ، ص 556.

4 . أحمد،دغيش ، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية في مجلة دولية علمية محكمة مختصة في العلوم

القانونية والسياسية ، جامعة يحي فارس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ع الثاني ، بشار ، الجزائر ، سبتمبر 2017 ،

ص 76،20 مارس 2023 ، <https://www.asspp.cerisit> ، ساعة 10:32 .

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

ثانيا : نية التحايل على القانون واجب التطبيق أصلا :

" يلزم للدفع بالتحايل على القانون توفر قرينة التحايل أو الغش ... نحو القانون واجب التطبيق أصلا، أي التهرب من الخضوع لأحكامه و قلب الاختصاص لصالح قانون آخر ، وهذا هو الشرط المميز للدفع لأنه كما أوضحنا يلزم أن يكون تغيير ضابط الإسناد يقدم سليما من الناحية القانونية بحيث إن تخلف نية الغش يجعل القاضي أمام استجابة عدم الاعتداد بالتعديل "1 .

أي أن الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يكون مصحوبا بنية الغش أي وجود الفعل المعنوي.

" ... يشكل إخلالا بقاعدة التنازع ، فإنه يتوجب على القاضي تحري العلاقة ولا يحكم بتوفر نية الغش إلا إذا كان إفلات أو الهروب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا هو الباعث الدافع ... من وراء تغيير ضابط الإسناد أو الهدف الرئيسي وليس مجرد نتيجة عرضية لذلك التغيير هو يستدل القاضي على ذلك بأن التغيير قد تم خصيصا من أجل تحقيق نتيجة محددة . "2

أي على القاضي يتحرى في ذلك الموضوع أي الغش نحو القانون و يتأكد من نية الشخص و بأن يكون الدافع من تغييره للقانون هو الهروب من قاعدة الإسناد لتحقيق عليه . " لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون و إنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم القانون."3

" يصطلح عليه أيضا بتوافر نية الغش نحو القانون و يقصد به نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية .

1 . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازل الدولي للقوانين ، مرجع سابق ، ص 559

2 . مرجع نفسه ، ص 559.

3 . أعراب بلقاسم ، التنازع الاختصاص الدولي - الجنسية ، ج2، مرجع سابق ، ص 191.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

... هذه النية لمكان الإجراء الذي قام به الغاش سليما لا سبيل لإبطاله ، إلا أن بعض الفقهاء يرون بعدم وجوب التقيد بشروط وجود نية و اعتبار الغش قد وقع لمجرد إجراء عملية تغيير ضابط الإسناد .¹

" فالأميرة بوفورمون لما اكتسبت جنسية جديدة في ألمانيا كان غرضها هو الحصول على التظليق لا غير " أما الحماية الدبلوماسية الألمانية و غيرها من الآثار المترتبة على تجنسها لا لأثر لها على الإطلاق . وكما أن الهدف من التغيير هو من الأمور الباطنية فإنه يصعب على القاضي الكشف عنه.²

أي أن التغيير الإرادي فعل معنوي أمر باطني يصعب على القضاء كشف الدافع من التغيير .

" مثلا كقيام مواطنين سياح في دولة أجنبية خلال فترة إقامتهما بها إبرام عقد هبة بينهما في إقليم هذه الدولة الأجنبية دون أن يكون هناك سبب واضح لأجراء الهبة في هذه الدولة بالذات فيمكن حسب رأيهم استخلاص عملية الغش نحو قانونهما الوطني للسعي من أجل عدم خضوعهم له والرغبة في الخضوع لأحكام القانون الأجنبي المتعلقة بعقد الهبة "³ معنى ذلك أنه يمكن أن يكون الغش نحو القانون الوطني لعدم الرغبة في تطبيق أحكامه عليهم و السعي لتطبيق قانون أجنبي عليهم من اجل مصلحة.

" وقد ثبت يقينا أنه بالإمكان الكشف عن الباعث في الكثير من الحالات و تعتبر قضية الأميرة بوفورومون خير دليل على ذلك ."⁴

أي أنه في أغلب الحالات تم معرفة النية أو الباعث من التغيير .

" أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري يمكن ان نستشف مدلول هذين الشرطين من خلال مقتضى نص المادة 24 من القانون المدني رغم عدم الإشارة إليهما صراحة ."⁵

¹ . أ ، محمد موسى ، حالات إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري في كلية الحقوق بكلية ورقلة ، ص 17 ، 2023/02/15 ، <https://www.asjp.cerist.dz> .14:50

² . أعراب بلقاسم التنازع الاختصاص الدولي - الجنسية ، ج2، ص 191.

³ . أ ، موسى محمد ، مرجع سابق ، ص 17.

⁴ .. أعراب بلقاسم ، مرجع سابق ، ج2، ص 192.

⁵ . محمد موسى ، مرجع سابق ، ص 17.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

معنى ذلك أن من خلال هذين الشرطين نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بهما من خلال المادة 24 ق م ج إلا أنه لم يتم النص عليهما صراحة.

الفرع الثاني: أثر الدفع بالغش نحو القانون

نتطرق من خلال هذا الفرع لدراسة الأثر السلبي و استبعاد القانون الذي يحكم الغش لصالحه و ذلك خلال العنصر الأول أما الأثر الإيجابي و أعمال القانون الذي تم التحايل عليه ثانياً.

أولاً: الأثر السلبي و استبعاد القانون الذي يحكم الغش لصالحه

إن استبعاد القانون الذي تم الهروب إليه لتطبيق أحكامه يتمثل في أن القانون لا يحكم النزاع أصلاً لأن تطبيقه جاء بسوء نية الأطراف الذين قاموا بتغيير ضابط الإسناد من أجل الوصول إلى نتيجة غير مشروعة لذلك فإن الاستبعاد يعني إبطال النتيجة التي تم الحصول عليها.¹

بمعنى أن التحايل على القانون مهما كانت نية الشخص في تقاضي أحكامه إلا أنه هذا الأخير ليس هو الحل.

" جوهر التحايل على القانون نزع الاختصاص من القانون واجب التطبيق أصلاً و تحويله أو قلبه بمقتضى تغيير أو افتعال ضابط الإسناد إلى قانون آخر أول ارتباط و اتصال بالمسألة المعروضة و جزاء ذلك هو استبعاد هذا الأخير و يتمثل هذا الاستبعاد في عدم الاعتداد سوى من نفاذ كل أثر لاختصاصه " ².

أي أن معنى الاستبعاد هو الاختصاص لقانون آخر.

¹ — أ، د سيد أحمد محمود أحمد ، الغش نحو قانون ،مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد الأول، للسنة الثانية والستون ، الجزء الثاني ، كلية القانون ، جامعة الشارقة ، ولمحار كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة 2020، ص 1797 <https://www.reelwofnrace.com> 1/16816 2023/04/01 .

² . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازل الدولي للقوانين ، مرجع سابق ، ص 562 ، 563 .

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعترض تطبيق القانون الذي يحكم الشروط

الموضوعية للزواج

إن الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون يقتصر على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أراد المتحايل أن يلجأ إلى تطبيق أحكامه كنتيجة لغشه نحو ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية".¹

و معنى ذلك أنه إذا وجد تحايل على القانون يستبعد هذا القانون.

ثانياً: الأثر الإيجابي و أعمال القانون الذي تم التحايل عليه :

"مضمون هذا الأثر يترتب لاستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه وجود فراغ قانوني مؤقت يريد سده ، ولا مبرر في أن القانون الذي تم التحايل عليه هو اللاحق . بملء ذلك الفراغ ويفرض القول أن التحايل على القانون إنما هو اعتداء على قاعدة التنازع الوطنية و إهدار للاعتبارات التي تنهض عليها"²

بمعنى يستبعد القانون الأجنبي ويتعين القانون الوطني محله.

"ولم يحدث تغيير وتلاعب بضابط الإسناد فيها أي إعادة الاختصاص للقانون الذي كانت تثير للاختصاص ...و إحلاله محل القانون الذي انتحل اختصاصه وهذا الحل يؤدي إلى عدم نفاذ النتيجة التي اتفقت طبقاً لهذا القانون الأخير و هذا ما كان في قضية بوفورمون"³

بمعنى انه إذا تم التحايل على القانون وأعاد له الاختصاص وحل محله قانون آخر تكون النتيجة عدم النفاذ.

"ونشير في النهاية إلى انه كما كانت قاعدة التنازع مزدوجة أو ثنائية الجانب و كان من الممكن أعمال الدفع بالتحايل نحو قانون القاضي والقانون الأجنبي على سواء فإن القانون واجب التطبيق أصلاً الذي سجل مكان القانون المستبعد قد يكون قانون القاضي أو القانون الأجنبي"⁴

أي أن قاعدة التنازع الثنائية وإن تم التحايل على قانون القاضي أو القانون الأجنبي وإحلال قانون محل آخر فإنه قد يكون قانون القاضي أو القانون الأجنبي على سواء.

1. أ ، د سيد أحمد محمود أحمد، الغش نحو قانون ، ص 1798

2. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في للتنازع الدولي للقوانين مرجع سابق، ص 579.

3. احمد عبد الكريم سلامة، مرجع نفسه، ص 567.

4. احمد عبد الكريم سلامة، مرجع نفسه، ص 581.

الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعتري تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج

" تطبيق القانون الذي تم الغش في أحكامه او التحايل عليها فإذا كان قنونا أجنبيا يطبق ذلك القانون باعتباره القانون الذي كان من الواجب تطبيقه لو لم يتم تغيير ضابط الإسناد من أجل الوصول إلى تطبيق قانون آخر.¹"

¹. أ، سيد أحمد محمود أحمد ، الغش نحو القانون ، مرجع سابق، ص 1802.

خاتمة

خاتمة :

نستنتج من خلال ما سبق أن الشروط الموضوعية لعقد الزواج حسب قانون الجزائري يطبق عليها قانون جنسية الزوجين .

حيث نصّ كل من القانون المدني الجزائري وقانون الحالة المدنية على ذلك.

المادة (11) ق . م . ج : " تخضع بصفة عامة شروط صحة الزواج لقانون جنسية الزوجين.

والمادة (97) ق . ح . م : " إن الزواج الذي يعتقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري

وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج " .

وأیضا نستنتج فيما يخص شرط الأهلية إن السن المحدد قانونا يختلف من دولة إلى أخرى

ففي الجزائر بعد تعديل 2005 ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة 19 سنة كاملة .

ونستنتج أن المشرع الجزائري الجزائري في القانون المدني نص المادة (10) الفقرة الأولى على

الأهلية وأخضعها إلى قانون الجنسية .

" تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين

في بلاد أجنبية " .

وبخصوص الولي في عقد الزواج اعتبره المشرع شرط صحة حيث اشترط على المرأة حضور

وليها ولم يحدد فيما إذا كان الولي هو الأب أو أي شخص تختاره .

وإن من بين نتائج التي تترتب على تخلف شرط الولي في عقد الزواج فسخ الزواج قبل الدخول

ويوجب الصداق بالنسبة للقاصرة ، ويوجب الصداق بالنسبة للمرأة الراشدة ويثبت الزواج بعد الدخول.

ونستنتج أن الموانع الشرعية تعتبر شرط موضوعي لعقد الزواج و تنقسم بدورها إلى موانع

مؤبدة كالقربة وغيرها وإلى موانع مؤقتة كالمحصنة والمعتدة مثلا .

وأیضا الموانع الصحية أي الفحص الطبي ما قبل الزواج اعتبره المشرع شرط إجرائي حماية

للمقبلين على الزواج .

وأیضا يمكن أن نستنتج أن المرض لا يعد مانعا في القانون الجزائري بل يكفي إعلام طرفي

العقد بذلك فإذا رضوا ينعقد العقد .

الخاتمة :

وأیضا نستنتج أن المشرع الجزائري التطبيق الجامع والموزع لم ينص صراحة على أنه أخذ بتطبيق محدد بل ترك السلطة التقديرية للقاضي في اختيار التطبيق المناسب وتطبيقه على النزاع المعروض أمامه .

وأیضا في ما يخص أثر الدفع بالغش نحو القانون لم ينص صراحة على تطبيقه الأثر السلبي الذي يقضي بإستبعاد القانون الذي يحكم الغش لصالحه أم الأثر الايجابي الذي يقضي على أعمال القانون الذي تم الغش نحوه وترك أيضا السلطة التقديرية في يد القاضي .

ويمكن أن نستنتج أن تطبيق قانون الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج يواجه صعوبات في تطبيقه ذلك أن : طالبي الزواج يمكن أن يكون كل منهم يحمل جنسية مختلفة ، وأیضا قد يكون الشخص عديم الجنسية ، أو يكون الشخص يحمل عدة جنسيات مختلفة ، هنا هل يطبق عليه قانون الجنسية الأصلية أو الجنسية الفعلية .

ومن بين التوصيات التي نقترحها :

يبدو من خلال دراساتنا لهذا الموضوع أنه من المستحسن على المشرع الجزائري أن يضيف نصوص قانونية جديدة يفرق فيها بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية للزواج .

وأیضا يجعل الولي شرط موضوعي في عقد الزواج لأنه من غير الممكن اعتباره شرط شكلي وأیضا يتطلب موافقته على الزواج لأنه أدرى بمصلحة وليته .

وأن الشهادة الطبية قبل الزواج يجب أن يضع المشرع الجزائري نص خاص بها، وأن يشترط كتابتها باللغة العربية ، وأن يمنع عقد الزواج بين حاملي الأمراض المعدية للحفاظ على سلامة الزوجين بعد الزواج .

وكاقتراح آخر لا بد من وضع نص قانوني خاص بالفحوصات الطبية مفاده إنشاء مراكز طبية متخصصة في الفحوصات الطبية قبل الزواج ويكون فيها اجهزة ومعدات طبية تكشف عن الأمراض المعدية ، كما يجب توظيف أطباء محلفين .

وأیضا على المشرع الجزائري أن ينص على تحديد نوع الأمراض المعدية بدقة .

ومن المستحسن من المشرع أن يشترط ضمن الفحوصات الطبية فحص الاضطرابات العصبية وكذا النفسية وفحص عن مدمني المخدرات والمشروبات الكحولية .

ملخص :

قمنا بعملنا هذا لتسليط الضوء على الشروط الموضوعية لعقد الزواج ، حددنا القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية عندما يكون الزوجين يحملان جنسية مختلفة الجامع يطبق على الصفات الفردية واستنتجنا أن الشروط الموضوعية يطبق عليها قانون الجنسية .

قمنا بعملنا هذا لتوضيح بعض المسائل المتعلقة بالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج منها مشكلة تعدد الجنسية وانعدامها وأيضا تطرقنا لبيان النظام العام والآداب العامة والغش نحو القانون فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق .

واستنتجنا أن المشرع الجزائري أعطى السلطة التقديرية للقاضي ،

الكلمات المفتاحية : شروط موضوعية ، زواج ، جنسية، القانون ، تعدد الجنسية ، نظام عام ، آداب عامة ، الغش نحو القانون .

Résumé :

We did this to highlight on the substantive condition of marriage contract, we have identified the applicable law on objective conditions when you're nationality of spouses of different nationalities, we've located on dual use application applied to dual qualities, the distributor of individual qualities we conclude that substantive conditions apply to the Nationality Act.

We did this to clarify some rule –of – law issuf , which governs the conditions eestablished for marriage including the problem of multitle and non citizenship we also touched on the statemont of tublic order and morals and cheating toward the law with respect to applicable law.

We conclubed that the algerian legislature give the judge difcretion .

Quywords : law , multiple nationalty , genral public , morals system , fraud to the law

substantive, condition ,marriage, Nationality

	شكر وعران
	إهداء
	ملخص
01	مقدمة
	الفصل الاول : نطاق القانون الواجب على الشروط الموضوعية للزواج
06	المبحث الأول: مضمون الشروط الموضوعية للزواج
07	مطلب اول: الصفات الفردية
08	فرع اول : الاهلية
09	فرع ثاني : الولي و تكييفه هل هو من شروط الموضوعية ام الشكلية
10	مطلب ثاني : الصفات المزدوجة
11	فرع اول: الموانع الشرعية
12	فرع ثاني: الموانع الصحية
19	المبحث الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج عند اختلاف جنسية الزوجين الاجنبيين
20	المطلب الاول: التطبيق الموزع على الصفات الفردية
21	فرع اول : مضمون التطبيق الموزع
22	فرع ثاني: نقد التطبيق الموزع
23	المطلب الثاني: التطبيق الجامع على الصفات المزدوجة
24	فرع أول: مضمون التطبيق الجامع
25	فرع ثاني: نقد التطبيق الجامع
	الفصل الثاني: الإشكالات التي قد تعتري تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج
27	المبحث الأول: تعدد وانعدام الجنسية
28	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على تعدد الجنسيات
29	فرع أول: ماهية تعدد الجنسيات

30	أولاً: تعريف تعدد الجنسيات
31	ثانياً: النتائج المترتبة على مشكلة تعدد الجنسيات
32	فرع ثاني: علاج مشكل تعدد الجنسيات
33	أولاً: التعدد بين الجنسيات من بينها جنسية دولة القاضي
34	ثانياً: التعدد بين الجنسيات ليس من بينها جنسية دولة القاضي
35	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق عند انعدام الجنسية
36	فرع أول: مبدأ انعدام الجنسية
37	فرع ثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية لغير الجنسية
38	المبحث الثاني: أثر نظام العام والآداب العامة والغش نحو القانون على القانون واجب التطبيق
39	المطلب الأول: مفهوم النظام العام على القانون واجب التطبيق
40	فرع أول: خصائص النظام العام والشروط التمسك به
41	فرع ثاني: النظام العام واستبعاد القانون الواجب التطبيق
42	المطلب الثاني: مفهوم الغش نحو القانون
43	فرع أول: شروط الغش نحو القانون
44	أولاً: التغيير الإرادي في ضابط الإسناد أو الاختيار
45	ثانياً: نية التحايل على القانون واجب التطبيق أصلاً
46	فرع ثاني: أثر الدفع بالغش نحو القانون
47	أولاً: الأثر السلبي واستبعاد القانون الذي يحكم القانون لصالحه
48	ثانياً: الأثر الإيجابي وإعمال القانون الذي تم الغش نحوه
49	خاتمة
50	قائمة المصادر والمراجع
51	الفهرس