جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

www.tribunejuridique.blogspot.com
@tribunejuridique المنبر القانوني

تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق

(دراسة مقارنة)

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالبة: مسعودي يوسف

تحت إشراف: أ. د./ تشوار جيلالي

لجنة المناقشة

أ. د. قلفاط شكري، أستاذ، جامعة تلمسان، رئيسا

أ. د. تشوار جيلالي، أستاذ، جامعة تلمسان، مقررا

أ. د. بن شويخ رشيد، أستاذ، جامعة البليدة، عضوا

د. بوسهوة نورالدين، أستاذ محاضرأ، جامعة البليدة، عضوا

السنة الجامعية: 2012/2011

للمزيد من الموضوعات الهامة والحصريات
تفضلوا بزيارة موقعنا على الإنترنت
www.tribunejuridique.blogspot.com
ولكي تبقوا دائما قريبين من جديد موقعكم، لا تترددوا
في الاشتراك أو تسجيل الإعجاب بصفحتنا الرسمية
على فيسبوك، وشكرا على وفائكم متابعينا الكرام
المنبر القانوني @tribunejuridique

جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق

(دراسة مقارنة)

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالبة: تحت إشراف:

مسعودي يوسف أ. د./ تشوار جيلالي

لجنــة المنــاقشة

أ. د. قلفاط شريف، أستـــــاذ، جامـعة تلمســان، رئيسـا

أ. د. تشـوار جيـلالي، أستـــاذ، جـامعة تلمســان، مقـررا

أ. د. بن شويخ رشيـد، أستـــاذ، جامعة البليـدة، عضوا

د. بوسهوة نورالدين، أستاذ محاضرأ، جامعة البليدة، عضوا

السنة الجامعية: 2012/2011

إهــداء

إلى والدتي ووالدي أطال الله في عمريهما وأعانني على برهما وجزاهما الله عني خير الجزاء

وإلى

زوجتي وجميع إخواني وأصدقائي الذين آزروني فكانوا سندا لي في أحلك الظروف

PDF Eraser Free

شكر وتقدير

أتوجه بعظيم شكري وامتناني وخالص تقديري إلى أستاذي الدكتور تشوار جيلالي على قبوله الإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما أبداه لي من نصح وإرشاد، كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة رسالتي، وإتاحتهم الفرصة لي لأستفيد وأنهل من علمهم وخبرتهم التي ستثري هذا البحث.

PDF Eraser Free

مـــقدمـــــة

PDF Eraser Free

لم تعد العلاقات القانونية الوطنية خالصة، بل تخللها العنصر الأجنبي في جانب الأطراف أو المحل أو السبب، وذلك راجع لاختلاط الأجانب بالوطنيين ووجود تعاملات بينهم بسبب نمو وتعدد مصالح وعلاقات الأفراد وازدياد ظاهرة الهجرة. ومن هنا كانت الحاجة داعية إلى البحث عن قواعد قانونية[1] تتولى تنظيم هذه العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي.

فمن غير المعقول أن تبقى تلك العلاقات خاضعة لأحكام القانون الداخلي لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار وضياع حقوق الأفراد وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية. فلو أخضعنا مثلا زوجين جزائريين مسلمين مقيمين في الخارج لقانون أجنبي لا يبيح الطلاق أو يسوي في الميراث بين الذكور والإناث لأدركنا خطورة النتائج التي قد تترتب عن ذلك. ومن هذا المنطلق وجب إخضاع العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لقواعد تتفق مع طبيعتها الخاصة[2]. وإذا كان المشرع الجزائري قد أشار في المادة 221 من قانون الأسرة[3] إلى نطاق تطبيق هذا القانون وأقر بأنه يسري على جميع المواطنين الجزائريين والمقيمين، فإنه أشار في ذات المادة إلى مراعاة قواعد التنازع في القانون المدني، وبالتالي مراعاة خضوع الأجانب في أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني. ذلك أن تطبيق القانون الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية على أجانب لا يدينون بالدين الإسلامي، يؤدي إلى

---

1 يعتبر المنهج الإسنادي الوسيلة الفنية الغالبة ولكنها ليست الوحيدة لحل النزاعات الخاصة الدولية. ومع ذلك فقد بدأ يتعاظم دور المعاهدات الدولية في تنظيم بعض مسائل القانون الدولي الخاص وبالأخص قواعد تنازع القوانين وذلك بالاتفاق على حلول عامة في هذا المجال تؤدي في النهاية إلى تحقيق تماثل الحلول الوضعية المعروضة أمام قضاء الدول. ومن جهة أخرى بذلت الجهود من أجل توحيد القواعد الموضوعية في مسألة معينة من مسائل القانون الخاص وهذا ما ينتج عنه حتماً إلغاء التنازع بين القوانين في هذه المسألة، وبالتالي يستغنى عن تطبيق قاعدة الإسناد طالما أن مصير النزاع مآله في النهاية تطبيق القواعد الموضوعية. لكن قواعد التنازع في مسائل الزواج والطلاق لا تقبل التوحيد بسبب اختلاف النظم القانونية في نظرتها إلى رابطة الزواج. وهذا بخلاف مسائل التجارة الدولية التي تقبل قواعدها تطبيق هذا المنهج. انظر، سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص.34- 36.

2 انظر رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي, دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص.13-14.

3 انظر، قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05 - 02 المؤرخ في 2005/02/27.

PDF Eraser Free

بعض المشاكل خاصة بالنسبة لقضايا بطلان الزواج والطلاق[1]. وباعتبار أن قواعد تنازع القوانين من القواعد القانونية الوطنية التي يسنها المشرع الداخلي لكل دولة، فإن ذلك يؤدي حتما إلى اختلاف نظرة كل مشرع في تحديد ضابط الإسناد الذي يبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي[2].

وقد وصفت هذه القواعد بأنها آلية، فهي تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق وهي معصوبة العينين، ويكون هذا التعيين بمثابة سقوط في دياجير الظلام. ويكون هذا القانون في أغلب الأحيان قانون وطني. وبالرغم من كل هذه الانتقادات فإن قاعدة الإسناد لا تزال هي الآلية الفنية المعمول بها في كافة تشريعات القانون الدولي الخاص لحل تنازع القوانين وأصبح لا ينحصر دورها في تحديد القانون المختص بحكم النزاع استنادا إلى مركز الثقل في العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. وإنما أصبحت تسعى إلى إدراك العدالة المادية[3]. غير أن التاريخ قد سجل أيضاً وجود قواعد خاصة لتنظيم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي كما هو الشأن بالنسبة لقانون الشعوب عند الرومان. وإضافة إلى ذلك لم يكن لقاعدة الإسناد في مصر دور في تنظيم العلاقات القانونية الأجنبية بسبب وجود التقنينات المختلطة والمحاكم المختلطة[4].

ويقتصر مجال بحثنا على دراسة مسألة الاختصاص التشريعي في مسائل انعقاد الزواج المختلط وانحلاله دون الاختصاص القضائي، ذلك أن الاختصاص القضائي يسبق من الناحية العملية الاختصاص التشريعي. مع الإشارة هنا إلى أنه لا

---

[1] انظر، عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11(تشريع الأسرة الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2003، العدد 02، ص.88 -89.

[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2007، ص163.

[3] انظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص.66-67.

[4] انظر، جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2002، العدد 02، ص239.

PDF Eraser Free

تلازم بين الاختصاصين، فثبوت الاختصاص القضائي لمحكمة معينة لا يعني بالضرورة أن ينعقد الاختصاص التشريعي لذات المحكمة[1].

إن بيان ما يعد من مسائل الأحوال الشخصية، أمر له أهميته في نطاق القانون الدولي الخاص، وتظهر الحاجة إليه بصفة ملحة عندما تتنازع القوانين بشأن مسألة لم يورد المشرع بشأنها قاعدة إسناد خاصة كالخطبة مثلا. وعليه فإن تصنيف هذه المسألة بأنها تدخل ضمن الأحوال الشخصية يعني إخضاعها للقانون الشخصي[2].

وتختلف الدول في تحديد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية. فهناك دول تدخل الميراث والوصية والنظم المالية للزواج والهبة في دائرة الأحوال الشخصية. وهناك دول أخرى تستبعد من نطاق الأحوال الشخصية الهبة وميراث المنقول وأنظمة الزواج المالية.

وقد تطرقت محكمة النقض المصرية إلى تحديد المقصود بالأحوال الشخصية وذلك في قرار صادر لها بتاريخ 1934/06/21 جاءت فيه أن:" المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية..."[3].

---

[1] انظر، طلال ياسين العيسى ، دراسة قانونية " في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2009، العدد 01، ص310.

[2] انظر، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص653.

[3] انظر، محكمة النقض، 1934/06/21، مقتبس عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر 2005، ص64.

PDF Eraser Free

غير أن هذا التعريف اقتصر على تعداد المسائل الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية وجاء هذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر.

ولم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالأحوال الشخصية ولكن يستنبط من نصوص قانون الأسرة الجزائري أنه يدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والزواج والطلاق والنسب والوقف والميراث والوصية...إلى غير ذلك من المسائل.

لقد كرست المواثيق الدولية حق الأجنبي في تكوين الأسرة باعتباره حقاً من الحقوق الطبيعية. ولهذا يتمتع الأجنبي بحق الزواج وفقا لقانونه الشخصي دون أي تفرقة بينه وبين الوطني. فقد ورد في نص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1] ما يلي:" 1- للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الجنسية أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله".

واستثناء يجوز للدولة أن تقيد هذا الحق حفاظا على كيان المجتمع ومقتضيات النظام العام والآداب العامة كالنص مثلا على منع الزواج المؤقت. وعموما فإن التشريعات العربية تعترف بزواج الأجانب بشرط عدم مخالفة النظام العام[2].

ولإبراز ذلك سنقوم بدراسة المبادئ الخاصة بقواعد التنازع في مسائل انعقاد الزواج المختلط وانحلاله. وقد حرص المشرع الجزائري على أن يساير الاتجاهات التشريعية الحديثة، فقام بتعديل قواعد التنازع المنصوص عليها في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني[3]. وسوف نخص الدراسة المقارنة بالتحديد لقواعد الإسناد

[1] اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948.
[2] انظر، سعيد يوسف البستاني، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2004، ص240 وما بعدها.
[3] انظر، أمر رقم 75-85 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

PDF Eraser Free

المتعلقة بالزواج والطلاق في القانون الجزائري وإبراز الاختلافات الموجودة بينها والقوانين المقارنة.

لقد اختلفت قوانين الدول في تنظيم أحكام رابطة الزواج، نظرا لارتباط هذا الأخير بالمعتقدات الدينية والمفاهيم الاجتماعية والسياسية التي تختلف من دولة لأخرى. فقد يحدث أن يواجه القاضي المعروض النزاع أمامه رابطة تعتبر رابطة زواج من قبل بعض القوانين الأجنبية، في حين أنها ليست كذلك وفقاً لفكرة الزواج في قانون القاضي.

كما أن هناك قوانين دول تعتبر الزواج رابطة أبدية لا تقبل الانحلال بالطلاق أو الانفصال الجسماني كما كان عليه الحال في اسبانيا قبل سنة 1982. وبالمقابل توجد تشريعات دول أخرى تسمح بانحلال الزواج[1].

وتجيز أغلبية تشريعات الدول الإسلامية تعدد الزوجات[2]، بينما تتمسك قوانين الدول الغربية بوحدة الزواج[3] وتعتبر التعدد جريمة معاقب عليها. كما تسمح عادات بعض القبائل الإفريقية وإقليم التبت والهند بتعدد الأزواج.

إن إيجاد الحلول لهذه المشكلة يتوقف على أمرين: الأمر الأول يتعلق بتكييف هذه الرابطة، والأمر الثاني يتعلق بمدى إمكانية الدفع بالنظام العام بسبب مخالفة القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج[4].

ومن مظاهر الخلاف الواضح في تكييف علاقة الزواج بين دول العالم الإسلامي ودول العالم الغربي نجد قضية تعدد الزوجات، فالديانة المسيحية لا تتفق

---

[1] تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" مع مراعاة أحكام المادة49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"؛ وفي هذا الإطار أيضاً نص المشرع الفرنسي على حالات الطلاق في المادة 229 من القانون المدني.

[2] حيث نظمه المشرع المغربي في المواد 40 إلى 46 من مدونة الأسرة، وأجازه المشرع الجزائري في المادة 08 من قانون الأسرة.

[3] L'art 147 du code civil français dispose que :" On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier".

[4] انظر، عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003 - 2004 ، ص831 ؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين)، مطبعة الفسيلة، الطبعة الثانية، 2008، ص159.

PDF Eraser Free

مع الشريعة الإسلامية في نظرتها للزواج على أنه رابطة تقبل التعدد، ويمكن حلها عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

كما أن الروابط التي هي من قبيل المعاشرة الحرة لا ترقى إلى المضمون الحقيقي للزواج إلا إذا توافر فيها عنصر الاستقرار والدوام ورتب عليها القانون آثار قانونية ترقى بها إلى أن تكون من عناصر تنظيم الأسرة[1].

لقد أصبح يشكل زواج الجزائريين والجزائريات مع الأجانب مشكلة معقدة وحادة وهذا بالنظر إلى المشاكل الاجتماعية والسياسية المتولدة عن مثل هذا الزواج. والدليل على ذلك النزاعات المتعلقة بحضانة وزيارة الأطفال الناتجين عن زواج الجزائريين بالفرنسيات، وكذلك زواج الفتيات الجزائريات ببعض الأجانب الذين اضطرتهم ظروف معينة للعمل بالجزائر.

إن زواج الجزائريين والجزائريات مع الأجانب والأجنبيات لا يعتبر من المحرمات شرعا أو قانوناً باستثناء عدم زواج المسلمة بغير المسلم إلا أنه يمكن منعه أو تقييده بضرورة توافر شروط معينة لضمان حماية الأطفال الناتجين عن هذا الزواج[2].

إن حلول تنازع القوانين في التشريعات العربية في مادة الأحوال الشخصية منقسمة بين الرغبة في الحفاظ على هويتها وأصالتها، وبين الرغبة الملحة في الانفتاح على مستجدات عصرنا الحالي وقواعد النموذج الأممي. ولهذا نجدها أحياناً تأخذ بقواعد ومعايير الفقه الإسلامي وأحياناً أخرى تأخذ بقواعد ومعايير الفقه الوضعي. وقد نجم عن هذه الوضعية إخضاع هذه المنازعات في حالات كثيرة لحلول منسجمة مع منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية. وفي أحيانا أخرى يتم

[1] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 832.
[2] انظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الطبعة الثانية، 2009، ص33.

PDF Eraser Free

استبعاد قواعد التحليل التنازعي كليا دون احترام لمبادئ العدالة والمساواة؛ ومن ذلك تفضيل قانون دولة القاضي لحكم العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي التي يكون أحد أطرافها وطنيا[1].

ولاعتقادنا بالأهمية البالغة لموضوع تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق خاصة وأن المشكلات التي يثيرها إبرام عقد الزواج وانحلاله على صعيد العلاقات الدولية الخاصة متعددة ومتنوعة، وتثير من الخلاف والجدل ما لم يثره موضوعا آخر نظرا لكون الزواج الميدان الحقيقي والخصب لتنازع القوانين، فقد ارتأينا أن نعالج أهم جوانبه القانونية المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره وانحلاله بالتأصيل مع النظرية العامة لتنازع القوانين وبالتوافق مع قوانين الأحوال الشخصية.

وقد اعتمدنا في دراستنا لموضوع تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق على المنهج التحليلي، بالإضافة إلى المنهج المقارن بين التشريعين الجزائري والفرنسي والتشريعات الأخرى كلما اقتضى الأمر ذلك.

إن تناهي النصوص وعدم تناهي الوقائع لا يعتبر مشكلا خاصا فقط بالقانون الداخلي، بل يشمل أيضا النصوص القانونية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية وخاصة قواعد التنازع، التي نظمها المشرع الجزائري في عدد قليل من النصوص القانونية(المواد 9 إلى 24) التي لا تستطيع استيعاب كل الحالات والصور المحتملة لتنازع القوانين، بسبب تنوع وتشعب العلاقات الخاصة الدولية وتنامي أشكالها وصورها يوما بعد يوم.

[1] انظر، خالد برجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرباط، 2001، ص.14- 19.

PDF Eraser Free

لقد عدل القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 الأحكام الخاصة بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان ولاسيما الأحكام الواردة في موضوع دراستنا ولئن كانت الزيجات المختلطة واقعا معاشا في مجتمعاتنا اليوم، فإن هذا النوع من الزيجات يثير مشكلات قانونية عديدة بسبب تنوع واختلاف المرجعيات الدينية للأفراد. وانطلاقا من هذا، فهل ينسجم هذا التعديل مع التطورات الجديدة الحاصلة على صعيد تنظيم العلاقات الدولية الخاصة والاتجاهات الحديثة التي وصلت إليها التشريعات المقارنة؟

وما مدى مواكبة واستجابة الحلول الوضعية المقررة لفض تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري للتطورات الحاصلة في مختلف الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية على الصعيدين الوطني والدولي؟ خاصة في ظل تطور وسائل المواصلات وازدهار عصر تكنولوجيا الاتصالات وأثر ذلك على توسيع نطاق العلاقات الدولية الخاصة. وهل ساهمت هذه القواعد في حل العديد من المشكلات العملية مثل تنامي ظاهرة خطف الأطفال خارج الحدود؟ أم أننا في حاجة ماسة لإضافة قواعد إسناد جديدة؟

وبناء على ما تقدم، ومن أجل إعطاء رؤية واضحة لمختلف الجوانب التي تحيط بالموضوع، قسمنا هذهالرسالة إلى ثلاثة فصول، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

الفصل الثالث القانون الواجب التطبيق على الطلاق

PDF Eraser Free

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

PDF Eraser Free

إن موضوع التصرف القانوني يحتوي على عناصر تتعلق بجوهر التصرف بينما يحتوي الشكل على العناصر التي تجعل التصرف القانوني قائما، فضلا عن أن الموضوع هو من عمل الأشخاص يباشرونه بأنفسهم، بينما تتولى السلطات الإدارية المختصة إتمام الإجراءات الشكلية.

وإذا حدث تغيير في العناصر الجوهرية لموضوع التصرف، فإن ذلك سيؤدي إلى تغييره. بينما عنصر الشكل يحتمل غالبا عملية التغيير. فمثلا إذا اعتبرنا الشكل الديني شرطا موضوعيا للزواج، فإن إضفاء الطابع المدني عليه سيشوهه. وعلى العكس من ذلك إذا اعتبرناه شرطا شكليا فبالرغم من أنه قد تتغير السلطات المدنية المختصة بإبرام هذا العقد، فإن ذلك لا يؤثر على طبيعة الزواج ولا على جوهره[1]. ويقتضي التمييز بين شكل الزواج وموضوعه تحديد وصف كل شرط من شروط الزواج لمعرفة إسناده وهذا هو جوهر عملية التكييف[2].

لقد تناول قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحا دون أن يميز ما يعتبر منها من الشروط الموضوعية وما يعتبر منها من الشروط الشكلية. غير أنه على صعيد القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بين شكل الزواج وموضوعه، ويترتب على ذلك إخضاع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي تخضع له الشروط الشكلية[3]. ولقد كانت القوانين القديمة تخضع كل من شكل التصرف وموضوعه لقانون محل الإبرام وأصبحت اليوم القوانين الحديثة تميز بين شكل التصرف وموضوعه، ولكن كيف يمكننا التمييز بين الشكل والموضوع؟

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومه، الجزائر، 2006، ص.294-295.
[2] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص35.
[3] انظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين)، دار هومه، 2004، ص228.

PDF Eraser Free

في الواقع، قد عجز كل من الفقه والقانون عن إجراء تمييز واضح بين الشكل والموضوع، بينما استطاع القضاء استنادا إلى نظرية التكييف[1] تقسيم القضايا إلى صنفين، قضايا تتعلق بالشكل وقضايا تتعلق بالموضوع. فيقرر القاضي وفقا لقانونه الوطني[2] ما إذا كانت المسألة محل النزاع تتعلق بالشكل أو الموضوع[3].

وفيما يتعلق بالزواج، فقد صدرت أحكام قضائية كثيرة تعالج هذه المسألة، منها قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية قضى بأن ما يقضي به القانون النمساوي من ضرورة حضور الزوجين أمام المحاكم عند الطلاق يعتبر متعلقاً بالشكل وليس بالموضوع، وأن ما يقضي به قانون دولة كندا من أن الطلاق لا يتم إلا بتصريح من البرلمان يعد مسألة تتعلق بالشكل وليس بالموضوع[4].

كما قضت المحاكم الفرنسية في هذا الموضوع في قضية أخرى تعرف بقضية زواج اليوناني الأرثوذكسي وتتلخص وقائعها في أن مواطننا يونانيا أرثوذوكسي يدعى Caraslanis رفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية يطالب فيها بإبطال زواجه الذي تم في شكل مدني من مواطنة فرنسية تقطن في فرنسا، وهذا لأن القانون اليوناني الواجب التطبيق على الزواج يعتبر إشهار الزواج في شكل ديني مسألة موضوعية لصحة الزواج ولكن القضاء الفرنسي اعتبر أن شهر الزواج أمام إحدى السلطات المدنية مسألة شكلية لا موضوعية وبالتالي تخضع لقانون المكان الذي تم فيه الزواج[5]. فقد قضت الغرفة المدنية في قرارها الصادر في 22 جوان

---

[1] تنسب نظرية خضوع التكييف إلى قانون القاضي إلى الفقيه الفرنسي بارتان Bartin الذي يرى أن على القاضي أن يتبع أحكام قوانين بلاده ومفاهيمها عند إجراء عملية التكييف، صادق محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص28

[2] وفي هذا الإطار تنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه".

[3] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص291- 292.

[4] م قتبس عن بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، دار هومه، الجزائر، 2008، ص79.

[5] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص43 ؛ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين)، دار هومه، الطبعة الثانية، 2007، ص101.

PDF Eraser Free

1955 والذي بينت فيه بشكل واضح رأيها في موضوع التكييف:" بأن مسألة معرفة ما إذا كان أحد عناصر الاحتفال بالزواج يدخل في صنف شكل الزواج، أو في صنف الموضوع يجب أن تفصل في هذه المسألة المحاكم الفرنسية في ضوء مفاهيم القانون الفرنسي[1] التي تعتبر أن شهر الزواج دينيا أو مدنيا يتعلق بالشكل"[2]. فالزواج في تكييفه الجوهري من حيث الغاية والهدف يتماثل في مختلف التشريعات ولكنه يختلف في باقي العناصر التي تصاغ بالاستناد إلى معطيات حضارية ودينية واجتماعية تختلف من دولة لأخرى[3].

إن تكييف إشهار الزواج بهذه الكيفية واعتباره متعلقاً بالشكل وإخضاعه للقانون الفرنسي يعد حكما مسبقاً على القضية، إضافة إلى ذلك يصعب على محكمة النقض أن تقرر بهذه السهولة والبساطة ما يعتبر من الشروط الشكلية وما يعتبر من الشروط الموضوعية للزواج، لأن اختلاف قوانين الدول بخصوص هذا الموضوع من شأنه أن يعقد المشكلة، ذلك أن ما يعد من الشكل في دولة ما يعتبر من الموضوع في دولة أخرى. خصوصاً وأن المحكمة في هذه القضية لم تولي أي اهتمام يذكر للقانون اليوناني باعتباره القانون الذي ينظم الإشهار الديني للزواج وكان يتعين عليها استشارته في هذا الموضوع[4].

إن سبب هذا الاختلاف في التكييف مرده، أن القاضي الوطني يكيف الوقائع المعروضة عليه والمشتملة على عنصر أجنبي استنادا إلى قانونه الوطني. ومن المؤكد أن التشريعات تختلف في تحديد الفئات المسندة بالنظر إلى اعتبارات

---

[1] L'art.171-1 du code civil français dispose que:" Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre. ... ".

[2] انظر، محكمة النقض، 1955/06/22، مقتبس عن بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص81.

[3] انظر، السعدية بلمير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية المغرب، 1988، ص21.

[4] انظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.82- 83.

PDF Eraser Free

عدة. وعلى هذا الأساس، قد تواجه القاضي وقائع لا يستطيع تكييفها وفقا لقواعد الإسناد في قانونه الوطني. ولحل هذا الإشكال يلجأ القاضي إلى التوسع في تحديد مفهوم الفئات المسندة في قانونه الوطني. فلو عرض على القاضي الفرنسي نزاع يتعلق بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة، أو نظام تعدد الزوجات، وعلى الرغم من عدم معرفة القانون الفرنسي بهذين المسألتين، يقوم القاضي بالتوسع في تحديد مفهوم فكرة الطلاق والزواج، وذلك بالاستئناس بأحكام القانون المقارن؛ وعليه يكيف المسألة الأولى بأنها تدخل ضمن فكرة الطلاق، ويصنف المسألة الثانية ضمن فكرة الزواج[1]. وقد نص المشرع التونسي على ذلك صراحة، حيث جاء في الفصل 27 من مجلة القانون الدولي الخاص[2] ما يلي:" ... ويتم لغاية التكييف، تحليل عناصر الأنظمة القانونية غير الواردة في القانون التونسي طبقا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه.

وتؤخذ بعين الاعتبار عند التكييف، مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص...".

لقد رأينا من خلال الأمثلة السابقة تأثر مسألة التمييز بين الشكل والموضوع بنظرية التكييف، وأن القضاة يتمتعون بسلطة تقديرية واسعة لتمييز موضوع الزواج عن شكله، وذلك استنادا إلى قانون القاضي. وإذا ما حسمنا مشكلة التمييز بين شكل الزواج وموضوعه، فإنه ينبغي بحث قاعدة التنازع الواجبة التطبيق في مسائل الزواج فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لتكوين عقد الزواج في(مبحث أول) والشروط الشكلية للزواج في(مبحث ثان).

[1] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص105.
[2] انظر، قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص.

PDF Eraser Free

المبحث الأول

الشروط الموضوعية للزواج

يعتبر الزواج من أفسح العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين، وذلك لارتباط تنظيم هذه الرابطة بديانات وعادات وثقافات الشعوب المختلفة[1]، إذ تعتبر في بعض النظم رابطة دينية محضة، وتعتبر في بعض النظم الأخرى رابطة مدنية بحثه وتجيز جل تشريعات الدول الإسلامية تعدد هذه الرابطة وتسمح بانحلالها بإرادة منفردة. وبالمقابل تجرم الدول الغربية تعدد الزوجات، وتقبل بعض هذه الدول بانحلال الزواج لأسباب محددة وبعضها تعتبره رابطة أبدية غير قابلة للانحلال.

وتسبق الخطبة[2] عادة عملية إبرام الزواج لأنها تعتبر من مقدمات الزواج وهي بذلك تدخل في نطاق الأحوال الشخصية وتخضع لنفس القانون الذي يخضع له الزواج[3]. لذا سنكتفي ببيان أحكام القانون الواجب التطبيق على الزواج. إن الزواج المبرم في إطار القانون الدولي الخاص لا يخرج عن الصور التالية: صورة زواج أجانب، أو صورة زواج مختلط[4]، أو قد يتعلق الأمر بزواج وطنيين مبرم في

---

[1] وجدير بالذكر، أنه يشترط لقيام تنازع بين القوانين توفر شرط الصفة الدولية للنزاع، إذ لا يتصور قيام تنازع بين قانون دولة وشرائع سائدة في بلد لا يتمتع بوصف الدولة وفقا لأحكام القانون الدولي العام. وقد انتهى القضاء الانجليزي إلى هذا المبدأ في قضية تتلخص وقائعها في أن انجليزيا تزوج بامرأة تنتمي إلى إحدى القبائل الإفريقية وأنجب منها ولدا ثم توفي، فطالبت الزوجة بحقها في التركة مستندة إلى أن زواجها تم صحيحا وفقا لعادات القبيلة وما تقضي به قاعدة لوكيس في إخضاع شكل الزواج إلى قانون محل الإبرام.

إلا أن المحكمة الانجليزية العليا رفضت دعوى الزوجة واعتبرت العلاقة غير شرعية، وقضت بوجوب تطبيق القانون الانجليزي لعدم وجود أي تنازع بين القوانين.

ولعل الاتجاه الجديد في القانون الدولي الخاص يميل إلى تصور قيام التنازع بين مختلف النظم الدينية والقبلية؛ وهذا ما دفع جانبا من الفقه إلى تسمية هذا الفرع من القانون بقانون تعدد النظم. انظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.77- 78.

[2] نص عليها المشرع الجزائري في المادة 5 من قانون الأسرة:" الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة

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

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

[3] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص68.

[4] لقد انتشر الزواج المختلط في عصرنا الحالي بشكل كبير خاصة من قبل أبناء الجاليات المسلمة في الغرب، فقد أوضحت إحدى الدراسات أن عدد المغربيات اللواتي تزوجن بأجانب انتقل من 996 فتاة سنة 1997 إلى 2507 فتاة سنة 2001، كما ارتفع عدد الرجال المغاربة المتزوجين بأجنبيات من 314 سنة 1997 إلى 13666 سنة2001. انظر، السعدية أعنطري، زواج المغربيات بالأجانب وتأثيراته على مستوى العلاقة الزوجية وتربية الأبناء، ص.2- 3 ، www.islamonline.net

PDF Eraser Free

الخارج[1]. والمبدأ الثابت في الشريعة الإسلامية أنه يحق للأجانب غير المسلمين ممارسة الزواج حسب شرائعهم، بالرغم من وجود بعض الاختلافات مع الشريعة الإسلامية في بعض المسائل مثل: المهر والعدة[2].

لقد أدى الاختلاف حول تحديد طبيعة الخطبة إلى اختلاف التشريعات في تحديد النظام القانوني الذي يحكمها، فتارة ينظر للخطبة باعتبارها عقد عادي كسائر العقود وبالتالي يحكمها قانون الإرادة. وتارة ينظر إليها بأنها بمثابة عقد من عقود الأسرة الممهدة للزواج وتخضع للقانون الشخصي. كما صنفها البعض ضمن دائرة الأفعال الضارة المرتبة للمسؤولية التقصيرية، وبالتالي تخضع لقانون وقوع الفعل الضار مثل ما هو عليه الحال في الفقه والقضاء الفرنسيين[3].

لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالخطبة، ومع ذلك فهي تكيف ضمن مسائل الأحوال الشخصية. وعليه تخضع الشروط الموضوعية للخطبة إلى قانون جنسية الزوجين، وتخضع الشروط الشكلية للخطبة لقانون محل الإبرام. وبالنسبة لآثار الخطبة فتخضع لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة قياسا على قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج بنفس التفصيل الذي سنراه فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج[4]. أما مسألة تعويض الضرر الناتج عن فسخ الخطبة فيحكمها القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية أي قانون وقوع الفعل الضار وهو قانون المحل الذي حصل فيه العدول عن الخطبة.

وقد خص المشرع الكويتي الخطبة بقاعدة إسناد خاصة، حيث نص في المادة 35 من قانون رقم 5 لسنة 1961 بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر

---

[1] انظر، محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول(عقد الزواج وآثاره)، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، المغرب، 2009، ص108.

[2] انظر، محمد عبود مكحلة، الحقوق الدولية الخاصة للأجانب في الدول الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2009، ص114.

[3] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص834.

[4] انظر، الفصل الثاني من هذه الرسالة، ص116.

PDF Eraser Free

الأجنبي على ما يلي:" تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ".

لقد أولى المشرع الكويتي الخطبة اهتماما بالغا بوضع قاعدة إسناد خاصة لحل نزاعات الخطبة المشتملة على عنصر أجنبي، وجنب بذلك القضاة عناء بحث ودراسة مختلف الآراء والاتجاهات الفقهية التي حاولت وضع قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على الخطبة. وبالنسبة للمشرع الجزائري، فرغم حداثة التعديل الذي مس قواعد التنازع لم يخص المسألة بالتنظيم، ونعتقد أنه حان الوقت لتدارك هذا النقص ووضع قاعدة إسناد خاصة بالخطبة.

المطلب الأول

مضمون فكرة الشروط الموضوعية للزواج في القانون الجزائري

لقد عرفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري الزواج بأنه:" عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين". ويشبه هذا التعريف مفهوم الزواج في القانون الفرنسي الذي يشترط رضا الزوجين لقيام الزواج[1]. وتوجد تشريعات أوروبية أخرى تعرف الزواج بأنه عقد بين شخصين دون تحديد جنسيهما وأكثر من هذا تجيز إبرام عقد الزواج بين المثليين كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الهولندي[2] والبلجيكي[3]. إلا أن

[1] L'article 146 du code civil français dispose que : " Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement".
[2] lois du 21 décembre 2000, entrées en vigueur le 1er avril 2001.
[3] L'article 143 du code civil belge dispose que :" Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.
Si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 315 n'est pas applicable".

PDF Eraser Free

تليين فكرة الزواج على الصعيد الدولي لا يعني عندنا القبول بوجود زواج بين رجل ورجل، أو بين امرأة وامرأة، كما بدأ ينتشر في بعض الدول الغربية؛ فمثل هذه العلاقات لا ترتقي إلى مستوى مؤسسة الزواج ولهذا ينظر إليها على أنها واقعة قانونية تبقى خاضعة مبدئيا لقانون المحل الذي وقعت فيه[1].

بداية نشير إلى أن الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية العربية لا تعرف التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في إبرام الزواج، بينما نجدها تميز بين أركان العقد وشروطه[2].

وإذا كانت قواعد الإسناد تميز بين شكل الزواج وموضوعه، فإن ذلك يحملنا على الاعتقاد بأن الشروط الموضوعية للزواج في القانون الدولي الخاص الجزائري تشمل كافة الشروط الأساسية لصحته كعقد[3]؛ أي أركان عقد الزواج وشروطه مثل الرضا والولي على النفس للزوجة أو القاضي إن لزم الأمر والشهود والصداق والأهلية، بالإضافة إلى شرط انتفاء المانع[4]. ويدخل ضمن هذه الشروط في الشريعة الإسلامية شروط اللزوم كالمهر والكفاءة[5]. وهي بهذا تشمل كافة الشروط الجوهرية للزواج الخاصة بحالة الأشخاص المقبلين عليه[6]، والتي يترتب على تخلفها بطلان الزواج أو قابليته للإبطال[7].

وبسبب اختلاف الدول في تحديد مضمون هذه الشروط قد يتم استبعاد البعض منها لتعارضها مع النظام العام والسياسة التشريعية للدول الأوربية القائمة على تسوية حقوق المرأة بحقوق الرجل كما هو الشأن بالنسبة للولاية في الزواج

---

[1] انظر، سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1987، ص42.
[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص25.
[3] انظر، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص264.
[4] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص37 ؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص160.
[5] انظر، غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، دار وائل للنشر، الطبعة الخامسة، 2010، الأردن، ص164.
[6] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص22.
[7] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص24.

PDF Eraser Free

ومسألة تعدد الزوجات. بل أنه يلاحظ وجود تضارب بين مقتضيات التشريعات العربية فيما بينها فمثلا نجد القانون التونسي يمنع على الأجانب سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين إبرام زواج متعدد في تونس رغم أن قانونهم الوطني يبيح ذلك[1].

إن إبرام عقد الزواج قد يتم داخل الوطن، ومن الممكن أيضا أن يتم إبرامه خارج الوطن، وإذا تعلق الأمر بزواج الجزائريين والجزائريات في الجزائر فلا يثور أي نزاع بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الزواج؛ وبالتالي يخضع لحكم المادة الأولى من قانون الأسرة الجزائري، ويتم تطبيق الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري وأيضاً تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية. ولكن إذا كنا بصدد زواج مختلط فتوجد ثمة صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق وسيتضح ذلك عند الحديث عن تطبيق قانون جنسية الزوجين في المطلب الثالث[2].

إن أي عقد زواج يبرم في الجزائر بين جزائري وجزائرية يجب أن يستوفي كافة الشروط الموضوعية لكي ينعقد صحيحا. ومن أهم هذه الشروط: شرط الأهلية وشرط الرضا، وانعدام الموانع الشرعية[3]. وعليه يمتنع على الموثق أو ضابط الحالة المدنية تحت طائلة العقاب[4]أن يحرر عقد الزواج بين الجزائري والجزائرية إذا تخلفت تخلفت الشروط المطلوبة كانعدام الأهلية مثلاً أو وجود مانع شرعي[5].

وفيما يلي نعرض بالتفصيل إلى أهم هذه الشروط الموضوعية:

[1] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص.181-182.
[2] انظر بشأن هذه المسألة ص 39 من هذه الدراسة.
[3] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص165.
[4] تنص المادة 77 من قانون الحالة المدنية على ما يلي:" يعاقب القاضي الشرعي أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 141 المقطع الأول من قانون العقوبات.
يعاقب ضابط الحالة المدنية أو القاضي الشرعي الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دج بموجب حكم صادر عن المحكمة الناظرة في المسائل المدنية". انظر أمر رقم 70- 20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية.
[5] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص166.

PDF Eraser Free

الفرع الأول

الرضا وأهلية إبرام عقد الزواج

أولا: الرضا:

تنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" ينعقد الزواج بتبادل رضا[1] الزوجين". ونصت المادة 10 من نفس القانون المذكور أعلاه على أنه:"

يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة أو الإشارة".

من خلال النصوص السابقة تظهر لنا أهمية الرضا كركن في عقد الزواج، إذ لا بد من توافره صراحة لإمكان قيام عقد الزواج وسلامته. ويجب أن يكون تعبير رضا كل واحد من الزوجين في الاقتران بالآخر علنيا وتاما دون أن يكون مشيباً بأي عيب من عيوب الإرادة كالغش أو الإكراه أو التدليس. وبتخلف ركن الرضا في عقد الزواج يكون العقد باطلا لانعدام الركن الأساسي لانعقاده.

ويتم التعبير عن الرضا بتبادل الإيجاب والقبول، حيث يعلن الزوج عن رغبته في الزواج من الزوجة، وتعلن الزوجة قبولها الاقتران به[2]. ويحدد القانون الشخصي لكل من الزوجين عناصر الرضا، وكيفية التعبير عنه ومدى ضرورة سماع كل من الزوجين لتعبير الآخر عن الإيجاب أو القبول[3].

---

[1] انظر، أيضا نص المادتين المعدلتين 4 و1/33 من قانون الأسرة الجزائري.
[2] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص38- 39.
[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص92.

PDF Eraser Free

ثانيا:أهلية إبرام عقد الزواج:

لقد درجت قوانين الأحوال الشخصية منذ القديم على تحديد سن أهلية الزواج للمقبلين على الزواج بحيث لا يكون في استطاعتهم إبرام عقد الزواج قبل بلوغ السن المحددة مراعاة لصحة الفتيات وقدرتهم على الإنجاب، ومراعاة أيضا لقدرة الفتيان على تحمل مسؤوليات الزواج.

واستثناء 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 لإبرام عقد الزواج[1]، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

والجدير بالذكر، أن أهلية الزواج تحكمها قاعدة إسناد خاصة، فهي تخضع للقانون الشخصي لكل من الزوجين؛ أي يسري عليها القانون الشخصي الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج[2].

وقد ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في تحديد سن أهلية الزواج. كما دل على ذلك نص المادة السابعة المعدلة من قانون الأسرة بقولها:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...". وإذا كان مناط الترخيص بالزواج المصلحة أو الضرورة، فإنه يتعين على القاضي أن يتأكد من توافر الشروط المستلزمة لمنح الإذن دون أن يمس مصالح المجتمع ومصالح

[1] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص163.
[2] انظر، أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص119.

PDF Eraser Free

الأطراف أنفسهم. فعلى القاضي أن يراعي في ذلك رغبة الفتاة في الارتباط، ولكن يجب ألا يكون الغرض من منح الترخيص تغطية فضيحة أخلاقية[1].

وفي حالة عدم حصول الزوج القاصر على الإذن بالزواج يتعين على ضابط الحالة المدنية أن يرفض تحرير عقد الزواج. وإذا حرره سهواً أو عمداً فإن هذا العقد يعتبر باطلاً ويعرض نفسه للعقاب[2].

ولكن الوضع يختلف عندما نكون بصدد إبرام عقد زواج جزائري أو جزائرية بالغين سن الزواج وفقاً لقانونهما الوطني مع شخص أجنبي أين يكون سن أهلية الزواج في بلده أقل من سن أهلية الزواج المعمول بها في الجزائر. فوفقاً لما ورد في نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري، فإنه يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين. ويؤكد لنا أيضا نص المادة 13 من القانون المذكور أعلاه أن الأهلية تبقى خاضعة لقانون كل واحد من الزوجين.

وعلى هذا، إذا رغب زوج جزائري بالغ لسن أهلية الزواج وفقا للقانون الجزائري في أن يعقد زواجه مع زوجة أجنبية يحدد قانونها الوطني سن أهلية الزواج بـ 18 سنة، فلا يجوز لضابط الحالة المدنية أن يمتنع عن تحرير عقد الزواج بسبب عدم بلوغ الزوجة الأجنبية سن 19 سنة، لأن الأهلية في هذا الفرض تخضع لقانون جنسية كل زوج على حدة وليس للقانون الجزائري وحده فقط[3].

إن شرط الأهلية من الشروط التي يطبق فيها ضابط الإسناد المركب تطبيقا موزعا بحيث تراعى مدى صحة هذا الشرط وفقا لقانون جنسية كل زوج على حدة.

---

[1] انظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد04، 1999، ص79- 80.

[2] انظر المادة 77 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

[3] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.163-164.

PDF Eraser Free

وتوقيتيا لذلك لا يشترط أن تتوفر في الأجنبي سن الزواج المقررة في قانون القاضي إذا كان قانونه الشخصي يحدد سناً مختلفة. كما لا يستطيع هذا الأجنبي أيضا إبرام زواجه إذا لم يبلغ السن المقررة في قانونه الشخصي ولو كان بالغا السن اللازمة لاكتمال الأهلية وفقا لقانون القاضي[1].

وقد ثار جدل فقهي كبير حول تحديد الجهة المختصة بمنح الإعفاء من بعض الشروط الموضوعية للزواج كالإعفاء من شرط السن لدواعي الضرورة. فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار وسيلة الإعفاء من بعض الشروط الموضوعية مسألة مرتبطة بشكل انعقاد الزواج. ولئن كان غالبية الفقهاء يرون بأن منح الإعفاء من اختصاص القانون الوطني. ويجيز أنصار الفريق الثاني للسلطات المحلية المختصة منح هذا الإعفاء متى كان القانون الوطني للأجانب يجيزه بصفة أصلية. وبشرط ألا يترتب على ذلك إباحة زواج مخالف للنظام العام المحلي[2]. ومن جهة أخرى يجب على السلطات المحلية أن تقبل بالإعفاء الذي يحصل عليه الزوج الأجنبي من السلطات المحلية المختصة في بلده الأصلي[3].

وفي رأينا أن مثل هذا الإعفاء يجب أن يدخل ضمن موضوع الزواج ويخضع للقانون الشخصي للزوجين، وذلك لارتباط المسألة بتكوين الزواج أكثر من شكله. ومع ذلك فتبقى المسألة مرتبطة بالتكييف الذي يختلف باختلاف قانون القاضي.

وإذا كان الثابت مما تقدم أن أهلية إبرام عقد الزواج قد أثارت خلافا كبيرا في القانون الدولي الخاص، فهل يثير بقية الشروط الأخرى الخلاف ذاته؟ هذا ما سنراه من خلال الفرع التالي:

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص.86-87.
[2] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص134.- 135.
[3] انظر، هشام خالد، نفس المرجع، ص136.

PDF Eraser Free

الفرع الثاني

الولي والشهود والصداق

أولا:الولي:

جاء في الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري أن" المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". أما الفقرة الثانية فقد نصت على أن" يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له". واعتبرت المادة 13 أنه لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.

لقد أصبح الولي بموجب المادة 9 مكرر من قانون الأسرة من شروط عقد الزواج بينما كان قبل تعديل 2005 ركن أساسي في عقد الزواج. والحقيقة أن المشرع الجزائري قد وقف من شرط الولي في إبرام عقد الزواج موقفاً متذبذباً فلم يلغه صراحة ولم يشترطه صراحة. وإلا كيف يمكن تفسير نص المادة 11 من أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها، وأكثر من هذا أن يكون هذا الولي أي شخص تختاره حتى ولو كان شخصاً أجنبياً. وعلى هذا فإنه لا معنى لحضور الولي إذا لم يكن له أي تأثير في زواج من هي في ولايته، ما دام أن غيابه[1] عن مجلس العقد لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على إجازته[2].

[1] مع ملاحظة هنا، أن نص المادة 33 من قانون الأسرة رتب الفسخ على زواج القاصر الذي يتم بدون ولي.

[2] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.42- 43.

PDF Eraser Free

أما المشرع المغربي، فقد أجاز في المادة 25 من مدونة الأسرة للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها. كما اعتبر المشرع التونسي أن زواج القاصر متوقف على موافقة الولي والأم[1].

ثانيا: الشهود:

يعتبر حضور الشاهدين حسب نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري شرطاً من شروط صحة عقد الزواج. وعليه، فإن تخلف شرط وجود الشاهدين لا يترتب عليه البطلان المطلق، وإنما يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، وهو الجزاء المنصوص عليه في المادة 33 من قانون الأسرة.

ويشترط الفقه الإسلامي توافر مجموعة من الشروط في الشاهد، منها أن يكون مسلما بالغاً عاقلا وعدلا[2]. أما قانون الحالة المدنية الجزائري فيشترط في الشهود أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل دون ميز فيما يخص الجنس كما نصت على ذلك المادة 33. والملاحظ هنا أن نص المادة 7 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري قد حدد ووحد سن الزواج بالنسبة الرجل والمرأة ببلوغ 19 سنة. بينما كانت المادة السابقة تحدد أهلية الزواج بالنسبة للرجل بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة.

لقد آثار شرط الإشهاد على عقد الزواج جدلا فقهيا كبيرا حول تكييفه، فذهب رأي إلى اعتبار عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد شكلي على أساس أن الإشهاد شرط لصحة العقد، وإن كان الرضا يعد ركنا أساسيا فيه. وذهب رأي آخر

[1] انظر، الفصل 06 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
[2] انظر، بسام نهار البطون، الشهادة في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص182.

PDF Eraser Free

إلى اعتبار عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد رضائي، وأنه لا يشترط الإشهاد على عقد الزواج لا ابتداء ولا انتهاء[1].

إذن، قد انقسم الفقه الإسلامي بشأن تحديد طبيعة شرط الشهادة إلى اتجاهين: اتجاه يقضي باعتبار شرط الشهادة شرط شكلي وبالتالي يخضع لقانون المحل. بينما يعتبره الاتجاه الثاني من قبيل الشروط الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع.

ويبرر أنصار الاتجاه الأول موقفهم على أساس أن الهدف من حضور الشهود مجلس عقد الزواج يتمثل في ضمان علم الغير بانعقاد هذا الزواج؛ وأنه يمكن تحقيق هذه العلانية باستعمال طرق أخرى غير طريق الشهود مادام أن الهدف من الشهود هو تحقيق العلانية[2].

وخلافا للرأي الفقهي الأول يرى أنصار الرأي الثاني بأن الشهادة شرط موضوعي لصحة الزواج، وينبغي الرجوع في شأنها للقانون الذي يحكم موضوع الزواج[3].

والثابت من كل ما تقدم، أن اعتبار شرط الشهادة من الشروط الشكلية لانعقاد الزواج لا يجعل من عقد الزواج عقداً شكلياً بالشكل المعروف لدى التشريعات الغربية، بل يبقى عقد الزواج عقدا رضائياً وتبقى الشهادة من شروط صحة الزواج الموضوعية[4]. وهذا راجع لاتصال شرط الإشهاد بجانب تكوين العقد أكثر من اتصاله

[1] انظر، المبسوط، المرجع السابق، ج5 ، ص30، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص35- 36.
[2] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص90.
[3] مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص40.
[4] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ، المرجع السابق، ص.93- 94.

PDF Eraser Free

بشكله. ولهذا وجب إخضاع هذا الشرط للقانون الشخصي بغض النظر عما ينص عليه قانون محل الإبرام[1].

ثالثا: الصداق:

الصداق هو ما يدفعه الرجل للمرأة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، تعبيراً عن رغبته في الاقتران بها، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، مصداقاً لقوله تعالى:" واتوا النساء صدقاتهن نحلة "[2]. ويحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق لايبطل الزواج[3]، بل تستحق الزوجة صداق المثل. وتستحق الزوجة الصداق كاملا بمجرد الدخول بها، أو بوفاة الزوج. وتستحق نصفه في حالة طلاقها قبل الدخول[4].

وفي حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين[5].

الفرع الثالث

انعدام الموانع الشرعية

لكي ينعقد الزواج صحيحا يجب أن تكون المرأة غير محرمة على من يريد الزواج منها[6]. وتنص المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة". وعليه، فإن أي عقد

---

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص40.
[2] سورة النساء، الآية 04.
[3] انظر، المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1998/11/17، ملف رقم 210422، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص53.
[4] انظر، المادتين 15، 16 من قانون الأسرة الجزائري.
[5] انظر، المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري.
[6] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص97.

PDF Eraser Free

زواج يبرم عمداً أو بغير قصد بين رجل وامرأة من النساء المحرمات كالأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت هو عقد باطل ويجب فسخه قبل الدخول و بعده. ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء[1].

ومن المحرمات المؤقتة التي ورد النص عليها في المادة 30 من قانون الأسرة زواج المسلمة بغير المسلم[2]. ومعنى ذلك أنه يحرم على المرأة الجزائرية المسلمة الزواج مع رجل غير مسلم سواء كان يهوديا أو نصرانيا أو ملحداً، وذلك مصداقاً لقوله تعالى:" ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم، ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا ولعبد مومن خير من مشرك ولو أعجبكم"[3]. ولكن بمجرد زوال سبب المنع كأن يترك المسيحي دينه ويعتنق الإسلام يجوز للجزائرية المسلمة أن تتزوج معه.

وعلى هذا الأساس، إذا تزوجت الجزائرية المسلمة بغير المسلم وسواء تم ذلك عن طريق الغش أو بإرادتهما المشتركة، فإن هذا الزواج يعتبر باطلا بطلانا مطلقاً طبقاً لنص المادة 32 من قانون الأسرة. ويجب الحكم ببطلانه سواء بطلب من ممثل النيابة العامة أو من له مصلحة في إبطاله[4]، بل يستطيع القاضي أن يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه. حيث أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة[5].

وإضافة إلى الشروط السابقة، اشترط المشرع الجزائري شروط أخرى لا تدخل ضمن الشروط الموضوعية ولا الشروط الشكلية، بل تعد من قبيل الإجراءات الإدارية

---

[1] انظر المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] لقد أجمع العلماء على حرمة زواج المسلمة بغير المسلم، وذلك مخافة أن يدفع غير المسلم المسلمة معه إلى الكفر، وأيضاً لأنه يشتمل على استعلاء غير المسلم على المسلمة. انظر، محمد علوشيش الورتلاني، أحكام التعامل مع غير المسلمين والاستعانة بهم، دار التنوير، الطبعة الأولى، الجزائر، 2004، ص.127- 128.

[3] انظر، سورة البقرة، الآية 221.

[4] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص56.

[5] انظر، المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

PDF Eraser Free

والتنظيمية ومن ذلك اشتراط الحصول على رخصة مسبقة كشرط لإبرام عقد الزواج وكذلك شرط الشهادة الطبية. ونتولى بيان ذلك فيما يلي:

أولاً: الحصول على رخصة مسبقة كشرط لإبرام عقد الزواج: يتطلب الأمر دراسة ثلاثة أنواع من الرخص المطلوبة كشروط لإبرام عقد الزواج أمام الموظف المختص بإبرام عقد الزواج، وذلك على النحو التالي:

1) رخصة رئيس المحكمة كشرط لإبرام عقد الزواج

لقد تباينت مواقف تشريعات الدول العربية من مسألة تعدد الزوجات فمنها من يأخذ بنظام تعدد الزوجات دون قيد أو شرط كالكويت[1] والسعودية، ومنها من يأخذ بنظام تعدد الزوجات مع تقييده بشروط معينة كالمغرب[2] والجزائر وسوريا، ومنها من يحرم ممارسة تعدد الزوجات تحريما صريحا كالمشرع التونسي[3]، الذي يجعل منه جريمة يعاقب عليها القانون تأثرا بنص المادة 147 من القانون المدني الفرنسي التي تمنع إبرام عقد زواج ثان قبل انحلال الزواج الأول، وكذا نص المادة 340 من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 500 فرنك إلى عشرين ألف فرنك كل شخص مرتبط بعقد زواج ويبرم عقد زواج آخر قبل انحلال عقد الزواج السابق.

لقد أسند قانون الأسرة الجزائري إلى رئيس المحكمة صلاحية منح الرخص لإبرام عقد الزواج، سواء لمن لم يبلغ السن القانوني المحدد لإبرام الزواج، أو لمن يرغب في التعدد[4]. فبالنسبة للحالة الأولى اشترط القانون لمنح الترخيص توافر شروط معينة وهي أن تكون هناك مصلحة أو ضرورة، ويضاف إلى ذلك قدرة الطرفين

[1] انظر، المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.
[2] انظر، المادتين 40، 41 من مدونة الأسرة.
[3] انظر، الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية.
[4]. انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.82 - 84.

PDF Eraser Free

على الزواج. وتبقى هذه الأمور من الشروط الموضوعية التي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

وفيما يخص الترخيص الثاني، أي ترخيص القاضي بالزواج الجديد لمن يرغب في الزواج بامرأة ثانية، فإن نص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري قد تطلب مجموعة من الشروط نوردها فيما يلي:

1) إثبات موافقة الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها.
2) إثبات الزوج المبرر الشرعي
3) قدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية مطلقة لتقرير توفر الشروط السابقة أو عدم توفرها. بيد أن طائفة كبيرة من الأزواج يعمدون إلى التحايل على نص المادة 08 فيتزوجون عرفياً وبعد مضي مدة من الزمن يلجئون إلى القضاء لتثبيت الزواج العرفي وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 21، 22 من قانون الأسرة الجزائري.

2) رخصة الوالي كشرط لعقد الزواج

قد تفرض بعض الأسباب الأمنية على المشرع وضع بعض القيود التنظيمية لإبرام عقد زواج الأجانب فوق التراب الوطني، بحيث لا يمكن للأجنبي إبرام عقد الزواج إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة[1] من والي الولاية التي يقيم بها الزوج المعني، وذلك بعد أخذ رأي مصالح أمن الولاية إثر تحقيق شامل حول وضعية الأجنبي وظروف إقامته[2].

[1] انظر،المادة 73 من قانون الحالة المدنية الجزائري.
[2] انظر، التعليمة رقم02 الصادرة بتاريخ1980/02/11 عن وزارة الداخلية الجزائرية.

PDF Eraser Free

والحقيقة، أن هذا الإجراء ليس ركنا أو شرطا في عقد الزواج وإنما هو إجراء إداري بحث يلزم ضابط الحالة المدنية ولا يلزم القاضي. وعلى هذا الأساس، إذا أبرم جزائري عقد زواجه عرفياً مع أجنبية في الجزائر، واحترمت فيه كافة الأركان والشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة، ولكن دون أن يحصل الزوج المعني على الترخيص الإداري المسبق من الوالي، ثم تقدم بعد ذلك أحد الزوجين لتسجيل هذا الزواج أمام القضاء، فلا يجوز للقاضي الامتناع عن تسجيل هذا الزواج وإلا يجابه بإنكار العدالة. ولا يمكن وصف هذا العقد في هذه الحالة بأنه باطل أو فاسد طالما توافرت فيه الشروط الموضوعية لصحة الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة[1].

3) رخصة موظفي الأمن والدفاع الوطنيين

تشترط بعض القوانين الشخصية للزوجين ضرورة الحصول على إذن مسبق بالزواج من السلطات المختصة، كما هو الشأن بالنسبة لأفراد الأمن، ويثور التساؤل هنا حول صحة الزواج في حالة عدم مراعاة هذه الشروط المقيدة؟

استنادا إلى نص المادة 23 من المرسوم رقم 83-481 المؤرخ في 1983/08/13 لا يستطيع موظفي الأمن الوطني إبرام عقود زواجهم إلا بعد الحصول على ترخيص بالزواج من الجهة التي لها سلطة التعيين حتى ولو كان الزوج الآخر جزائرياً. وإذا خالف الموظف الأمني أحكام هذا المرسوم ولجأ إلى إبرام زواجه عرفيا فيخضع عندئذ لإجراءات تأديبية، ولو أن ذلك لا يعيب العقد بالفساد ولا بالبطلان متى تم احترام الأركان والشروط المنصوص عليها في المادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة.

[1] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص63.

PDF Eraser Free

والأمر سيان كذلك بالنسبة لعقد زواج العسكريين فلا يمكن إبرامه إلا بعد تقديم رخصة ممنوحة من طرف مصالح الدفاع الوطني. وفي حالة ما أخفى الزوج صفته العسكرية وأبرم عقد زواجه دون رخصة، فإنه يعرض نفسه إلى المتابعة الجزائية والإدارية. ومع ذلك فإنه، لا يمكن وصف هذا العقد بأنه باطل. بل يمكن لهذا العسكري أن يلجأ إلى القضاء من أجل تثبيت هذا الزواج وتسجيله طبقاً لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة[1].

ثانيا: شرط الشهادة الطبية

إن الشهادة الطبية ليست شرطاً موضوعياً، بل هي إجراء إداري وتنظيمي اشترطته المادة 07 مكرر من قانون الأسرة. إذ أوجبت على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة(03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج. وقد بينت المادة 03 من المرسوم التنفيذي[2] رقم 06–154 أنه لا يجوز للطبيب تسليم الشهادة الطبية حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم إلا بعد إجراء فحص عيادي شامل، تحليل فصيلة الدم(ABO+rhésus)

وإضافة إلى ذلك وحسب المادة 04 من نفس المرسوم، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج والذرية وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها. وحسب نص المادة 07 من المرسوم أعلاه، فإنه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج. كما أنه لا يجوز للموثق أو ضابط

[1] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 64 وما بعدها.
[2] انظر، مرسوم تنفيذي رقم 06 - مؤرخ في 2006/05/11 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 /1984/06 والمتضمن قانون الأسرة.

PDF Eraser Free

الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافاً لإرادة المعنيين. وإذا تجاهل الموظف المختص بإبرام عقد الزواج هذا الشرط وقام بتحرير عقد الزواج دون أن يستلم هذه الشهادة[1]، فإنه سيعرض نفسه للعقاب الإداري والجزائي[2].

لقد اتضح لنا مما تقدم أن الشروط السابقة تعتبر كلها عناصر ضرورية ولازمة لكي ينشأ عقد الزواج صحيحا ومنتجا لآثاره في نظر القانون الجزائري. وفيما يلي، سنحاول أن نتعرف على ما يقابل هذه الشروط في القانون الفرنسي.

المطلب الثاني

مضمون فكرة الشروط الموضوعية للزواج في القانون الفرنسي

إن مسألة صحة موضوع الزواج تدخل في القانون الفرنسي ضمن فئة الأحوال الشخصية، ويحكمها قانون جنسية كل من الزوجين وقت الزواج. ولا تثار أية صعوبات عندما يكون الزوجان من جنسية واحدة. ولكن الصعوبة تكمن في حالة اختلاف جنسيتهما وغالباً ما يكونا كذلك. وعلى العموم تتمثل هذه الشروط في السن والموافقة، الاستعداد الجسدي، الإذن من الوالدين. ووفقاً لما جرى عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي يجري تطبيق هذه الشروط تطبيقا موزعا.

وثمة شروط أخرى تتعلق في وقت واحد بالزوجين ويتعلق الأمر بموانع الزواج كعدم زواج الخال بابنة أخته مثلا، وعند هذا الفرض لا يكون الزواج قائما إلا إذا لم يكن أي من القانونين الوطنيين يلغيه، وهذا ما يسمى بالتطبيق التراكمي[3]. وعلى هذا يكون الزواج المبرم في الخارج صحيحا إذا تم تطبيق الشروط الموضوعية

[1] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص53

[2] .انظر، المادة 77 من قانون الحالة المدنية.

[3] انظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2008، ص508.

PDF Eraser Free

المنصوص عليها في القانون الوطني للزوجين تطبيقا موزعا أو جامعا بحسب طبيعة هذه الشروط[1]. ويمكن إجمال أهم هذه الشروط فيما يلي:

الفرع الأول

الشروط الطبيعية للزواج

تتمثل الشروط الطبيعية للزواج في القانون الفرنسي فيما يلي:

أ- اختلاف الجنس:

إن الاختلاف الجنسي بمعناه الفعلي من الأركان الجوهرية في عقد الزواج لدى غالبية المجتمعات، وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص على الركن البيولوجي بصفة صريحة في المادة 09 من قانون الأسرة، فإنه في نظره أمر بديهي تقتضيه طبيعة الزواج. ورغم ذلك يمكن استخلاصه من تعريف الزواج الوارد في نص المادة 04 المعدلة[2].

وفي فرنسا، لا يتم إبرام عقد الزواج إلا بين رجل وامرأة، أما إذا كان العاقدان من جنس واحد فيترتب على هذا العقد البطلان[3]. وهذا بخلاف اتفاق التضامن المدني[4] والمعاشرة الحرة[5] اللذين يجيزهما القانون الفرنسي بين شخصين من جنسين مختلفين، أو من نفس الجنس.

---

[1] Sandrine CLAVEL, Droit International Privé, Dalloz, Paris, 2009, p.359.

[2] انظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.9- 10.

[3] انظر، هشام خالد، المرجع السابق، ص51، ص52.

[4] Article 515-1 du code civil français dispose que : «Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

[5] Article 515- 8 du code civil français dispose que : «Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

PDF Eraser Free

ونشير هنا إلى أن المعاشرة غير الشرعية عرفت قديما لدى القانون الروماني والذي كان يعتبرها زواج من درجة سفلى[1] واعتبرها القانون الكنسي زواج باطل. كما عرف هذا النوع من الزواج في أمريكا تحت اسم Living together أي العيش سويا. وتتعدد أسباب إقبال الأفراد على المعاشرة غير الشرعية، نذكر منها: القيام بتجربة الزواج، عدم الأهلية لزواج قانوني، الرغبة في تجنب الآثار القانونية للزواج الشرعي، الخلاف بين الزوجين[2].

ويحاول المعاشرون الاقتراب من وضع الزواج، فيعيشون حياة مشتركة وبصفة علنية. غير أن الحقيقة المؤكدة هي أن المعاشرة غير الشرعية تختلف عن الزواج بدليل أن المعاشرين يختارون هذا النوع من الزواج هروبا من الأحكام التي تحكم الزواج القانوني. فهم يرفضون الارتباط بشكل دائم ومستمر وتنقصهم نية الزواج. وعلى هذا الأساس فإن المعاشرة غير الشرعية في فرنسا هي من الأوجه السلبية لحرية الاقتران وتتعارض مع مصلحة المجتمع والمعاشرين أنفسهم[3].

وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري نجده يعاقب على العلاقة القائمة بين شخصين من جنس واحد، لأن ذلك يعد طريقا منحرفاً لتصريف الطاقة الجنسية ويؤدي إلى ضياع الأسر وانتشار الأمراض[4]. وقد ورد النص على هذه العقوبات في المادة 338 من قانون العقوبات :" كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج"[5].

---

[1] لقد كانت المعاشرة غير المشروعة في عهد أوجست Auguste علاقة غير محرمة، ويطلق عليها الزواج الأدنى، ولم يكن لهذه العلاقة أية آثار أو حقوق وكان الأولاد الناجمين عن هذه العلاقة يعتبرون أولاد غير شرعيين. انظر، ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام، الجزء الأول، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000، ص41.

[2] انظر، علي مصباح إبراهيم، المعاشرة غير الشرعية في فرنسا والزواج المنقطع في لبنان، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص407- 408.

[3] انظر، علي مصباح إبراهيم، المرجع السابق، ص418 وما بعدها.

[4] انظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص11.

[5] انظر، أمر رقم 66- 156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

PDF Eraser Free

لا شك أن سبب هذا الاختلاف بين التشريعات العربية والغربية في تحديد مضمون العلاقة الأسرية بين الرجل والمرأة مرده اختلاف الفلسفة التي تقوم عليها الأسرة في الدول الغربية والتي وصل بها الأمر لقبول الزواج بين شخصين من نفس الجنس. وغير خاف أن نظام العلاقة الاستسرارية يهدد النظام الأسري القائم على الزواج، كون هذه العلاقة قائمة على الحرية المطلقة لطرفيها دون الأخذ في الحسبان الحقوق والواجبات التي يرتبها عقد الزواج[1].

ب- بلوغ السن القانوني للزواج: يتحدد سن الزواج في القانون المدني الفرنسي ببلوغ كل من الرجل والمرأة سن الثامنة عشر[2].

ونشير هنا، إلى أن المشرع الفرنسي[3] قد عدل المادة 63 من القانون المدني وألغى الشهادة الطبية ما قبل الزواج.

الفرع الثاني

الشروط ذات الطبيعة العقدية

أ- رضاء الزوجين:

وهو الشرط المنصوص عليه بمقتضى المادة 146 من القانون المدني الفرنسي[4] التي تشترط اتفاق وتراضي الزوجين على إبرام عقد الزواج. ويترتب على انعدام الرضا بطلان الزواج[5].

---

[1] انظر، تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيرها على الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2008، العدد03، ص.91-92.

[2] Article 144 du code civil français dispose que: « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ».

[3] LOI n°2007-1787 du 20 décembre 2007 - art. 8

[4] Article 146 du code civil français dispose que: « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

[5] Article 180 du code civil français dispose que: «Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux

PDF Eraser Free

ب- رضاء الوالدين

ويدخل أيضا ضمن نطاق تطبيق القانون الشخصي للزوجين شرط الحصول على موافقة الوالدين الذي قد تشترطه بعض التشريعات، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الشرط ضروريا لصحة إبرام الزواج أم أن الغرض منه مجرد إعلام الوالدين دون أن يترتب على اعتراضهما أثر على صحة الزواج [1]. ونصت على هذا الشرط المادة 148 من القانون المدني الفرنسي[2]؛ والتي أوجبت رضاء الوالدين في حالة ما إذا كان الزوج قاصرا أو الزوجة.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي الشهيرة في هذا الموضوع قضية " OGADEN v. OGDEN " التي تتلخص وقائعها في أن شاباً فرنسياً قاصراً ذهب إلى انجلترا وتزوج بانجليزية تبلغ من العمر 25 سنة دون حصوله على إذن من والديه طبقاً لنص المادة 148 من القانون المدني الفرنسي. ولكنه رجع إلى فرنسا وطالب القضاء الفرنسي بإبطال هذا الزواج، فأبطله القضاء الفرنسي استنادا إلى نص المادة المذكورة أعلاه. ثم تزوج مرة أخرى وتزوجت زوجته الانجليزية السابقة من زوج انجليزي، فلما علم هذا الأخير بسبق زواجها، طالب أمام محكمة انجليزية ببطلان الزواج الثاني منعاً لتعدد الأزواج، فقضت محكمة الاستئناف الانجليزية سنة 1908 ببطلانه واعتبار زواج الإنجليزية من المواطن الفرنسي صحيحا[3].

---

dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage.

S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage».

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص.87 - 88.

2 Article 148 du code civil français dispose que : « Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement ».

[3] مقتبس عن بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، دار هومه، الجزائر، 2008، ص91 ؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص104.

PDF Eraser Free

ولا شك أن سبب تضارب هذين الحكمين يرجع إلى التكييف وإلى اختلاف قواعده في القانون الفرنسي والانجليزي. ففي القانون الفرنسي يعتبر رضا الأولياء من الأشكال المتممة للأهلية، ومن ثم يخضع لقانون الجنسية وهو القانون الفرنسي. أما القانون الانجليزي فيعتبر رضا الأولياء من الأشكال الخارجية، ومن ثم يخضعه لقاعدة " خضوع شكل العقد لقانون بلد الإبرام". فالقضاء الانجليزي انتهى إلى تقرير صحة الزواج بإخضاعه مسألة أهلية إبرام عقد الزواج لقانون محل الإبرام[1].

وإلى جانب هذه القضية توجد قضية أخرى مماثلة تعرف باسم" MALLAAC " التي تتلخص وقائعها في أن زوجين فرنسيين بالغين سن الرشد أشهرا زواجهما بانجلترا دون الحصول على رضاء الوالدين المنصوص عليه في المادة151 من القانون المدني. لا شك أن القاضي الانجليزي سيعتبر هذا الزواج صحيحا وفقاً لتكييف قانون القاضي الذي يعتبر رضا الوالدين مجرد شرط شكلي فقط وليس شرط صحة. والمادة 148 من القانون المدني الفرنسي تأخذ بنفس التكييف وتصرح بعدم تطبيقها على الزواج الذي تم بين الزوجين الفرنسيين في انجلترا. إن شرط رضا الوالدين لا يمكن أن يكيف دائما على أنه قاعدة شكلية أو قاعدة متعلقة بالأهلية وإنما يجب أن يراعى في تكييفه أن يكون منسجما مع طبيعة القانون الذي يخضع له الرضا[2].

[1] انظر، بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص92 ؛ انظر، أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص67.

[2] انظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.93- 94.

PDF Eraser Free

ج- رضاء الأقارب:

تستوجب المادة 150 من القانون المدني الفرنسي[1] في حالة عدم وجود الوالدين أو في حالة ما إذا تعذر عليهما التعبير عن إرادتهما الحصول على رضاء الأقارب.

د- موافقة الهيئات الإدارية:

كما هو الشأن بالنسبة للأفراد المنتسبين للقوات المسلحة الفرنسية[2]، وكذا موظفي السلك الدبلوماسي الفرنسي. وهذا الشرط اقتضته ضرورات الحفاظ على أمن الدولة[3].

وبالإضافة إلى الشروط ذات الطبيعة العقدية، يدخل أيضا ضمن تكوين الزواج في القانون الفرنسي شروط ذات طبيعة أخلاقية. ونعني بذلك موانع الزواج التي تحول دون إبرام الزواج والمستمدة من الأخلاق السائدة في المجتمع الفرنسي، ومثال ذلك المادة 147 التي تمنع إبرام عقد الزواج و أحد الزوجين مرتبط بزواج سابق[4] . والمادة 161 التي تحظر الزواج في حالة وجود قرابة محرمة بين الزوجين[5].

1 Article 150 du code civil français dispose que : «Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, ou s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement… ».

[2]Dans ce contexte, l'article 96 du code civil français dispose que: " En cas de guerre ou d'opérations militaires conduites en dehors du territoire national, pour causes graves et sur autorisation, d'une part, du garde des sceaux, ministre de la justice, et d'autre part, du ministre de la défense, il peut être procédé à la célébration du mariage des militaires, des marins de l'Etat, des personnes employées à la suite des armées ou embarquées à bord des bâtiments de l'Etat sans que le futur époux comparaisse en personne et même si le futur époux est décédé, à la condition que le consentement au mariage ait été constaté dans les formes ci-après : 1° Sur le territoire national, le consentement au mariage du futur époux est constaté par un acte dressé par l'officier de l'état civil du lieu où la personne se trouve en résidence… ".

[3] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص57.

[4] Article 147 du code civil français dispose que : «On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

[5] Article 161 du code civil français dispose que : «En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne».

PDF Eraser Free

المطلب الثالث

تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج

لقد عرفت الأنظمة القانونية المقارنة ثلاث اتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، أبرزها إخضاع هذه الشروط لقانون جنسية كل من الزوجين. وعرف هذا الاتجاه تطبيقا واسعا في تشريعات الدول العربية والقانون الفرنسي. أما الاتجاه الثاني، فقد أخضع هذه الشروط إلى قانون موطن الزوجين كما هو الشأن بالنسبة للقانون الانجليزي. وإلى جانب هذين الاتجاهين ظهر اتجاه ثالث يقضي بإخضاع الشروط الموضوعية للزواج إلى نفس القانون الذي تخضع له الشروط الشكلية؛ أي قانون محل الإبرام وقد طبق هذا الاتجاه في بعض دول أمريكا اللاتينية[1].

وعلى كل سواء كنا بصدد ضابط الجنسية أو الموطن وثار نزاع حول صحة عقد زواج أجنبي، فإن ذلك يطرح بحدة إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق وعموما فإن الزواج باعتباره من موضوعات الأحوال الشخصية يخضع في تكوينه لاختصاص القانون الشخصي[2].

وباعتبار الزواج حدثا هاماً في حالة الأشخاص، فإن شروطه الموضوعية تعد من صميم مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي تخضع لقانون الجنسية[3] كما هو عليه الحال في الجزائر، حيث نصت المادة 11 من القانون المدني على أنه:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

وبالرجوع إلى المادة 97 من قانون الحالة المدنية وهو النص المقابل للمادة 171–1 من القانون المدني الفرنسي يتأكد تفضيل المشرع الجزائري تطبيق قانون

[1] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.160-161
[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص46.
[3] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص845.

PDF Eraser Free

جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج. وهذا على الرغم من أن المادة 97 جاءت أحادي الجانب إذ تطرقت إلى زواج الجزائريين في الخارج ولم تتطرق إلى زواج الأجانب في الجزائر أو خارجها. فإنه لا يوجد ما يمنع من إعطاء نص المادة 97 تفسيرا مزدوجا، بحيث يخضع الأجانب بالنسبة لزواجهم الذي يعقد في الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم[1].

ومن المتفق عليه أن مفهوم الإسناد إلى القانون الشخصي للزوجين يتعلق بتحديد القواعد الموضوعية التي ينص عليها القانون الوطني لكل منهما دون القواعد الإجرائية. فقانون جنسية كل من الزوجين هو الذي يسري على زواجهما ويعتد به وقت إبرام عقد الزواج. فإذا تغيرت جنسية أحدهما فلا يتأثر عقد الزواج بهذا التغيير.

غير أن هذا الإسناد يثير نقطة أساسية تتعلق بالكيفية التي يتم بها تطبيق قانون كل من الزوجين خصوصاً إذا اختلف مضمون كل منهما. فهل تخضع الشروط الموضوعية للزواج حينئذ لقانون جنسية كل من الزوجين بحيث يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة، ويستلزم أيضا أن تتوفر في الزوجة كافة الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيتها وقانون جنسية الزوج؟ أم أنه يكفي أن تتوافر شروط الزواج بالنسبة لكل زوج استنادا إلى قانون جنسيته وفقط؟

[1] انظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.229- 230.

PDF Eraser Free

الفرع الأول

التطبيق الجامع

إن سبب إسناد الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون كل من الزوجين يرجع إلى كون الزواج يرتب آثار هامة، ولن يكون منطقيا أن يتم إسناد هذه العلاقة إلى قانون الزوج بينما تعتبر باطلة وفقا لقانون الزوجة[1].

ولهذا نجد أن الشروط الخاضعة للتطبيق الجامع تتمتع بصفة مزدوجة وتخص العلاقة الزوجية في ذاتها، فهي تهدف إلى حماية المصالح الأسرية، وتمثل استجابة لمبادئ إنسانية وخلقية. ومن أمثلة هذه الشروط نجد موانع الزواج مثل القرابة والموانع الصحية مثل الأمراض الجسمانية المعدية، والأمراض العقلية، ومسألة الارتباط بزواج سابق، وكذلك اختلاف الدين ويخرج عن نطاق هذه الموانع العوائق الإقليمية والعنصرية[2].

ولقد تناول المشرع الجزائري موانع الزواج في المواد 23، 24، 30، من قانون الأسرة. حيث نصت المادة 23 على ما يلي:" يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة ". ونصت المادة 24 على أن:" موانع النكاح المؤبدة هي:

- القرابة،
- المصاهرة،
- الرضاع ".

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص51 وما بعدها.
[2] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص162.

PDF Eraser Free

أما المادة 30 فقد تعرضت إلى موانع الزواج المؤقتة بقولها:" يحرم من النساء مؤقتا:

المحصنة،

-المعتدة من طلاق أو وفاة،

-المطلقة ثلاثا،

كما يحرم مؤقتا:

-الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم من رضاع،

-زواج المسلمة من غير المسلم".

إذن، حسب القانون الجزائري، فإن هذه الموانع يجب أن تخضع للتطبيق الجامع نظرا لخطورتها وتعلقها بالنظام العام. بخلاف بعض الشروط الأخرى التي يمكن أن تخص كل فرد على حدة فيكتفى فيها بالتطبيق الموزع. وفي الواقع، فإن فرص قيام الزواج المختلط وفقا للتطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين تقل، وهذا راجع للاختلاف الموجود بين قوانين الدول فيما يخص تنظيم مسائل الزواج[1].

وإذا منحت قاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج الاختصاص التشريعي إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع الداخلية على أساس تقسيم ديني(طائفي) أو إقليمي، فإن ذلك يطرح بحدة مشكلة التنازع الشخصي بين هذه القوانين. ولحل هذا الخلاف يتعين على القاضي تطبيق قواعد حل التنازع الداخلي في القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد وفقا لقانون القاضي[2]. وهذا يعني

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص59.
[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص.51- 52.

PDF Eraser Free

أن تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين مختلف الشرائع المتنازعة داخلياً في نطاق القانون الأجنبي المختص، سواء كان هذا التعدد إقليمياً أو طائفياً أمر موكول للقانون المختص ذاته[1].

وفي هذا الإطار تنص المادة 23 من القانون المدني الجزائري على أنه: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي". وتطبيقا لذلك، لو فرضنا أن قواعد الإسناد الجزائرية أعطت الاختصاص إلى القانون اللبناني باعتباره القانون الواجب التطبيق على زواج مسيحي لبناني، فإنه يتعين على القاضي عندئذ تطبيق التشريع الذي ينص عليه القانون اللبناني. وفي حالة عدم وجود نص بشأن ذلك طبق القاضي تشريع الطائفة الغالبة في البلد.

الفرع الثاني

التطبيق الموزع

إذا كان التطبيق الجامع لا يثير أية إشكال في حالة اتفاق جنسية الزوجان ما دام أنه سيتم تطبيق قانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما، ولكن الصعوبة تظهر عندما تختلف جنسيتهما، وتختلف الأحكام الموضوعية الخاصة بالزواج لكل منهما. وقد نص المشرع الجزائري على الحل عندما يكون أحد الزوجين جزائريا

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص76.

PDF Eraser Free

بتغليب الاختصاص التشريعي لمصلحة القانون الجزائري. ولكنه لم يشر إلى الحل عندما يكون الزوجان أجنبيان معا.

لا مناص في هذه الحالة من اللجوء إلى التطبيق الموزع؛ ونعني به أنه يجب أن تتوافر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط، وفي الزوجة الشروط التي يستلزمها قانون جنسيتها فقط. فإذا كنا بصدد علاقة زواج مبرمة بين ألماني وفرنسية، فإنه يكفي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الألماني وحده، وأن تتوفر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الفرنسي وحده[1]. واستثناء من الأصل توجد بعض الشروط الموضوعية بالنظر إلى أهميتها يجب أن تخضع إلى التطبيق الجامع[2]. ولكن السؤال المطروح هنا هو كيف يتم تحديد هذه الشروط؟

للإجابة على هذا السؤال ينبغي التمييز في هذا الصدد بين نوعين من الشروط: الأولى فردية والثانية مزدوجة. ونعني بالشروط الفردية أو الإيجابية تلك الشروط التي تخص كل زوج على حدة. مثل شرط السن، الرضا. وهذا النوع من الشروط لا يثير أية صعوبة ويبقى خاضعا للتطبيق الموزع.

ويقصد بالشروط المزدوجة أو السلبية تلك الشروط الخاصة برابطة الزواج في حد ذاته، مثل موانع الزواج كالقرابة[3]. وشرط عدم وجود زواج سابق وقائم فقد اعتبرته محكمة استئناف باريس من الموانع المزدوجة. وعلى هذا الأساس أبطلت زواج مبرم بين فرنسية وشخص أجنبي من دولة الكاميرون رغم أن قانونه الوطني يبيح له تعدد الزوجات[4]. وهذا النوع من الشروط يجب أن يخضع للتطبيق الجامع

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص60.
[2] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص231- 232.
[3] انظر، أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص232- 233 ؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص60.
[4] مقتبس عن أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص235.

PDF Eraser Free

لقانون كل من الزوجين. وعليه إذا نص أحد القانونين على مانع من موانع الزواج فلا ينعقد الزواج صحيحا[1].

إذن، نظرا لصعوبة تحقيق التطبيق الجامع تم اللجوء إلى فكرة التطبيق الموزع التي تستلزم أن يتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه أي اعتبار الشروط الموضوعية صحيحة بالنسبة لجنسية كل من الزوجين على إنفراد، واستثناء يجب تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقاً جامعاً فيما يتعلق بموانع الزواج مثل القرابة، الدين، العدة، وغيرها من المبادئ التي تعتبر استجابة لمبادئ خلقية عليا باستثناء الموانع الإقليمية مثل اللون والجنس فلا تمتد إلى خارج الإقليم وهذا يعني ضرورة استبعادها[2]. أما إذا نص قانون جنسية أحد الزوجين على منع الزواج بسبب درجة القرابة، أو اختلاف الدين وحدث وأن تحققت هذه الموانع فإن الزواج لا يكون صحيحا، حتى ولو كان هذا المنع غير مقرر في قانون أحد الزوجين[3].

لقد أعاد المشرع الجزائري ضبط الصياغة الفنية لنص المادة11 من القانون المدني بشكل أدق، ورفع الغموض واللبس الذي كان يشوبها قبل التعديل، حيث أوضحت المادة 11 بشكل قاطع أن المقصود بالشروط في هذه المادة هي الشروط الموضوعية فقط. وهذا يعني أن الشروط الشكلية للزواج تبقى خاضعة للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات[4].

ورغم ذلك فإنه كان يجدر بالمشرع الجزائري الإشارة إلى نوع التطبيق المراد هنا، هل هو التطبيق الجامع أم التطبيق الموزع؟ ورغم صعوبة التطبيق الجامع، بل

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص60- 61.
[2] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص216.
[3] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص44.
[4] انظر، الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد01، ص69.

PDF Eraser Free

واستحالة تطبيقه باستثناء موانع الزواج، فإننا نضم صوتنا إلى الآراء التي تنادي بضرورة تعديل النص القانوني الذي يحدد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج بشكل يقطع الخلاف الفقهي المثار حول المسألة[1].

وتماشيا مع هذا الاتجاه، اعتبر المشرع الكويتي أن المقصود بتطبيق قانون جنسية الزوجين هو التطبيق الموزع، فقد ورد في نص المادة 36 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ما يلي:" يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية وصحة الرضاء وشرط الخلو من موانع الزواج، إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية. فإن اختلفت وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته... ".

وإذا رجعنا إلى قواعد الإسناد في التشريع الجزائري، نجد أن قانون 05-10 قد جاء بتعديلات هامة مست جوانب مختلفة، ولا سيما منها المسائل العائلية. ورغم ذلك فإن هذه التعديلات تبقى غير كافية حيث أن أغلب هذه القواعد وضعت في ظروف اقتصادية واجتماعية مختلفة. ومن تم أضحت عاجزة عن ملاحقة التطور الذي تعرفه العلاقات الدولية الخاصة. وأصبحت في حاجة ماسة لإضفاء تعديلات جذرية عليها بما يستجيب للتغيرات الحاصلة[2].

ويعتد بقانون جنسية الزوجين وقت إبرام العقد، ولا يهم أي تغيير يطرأ بعد ذلك على جنسيتهما. فالزواج الذي نشأ صحيحا سيسعى الزوجان إلى الحفاظ على بقائه مستقرا، ويحرصان على ألا ينقلب هذا الزواج إلى علاقة غير شرعية أو باطلة إذا غير أحد الزوجين أو كلاهما جنسيته بعد ذلك. فلو تزوج وطني بأجنبية وكان

[1] انظر، صاحب الفتلاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني الأردني " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث،(العلوم الإنسانية)، 2005، المجلد19، العدد04، ص1312.

[2] انظر، بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2007، العدد 04، ص151.

PDF Eraser Free

كامل الأهلية وفقا لقانونه الشخصي وقت إبرام الزواج، ثم غير جنسيته واكتسب جنسية دولة أخرى يشترط قانونها سنا أكبر لاكتمال أهلية الزواج فلا يؤثر ذلك على صحة زواجه[1].

ورغم استقرار أغلب التشريعات على تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج، فإن هناك نزاعات كثيرة تكشف أن قانون القاضي غالبا ما يطبق. فما هو مبرر هذا الاستثناء؟

الفرع الثالث

الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني

تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج". وهذا يعني أن تقدير صحة الشروط الموضوعية للزواج يكون طبقا للقانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا.

ونطاق التحفظ المنصوص عليه في المادة 13 لا يؤثر في مجال تطبيق هذا الاستثناء إلا بالنسبة للطرف الأجنبي وحده الذي يبقى خاضعا فيما يتعلق بأهليته لقانون جنسيته[2]. وقد حدد المشرع الوقت الزمني الذي يعتد فيه بهذا الاستثناء وهو كون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، ولا يغير في الأمر إذا ما صار أحد الزوجين أجنبيا وقت رفع الدعوى.

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص63- 64.
[2] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص850.

PDF Eraser Free

فطبقا لهذا الاستثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند انعقاد الزواج تخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى القانون الجزائري وحده، واستثناء تظل أهلية كل من الزوجين خاضعة لقانون جنسيته. فلو تزوج جزائري بفرنسية لخضع الزواج للقانون الجزائري بالنسبة لجميع الشروط الموضوعية باستثناء أهلية الزواج فتبقى خاضعة لقانون كل زوج على حدة.

وفي المغرب نص الفصل الثاني من ظهير 4 مارس 1960 بشأن انعقاد الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات أو المغربيات والأجانب على ما يلي:" إن انعقاد النكاح حسب صيغة الحالة المدنية يتوقف مع ذلك كله على سابق الإشهاد به طبق الشروط المنصوص عليها من حيث الجوهر والصيغة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي"[1]. وبالنسبة للمشرع التونسي، فلم يأخذ بهذا الاستثناء واكتفى بالنص على القاعدة العامة التي تخضع الشروط الأساسية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة[2].

لقد خصت التشريعات المغاربية الشروط الموضوعية التي تحكم الزواج المختلط بقاعدة إسناد موضوعية وسليمة، بحيث لم تتحيز لأي طرف بل قضت بضرورة مراعاة الشروط الموضوعية وفقا لقانون جنسية كل من الزوجين. غير أن الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني يستبعد تطبيق هذه القاعدة وينتج عن ذلك تطبيق الشروط الموضوعية استنادا لقانون أحد الزوجين وإهمال شروط قانون الزوج الآخر[3].

[1] انظر، ظهير شريف، رقم 1.60.020 مؤرخ في 4 مارس 1960 بشأن انعقاد الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات أو المغربيات والأجانب جريا على الصيغ المعينة في الحالة المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 2474، ص1031.
[2] انظر، الفصل 45 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.
[3] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص186.

PDF Eraser Free

إن أهم انتقاد يوجه إلى قواعد الإسناد في أغلب تشريعات الدول العربية هو امتياز الجنسية أو الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني. والذي يخول للوطني أيا كان (الزوج أو الزوجة) تطبيق قانون أحواله الشخصية على الروابط الدولية المختلطة. ويرى الدكتور خالد برجاوي أن" مصدر امتياز الجنسية هو الامتياز الديني لأن هدفه الأساسي تفادي تطبيق قانون علماني على العلاقات الخاصة الدولية للزوج الوطني. وإن كان من المحتمل في بعض الحالات استفادة الوطنيين غير المسلمين من نتائجه"[1].

لقد تم النص على هذا الامتياز الوطني في أغلب قواعد تنازع القوانين في تشريعات الدول العربية؛ ومن ذلك المادة 14 من القانون المدني الليبي والمادة 9 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني[2]، والمادة 36 من القانون الكويتي المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

إن الأثر المترتب على تطبيق امتياز الجنسية المقرر لصالح الوطني هو خضوع روابط الأحوال الشخصية الدولية لقانون هذا الأخير. ويترتب على تطبيق هذا الاستثناء نتائج قانونية غريبة؛ من ذلك أنه يمنع على الزوج الأجنبي المسلم التعدد من زوجة ثانية بتونس ما دام أن الشروط الموضوعية للزواج تخضع لقانون الزوجة الوطنية. وبالمقابل قد يستفيد الأجنبي المسلم من قواعد قد تكون أكثر تقليدية مقارنة مع نصوص قانون أحواله الشخصية[3].

وهذا ما حمل البعض على توجيه النقد لهذا الامتياز، فهو يكرس النزعة الوطنية بما يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص المقارن، ومبادئ العدالة والمساواة التي كرستها المواثيق الدولية، وبالأخص المادة

[1] انظر، خالد برجاوي، نفس المرجع، ص81.
[2] حيث تنص على مايلي:" يطبق القانون الموريتاني المتعلق بقضايا الأحوال الشخصية على الأزواج إذا كان أحدهم موريتانيا وقت انعقاد الزواج".
[3] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص85- 87.

PDF Eraser Free

الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي جاء فيها مايلي:" لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو **الأصل الوطني** أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء. وفضلا عما تقدم، فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلا أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود".

وقد نصت على نبذ مثل هذا التمييز المادة الثانية من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب[1] لسنة 1981 والتي جاء فيها ما يلي:" يتمتع كل شخص بالحقوق والحريات المعترف بها والمكفولة فى هذا الميثاق دون تمييز خاصة إذا كان قائما على العنصر أو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو المنشأ الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر".

وعلى هذا الأساس يقترح الدكتور خالد برجاوي إسناد هذه الروابط الدولية المختلطة لقانون الموطن أو محل الإقامة المعتادة أو احتياطا لقانون المحكمة قياسا على ما هو جاري العمل به في القانون الفرنسي[2]. ومن جهة أخرى، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تحتوي على آلية قانونية استثنائية معترف بها في القوانين المقارنة تقضي باستبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض مع النظام العام لقانون دولة القاضي[3].

[1] تمت إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا) يونيو 1981.
[2] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص94، ص96.
[3] انظر، خالد برجاوي، نفس المرجع، ص97.

PDF Eraser Free

وفي الواقع، أن الامتياز المقرر لصالح القانون الوطني متى كان أحد الزوجين وطنيا هو استثناء له ما يبرره رغم ما قد يمكن أن يشوبه من عيوب بسبب تطبيق قانون وطني على زواج مشتمل على عنصر أجنبي، إذ أن حالة الأشخاص يجب أن تبقى خاضعة للقانون الشخصي باعتباره أكثر ملائمة للتطبيق من غيره في مثل هذه الروابط الدولية المختلطة. وعليه، لا يمكن القبول بتطبيق قانون الموطن كبديل لقانون الجنسية لأن القبول بذلك سيؤدي إلى تطبيق نتائج تتعارض مع النظام العام كما هو الشأن بالنسبة لمسألة عدم زواج المسلمة بغير المسلم.

وبغض النظر، عن الانتقادات الموجهة لهذا الاستثناء. فإن تطبيق قانون جنسية الزوجين قد تعترضه بعض الصعوبات في حالة تعدد الجنسيات أو في حالة انعدامها.

الفرع الرابع

كيفية تطبيق قانون جنسية الزوجين في حالتي ازدواج الجنسية أوانعدامها

إن أهم مشكلة يثيرها ازدواج الجنسية أو تعددها هي مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الزواج والطلاق، ولما كانت أغلب التشريعات تجعل من ضابط الجنسية القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، فإن القاضي المكلف بنظر النزاع يجد نفسه في حيرة من أمره، في كيفية اعتماد جنسية واحدة من هذه الجنسيات.

لقد تعددت آراء الفقهاء في هذا الصدد بين اعتماد الجنسية الأسبق في التاريخ، أو اعتماد الجنسية الأحدث في التاريخ. وما يزيد في صعوبة مهمة القاضي أن ازدواج الجنسية قد يكون معاصرا، كما هو الشأن بالنسبة لحالة الشخص الذي

PDF Eraser Free

يولد في دولة أجنبية فرنسا مثلاً، فتثبت له جنسيتها على أساس معيار الإقليم، وفي الوقت ذاته تثبت له الجنسية الأصلية عن طريق حق الدم من جهة أبيه[1].

أولاً: تحديد القانون المختص في حالة تعدد الجنسيات:

وفي هذه الحالة نكون بصدد فرضين: جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة(أ) وعندما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الشخص(ب).

أ) جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة

تكون العبرة في هذه الحالة بقانون جنسية القاضي، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا المجال، أن الفرنسي الذي يملك إلى جانب الجنسية الفرنسية الجنسية الجزائرية يعد وطنيا خالصا، وبالتالي يحرم عليه الزواج بأخرى، حتى ولو كان قانونها الشخصي يجيز ذلك. وكل زواج يتم بهذه الصفة يقع تحت طائلة البطلان، ويعد الزوج مرتكبا لجريمة تعدد الزوجات[2]. فالتعدد في فرنسا يعد جريمة معاقب عليها رغم تخفيض العقوبة بموجب المادة 433–20 من قانون العقوبات[3] وعليه لا يمكن أن يتم في فرنسا إبرام زواج ثان ما لم ينحل الأول[4].

وتطبيقا لهذا المبدأ أيضا قرر القضاء المغربي بالنسبة لشخص مولود بمدينة وهران من أب مغربي وأم فرنسية أن هذا الشخص في نظر السلطات المغربية لا

[1] انظر، بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 219.
[2] انظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص668.
[3] L'art 433-20 du code pénal français dispose que : « Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent ".

[4] CF. Corinne RENAULT-BRAHINSKY, Droit de la Famille, Gualino éditeur, 2e édition, Paris, 2006, p.73.

PDF Eraser Free

يتمتع إلا بالجنسية المغربية دون غيرها على الرغم من أن له جنسيتين أصليتين مبنيتين على رابطة الدم[1].

ب) عندما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الشخص

من المحتمل أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن مسألة معينة من مسائل الزواج المختلط، ويكون الزوج حاملا للجنسيتين الفرنسية والإيطالية في وقت واحد. فما هي الجنسية التي يعتد بها القاضي؟ وما هو المعيار الذي يتم على ضوئه تحديد القانون الواجب التطبيق على مزدوج الجنسية في هذه الحالة؟

يتم في هذا الفرض الاعتداد بالجنسية الفعلية، وهي الجنسية التي يعيشها الشخص فعلا وواقعا من بين الجنسيات التي يحملها. ويهتدي القاضي في الكشف عن ذلك بمختلف الشواهد والقرائن التي تؤكد ارتباط الشخص بجنسية إحدى الدول وتعلقه بها، كأن يوجد بها موطنه أو محل إقامته، أو يمارس نشاطه التجاري فيها أو من خلال تولي الوظائف العامة أو الترشح لمهام نيابية في إحدى تلك الدول[2].

ثانياً: تحديد القانون المختص في حالة انعدام الجنسية

ما هو الضابط الذي يمكن التعويل عليه بوصفه بديلا عن قانون الجنسية المختص بحكم مسائل الزواج والطلاق وغير ذلك من الروابط العائلية عندما يتعلق الأمر بشخص عديم الجنسية؟

لقد تعددت الآراء والحلول في سبيل الإجابة عن هذا السؤال إلا أن الرأي الراجح يميل إلى تطبيق فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية؛ وعليه يخضع عديم

[1] مقتبس عن أحمد زوكاغي، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، الجزء الأول، (الجنسية)، دارتوبقال للنشر، المغرب 1992، ص33.

[2] انظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص706- 708.

PDF Eraser Free

الجنسية لقانون الدولة التي يظهر بأنه يتصل بها فعلا وواقعا أكثر من غيرها وهي عادة الدولة التي يوجد فيها موطنه أو محل إقامته[1].

وإذا كانت هذه الحلول هي ما استقر عليه الفقه في هذا الأمر، فإن المشرع الجزائري قد نص على هذه الحلول في المادة 22 من القانون المدني والتي جاء فيها مايلي:" في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

والحل ذاته تبناه القانون التونسي حيث نص في الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص على ما يلي:" تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي. وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية.

إذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي".

وقد استقت التشريعات هذا الحل من اتفاقية لاهاي بشأن تعدد الجنسيات المبرمة في 12 أبريل 1930. فقد نصت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية على أنه:" يجوز للدول أن تعتد من بين الجنسيات المتعددة لفرد، بجنسية بلد إقامته الاعتيادية أو الرئيسية، أو بالجنسية الفعلية". ونصت المادة 12 من اتفاقية نيويورك لسنة

[1] انظر، عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص725 ؛ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات تنازع القوانين في إبرام الزواج، المرجع السابق، ص56.

PDF Eraser Free

1954 بشأن الحالة الدولية لعديمي الجنسية على أن:" الحالة الشخصية لعديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته"[1].

إن المقصود بالجنسية الفعلية هي تلك الجنسية الواقعية التي يظهر من خلال عناصر معينة تعلق الشخص بها أكثر من سواها. ومن أمثلة هذه العناصر التي تدل على الجنسية الواقعية: موطن الإقامة الاعتيادي للفرد، العلاقات العائلية ومركزها، اللغة التي يمارسها الشخص بشكل اعتيادي، مركز أعمال الشخص لا سيما التجارية منها[2].

وإذا كانت أغلب التشريعات قد أخذت بهذه الحلول لمعالجة ظاهرة ازدواج الجنسية أو انعدامها، فإن تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج قد يتأثر أيضا بتحديد طبيعة بعض ا لمسائل التي اختلف الفقه حول تكييفها مثل الوكالة في عقد الزواج.

الفرع الخامس

القانون الواجب التطبيق على الوكالة في عقد الزواج

من المتصور أن يقوم الوكيل عن الزوجين بإبرام العقد في دولة لا يقيم فيها أي واحد من الزوجين. وتثار عندئذ إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على النيابة في الزواج. خاصة وأن قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية قد وضعت أساسا لحكم العلاقات العقدية المبرمة بصفة أصلية[3].

لقد تعددت الآراء الفقهية التي حاولت تحديد القانون الواجب التطبيق على الوكالة في عقد الزواج. فذهب رأي فقهي إلى القول بتطبيق القانون الذي يختاره

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات تنازع القوانين في إبرام الزواج، المرجع السابق، ص57.
[2] انظر، خلدون سعيد قطيشات، مدى توافق المشرع الأردني في قواعد الجنسية مع متطلبات المجتمع الدولي وأثر ذلك في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، 2010، العدد 01، ص.320- 321.
[3] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص139- 140.

PDF Eraser Free

الأصيل في الإنابة الصادرة عنه وذلك تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بتطبيق قانون الإرادة على الالتزامات التعاقدية.

وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن عقد الزواج ذو طابع شخصي. في حين أن العقود الأخرى ذات طابع مالي. وذهب رأي ثان إلى أن القانون الواجب التطبيق على النيابة الاتفاقية بخصوص عقد الزواج هو القانون الشخصي للأصيل سواء أكان قانون جنسيته أو قانون موطنه.

وذهب اتجاه ثالث إلى إخضاع النيابة في الزواج لقانون موطن النائب باعتبار أن هذا القانون معروف لكل من الأصيل والغير بحكم تعاملهما مع النائب. ويعاب على هذا الرأي تركيزه على قانون ليست له صلة جوهرية بأطراف العلاقة الأصلية[1].

وتبقى الوكالة في الزواج وفقا للرأي الراجح مسألة موضوعية وبالتالي تخضع للقانون الشخصي الذي يحكم موضوع الزواج. وإن كان جانب كبير من فقه القانون الدولي الخاص في مصر[2] يميل إلى اعتبار النيابة الاتفاقية في الزواج من قبيل المسائل الشكلية التي تخضع لقانون محل الإبرام. بينما يفضل الدكتور هشام خالد إخضاعها للقانون الأصلح للأصيل سواء كان قانون جنسيته أو قانون موطنه أو قانون محل الإبرام[3]. ويرى الدكتور الطيب زروتي أن الوكالة في الزواج تخضع لقانون محل إبرامه[4].

ويلاحظ هنا بأن المشرع الجزائري قد ألغى الزواج بالوكالة بموجب الأمر 05-01 المعدل لقانون الأسرة. والسؤال المطروح هنا: هل يمكن اعتبار حظر الوكالة

[1] انظر، جمال بدر، المرجع السابق، ص399، مقتبس عن هشام خالد، المرجع السابق، ص164 وما بعددها.
[2] انظر، عبد الحميد أبوه يف، المرجع السابق، ص490، مقتبس عن، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص193.
[3] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص203.
[4] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص168.

PDF Eraser Free

قاعدة موضوعية وبالتالي يخضع للقانون الشخصي؟ أم يجب اعتبارهمسألة تدخل ضمن شكل الزواج ويتعين عندئذ إخضاعه للقانون المحلي؟

إن الإجابة على هذا السؤال ترتبط ارتباطا وثيقا بتكييف القاضي لهذا الحظر، وإن كنا نميل إلى اعتباره أقرب إلى موضوع الزواج من شكلهلأن الزواج لا يمكن أن ينعقد بدون تبادل رضا الزوجين[1].

إن قواعد الإسناد التي تحكم انعقاد الزواج قد وضعت أصلا لحل تنازع القوانين بين أصلاء، ولم يتم التفكير في وضع قواعد في الحالات التي يكون فيها الزواج عن طريق النيابة. إن محاولة تطبيق قانون الشكل على الإنابة في الزواج تثير تساؤلات عديدة تدور حول تحديد ماهية الموطن المشترك للزوجين المرتقبين؟ وحول ما إذا كان يجب الاعتداد بالموطن المشترك للزوجين الأصليين أم يجب الاعتداد بالموطن المشترك للنائبين[2]؟

ولهذا يجب التفكير في وضع قاعدة إسناد تكون متخصصة ومتوافقة مع الطابع المميز لعلاقة النيابة في العقود بصفة عامة وفي الزواج بشكل خاص. وهذا اقتداء بالمسعى الجديد الذي يتجه نحو وضع قواعد إسناد متخصصة مثل قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الوصية في العقارات.

وثمة مسألة أخرى ترتبط بهذا الموضوع تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الوكالة في تزويج عديمي وناقصي الأهلية. والثابت في هذه المسألة أن النيابة في تزويج ناقصي وعديمي الأهلية تدخل ضمن الشروط الموضوعية

[1] تنص المادة 09 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".
[2] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص143- 144.

PDF Eraser Free

للزواج وهذا لتعلقها بوجود الإرادة في إنشاء العقد. وتخضع كأصل عام للقانون الشخصي للشخص الذي تجب حمايته[1].

إن الإشكال المطروح هنا يتعلق بتحديد نطاق هذا القانون، فهل يطبق على الولاية المالية فقط أم أنه ينصرف أيضا إلى التطبيق على الولاية على النفس وبالتالي إمكانية ممارسة النيابة القانونية في تزويج عديم أو ناقص الأهلية؟

تخضع الولاية على نفس الصغير لنفس القانون الذي تخضع له الولاية على المال تحقيقا للانسجام القانوني. وتطبيقا لذلك تخضع ولاية تزويج عديم الأهلية أو ناقصها لقانون جنسيته. ويرى الدكتور هشام خالد أنه من الأفضل إخضاع الولاية في التزويج للقانون الأفضل أو الأصلح لناقص أو عديم الأهلية وهو القانون الذي يحقق له أكبر مصلحة. وعلى هذا الأساس يجب على القاضي أن يدرس مضمون قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، ومضمون قانون جنسية الأب ويختار أيهما أصلح للتطبيق على ولاية تزويج ناقص أو عديم الأهلية[2].

ويثور التساؤل حول القانون الذي يحكم تخلف أحد الشروط الموضوعية أو الشكلية للزواج، فما هو القانون الذي يحكم الزواج الباطل؟

يخضع بطلان الزواج لنفس القانون الذي خولفت أحكامه سواء كان القانون الذي يحكم شكل الزواج أو موضوعه. ويرجع أيضاً لهذا القانون لمعرفة نوع البطلان: مطلق أم نسبي، و من له الحق في التمسك بهذا البطلان ومدة تقادم رفع الدعوى[3]. فلو فرضنا أن أحد الزوجين خالف الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري باعتباره القانون الواجب التطبيق، فإن القانون الواجب التطبيق على هذا

[1] انظر، هشام خالد، المرجع السابق، ص148- 150.
[2] انظر، هشام خالد، المرجع السابق، ص160- 161.
[3] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص60- 61.

PDF Eraser Free

البطلان هو القانون الجزائري، والذي يتعين الرجوع له لتحديد الجزاء المترتب على هذه المخالفة.

وبالنسبة للزواج الظني أو الموهوم ذي المصدر الكنسي المعروف في أوروبا[1] فتترتب عليه آثار معينة، أهمها اعتباره قائما في الفترة السابقة على الحكم ببطلانه. وبالتالي فإن جميع ما ترتب على هذا الزواج من آثار شخصية أو مالية، ومراكز قانونية خلال هذه الفترة تبقى قائمة وصحيحة في حق الزوج حسن النية وأولاده[2]، فالقانون الفرنسي مثلا يعتبر الأولاد الناجمين عن زواج باطل شرعيين بصرف النظر عن حسن نية أحد الزوجين[3].

ويخضع الزواج الظني لنفس القانون الذي يحكم بطلان الزواج باعتبارهأثر من الآثار المترتبة على الحكم ببطلان الزواج. غير أن هناك رأي آخر يقضي بوجوب إخضاعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج حفاظا على المبدأ القاضي بإسناد آثار العلاقات لقانون واحد. ويشبه الدكتور سامي عبد الله الزواج الظني بالزواج الفاسد في الفقه الإسلامي، وهو الزواج الذي فقد أحد شروط صحته، وتترتب عليه بعض الآثار، مثل ثبوت نسب الأولاد وحرمة المصاهرة، ووجوب العدة على الزوجة[4].

وقد نصت على هذه الآثار صراحة المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري. ولكن هذا لا يعني أن القانون الجزائري يأخذ بفكرة الزواج الظني المستوحاة من

[1] L'article 201 du code civil français dispose que:" Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux ".

[2] انظر، عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص168.

[3] L'article 202 du code civil français dispose que:" Il produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi…".

[4] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص62 ؛ عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص169.

PDF Eraser Free

القوانين الغربية، بل يجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان يأخذ بهذه الفكرة ما دام أن مشرعنا لم يقر بصفة صريحة الأخذ بهذا النوع من الزواج.

وتهدف نظرية الزواج الظني إلى الحد من إعمال الأثر الرجعي للبطلان. خصوصا وأن أحد الزوجين قد أقدم على إبرام الزواج وهو حسن النية، فلا ينسحب أثر البطلان إلى الماضي ولكن يحدث أثره بالنسبة للمستقبل فقط[1]. ولكن يجب مراعاة المظهر القانوني للزواج بألا يكون منعدما، لأنه في حالة العدم لا تترتب أية آثار قانونية على هذا الزواج، كما لو تخلف شرط العلانية، أو إذا كان هناك اتحاد في جنس الزوجين[2] الذي تبيحه بعض التشريعات الغربية كالتشريع الهولندي[3].

وهذا يعني، أن القانون الأجنبي لا يطبق إذا كان يتعارض مع طبيعة النظام الذي تقوم عليه مؤسسة الزواج في قانون القاضي، وهذا ما سنتولى دراسته بالتفصيل في المطلب الموالي.

المطلب الرابع

حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج في قانون القاضي باختصاصه في حالة تعارضه مع النظام العام، أو الغش نحو القانون، وسنتولى توضيح ذلك من خلال ما يلي:

[1] انظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص374- 375.
[2] انظر، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص259.
[3] lois du 21 décembre 2000, entrées en vigueur le 1er avril 2001.

PDF Eraser Free

الفرع الأول

الدفع بالنظام العام

إن الغرض من الدفع بالنظام العام هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، بسبب تعارضه مع الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في دولة قانون القاضي. ولم تعرف النظم القانونية القديمة هذا النظام بسبب تغليب مبدأ إقليمية القوانين وينسب إلى الفقيه بارتول قوله:" القوانين الممقوتة أو المستهجنة لا تمتد إلى الخارج". أما الفقيه الفرنسي ديمولان، فقد وضع طوائف الأحوال الشخصية التي لا يجوز إسنادها إلى قانون بلد أجنبي[1].

إن محاولة إعطاء تعريف دقيق ومحدد للنظام العام مسألة ليست بالأمر السهل، لأن النظام العام فكرة نسبية ثابتة يختلف مضمونها باختلاف الزمان والمكان. وهي في الأصل عبارة عن قواعد تهدف إلى تحقيق مصالح عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، ولذلك يستحسن أن يترك للقاضي أمر تحديد ما يعد من النظام العام وما لا يعد منه. مستعينا في تقديره بالحقائق الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للبلاد ومستبعدا رأيه وميوله الشخصية[2]. وعلى هذا، يعرف النظام العام بأنه:" سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الأصل إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية"[3]، أو أنه:" تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب

---

[1] انظر، باتيفول ولاجارد، مرجع سابق، ج1، بند354، مقتبس عن الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص268.

[2] انظر، محمد حسن قاسم، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2006، ص136.

[3] انظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2005 ص184.

PDF Eraser Free

اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة".[1] ويتحدد نطاق إعمال فكرة النظام العام هنا في إطار العلاقات الدولية الخاصة وليس في نطاق العلاقات الوطنية الخالصة[2].

وتعتبر مسائل الأحوال الشخصية والزواج بصفة خاصة ميداناً خصباً للدفع بمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام. وهذا راجع بالنظر إلى كون الروابط العائلية تقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية تختلف من نظام قانوني لآخر كما هو الشأن بالنسبة للأنظمة القانونية الأوربية والنظام القانوني في الدول الإسلامية[3].

إن أغلب حالات تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام تتعلق بالشروط الموضوعية السلبية أو موانع الزواج. فمثلا تمنع بعض التشريعات من سبق له الزواج إعادة الزواج مرة ثانية وهو ما يتعارض مع النظام العام في الدول الإسلامية[4].

ويعد مخالفا للنظام العام في الدول الإسلامية الشرط الذي يرد في بعض القوانين الأجنبية بحظر زواج المسلم بالكتابية وتطبيقا لذلك اعتبر القضاء المصري أن الزواج المبرم بين انجليزي مسلم ويونانية مسيحية يعد زواجا صحيحا وأن ما ورد في القانون اليوناني بحظر مثل هذا الزواج يعد مخالفا للقانون المصري.

كما يعد مخالفا للنظام العام في الدول الإسلامية كل نص يجيز زواج الأجنبية المسلمة بغير المسلم، وذلك لورود النهي الصريح عنه بنصوص قطعية الثبوت والدلالة وذلك مصداقا لقوله تعالى:" ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"[5].

---

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، 2005، ص112.
[2] انظر، محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2003، العدد 04، ص147.
[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص122.
[4] انظر، صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص140.
[5] سورة البقرة، الآية 221.

PDF Eraser Free

وإذا رجعنا إلى معاهدة لاهاي الخاصة بالزواج لسنة 1902 نجدها تجيز للدول الموقعة عليها عدم الأخذ بالموانع الدينية إذا وردت في القانون الوطني للزوجين. ولكن بالنسبة للدول العربية، فإن هذا الشرط يعد من الشروط الموضوعية السلبية اللازمة لصحة الزواج وبالتالي يترتب على تخلفه بطلان مثل هذا الزواج. ولا يعد ذلك تقييدا للقانون الأجنبي ما دام أن قواعد الإسناد تسمح بإثارة الدفع بالنظام العام كلما كان هناك مساس بالمبادئ الأساسية المكونة لهذا النظام[1].

وعلى ذلك، يتم استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بالنسبة للتشريعات العربية إذا كان يمس حقوق المسلم وطنيا[2] كان أو أجنبيا. واعتبارا لذلك لا يجوز القبول بقانون أجنبي يقضي بإلزام الخاطبين على إتمام الزواج. أو يقضي بمنع تعدد الزوجات أو يجيز زواج المسلمة بغير المسلم. والحكم ذاته ينطبق على شكل الزواج إذا كان مخالفا للنظام العام.

ولا شك أن نطاق تطبيق النظام العام سيكون واسعا في الجزائر بالنسبة للشروط الموضوعية المنصوص عليها في القوانين الأجنبية باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية. ولهذا نجده يحول دون الأخذ بالشروط الواردة في القوانين الأجنبية إذا كان من شأن تطبيقها المساس بحقوق المسلم كما لو كانت تجيز زواج المسلمة بغير المسلم[3]. ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يجب على القاضي الجزائري أن يطبق القانون الجزائري الذي لا يقر مثل

---

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، نفس المرجع ، ص143 وما بعدها..

[2] قد عمد القضاء الجزائري إلى عدم الاعتراف بأثر الحقوق المكتسبة في الخارج تطبيقا لأثر الدفع بالنظام العام، ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا في 17 أكتوبر 1990 بنقض قرار صادر عن مجلس بجاية في 1990/04/14. في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجا مسلما جزائريا كان قد حرر لصالح زوجته المسلمة الجزائرية وصية رسمية سنة 1952 مضمونها الايصاء لها بكافة تركته ثم توفي الزوج سنة 1956، وكان الزوج قد أعلن في الوصية المحررة اختياره تطبيق القانون الفرنسي على وصيته بدلا من القانون الساري على الأهالي وهو الشريعة الإسلامية. وعقب الاستقلال نازع الورثة في صحة الوصية وتمسكوا ببطلانها لمخالفتها أحكام المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على ما يلي:" لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي". واعتبرت المحكمة العليا أن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون وأن شرط تطبيق القانون الفرنسي باطل لتعارضه مع الشريعة الإسلامية. انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص286.

[3] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص236، ص237.

PDF Eraser Free

هذا الزواج، وهذا ما يعبر عنه باقتران الأثر السلبي بالأثر الإيجابي للنظام العام في مثل هذه المسألة[1].

ويترتب على استبعاد القانون الأجنبي عدم الاعتراف بآثار الحقوق التي نشأت في ظله، وذلك لمخالفتها المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي في بلد القاضي. مثال ذلك حظر تعدد الزوجات وانحلال الزواج بإرادة الزوج في قوانين الدول الغربية. غير أنه يجوز التمسك بآثار هذه الحقوق إذا نشأت في الخارج طبقا للقانون المختص، وذلك تطبيقا لمبدأ الأثر المخفف للنظام العام[2].

أولا: الأثر المخفف للنظام العام:

ويستند مؤيدو هذا المبدأ إلى عدة حجج أهمها:

1- لا يتأثر الشعور العام في دولة القاضي بخصوص علاقة قانونية نشأت في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا نشأت في دولة القاضي.

2- أن في تطبيق هذا المبدأ احترام للمراكز الواقعية وضمان للحقوق المكتسبة التي نشأت خاصة في مجال الأحوال الشخصية.

3- أن الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام يتماشى مع طابعه النسبي ويتحقق ذلك بالاعتراف بالمراكز القانونية التي نشأت بالخارج.

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص125- 126.
[2] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص278.

PDF Eraser Free

4- أن الأخذ بهذه الفكرة أمر يقتضيه اضطراد وتطور العلاقات الدولية التي تمتد عبر حدود الدول[1].

وتطبيقا لذلك، اعترف القضاء الفرنسي بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج طبقا للقانون المحلي والاعتداد بآثاره القانونية في فرنسا. دون أن يعني ذلك القبول بإنشاء مثل هذا الزواج بين الأجانب في فرنسا حتى ولو كان قانونهم الشخصي يجيز ذلك.

كما اعترف القضاء الفرنسي بآثار الطلاق وأقر آثار تعدد الزوجات الناجمة عن زواج مبرم في الخارج، مثل حق الزوجة في النفقة والميراث، والمنح العائلية. ولكنه لا يجيز إبرامه في فرنسا ولو بين أجانب يجيز قانونهم ذلك. وهذا يعني أن السماح بامتداد القانون الأجنبي إلى بلد القاضي غير متاح بصفة مطلقة. فقد يستعيد النظام العام دوره من جديد في الحالات الخطيرة ويتصدى بقوة للحقوق المكتسبة في الخارج. وذلك راجع إلى تمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة في إثارة الدفع بالنظام العام[2].

يؤثر الطابع الديني أو العلماني للزواج على القانون الواجب التطبيق على هذا الأخير، فيستبعد القانون الأجنبي المنافي له ويحل محله قانون القاضي باسم النظام العام. ويؤثر النظام العام على الزواج المختلط من حيث صحته وآثاره، فبالنسبة لشروط صحة الزواج يستبعد القانون الفرنسي القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى كان أقل تشددا من القانون الفرنسي، أو إذا كان ينص على شروط غير مألوفة لديه مثل الموانع المبنية على أساس اللون أو الجنس أو الدين. وتطبيقا لذلك

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص166- 167.
[2] مقتبس عن الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص285؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص182.

PDF Eraser Free

رفض القضاء الفرنسي القبول بنظام تعدد الزوجات، حتى ولو كان القانون المختص يجيزه[1].

كما اعتبر أن الإعفاء من العدة في قانون الزوجة الأجنبية يعد باطلا لمخالفته النظام العام الدولي[2]. وفي أحيانا أخرى جرى القضاء الفرنسي بالنسبة لمسائل تعدد الزوجات، على منح الزوجة الأولى الحق في طلب الطلاق بشرط إقامة كل من الزوج والزوجة الأولى والثانية في فرنسا. كما رفضت محكمة التمييز في قراراها الصادر في06 جويلية 1988 عن الغرفة المدنية الأولى في قضية " Baaziz " الاعتراف بآثار تعدد الزوجات في مواجهة الزوجة الفرنسية التي يتزوج عليها أجنبي يجيز قانونه تعدد الزوجات[3].

وخلافا لذلك اعتبر القضاء الفرنسي، في حالة تطبيق نص المادة 1/171 من القانون المدني على زواج متعدد في الخارج، أن هذا الزواج لا يكون باطلا إذا كان القانون الوطني للزوجين يبيح التعدد، بينما يعد باطلا إذا كانت الزوجة المعنية فرنسية[4].

يستخلص مما سبق، أن القضاء الفرنسي يميز بين حالتين: الحالة الأولى وهي حالة نشوء الحق الذي يتعارض مع النظام العام الفرنسي في الخارج، فيمكن التمسك به والاحتجاج بآثاره في فرنسا. أما الحالة الثانية فتنشأ عندما يراد إنشاء ذات الحق في دولة القاضي ويتعارض ذلك مع النظام العام، مما يتعين معه استبعاده[5].

---

[1] انظر، الطيب زروتي، المرجع السابق، ص186.

[2] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص47.

[3] انظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص584.

[4] Cour de Cassation (1re ch.civ.), 24 Septembre 2002, Revue Critique de droit International Privé, 2003, N 02, p.271.

[5] انظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص624- 625.

PDF Eraser Free

والملاحظ هنا، أن القضاء الفرنسي يستخدم الجنسية معيارا للدفع بالنظام العام عندما يتعلق الأمر بزواج فرنسية في بلد أجنبي، وهذا ما يعاب أيضا على قواعد الإسناد التي تميل دائما إلى تطبيق قانون القاضي عندما يكون أحد الأطراف وطنيا.

وإذا رجعنا إلى تشريعات الدول الإسلامية نجدها لا تعرف التمييز بين مرحلة نشوء الحق و مرحلة نفاذه. وعلى هذا الأساس يجب استبعاد القانون الأجنبي كلما كان هناك تعارض بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص كما لو كان قانون القاضي لا يقر الوضع القانوني السائد في القانون الأجنبي المختص مثل إثبات نسب الولد الطبيعي[1]. ولا يستطيع القاضي في الدول الإسلامية الاعتراف بآثار زواج نشأ في الخارج بين شخصين من نفس الجنس لتعارض ذلك مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية بخصوص الزواج، وذلك بغض النظر عما إذا كان قد وقع مثل هذا الزواج داخل بلد قانون القاضي أو خارجه[2].

ويترتب على ذلك عدم الاعتراف بفكرة الأثر المخفف للنظام العام في علاقات الزواج المبرمة بين أشخاص ينتمون إلى دولة القاضي في إحدى الدول الإسلامية وأشخاص ينتمون إلى دول أجنبية. لأن مواطني دولة قانون القاضي يظلون خاضعين للقانون الوطني المستمد من الشريعة الإسلامية في حكم مسائل الأحوال الشخصية. وعلى هذا الأساس يعتبر باطلا الزواج المبرم في بلد أجنبي بين مسلمة وغير مسلم ولا يمكن الاحتجاج به في الدول الإسلامية[3].

وتطبيقا لذلك اعتبر القضاء المصري زواج المسلمة بالكتابي باطلا، حتى ولو كان قانون جنسية الزوجين يجيز ذلك. وعلى العكس من ذلك، يعتبر زواج

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص167- 168.
[2] انظر، محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص174.
[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص168.

PDF Eraser Free

المسلم بالكتابية صحيحا ولو كان ذلك باطلا وفقا لقانون جنسية الزوجين. كما يعد زواج المسلم بزوجة ثانية صحيحا في نظر التشريعات العربية، رغم المنع الوارد في قانون جنسية الزوج[1].

ويلاحظ بأن القضاء الفرنسي لم يلتزم بتطبيق مبدأ الأثر المخفف للنظام العام في جميع أحكامه بصفة دائمة، فقد رفض في حالات أخرى الاعتراف بآثار الزواج المتعدد المبرم في الخارج. وقضى بعدم أحقية الزوجة الثانية في طلب المساعدة الاجتماعية في فرنسا إلا إذا غادرت الزوجة الأولى بصفة نهائية الإقليم الفرنسي[2].

وإذا كان يظهر أن قواعد الإسناد الفرنسية تسمح بتطبيق القوانين الشخصية على المسلمين المقيمين في فرنسا؛ ومن ثم تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها قانون الأحوال الشخصية للمسلمين، فإنها تتدخل أيضا لاستبعاد الشريعة الإسلامية كلما كان هناك تعارض مع قيم المجتمع الفرنسي لاسيما مسألة السماح للمسلم بأن يعدد في زواجه، وعدم السماح للمسلمة بالزواج بغير المسلم. هذا التعارض الواضح بين النظم القانونية المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية والنظام القانوني الفرنسي جعل الفقه الفرنسي يرفض بشدة التسامح في تطبيق الشريعة الإسلامية. وهذا ما جعله أيضاً يرى بأن حل هذا التعارض لن يكون إلا بالاندماج هؤلاء الأجانب بصورة نهائية في المجتمع الفرنسي. ولتحقيق ذلك يجب وضع قواعد إسناد تشير باختصاص قانون الموطن أو محل الإقامة بدلا من قانون الجنسية.

وأمام هذه الآراء المعارضة لتطبيق القوانين المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية وتردد القضاء الفرنسي بين التطبيق تارة والرفض تارة أخرى اقترح بعض

[1] انظر، هشام صادق، تنازع القوانين، ص358، مقتبس عن سامي عبد الله، المرجع السابق، ص48.
[2] انظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص628.

PDF Eraser Free

الفقهاء إصدار قانون أوروبي موحد للأحوال الشخصية للمسلمين يقوم على أساس استخدام أسلوب القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الفوري بدلا من تطبيق قواعد الإسناد رغم ما قد يحمل ذلك من تعارض صارخ لمبادئ الشريعة الإسلامية بسبب الرغبة في تحقيق التناسق مع المبادئ الغربية المدنية. وعلى هذا الأساس يمكن تقييد تعدد الزوجات ليكون في حالات استثنائية وتقييد الطلاق بالإرادة المنفردة وإلغاء أي تمييز بين الرجل والمرأة[1].

لا شك أن القبول بهذه الآراء يتعارض مع نصوص قطعية الثبوت والدلالة لا سيما مسألة السماح بزواج المسلمة بغير المسلم والتوريث بين المسلم وغير المسلم وقضية المساواة بين الذكر والأنثى في الميراث. وعلى هذا الأساس رفض هذا الاقتراح ولم يلق أي مساندة أو تطبيق[2].

إن النتيجة الأساسية المترتبة على الدفع بالنظام العام هي استبعاد هذا القانون الأجنبي حماية للنظام العام داخل دولة القاضي. ولكن ثمة مشكلة أخرى تتعلق بكيفية تطبيق هذا الاستبعاد؟

في الواقع، إن الاستبعاد يطال فقط الجزء المخالف للنظام العام ولا يشمل بقية الأجزاء الأخرى. وقد تبنى المشرع التونسي هذا الاتجاه صراحة بنصه في الفصل4/36 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه:" ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي...".

واعتبرت محكمة التمييز الفرنسية في قرارها الصادر في 1964/11/17 أنه إذا كان القانون الأجنبي المختص يتعارض مع النظام العام الفرنسي فيما يتعلق

[1] مقتبس عن، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص126- 127.
[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص127- 128.

PDF Eraser Free

بمسألة عدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم، فإن استبعاد هذا القانون يقتصر فقط على مسألة المنع ولا يتدخل القانون الفرنسي في تحديد الورثة وأنصبتهم[1].

هذا مع ملاحظة، أن الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام في التشريعات العربية فيما يتعلق بمسائل الزواج المختلط نادر الحدوث، لأنه في حالة كون أحد الطرفين مسلما، يكون القاضي ملزما في هذه البلدان بتطبيق قانونه المستوحى من الشريعة الإسلامية، ولا يغير في الأمر ما إذا كان هذا الحق أو ذاك قد نشأ في الخارج أو داخل إقليم قانون القاضي[2].

ويستثنى من ذلك المشرع التونسي، فقد أخذ بهذا المبدأ صراحة في الفصل37 من مجلة القانون الدولي الخاص حيث جاء فيه ما يلي:" يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي".

إن إعمال فكرة النظام العام في فرنسا يقتضي التمييز بين نوعين من الشروط التي تستلزمها القوانين الأجنبية لإبرام الزواج.

1- <u>الشروط المعروفة في القانون الفرنسي</u>:

إذا كانت هذه الشروط أكثر تشددا في القانون الأجنبي عنه في القانون الفرنسي، فإن ذلك لا يشكل مخالفة النظام العام الفرنسي كما لو كان القانون الأجنبي يشترط بالنسبة لسن الزواج سنا أعلى من السن الذي يشترطه القانون الفرنسي. أما إذا كانت هذه الشروط أقل تشددا من القانون الفرنسي كما لو اشترط القانون الأجنبي

[1] انظر، لاجارد، أبحاث في النظام العام في القانون الدولي الخاص، ص216، مقتبس عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص599- 600.
[2] انظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص635.

PDF Eraser Free

سنا للزواج أقل من السن التي يشترطها القانون الفرنسي فإن ذلك يعد مخالفة للنظام العام.

2- **الشروط غير المعروفة في القانون الفرنسي:**

لا يعتد بتطبيق هذه الشروط إذا كانت تؤدي إلى المساس بالنظام العام الاجتماعي القائم على حرية الزواج وعلمانيتيه[1]. ولهذا نجد النظام العام الفرنسي يتدخل لإبطال كل زواج يبرم في فرنسا ينتهك حظر تعدد الزوجات رغم أن هذا النظام شائع في قنصليات الدول الإسلامية[2]. ويستبعد أيضا باسم النظام العام الفرنسي القانون الأجنبي الذي يمنع انعقاد الزواج بين مختلفي الديانة[3].

ولكن هل يجوز للقاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى؟

ثانيا: الأثر الانعكاسي للنظام العام

يثور التساؤل حول إمكانية الاحتجاج بالحق الناشئ عن علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي في بلد آخر غير بلد قانون القاضي وغير قانون البلد الذي استبعد قانونه. والحقيقة أن مسألة إقرار الاحتجاج بالحق في البلاد الأخرى من عدمه يتوقف على مدى توافق المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام العام في الدولة الثالثة مع أسس النظام العام في بلد القاضي أو في البلد الذي استبعد قانونه.

فمتى وجد اشتراك قانوني بين قانون الدولة الثالثة وقانون دولة القاضي أمكن الاحتجاج في الدولة الثالثة بالحق الذي نشأ في دولة القاضي وبهذا يصبح

---

[1] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص235- 236.

[2] CF. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international privé, éditions Delta, 8e édition, Beyrouth, p.401.

[3] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص237.

PDF Eraser Free

النظام العام الأجنبي وسيلة للتعبير عن النظام العام الوطني، وهذا ما يعبر عنه في فقه القانون الدولي الخاص بالأثر الانعكاسي للنظام العام.

أما إذا لم يوجد اشتراك قانوني بين الدولة الثالثة ودولة القاضي. بل يضمها اشتراك قانوني مع الدولة التي استبعد قانونها فلا يمكن الاحتجاج في الدولة الثالثة بالحق الذي نشأ في دولة القاضي.

وتطبيقا لذلك، إذا أبرم زواج بين يونانيين في الشكل المدني في فرنسا، فلا يحتج بهذا الزواج في اليونان التي استبعد قانونها لتعارضه مع النظام العام في فرنسا الذي يرفض الشكل الديني للزواج. ويمكن الاحتجاج بهذا الزواج في بلجيكا لإقرارها نظام الزواج المدني[1].

لقد انقسم الفقه والقضاء بصدد مسألة الأثر الانعكاسي للنظام العام بين من يعتبر فكرة النظام العام فكرة وطنية، وبين من يؤيد الأخذ بفكرة الأثر الانعكاسي للنظام العام متأثرين في ذلك بالقضية التي عرضت على القضاء الفرنسي والتي تتلخص وقائعها في أن مطلقة فرنسية تزوجت في فرنسا من اسباني، وتم الطعن في صحة هذا الزواج بحجة أن القانون الاسباني يمنع زواج الاسبانيين بالمرأة المطلقة إلا أن محكمة "la Seine" قضت بصحة هذا الزواج، واعتبرت أن ما يعد من النظام العام في اسبانيا لا يتفق مع النظام العام الفرنسي. لكن محكمة مونبلييه قضت ببطلان الزواج مستندة إلى أن الفرنسية التي أصبحت اسبانية بالزواج تخضع من حيث موانع الزواج للقانون الاسباني[2].

ولكي يتضح مفهوم مبدأ الأثر الانعكاسي للنظام العام نعرض القضية التالية: تم الطعن في صحة زواج بولونيان مختلفي الديانة أمام القضاء البلجيكي مع

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص143 - 144.
[2] مقتبس عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص157- 158.

PDF Eraser Free

العلم أن القانون البولوني كان يستلزم اتحاد الدين، إلا أن القضاء البلجيكي استبعد القانون البولوني لمخالفته النظام العام في بلجيكا وقضى بصحة الزواج، وبتاريخ 02/15/ 1922 عرض ذات النزاع على محكمة "la seine". فقضت هي الأخرى بصحة الزواج على اعتبار أن النظام العام في بلجيكا يشبه النظام العام في فرنسا.

ولو فرضنا أن زوجان يونانيان أبرما زواجهما في الجزائر وفقا للشكل المدني، فيجوز لهما الاحتجاج بصحته في باقي الدول العربية باعتبار أن الزواج نظام مدني في مفهوم هذه التشريعات. ولكن إذا أرادا الاحتجاج به طبقا للقانون اليوناني فلا يمكنهما ذلك لأن النظام العام في القانون اليوناني يستوجب إبرام الزواج في الشكل الديني حتى ولو تم في الخارج[1].

فعلى القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي المختص لحكم الشروط الموضوعية للزواج إذا تعارض مع النظام العام. وقد يظهر في أحيان أخرى أن أحد الزوجين قد قام بتغيير جنسيته لكي يخضع لقانون آخر، وعندئذ يتعين على القاضي التصدي لهذا الغش باستبعاد هذا القانون.

الفرع الثاني

الغش نحو القانون

قد تتعارض مصالح الأفراد مع نصوص القانون وأهدافه فيعمدون إلى التحايل عليه بإيجاد مراكز قانونية مصطنعة تتفق وحرفية القانون وتخالف الغرض منه. ويكفي أن يغيروا في عناصر العلاقة الوطنية كي تصبح خاضعة لقانون آخر غير القانون المختص بحكمها ويحدث هذا التغيير في القانون بتغيير الجنسية أو

[1] انظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص157 ؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص287.

PDF Eraser Free

الموطن. وعلى ذلك يعرف الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين بأنه:" تغيير ذوي الشأن عمدا لضابط الإسناد بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم المركز القانوني"[1]. ويعرف أيضاً بأنه:" عبارة عن تدبير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة. ويعتمد ذوو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر العلاقة القانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر"[2].

وقد عرفت هذه النظرية لدى القضاء الفرنسي منذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية الأميرة " بوفرمون ". وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أميرة فرنسية تدعى" بوفرمون" رغبت في الطلاق من زوجها للزواج بأمير روماني يدعى" بيبسكو". وكان القانون الفرنسي المختص أصلا بحكم النزاع يمنع الطلاق آنذاك، فلم تجد الأميرة بوفرمون من سبيل أمامها إلا التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها التطليق وتحصلت عليه وفقا لقانون جنسيتها الجديدة. وتزوجت في برلين بالأمير الروماني" بيبسكو"، ثم تقدم الزوج الأول أمام القضاء الفرنسي بدعوى يطلب فيها إبطال طلاقها منه، وصدر القرار لصالحه إذ قضت محكمة النقض بإبطال طلاقهما وما ترتب عنه من زواج وأسست موقفها استنادا إلى فكرة الغش نحو القانون[3]، ولم تستطع الأميرة التذرع بجنسيتها الجديدة لأنها حصلت عليها بنية الغش[4].

ويعد غشا نحو القانون تغيير الزوجة المسلمة جنسيتها لتتفادى بطلان زواجها إذا رغبت في الزواج من أجنبي غير مسلم مما يستوجب عدم الاعتداد بأثر

[1] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص288- 289.
[2] انظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص196.
[3] مقتبس عن أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص188.
[4] انظر، بيار مايز، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، المرجع السابق، ص249.

PDF Eraser Free

هذا التغيير. ولذلك يعتبر هذا الزواج بلطلا، لأن العبرة في الاعتداد بقانون جنسيتها تكون وقت إبرام عقد الزواج[1].

إن الآلية المتبعة لإبطال هذا التحايل هي الدفع بالغش نحو القانون. 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. وقد نص المشرع الجزائري على الدفع بالغش نحو القانون في المادة 24 من القانون المدني، والتي تنص على مايلي:" لايجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة". ونص عليه المشرع التونسي في الفصل 30 من مجلة القانون الدولي الخاص حيث جاء فيه مايلي:" يكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة.

وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغير عنصر الإسناد".

والجدير بالذكر، أن تغيير الشخص الأجنبي لديانته، واعتناقه الدين الإسلامي لا يشكل غشا نحو القانون لدى الدول العربية باعتبار أن الدين من النظام العام في هذه الدول. ولا يمكن اعتبار ذلك غشا حتى ولو كان الشخص يرغب من وراء اعتناقه الإسلام تحقيق أغراض معينة[2]. فلا مجال لإثارة الدفع بالغش نحو القانون حتى ولو كشفت مقتضيات الحال أن الداخل إلى الإسلام قصد الإضرار

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص187- 188.
[2] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص290.

PDF Eraser Free

بزوجته، كأن يطلقها أو يتزوج عليها وغير ذلك مما لم يكن متاحا له في قانونه القديم.

لاشك أن القبول بمثل هذا الوضع سوف يؤدي في النهاية إلى رفض تطبيق نظرية الغش نحو القانون في نطاق القانون الدولي الخاص. ثم أن ديننا لا يقيم للغش وزنا. وعليه لا فائدة ترجى من هذا الشخص الذي دخل الإسلام بقصد تحقيق مآرب خاصة[1].

والحقيقة أن الغش يفسد كل شيئ، ومن المؤكد أيضاً أن الإسلام لم يجبر غير المسلمين على اعتناقه. ومن ثمة فإنه، لايوجد ما يبرر عدم إعمال هذه النظرية في هذا الفرض.

ويشترط لإثارة الدفع بالغش نحو القانون توفر الشروط التالية:

أولا:الركن المادي(التغيير في الاختصاص التشريعي)

قد تلجأ الزوجة المسلمة التي يمنع عليها قانونها الشخصي الزواج بغير المسلم إلى تغيير جنسيتها من أجل تجنب المنع الوارد في قانونها الوطني. وبالمثل قد يلجأ الزوج المسلم الذي يمنع عليه قانونه الوطني التعدد إلى تغيير جنسيته إلى قانون جنسية دولة تبيح التعدد.

ومن المظاهر الشائعة للغش في مسائل الزواج المختلط لجوء الكثير من الأزواج إلى تغيير جنسياتهم بغرض استبعاد القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع، كما لو رغب الزوج في فك الرابطة الزوجية وفقا لقانون بلد من السهل فيه أن

[1] انظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص504- 505.

PDF Eraser Free

يصدر الحكم القاضي بالطلاق، فيلجأ الزوج إلى تغيير جنسيته وفقا لقانون هذا البلد[1].

ثانياً:الركن المعنوي للغش(توافر نية التحايل)

يتعين أن يهدف الشخص من التغيير الإرادي والفعلي لضابط الإسناد التهرب من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق أصلا. ويستخلص القاضي هذا القصد من خلال ظروف وملابسات النزاع[2]، فتغيير ضابط الإسناد وحده لا يكفي للقول بوجود غش نحو القانون، بل يجب معرفة غرض الزوج المعني من تغيير ضابط الإسناد، فإذا ثبت أن الغرض من ذلك هو نقل الاختصاص التشريعي من قانون لآخر فيشكل ذلك غشا نحو القانون[3]. وقد استخلصت محكمة النقض الفرنسية قصد الغش في قضية السيدة " بوفرمون " من واقعة طلب الطلاق التي جاءت مباشرة عقب الحصول على الجنسية الجديدة[4].

إن الأثر الأساسي المترتب على الدفع بالغش نحو القانون فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق هو إبطال الاختصاص التشريعي الناجم عن الغش وإحلال محله القانون المبعد[5]. وإذا كان يجوز للجزائري الزواج بأجنبية، ويجوز للجزائرية الزواج من أجنبي، فإنه في حالة وجود تحايل على القانون كما لو ثبت أن الغرض من هذا الزواج هو الحصول على الإقامة أو على الجنسية الجزائرية أو ما يعرف باسم" الزواج الأبيض"[6]، فإن المشرع الجزائري قد عاقب على هذا التحايل حيث نص

[1] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص291.
[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص150.
[3] انظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص203.
[4] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص295.
[5] انظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص204- 205.
[6] انظر، محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقانه في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009، ص321.

PDF Eraser Free

في المادة 48 من قانون تنظيم دخول وإقامة وتنقل الأجانب في الجزائر[1]على ما يلي:" يعاقب بالحبس من سنتين(2) إلى خمس(5) سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج القيام بعقد زواج مختلط فقط من أجل الحصول على بطاقة المقيم أو جعل الغير يحصل عليها أو فقط من أجل اكتساب الجنسية الجزائرية أو جعل الغير يكتسبها.

ويعاقب بنفس العقوبات قيام أجنبي بعقد زواج مع أجنبية مقيمة للغايات نفسها.

عندما ترتكب المخالفة من طرف جماعة منظمة، تكون عقوبتها الحبس لمدة عشر(10) سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج، ويتعرض كذلك مرتكبو المخالفة لمصادرة كل ممتلكاتهم أو جزء منها".

لقد بينا من خلال ما سبق، أن المشرع الجزائري قد أخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون جنسية الزوجين، فكيف يتم حل تنازع القوانين الناجم عن الشروط المرتبطة بشكل الزواج؟

المبحث الثاني

الشروط الشكلية للزواج

تتعلق الشروط الشكلية للزواج بالمقتضيات والإجراءات التي يتعين على الزوجين إتباعها لكي يعتبر زواجهما صحيحا في نظر القانون الذي تشير قواعد التنازع في قانون القاضي باختصاصه[2]. وبمعنى أنها، تشمل كافة الشروط المتطلبة

[1] انظر، قانون رقم 08-11 مؤرخ في 2008/06/25 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها. الجريدة الرسمية، لسنة 2008، العدد36، ص10.
[2] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص22.

PDF Eraser Free

لإبرام الزواج والتي ترتبط أساسا بالقالب أو المظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج ويصبح بها الزواج معلوما لدى الغير[1].

إن تكييف الشروط الشكلية للزواج في الدول الغربية له علاقة وطيدة بالنظام السائد في هذه الدول بحسب ما إذا كان نظاما علمانيا أو نظاما دينيا. لكن بالنسبة للدول الإسلامية فالزواج ذو طبيعة مدنية ولو أن أحكامه الموضوعية مستمدة من الشريعة الإسلامية[2]. وفي فرنسا يعود للمواطن الفرنسي أن يبرم زواجه في الشكل المدني في بلده فرنسا؛ أما الزواج في الشكل الديني فلا يرتب آثاره ما لم يسبقه زواج مدني مسجل[3].

ولكن ما حكم الزواج الذي تم وفقا للشكل المدني الذي يتطلبه قانون المحل بينما القانون الشخصي للزوجين يتطلب الشكل الديني ويعتبره من الشروط الموضوعية؟

يعتبر هذا الزواج صحيحا في نظر قانون بلد الإبرام، ويعد باطلا في نظر القانون الشخصي للزوجين. ويرى الفقيه دي فاري سوميير – De Vareilles Sommieres بأن مثل هذا الزواج المبرم في فرنسا من طرف الأجانب الذين يشترط قانونهم الشخصي إبرام عقد الزواج أمام رجل الدين لا يعتبر صحيحا في نظر القانون الفرنسي طالما تم الزواج الديني قبل الشكل المدني.

وإذا رجعنا إلى أحكام المادة الخامسة [4] من اتفاقية لاهاي المبرمة في 12 جوان 1902 والمتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج، نجدها ترتب آثار الزواج

---

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص25.

[2] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص164.

[3] انظر، علي مصباح ابراهيم، المعاشرة غير الشرعية في فرنسا والزواج المنقطع في لبنان، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص407.

[4] L'article 5 de la convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage dispose que : " Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu.

PDF Eraser Free

الصحيح على الزواج الذي أخضع شكله لقانون محل الإبرام. ومن ثم لا يجوز اعتبار الزواج الذي تم وفقاً للشكل المدني في الخارج باطلا[1].

إذن، يختلف التكييف المعطى لشكل الزواج بحسب ما إذا كان نظام الزواج مدنيا أودينيا، وهذا ما سنفصله في المطلب الموالي:

المطلب الأول

الزواج بين الشكل المدني والديني

لقد انقسمت التشريعات بخصوص مجال تطبيق قاعدة locus(خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام) في مجال الزواج إلى ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: تعتبر تشريعات هذه المجموعة أن الزواج مجرد تصرف مدني يتم إبرامه أمام موظف الحالة المدنية. ويجب أن يخضع الزواج إلى إجراءات شكلية تسمى بعملية الشهر بهدف إعلام الغير بالزواج حتى يستطيع الغير أومن له مصلحة الاعتراض على قيامه خلال فترة الإشهار متى ثبت وجود مانع من الموانع التي تحول دون إبرام الزواج.[2] وتتم إجراءات شهر الزواج المدني في فرنسا في البلديات التي يقطن فيها أحد الزوجين أو البلديات التي يقيم فيها أولياء الزوجين[3].

Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée.

Les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront être respectées; mais le défaut de ces publications ne pourra pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aurait été violée.

Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux". www.hcch.e-vision.nl/index_fr

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف،المرجع السابق، ص189.

[2] انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص178وما بعدها.

[3] L'article 63 du code civil français dispose que : " Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré. La publication prévue au premier alinéa ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169… ".

PDF Eraser Free

ولا يبرم عقد الزواج إلا بعد مرور عشرة أيام من إتمام عملية الشهر، ليحرر بعد ذلك العقد في البلدية التي يقع فيها موطن أحد الزوجين من قبل موظف الحالة المدنية المختص[1]. فللزواج المدني في فرنسا هو الزواج الوحيد الذي يأخذ بعين الاعتبار، أما الزواج الذي يتم في الشكل الديني وإن ترك اختيارا للمواطنين فلا قيمة له ولا ينتج آثاره إذا لم يسبقه زواج مدني مسجل[2]. وبحسب المادة 171–1 فإن الزواج الذي يتم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يعد صحيحا إذا تم وفقا لقانون بلد الإبرام، وذلك بغض النظر عن الشكل الذي يتبعه قانون المحل سواء كان شكلا دينيا أو مدنيا[3].

وتجنبا للتحايل والغش، فإن المشرع الفرنسي قد نص على ضرورة شهر الزواج مسبقا في فرنسا طبقا لنص المادة 63 من القانون المدني[4]، وهذا من أجل مراقبة مدى توافر الشروط الموضوعية للزواج وإعطاء الفرصة لإثارة الاعتراضات على هذا الزواج[5].

المجموعة الثانية: تعتبر الزواج عبارة عن تصرف ديني محض، ولهذا يتولى إبرامه رجال الدين. وهذا النظام مطبق في كل من اليونان وبلغاريا. فلا يكفي لانعقاد الزواج في الشريعة المسيحية توافر الشروط الموضوعية كالرضا وانتفاء موانع الزواج، بل لا

---

[1] L'article 64 du code civil français dispose que : " L'affiche prévue à l'article précédent restera apposée à la porte de la maison commune pendant dix jours.
Le mariage ne pourra être célébré avant le dixième jour depuis et non compris celui de la publication. Si l'affichage est interrompu avant l'expiration de ce délai, il en sera fait mention sur l'affiche qui aura cessé d'être apposée à la porte de la maison commune".

[2] علي مصباح ابراهيم، المعاشرة غير الشرعية في فرنسا والزواج المنقطع، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص407.

[3] Bernard AUDIT, Droit international privé, Economica, 4éme édition, Paris 2006, p.523-524.

[4] L'art : 63 du code civil français énonce que : "Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré".

[5] Jean DERRUPPE, Droit International Privé, DALLOZ, 14e édition, Paris, 2001, P.132.

PDF Eraser Free

بد من توافر شروط وإجراءات شكلية دينية تتمثل في المراسم الدينية التي يباشرها علنا رجل من رجال الدين[1]؛ حيث يقوم بالصلاة والتبريك والتكليل بحسب الطقوس الدينية المرسومة[2].

المجموعة الثالثة: تأخذ بالنظامين السابقين معاً؛ أي أنها تأخذ بالزواج المدني والزواج الديني معاً، وتسير على هذا المنوال كل من انجلترا وايطاليا[3]. فقد تبنت انجلترا الزواج المدني لصالح الأشخاص الذين يدينون بدين مغاير، وهذا حتى لا يجبروا على إبرام عقد زواجهم أمام الكنيسة. كما يجب أن يشهر هذا الزواج أمام الكنيسة سواء تم في الشكل الديني أو الشكل المدني[4].

لقد آثار الزواج الديني جدلا كبيراً بخصوص تكييفه، فهل تعد المراسم الدينية بمثابة شروط شكلية وبالتالي تخضع لقانون محل الإبرام، أم هي عبارة عن شروط موضوعية تخضع لقانون جنسية الزوجين؟

إن تصنيف شروط تكوين الزواج إلى شروط موضوعية وشروط شكلية مسألة مستقاة من النظم القانونية الغربية، ولا أصل له في القوانين العربية التي تجهل مثل هذا التقسيم. وعليه، فإن الرجوع إلى قانون القاضي في التشريعات العربية للتمييز بين شكل الزواج وموضوعه أمر غير مجد ما دام أن الشريعة الإسلامية لا تعرف مثل هذا التقسيم. ولهذا كان من الأفضل عدم إسناد التكييف إلى قانون القاضي على إطلاقه، لأنه لا يمكن مطالبة هذا الأخير بتحديد المقصود من تصنيفات مستمدة من القوانين الأجنبية أو الفقه المقارن وليس من قانونه الموضوعي"[5].

---

[1] انظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص322.
[2] انظر، توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية، بدون تاريخ، ص234.
[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص99.
[4] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص181.
[5] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص36- 37.

PDF Eraser Free

إن المراسيم الدينية بالنسبة للدول العربية، ليست نظاما دينيا[1]، لأن الزواج في الشريعة الإسلامية ليس نظاما دينيا، بل هو نظام مدني إذ لا يشترط لإبرامه حضور رجل الدين أو احترام طقوس معينة. وبناء على هذا، فإن شرط المراسيم الدينية يعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر[2]. وقد نص المشرع الكويتي على ذلك صراحة حسماً لأي خلاف فقهي حول تكييف هذا الشرط، حيث جاء في نص المادة 37 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ما يلي:" يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج، كالتوثيق **والمراسم الدينية**، إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين.

يجب احترام نصوص قانون جنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالإعلان أو النشر عن الزواج، ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الإعلان أو النشر بطلان الزواج فيغير البلاد التي خولف قانونها"[3].

يسهل هذا النص مهمة القاضي في تكييف المسائل التي تدخل ضمن شكل الزواج في القانون الدولي الخاص. ومن ناحية أخرى، فإن هذا النص يوجب احترام إجراءات شهر الزواج المنصوص عليها في قانون جنسية الزوجين. ولكن ينبغي في هذا الصدد مراعاة النظام العام في قانون دولة القاضي. وسنعرض فيما يلي لقاعدة الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية للزواج في القانون الدولي الخاص.

[1] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص70.
[2] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص247.
[3] انظر، قانون رقم 5 لسنة 1961 يتضمن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

PDF Eraser Free

المطلب الثاني

تطبيق قانون المحل على شكل الزواج

لم يرد في القانون المدني الجزائري نص خاص بشأن القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج. إلا أن القواعد العامة في القانون المقارن قد وضعت قاعدة إسناد متعددة الضوابط واختيارية التفضيل بحيث يجوز للأفراد إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام. ومن ذلك ما تقضي به القوانين العربية في الكويت والمغرب[1]والإمارات العربية المتحدة[2] والأردن[3]، كما يجوز لهم إبرام عقود زواجهم وفقاً للشكل الذي ينص عليه قانون جنسيتهم. وهناك طريق ثالث يقضي بإبرام الزواج وفقاً للشكل الدبلوماسي أو القنصلي[4]. وسنتناول فيما يلي: تاريخ قاعدة Locus (الفرع الأول)، طبيعة قاعدة Locus (الفرع الثاني)، موانع تطبيق قاعدة Locus (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تاريخ قاعدة Locus

لقد كان نطاق العلاقات الفردية لدى الحضارات القديمة محصورا بين أفراد الأسرة والقبيلة وكل شخص خارج عن نطاق هاتين الفئتين يعد أجنبياً. ولم يكن هذا الأخير محلا لأي اعتبار أو أهلا لتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق، بل كان معرضاً للاسترقاق، وينظر إليه نظرة احتقار. ولم يتوسع إطار العلاقات الفردية إلا

---

1 ورد في الفصل 11 من الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب على أنه:" لا يجوز للفرنسيين والأجانب أن يتزوجوا إلا حسب القواعد الشكلية التي يعينها قانونهم الوطني أو حسب القواعد التي ستعين فيما بعد للحالة المدنية في منطقة الحماية الفرنسية".

2 انظر، المادة 2/12 من قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 والتي تنص على ما يلي:"

2- أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين ".

3 تنص المادة 2/13 من القانون المدني الأردني على ما يلي:" يعتبر الزواج ما بين أجنبي وأردني صحيحا إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين".

4 انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص838 ؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص164 - 165.

PDF Eraser Free

بعد احتكاك الشعوب ببعضها البعض بسبب الحروب والغزوات. وقد كان لأداء الطقوس والقرابين عند ممارسة العقائد الدينية الأثر الكبير في ظهور الشكلية البدائية الصارمة في المعاملات القانونية[1].

وقد نظم القانوني الروماني حياة الأسرة ثم حياة المدينة، وانتقل المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري[2] واتسع نطاق القانون الروماني ليشمل تنظيم علاقات الأفراد والشعوب والأجناس التي خضعت لحكم الإمبراطورية الرومانية، واتسم هذا القانون في بدايته بالطابع الشكلي فكانت جميع التصرفات التي يقوم بها الرومان تتم في قالب شكلي محض يفرض على الأفراد القيام بإجراءات وطقوس معينة أو التلفظ بألفاظ معينة. وهذا لأن الشكل عند الرومان هو قوام وجود الشيء. وإذا تم التصرف دون مراعاة هذه الشكلية فيعتبر باطلا بطلانا مطلقاً.

ولم يستمر هذا الوضع طويلا، حيث تأثر القانون الروماني بمختلف القوانين التي سادت في إمبراطوريته وبدأ ينشأ تنازع قانوني وشكلي بينه وبين هذه القوانين المختلفة، إلى أن ظهر قانون الشعوب[3] الذي نظم علاقات الأجانب ببعضهم البعض وعلاقات الرومان مع الأجانب.

وأهم ما ميز هذا القانون هو تحرره من الشكليات المعقدة التي تعرقل إبرام الصفقات والمبادلات بين الأفراد. وبالنسبة لعقد الزواج فقد كان خالياً من كل شكلية رسمية، ثم أن القانون الروماني رغم اتسامه بصفة الشكلية فإن نصوصه لم تتضمن

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص14- 15.

[2] فقد ترتب على التطور الاقتصادي الذي شهدته روما الاعتراف لابن الأسرة بقدر من الشخصية القانونية، حيث أصبح بإمكانه أن يتملك بعض الأموال. وفي عهد جستنيان تم الاعتراف لابن الأسرة بالذمة المالية المستقلة. وكنتيجة أيضاً لهذا التطور الاقتصادي تعددت صور الملكية وأوجد الرومان أنواعا كثيرة من العقود غير الرسمية. انظر، صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية،(بدون دار نشر)، 2007، ص193.

[3] أنشئت في روما وظيفة الحاكم القضائي للأجانب(بريتور الأجانب) وذلك عام 343 ق.م. وتكونت من عمل هذا الحاكم مجموعة قانونية خاصة بالأجانب، عرفت فيما بعد باسم " قانون الشعوب". انظر، صالح فركوس، تاريخ الرظم القانونية والإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص32.

PDF Eraser Free

ما يثبت ظهور هذه القاعدة في العهد الروماني[1]. ثم جاء الفقيه كورتيس Curtius الذي برر خضوع موضوع العقد لقانون بلد الإبرام على أساس أن إرادة الأفراد قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون[2]. وقد تلقف هذه الفكرة الفقيه الفرنسي ديمولان Dumoulin الذي يرجع له الفضل في قصر هذه القاعدة على شكل التصرف، وإبعاد موضوع التصرف عن هذه القاعدة، وكان ذلك بمناسبة بحثه في موضوع النظام المالي للزوجين حيث توصل إلى نتيجة مفادها أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وليس القانون[3].

الفرع الثاني

طبيعة قاعدة Locus

يتنازع الفقه اتجاهان بشأن تحديد طبيعة قاعدة لوكيس، اتجاه ينادي بالطابع الآمر للقاعدة ويلزم الأفراد بالخضوع لأحكامها، واتجاه ثان يعتنق الطابع المفسر للقاعدة، ويجيز للأفراد الخروج على أحكامها. وهذا ما سنبينه على النحو التالي:

أولاً: خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام قاعدة آمرة

يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه يجب على الأجنبي المقيم بالخارج عند إبرامه التصرفات القانونية احترام هذه القاعدة وعدم الخروج على أحكامها. ولا يجوز أن نترك للأجنبي حق الاختيار بين أحكام قانون المحل وأحكام قانونه الوطني، ما دام

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص30 وما بعدها
[2] انظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص333.
[3] انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص52- 53.

PDF Eraser Free

أن التصرف الذي يبرمه الأجنبي وفقا لقانون محل الإبرام يكون صحيحا في جميع الدول بما في ذلك بلده الأصلي[1].

ويعتبر الفقيه بوزاتي Buzatti من الفقهاء المعاصرين الذين نادوا بالطابع الآمر لقاعدة لوكيس، فهو يرى أن قوانين الشكل تتعلق بالنظام العام وترتبط باعتبارات دينية ومصالح سياسية واقتصادية. وفي هذا المعنى أيضا يقول الفقيه ارمنجون Arminjon أن وجوب احترام تطبيق قاعدة لوكيس راجع إلى أسباب فرضتها الملائمة والضرورة العملية، وهذا لأن القوانين المحلية تراعي العادات والأفكار السائدة في محل الإبرام.

وفي الواقع، أن سبب تمسك أنصار هذا الاتجاه بالطابع الآمر هو تأثرهم بالأحكام القضائية التي تعرضت للطابع الآمر لقاعدة لوكيس. ويضاف إلى ذلك تلاءم هذه القاعدة مع مبدأ إقليمية القوانين الذي يقتضي من كل دولة التمسك بتطبيق قوانينها الإقليمية[2].

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

لقد رتب المشرع الفرنسي[3] البطلان على عدم احترام الأشكال المحلية للزواج حرصاً منه على احترام قواعد نظام الزواج، وبالتالي ضمان استقرار النظام الاجتماعي للبلاد. وهذا لأن السماح بإبرام عقد الزواج بدون مراعاة الأشكال التي يتطلبها قانون المحل والاكتفاء بتطبيق القانون الوطني يؤدي في النهاية إلى ترتيب

[1] انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص88- 89.
[2] مقتبس عن نادية فضيل، المرجع السابق، ص93 وما بعدها.
[3] انظر، المادة171 -1 من القانون المدني الفرنسي.

PDF Eraser Free

نتائج متناقضة عن زواج واحد، إذ يعتبر الزواج قائم في بلد وغير قائم في بلد آخر. وإذا نجم عن هذا الزواج أطفال فيعدون شرعيين في بلد وغير شرعيين في بلد ثاني وتفاديا لمثل هذه النتائج يتعين الأخذ بالطابع الآمر لقاعدة لوكيس في مجال الزواج[1].

وفي هذا السياق طرحت قضية أمام القضاء الفرنسي تتلخص وقائعها في أن مواطنا مغربيا تزوج بمواطنة فرنسية في فرنسا وفقا للشكل المدني الذي يتطلبه القانون الفرنسي دون مراعاة الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون المغربي. وعندما طالبت الزوجة الفرنسية من القضاء الفرنسي وضع الصيغة التنفيذية للحكم بالإبطال، تم رفض طلبها على أساس أن هذا الزواج يعتبر صحيحا في نظر القانون الفرنسي، لأنه تم وفقاً لإجراءات الشهر المعمول بها في فرنسا. في حين أن هذا الزواج يعد باطلاً في نظر القانون المغربي لعدم حصول الزوج على الإذن بالزواج المختلط[2].

ثانيا: خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام قاعدة اختيارية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن قاعدة لوكيس ذات طابع اختياري ومكمل بالنسبة للأفراد؛ فيجوز لهم إجراء الزواج إما في الشكل المحلي وإما في الشكل الذي يحدده القانون الشخصي للزوجين[3].

ومن بين مؤيدي الطابع المفسر لقاعدة لوكيس نجد أيضا الفقيه بييه Pillet الذي يري بأن التصرف القانوني الواحد يمكن أن تتنازع قوانين عدة دول لحكمه. وبما أنه لا يمكن أن نطبق كل هذه القوانين على تصرف واحد، فإنه يجب أن نختار من بين هذه القوانين القانون الأنسب والملائم. وهذا القانون هو قانون القاضي، وعند

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف ،المرجع السابق، ص186- 187.
[2] انظر، بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص81- 82.
[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص104.

PDF Eraser Free

استحالة تطبيق قانون القاضي على شكل التصرف القانوني، فيطبق القانون الوطني للأطراف[1].

ويستند أنصار الطابع الاختياري لقاعدة لوكيس إلى الحجج التالية:

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

ب- التوسع في الحد من بطلان التصرفات: يعتبر العقد صحيحا إذا تم وفقا للشكل المطلوب في القانون الشخصي ولو كان هذا الشكل المتبع يتعارض مع الشكل المقرر في قانون محل الإبرام ما لم يثبت وجود غش نحو القانون. وفي هذا الصدد حكم القضاء الفرنسي بصحة زواج يهوديين سوريين مقيمين في إيطاليا أبرم في الشكل الديني، وإن كان غير صحيح شكلا في إيطاليا التي يشترط قانونها إبرام الزواج في الشكل المدني.

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

يتضح مما سبق، أن الفقهاء قد اختلفوا حول تحديد طبيعة قاعدة لوكيس بين اعتبارها قاعدة ذات طابع آمر، وبين اعتبارها قاعدة ذات طابع مفسر. ولكن أغلب الفقه يرى بأن هذه القاعدة ذات طابع اختياري في مجال الزواج بحيث يجوز للزوجين اختيار إما شكل الزواج الذي يقضي به قانون المحل، وإما شكل الزواج

[1] مقتبس عن، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص118.
[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، المرجع السابق، ص106- 107.

PDF Eraser Free

الذي يقضي به القانون الوطني. ولكن قد تتحول هذه القاعدة من طابعها المفسر إلى الطابع الآمر إذا كان أحد الزوجين يحمل جنسية قانون المحل، إذ لا يوجد سبب جدي في هذا الفرض يدعو إلى تطبيق القانون الوطني لأحد الزوجين بدلا من الآخر. فضلا عن أن تطبيق قاعدة لوكيس في هذه الحالة أمر تقتضيه الضرورة العملية[1].

ثالثا: طبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات الحديثة

تختلف الدول فيما بينها حول اعتبار قاعدة لوكيس اختيارية أو إلزامية فمثلا انجلترا تخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام على سبيل الإلزام بحيث لا يجوز تطبيق قانون آخر على هذه الشروط. بينما أغلبية الدول[2] تعتبر هذه القاعدة اختيارية وتجيز إخضاع شروط الزواج الشكلية لقانون جنسية الزوجين[3].

وفي فرنسا، تعرض القانون المدني لقاعدة لوكيس في المواد 47، 171–1، 999. ويتضح من خلال نص المادة 47[4] أن المشرع الفرنسي قد أخضع التصرفات المتعلقة بالحالة المدنية للشخص إلى قانون المحل.

كما خول المشرع الفرنسي للفرنسيين حق الاختيار بين قانون المحل والقانون الوطني، إذ بإمكانهم حسب نص المادة 48[5] من التقنين المدني اللجوء إلى

---

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص187- 190.

[2] انظر، الفصل 68 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، والمادة 37 من القانون الكويتي المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والمادة 21 من القانون المدني السوري.

[3] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص70.

[4] L'art. 47 du code civil français dispose que:" Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ".

[5] L'art. 48 du code civil français dispose que:" Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires.
Un double des registres de l'état civil tenus par ces agents sera adressé à la fin de chaque année au ministère des affaires étrangères, qui en assurera la garde et pourra en délivrer des extraits".

PDF Eraser Free

الموظفين الدبلوماسيين أو القناصل لتحرير تصرفاتهم المتعلقة بالحالة المدنية. وعليه، إذا أبرم زواج بين فرنسيين في اليونان طبقا للشكل الديني الواجب هناك، فإن هذا الزواج يعتبر صحيحا لدى كافة الدول بما في ذلك فرنسا التي لا تعرف مثل هذا الشكل، ولكن بشرط ألا يكون هنالك تحايل للتهرب من تطبيق أحكام القانون الفرنسي[1].

لقد أخضع المشرع الفرنسي شكل الزواج لقانون المحل حسب نص المادة 171-1[2]، ولا يهم ما إذا كان شكلا دينيا أو مدنيا. وعليه فإن الزواج الذي يتم في الخارج بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا إذا تم وفقاً للأشكال التي يتطلبها قانون البلد الذي أبرم فيه بشرط أن يكون قد سبق إشهاره طبقا لنص المادة 63، لأنه وبحسب الفقرة الثانية من نص المادة المذكور أعلاه، يجوز للفرنسيين إبرام زواجهم في الخارج باللجوء إلى قانون المحل، أو اختيار الخضوع لأحكام القانون الفرنسي وذلك في حالة إبرام عقود زواجهم أمام الهيئات الدبلوماسية أو القنصلية. ولا شك أن هذا النص يؤكد الطابع الاختياري لقاعدة لوكيس من خلال السماح للإفراد باختيار القانون الذي يخضع له شكل الزواج. وقد نصت على هذه القاعدة المادة الثانية[3] من اتفاقية الاحتفال والاعتراف بالزواج المبرمة في 14 مارس 1978.

وبالنسبة لطبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات العربية، فلا يختلف الأمر كثيرا عن التشريع الفرنسي. فنجد مثلا المشرع المصري يؤكد في المادة 20 من القانون المدني على الطابع الاختياري للقاعدة، حيث أجاز للأفراد اختيار قانون البلد

[1] مقتبس عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص71.

2L'art: 171-1 du code civil français dispose que:" Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre.
Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises.
Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret.".

[3] L'art 2 du CONVENTION SUR LA CÉLÉBRATION ET LA RECONNAISSANCE DE LA VALIDITÉ DES MARIAGES dispose : « Les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'Etat de la célébration ».

PDF Eraser Free

الذي أبرم فيه العقد، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد، أو قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك.

وفي الأردن، نجد نص المادة 2/13 من القانون المدني يؤكد أيضا على الصفة الاختيارية أو الانتقائية لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج. إذ لم يلزم المشرع الزوجين بقانون معين، وإنما ترك لهم الخيار بين إخضاع شكل الزواج إما وفقا لقانون كلا الزوجين، وإما وفقا لقانون محل الإبرام[1].

وكل ما قيل عن هذه القاعدة بالنسبة للتقنين المدني الأردني ينطبق على القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 19 على ما يلي:" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

إذن، المشرع الجزائري هو الآخر يأخذ بالطابع الاختياري لقاعدة لوكيس، فقد أجاز للأفراد اختيار إما قانون المحل، أو قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطنا أو قانون الجنسية المشتركة إذا اتحدت جنسيتهما. وإذا اختلفا فيجوز لهم اختيار القانون الذي يحكم الموضوع.

وقد أعاد المشرع الجزائري ضبط الصياغة الفنية للمادة 19 بإلغاء العبارة السابقة " العقود ما بين الأحياء". إذ لا يوجد ما يبرر هذه العبارة. وعلاوة على ذلك فإن المادة 19 لا تنطبق على العقود فقط كما كان عليه النص القديم، وإنما تشمل أيضا التصرفات بالإرادة المنفردة. وهذا ما تم تداركه في النص الجديد، كما ألغى المشرع كلمة " يجب" واستبدلها بكلمة " يجوز" رغبة منه في التأكيد على الطابع

[1] انظر، ريم حمد أحمد الحمد، تنازع الاختصاص القضائي والتشريعي في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص77.

PDF Eraser Free

الاختياري للقاعدة. وأخيرا أضاف ضابطا إسناد آخرين هما على التوالي: قانون الموطن المشترك والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف[1].

ويتأكد الطابع المفسر لقاعدة لوكيس بالنسبة لشكل الزواج من خلال المادتين 95 و 96 من قانون الحالة المدنية الجزائري، وقد استلهم مشرعنا أحكامهما من نص المادتين 47 و 48 من التقنين المدني الفرنسي. وقد نصت المادة 95 على ما يلي:" إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد".

أما المادة 96 فقد نصت على مايلي:" 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 قانون الحالة المدنية، والتي تنص على ما يلي:" إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج.

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

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

[1] انظر، الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، المرجع السابق، ص85- 86.

PDF Eraser Free

لقد منح المشرع الجزائري سلطة إبرام عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية ولم يخول هذه السلطة إلى رجل الدين، لأن الزواج في التشريع الجزائري يعد مدنيا وليس دينيا وهذا استنادا إلى نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية التي تنص على 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.

ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

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

وجدير بالذكر، أن زواج الأجانب المقيمين بالجزائر يخضع إلى أحكام المادة 31 من قانون الأسرة[2] والمادة 73 من قانون الحالة المدنية[3] والتعليمة رقم 02 الصادرة عن وزير الداخلية بتاريخ 11 فبراير 1980 التي اشترطت وجوب الحصول على رخصة إدارية لإبرام عقد زواج الأجانب أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، ولا يمكن للأجنبي إبرام زواجه إلا بعد حصوله على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي وذلك في الحالات الآتية:

---

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص192.

[2] تنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية".

[3] ورد في نص المادة 73 من قانون الحالة المدنية الجزائري ما يلي:" يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.
كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي:
1- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين،
2- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما،
3- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود،
4- الترخيص المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء،
5- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر".

PDF Eraser Free

- حالة زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة.

- حالة زواج الأجنبي المقيم مع أجنبي غير مقيم.

- حالة زواج جزائري مع أجنبي.

وأكدت هذه التعليمة أيضاً على أن زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم غير جائز و ممنوع بتاتا ولا يمكن إعطاء أي رخصة في هذا الشأن.

وبالنسبة للمشرع التونسي فقد ألزم الأجانب المسلمين قبل إبرام زواجهم بتونس سواء فيما بينهم أو مع غيرهم تقديم شهادة من قنصليتهم تثبت عزوبيتهم أو طلاقهم تجنبا لإبرام زواج متعدد يحرمه القانون التونسي[1].

الفرع الثالث

موانع تطبيق قاعدة لوكيس

يتقلص مجال تطبيق قاعدة لوكيس بمجرد ظهور بعض الموانع التي تحول دون تطبيقها، وتعد بمثابة استثناءات ترد على هذه القاعدة، فيتوقف تطبيق القاعدة إذا ثبت وجود غش نحو القانون، وإذا تعارضت مع النظام العام، وأخيرا إذا تعلق الأمر بالإحالة؛ وسنتعرض إلى هذه الموانع فيما يلي:

أولا: الغش نحو القانون

إذا كانت قاعدة لوكيس في مجال الزواج قاعدة اختيارية، بحيث تسمح للأفراد بإبرام عقود زواجهم إما وفقاً للشكل المحلي طبقا لقانون بلد الإبرام، وإما وفقا

[1] حيث ورد في الفصل 46 من مجلة القانون الدولي الخاص ما يلي:" تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج. وإذا كان أحد الزوجين من مواطني بلد يسمح بتعدّد الزوجات فإن ضابط الحالة المدنية أو عدلي الإشهاد لا يمكن لهم إبرام عقد الزواج إلاّ بناء على شهادة رسمية تثبت أنّ ذلك الزوج في حلّ من كلّ رابطة زوجية أخرى".

PDF Eraser Free

لأحكام القانون الشخصي. فهل يعتبر الزواج الذي خضع شكله لقانون المحل صحيحاً حتى ولو قصد الزوجان من وراء ذلك التهرب من أحكام القانون الوطني؟

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

ولقد كان الفقه التقليدي في هذه الحالة يقضي بتطبيق قاعدة " الغش يفسد كل شيء ". وفي هذا الصدد يرى الفقيه جان فويت Jean Voet بأن تطبيق قاعدة لوكيس في حالة الغش يجب أن يتوقف، ولا يستفيد صاحب هذا التصرف من أي امتياز عقابا له على سوء نيته. أما في الفقه المعاصر وطبقا لرأي الفقه الغالب فإن التصرفات التي نشأت في الخارج وكانت مشوبة بنية الغش لا يمكن أن تنتج أي أثر[1]. ويحق للقاضي عندئذ أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل عقد الزواج[2].

غير أن مهمة القاضي في البحث عن نية الغش ليست بالأمر الهين، فالبحث في النيات الخفية التي هي من نطاق الأخلاق قد يتعرض لاستبداد القضاة والخطأ في الأحكام[3] خصوصاً وأن تشريعات الدول تختلف في تنظيم مسألة شكل الزواج تبعا لاختلاف مضمون فكرة الزواج من مجتمع لآخر. فلو فرضنا أن زوجين فرنسيين تزوجا في انجلترا دون إتباع إجراءات الشهر، فإن هذا الزواج يعتبر صحيحا طبقا لقاعدة لوكيس. ولكن حتى يعتبر صحيحا في نظر القانون الشخصي للزوجين، فإن القانون الفرنسي يشترط أن يتم إعلان هذا الزواج في فرنسا وإلا اعتبر باطلا. ولكن السؤال المطروح هنا: ما هو أساس هذا البطلان؟

[1] مقتبس عن نادية فضيل، تطيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص263- 268.
[2] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص449.
[3] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص162.

PDF Eraser Free

ذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار مثل هذا الزواج باطلا على أساس نظرية الغش نحو القانون، لأن الزوجين قصدا من تطبيق قاعدة لوكيس التهرب من تطبيق إجراءات الشهر التي نص عليها القانون الفرنسي[1]. بينما اعتبر جانب آخر من الفقهاء أن أساس البطلان هو نص المادة 191 من التقنين المدني الفرنسي[2] أي على أساس نظرية عرفية الزواج؛ والتي تختلف عن نظرية الغش نحو القانون من حيث طبيعة الإثبات. كما أن تطبيق نظرية عرفية الزواج من شأنه توسيع مجال تطبيق قاعدة لوكيس. لأن هذه النظرية لا تتعرض للشكل الذي تم فيه الزواج، بل تتعرض للآثار القانونية الناجمة عن الزواج بعد إبرامه، وبالتالي فإن الزواج الذي تم في انجلترا لا ينطوي على سوء النية ولا يمكن أن يوصف بالغش بل هو زواج عرفي[3].

ثانيا: النظام العام

يؤكد غالبية الفقهاء على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق قاعدة لوكيس إذا تعارض مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع[4]، وتعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة ذات مفهوم متطور ومتغير باختلاف الزمان والمكان. ويعتبر الفقيه الألماني سافيني Savigny أول من وضع أسس النظام العام في القانون الدولي الخاص ضمن فكرته الشهيرة "الاشتراك القانوني" والتي مفادها أن المشرع الوطني عندما يقبل بتطبيق القانون الأجنبي فإنه

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص268- 269.

[2] L'article 191 du code civil français dispose que :" Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public ".

[3] مقتبس عن نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص270 -271.

[4] ولكن يجب على القاضي ألا يتشدد في إعمال الدفع بالنظام، وذلك مخافة أن يحول هذا الدفع دون تحقيق الهدف الذي تسعى إليه قاعدة الإسناد وهو تطبيق أكثر القوانين الملائمة لحكم النزاع المطروح. انظر، أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، ص383.

PDF Eraser Free

يفترض وجود مقدار من التشابه القانوني أو الاشتراك ما بين القانون الوطني والقانون الأجنبي[1].

والمقصود بالنظام العام هنا هو النظام العام الدولي مع ملاحظة أن الغرض من وصفه بالدولية يراد به فقط تمييزه عن النظام العام الداخلي، وهو وسيلة استثنائية لا يلجأ إليها إلا في حالة وجود تضارب حقيقي بين القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج وفقا لقاعدة الإسناد، وبين المقومات الأساسية الجوهرية لدولة القاضي[2].

ولقد صاحب فكرة النظام العام مشكل تنازع القوانين منذ ظهوره، وتخضع قاعدة لوكيس لحكم النظام العام مثلها مثل بقية قواعد تنازع القوانين الأخرى. ولهذا وجب تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الشخص الأجنبي.

وتطبيقا لذلك، اعتبر القضاء الفرنسي في قرار صادر عن محكمة استئناف نانسي Nancy بتاريخ 17 جوان1922 أن زواج الأجانب وطلاقهم يخضع في الأصل للقانون الشخصي، ويخضع بصفة استثنائية للقانون الفرنسي إذا تعارض القانون الشخصي للزوجين مع النظام العام الفرنسي. ووقوفا عند فكرة النظام العام في فرنسا يلاحظ بأنه يمكن أن يعترف في فرنسا بزواج ديني محض، ولكن من غير المتصور أن يتم الاعتراف بطلاق ديني في فرنسا[3]. ولو أن النظام العام الفرنسي في أغلب الأحيان لا يكون مهددا إلا بمقدار تأثير العلاقة القانونية على المجتمع الفرنسي، فإذا نشأت هذه العلاقة في بلد أجنبي، وليس من بين هؤلاء الأشخاص مواطن فرنسي وطلب من القضاء الفرنسي الحكم بصحة هذه العلاقة، فلا يوجد

[1] مقتبس عن سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص223 - 224.
2 انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص445- 446.
3 انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص275- 276.

PDF Eraser Free

عندئذ ما يبرر استبعاد القانون الأجنبي بدعوى تعارضه مع المبادئ والسياسة التشريعية الفرنسية طالما أن المجتمع الفرنسي غير معني به[1].

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

وعلى هذا الأساس، إذا اختار الأجانب تطبيق أشكال قوانينهم الشخصية واعتبرت هذه الأخيرة منافية لا لشيء سوى لأنها أنظمة أجنبية لكان هذا مفهوما خاطئا للنظام العام. ولكن إذا كان النظام العام للدولة يفرض على المواطنين والأجانب احترام الشكل المدني للزواج ويحظر الشكل الديني لاعتبر ذلك مفهوما صحيحا للنظام العام. وإن كان الأستاذ أوديني Audinet يرى أن قوانين الشكل لا تعتبر من النظام العام الدولي ومن ثم لا تطبق على الأجانب، بل تعتبر من النظام العام الداخلي وهذا يعني أنها تطبق على الفرنسيين فقط. ومن هذا المنطلق، فإن الزواج الذي يعقده الأجانب في فرنسا يعتبر صحيحا حتى ولو تم على يد رجل دين. وترى الدكتورة نادية فضيل" أن الزواج الذي تم في الخارج طبقا لقاعدة لوكيس، يعتبر صحيحا ولا يجوز للقضاء الفرنسي الحكم بإبطاله تطبيقا لنظرية الحقوق المكتسبة وذلك رغم تعارضه مع النظام العام الفرنسي"[2].

[1] انظر، بيار مايرـ فانسان هوزيهـ ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص198.
[2] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص277 وما بعدها.

PDF Eraser Free

والحقيقة أنه، لتطبيق نظرية نفاذ الحقوق المكتسبة لا بد من توافر جملة من الشروط، ومن بين هذه الشروط أنه يجب أن يكون الحق قد تكون وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي تم فيه وفي البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه. أما إذا اتفق مع قواعد التنازع في البلد الأول وخالفها في البلد الثاني فلا يجوز التمسك بنفاذ هذا الحق في البلد الثاني[1]. ثم إن القانون الفرنسي يشترط لصحة الزواج الذي يعقد في الخارج أن يتم إعلانه في فرنسا.

ومما سبق، يتضح لنا بأن مسألة تضييق مجال تطبيق قاعدة لوكيس استنادا إلى فكرة النظام العام أمر تحكمه مواقف القضاة في تحديد مفهوم النظام العام والذي يختلف من قضية إلى أخرى، خصوصاً وأنهم يتمتعون بحرية واسعة في تفسير مضمون القوانين الأجنبية دون خضوعهم إلى رقابة محكمة النقض[2].

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يصح زواج الجزائريين الذي يتم في الخارج وفقا للشكل الديني باعتباره تطبيقا لقاعدة لوكيس؟

صحيح أن للجزائري الحق في إبرام زواجه في الخارج وفقا لقانون المحل ولكنه مقيد بعدم مخالفة النظام العام، وإلا اعتبر هذا الزواج الذي يتم وفقا للشكل الديني باطلا لأنه يمس بعقيدة المسلم. إن مثل هذا الزواج يتعارض مع النظام العام الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، ولهذا يتعين استبعاده طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني.

كما أن الزواج الرضائي المعروف لدى بعض الدول البروستانتية؛ والذي يتم بدون أي شكل ديني لا يعتبر باطلا. طالما أنه يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات[3].

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص128.
[2] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص279- 280.
[3] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص243- 244.

PDF Eraser Free

ثالثا: الإحالة

لقد تباينت مواقف الدول بشأن الأخذ بنظرية الإحالة بين القبول والرفض وقد أورد المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 نصا صريحا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى[1] حيث جاء في المادة 23 مكرر1 ما يلي:" إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

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

الأصل أن شكل هذا التصرف يعتبر صحيحا في هذه الحالة طبقا لقاعدة لوكيس نظرا لكون القاعدة تتمتع بطابع اختياري. وعليه إذا أحال القانون الشخصي المختص النزاع إلى قانون المحل أو إلى قانون الموطن فيجب الاعتداد بذلك. ويرى الأستاذ باتيفول Batiffol أن الأخذ بالإحالة في مجال شكل التصرفات يترتب عليه هدم الطابع الاختياري الذي تتميز به قاعدة لوكيس. وترفض الأستاذة جنين

[1] لقد انتقد موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة؛ ذلك أن قبوله اللامشروط للإحالة من القانون الأجنبي يؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية على أزواج أجانب لا يدينون بالإسلام. ولا شك أن هذا الأمر يتعارض مع رغبة هؤلاء الأجانب في تطبيق قوانينهم الشخصية، وعندئذ يجب رفض الإحالة ولو كانت من الدرجة الأولى. انظر، بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2008، العدد02، ص356.

PDF Eraser Free

ميريكGenin- Meric الأخذ بنظرية الإحالة في مجال الشكل، لأنها تؤدي إلى خلق صعوبات في تكييف الشكل[1].

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

وبعد أن رأينا، أن أغلب التشريعات قد أخضعت شكل الزواج لقانون محل الإبرام، سنحدد فيمايلي المسائل التي تدخل ضمن شكل الزواج.

المطلب الثالث

مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج

إن مضمون شكل التصرف يختلف بحسب الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه فهناك الشكل المتعلق بالشهر، والشكل المتعلق بالإثبات، والشكل المكمل للأهلية فماذا نعني بشكل الزواج في مجال القانون الدولي الخاص؟

وعليه، سنتطرق في هذا المطلب إلى توضيح الأشكال المتعلقة بالزواج، مع بيان الأشكال التي تخرج عن نطاقه.

إذا أثير نزاع حول صحة شكل الزواج، فمعنى ذلك أنه يجب إثباته، ويتم ذلك بتقديم الدليل أمام القضاء. ولإقامة 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 9 و9 مكرر من

[1] مقتبس عن نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص283- 285.

PDF Eraser Free

هذا القانون". وتنص المادة 22 من ذات القانون على أنه:" 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".

إن قبول أدلة الإثبات يخضع لقانون الموضوع، بينما يخضع الدليل الكتابي المعد للإثبات لقاعدة لوكيس، لأنه إذا أخضع لغير قانون المحل، فإن ذلك يتنافى مع الضرورات العملية التي تبرر وجود هذه القاعدة. فلا فائدة من اعتبار التصرف صحيحا إذا لم يكن في وسعنا إثباته. أما الأستاذ دوجي Duguit فيرى بوجوب إخضاع الإثبات للقانون الشخصي وذلك لارتباط المسألة بقبول الإثبات وليس بشكل الإجراءات.

وقد أخضعت محكمة النقض الفرنسية قواعد الإثبات لقانون محل التصرف، إذ اعتبرت في قرار لها صادر في 23 فبراير 1864 أن إثبات التصرف القانوني يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه. فقانون المحل هو الذي يحدد الشكليات الرسمية التي يخضع لها التصرف وتتمثل هذه الأدلة في الإثبات بالكتابة، أو الشهادة أو القرائن وغير ذلك من الأدلة[1].

والجدير بالذكر، أن الشكل المطلوب للانعقاد– كالرسمية في كل من الهبة والرهن– لا يدخل في مفهوم الشكل الخاضع لقاعدة لوكيس، لأن هذه الأشكال تعتبر ركنا في انعقاد التصرف؛ ومن ثم وجب إخضاعها للقانون الذي يحكم موضوع التصرف. وأما الأشكال المكملة للأهلية مثل حصول الصغير على إذن من المحكمة بمزاولة تجارته أو مثل شكل الإذن للوصي أو القيم لإدارة أموال من هو تحت ولايته

[1] مقتبس عن نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص322 وما بعدها.

PDF Eraser Free

فإنها أشكال تتصل بحماية ناقصي الأهلية، وبالتالي تخضع لقانون جنسية ناقص الأهلية باعتباره أكثر القوانين الملائمة لتحقيق الحماية لهذا الصغير[1].

ولكن ما هو الشكل الحقيقي الذي يخضع لحكم قاعدة لوكيس؟

لقد وصل الفقيه الألماني سافيني SAVIGINY إلى نتيجة مفادها أن الشكل الذي يخضع لقانون المحل هو الشكل المادي الخارجي الذي يعبر عن الوجود الفعلي للإرادة. فهو في الحقيقة يتعارض مع مضمونها لأنه عبارة عن مظهر خارجي يخرج ما هو باطني؛ أي يخرج الإرادة ويبينها بحيث تقع تحت البصر، وهو بهذا ينحصر في مجموعة العناصر والأوضاع التي يحددها القانون للتعبير عن الإرادة التي تنشأ التصرف القانوني. وترتيبا لذلك، فإن شكل الزواج الحقيقي الذي تخضع له قاعدة لوكيس هو ذلك القالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد[2].

إذن، طرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته هو ما نعني به شكل الزواج[3]؛ أي كافة الإجراءات الكفيلة بإظهار إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي[4].

ويعتبر من الشروط الشكلية للزواج حسب القانون الجزائري كافة الإجراءات المتعلقة بتسجيل الزواج والجهات المختصة بإبرامه وأشكال تحريره كالصيغ والتوقيعات المطلوبة فيه، وكذا طريقة إشهاره وإعلام الغير به وإثباته، هذا مع ملاحظة أن الزواج في الجزائر ذو طابع مدني، لا يحتاج إلى طقوس ومراسيم دينية.

وفيما يتعلق بإثبات الزواج، فإن قانون محل الإبرام هو الذي يحدد لنا ما إذا كان مطلوبا لإبرام الزواج إفراغه في شكل سندات رسمية أو وثائق إدارية معينة، أو

---

[1] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص85 -86 ؛ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)،المرجع السابق، ص174.

[2] مقتبس عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص87.

[3] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص160.

[4] انظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص257.

PDF Eraser Free

عدم اشتراط ذلك أصلا. كما يحدد لنا الطرق والإجراءات المقررة قانونا لإثبات الزواج. وقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية بإثبات الزواج عن طريق حيازة الحالة الظاهرة للأولاد الناتجين عن زواج مبرم في الخارج[1].

وعليه، إذا تم إبرام الزواج وفقا للشكل المحلي، فإن إثباته أيضا يخضع للقانون المحلي. وإذا تم إخضاع شكل الزواج لقانون جنسية الزوجين أو لقانون الموطن المشترك، فإن إثباته يخضع بدوره لهذا القانون[2]، وإذا تم الزواج في الشكل القنصلي فإن إثباته يخضع للقانون الذي أبرم القنصل الزواج وفقاً له[3].

وقد خص المشرع الكويتي إثبات الزواج بنص خاص واعتبره يدخل ضمن الشروط الشكلية، حيث نص في المادة 38 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على ما يلي:" يرجع في إثبات الزواج إلى القانون الذي خضع له الزواج في أوضاعه الشكلية".

وقد أيد جانب من الفقه المصري حق الأجانب في إبرام زواجهم وفقا للشكل العرفي باعتباره شكلا محليا معترف به من قبل القانون المصري. خصوصا إذا كانت القوانين الشخصية للأجانب لا تمنعهم من ذلك. ولذلك يجب ألا تحظره عليهم دولة المحل متأثرين في ذلك بفرنسا التي تجيز للأجانب إبرام زواجهم وفقا للشكل المدني حتى ولو كانت قوانينهم الشخصية تفرض عليهم إبرامه وفقا للشكل الديني.

إذن، حسب هذا الرأي يمكن للأجانب إبرام زواجهم في الشكل العرفي سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين دون أن يعني هذا إغفال الشروط الموضوعية للزواج التي

---

[1] انظر، محكمة النقض، 1974/01/08، مقتبس عن الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص168-169.

[2] انظر، عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص154- 155 ؛ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص543.

[3] انظر، عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، 1986، ص292.

PDF Eraser Free

يتطلبها قانونهم الشخصي. ويقع على عاتق القضاء مراقبة مدى مراعاة هذه الشروط[1]. ويميل الدكتور هشام خالد إلى تأييد حق الأجانب في إبرام زواجهم وفقا للشكل العرفي وحقهم أيضا في رفع دعوى أمام القضاء المصري يكون موضوعها الحكم بصحة ونفاذ العقد غير الموثق رسميا[2].

ولو فرضنا أن مواطنا مصريا تزوج من أجنبية في إيطاليا دون مراعاة الشكل الرسمي في هذه الدولة الأجنبية فهل يجوز لهذا المواطن أن يرفع دعوى لإقرار صحة ونفاذ عقد الزواج أمام المحاكم المصرية؟ وإذا تمت مراعاة الشكل الرسمي في بلد الإبرام وادعى أحد الخصوم عكس ذلك، فهل يجوز لأحد الأطراف رفع دعوى أمام القضاء المصري من أجل المطالبة بإثبات صحة هذا الزواج؟ هذا ما عبر عنه فقه القانون الدولي الخاص في مصر بدعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي[3]. ولأن الموضوع يخرج عن نطاق دراستنا لتعلق المسألة بتنازع الاختصاص القضائي وليس الاختصاص التشريعي نكتفي هنا بالإشارة فقط إلى المواد التي وردت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[4] والتي تحدد قواعد الاختصاص القضائي الدولي. ونخص بالذكر المواد من 39 إلى 42 من هذا القانون. ويلاحظ بأن قواعد الاختصاص الداخلي هي التي تطبق في المجال الدولي. وعليه يختص القضاء الجزائري بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامه حتى ولو كان أطراف الدعوى والقانون المطبق أجنبيين إذا كان ضابط الاختصاص(موطن المدعى عليه، موطن المتوفى، مكان تنفيذ الاتفاق...) موجودا في الجزائر.

---

[1] انظر، أحمد مسلم، الشكل والموضوع في تكوين الزواج، ص 20، مقتبس عن هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص265- 266.

[2] انظر، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص759، مقتبس عن هشام خالد، نفس المرجع، ص269.

[3] انظر، هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص23- 24.

[4] انظر، قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية لسنة 2008، العدد 21.

PDF Eraser Free

وجدير بالذكر أن الامتياز المقرر في المادتين 41[1] و42[2] من القانون السالف الذكر والذي يمنح الاختصاص للمحاكم الجزائرية بناء على جنسية أحد أطراف الدعوى ينحصر مجال تطبيقه على الالتزامات التعاقدية دون غيرها من التصرفات القانونية[3].

وقد خص المشرع الجزائري منازعات قسم شؤون الأسرة بفصل خاص بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نظمت المواد 423، 424 425، صلاحيات قسم شؤون الأسرة، بينما عالجت المادة 426[4] قواعد الاختصاص الإقليمي في مسائل الأحوال الشخصية.

ولكن من ناحية تنازع الاختصاص التشريعي: هل يصح زواج الجزائريين الذي يتم عرفيا في الخارج تطبيقا لقاعدة لوكيس؟

لقد اشترطت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري أن يتم إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون. وعلى هذا ترى الدكتورة نادية فضيل أن هذا الزواج يتعارض مع نص المادة 18، لأن الشكل المطلوب لانعقاد الزواج في هذه الحالة يعتبر من

---

[1] تنص المادة 41 من هذا القانون على ما يلي:" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

[2] تنص المادة 42 من هذا القانون على ما يلي:" يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

[3] انظر، محمد سعادي، المرجع السابق، ص178- 185.

[4] تنص المادة 426 من هذا القانون على ما يلي:" تكون المحكمة مختصة إقليمياً:

- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه،
- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه،
- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما...".

PDF Eraser Free

ضمن الشروط الموضوعية التي تخرج عن نطاق قاعدة لوكيس والتي يجب أن تخضع للقانون الشخصي حماية لأهلية العاقد[1].

إن القانون الذي يحكم شكل العقد هو الذي يجب أن يحكم إثباته، وهو الذي يبين لنا أدلة الإثبات، ومدى حجيتها[2]. وما إذا كان يلزم تقديم الدليل الكتابي أو الاكتفاء بالبينة الشخصية[3]. وكما رأينا فإن المشرع الكويتي كان صريحا وواضحا في إلحاقه مسألة القانون الذي يحكم إثبات الزواج بالقانون الذي يحكم شكل الزواج. وإذا كان إثبات الزواج يرجع بحسب الأصل إلى قانون الشكل، فقد أجاز الاجتهاد القضائي الفرنسي لقاضي الدعوى أن يطبق قانونه على دعوى تثبيت الزواج أو إعادة تشكيل وثائق الزواج المتلفة أو المفقودة، وكذلك إذا كان القانون الأجنبي لا يعرف الشكل الرسمي للزواج[4].

وعن مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج في القانون الفرنسي، فيمكن إجمال أهم هذه الشروط فيما يلي:

أ- الإعلان عن مشروع الزواج[5]: تتولى السلطات الإدارية المختصة بإبرام عقد الزواج القيام بعملية الإعلان عن مشروع الزواج، بهدف إتاحة الفرصة للغير بالاعتراض على هذا الزواج متى وجد سبب قانوني مبرر لذلك.

ب-استيفاء مستندات الزواج: يتحقق الموثق من توافر كافة المستندات والوثائق التي يتعين على الزوجين تقديمها. ومن أمثلة ذلك شهادات الميلاد، موافقة الوالدين

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص193- 194.
[2] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص433- 435.
[3] انظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص110.
[4] مقتبس عن موحند إسعاد، ترجمة فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول،(قواعد التنازع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص303.
[5] انظر، المادة 63 من القانون المدني الفرنسي.

PDF Eraser Free

أو الأقارب، الأحكام الصادرة برفض الاعتراضات الموجهة ضد الزواج[1].

ج- مراسم الاحتفال بإبرام الزواج: ويقتضي هذا الشرط إتباع الإجراءات التالية:

1- ضرورة إبرام الزواج في القسم الإداري الذي يتوطن فيه أحد الزوجين، أو المكان الذي كان يقيم فيه أحد الزوجين إقامة معتادة، وهذا قبل الإعلان عن مشروع الزواج. كما يجب الاحتفال بالزواج في التاريخ المحدد لذلك[2].

2- أن يتم الاحتفال بالزواج علانية، فضلا عن ضرورة حضور الزوجين شخصيا أمام الموثق، بالإضافة إلى حضور الشهود في مكان الاحتفال، وبعد أن يتأكد الموثق من استيفاء جميع المستندات والإجراءات اللازمة لإبرام الزواج. وبعد أن يعلن الزوجان موافقتهما على إبرام الزواج يعلن الموثق عن انعقاد الزواج[3].

أما في إيطاليا[4] فلا يختلف الأمر كثيرا عما هو عليه في القانون الفرنسي، وعموما يمكن إجمال أهم الشروط الشكلية للزواج المدني الذي يبرم في إيطاليا فيما يلي:

أ- ضرورة إعلام الغير بالزواج المزمع عقده عن طريق وضع إعلان عام توضح فيه بيانات كل زوج، والمكان المراد الاحتفال فيه بالزواج. كما يجب نشر هذا الإعلان في قاعة مجلس المدينة التي يتوطن فيها الزوجان لمدة لا تقل عن 80 يوما السابقة على إبرام عقد الزواج.

---

[1] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص58- 59.

[2] L'art: 74 du code civil français dispose que : " Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi".

[3] L'art: 75 du code civil français dispose que : " Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er), 215 (alinéa 1er) et 220 du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1. Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage".

[4] انظر، المواد 93 إلى 101 من القانون المدني الإيطالي.

PDF Eraser Free

ب- ومتى توافرت الشروط اللازمة لإبرام الزواج يقوم الموثق المختص بإبرام عقد الزواج؛ ويتم ذلك بحضور الزوجين شخصيا، ويضاف إلى ذلك حضور شاهدين على الأقل. وفي حالة تخلف الشروط المتطلبة لإبرام عقد الزواج يكون هذا الأخير معرضا للبطلان أو القابلية للإبطال بحسب طبيعة الشرط المتخلف[1].

وإذا كانت التشريعات الداخلية جعلت من ضابط الحالة المدنية الموظف المختص بإبرام عقد الزواج كأصل عام، فإن هناك طريق ثان لإبرام الزواج في الخارج، هذا ما سنتعرف عليه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الرابع

اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج[2]

يحق للجزائريين المقيمين في البلاد الأجنبية الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقاً للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم وذلك بالتوجه إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة، أو إبرام عقد زواجهم وفقاً للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي لبلد الإبرام وذلك بالتوجه إلى الهيئات المحلية المختصة.

لقد أقرت المعاهدات الدولية والتشريعات باختصاص السلك الدبلوماسي لإبرام عقود الزواج في الخارج. ومن ذلك ما تقضي به اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالزواج، واتفاقية فيينا المبرمة في 24 أبريل1963[3]، وكذلك معاهدة لاهاي

[1] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص 46- 47.
[2] مع ملاحظة أنه توجد تشريعات أخرى لا تبيح لسلكها الدبلوماسي هذا الاختصاص أصلا مثل ما هو عليه الحال في بعض دول أمريكا اللاتينية. انظر الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص167.
[3] صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64-85 مؤرخ في 2 مارس 1964 يتضمن المصادقة على اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية الموقعة في أبريل1963، الجريدة الرسمية لسنة 1964. العدد34.

PDF Eraser Free

لسنة 1978 الخاصة بإبرام الزواج والاعتراف به. وما نصت عليه الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي1974[1].

لقد اعترف المشرع الجزائري بصحة عقود الزواج التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل طبقا للقانون الجزائري، حيث نص في المادة 96 من قانون الحالة المدنية:" إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقاً للقوانين الجزائرية".

من استقراء أحكام النصوص السابقة يتبين لنا بأن زواج الجزائريين المبرم أمام الهيئات الدبلوماسية والقنصلية يبقى خاضع دائماً للقانون الجزائري وهذا بالنسبة للشروط الشكلية والشروط الموضوعية على حد السواء[2]. ولا يشترط لصحة عقد الزواج الذي يقوم بتحريره أعوان السلك الدبلوماسي والقنصلي طبقا للقانون الجزائري أن تعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها[3]. ومع ذلك تبقى دائما سلطات الممثل الدبلوماسي أو القنصلي في إبرام عقد الزواج تمارس في حدود الاتفاقيات والأعراف الدولية.

إذن، يحق للجزائريين إبرام زواجهم في الخارج وفقا للشكل القنصلي الجزائري أي لدى القنصلية الجزائرية في الدولة التي يقيم فيها الجزائري طالب الزواج، وقد جرى العرف الدولي على إسناد هذا الاختصاص إلى القناصل فقط بالنسبة لرعايا دولة القنصل فيما بينهم[4].

---

[1] صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 يوليو 1974، يتضمن المصادقة على الاتفاقية القنصلية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية الموقعة في باريس في 24 مايو 1974، الجريدة الرسمية، 1974، العدد 62، ص834.

[2] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص168.

[3] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص245.

[4] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج المرجع السابق، ص412- 413.

PDF Eraser Free

الفرع الأول

زواج الجزائريين في الخارج

يجوز للجزائريين المتوطنين في الخارج إبرام عقود زواجهم وفقا لقانون الدولة التي يتوطنون فيها، وذلك حسب نص المادة 19 من القانون المدني ويستوي في ذلك أن يتم إبرام العقد في دولة أخرى. أو في دولة موطنهما المشترك وفي هذا الفرض تكون دولة الإبرام هي ذاتها دولة الموطن[1].

ويجيز القانون الفرنسي للفرنسيين إبرام عقود زواجهم أمام رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي في الخارج وفقا لأحكام القانون الفرنسي ولو كان مخالفا لشكل الزواج في البلد الذي هم معتمدون لديه[2].

وعندما يلجأ الجزائريون إلى الهيئات المحلية المختصة في البلد الأجنبي لإبرام عقود زواجهم، فإن مثل هذا الزواج يعتبر صحيحاً في نظر القانون الجزائري إذا تم وفقاً للشروط الشكلية المقررة في ذلك البلد حسب نص المادة 97 التي اشترطت عدم مخالفة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري مثل الرضا وأهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية[3]. كما أوضحت الفقرة الثانية من المادة 97 بأن الحكم السابق يسري على الجزائري المتزوج بأجنبية. أما الجزائرية المتزوجة بأجنبي فهي مستثناة من هذا الحكم، وذلك تطبيقا لنص المادة 31 من قانون الأسرة التي تشترط في هذه الحالة توافر إجراءات خاصة[4].

[1] انظر، هشام خالد، المرجع السابق، ص423.
[2] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص72.
[3] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص169.
[4] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص167.

PDF Eraser Free

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز في المادة 171-1 من القانون المدني للهيئات الدبلوماسية الفرنسية في الخارج القيام بعقد زواج فرنسي بأجنبية في بعض البلدان المحددة بموجب مرسوم رئاسي.

إن أهم ما يمكن ملاحظته أن قانون الحالة المدنية الجزائري قد ميز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية في عقد الزواج. وهذا ما لم نجده في قانون الأسرة. كما أن الزواج الذي يتم إبرامه في بلد أجنبي بين الجزائريين والجزائريات وبين الجزائريين والأجنبيات يعتبر صحيحا إذا روعيت فيه الشروط الشكلية وفقا لقانون بلد الإبرام والشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الجزائري[1].

ولكن ماذا عن شكل الزواج الذي يبرم في الخارج بين جزائرية وأجنبي؟

إن زواج الجزائرية في الخارج لا يجوز إبرامه في الشكل المحلي على حساب الشروط الموضوعية لصحة الزواج ونقصد هنا بشكل خاص عدم زواج المسلمة بغير المسلم[2]. كما لا يجوز إبرامه في الخارج وفقا للشكل الديني الذي يتطلبه قانون المحل[3]. ولكن إذا كان الزوجان غير مسلمين فيحق لهما إبرام زواجهما في الخارج وفقا للشكل المحلي مدنيا كان أو دينيا[4].

الفرع الثاني

زواج الأجانب في الجزائر

لقد نتج على سياسة الانفتاح على العالم الخارجي، وتزايد حجم أعمال الاستثمار الأجنبي في الجزائر والتبادلات الثقافية ظهور زيجات بين أجانب

[1] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص167.
[2] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص243.
[3] انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص398.
[4] انظر، هشام خالد، نفس المرجع، ص400.

PDF Eraser Free

وأجنبيات. وعليه، فإن زواج هؤلاء الأجانب مع الأجنبيات الذي يتم أمام الجهات الجزائرية المؤهلة يكون خاضعا من حيث الشكل إلى القانون الجزائري باعتباره محل الإبرام[1].

ويجوز إبرامه أيضا أمام الهيئة السياسية الأجنبية المعتمدة في الجزائر إذا كانت جنسية الزوجين مشتركة. وهذا لأن اختصاص السلك القنصلي في إبرام عقد الزواج يقوم فقط في حالة اتحاد جنسية الزوجين مع جنسية القنصل. إضافة إلى أن نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية[2] يشترط ضرورة استمرار إقامة الأجنبيين أو أحدهما لمدة شهر على الأقل قبل الزواج في إقليم اختصاص ضابط الحالة المدنية[3].

وطبقا للمادتين 48[4] و171 من القانون المدني الفرنسي يمكن أن يتم إبرام الزواج أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القنصليين الفرنسيين. فالزواج المدني هو المعترف به رسمياً والملزم لجميع المواطنين وكذلك الأجانب الذين يتزوجون من فرنسيين أو فرنسيات. ولكن يبقى للزوجين الخيار في إبرامه مرة ثانية على الشكل الديني أمام الكاهن متى رغبا في ذلك[5]. ويتعرض الكاهن الذي أبرم الزواج على الشكل الديني قبل المدني لعقوبة الحبس والغرامة المنصوص عليها في المادة 2-1/433 من القانون الجنائي الفرنسي.

---

[1] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص166.

[2] تنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية 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.
ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

[3] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص167- 168.

[4] L'art.48 du code civil français dispose que :" Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires.
Un double des registres de l'état civil tenus par ces agents sera adressé à la fin de chaque année au ministère des affaires étrangères, qui en assurera la garde et pourra en délivrer des extraits".

[5] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص251 وما بعدها.

PDF Eraser Free

وقد تلجأ الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية تخول بموجبها للأعوان الدبلوماسيين إبرام الزواج، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية القنصلية المبرمة بين المغرب وليبيا[1]، حيث جاء في المادة 31 منها ما يلي:" يحق للموظفين القنصليين في حدود دائرتهم القيام بما يلي:"...

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

ب- إبرام عقود الزواج عندما يكون الزوجان من رعايا الدولة الموفدة،

ج- حل نسخ أو تسجيل بناء على مقرر قضائي له قوة تنفيذية حسب تشريع الدولة، كل العقود المتعلقة بحل ميثاق الزواج المبرم بحضورهم".

من خلال ما سبق، اتضح لنا بأن تكوين عقد الزواج يثير إشكالات متعددة، تتعلق بتحديد القانون الواجب على شكل الزواج وموضوعه، غير أن التنازع الواقع في مسائل الزواج لا يقف عند مرحلة تكوينه، بل يشمل أيضاً الآثار التي يرتبها عقد الزواج. فما هو القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج في القانون الدولي الخاص؟

[1] انظر، الاتفاقية القنصلية بين المغرب وليبيا، الموقعة بتاريخ 02 أبريل 1997، الجريدة الرسمية، عدد 4740 بتاريخ 4 نوفمبر 1999.

PDF Eraser Free

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

PDF Eraser Free

يترتب على الزواج الذي استوفى أركان وشروط انعقاده آثار شخصية وآثار مالية، وإن كانت الشريعة الإسلامية لا تعرف سوى الآثار الشخصية للزواج. بخلاف التشريعات الغربية التي تدخل ضمن الآثار المالية للزواج: النظام المالي للزوجين والعقود ما بين الزوجين[1]. وإذا كان الوضع السائد لدى تشريعات الدول المغاربية هو تكريس مبدأ استقلال الذمة الموروث من الفقه الإسلامي، فإن بعضها لطف من حدة هذا المبدأ، وأعطى للزوجين الحق في إبرام اتفاقات تتضمن تنظيم علاقاتهما المالية وثروتهما المكتسبة خلال الحياة الزوجية وتضمين ذلك في عقد الزواج أو في وثيقة مستقلة[2].

وسنقتصر هنا على تحديد المقصود بهذه الآثار بشكل مبسط دون التطرق إلى أحكامها التفصيلية والتي أوضحها الفقهاء في كتب قوانين الأحوال الشخصية لنركز البحث هنا على تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بآثار الزواج الشخصية والمالية.

المبحث الأول

تحديد نطاق القانون الذي يحكم آثار الزواج

إن تحديد ما يعد من آثار الزواج[3] هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي[4]، ولم يحدد المشرع الجزائري المقصود بآثار الزواج، غير أن المشرع الكويتي أشار إلى بعض هذه الآثار في المادة 39 من قانون العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بنصه على ما يلي:" يرجع في الآثار التي يرتبها الزواج، كحل

[1] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص79.
[2] انظر، محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش 2009، ص111.
[3] نص الفصل 50 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:" إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، وانتفت الموانع فيعتبر صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب المنصوص عليها في هذه المدونة".
[4] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص248.

PDF Eraser Free

المعاشرة والطاعة والمهر والنفقة وعدة الوفاة، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

يرجع كذلك إلى هذا القانون في الأثر الذي يرتبه الزواج بالنسبة للمال".

ويقصد بآثار الزواج حقوق وواجبات الزوجين المتبادلة والنظام المالي للزواج[1]. وتنقسم آثار الزواج إلى شخصية ومالية. ويقصد بالآثار الشخصية في نظر القانون الجزائري مختلف الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين مثل النفقة وإقامة الزوجة في بيت زوجها، وواجب التعاون والإخلاص بين الزوجين. وأصل هذه الحقوق المشتركة في القرآن الكريم قوله تعالى:" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"[2]. وقد نصت على هذه الحقوق[3] المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري وتشمل ما يلي: " يجب على الزوجين:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

---

[1] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص194.

[2] سورة البقرة، الآية 222.

[3] ونص عليها المشرع المغربي في الفصل 51 من مدونة الأسرة:" الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:
1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل،
2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة،
3- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال،
4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتدبير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل،
5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف،
6- حق التوارث بينهما.

PDF Eraser Free

6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف

7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

ويلاحظ بأن كل من المشرع الجزائري والمغربي قد تراجعا عن إقرار حق الطاعة الزوجية من أجل المساواة، بينما لم يتم إغفال حق نفقة الزوجة على زوجها من أجل هذه المساواة[1].

وفي فرنسا، فطبقا لنص المادة 203 من القانون المدني الفرنسي نجد من الالتزامات التي تنشأ عن عقد الزواج انه يجب على الآباء الإنفاق على أبنائهم وتربية أطفالهم، وتلبية الحاجيات الأساسية لهم مثل الملبس والمسكن والرعاية الصحية والتعليم[2].

كما يرتب عقد الزواج آثار شخصية بالنسبة للعائلة: مثل البنوة الشرعية، علاقة الأولاد بالوالدين، السلطة الأبوية[3]. ويدخل ضمن آثار الزواج أيضاً مسألة مدى تأثير الزواج على جنسية الزوجين ولقب الزوجة وأهليتها[4].

أما الآثار المالية فهي غير معروفة عندنا، لأن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة[5]. ويبقى على عاتق الزوج تدبير الشؤون المادية للأسرة والإنفاق عليها من ماله وحده. في حين تتمتع الزوجة بأهلية كاملة في التصرف في أموالها واستغلالها

---

[1] انظر، عبد الله بن الطاهر، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الأول- الزواج- مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، المغرب، 2005،ص216.

[2] Cf. Aurélie VERON, l'obligation d'entretien à l'égard des jeunes majeurs, Mémoire de DEA de droit privé, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales , Ecole doctorale n° 74, Université de Lille 2 , Année universitaire 2002-2003, p.7.

[3] انظر، سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1997، ص254؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص267.

[4] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص170.

[5] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص288.

PDF Eraser Free

وإبرام العقود والتصرفات ومع ذلك لا تدخل مثل هذه التصرفات ضمن آثار الزواج المالية. بينما ترتب تشريعات الدول الأوربية على الزواج آثار مالية تعرف بأنظمة الزواج المالية[1]. وهي أنظمة قانونية تحكم العلاقات المالية بين الزوجين، عن طريق تحديد حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية وبعد انقضائها. والجدير بالذكر، أن الآثار المالية للزواج تتحدد بالنظام المالي الزوجي الناشئ عن عقد الزواج، وهي بهذا تختلف عن العقود التي قد تبرم بين الزوجين والتي تخضع بطبيعتها إلى النظام العقدي[2].

وتلعب نظرية التكييف دورا هاما في تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، ومن القضايا الشهيرة التي درسها الفقيه الفرنسي " بارتان " وهو بصدد تشييده لنظرية التكييف قضية زواج المالطي. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن زوجين من جزيرة مالطا تزوجا بدون عقد ثم هاجرا إلى الجزائر واتخذاها موطنا لهما وكان القانون الفرنسي هو المطبق آنذاك بالجزائر على المعاملات المالية، ثم توفي الزوج وترك ثروة منقولة وعقارية في الجزائر، فرفعت أرملته دعوى أمام محكمة البليدة تطالب بحقها في أموال زوجها المتوفى بما يعرف في القانون المالطي باسم نصيب الزوج المحتاج أو الفقير.

واعتبر الفقيه " بارتان" عند تعليقه على هذا القرار أنه كان على المحكمة أن تعتنق في هذه القضية أحد الحلين: إما أن تقوم بتكييف ادعاء الزوجة على أنه يدخل في فكرة النظام المالي للزوجين، وإما أن تعتبر ادعاء الزوجة على عقارات زوجها المتوفى داخلا في مضمون فكرة الميراث[3].

---

[1] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص74؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص175.

[2] انظر، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص267.

[3] مقتبس عن بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص77- 78.

PDF Eraser Free

فإذا كيفت المحكمة طبيعة ادعاء الزوجة على أنه يدخل في النظام المالي للزوجين فيترتب على ذلك تطبيق القانون المالطي وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تخضع النظام المالي للزوجين إلى قانون الموطن الأول للزوجية، وفي هذه الحالة يتعين الحكم بأحقية الزوجة في دعواها طبقا للقانون المالطي.

أما إذا اعتبرت المحكمة أن ادعاء الزوجة يدخل ضمن فكرة الميراث، فإن القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض هو القانون الفرنسي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه. وبالتالي يترتب على هذا التكييف رفض طلب الزوجة لأن القانون الفرنسي لا يعرف هذا الحق المعروف باسم " بنصيب الزوج المحتاج". وهو الحل الذي قضت به محكمة استئناف الجزائر، حيث كيفت هذه القضية على أساس أنها تدخل ضمن فكرة الميراث، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1889[1].

لقد أخضع المشرع الجزائري الآثار الشخصية والمالية إلى قانون واحد. وإذا كان من السهل علينا وصف بعض الآثار بأنها شخصية كما هو الشأن بالنسبة لواجب إخلاص الزوجين لبعضهما البعض، وواجب الزوج في العدل في حالة زواجه بأكثر من واحدة. فإنه توجد آثار أخرى يصعب تكييفها[2]، وهذا ما سيتضح لنا من خلال مايلي:

المطلب الأول

آثار الزواج فيما يخص الجنسية

إذا تزوجت أجنبية من جزائري، فهل يؤثر ذلك على جنسيتها بأن تدخل في جنسية زوجها أم تبقى محتفظة بجنسيتها؟

[1] مقتبس عن بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص78- 79.
[2] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص251.

PDF Eraser Free

قد تكتسب الزوجة جنسية زوجها في بعض القوانين الأجنبية اكتسابا مباشرا وحتميا بمجرد زواجها منه، والبعض منها جعلت ذلك مقصورا بناء على طلب الزوجة، وتوجد قوانين أخرى لا يؤثر فيها الزواج على جنسية الزوجة. ومرد هذا الاختلاف راجع إلى اعتبارين أساسيين: الاعتبار الأول يقتضيه مراعاة مبدأ وحدة جنسية العائلة، أما الاعتبار الثاني فيتمثل في احترام نظرية استقلال جنسية العائلة. ونتناول فيما يلي توضيح هذه الاتجاهات:

الاتجاه الأول: لقد انتشر هذا المبدأ خلال القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين واستنادا إلى هذا المبدأ نصت غالبية التشريعات على دخول الزوجة في جنسية زوجها بقوة القانون بمجرد زواجها من وطني كأثر مباشر للزواج، ولا يهم في ذلك موقف الزوجة وما إذا كانت توافق على هذا التجنس أو ترفضه. مع ملاحظة أن بعض التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه قد أعطت للزوجة الحق في أن ترفض جنسية زوجها وتقرر الاحتفاظ بجنسيتها خلال مدة زمنية معينة[1]، ويعرف ذلك باسم الشرط التحفظي. غير أن غالبية هذه التشريعات اشترطت لاكتساب الزوجة الوطنية جنسية زوجها ضرورة فقد هذه الزوجة لجنسيتها الأصلية[2] وذلك تجنباً لوقوع تنازع سلبي محتمل بين الجنسية الأصلية للزوجة وجنسية الزوج وقد أطلق على هذا الشرط اسم الشرط السلبي[3].

لقد اعتنق أنصار هذا الاتجاه مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة وهم يرون أن هذا المبدأ يحقق الانسجام والتوافق داخل الأسرة، ويخفف من حالات تنازع القوانين

---

[1] انظر، أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص106- 110.

[2] تنص المادة 10 من قانون الجنسية القطرية(2005/38) على أنه:" لا تفقد المرأة القطرية جنسيتها في حال زواجها من غير قطري، إلا إذا ثبت اكتسابها جنسية زوجها، و في هذه الحالة يجوز لها أن تسترد الجنسية القطرية إذا تنازلت عن الجنسية الأخرى". وتنص المادة 16 من قانون الجنسية السعودية لسنة 1374 قبل تعديلها على ما يلي:" يجوز لوزير الداخلية منح الجنسية العربية السعودية للمرأة الأجنبية المتزوجة من سعودي. أو أرملته السعودية الأجنبية.إذا قدمت طلبا بذلك. وتنازلت عن جنسيتها الأصلية. ويجوز لوزير الداخلية أن يقرر فقدانها الجنسية العربية السعودية إذا انقطعت علاقتها الزوجية بالسعودي لأي سبب واستردت جنسيتها الأصلية. أو جنسية أجنبية أخرى. وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط اللازمة لذلك" .

[3] انظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول(الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي)، دار النهضة العربية، 1969، ص206.

PDF Eraser Free

الخاصة بالأسرة كونها تخضع لقانون واحد. كما أنه يؤدي إلى تمتع الزوجة بكافة حقوق المواطنة[1].

الاتجاه الثاني: تظل الزوجة محتفظة بجنسيتها، إذ لا أثر للزواج على جنسية الزوجة تطبيقا لمبدأ استقلال جنسية العائلة. ولكن إذا رغبت الزوجة الأجنبية في الانضمام إلى جنسية زوجها، فيجب عليها تقديم طلب بذلك، وغالبا ما تخفف تشريعات هذا الاتجاه من شروط التجنس كأن يتم النص على الإعفاء من شرط الإقامة المعتادة والمنتظمة أو الإنقاص من مدتها.

ويرى أنصار استقلال الجنسية أن هذا المبدأ يستجيب لمبدأ المساواة بين الجنسين، وينتقدون مبدأ وحدة الجنسية بدعوى أنه يؤدي إلى دخول عناصر غير مرغوب فيها في جنسية الدولة ولا شك أن ذلك يشكل خطرا على أمن وسلامة المجتمع.

الاتجاه الثالث: لا يرتب هذا الاتجاه أي أثر مباشر للزواج على جنسية الزوجة. ولكن تستطيع الزوجة أن تطلب الحصول على جنسية زوجها دون حاجة لإتباع إجراءات التجنس المعتادة بالنسبة للأجانب العاديين[2].

والحقيقة، أن مبدأ استقلال جنسية العائلة مبدأ ثابت على الصعيد الدولي فقد أقرته المادة الأولى من اتفاقية نيويورك المبرمة في 20 فبراير 1957 والخاصة بجنسية المرأة المتزوجة[3]، إذ جاء فيها ما يلي:" توافق كل من الدول المتعاقدة على أنه لا يجوز انعقاد الزواج أو انحلاله بين أحد مواطنيها وبين أجنبي، ولا لتغيير

[1] انظر، سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص252.

[2] انظر، أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص110، ص111 ؛ انظر، سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، المرجع السابق، ص252، ص253.

[3] انظر، اتفاقية نيويورك، بشأن جنسية المرأة المتزوجة عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1040 (د-11) المؤرخ في 29 يناير 1957.

PDF Eraser Free

الزوج لجنسيته أثناء الحياة الزوجية، أن يكون بصورة آلية ذا أثر على جنسية الزوجة". ونصت المادة الثانية من ذات الاتفاقية على ما يلي:" توافق كل من الدول المتعاقدة على أنه لا يجوز لاكتساب أحد مواطنيها باختياره جنسية دولة أخرى، ولا لتخلي أحد مواطنيها عن جنسيته، أن يمنع زوجة هذا المواطن من الاحتفاظ بجنسيتها".

وبالمقابل، أقرت المادة الثالثة من الاتفاقية المذكورة أعلاه مبدأ وحدة جنسية العائلة، حيث جاء فيها ما يلي:"

1- توافق كل من الدول المتعاقدة على أنه للأجنبية المتزوجة من أحد مواطنيها، إذا طلبت ذلك، أن تكتسب جنسية زوجها من خلال تجنس امتيازي خاص. ويجوز إخضاع منح هذه الجنسية للقيود التي تفرضها مصلحة الأمن القومي أو النظام العام.

2- توافق كل من الدول المتعاقدة على أنه لا يجوز تأويل هذه الاتفاقية على نحو يجعلها تمس بأي تشريع أو تقليد قضائي يسمح للأجنبية التي تزوجت أحد رعاياها بأن تكتسب بملء الحق، إذا طلبت ذلك جنسية زوجها".

ومما سبق، يتضح لنا بأن الاتفاقية السابقة قد جمعت بين كل من مبدأي وحدة جنسية العائلة واستقلالها. فمن جانب اعتدت بإرادة المرأة المتزوجة وعدم فرض جنسية زوجها عليها جبرا ومن جانب آخر حثت الدول على احترام وحدة جنسية العائلة لما في ذلك من أثر بالغ على تحقيق التجانس الروحي والفكري داخل الأسرة[1].

[1] انظر، أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص109-111.

PDF Eraser Free

والواقع، أن الأخذ بمبدأ وإقصاء آخر أمر لا يستقيم، إذ يجب الجمع بين مزايا المبدأين. وعلى كل، فإن المسألة تبقى محكومة بالسياسة التشريعية لكل دولة والتي يجب أن تراعي الظروف الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

وبالنسبة لموقف القانون الفرنسي بشأن آثار الزواج فيما يخص الجنسية. نجد بأن المادة 21-2 تقضي بتمكين الأجنبي الذي يبرم زواجه مع طرف فرنسي بعد مضي 04 سنوات من إبرام الزواج من اكتساب الجنسية الفرنسية شريطة استمرار قيام الزوجية واحتفاظ الزوج الفرنسي بجنسيته[1]. وعليه، إذا كان غرض الأجنبي المهاجر في فرنسا هو تسوية وضعيته الإدارية بالحصول على الإقامة أو الجنسية[2] وليس إقامة حياة زوجية قائمة ومستمرة، فإن الشرط السابق لا يتحقق كما لو تزوج المهاجر الأجنبي من فتاة في وضعية عقلية متدهورة أو أن تتزوج فتاة عمرها 21 سنة من مواطن فرنسي يتعدى عمره 60 سنة بدون مساكنة[3].

ولمحاربة هذا الوضع، تبطل المحاكم هذا النوع من الزواج بناء على طلب من النيابة العامة. ويضاف إلى ذلك العقوبات المنصوص عليها في المادة 6/441 من القانون الجنائي الفرنسي[4].

---

[1] L'art. 21-2 du code civil français dispose que :" L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité. Le délai de communauté de vie est porté à cinq ans lorsque l'étranger, au moment de la déclaration, soit ne justifie pas avoir résidé de manière ininterrompue et régulière pendant au moins trois ans en France à compter du mariage, soit n'est pas en mesure d'apporter la preuve que son conjoint français a été inscrit pendant la durée de leur communauté de vie à l'étranger au registre des Français établis hors de France. En outre, le mariage célébré à l'étranger doit avoir fait l'objet d'une transcription préalable sur les registres de l'état civil français. Le conjoint étranger doit également justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'Etat.".

[2] وصلت في فرنسا نسبة اكتساب الجنسية عن طريق الزواج إلى ما يناهز 240088 سنة 1999 مقابل 22113 سنة 1998. نورالهدى القندوسي، خديجة بوتخيلي، الزواج المختلط وجه جديد للهجرة وخطوة نحو الاندماج، المجلة المغربية للدراسات الدولية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، عدد خاص، 2003، ص111.

[3] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، المغرب، 2001، ص103- 104.

[4] L'art. 441/6 du code pénal français dispose que :" Le fait de se faire délivrer indûment par une administration publique ou par un organisme chargé d'une mission de service public, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité ou à accorder une autorisation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Est puni des mêmes

PDF Eraser Free

أولا: جنسية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي:

طبقا لأحكام قانون الجنسية الجزائرية فإن زواج الجزائرية بأجنبي لا يؤثر على جنسيتها، بل تبقى محتفظة بجنسيتها الأصلية حتى ولو اكتسبت جنسية زوجها إلا إذا طلبت التخلي عن جنسيتها الأصلية. وفي هذا الصدد جاء نص المادة 3/18 من قانون الجنسية الجزائري[1] والتي تنص على ما يلي:" يفقد الجنسية الجزائرية:

3- المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية...". ويبدأ أثر فقدان الجنسية الجزائرية في هذه الحالة ابتداء من نشر المرسوم الذي يأذن للمعني بالأمر في التنازل عن الجنسية الجزائرية في الجريدة الرسمية[2]. ولا يمتد أثر فقدان الجنسية الجزائرية في هذه الحالة إلى الأولاد القصر[3].

ثانياً: جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري:

وفقا لأحكام قانون الجنسية الجزائري فإن الأجنبية التي تتزوج بجزائري لا تفقد جنسيتها الأصلية، بل تبقى محتفظة بها ما لم ترغب بالتخلي عنها، وبإمكانها الحصول على الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري متى توافرت الشروط الآتية:

-أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ 3 سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس

-الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين(2) على الأقل

---

peines le fait de fournir une déclaration mensongère en vue d'obtenir d'une administration publique ou d'un organisme chargé d'une mission de service public une allocation, un paiement ou un avantage indu".

[1] انظر، أمر رقم 70 -86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 01 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية، السنة 2005. العدد 4.

[2] انظر، المادة 20 من قانون الجنسية الجزائرية.

[3] انظر، المادة 21 من قانون الجنسية الجزائرية.

PDF Eraser Free

-التمتع بحسن السيرة والسلوك

-إثبات الوسائل الكافية للمعيشة[1].

أما في المغرب، فيمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتها معا في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن تتقدم أثناء قيام العلاقة الزوجية بطلب اكتساب الجنسية المغربية[2].

ثالثاً: جنسية الأولاد المزدادين من زواج مختلط في قانون الجنسية الجزائري:

اعتبرت المادة 06 من قانون الجنسية الجزائري الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية جزائريا، وعليه فإن الابن المولود من أب جزائري وأم أجنبية تثبت له الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية على أساس الدم. وبالمثل لذلك، فإن الابن المولود من أم جزائرية وأب أجنبي تثبت له أيضا الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية على أساس الدم من جهة الأم.

وإذا كانت الزوجة قد اكتسبت جنسية زوجها بفعل الزواج المختلط، فإن السؤال المطروح هنا هو: هل يدخل أولاد هذه الزوجة القاصرين من زواج سابق لها انقضى بسب الطلاق أو وفاة الزوج في جنسية زوجها التي اكتسبتها؟

هذا فيما يتعلق بأثر الزواج على جنسية المرأة المتزوجة وأولادها، فهل يكون للزواج أيضا تأثير على جنسية الزوج الأجنبي؟

تتفق التشريعات على أنه لا أثر لزواج الأجنبي بامرأة وطنية على جنسيته ولكن إذا رغب في اكتساب جنسية زوجته فعليه إتباع طريق التجنس العادي[3]. والجدير بالذكر، أنه بإمكان الأجنبي اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج

[1] انظر، المادة 09 مكرر من قانون الجنسية الجزائرية.
[2] انظر، الفصل 10 من قانون الجنسية المغربية.
[3] انظر، أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص112.

PDF Eraser Free

بشروط مخففة بالمقارنة مع شروط التجنس العادي، حيث نصت المادة 09 مكرر من قانون الجنسية الجزائري المعدل بالأمر 01/05 على ما يلي:" يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:

– أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث (03) سنوات على الأقل، عند تقديم طلب التجنس،

– الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر لمدة عامين (02) على الأقل.

– التمتع بحسن السيرة والسلوك،

– إثبات الوسائل الكافية للمعيشة،

يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج".

يتضح من هذا، أن المشرع الجزائري لم يجعل للزواج أثرا مباشرا في اكتساب الجنسية، وإنما ربط المسألة بضرورة تقديم طلب من المعني وموافقة الجهة المختصة. كما أنه مدّ أثر الزواج في اكتساب الجنسية الجزائرية للطرف الأجنبي سواء كان ذكرا أو أنثى، وهذا بخلاف القوانين العربية التي قصرت هذا الأثر على الزوجة الأجنبية المتزوجة بوطني[1].

والواقع، أن اكتساب الأجنبي الجنسية الجزائرية عن طريق زواجه بامرأة جزائرية، ومحاولة ربط ذلك بتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، قد يثير بعض الصعوبات تتعلق بتربية الأولاد وضمان ولاءهم وانتماءهم للوطن خاصة وأن مشرعنا قد منع في المادة 30 من قانون الأسرة زواج المسلمة بغير المسلم.

[1] انظر، الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2010، ص217.

PDF Eraser Free

أما في تونس، فقد نص الفصل 14 من مجلة الجنسية التونسية[1] على ما يلي:" يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة بتونسي والتي بموجب قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها الأصلية رغم تزوجها بأجنبي أن تطلب الجنسية التونسية بتصريح يقع طبق الشروط المنصوص عليها بالفصل 39 من هذه المجلة وذلك إذا كان الزوجان مقيمين بتونس منذ عامين على الأقل...".

وفي المغرب نص المشرع في الفصل 10 من قانون الجنسية المغربية[2] على اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج، حيث جاء فيه ما يلي:" إن المرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي يجوز لها بعد مرور سنتين على الأقل على إقامة العائلة في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن ترفع إلى وزير العدل تصريحا لاكتساب الجنسية المغربية...".

وما يمكن ملاحظته بالنسبة للنصوص السابقة أنها تأثرت بالاعتبارات الاجتماعية عندما خففت من شروط التجنس بسبب الزواج، ومن ذلك اشتراط مدة إقامة أقل عن المدة المطلوبة في حالة التجنس العادي. لأن الزواج قد يكون سببا مبررا لتحقيق اندماج الأشخاص الأجانب وضمان ولاءهم.

لقد رأينا فيما سبق، أن الزواج قد يكون سببا لاكتساب الجنسية، فهل للزواج أثر أيضا على أهلية المرأة المتزوجة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الموالي.

[1] انظر، مرسوم عدد06 لسنة 1936 المؤرخ في 28 فيفري 1963 المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي الصادر في 5 مارس 1963، ص320.

[2] انظر، ظهير شريف رقم 250-58-1 بتاريخ 21 صفر 1378 هـ بسن قانون الجنسية المغربية، الجريدة الرسمية بتاريخ 4 ربيع الأول 1378 هـ 19 شتنبر1985.

PDF Eraser Free

المطلب الثاني

أثر الزواج على أهلية الزوجة

إذا كان المبدأ السائد في الجزائر ومصر ولبنان وسائر التشريعات العربية أنه لا أثر للزواج على أهلية المرأة، فإنه قد تفقد المرأة المتزوجة في بعض التشريعات الأوربية[1] أهليتها بسبب الزواج، بحيث لا تستطيع إبرام التصرفات أو التقاضي إلا بإذن من زوجها أو من مجلس العائلة[2].

وقد ثار جدل فقهي حول القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة: هل هو قانون جنسيتها باعتبار ذلك مقرر لحماية أهليتها، أم هو القانون الذي يحكم آثار الزواج؟ ويميل الفقه إلى ترجيح الرأي الأخير على اعتبار أن نقص أهلية المرأة المتزوجة مقرر لمصلحة الأسرة[3]. بالإضافة إلى ارتباط هذه الأهلية ببعض الآثار المالية أو الشخصية التي تترتب على عقد الزواج. وبالتالي يرجع إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لمعرفة ما إذا كان يجب على الزوجة الحصول على إذن زوجها للقيام ببعض التصرفات القانونية.

وقد جرى القضاء الفرنسي على تطبيق قانون الموطن على أهلية المرأة المتزوجة في حالة اختلاف جنسية الزوجين[4]، هذا فيما يتعلق بالحالات التي يكون فيها نقص الأهلية عاماً. أما إذا كان نقص الأهلية يتعلق ببعض التصرفات القانونية كالتبرعات، أو الإذن بممارسة التجارة فتخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته[5].

---

[1] لقد ألغى القانون الفرنسي نقص أهلية المرأة المتزوجة بقانون 1938/02/18. ولم يعد موجودا في الخارج إلا بصفة استثنائية، وحسب الأستاذ فضل الله لم تبقى سوى دولة الشيلي التي تأخذ به حالياً، مقتبس عن أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص254.

[2] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص83.

[3] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص173.

[4] انظر، محكمة النقض، 1966/02/15، مقتبس عن أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص146؛ انظر، عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص161.

[5] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص83.

PDF Eraser Free

ويرى الدكتور أعراب بلقاسم أنه من الأفضل إخضاع أهلية المرأة المتزوجة في القانون الجزائري لقانونها الشخصي في الحالة التي يكون فيها الزوجين مختلفي الجنسية، لأن المرأة قد تكون كاملة الأهلية وفقا لقانونها وناقصة وفقا للقانون الذي تخضع له آثار الزواج[1]. ونشير هنا إلى أن المشرع الجزائري قد حمى الزوجة الوطنية بإخضاعها إلى القانون الجزائري فيما يتعلق بآثار الزواج[2].

وجدير بالذكر، أنه يستبعد القانون الأجنبي المختص تطبيقا للنظام العام متى تم الإخلال بآثار الزواج الشخصية والمالية، كما لو كان مثلا يرتب على الزواج زوال أهلية المرأة، أو يمس بحق الزوجة في الحصول على النفقة[3].

وعلاوة على ما سبق ذكره، فقد يؤثر الزواج على نفقة الزوجة واسمها، مع اختلاف التشريعات في تكييف هذه المسألة الأمر الذي يؤثر على تحديد القانون الواجب التطبيق. وهذا ما سنعرض له من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثالث

أثر الزواج على نفقة الزوجة واسمها

يقع على عاتق الزوج واجب الإنفاق على زوجته بما يحقق لها الكفاية من مأكل وملبس ومشرب ومسكن وعلاج، وغير ذلك من ضروريات الحياة التي جرى العرف على اعتبارها تدخل ضمن مشتملات النفقة[4].

[1] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص255.
[2] انظر، المادة 13 من القانون المدني الجزائري.
[3] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص186.
[4] انظر، حساين عبود، النفقة على ضوء مدونة الأسرة، ضوابط التقدير القضائي وأسس الحماية القانونية، مجلة الحقوق، المغربية، عدد مزدوج 9- 10، 2010، ص125.

PDF Eraser Free

وتعد نفقة الزوجة من الآثار الشخصية للزواج بالرغم من أنها ذات طابع مالي[1]. وقد أوجبت التشريعات العربية[2] على الزوج الإنفاق على زوجته ولو كان لها مالا[3]، ومن ذلك المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

إذن، يصنف هذا الالتزام في القانون الجزائري ضمن آثار الزواج.

وتختلف النفقة الزوجية[4] عن نفقة الأقارب، حيث تخضع هذه الأخيرة لقاعدة إسناد خاصة بها[5] تقضي بتطبيق قانون المدين بالنفقة، سواء كان الزوج أو الزوجة[6]. وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 14 من القانون المدني حيث جاء فيها ما يلي:" يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها". ويطبق هذا النص على النفقة التي توجبها القوانين الوطنية بين الأصول والفروع[7]. ولكن القرابة الموجبة للإنفاق مختلف فيها باختلاف قوانين الدول، فتلزم بعض التشريعات قسماً من الأقارب بالإنفاق على أقاربه، بينما لا تلزمهم تشريعات أخرى بذلك[8].

---

[1] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص229.

[2] انظر، الفصل 187 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 140 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، والمادة 60 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة 1/72 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

[3] باستثناء المشرع التونسي الذي أوجب على الزوجة المساهمة في الإنفاق إن كان لها مال، حيث نص في الفصل 4/23 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي:" وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة. وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

[4] أخضعتها المادة 09 من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالآثار الشخصية للزواج والمؤرخة في 17 جويلية 1905 لآخر قانون وطني مشترك بين الزوجين.

[5] أعطى القانون الأردني الاختصاص بشأن النفقة بين الأقارب إلى قانون جنسية الشخص المدين بها حين نص في المادة 16 من القانون المدني بأنه:" يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها".

[6] انظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص221.

[7] تنص المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:" تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

[8] انظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص118.

PDF Eraser Free

أما النفقة الزوجية[1] فهي اسم للمال الذي يجب للزوجة على زوجها لأجل معيشتها من طعام وشراب. ويرى جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية أن سبب استحقاق الزوجة للنفقة هو تمكين زوجها من الاستمتاع بها. أما الحنفية فيرون أن سبب استحقاق النفقة هو العقد الصحيح والاحتباس[2]. وعليه إذا كانت النفقة لأحد الزوجين فهي أثر من آثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج[3].

وقد ثار الخلاف حول النفقة الوقتية، وما إذا كان يتعين اعتبارها تدخل في نطاق الآثار الشخصية للزواج؟

ذهبت المحكمة الابتدائية بالإسكندرية في حكم لها بتاريخ 18 مارس 1950، إلى اعتبارها من الآثار الشخصية للزواج، في حين رأى فيها البعض الآخر بأنها إجراء تقتضيه مصلحة الدولة في تدبير حل سريع لحالة من حالات الضرورة، وبالتالي وجب إخضاعها لقانون القاضي[4]. غير أن اتجاها فقهيا ثالثا اعتبرها تدخل فيما يسمى بتدابير الأمن المدني[5].

ونظرا لما يقتضيه من التعجيل حل المشكل الإنساني الذي يتعرض إليه الأفراد الذين يكونون في حالة احتياج ويكون عائلهم القانوني بالخارج، أبرمت الدول الاتفاقية المتعلقة باستيفاء واجب النفقة في الخارج[6]. وتهدف هذه الاتفاقية إلى إقرار

---

[1] والجدير بالذكر، أن تقدير النفقة وتوابعها من اختصاص قضاة الموضوع ولا رقابة للمجلس الأعلى عليه إلا من حيث عناصر التقدير المعتمدة، انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 2008/02/13، عدد 78، الملف الشرعي عدد 2006/1/02/87، مقتبس عن إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، دار الآفاق المغربية، الطبعة الأولى، 2009، ص423.

[2] انظر، جميل فخري غانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص227.

[3] انظر، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص119.

[4] تنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

[5] انظر، أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الطبعة الأولى، الرباط، 1993، ص210- 211.

[6] انظر، ظهير شريف رقم 1.59.338 بتاريخ 13 أكتوبر 1953، الجريدة الرسمية، عدد 2467 بتاريخ 7 فبراير 1960، ص387.

PDF Eraser Free

التدابير التي تسمح بحل المشاكل وتجاوز الصعوبات الجسيمة القانونية والعملية التي تواجه متابعة دعاوى النفقة أو تنفيذ الأحكام المتعلقة بها بالخارج.

وبالنسبة لأثر الزواج على اسم الزوجة، فإنه إذا كانت الزوجة في ظل الشريعة الإسلامية تبقى محتفظة باسمها العائلي بوصفه عنصرا من عناصر حالتها المدنية وخاصية من خصائص شخصيتها، وتوقع به على الأوراق والوثائق في مختلف تعاملاتها المدنية[1]، فإن الأمر على النقيض من ذلك في بعض الأنظمة القانونية الغربية حيث تحمل الزوجة لقب زوجها كأثر من آثار الزواج[2]. ومع ذلك فقد جرى العرف في الجزائر على أن تحمل الزوجة لقب زوجها اقتداء بالقانون الفرنسي الذي أعطى للزوجة الحق في أن تحمل اسم زوجها[3].

وتوجد مجموعة أخرى من التشريعات تترك للزوجين حرية الاتفاق على وضع اسم مشترك بينهما. ولكن في حالة عدم اتفاقهما على اختيار اسم مشترك يوم زفافهما يكون اسم الزوج هو الاسم الوحيد للزوجين. وقد تبنى القانون المدنى الألماني هذا الاتجاه، حيث نصت المادة 1355 منه على أن يحمل الزوجين اسما مشتركا. وإذا كان الزواج لا يؤثر مبدئيا على اسم المرأة المتزوجة، فإن متطلبات الحياة المشتركة والضرورات الاقتصادية قد تدفع بالزوجة إلى استعمال لقب زوجها. ويستطيع الزوج أن يمنع زوجته من استعمال اسمه العائلي إذا دعت لذلك ضرورة كأن يمنعها من استعماله خلال حملة انتخابية[4].

وتظهر أهمية هذا الاختلاف الواقع حول مسألة تأثير الزواج على اسم المرأة المتزوجة في تأثيره أيضاً على تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا كيفنا مسألة

[1] انظر، جميل فخري غانم، المرجع السابق، ص98.
[2] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري،المرجع السابق، ص174.
[3] انظر، تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، العدد 06، ص146.
[4] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص144- 148.

PDF Eraser Free

اسم المرأة المتزوجة ضمن الفئة المسندة " حالة الشخص" فإن هذا يعني أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي للزوجة. وإذا كيفنا المسألة ضمن الفئة المسندة" آثار الزواج" فإن هذا يعني إخضاع مسألة اسم الزوجة إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج[1]. وقد ذهب القضاء في سويسرا إلى اعتبار أن اسم الزوجة يتحدد وفقا لما يقضي به قانون جنسيتها، بينما ربطه القضاء الألماني بقانون جنسية زوجها. والحقيقة، أن لاسم المرأة المتزوجة دور في إظهار صفة المرأة المتزوجة ولهذا يكون من حقها استعمال اسم زوجها، إلا أنه يبقى من حقها الاحتفاظ باسمها العائلي[2]. ولكن السؤال الذي يبقى مطروح هنا: هل يمكن تغيير هذا العرف الذي يكرس امتياز الزوج في نقل اسمه؟

لا شك أن هذا الوضع يبقى قابل للتغيير أمام المطالبات المختلفة بإقرار مبدأ المساواة بين الزوجين[3]. وكذلك أمام مطالبات الجمعيات النسوية بحق المرأة في المحافظة على لقبها وحقها في إعطاء لقبها رافضين بذلك التقاليد التي تكرس في نظرهم سيادة الرجل وامتيازه. خصوصا وأن اللقب يعد حقاً ذاتياً طالما أنه مرتبط ارتباطا وثيقا بالشخص، ويشكل في الوقت ذاته علامة انتساب أسري[4].

ويثور إشكال آخر حول تحديد القانون الواجب التطبيق على اسم الزوجة في حالة طلاقها من الزوج، فهل تبقى خاضعة للقانون الذي يحكم آثار الزواج أم أنها تخضع للقانون الذي يحكم آثار الطلاق، وهل بإمكانها استرداد اسمها؟

يرى الدكتور الطيب زروتي أنه من الأفضل إخضاع هذا النزاع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية[5]. وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية في

---

[1] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص252.

[2] مقتبس عن حسن الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الاسم، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، 1987، العدد 01، ص74-75.

[3] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص152- 153.

[4] انظر، عمار عبد الواحد، العلاقات بين الزوجين، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص297- 299.

[5] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص174.

PDF Eraser Free

حكمها الصادر في 25 فبراير 1950 بحق الزوجة في استرداد اسمها ولقبها العائلي الذي كانت تحمله قبل الزواج. إذ يكون من حقها التنازل عن اسم زوجها بعد انحلال الزواج[1]. بينما يميل رأي آخر إلى اعتبار حق الزوجة في الاحتفاظ باسم زوجها أثرا من آثار انحلال الزواج، ولهذا يجب إخضاعه للقانون الذي يحكم الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني[2]. كما تتوقف الزوجة عن حمل اسم زوجها إذا كانت تحمله من قبل، وذلك في حالة الزواج الظني الذي تختفي آثاره في المستقبل ولا يكون باستطاعة الزوجين عندئذ ادعاء أي حق تجاه بعضهما البعض[3].

وتجدر الإشارة هنا، إلى الاختلاف الفقهي الحاصل حول مصدر الالتزام بالحضانة وأثره في تنازع القوانين، فذهب جانب من الفقه المصري إلى اعتبار الحضانة من آثار عقد الزواج باعتبارها تتعلق بالبنوة والتي هي في حقيقتها أثر من آثار الزواج. ولكن كيف لنا أن نتكلم عن آثار عقد الزواج بعد انحلال الزواج؟

أمام هذا الانتقاد، ذهب الدكتور جابر جاد عبد الرحمان إلى اعتبار الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج، وهذا لأن التنازع حول الحضانة لا يثور غالباً إلا بمناسبة حالات الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني[4]. والحقيقة أن هذا الاتجاه في التكييف يتفق مع ما نص عليه المشرع الكويتي صراحة في الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص، عندما أخضعها إلى القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية، ويبدو هذا الاتجاه أقرب للصواب، وذلك لاتصال الحضانة بشكل مباشر بموضوع انقضاء الزواج.

---

[1] انظر، جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1969، ص286.
[2] مقتبس عن حسن الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الاسم، مجلة الحقوق والشريعة، المرجع السابق، ص76.
[3] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص124.
[4] انظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص31-33.

PDF Eraser Free

وإذا انتهينا إلى أن آثار الزواج تشمل الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، فإن السؤال يثور حول القانون الذي يحكم هذه الآثار في القانون الدولي الخاص؟

المبحث الثاني

مضمون القانون المختص بحكم آثار الزواج

لقد اختلفت تشريعات الدول بخصوص مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج فمنها من أسندها إلى قانون موطن الزوجة، والبعض الآخر أناطها بقانون الجنسية المشتركة. أما الدول العربية وبعض الدول الأوربية فقد أسندت آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج؛ وقد كان المشرع الفرنسي في المادة 213 مدني سابقا يخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، إلا أنه عدل عن ذلك بموجب تعديل 7جويلية 1970 وعمد إلى تطبيق قانون الموطن إذا اختلفت جنسية الزوجان الأجنبيان أو كان أحدهما فرنسيا ومتوطنان في فرنسا[1].

المطلب الأول

خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج

نصت المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج، وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج". فقد اعتبر المشرع أن الوقت الذي يعتد فيه بقانون جنسية الزوج هو وقت انعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى دفعا لمشكلة التنازع المتحرك الذي

[1] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص170.

PDF Eraser Free

ينشأ بتغيير الزوج جنسيته بعد الزواج. ورغبة منه في الحفاظ على استقرار الحياة الزوجية باستمرار خضوع آثارها لنفس القانون الذي خضع له الزواج عند الانعقاد[1].

ويلاحظ بأن الصياغة الجديدة لنص المادة 12 أصبحت أكثر وضوحا مما كانت عليه قبل تعديلها بقانون 05-10 حيث كانت الفقرة الأولى من النص السابق تنص فقط على القانون المختص بحكم الآثار المالية للزواج دون الآثار الشخصية. كما أبقى المشرع الجزائري على ضابط الإسناد المعمول به سابقا كونه يتناسب مع اعتبار الأب رب الأسرة والمشرف على تدبير شؤونها حسب تقاليد المجتمع الجزائري[2].

أما المشرع التونسي فقد أخضع آثار الزواج للقانون الشخصي المشترك كضابط إسناد أصلي، وإذا تعذر ذلك يطبق ضابط الإسناد الاحتياطي المتمثل في قانون الموطن. وإذا تعذر ذلك يطبق قانون القاضي مثلما تمت الإشارة إلى ذلك في الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي نص على ما يلي:" تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة".

وتعكس هذه القاعدة اتجاه المشرع التونسي نحو تحقيق مبدأ المساواة بين المرأة والرجل. وتطبق على جميع الواجبات الزوجية ومنها واجب الإنفاق وواجب المساكنة. ويستثنى من ذلك واجب الطاعة الذي تم حذفه من مجلة الأحوال الشخصية التونسية[3].

---

[1] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص248.

[2] انظر، الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، المرجع السابق، ص69- 75.

[3] انظر، نورالدين قارة، القانون المنطبق على الزواج من خلال مجلة القانون الدولي الخاص، حوليات العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجندوبة، تونس، العدد01، 2007، ص42.

PDF Eraser Free

وبالنسبة للنظام المالي للزوجين فتناوله المشرع التونسي بالنص في الفصل 48 على ما يلي:" يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أوّل مقرّ مشترك لهما إن وجد وإلا فلقانون مكان إبرام عقد الزواج".

كما ورد النص على النظام المالي للزوجين في التشريع المغربي في الفصل 14 من الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب، إذ جاء فيه ما يلي:" إن العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين يخضع من حيث صحته الذاتية وآثاره للقانون الوطني للزوج بتاريخ إبرام الزواج، وإذا أبرم العقد المذكور أثناء قيام الزوجية يخضع للقانون الوطني للزوجين بتاريخ إبرامه.

ويعين القانون نفسه ما إذا كان يسوغ للزوجين أن يحيلا إلى قانون آخر وبأي مقدار، فإذا وقعت هذه الحالة فإن القانون المحال عليه هو الذي يحكم آثار العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين".

ونص الفصل 15 من نفس القانون المذكور أعلاه على أنه:" إذا لم يبرم عقد منظم للعلاقات المالية بين الزوجين فإن آثار الزواج على أموال الزوجين من أصول ومنقولات تخضع لقانون الدولة التي كان ينتسب إليها الزوج بتاريخ إبرام الزواج. ولا يؤثر على نظام تلك الأموال تغيير الزوجين أو أحدهما جنسيته فيما بعد". وهذا يعني أن المشرع المغربي قد رجح في موضوع النظام القانوني للعلاقات المالية قانون الزوج على قانون الزوجة[1].

[1] انظر، موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، المغرب، 1994، ص245.

PDF Eraser Free

وقد تصدى الاجتهاد القضائي المغربي لمشكلة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع في القرار الصادر عن محكمة استئناف الرباط في 5 جويلية 1959. ويتعلق الأمر بقضية امرأة فرنسية تزوجت بالمغرب لدى القنصل البريطاني من رجل يعتبر من الرعايا البريطانيين ويرجع أصل والديه إلى جزيرة مالطا. ولم يختر الزوجان أي نظام لتنظيم علاقاتهما المالية. وبالتالي اعتبرا خاضعين للنظام المالي المحدد بموجب القانون الشخصي وهذا طبقا للمادة 15 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب.

وادعى الزوج أن العلاقات المالية بينه وبين زوجته تخضع للقانون المالطي الذي يقضي بنظام الشيوع، إلا أن محكمة الاستئناف بالرباط اعتبرت أن النظام المالي الواجب تطبيقه هو النظام القانوني الانجليزي والذي يقضي بفصل الأموال.

ويتضح من هذا، أن محكمة استئناف الرباط قررت بصورة صريحة الرجوع إلى القانون البريطاني الذي يقضي بأن يسري القانون الداخلي الانجليزي على المواطنين الذين يوجد موطنهم في المغرب[1].

وقد نصت الاتفاقية الفرنسية المغربية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة لسنة1981 على القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج حيث جاء في الفصل السابع ما يلي:" يطبق قانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان فيما يرجع للآثار الشخصية للزواج.

يطبق فيما يخص الآثار الشخصية للزواج – إذا كان أحد الزوجين مغربيا والآخر فرنسيا– قانون إحدى الدولتين التي بها موطنهما المشترك، أو آخر موطن مشترك لهما.

تطبق مقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية على النفقة بين الزوجين".

[1] مقتبس عن أحمد زوكاغي، حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص69 وما بعدها.

PDF Eraser Free

ولكن تطبيق هذه الاتفاقية قد يتعطل، إذا كان القانون الذي يحكم آثار الزواج يتعارض مع النظام العام في فرنسا، كما لو كان هذا القانون لا يلزم الزوجة بمسالكنة زوجها أو لا يلزم الزوجة بالإنفاق على زوجته. وينطبق نفس الحكم أيضاً إذا كان القانون المختص يجيز للزوج تأديب زوجته بوسائل لا يقرها القانون الفرنسي. وهذا لكون الزواج في الأصل رابطة اجتماعية تقوم على مبادئ خلقية[1].

إن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المسلمين وغيرهم تثير صعوبات عملية كثيرة بسبب استحالة التنسيق بين أنظمة قانونية متنافرة سواء من الناحية الفكرية أو الثقافية أو الدينية، ويتجلى هذا التباين والاختلاف في الحلول المقررة لفض تنازع القوانين. وإذا كانت الاتفاقية السابقة قد تبنت الجنسية كضابط إسناد أصلي، ونصت على ضابط الموطن المشترط كضابط إسناد احتياطي لتجاوز التعقيدات وتصادم القيم الحضارية، إلا أن المحاكم الفرنسية أخذت بالاستثناء لتجعله أصلا لأغلب قراراتها. وهذا راجع إلى السياسة التشريعية التي انتهجتها فرنسا تحت تأثير قوانين الهجرة الأوربية والتي تهدف إلى إدماج الأجنبي[2]. كما لجأ القضاء الفرنسي إلى استبعاد تطبيق أحكامها باستخدام آلية الدفع بالنظام العام متجاهلا بذلك الطبيعة الدينية للزواج المغربي. ولتفادي هذا المشكل يجب تضمين هذه الاتفاقية قواعد موضوعية تتعلق بالأحوال الشخصية[3].

لقد وحد نص المادة 12 من القانون المدني الجزائري القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية للزواج. فبالرغم من أن الآثار المالية للزواج

[1] انظر، أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، المرجع السابق، ص217- 218.
[2] انظر، فتيحة غميط، الاتفاقية المغربية الفرنسية حول الأسرة والتعاون القضائي لسنة 1981 بين النص والواقع، مجلة القصر، المغرب، العدد23، 2009، ص106 وما بعدها.
[3] انظر، محمد الكشبور، قراءة في واقع الزواج المختلط، المجلة المغربية للدراسات الدولية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، عدد خاص، 2003، ص84- 85.

PDF Eraser Free

تتعلق بالأموال إلا أنها تخضع للقانون الشخصي بخلاف القانون الفرنسي[1] الذي أخضع النظام المالي للزوجين إلى قانون الإرادة باعتباره يدخل في فئة الالتزامات التعاقدية. بينما يخضع في الجزائر إلى قانون جنسية الزوج حسب نص المادة 12 من القانون المدني، وإن كانت الفقرة الأولى من نص المادة 37 من قانون الأسرة تفصح عن أن الانفصال المالي للزوجين هو النظام المعمول به في الجزائر، ومع ذلك فإن الفقرة الثانية تجيز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.

ولا يمتد تطبيق قانون جنسية الزوج إلى حكم الأهلية اللازمة لإبرام المشارطات المالية للزواج بل تبقى خاضعة لقانون جنسية كل زوج على حدة. أما شكل المشارطة فيظل خاضعا لقانون محل الإبرام، وذلك طبقا للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات. كما يجب ألا يتعارض القانون الذي يحكم الآثار المالية للزواج مع قاعدة قانون موقع المال[2] لاسيما إذا كان المال عقارا[3]، فيسري على الحقوق العينية قانون موقع العقار، كما أن المنقول يسري عليه قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده، ويترتب على ذلك، عدم جواز الاحتجاج بما يقرره قانون الزوج وقت الزواج من رهن قانوني على أموال الزوج الموجودة في الأردن ضمانا لالتزاماته نحو زوجته، وهذا لأن المادة 19

[1] L'art.1387 du code civil français dispose que :" La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent."

[2] تنص المادة 17 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.
يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون موقع العقار. ويسري على المنقول المادي، قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص252.

PDF Eraser Free

من القانون المدني الأردني تعتبر هذا الرهن من الأحوال العينية التي تخضع لقانون موقع المال، وهو هنا القانون الأردني الذي يقر مثل هذا النظام[1].

ولكن كيف يمكن إثبات حقوق الزوجين في الأموال المشتركة؟

حسب نص المادة 2/37 من قانون الأسرة الجزائري يتم إدراج هذا الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق. وعليه يشترط لإثبات هذا الاتفاق أن يكون مكتوبا. وكما هو معلوم، فإن الكتابة الرسمية تعد من أهم وسائل الإثبات بحيث لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، فقد ورد في المادة 324 مكرر5 من القانون المدني أنه:" يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

ولكن السؤال المطروح هنا: هل يمكن اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى في حالة تعذر الإثبات بالكتابة بسبب المانع الأدبي؟

الأصل في رابطة الزواج، أنها رابطة مقدسة تجمع بين الرجل والمرأة وتربط بينهما برباط المودة والرحمة. فالزواج غير مبني على المشاحنات والرغبة في كسب المال أو تحقيق أهداف دنيوية محضة، بل هو مبني على معانٍ سامية. وهذا ما يجعل بعض الأزواج يترددون في إثبات وتوثيق الأموال المشتركة بينهما بسبب المانع الأدبي.

ويتحقق المانع الأدبي إذا لم تتم كتابة العقد بسبب ظروف العقد أو الصلات الموجودة بين المتعاقدين وقت العقد. فقد تمنع مثلا علاقة الزوجية أحد الزوجين من الحصول على دليل كتابي لإثبات قرض أحدهما للآخر مبلغا من

[1] انظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص112

PDF Eraser Free

المال. وفي هذه الحالة يجوز للزوج الذي يقيم الدليل على هذه العلاقة أن يلجأ إلى الإثبات بالشهادة[1].

ويرجع تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج على قانون جنسية الزوجة أو الموطن لحكم آثار الزواج إلى الدور الهام المعترف به للرجل في الدول العربية باعتباره رب الأسرة حسب عادات وتقاليد المجتمعات العربية[2]. بالإضافة إلى أن أغلب آثار الزواج تتعلق بشخصي الزوجين ويصعب إخضاعها لقانونين مختلفين[3]. إذ لا يمكن تصور التطبيق الجامع للقانونين الشخصيين للزوجين ولا التطبيق الجامع للقانونين المذكورين[4].

لقد آثار الاتجاه الذي يغلب قانون جنسية الزوج على قانون جنسية الزوجة حفيظة الكثيرين في أوروبا خصوصاً من قبل الجمعيات النسوية التي تنادي بالمساواة بين الرجل والمرأة. ولكن في حقيقة الأمر، يعتبر احتفاظ الزوجة بجنسيتها بالرغم من هذا الزواج المختلط خير دليل على وجود هذه المساواة وليس انعدامها[5].

إن تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لا يخلو من بعض الصعوبات؛ فآثار الزواج تتوقف على القانون المطبق وليس على تاريخ الزواج. ولهذا فإن الآثار المستقبلية للزواج يجب أن يحكمها القانون الجديد ولا يجوز أن تبقى رهينة القانون القديم. وهكذا إذا غير الزوج الجزائري جنسيته فلا تبقى آثار الزواج المستقبلية خاضعة لقانون انقطعت صلة الزوج به، وإنما يجب أن يختص بحكمها قانون الجنسية الجديدة للزوج[6]. ويتطلب ذلك الاعتداد بقانون جنسية

---

[1] تنص المادة 336 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة:
- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي،
- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

[2] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص249.

[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص247.

[4] انظر، أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان، المرجع السابق، ص214.

[5] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص852.

[6] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص171.

PDF Eraser Free

الزوج وقت التقاضي وليس من وقت إبرام الزواج[1]. وإذا كانت الأحوال الشخصية للأجانب تحكمها قوانينهم الشخصية فيما يخص الجوهر، فإن إجراءات الاستماع إلى الشهود الواجب تطبيقها، هي تلك القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية[2]. وذلك وفقا للقاعدة المسلم بها على الصعيد العالمي، والتي تقضي بأن قواعد الاختصاص والإجراءات تخضع لقانون القاضي المعروض عليه النزاع[3].

واستثناء تخضع آثار الزواج للقانون الوطني متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج[4]. وتطبيق هذا الاستثناء سيكون خاص بالزوجة إذا كانت جزائرية، لأنه لو كان الزوج جزائري فإن تطبيق القانون الجزائري يكون في هذه الحالة استنادا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 12.

وقد أخذت بهذا الاستثناء معظم تشريعات الدول العربية[5]، ولا شك أن هذا الاستثناء يحول دون وجود حلول موحدة بين مختلف الأنظمة القانونية[6].

ويثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على دعوى المسؤولية التقصيرية الناجمة عن إخلال أحد الزوجين بالالتزامات التي يرتبها عقد الزواج وحصول ضرر مادي أو أدبي للزوج الآخر. كما لو قام أحد الزوجين بخيانة الزوج الآخر دون مراعاة ما يرتبه عقد الزواج من التزام على عاتق الزوجين بالإخلاص المتبادل. فمن الفقهاء من يقول بإخضاعها للقانون الذي يحكم آثار الزواج، ومنهم من يقول بإخضاعها لقانون مكان وقوع الفعل الضار[7]، ويتجه أغلب الفقه والقضاء

---

[1] انظر، رعد مقداد محمود، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، الطبعة الأولى، مصر، 2009، ص247.

[2] انظر، المجلس الأعلى، 08 أبريل 1983، رقم 71، ملف مدني عدد 92627، مقتبس عن الحسين والقيد، مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة التاسعة، 2007، ص150.

[3] أحمد زوكاغي، مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، 2008، ص19.

[4] انظر، المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

[5] انظر، المادة 14 من القانون المدني المصري، والمادة 15 من القانون المدني السوري، والمادة 15 من القانون المدني الأردني، والمادة 14 من القانون المدني الليبي.

[6] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص249- 250.

[7] انظر، فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثامنة، سوريا، 2006/2005، ص234.

PDF Eraser Free

في فرنسا إلى تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار[1] بوصفه القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية.

ويرفض الدكتور هشام علي صادق هذا الاتجاه، وذلك لاتصال المسألة في هذا الفرض بآثار الزواج أكثر من اتصالها بالمسؤولية التقصيرية. فالضرر وقع نتيجة لإخلال الزوج الآخر بالالتزامات التي يرتبها عقد الزواج. وهذا بخلاف ما إذا كان هذا الضرر قد وقع خارج هذا الإطار كما لو كان سبب وقوع الضرر راجع إلى حادث مرور ارتكبه الزوج الآخر، ففي هذا الفرض تخضع دعوى المسؤولية لقانون وقوع الفعل الضار. ونظرا لتعلق المسألة بنظام الزواج، فيجب الرجوع أولا لقانون جنسية الزوج لمعرفة ما إذا كان القانون الذي يحكم آثار الزواج يجيز للمضرور مقاضاة زوجه. وإذا كان يجيز ذلك فينعقد الاختصاص للقانون المحلي بنظر دعوى المسؤولية التقصيرية[2].

وإذا كانت أغلب التشريعات قد أخضعت آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج. فإن تطبيق هذا القانون تعترضه بعض الصعوبات الناجمة عن اختلاف المرجعيات التشريعية للدول. وهذا ما سنعرض له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون جنسية الزوج

يرى الدكتور خالد برجاوي أن تشريعات الدول المغاربية قد أخلطت بين مفهوم الجنسية والدين في تنظيم قواعد التنازع[3]. ونتج عن ذلك عدم اعتبار

[1] تنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.
غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لاتسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

[2] انظر، هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص510- 511.

[3] والملاحظ أنه، رغم اتصاف قواعد تنازع القوانين في الدول العربية بتوجهها العالمي متأثرة في ذلك بالتشريعات الأوربية، إلا أنها لا تزال مرتبطة ارتباطا وثيقا بتركيبة المجتمع العربي وشريعته الدينية في تنظيم مختلف جوانب العلاقات الدولية الخاصة. فغالبا ما

PDF Eraser Free

المنازعات التي يكون كل أطرافها مسلمين أجانب علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي خصوصا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية، يل ينظر إليها على أساس كونها روابط داخلية وهذا يعني استبعاد تطبيق قواعد الإسناد وتطبيق مباشرة قواعد الأحوال الشخصية الداخلية للبلد المقيمين فوق إقليمه.

ويستند في تدعيم رأيه هذا على الاتفاقية المبرمة بين المغرب وموريتانيا بتاريخ 20 يناير 1979 والتي أخضعت رعايا البلدين المقيمين فوق تراب البلد الآخر فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية للقانون المحلي[1].

ولكن إذا رجعنا إلى قواعد التنازع أو قوانين الأحوال الشخصية فلا نجد أي نص يقر بذلك، بل إن المادة 221 من قانون الأسرة الجزائري والتي حددت نطاق تطبيق قانون الأسرة تؤكد على ضرورة احترام قواعد التنازع إذ نصت على مايلي:" يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني". ونص الفصل الثاني من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه:" تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي". وبالنسبة لمسألة وجود معاهدات تكرس تطبيق القانون المحلي فإن قواعد التنازع لا تسري حيث يوجد نص على خلاف ذلك في معاهدة دولية[2].

إن مسألة تطبيق القانون المحلي واستبعاد قواعد التنازع تبدو بصورة واضحة عندما يتم النص على قاعدة إسناد متحيزة ضمن قواعد تنازع القوانين تخضع آثار الزواج المختلط والطلاق إلى قانون جنسية الزوج باعتباره رب الأسرة أو كما

يكون القانون الشخصي في هذه الدول هو الشريعة الإسلامية، لا سيما في قضايا الأحوال الشخصية. انظر، محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص119.

[1] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص47 وما بعدها.

[2] تنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

PDF Eraser Free

يسميه الدكتور خالد برجاوي بالامتياز الديني. ومن نتائج هذا الامتياز خضوع الزوجة غير المسلمة لقواعد تكرس عدم المساواة بين الزوج والزوجة واستفادة الزوج من أحكام قانونه الشخصي بما يرجح كفته في مسائل كثيرة[1].

لاشك أن هذا الامتياز الديني يجد أساسه في قوانين الأسرة العربية[2] باعتبارها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية. ولكن هذا لم يمنع البعض من توجيه الانتقاد له ووصفه بعدم تحقيق العدالة والإنصاف، لأنه حسب نظرهم يجب وضع القوانين المتنازعة في مرتبة واحدة وإعطائها فرص متساوية للتطبيق. على أن يتم ترجيح أحدها على الآخر عن طريق تحديد مركز الثقل في العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، ويكون ذلك بالاستناد إلى معايير منطقية وموضوعية بعيدا عن أي نزعة وطنية أو دينية متحيزة. فضوابط الإسناد في مادة الأحوال الشخصية هي الموطن والجنسية وليس الديانة الإسلامية أو طائفة دينية أخرى. ثم أن من أهداف قواعد القانون الدولي الخاص تحقيق الاستقرار والتوازن والتوفيق مابين المصالح المتعارضة للأطراف. وهذا ما لا يتحقق عند تطبيق الحلول الناجمة عن امتياز الديانة والتي تعطي الأولوية في الحلول دائما لقواعد مستمدة من الشريعة الإسلامية[3].

وقد تم تطبيق فكرة الديانة الإسلامية من قبل القضاء المغربي في القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 5 جويلية 1974 والذي أعلن فيه ما يلي:" يترتب على اعتناق الديانة الإسلامية لزوما، تطبيق القواعد الشرعية على مسائل الأحوال

---

[1] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص65.

[2] نصت المادة 02 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:" تسري أحكام هذه المدونة على:
1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.
2- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية طبقا لاتفاقية جينيف المؤرخة في 28 يوليوز 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين
3- العلاقات التي يكون فيها احد الطرفين مغربياً
4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.
أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية".

[3] مقتبس عن خالد برجاوي، المرجع السابق، ص73- 75.

PDF Eraser Free

الشخصية والميراث لمعتنقي هذه الديانة ما دام هذا الاعتناق وقع بدون تدليس وطبقاً للقواعد الشكلية المقررة قانوناً"[1].

وضمن هذا السياق أيضاً، نقض المجلس الأعلى الحكم الصادر في قضية تتلخص وقائعها في أن رجلا فرنسياً تزوج في فرنسا من امرأة فرنسية بتاريخ 30 أوت 1945، وأنجبا طفلين ثم انتقل الزوج إلى المغرب واعتنق الديانة الإسلامية. ثم تزوج بامرأة مغربية مسلمة وأنجب معها طفلين. فرفعت الزوجة الفرنسية دعوى تطالب فيها بإبطال الزواج الثاني بدعوى عدم جواز التعدد.

وبالفعل قضت المحاكم العصرية باعتبار الزواج الثاني باطلا طبقا لنص المادة 147 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن المجلس الأعلى نقض الحكم واعتبر أن المحكمة العصرية لم تكن مختصة وأن الزوج الفرنسي المسلم يجب أن يخضع لاختصاص القاضي الشرعي تطبيقا لأحكام ظهير 24 أبريل 1959[2].

إن القضاء والتشريع في مختلف البلاد العربية قد استقر منذ أمد طويل على اعتبار الديانة الإسلامية عنصرا من عناصر الإسناد بالنسبة للمسلم، ويحجب هذا الضابط قانون الجنسية. ومن ثم فإن الفرنسي المسلم لا يسري عليه أمام القاضي المسلم القانون الفرنسي، وإنما تطبق عليه قواعد الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل ما يتعلق بأحواله الشخصية. وقد تجسد هذا الموقف من قبل القضاء المغربي في قضية تتعلق برجل إيطالي اعتنق الديانة الإسلامية بالمغرب، ثم أقام دعوى بفسخ الزواج من زوجته الإيطالية التي رفضت اعتناق الديانة الإسلامية. واعتقد الزوج أن الزواج لم يعد صحيحا بسبب اختلاف الدين[3].

---

[1] مقتبس عن أحمد زوكاغي، حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد42، 2009، ص72.

[2] مقتبس عن أحمد زوكاغي، حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص80.

[3] انظر، أحمد زوكاغي، اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد43، 2010، ص12.

PDF Eraser Free

ولكن محكمة استئناف الدار البيضاء أكدت في حكمها الصادر بتاريخ 06 جويلية 1994 أن اعتقاد الزوج خاطئ، لأن المسلم يصح زواجه من الكتابية بينما لا يصح زواج المسلمة من رجل غير مسلم، ومن ثم فإن عقد الزواج الرابط بين المستأنف والمستأنف عليها هو عقد صحيح ولا يشوبه أي فساد.

غير أن، الزوجة المدعى عليها طالبت بتطبيق قاعدة الإسناد المقررة في ظهير الوضعية المدنية للأجانب، والتي تقضي بتطبيق القانون الوطني للزوجين وهو القانون الإيطالي لا القوانين المغربية. وأوضحت المدعية أن الزوج المدعي يحاول إقامة دعواه أمام المحاكم المغربية للتهرب من تطبيق القوانين الإيطالية التي لا تتساهل في ميدان الطلاق، كما أن الزواج الذي يربطهما يفرض نظام الأموال المشتركة وأن الزوج يهدف من وراء دعواه الاستحواذ على أموالها[1].

وقد أكد المنشور الذي أصدرته وزارة العدل المغربية بتاريخ 17 جويلية 1979 على شرط اعتناق الإسلام بالإضافة إلى الوثائق الأخرى التي يتعين على طالبي الزواج المختلط تقديمها للحصول على الإذن بالزواج وتشمل مايلي:"

-نسخة من عقد الولادة بالنسبة لكل من الخاطبين مطابقة لحالتهما المدنية.

-نسخة طبق الأصل من عقد اعتناق الإسلام

-نسخة من موافقة ولي المخطوبة على إقامة عقد الزواج مع مراعاة مقتضيات الفصل 11 من مدونة الأحوال الشخصية الذي يشترط في الولي أن يكون ذكرا عاقلا، بالغا، ويقدم الإبن على الأب والأخ على ابن الأخ إلى آخر الترتيب المنصوص عليه في الفصل المشار إليه.

-نسخة من عقد الزواج وعقد الطلاق أو حكم انتهائي بالطلاق إن تعلق الأمر بزواج سابق

[1] انظر، أحمد زوكاغي، اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية، المرجع السابق، ص14- 15.

PDF Eraser Free

-شهادة عرفية بالنسبة للطرف الأجنبي أو شهادة الكفاءة للزواج حديثة التاريخ.
-شهادة حسن السلوك وعدم السوابق تسلم من طرف السلطة المختصة..."[1].

واعتبر الدكتور خالد برجاوي أن هذه الإجراءات تتسم بالتعقيد والبيروقراطية الأمر الذي يعرقل حركة تنقل الأشخاص خاصة عندما يتعلق الأمر بزواج مابين مواطنين مغاربة أو مسلمين. ووصفها بأنها تحد من الحرية الفردية وتتعارض بشكل واضح مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان[2] التي كفلت حرية الأفراد في إبرام الزواج[3].

وفي رأينا، أن هذه التراخيص والوثائق المطلوبة تعتبر بمثابة إجراءات إدارية تنظيمية بحتة تمارسها كل دولة فوق إقليمها بهدف حماية مصالحها والحفاظ على أمنها من كل خطر محتمل من الأجانب. وهي ليست بشروط موضوعية حتى تعيق انعقاد الزواج، بل هي عبارة عن إجراءات اقتضتها ضرورات حماية الصالح العام.

إنه وبالنظر للانتقادات الموجهة إلى امتياز الديانة جعلت البعض ينادي بالتخلص من الآثار السلبية لهذا الامتياز بإسناد الروابط الدولية المختلطة في مادة الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن أو قانون الإقامة المعتادة للزوجين. وعدم إثارة الدفع بالنظام العام إلا في حالة وجود خرق صارخ لقيم قانون دولة القاضي دون أن يستغل ذلك في تكريس تمييز مبني على الدين أو المعتقد[4]. ورغم ذلك، لا تزال قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها في أوربا وبخاصة اسبانيا التي يوجد فيها

[1] انظر، المنشور رقم 854 الصادر في 1979/05/17 المتعلق بزواج معتنقي الإسلام.
[2] انظر، المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
[3] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص191- 192.
[4] انظر، خالد برجاوي، نفس المرجع، ص79.

PDF Eraser Free

عدد كبير من المواطنين المغاربة تحظر تطبيق القانون الوطني الذي يبيح الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو نظام تعدد الزوجات[1].

وإذا رجعنا إلى أحكام قواعد القانون الدولي الخاص في الدول العربية[2] لا نجد فيها أي نص يسند الحلول المقررة لفض تنازع القوانين بالاستناد إلى رابطة الدين، بل تكاد تجمع على اعتماد رابطة الجنسية كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في مادة الأحوال الشخصية، ثم أنه لا يوجد تلازم بين الجنسية والدين. وبالنسبة لاقتراح الموطن كضابط إسناد فهو الآخر لم يسلم من الانتقادات الموجهة إليه.

ومن الانتقادات الموجهة أيضا إلى قواعد الإسناد في تشريعات الدول العربية ما اتفق أنصار التيار العلماني على وصفه بامتياز الذكورة، فهم يرون أن قواعد التنازع تخول للذكر ترجيح قانوني لكفته فيما يتعلق بأحواله الشخصية.ويطبق هذا الامتياز حسب رأيهم إما بالنص بصفة صريحة على قواعد من هذا القبيل، وإما بفضل تقرير إعمال مبدأ الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإحلال محله القانون الداخلي[3].

ويبررون رأيهم هذا بوجود عدة مظاهر تميز بين الرجل والمرأة، ومن ذلك إسناد الاختصاص إلى قانون الزوج دون قانون الزوجة فيما يتعلق بآثار الزواج والطلاق. وهذا ما يتعارض مع مبادئ المساواة والحرية التي أقرتها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان[4]؛ وبالخصوص المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أنه:" لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا

[1] Saadia Belmir, droit de la famille au Maroc, www.cidop.org, P110.

[2] انظر المادة 39 من القانون الكويتي، والفصل 47 من القانون التونسي.

[3] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص98.

[4] انظر، خالد برجاوي، نفس المرجع، ص102- 109.

PDF Eraser Free

الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون **أو الجنس** أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء. وفضلا عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلا أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود". وتعارضه أيضا مع نص المادة 12 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[1].

وعلى هذا الأساس يرون بأن إسناد آثار الزواج إلى قانون الزوج هو إسناد متحيز ومجرد من أي موضوعية ويكرس عدم المساواة بين الرجل والمرأة. وهو ما يخالف قواعد التحليل التنازعي التي تقضي بترجيح أحد القوانين المتنازعة بناء على معايير منطقية وموضوعية. وتخالف أيضا الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص التي أصبحت تسند مثل هذه الروابط لقانون الموطن أو الإقامة المعتادة المشتركة[2].

وفي اعتقادنا أن المفهوم المعطى للمساواة لدى منطق هؤلاء غير صحيح لأنه إذا اعتبرنا أن المقصود بالمساواة هنا هو المساواة المادية، فإن ذلك سوف يؤدي في النهاية إلى تكليف المرأة بما لم يوجب عليها أو بما يتعارض مع طبيعة دورها في الأسرة. وبالنسبة لاقتراح قانون الموطن فهو الآخر ليس بمنأى عن النقد ولا يحقق

[1] تنص المادة 16 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة على أنه:" 1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة:
(أ) نفس الحق في عقد الزواج؛
(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل؛
(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، ...". اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979.
[2] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص115- 116.

PDF Eraser Free

العدالة والمساواة في الكثير من الحالات، لأن قانون الموطن قد يحرم الزوجين من الاستفادة من حقوق هي مقرر لهم بموجب قوانينهم الشخصية، أو يفرض عليهم قيود جديدة أو أشد مما هي عليه في قانونهم الوطني. ولهذا فإن القوانين الوطنية تبقى هي أكثر القوانين الملائمة لحكم الروابط الدولية المختلطة في مسائل الأحوال الشخصية عموما والزواج والطلاق بصفة أخص.

ومما سبق، يتضح لنا بجلاء مدى عمق الاختلاف التشريعي والفقهي والقضائي فيما يخص الحلول المقررة لفض تنازع القوانين في مادة الزواج.

إزاء هذا الوضع اقترح الفقه والقضاء توحيد قواعد التنازع عن طريق المعاهدات بالنسبة لموضوع واحد. من أجل القضاء على اختلاف قواعد التنازع بين تشريعات الدول، وإحلال محلها قواعد مشتركة وموحدة لحل تنازع القوانين في مسألة معينة. وتطبيقا لذلك أبرمت العديد من الاتفاقات الدولية الجماعية والثنائية، منها اتفاقية لاهاي لسنة 1902 بشأن الزواج والطلاق. وقد واجه إبرام هذه الاتفاقية صعوبات كبيرة بسبب اختلاف المؤتمرين حول ضابط الإسناد الذي يحكم الأحوال الشخصية بين مؤيد لقانون الموطن كما هو الأمر بالنسبة لانجلترا وأمريكا، بينما تبنت الدول اللاتينية ضابط الجنسية. وإضافة إلى الجهود السابقة، عقدت دول أمريكا اللاتينية مؤتمراً في هافانا سنة 1928 وأسفر عن وضع تقنين شامل ينظم الحقوق الدولية، كما أبرم الاتحاد الاسكندنافي بعض الاتفاقات بغرض توحيد حلول قواعد التنازع، أهمها الاتفاق المبرم في سنة 1931 المتعلق بالزواج والتبني والوصايا.

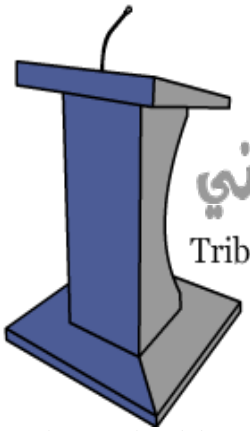
إن هذه الأمثلة تؤكد لنا بأن توحيد قواعد الإسناد أمر وارد وليس بالمستحيل، وذلك رغم وجود صعوبات كبيرة بسبب اختلاف المرجعية التشريعية وما نجم عنه من اختلاف وتعدد لقوانين الأحوال الشخصية المنظمة لمؤسسة الزواج

PDF Eraser Free

وتعارض المصالح بين الدول[1]. وبالنسبة للدول العربية، فرغم التقارب الموجود بين تشريعاتها بسبب الأصل المشترك في الدين والعادات والتقاليد، إلا أننا لمسنا وجود بعض الاختلافات في الحلول التشريعية المقررة كما هو الشأن بالنسبة لكل من المشرع الكويتي والتونسي. فنجد مثلا أن آثار الزواج تخضع في القانون الكويتي إلى قانون جنسية الزوج، بينما تخضع في القانون التونسي إلى القانون الشخصي المشترك.

ونشير أيضاً هنا إلى مسألة استبعاد القانون الأجنبي بسبب الدفع بالنظام[2] العام؛ فقد اعتبرت إحدى المحاكم التونسية استنادا إلى قواعد دينية معدلة أن القانون المغربي الذي يسمح بالطلاق بالإرادة المنفردة يتعارض مع السياسة التشريعية التونسية، وبالتالي يتعين استبعاده لمخالفته النظام العام التونسي[3].

وإذا كانت التشريعات العربية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي كأصل عام احتراما لمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، فإن الآثار المالية للزواج في التشريعات الغربية يقصد بها النظم المالية للزواج وهو ما نعرض له فيما يلي.



مدونة المنبر القانوني
Tribunejuridique.blogspot.com

[1] انظر، سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009، ص767 وما بعدها.

[2] إن اتفاقية 10 أوت 1981 المغربية الفرنسية التي ترتكز على جنسية الأطراف لا يمكن تطبيقها على النزاع القائم بين زوجين من جنسية مختلفة يدينان معاً بدين الإسلام لاندماج العنصر الديني في الجنسية.

يجب استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، إذا كان من شأن تطبيقها المساس بالنظام العام المغربي المستمد وجوباً من القوانين الدستورية التي ترتكز على العنصر الديني باعتبار الطرفين مسلمين". حكم عدد 42، المحكمة الابتدائية، آنفا، 1994/01/20 ملف شرعي، عدد90/958 مقتبس عن محمد الشافعي، الأجانب بالمغرب، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، المغرب، 2006، ص114.

[3] مقتبس عن سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص767.

PDF Eraser Free

المبحث الثالث

النظم المالية للزواج

يقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية بين الزوجين والتي تبين حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإدارتها والانتفاع بها. ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلاله[1]. ويتم اختيار نوع النظام عن طريق العقد المالي للزواج الذي هو عبارة عن عقد رسمي يتم تحريره أمام موظف مؤهل لذلك، ويحدد فيه الزوجان المشاراطات المالية ويشترط القانون لصحة هذا العقد استيفاء شروط شكلية وأخرى موضوعية[2].

وتخضع العلاقات المالية للزوجين إما للنظام القانوني سواء كان القانون الشخصي أو العيني؛ وإما أن تخضع للنظام التعاقدي كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي والتشريع السويسري[3]. ويعتمد الزوجان النظام التعاقدي بمقتضى عقد خاص آخر يختلف عن عقد الزواج، ويسمى مشارطة الزواج[4]. ويجب أن تتم مشارطة الزواج في فرنسا في عقد رسمي[5]، بينما تعتبر في انجلترا مجرد تصرف عرفي. ولكن السؤال المطروح هنا: إذا اتفق زوجان فرنسيان على مشارطة زواج في انجلترا بصفه عرفية تطبيقا لقاعدة لوكيس، فهل تعد هذه المشارطة صحيحة في نظر القانون الفرنسي؟

---

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص194، ص195.

[2] انظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري،(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2006/2005، ص219.

[3] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص41.

[4] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص85.

[5] L'art.1394 du code civil français dispose que : " Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires".

PDF Eraser Free

إن الاختلاف الموجود حول طبيعة شكل مشارطة الزواج يؤدي إلى إثارة تنازع القوانين. وقد اختلف الفقه حول هذه المسألة، فرأى جانب من الفقهاء أنه يجب استبعاد تطبيق قاعدة لوكيس على مشارطة الزواج بدعوى أن الرسمية المطلوبة في مشارطة الزواج تعد شرطا موضوعيا، ولهذا فهي تخضع للقانون الشخصي. ولكن هذا الرأي مردود عليه مادام أن عقد الزواج يخضع لقاعدة لوكيس، لأن المنطق يقضي بأن تخضع مشارطة الزواج إلى قاعدة لوكيس باعتبارها أثرا من آثار الزواج. وعلى هذا الأساس، إذا كان قانون المحل يأخذ بالشكل العرفي في مشارطة الزواج ففي هذه الحالة لابد من إخضاعها إلى هذا الشكل وتعد صحيحة. وكأن القانون الشخصي كما يقول الفقيه بارتان Bartin يعطي تفويضا لقانون المحل لحكم مشارطة الزواج[1].

والجدير بالذكر، أن قاعدة لوكيس في مشارطة الزواج ليست إلزامية وإنما هي ذات طابع مفسر، فمن حق الزوجين إتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون المحل، أو اختيار أحكام القانون الوطني، وذلك باللجوء إلى إبرام مشارطة الزواج أمام موظفي السلك الدبلوماسي والقنصلي كما تقضي بذلك المادة 06 [2] من اتفاقية لاهاي المبرمة في 17 جويلية 1905.

وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج فيوجد نظامان:

أ)النظام القانوني: ويقصد به مجموعة القواعد الشخصية والعينية التي تطبق على العلاقات المالية بين الزوجين.

[1] مقتبس عن نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص195- 198.

[2] L'article 06 de la convention dispose que : " le contra de mariage est valable quant à la forme s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays ou il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore s'il a été conclu au cour du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux".

PDF Eraser Free

ب)النظام التعاقدي: يتيح هذا النظام للزوجين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد، وإذا تعذر ذلك فقد درج القضاء على استخلاصه بالاستناد إلى جملة من العناصر: مثل مكان إبرام العقد، مكان التنفيذ، موقع الأموال[1].

ويخضع النظام المالي للزواج في فرنسا للقانون الذي يختاره الزوجان[2]. وإذا لم يكن هناك عقد زواج أو إذا لم يختر الزوجان صراحة القانون الذي يحكم نظامهما المالي فيطبق قانون موطن الزوجية الأول حملا على أن إرادة الأطراف اتجهت إليه[3]. وهكذا، فإنه بمجرد إبرام زواج دون مشارطة، فإن قانون البلد الذي أسس فيه الزوجان منزل الزوجية الأول هو الذي يحكم نظامهما المالي[4]. أما المشرع الانجليزي فقد أخضعه إلى قانون موقع المال، مما يثير عدة إشكالات قانونية في حالة تعدد الأماكن التي تتواجد فيها أموال الزوجين بين عدة دول[5].

وقد أجازت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978 للزوجين اختيار قانون واحد من القوانين التالية:

1- القانون الوطني لأحد الزوجين

2- قانون الموطن الأول لأحد الزوجين

3- قانون الموطن الأول للزوجين أو مقر الإقامة الجديدة المعتادة بعد الزواج[6].

---

[1] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص44.

[2] L'art.1387 du code civil français dispose que :" La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent."

[3] CF. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des Droits et Conflits de Lois , L.G.D.J , Paris, 1996, p.351.

[4] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص85.

[5] انظر، سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص257.

[6] L'art.3 de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux dispose que : « Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.
Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :
1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;

PDF Eraser Free

ويبين لنا القانون الذي يحكم النظام المالي المختار من قبل الزوجين قواعد استخدامه وشروط انحلاله، ولكنه لا ينطبق على أعمال التصفية[1].

وإذا كانت إرادة الزوجين تلعب دورا مهما في اختيار نظام مالي معين طبقا لنص المادة 1387 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقضي بأن القانون لا ينظم العلاقات المالية بين الزوجين إلا في حالة عدم اختيار الزوجين لنظام معين، فإن هذه الإرادة مقيدة بعدم مخالفة القواعد المتعلقة بالحقوق والواجبات بين الزوجين والقواعد المتعلقة بالولاية والسلطة الأبوية[2]. كما منعت المادة 1389 الزوجين من إبرام أي اتفاق يترتب عليه تغيير النظام القانوني للإرث[3]. ولكن بإمكانهما أن يتفقا على أن تمنح الأموال الشخصية للهالك عند القسمة للزوج الباقي على قيد الحياة، ولكن بشرط ألا تؤخذ بعين الاعتبار قيمتها في التركة[4].

وتجدر الملاحظة إلى أنه يستبعد القانون الأجنبي إذا ثبت الغش نحو القانون. وقد عرف الغش نحو القانون في فرنسا عندما كانت مقسمة إلى مقاطعات تطبق كل منها عرفا خاصا بها، وكان العرف في منطقة نورماندي يقضي بأن النظام المالي بين الزوجين هو نظام الدوطة، بينما كان النظام السائد في منطقة باريس هو نظام الاشتراك القانوني، الأمر الذي حمل بعض الأزواج من منطقة النورماندي على

---

2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;

3.la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage ».

[1] François mélin, Droit international Privé, Casbah éditions, Algérie, 2004, P.182.

[2] L'art.1388 du code civil français dispose que :" Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle ".

[3] L'art.1389 du code civil français dispose que:" Sans préjudice des libéralités qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent code, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions ".

[4] انظر، الهادة 1390 من القانون المدني الفرنسي.

PDF Eraser Free

التوجه إلى باريس لإبرام عقد زواجهم حتى يخضع نظامهم المالي للاشتراك القانوني[1].

وبخصوص حل مشكلة التنازع الزماني بين قواعد الإسناد الوطنية في مادة النظام المالي للزواج، ذهبت محكمة la Seine في حكم صادر لها بتاريخ 1976/01/25 إلى تطبيق قاعدة الإسناد القديمة وبررت ذلك بنشوء النظام المالي للزواج محل النزاع في ظل قاعدة الإسناد القديمة. وهذا ما يتفق مع المبدأ السائد في القانون الانتقالي الداخلي والذي يقضي بخضوع العقود للقانون الذي أبرمت في ظله[2].

وإذا كانت قوانيننا العربية لا ترتب أية آثار على الذمة المالية لكل من الزوجين، ولا تعرف أنظمة الزواج المالية الموجودة في أوربا كاشتراك الأموال، أو انفصال الأموال أو نظام البائنة، وإذا عرض على القاضي الوطني نزاع بين زوجين حول أموالهما المشتركة فإن إتباع التكييفات الوضعية للقوانين العربية وتطبيقها تطبيقا دقيقا يؤدي إلى وصف العلاقة التي يدور حولها النزاع بأنها مسألة مشتركة تدخل في نطاق العقد مثلا. ولكن لا يستطيع القاضي العربي تصنيف تلك العلاقة بأنها تدخل ضمن آثار الزواج ما دام أن قانونه الوطني لا يعرف مثل هذه العلاقة ومن ثم يكون لزاما عليه الاستئناس بأفكار القانون الأجنبي الذي تنتمي إليه هذه العلاقة.

[1] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص159.
[2] مقتبس عن هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص100- 101.

PDF Eraser Free

ورغم التطور الذي وصلت إليه نظرية التكييف بسبب التوسع في تحديد مفهوم الفئات المسندة في قانون القاضي، فمن المحتمل أن تواجه القاضي الوطني علاقات قانونية أجنبية يستحيل عليه إعطاء تكييف قانوني لها وفقا لقانونه الوطني[1].

ومن أبرز تطبيقات القضاء الانجليزي بخصوص تكييف النظام المالي للزوجين المنصوص عليه في القانون الفرنسي قرار غرفة اللوردات في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجان فرنسيان أبرما زواجهما في فرنسا حيث كانا يقيمان فيها، وكانت أموالهما خاضعة لنظام الاشتراك المالي، ولما توفي الزوج وهو مقيم في انجلترا حرر وصية لغير زوجته الفرنسية التي حرمها من حصتها في الأموال الشائعة، فرفعت هذه الأخيرة دعوى أمام القضاء الانجليزي تطالب فيها بحصتها من الأموال التي تركها زوجها.

وعليه، إذا كيفنا علاقة الزوجين المالية بأنها تدخل ضمن العقود، فتخضع بالتالي لمضمون القانون الذي اختاره الزوجان، وإذا لم يختار الزوجان نظاما قانونيا معينا، فتوزع أموال الزوج المتوفى المنقولة تطبيقاً لأحكام القانون المحلي. وهو هنا القانون الانجليزي.

وقد طبقت غرفة اللوردات نظام الاشتراك المالي المعروف في القانون الفرنسي على حل هذا التنازع وقررت بأن هذا النظام هو عقد ضمني وأن الزوجان قد اختاراه. لأن القانون الانجليزي يعترف بالعقود الضمنية مثل ما يعترف بالعقود الصريحة.

وفي قضية أخرى تتعلق بتكييف إلغاء الوصية بزواج لاحق فصلت المحاكم الانجليزية في قضية " مارتن ولوستاكن " ، وتتلخص وقائعها في أن: امرأة انجليزية

[1] انظر، بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص241- 243.

PDF Eraser Free

مقيمة في فرنسا توفيت ، وكانت قبل ذلك قد عملت وصية وهي على قيد الحياة ثم تزوجت في انجلترا رجلا مقيما فيها، ولكن حسب قواعد القانون الانجليزي يلغي الزواج اللاحق الوصية السابقة، في حين لا يعرف القانون الفرنسي مثل هذه القاعدة.

وعليه، إذا تم تكييف هذه المسألة بأنها تدخل ضمن شروط الزواج طبق القانون الانجليزي، وبالتالي تعتبر الوصية ملغاة. أما إذا كيفنا هذا الإلغاء بأنه يدخل ضمن شروط الوصية يطبق قانون محل إقامة الزوجة المتوفاة، أي القانون الفرنسي وبالتالي تعتبر الوصية صحيحة. وانتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الانجليزي الذي ينص على إلغاء الوصية السابقة بزواج لاحق[1].

المطلب الأول

أهم النظم المالية للزواج في القانون الفرنسي

تقرن التشريعات الغربية الزواج بعقد مالي ينظم كل أمور الزوجين المالية. وتكون الزوجة مسؤولة عن المساهمة في تحمل أعباء المعيشة وتربية الأبناء وتحمل ديون الزوج[2]، ومن أهم نظم المشارطات المالية السائدة في القانون الفرنسي نجد ما يلي:

الفرع الأول

نظام الاشتراك المالي

(régime en communauté)

يشترك الزوجان في هذا النظام في الأموال التي يتم إنفاقها لإشباع حاجات الأسرة، وسداد الديون. ويقوم الزوج بإدارة التصرفات المالية باستثناء بعض

[1] مقتبس عن بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص96-97.
[2] انظر، علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص64.

PDF Eraser Free

التصرفات الهامة التي تحتاج إلى موافقة الزوجة[1]. ويتكون هذا النظام من الرصيد الدائن والرصيد المدين للأعباء المالية للزوجين[2]، ولم يمنع المشرع الفرنسي مطلقاً تغيير النظام المالي للزواج، بل أجاز استثناء تغييره وجعله يتماشى مع مصلحة الأسرة بناء على طلب أحد الزوجين، أو بناء على اتفاق مشترك بينهما، وهذا شريطة مضي مدة زمنية محددة بسنتين على تطبيق النظام المراد تغييره. وموافقة المحكمة[3] على هذا الاتفاق[4].

وقد تعرضت المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي إلى مكونات الأموال المشتركة بين الزوجين والتي تتألف من المكتسبات الحقيقية من قبل الزوجين وإيرادات أموالهم الخاصة التي تشمل كل من إيرادات العمل وإيرادات رأس المال[5]. ويدخل أيضاً ضمن عناصر الملكية المشتركة بين الزوجين إيرادات الممتلكات والإيرادات المتأتية من الهبات المشتركة[6].

ومن الخصائص المميزة لهذا النظام استقلال كل من الزوجين بإدارة أمواله الخاصة، وفي حالة انحلال رابطة الزواج تقسم الأموال المشتركة بين الزوجين. وينقسم الاشتراك المالي بدوره إلى ثلاثة صور نوردها فيما يلي:

---

[1] انظر، المواد 1421، 1422، 1424 من القانون المدني الفرنسي.

[2] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص46.

[3] " للزوجين اللذين كانا يخضعان بمقتضى عقد زواجهما لنظام الأموال المشتركة، إبرام اتفاق آخر لمصلحة العائلة يخضعان بمقتضاه لنظام فصل الأموال تطبيقاً لمقتضيات الفصل 1397 و 1536 من القانون المدني الفرنسي". انظر، المحكمة الابتدائية بالرباط، رقم 396، 1990/04/05، ملف رقم 1990/02 مقتبس عن الملكي الحسين، المرجع السابق، ص186.

[4] L'article 1397 du code civil français dispose que : « Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié. A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire… ».

[5] انظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص232.

[6] انظر، رعد مقداد محمود، النظام المالي للزوجين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2003، ص66.

PDF Eraser Free

أ) نظام الاشتراك العام:la communauté universelle وتصبح في هذا النظام كل أموال الزوجين مشتركة بينهما.

ب) نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب la communauté de meubles et acquêts وهذا النظام خاص بالأموال المنقولة المملوكة للزوجين عند إبرام الزواج بالإضافة إلى الأموال التي تنتقل إليهما بعد إبرام عقد الزواج وسواء كانت منقولات أو عقارات[1].

ج) نظام الاشتراك المخفض: la communauté réduite aux acquêts وفي هذا النظام يبقى كل واحد من الزوجين محتفظا بأمواله المكتسبة قبل الزواج ويسري نظام الاشتراك على الأموال المكتسبة بعد انعقاد الزواج.

د) نظام الاشتراك القانوني: يحدد القانون بمقتضى هذا النظام وضعية المال والثروة التي نشأت خلال فترة الحياة الزوجية، والتي تخضع لمبدأ التشارك القانوني سواء كان مصدر هذه الأموال المجهودات الشخصية لكل واحد من الزوجين أو كليهما[2]. ويسري هذا النظام إذا لم يختر الزوجان نظاماً آخر في مشارطة الزواج، ويتم تقسيم الأموال في هذا النظام إلى ثلاثة أقسام أولها الأموال المشتركة وهي ملك لكل من الزوجين، ثم الأموال الخاصة بالزوج. وأخيراً الأموال الخاصة بالزوجة[3]. وفي حالة تغيير الزوجين للقانون الذي يحكم هذا النظام فهذا يعني أنهما اختارا التخلي عنه واستبداله بالنظام الاتفاقي، فقد اعتبر القضاء الفرنسي في قرارهالصادر في قضية " zelcer " بـأن تغيير القانون الواجب التطبيق يكرس تغيير النظام[4]، فمبدأ ثبات

[1] انظر، المادة 1498 من القانون المدني الفرنسي.
[2] انظر، الملكي الحسين، المرجع السابق، ص137.
[3] انظر، هشام صادق علي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1974، ص517.

[4] Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 4e édition, Paris, 2001, p.131.

PDF Eraser Free

النظام أو تحوله يظهر من خلال القانون الذي يحكم النظام المالي للزوجين[1]. وينبغي التمييز في ظل نظام الاشتراك القانوني بين وضعيتين:

1- وضعية الأصول والديون:

أ- الأصول: تشمل أصول نظام الاشتراك القانوني جميع الأموال المكتسبة بعوض من قبل الزوجين معا أو من قبل أحدهما سواء كان مصدر هذه الأموال رواتبهما وأرباحهما. وسواء كانت هذه الأموال منقولة أو عقارية. ويخول هذا النظام لكل واحد من الزوجين حق إدارة الأموال المشتركة والتصرف فيها مع تحمل المسؤولية الناجمة عن أخطاء تسييره باستثناء التبرع بدون عوض الذي يحتاج إلى موافقة الزوج الآخر[2].

ب- الديون: يقصد بالديون في ظل نظام الاشتراك القانوني كافة ديون الزوجين الناتجة عن تكاليف الزواج وتربية الأولاد، وتكون كل هذه الديون مشتركة بين الزوجين؛ وهذا يعني أن الزوجة كذلك تكون مسؤولة مسؤولية تامة عن كل ديون الأسرة بما في ذلك الديون التي تكون في ذمة الزوج.

أما الديون التي كانت لأحد الزوجين قبل إبرام الزواج، فيتحملها لوحده. ولكن يمكن لدائنيه أن يحجزوا على الأموال المشتركة في حالة ما إذا اختلطت مع الأموال المنقولة للزوج المدين التي اكتسبها عن طريق الإرث ما لم تثبت ملكيتها الخاصة[3].

---

[1] Mariel REVILLARD, Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international, droit international privé, éditions A. pedone, Paris, 2000, P.269.

[2] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص207- 208.

[3] انظر، محمد الشافعي، نفس المرجع، ص208- 209.

PDF Eraser Free

2- **الأموال الشخصية**:

يبقى كل واحد من الزوجين في هذا النظام مالكا لأمواله الشخصية، وتشمل هذه الأموال جميع الأموال التي كانت في ملكية الزوج أو حيازته وقت إبرام الزواج أو اكتسبها بعده عن طريق الإرث أو الشيوع. وتشمل أيضا كل الأموال التي لها طابع شخصي كالملابس وأدوات العمل والمعاشات والتأمين على الحياة.

ولكن إذا قام أحد الزوجين بتبذير أمواله الخاصة، فبإمكان الزوج الآخر أن يطلب من القضاء تخلي هذا الزوج عن إدارة هذه الأموال ويحصل الزوج الطالب على حق التصرف في الأموال الشخصية لزوجه طبقا لما تنص عليه المادة 1428 من القانون المدني الفرنسي[1]. وإذا قام أحد الزوجين بإدارة الأموال الشخصية للزوج الآخر دون اعتراض هذا الأخير على ذلك، فيعتبر ذلك بمثابة وكالة ضمنية بالتصرف في هذه الأموال وإدارتها[2].

وبحسب أحكام القانون المدني الفرنسي تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك الذي نظمت قواعده المادة 1399، ولكن أجاز القانون الفرنسي للزوجين أن يتفقا على خلاف ذلك والخروج على قواعد نظام اشتراك الأموال كلها أو بعضها ويبديان رغبتهما هذه في مشارطة مالية يعقدانها أمام الموثق قبل إبرام الزواج يبينان فيها النظام المالي الذي اختاراه. ويجمع الفقه والقضاء في فرنسا على اعتبار النظم الاتفاقية عقودا وبالتالي وجب إخضاعها لقانون إرادة المتعاقدين[3].

---

[1] L'art.1429 du code civil français dispose que :" Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire, il peut, à la demande de son conjoint, être dessaisi des droits d'administration et de jouissance qui lui sont reconnus par l'article précédent. Les dispositions des articles 1445 à 1447 sont applicables à cette demande."

[2] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص210- 211.

[3] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص74- 75.

PDF Eraser Free

وبالنسبة لسلطات الزوجين على أموالهما المملوكة ملكية مشتركة بينهما، فالأصل في ذلك أن لكل من الزوجين سلطات متساوية على الأموال المشتركة. ويحق لكل منهما الانتفاع بهذه الأموال من أجل ضمان احتياجات الأسرة. ولكل واحد من الزوجين الحق في الإدارة الفردية للأموال المشتركة، وتطبيقا لذلك يمكن للزوجة أن تقوم بإيجار الأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما أو القيام بعملية جرد وتدقيق حقيقة الأموال المشتركة. وتملك الصفة أيضاً لرفع الدعاوى القضائية اللازمة لحماية أموالهما المشتركة إن لزم الأمر.

هذا، ويحق لكل من الزوجين الاعتراض على إدارة الزوج الآخر للأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما[1]. وقد أورد المشرع الفرنسي بعض الاستثناءات على تفرد كل من الزوجين في إدارة أموالهما المشتركة بحيث لا يستطيع كل من الزوجين إجراء بعض التصرفات دون موافقة الزوج الآخر. وتبعا لذلك، لا يستطيع الزوج أن ينقل ملكية العقار المملوك ملكية مشتركة إلا بموافقة زوجته، ولا يجوز أيضاً لأي واحد من الزوجين أن يبيع بصفة انفرادية مؤسسة تجارية ملكيتها مشتركة بين الزوجين. كما يحظر على أي واحد من الزوجين التصرف في الأثاث المنزلي المشترك بينهما دون موافقة الزوج الآخر.

ويترتب على تجاوز أحد الزوجين لسلطاته على الأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما أن يكون للزوج الآخر الحق في المطالبة بإبطال التصرف الذي قام به زوجه دون أخذ موافقته. ويترتب على هذا البطلان عدم نفاذ التصرف الذي أجراه الزوج المتجاوز لسلطاته وإعادة الأموال المشتركة بين الزوجين إلى الحالة التي كانت

[1] انظر، رعد مقداد محمود، المرجع السابق، ص68- 69.

PDF Eraser Free

عليها قبل التصرف. وإن استحال ذلك فيجب الحكم بتعويض مناسب للملكية المشتركة[1].

ويترتب على انحلال نظام الاشتراك القانوني توزيع الثروات المكتسبة خلال الزواج، وكذا الديون الناتجة عن الحياة الزوجية. وتتمثل أسباب انحلال نظام الاشتراك القانوني فيما يلي:

أ- وفاة أحد الزوجين

ب- غياب أحد الزوجين المصرح به

ج- التفريق الجسماني بين الزوجين

د- الطلاق

هـ- فصل الأموال بين الزوجين

و- تغيير النظام المالي للزوجين[2]. وسنتعرض بإيجاز إلى تفصيل هذه الأسباب:

أ- الوفاة: تعتبر وفاة الزوجين سببا طبيعيا يؤدي إلى الانحلال الفوري لنظام الاشتراك القانوني. وتخول الوفاة للزوج الباقي على قيد الحياة الحق في الحصول على نصيبه من الأموال المشتركة، وحقه في التركة. وتشمل أيضاً حقه في السكن والطعام، مصاريف الحداد.

ب- الغياب: ينتهي نظام الاشتراك القانوني بصدور الحكم التصريحي بالغياب[1].

[1] انظر، رعد مقداد محمود، المرجع السابق، ص69 وما بعدها.

[2] L'art.1441 du code civil français dispose que :" La communauté se dissout :
1° par la mort de l'un des époux ;
2° par l'absence déclarée ;
3° par le divorce ;
4° par la séparation de corps ;
5° par la séparation de biens ;
6° par le changement du régime matrimonial".

PDF Eraser Free

ج- التفريق الجسماني بين الزوجين: يترتب على التفريق الجسماني فصل الأموال عن طريق القضاء. ويجب نشر طلب فصل الأموال في السجل المدني لدى كتابة ضبط المحكمة والإشارة إليه في رسوم ولادة كل من الزوجين.

د- الطلاق: ينحل نظام الاشتراك القانوني من تاريخ صدور حكم الطلاق. ويعتبر واقعاً في حق الغير ابتداء من تسجيله في هامش عقد الزواج.

هـ- فصل الأموال بين الزوجين: ويتم هذا الفصل عن طريق القضاء والذي حددت أحكامه المادة 1433 من القانون المدني الفرنسي.

و- تغيير النظام المالي للزوجين: ينتهي نظام الاشتراك القانوني عندما يتفق الزوجان على تغييره، ولا يمكن لهما أن يطلبا هذا التغيير إلا بعد مضي سنتين على تطبيق النظام المالي المعتمد لأول مرة. ويجب أيضا مصادقة القاضي على طلب التغيير[2].

ويترتب على انحلال نظام الاشتراك نشوء حالة شيوع بين الزوجين، ويخضع هذا الشيوع لعمليات التصفية[3] والقسمة. وذلك بعزل الأموال الخاصة عن الأموال المشتركة ووضع حساب لكل من الأصول والديون التي يمكن أن توجد بين الأموال المشتركة. وبعد الانتهاء من عملية التصفية تأتي القسمة في مرحلة ثانية، وتنصب أساسا على الأصول والديون المشتركة. وتطبق على هذه القسمة القواعد العامة المنظمة لقسمة التركة[4].

---

[1] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص212- 213.

[2] انظر، محمد الشافعي، نفس المرجع، ص215.

[3] L'art.1467 du code civil français dispose que :" La communauté dissoute, chacun des époux reprend ceux des biens qui n'étaient point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou les biens qui y ont été subrogés.
Il y a lieu ensuite à la liquidation de la masse commune, active et passive".

[4] L'article 1476 du code civil français dispose que : « Le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre "Des successions" pour les partages entre cohéritiers.

PDF Eraser Free

الفرع الثاني

نظام الانفصال المالي

(régime de la séparation de biens)

أ) الفصل القضائي: ويكون بناء على طلب من الزوجة في حالة إفلاس الزوج، أو في حالة ثبوت سوء تسييره لأموال الزوجة[1].

ب) الفصل الاتفاقي في الأموال: وبمقتضى هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في إدارة أمواله الخاصة[2]، ويقرر الزوجان فصل أموالهما منذ إبرامهما عقد الزواج بحيث يحتفظ كل زوج بملكية أمواله وتسييرها بصفة مستقلة. على أن يساهم كل منهما في تحمل نفقات الأسرة[3]، والمساهمة في المقتنيات بعد الزواج، وبعد انحلال العلاقة الزوجية تعتبر العلاقة المالية مبنية على أساس الاشتراك فيما يخص الأشياء المقتناة أثناء قيام العلاقة الزوجية. ويعمد الزوجان إلى عملية حسابية تحدد مدى ثراء كل من الزوجين، ثم يدفع الزوج الفرق المثرى به إلى الزوج الآخر[4].

Toutefois, pour les communautés dissoutes par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit, et il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant».

[1] L'article 1443 du code civil français dispose que : « Si, par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, il apparaît que le maintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut poursuivre la séparation de biens en justice. Toute séparation volontaire est nulle ».

[2] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص74- 75.

[3] L'article 214 du code civil français dispose que : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.

Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile».

[4] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص45- 46.

PDF Eraser Free

وبحسب هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بأمواله الخاصة على أن يساهم كل منهما في تحمل مصاريف الأسرة[1]. وتتمتع الزوجة في ظل هذا النظام بسلطات مستقلة عن الزوج في إبرام التصرفات البنكية وأعمال البورصة[2]. مع بقاء كل واحد منهما متحملا لديونه الشخصية قبل وبعد إبرام عقد الزواج[3].

والجدير بالذكر، أن العقود ما بين الزوجين تختلف عن العقود التي تبرم بين الزوجين لتحديد النظام المالي، والتي أشرنا إليها سابقاً، وبهذا يكون المقصود بالعقود ما بين الزوجين العقود الأخرى غير أنظمة الزواج كالشركات والبيوع والتبرعات. وقد أخضعها القضاء الفرنسي لنفس القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية للزواج. وإذا كان الزوجان من جنسيتين مختلفتين، فقد طبقت المحاكم الفرنسية قانون محل الإقامة الزوجية[4]. وإن كان الأصل في هذه العقود أنها تخضع إلى النظام العقدي أي تطبيق قانون الإرادة، شأنها في ذلك شأن باقي العقود الأخرى ولا يؤثر في الأمر إجراء هذهالعقود بين الزوجين، وعليه فلا مبرر لترجيح صفة أشخاص العلاقة على موضوعها[5].

ولقد تطور موقف القضاء الفرنسي فيما يخص الشركة القائمة بين الزوجين. حيث استقر اجتهاده على بطلان هذه الشركة خلال القرن 19 وبداية القرن 20 إلى أن تدخل المشرع الفرنسي بصفة تدريجية وأقر بمشروعية الشركة ما بين الزوجين، وهذا ما سنعرض له من خلال ما يلي:

[1] انظر، علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص65.
[2] J.LABIC , juris-classeur civil, Editions techniques, Paris, 1989, p.6.
[3] انظر، الملكي الحسين، المرجع السابق، ص139.
[4] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص87.
[5] انظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، لبنان، 1994. ص399.

PDF Eraser Free

أولاً: بطلان الشركة

كان الاجتهاد القضائي الفرنسي يبطل الشركة ما بين الزوجين بحجة أن تأسيس الشركة يتعارض مع حقوق الزوج التي يجب على الزوجة أن تراعيها، ويمس كذلك بمبدأ استقرار وثبات الاتفاقات الزوجية التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين. ولقد انتقد الفقيه PLANIOL هذه المسألة وطالب بمشروعية الشركة ما بين الزوجين متى حصلت الزوجة على موافقة زوجها واكتسبت صفة التاجر[1].

ثانياً: مشروعية الشركة

مسايرة للواقع الاجتماعي في فرنسا واحترام مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، أصبح المبدأ القاضي ببطلان الشركة ما بين الزوجين مرفوض خاصة منذ أن منح قانون 1938/02/18 الأهلية المدنية للمرأة المتزوجة إلى غاية صدور الإقرار النهائي لمشروعية الشركة بين الزوجين، وذلك بموجب الأمر الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1985. وبمقتضى قانون 13 جويلية 1965 كرس المشرع الفرنسي مبدأ المساواة بين الزوجين في ممارسة التجارة وأعطى للمرأة المتزوجة الحرية الكاملة في مزاولة التجارة دون أن تحتاج إلى إذن من زوجها. وأصبح بإمكان الزوجان تأسيس أي نوع من أنواع الشركات[2].

المطلب الثاني

اتفاق الزوجين حول نظام الأموال المشتركة بينهما في التشريع الجزائري

تظل الزوجة في الشريعة الإسلامية سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملكه قبل الزواج، ولكل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار. وليس

[1] مقتبس عن محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، ص162 وما بعدها.
[2] انظر، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص172- 175.

PDF Eraser Free

لزوجها التدخل في إدارة أموالها المالية، بل لها مطلق الحرية في كل ما يتعلق بأموالها. وليست مجبرة على المساهمة في تحمل أعباء المعيشة ولا تحمل مصاريف تربية الأبناء، إذ يبقى الزوج هو المسؤول الوحيد عن ذلك، تطبيقاً لمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين[1]. ولا يحق للزوج أن يستولي على شيء من مال زوجته بدون إذنها وإلا اعتبر غاصب لهذا المال. وليس له أن يجبرها على النفقة من مالها، ولكن إذا تبرعت عن طيب خاطر منها صح تبرعها[2].

الفرع الأول

الاستقلال النظري للذمم المالية للزوجين

وإذا كان من مقتضى نظام اشتراك الأموال في القانون الفرنسي أن يلتزم كل من الزوجين بالمساهمة في تحمل تكاليف معيشة الأسرة بنسبة إمكانيات كل منهما فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتشريع الجزائري حيث يتحمل الزوج أعباء الأسرة[3]، وهذا لأن القانون الجزائري يعتمد نظام فصل الأموال ولا يؤثر الزواج على أموال الزوجين، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة[4]. وقد ساوى القانون الجزائري[5] بين المرأة والرجل في إبرام التصرفات المالية سواء كانت بعوض أو بدون عوض مستمداً هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية التي منحت للمرأة الأهلية الكاملة فيما يخص الملكية والتصرف[6].

---

[1] انظر، علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص64.

[2] انظر، جميل فخري غانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص97.

[3] انظر، فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1996، العدد 04، ص631.

[4] انظر، سيدي محمد بن سيد أبَّ، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، العدد02، ص110.

[5] فقد نصت المادة 40 من القانون المدني: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

[6] انظر، مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2004، العدد 04 ، ص46.

PDF Eraser Free

واستثناءاً من ذلك قيد فقهاء المالكية[1] حرية الزوجة في التصرف في أموالها، وذلك في الهبة إذا تجاوزت ثلث أموال المرأة، فيمكن للزوج أن يتدخل ويمنع تلك الهبة[2]. كما لا يجوز للمرأة المتزوجة إقراض مالها لأجنبي فيما زاد عن الثلث بغير إذن زوجها.

غير أنه يجب ألا يفهم من إذن الزوج في مذهب الإمام مالك بأنه قيد من قيود الأهلية، لأن الهدف من فرض هذا الإذن هو حماية الزوجة من الوقوع في الغبن. ومن جهة أخرى فإن هبة المرأة لجميع أموالها يترتب عليه ضياع حق الزوج في الإرث من زوجته[3].

ولقد اختلف الفقه القانوني العربي حول ما إذا كان هناك نظام مالي للزوجين في الشريعة الإسلامية؟

يعرف النظام المالي للزوجين بأنه: " مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية بين الزوجين والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلال عقدته، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية"[4].

وإذا أخذنا بالتحليل الحرفي لتعريف النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي، فلا نجد له تطبيقاً في الشريعة الإسلامية وبالتالي لا يوجد نظام مالي للزوجين في الشريعة الإسلامية.

---

[1] انظر، العسقلاني، فتح الباري، دار المعرفة، ج. 05، بيروت، (بدون تاريخ)، ص218.
[2] انظر، لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، 2004، ص167.
[3] انظر، مسعودي رشيد، رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، المرجع السابق، ص49.
[4] انظر، هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 2000، ص284.

PDF Eraser Free

ولكن في حقيقة الأمر فإن اصطلاح " النظام " يقصد به مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بشيء معين . وانطلاقاً من هذا ، فإن القواعد الخاصة بأموال الزوجين في الشريعة الإسلامية يمكن أن نطلق عليها اصطلاح النظام المالي ولكن ليس بذات المفهوم المعمول به في التشريعات الغربية، وإنما هو نظام مالي له مميزاته وخصائصه التي تجعله ينفرد بها عن غيره من النظم القانونية. والدليل على ذلك أن الزواج في الشريعة الإسلامية يرتب علاقات ذات طبيعة مالية بين الزوجين وأهمها المهر والنفقة[1].

ويلاحظ أنه بالنسبة للمشرع الجزائري، قد تم حسم هذه المسألة تشريعياً، وهو يتجه تدريجياً نحو الأخذ بذات المفهوم للنظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي وخاصة نظام اشتراك الأموال، وهذا ما يبدو جلياً من نص المادة 37 من قانون الأسرة: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ". وهو النص المقابل لنص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

[1] انظر، هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، 1994، العدد01 ، ص166- 167.

PDF Eraser Free

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة ".

يستوجب هذا النص التشريعي إبراز عناصر ومكونات الذمة المالية لكل واحد من الزوجين من خلال ما يلي:"

أولاً: بالنسبة للزوج:

تتكون الذمة المالية للزوج أساساً من ما يلي:

1- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبها قبل إبرام عقد الزواج.

2- الديون المستحقة له تجاه الغير.

3- الديون المتخذة بذمته لفائدة الغير.

4- ما قد يؤول إليه عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو ما في حكمها أو عن طريق تعويض شخصي.

ثانياً: بالنسبة للزوجة:

تتكون ذمتها المالية من:

1- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج

2- الديون المستحقة لها تجاه الغير.

3- الديون المتخذة بذمتها لفائدة الغير.

4- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو ما في حكم ذلك أو عن طريق شخصي.

PDF Eraser Free

5- الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أو غيره أثناء الخطبة أو عند إبرام عقد الزواج، أو بمناسبة حفل عرسهما، أو أثناء قيام العلاقة الزوجية.

6- الهدايا التي تسلم لها من طرف الأقارب بمناسبة الزواج المعبر عنها بالجهاز أو الشوار"[1].

وبالنسبة المشرع الجزائري، فقد أبقى على القاعدة الأصل وهي استقلال الذمة، وأباح للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لدى الموثق على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، وهذا يعني أنه في حالة عدم وجود اتفاق، فالعبرة تكون باستقلال الذمة المالية. بيد أنه لازال في حاجة إلى نظام تشريعي خاص يبين الأحكام القانونية التي يخضع لها النظام المالي كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي[2].

وعلى هذا، فإنه لا يوجد ما يمنع المتزوجين في الدول العربية من الاتفاق على طريقة إدارة أموالهم والتصرف فيها. كل ذلك بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة ومن ذلك الأحكام المتعلقة بالميراث[3].

الفرع الثاني

الاشتراك الفعلي

رغم إقرار الشريعة الإسلامية لمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين، إلا أن الحياة الزوجية المشتركة تفرض على الزوجين وضع كل مواردهما المادية من أجل رعاية مصلحة الأسرة؛ وهذا يعني وجود إتحاد فعلي أو واقعي لذمم الزوجين على

[1] انظر، الملكي الحسين، نظام الكد والسعاية، دار القلم، الطبعة الثانية، الرباط، 2010، ص49.
[2] انظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص117.
[3] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص84.

PDF Eraser Free

الرغم من الانفصال النظري، إذ من الصعب التعبير عن الحياة الزوجية المشتركة القائمة على المودة والتعاون دون مساهمة كل من الزوجين بموارده المالية، وإن كان الأصل أن النظام السائد في الإسلام يقوم على أن للزوجة الحرية في التصرف في مالها الخاص. بينما تبقى أموال الزوج ذات طبيعة مشتركة بحيث يجب عليه الإنفاق على الأسرة لوحده دون أن تلزم الزوجة بذلك.

وفي الواقع، فإن الاستقلال النظري للذمم المالية للزوجين يبقى نظرياً إلى حدٍ كبير؛ لأن الفرق شاسع بين النصوص القانونية والحياة الواقعية، فهذا الانفصال الظاهر لأموال الزوجين تحده بعض الأعراف المحلية التي تقضي بضرورة التعاون بين الزوجين على تحمل تكاليف وأعباء الأسرة[1].

وتبرز أهمية هذه الاتفاقات المالية بين الزوجين في كونها تشكل ضمانة كبيرة لحماية حقوق الزوجين، فقد تساهم الزوجة بقيمة ما تملكه من ذهب في بناء منزل جديد يؤويهما، أو سيارة جديدة لهما. ثم يحدث وأن تنفك الرابطة الزوجية فمن المحتمل أن يستولي الزوج على نصيبها من المال الذي دفعته لبناء المنزل أو شراء سيارة، إذا لم تكن الزوجة تملك بينة أو وسيلة إثبات[2].

وتزداد أهمية هذه الاتفاقات المالية بين الزوجين بالنظر إلى الإشكالات التي يمكن أن تثار بشأن ملكية الأموال بين الرجل والمرأة، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات، وأهم هذه الأموال مسكن الزوجية إذا كان مشتركاً؛ وقد يؤدي ذلك إلى وقوع نزاعات خطيرة فهناك أموال لا يعرف مصدرها. كما أن تسجيل الزوج للممتلكات التي يكتسبها الزوجين أثناء الحياة الزوجية باسمه وحده واستبعاد الزوجة

[1] انظر، هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، 1994، العدد01 ، ص157- 162.
[2] انظر، بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص102.

PDF Eraser Free

من ذلك، لا يكون مرضياً لها. وربما وقعت في نزاع مع زوجها ووصل الأمر إلى حد الطلاق.

ولقد نص المشرع الجزائري على قاعدة هامة لحل النزاع في متاع البيت أشارت إليها المادة 73 من قانون الأسرة، ومفادها أنه في حالة انعدام الدليل أو البينة لأحد الزوجين على متاع البيت. فالعبرة تكون بقول الزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء. ويكون القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، أما المشتركات بينهما فيقتسمانها مع اليمين.

وعلى الرغم من وجود هذه القواعد، فإنه يكون من شأن وجود اتفاقات مسبقة بين الزوجين حول نظام الأموال المكتسبة بينهما – كالاتفاق على جعل ملكية آثار الزوجية مشتركة بينهما – أن يحول دون وقوع نزاعات حول هذه الأموال في المستقبل.

إن الظروف الاقتصادية الحرجة التي تعيشها كثير من الأسر، قد تدفع بالزوجة العاملة إلى مساعدة زوجها في الإنفاق وتحمل تكاليف الأسرة، ولا ضير في ذلك. وإذا رفضت الزوجة المساهمة في تحمل نفقات الأسرة وتركت شريك حياتها يعاني، فإن ذلك يجافي المودة والأنس الذي يفترض وجوده في الحياة الزوجية، وقد يؤدي ذلك إلى وقوع عواقب وخيمة تصل إلى حد فك الرابطة الزوجية[1]. ولذلك فإن الواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية يفرض على الزوجين تبني نظام الاشتراك الفعلي بالنسبة لأموالهما. ولكن ليس بالمفهوم المقرر في القوانين الغربية[2].

وعلى أية حال، فإنه لا يمكن الحديث في إطار نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري وكذا نص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية عن نظام مالي

[1] انظر، عز الدين كيحل، التصرفات المالية للزوجة ومدى تأثيرها على الحياة الزوجية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003 العدد08، ص157.

[2] انظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص314.

PDF Eraser Free

محدد المعالم. باستثناء النص على إفراغ هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. ومع ذلك فإن نص المادة 49 من مدونة الأسرة ينسجم أيضاً مع ما هو معروف في التراث الفقهي المغربي باسم " حق الكد والسعاية "، فما المقصود بنظام الكد والسعاية؟ وما هو موقف مدونة الأسرة منه؟

لقد أصبح تعبير الكد والسعاية مصطلحا قانونيا متداولاً، ويقصد به حق المرأة في حالة طلاقها أو وفاة زوجها من الأموال المكتسبة أثناء فترة الحياة الزوجية. وهذا كمقابل للمجهودات المادية والمعنوية التي بذلتها المرأة في سبيل تنمية تلك الأموال المكتسبة[1]. وعرفه الأستاذ الملكي الحسين بأنه:" حق الزوجة في الثروة التي تتم تنشأتها أو تكوينها أو تنميتها مع زوجها خلال فترة الحياة الزوجية"[2]، ويعرفه الأستاذ عبد اللطيف الأنصاري بأنه:" وضعية شرعية مقتضاها: عمل الزوجة في أموال زوجها بقصد تنميتها. ونتيجتها: استحقاق مقابل ذلك العمل فيما زاد عن أصل تلك الأموال"[3].

ولقد عرضت على القضاء المغربي قضايا عديدة[4] في هذا الموضوع وأصدر بشأنها عدة أحكام تقر بالحق الشرعي للمرأة في الكد والسعاية، ففي القرار رقم 1253 الصادر عن محكمة الاستئناف بآسفي بتاريخ 1985/11/14، تم التأكيد على أن حق السعاية والكد يعتبر من الحقوق المعترف بها في الفقه الإسلامي.

[1] انظر، فوزي بوخريص، الذمة المالية للزوجين من خلال مدونة الأسرة، مجلة القصر، المغرب، العدد 23، 2009، ص97- 98.
[2] انظر، الملكي الحسين، المرجع السابق، ص21.
[3] انظر، عبد اللطيف الأنصاري، مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد39، 2005، ص148.
[4] فقد صدر قرار عن المجلس الأعلى يحمل رقم 1520 بتاريخ 5 مارس 1998 في الملف المدني عدد 97/2276 يتعلق بنظام الكد والسعاية في قضية تتلخص وقائعها:" في أن امرأة مغربية مطلقة رفعت دعوى أمام المحكمة الابتدائية بأكادير تطالب فيها بالحكم لصالحها باستحقاق النصف أو ما يعادله من قيمة الدار المقامة على قطعة أرضية، إذ أنها ساهمت بدورها في بناءها من خلال ما كانت تقدمه لزوجها من مبالغ مالية حصلت عليها من مهنتها كخياطة، وجهدها المبذول في سبيل إعداد الطعام للعمال، إلا أن المجلس الأعلى رفض طلب الطعن بالنقض ما دام أن العقار الدائر النزاع حوله مسجل باسم الزواج بصفته المالك الوحيد للعقار". مقتبس عن، أحمد زوكاغي، حق الكد والسعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم 5 مارس 1998، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد 39، 2005، ص113- 115.

PDF Eraser Free

ويخول هذا الحق للمطلقة استحقاق جزء من الذمة المالية المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية[1].

ولازال القضاء المغربي يعتبرها منحصرة في نطاق الأرياف والبوادي، التي جرى العرف فيها على الاعتراف للمرأة بهذا الحق كما هو الشأن في منطقة سوس[2]. حيث كان للزوجة الحق في أن ترفع أمرها إلى القضاء ليفصل في النزاع الذي نشب بينها وبين زوجها حول الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج. وكانت الزوجة تدلي للمحكمة بما يثبت أنها تسعى وتكد جنبا إلى جنب مع زوجها في تنمية الثروة المالية موضوع النزاع، وغالبا ما تكون وسيلة الإثبات في ذلك لفيف عدلي[3].

إن نظام الكد والسعاية يشبه إلى حد كبير نظام الاشتراك في الأموال المعروف بوجه خاص في التشريعات الأوربية التي تجيز للزوجين أن يتفقا في تنظيم العلاقات المالية بينهما إما على أساس نظام الانفصال المالي، وإما على أساس أن كل ما اكتسبه كل زوج يعتبر ملكا مشتركا للزوجين[4].

ومع ذلك يبقى أن نشير إلى أن مدونة الأسرة لم تنص صراحة على هذا المبدأ رغم العمل به في القضاء المغربي. ولكنه ينسجم مع مضمون المادة 49 بشكل غير مباشر. وعلى هذا الأساس لا ينبغي حرمان الزوجة مما تكون قد اكتسبته من جراء عملها أثناء الحياة الزوجية طالما أنه بإمكان الزوجين أن يتفقا على تنظيم ثروتهما المالية في عقد مستقل[5].

---

[1] مقتبس عن فوزي بوخريص، المرجع السابق، ص101- 102.

[2] انظر، أحمد زوكاغي، نحو الاعتراف بحق الكد والسعاية انطلاقا من حكم المحكمة الإدارية بالرباط المؤرخ في 15 ماي 1997، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد 39، 2005، ص102.

[3] انظر، الطاهر كركري، العدالة الأسرية، مطبعة آنفو- برانت، الطبعة الأولى، 2009، ص174.

[4] انظر، أحمد زوكاغي، حق الكد والسعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم 5 مارس 1998، المرجع السابق، ص117.

[5] انظر، فوزي بوخريص، المرجع السابق، ص103.

PDF Eraser Free

وهذا بخلاف النموذج التونسي الذي تميز بصدور قانون خاص يتعلق بالنظام المالي للزوجين، ورغم أن المبدأ السائد في تونس هو أيضاً انفصال الذمة فإن المشرع التونسي قد أقر نظام الاشتراك المالي بين الزوجين كنظام اختياري، وتم ذلك بموجب القانون رقم 91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998.

المطلب الثالث

نظام الاشتراك المالي بين الزوجين في القانون التونسي

وحسب هذا النظام تعتبر مشتركة بين الزوجين العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك، ما لم تنتقل ملكيتها إلى أحدهما عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية، ويشترط في هذه العقارات أيضا أن تكون مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها . هذا مع ملاحظة أنه بإمكان الزوجين الاتفاق على جعل الاشتراك شاملا لعقاراتهما التي اكتسبت ملكيتها قبل الزواج[1].

الفرع الأول

تسجيل نظام الاشتراك المالي

يجب على الزوجين القيام بعملية تسجيل نظام الاشتراك بسجلات الحالة المدنية، والتنصيص عليه أيضا في سجلات المحافظة العقارية[2]، وذلك بغرض إعلام الغير وحمايته من أي تلاعب بهذه الأموال المشتركة.

[1] انظر، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص117 وما بعدها.

[2] وقد سار المشرع المغربي على نفس المنوال، حيث أوجبت المادة 13 من القانون العقاري التصريح لزاماً بالاسم العائلي والشخصي والجنسية والنظام المالي للزوجية. وكذلك تفصيل الحقوق العينية العقارية المتقررة على العقار مع التنصيص على أصحاب هذه الحقوق ونوع نظام الزوجية المالي.

PDF Eraser Free

أ) <u>تسجيل نظام الاشتراك بسجلات الحالة المدنية</u>:

يتولى ضابط الحالة المدنية تسجيل نظام الاشتراك في الأملاك الذي اختاره الزوجان، ويتم ذلك عن طريق توجيه مضمون الحجة المحررة من طرف الضابط العمومي إلى ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة الزوجين في ظرف 10 أيام من تاريخ تحريرها ليتولى هذا الأخير تسجيلها.

ب) <u>التنصيص على نظام الاشتراك في السجلات العقارية</u>:

يجب على كل زوج اكتسب حقا عينيا على عقار أن يقدم رفقة طلب ترسيم حقه العيني أو تسجيله مضمون من دفاتر الحالة المدنية الخاصة به. ويتولى محافظ الملكية العقارية التنصيص في دفاتره والشهادات التي يسلمها بأن الزوج المعني بالأمر اختار نظام الاشتراك في الأملاك أو لم يختره[1].

الفرع الثاني

مشمولات نظام الاشتراك المالي

تعتبر عقارات مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها في نظر القانون التونسي المتعلق بنظام الاشتراك بين الزوجين العقارات التي تكون لها صبغة سكنية وهي تشمل خاصة ما يلي:"

- العقارات الموجودة بمناطق سكنية ما لم يثبت خلاف ذلك،
- العقارات المنتقاة من باعثين عقاريين مختصين في إقامة محلات للسكنى،
- العقارات الممولة بقروض سكنية،

[1] انظر، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص121- 122.

PDF Eraser Free

– العقارات المنصوص في عقود اقتنائها على أنها ستستعمل للسكنى،

– العقارات المستعملة فعلا لسكنى العائلة"[1].

ويتضح مما سبق، أن نظام الاشتراك المالي متعلق فقط بالعقارات المكتسبة بعد إبرام الزواج والمعدة للاستغلال العائلي، وهذا يعني أن المنقولات لا تدخل ضمن هذا النظام[2].

وطبقا للفصل 10 من القانون عدد 91 لسنة 1988 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 لا يدخل ضمن مجال تطبيق نظام الاشتراك في الأملاك العقارية التي يملكها أحد الزوجين عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية، وكذلك العقارات المعدة لاستعمال مهني بحث، وبالتالي لا يشملها نظام التسجيل.

وعلاوة على ذلك، يلزم لتسجيل العقار توفر الشروط التالية:

–أن يكون إسناد الاشتراك بين طرفين مرتبطين بعقد زواج

–أن يتعلق الإدراج ضمن الملكية المشتركة بعقار

–أن تتم العملية بدون مقابل[3].

كما يشتمل نظام الاشتراك على بعض الديون والأعباء المترتبة على اكتساب ملكية المشترك أو استغلاله أو الانتفاع به، وعلاوة على ذلك تعد أيضا مشتركة بين الزوجين الديون المرتبطة بملكية العقار. وينتهي نظام اشتراك الأملاك بأحد الأسباب التالية:

–وفاة أحد الزوجين

– الطلاق

[1] انظر، مذكرة عامة عدد 2005/4، الإدارة العامة للدراسات والتشريع الجبائي، وزارة المالية، الجمهورية التونسية، ص1.
[2] انظر، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص120.
[3] انظر، مذكرة عامة عدد 2005/4، الإدارة العامة للدراسات والتشريع الجبائي، وزارة المالية، الجمهورية التونسية، ص3- 4.

PDF Eraser Free

-فقدان أحدهما

-تفريق أملاكهما قضائيا

-باتفاق الزوجين[1].

وفي حالة انتهاء نظام الاشتراك في الأملاك بموجب اتفاق الطرفين، فإن الاتفاق المتضمن لتغيير نظام الاشتراك في الأملاك يخضع وجوبا لإجراء التسجيل. وحسب الفصل 21 من القانون المتعلق بالاشتراك في الأملاك، لا يستطيع الزوجان تغيير نظام الاشتراك إلا بموجب حجة رسمية، وذلك بعد مرور عامين من تاريخ إنشائه[2].

رأينا فيما سبق، أن آثار الزواج تخضع في التشريع الجزائري إلى قانون جنسية الزوج، ولكن هذا الزواج الذي نشأ صحيحا قد ينتهي بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين، أو عن طريق التطليق. وقد ينحل عن طريق الانفصال الجسماني في بعض الأنظمة القانونية الغربية. فما هو القانون الذي يخضع له الطلاق في القانون الدولي الخاص؟

[1] انظر، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص121- 123.

[2] انظر، مذكرة عامة عدد 2004/32، الإدارة العامة للدراسات والتشريع الجبائي، وزارة المالية، الجمهورية التونسية، ص5.

PDF Eraser Free

الفصل الثالث

القانون الواجب التطبيق على الطلاق

PDF Eraser Free

لقد ظل مفهوم الزواج لفترة طويلة من الزمن رابطة أبدية لا تنتهي إلا بالوفاة في نظر بعض قوانين أمريكا اللاتينية والقانون الإسباني قبل تعديل 1982. وفي النظام القانون الفرنسي لا يحكم بالطلاق إلا إذا توافر سبب من الأسباب المنصوص عليها في القانون، كما يعرف نظاما آخر لا تعرفه القوانين العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية وهو نظام الانفصال الجسماني Séparation des corps ، في حين نجد القوانين العربية تجيز إنهاء الزواج بإرادة الزوج المنفردة وبالتطليق متى توافرت أسباب معينة[1].

ومما يجدر ذكره، أن البطلان ليس سببا من أسباب انقضاء الزواج كما يرى البعض، لأن البطلان يعدم الزواج ويجعله كأن لم يكن. فالزواج الباطل بسبب تخلف ركن من أركان العقد يعد في نظر الشريعة الإسلامية والعدم سواء. وهذا بخلاف التشريعات الأوربية التي تقرر عدم انسحاب آثار البطلان إلى الماضي وتجعل الزواج في هذه الفترة ظنياً[2].

وسنبدأ أولا بدراسة مضمون فكرة الطلاق (المبحث الأول)، ثم بحث كيفية تحديد القانون المختص بالطلاق (المبحث الثاني)، وأخيراً نتطرق إلى مسألة تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مضمون فكرة الطلاق

على الرغم من أن الزواج رابطة أبدية، فإنه معرض للانحلال لأسباب عدة قد تكون شخصية أو اجتماعية أو اقتصادية، وقد عرف الطلاق في التشريعات

[1] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص178.
[2] انظر، جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1998، العدد01، ص225، ص226.

PDF Eraser Free

القديمة والديانتين الإسلامية واليهودية والعادات الجرمانية القديمة والقانون الروماني القديم وكان يتم بإرادة الزوج باعتباره رب العائلة، ثم أدخل القانون الروماني صيغة الطلاق بالتراضي. أما الكنيسة الكاثوليكية فقد حظرت الطلاق، ثم جاءت مرحلة إباحة التصريح به قضائيا على أساس نظرية الخطأ المرتكب باعتبار الزواج عقدا مدنيا وأخيرا أصبح ينظر إلى الطلاق على أنه النتيجة المترتبة على إفلاس العلاقة الزوجية[1].

المطلب الأول

المفهوم العام للطلاق

الطلاق اصطلاحاً هو:" رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"[2]، ويعرف أيضا بأنه:" حل رابطة الزواج، وإنهاء العلاقة الزوجية باللفظ صريحا كان أو كناية، أو بالكتابة أو بالإشارة عند تعذر النطق والكتابة كالأخرس"[3].

وقد نصت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". ونص عليه القانون التونسي في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية حيث جاء فيه مايلي:" يحكم بالطلاق:

1-بتراضي الزوجين.

2-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

[1] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، 58.
[2] انظر، محمد الحسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري(الزواج والطلاق)، منشورات جامعة دمشق، 2006-2007، ص393.
[3] انظر، طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان، الإسكندرية، 2004، ص9.

PDF Eraser Free

3-بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

ويقضى لمن تضرّر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين

المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه...".

ويشترط لصحة الطلاق أن يصدر عن زوج عاقل وبالغ وعن قصد واختيار، وأن يقع على زوجة بالعقد الصحيح. وبلفظ يدل على الطلاق صراحة أو كناية[1].

والحكمة في جعل الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الرجل واضحة، وهي أن الرجل أحرص على بقاء الحياة الزوجية التي أنفق في سبيل بنائها من المال الكثير وهذا ما يجعله يتريث في توقيع الطلاق، وإلا اضطر للإنفاق على التوابع المالية للطلاق أكثر مما أنفقه على زواجه. فضلا عن كون الأصل في الرجل أنه يتمتع بالثبات وقوة الصبر والتحمل، بينما المرأة سريعة الغضب والانفعال، فلو جعل الطلاق بيدها، فلا شك بأنها ستسارع إلى توقيعه دون تريث[2]. ولهذا كان من الحكمة ألا تملك المرأة الطلاق حتى لا تتصرف حسب عاطفتها. ولكن الشريعة الإسلامية أعطت المرأة حق اللجوء إلى القضاء للتفريق بينها وبين زوجها في حالات معينة[3].

ويرى الدكتور جمال محمود الكردي:" أن جعل الفرقة في جميع الأحوال بيد القاضي كما هو معمول به في عصرنا اليوم يتعارض مع نصوص الشريعة الإسلامية التي جعلت الطلاق بيد الزوج. ثم أن الشريعة الإسلامية لم تجعل هذا

[1] انظر، جمال محمود الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1999، ص 23.
[2] انظر، طارق بن أنور آل سالم،المرجع السابق، ص15.
[3] انظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، الطبعة الثانية، 1961، ص215.

PDF Eraser Free

الحق مطلقا، وإنما جعلته مقيدا بمجموعة من الشروط. وعلاوة على ذلك فقد سمحت للزوج أن يفوض زوجته أو يوكلها في طلاق نفسها"[1].

وتكتسي مسألة إثبات الطلاق أهمية بالغة فيما يخص موضوع الاعتراف بطلاق المسلمين في الدول الأجنبية. ولو أن توثيق الطلاق يعتبر بمثابة إجراء شكلي ليس له أثر على صحة وقوع الطلاق. لأن الطلاق في الشريعة الإسلامية يقع من تاريخ تلفظ الزوج به لا من تاريخ توثيقه والغرض من هذا الإجراء هو الحفاظ على حقوق ومصالح الزوجين[2].

واستنادا إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[3]، فإن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، ويقتضي نص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري أن ترفع بالطلاق دعوى. ولهذا السبب يرى الدكتور علي علي سليمان بأن المشرع الجزائري لا يقبل الطلاق بالإرادة المنفردة حتى لا يتعسف الزوج في استعمال هذا الحق. ومن ثم قيد الطلاق بأن يكون أمام المحكمة حتى يتحقق القاضي من القيود التي أوردتها الشريعة الإسلامية على استعمال هذه الرخصة[4].

ولكن إذا رجعنا إلى نص المادة 48 من نفس القانون المذكور أعلاه،نجدها تنص على أن عقد الزواج ينحل بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.

---

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص27- 28.

[2] انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص 37 وما بعدها.

[3] والتي تنص على ما يلي:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.
يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.
تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

[4] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص75.

PDF Eraser Free

وهذا يعني أن إرادة الزوج في الطلاق ليست مقيدة بتوافر حالات معينة كما هو الشأن بالنسبة للتطليق الذي تطلبه الزوجة. وعليه فإن الحكم القضائي في الحالة الأولى يكون كاشفا، و في الحالة الثانية يكون منشئا[1].

المطلب الثاني

خصوصية الطلاق بالنسبة للوسائل الأخرى لانقضاء الزواج

إن مصطلح الفرقة أعم من الطلاق، لأنها تشمل الفسخ بالإضافة إلى مختلف أنواع الطلاق الأخرى[2]، وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

الفرع الأول

الفسخ والتطليق والخلع

الفسخ هو الجزاء المترتب على تخلف أحد شروط صحة انعقاد الزواج. كما في حالة الزواج بغير شهود أو الزواج من غير ولي، وتترتب عليه آثار منها: وجوب العدة، ثبوت حرمة المصاهرة. كما يختلف الطلاق عن الفسخ من حيث أن الطلاق يقع باللفظ الدال عليه من قبل الزوج بينما الفسخ يملكه كل من الزوجين[3]. والفسخ يكون نتيجة لوجود سبب داع إليه، ويترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن. ويختلفان أيضا من حيث أن الطلاق ينقص من عدد التطليقات التي يملكها الزوج، بينما الفسخ باعتباره نقضا للعقد فلا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته[4].

---

[1] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص182.

[2] انظر، محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني(انحلال ميثاق الزوجية وآثاره)، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، المغرب، 2009، ص22.

[3] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص68- 69.

[4] انظر، محمد الحسن مصطفى البغا، المرجع السابق، ص394 ؛ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، ص270.

PDF Eraser Free

أما التطليق، فهو فك للرابطة الزوجية عن طريق القضاء، وذلك في حالات معينة كالتطليق لعدم الإنفاق، أو التطليق للعيوب، أو التطليق للضرر. وبالتالي فهو يختلف عن الطلاق الذي يكون بإرادة الزوج المنفردة. ولا يستلزم أيا من الأسباب السالفة الذكر. بل قد يقع لأتفه الأسباب أو بدون سبب[1]. وقد أشارت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري إلى الحالات التي تطلب فيها الزوجة التطليق كما يلي:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لانفقة

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،

7- ارتكاب فاحشة مبينة،

8- الشقاق المستمر بين الزوجين،

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10- كل ضرر معتبر شرعا".

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص78- 79.

PDF Eraser Free

وبالنسبة للخلع، فيعرف اصطلاحا بأنه:" فرقة بقبول زوجة على عوض بلفظ مخصوص"[1]. كأن تقول الزوجة لزوجها خالعني على صداقي أو على مبلغ 50.000 دج، فيتحقق الخلع بمجرد قبول الزوج[2]، ومن الأدلة الشرعية على جواز الخلع قوله تعالى:" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"[3]. وقد تناولت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري الخلع بنصها على ما يلي:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/07/21 أن تطليق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج يعد تطبيقا صحيحا للقانون[4].

وبالإضافة إلى الطلاق والتطليق والخلع تعرف الشريعة الإسلامية طرق أخرى يترتب عليها انحلال الزواج، وهي الظهار والإيلاء واللعان:

1- الظهار:" هو أن يشبه الرجل امرأته أو عضوا منها بمن تحرم عليه صراحة بلفظ لا يحتمل غير الظهار، أو كناية بلفظ يحمل على الظهار بالنية"[1].

---

[1] انظر، محمد الحسن مصطفى البغا، المرجع السابق، ص481.

[2] انظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الأول(الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص262.

[3] سورة البقرة، الآية، 229.

[4] " من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

= إن المادة المذكورة من (ق- أ) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.

وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال- لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص134.

PDF Eraser Free

2- الإيلاء: " هو يمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة"[2]، أو هو حلف الزوج على ألا يقرب زوجته لمدة أربعة أشهر فأكثر وعلى ذلك، إذا مس الزوج زوجته ينتهي الإيلاء ويجب على الزوج أداء كفارة اليمين أو ما التزم به، أما إذا انتهت المدة ولم يجامع الزوج زوجته، فينتهي الإيلاء بالطلاق[3].

3- اللعان: هو" شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها"[4]. ويتضح من هذا التعريف أن سبب اللعان إما أن يكون هو قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب حد الزنا أو يكون سببه نفي الحمل أو الولد[5]. ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان كسبب من أسباب انحلال الزواج رغم الإشارة الواردة في نص كل من المادتين 41 و138[6].

الفرع الثاني

الطلاق في الديانات السماوية والتشريعات الوضعية

سنعرض فيما يلي إلى تطور مفهوم الطلاق في الديانة اليهودية والمسيحية، وبعض التشريعات الغربية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الطلاق في الديانات السماوية

أ- الطلاق في الديانة اليهودية: تبيح الديانة اليهودية الطلاق بشرط وجود مبرر كعيوب الخلقة وعذر الزنا في حق الزوجة[7]. فبإمكان الزوج وفقا للشريعة اليهودية أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة في حالة وجود عيب عضوي أو أخلاقي في الزوجة

---

[1] انظر، محمد الحسن مصطفى البغا، المرجع السابق، ص546.
[2] انظر، عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص371.
[3] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص81- 83.
[4] انظر، عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص390.
[5] انظر، عبدالقادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص306.
[6] جاء في نص المادة 41 ما يلي:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ". وورد في نص المادة 138 ما يلي:" يمنع من الإرث اللعان والردة ".
[7] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص60.

PDF Eraser Free

ويشترط لصحة الطلاق أيضا أن يصدر من زوج عاقل، ولا يقع الطلاق إلا بورقة مكتوبة. وإلى جانب الطلاق الإرادي يوجد الطلاق الإجباري الذي قد يكون بحكم القانون في حالة مخالفة شروط صحة انعقاد الزواج كالزواج بإحدى المحرمات. أوفي حالة زنا أحد الزوجين. وقد يقع الطلاق الإجباري بحكم القضاء بناء على طلب الزوجة التطليق متى توافرت أسباب معينة، كما لو كان الزوج مريض بمرض عضال أو معدي، أو إذا عجز عن أداء النفقة، أو إذا كان عنيناً[1].

ب- **الطلاق في المذاهب المسيحية:** يمنع المذهب الكاثوليكي الطلاق منعا باتا حتى في حالة الخيانة الزوجية التي تعتبر مبرر للانفصال الجسماني دون الطلاق؛ وعليه يمنع على الزوجين إبرام زواج آخر أثناء هذه المباعدة.

أما المذهبان الأرثوذوكسي والبروتستانتي فهما أقل شدة من المذهب السابق، إذ يبيحان الطلاق في حالات معينة، ولكنهما يمنعان الزوجان من إعادة الزواج بعد التصريح بالطلاق.

لقد ضل الوضع السائد في إطار الديانة المسيحية هو عدم جواز إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو الانفصال الجسماني واختصاص المحاكم الكنسية للتقرير في هذه المسألة. وذلك إلى غاية القرن الثامن عشر أين عاد الاختصاص إلى المحاكم المدنية في هذه المسألة وتم استبعاد الاختصاص الكنسي[2]. وقد كان القانون الاسباني ينص على جعل طلبات الانفصال الجسماني من اختصاص المحاكم الكنسية فيعتبر التفريق الجسماني مسألة موضوعية مثلها مثل الطلاق والزواج. ولكن محكمة استئناف باريس قضت في 9 يناير 1943[3] بأن القانون

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص95.
[2] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص60.
[3] انظر، نبوابيه، دروس في القانون الدولي الخاص، ص458- 460، مقتبس عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص42.

PDF Eraser Free

الفرنسي يكيف إجراءات الانفصال الجسماني بأنها تدخل ضمن نظام المرافعات وتكون مستقلة تماما عن الموضوع وتخضع للمحاكم الفرنسية[1]. وتجدر الإشارة إلى أن ايطاليا ظلت لفترة طويلة تمنع انحلال الزواج إلى غاية ديسمبر 1970 وهو التاريخ الذي صدر فيه قانون يبيح الطلاق في حالات الحكم بالسجن على أحد الزوجين، وفي حالات جرائم الخيانة الزوجية[2].

ومما سبق، يتضح بأن الطلاق الإسلامي يتميز عن التحلل من المعيشة المشتركة بالانفصال أو بالتطليق لدى المسيحيين. فالمسيحية لا تعرف الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كما هو عليه الوضع بالنسبة للزوج في الشريعة الإسلامية. أما التطليق كسبب لإنهاء رابطة الزواج فهو معروف لدى الشريعة الإسلامية وسائر الشرائع الأخرى، مع تسجيل تباين في تحديد أسباب التطليق لدى هذه الشرائع[3]، ولا يترتب على الهجر أو الانفصال الجسماني المعروف عند المسيحيين وفي بعض التشريعات الأجنبية انقضاء الرابطة الزوجية بصفة مطلقه، لأنه عبارة عن مجرد مباعدة مادية بين الزوجين، قد تنتهي بالطلاق وقد تعود الحياة الزوجية إلى سابق عهدها[4].

ثانيا: تطور مفهوم الطلاق في التشريعات الوضعية الغربية

لقد نص الدستور الفرنسي لسنة 1791 على حياد الدولة تجاه الدين واعتبار الزواج عقدا مدنيا، وعرف مفهوم الطلاق تطورا واضحا بصدور القانون الفرنسي لسنة 1792، واعتبر ذلك من قبيل الخطوات التشريعية الأولى في سبيل إباحة الطلاق قانونا. ثم جاء قانون 27 جويلية 1884 ليفسر الطبيعة القانونية

[1] انظر، بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف)، المرجع السابق، ص80.
[2] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص103.
[3] انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص117- 118.
[4] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص89.

PDF Eraser Free

للزواج على أنها عقد الأمر الذي يتيح إمكانية فسخه سواء بإرادة الزوجين أو بإرادة أحدهما. ومن الأسباب المبررة للطلاق حسب هذا القانون: الزنا، الحكم بعقوبة سالبة للحرية، التعسف وسوء المعاملة.

ولكي يصدر حكم بالطلاق حسب هذا القانون يتعين على القاضي القيام أولا بإجراء محاولة الصلح، وفي حالة فشل الصلح يأذن بتقديم دعوى تفسح المجال لإصدار حكم قد يقضي بالطلاق إذا ثبت خطأ أحد الزوجين[1].

أما في سويسرا، فقد أباح القانون السويسري الصادر في 01 يناير 1912 الطلاق في حالة مغادرة بيت الزوجية منذ سنتين على الأقل أو الإصابة بمرض عقلي. وفي سنة 1915 أنشأت السويد نظاما يمكن بموجبه للزوجين الحصول على الانفصال بصفة مبدئية، وبعد مرور أجل معين يمكن تحويله إلى طلاق.

وفي بريطانيا اعتبر قانون 22 أكتوبر 1969 أن العلاقة الزوجية تنحل بالطلاق في حالة ثبوت زنا أحد الزوجين أو في حالة مغادرة بيت الزوجية لمدة سنتين على الأقل. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد صدر في سنة 1970 قانون يعتبر الطلاق معاينة لإفلاس الحياة الزوجية.

وبالنسبة لإيطاليا، فقد شهدت تنظيم استفتاء في 12 ماي 1974 طبق بموجبه نظام الطلاق بالتراضي إذا توفرت أسباب الطلاق مثل: الحكم بالطلاق لارتكاب جريمة، أو الانفصال الفعلي.

وفي فرنسا نص القانون المدني[2] على أربع حالات للطلاق:

[1] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص61.

[2] L'art.229 du code civil français dispose que:" Le divorce peut être prononcé en cas :
- soit de consentement mutuel ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute".

PDF Eraser Free

1- الطلاق الرضائي: ويكون بناء على طلب أحد الزوجين وموافقة الطرف الآخر متى وجدت هناك أسباب تجعل مسألة استمرار العلاقة الزوجية أمراً مستحيلاً[1].

2- الطلاق المتفق عليه: يمكن طلب الطلاق بواسطة أحد الزوجين أو كليهما عندما يقبلان مبدأ انحلال الزواج بغض النظر عن الحقوق المترتبة على ذلك[2].

3- الطلاق لانقطاع الحياة المشتركة بين الزوجين: وذلك إما بسبب الانفصال لمدة سنتين[3] أو لإصابة أحد الزوجين بمرض خطير لنفس المدة.

4- الطلاق للخطأ: كما لو قصر أحد الزوجين في الالتزامات الملقاة على عاتقه ونجم عن ذلك مساس بحقوق الزوج الآخر وتعذر استمرار رابطة الزواج[4]. ومن موجبات الطلاق للخطأ الحكم على أحد الزوجين لارتكابه جريمة[5].

الفرع الثالث

التحلل من التزامات الزوجية بالانفصال الجسماني في القانون الفرنسي

الانفصال الجسماني[1] هو عبارة عن إجراء وقائي يحول دون احتدام الخلاف والشقاق بين الزوجين، أو هو وسيلة للإبقاء على رابطة الزوجية قائمة[2]؛ أي أنه

---

[1] L'art.230 du code civil français dispose que:" Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce".

[2] L'art.233 du code civil français dispose que:" Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci.
Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel".

[3] L'art.238 du code civil français dispose que:" L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce.
Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel ".

[4] L'art.242 du code civil français dispose que:" Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.

[5] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص62 وما بعدها.

PDF Eraser Free

ينصرف إلى الوضع الذي يفرق فيه بين الزوجين في المعيشة، حيث تتوقف الآثار التي تترتب على المعيشة المشتركة بينما تبقى الآثار الأخرى التي تترتب على الزواج قائمة. ويبقى الزواج قائم ولا يستطيع أي من الزوجين عقد زواج جديد[3]. فالزواج يبقى قائم من الناحية القانونية ولكن من الناحية الفعلية تنشأ عنه مباعدة مادية بسبب اختفاء المساكنة بين الزوجين[4]، بينما تبقى بعض آثار الزواج كواجب الإخلاص بين الزوجين، وواجب المساعدة بين الزوجين الذي تقضي به المادة 212 من القانون المدني الفرنسي[5]، ويضاف إلى هذه الآثار حق المرأة المنفصلة عن زوجها في حمل لقب زوجها ما لم يقضي حكم الانفصال بخلاف ذلك[6].

أما الآثار المالية للانفصال الجسماني، فتتمثل في تصفية النظام المالي للزوجين[7] مع بقاء الحق في الإرث وواجب الإغاثة[8].

وفي حالة تحول الانفصال إلى تطليق يتم في هذا الوضع الجمع بين القانون الذي يحكم شروط التحول وهو قانون الموضوع والقانون الذي يحكم إجراءات التطليق وهو قانون القاضي. وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن المدة الزمنية[9] التي بانقضائها يمكن أن يتحول الانفصال إلى تطليق تتعلق بالموضوع، وأن هذا التحول إذا تم بدون طلب قضائي لا يكون له أي أثر في فرنسا بالنسبة للأزواج الأجانب

---

[1] L'art.296 du code civil français dispose que:" La séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce."

[2] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص854.

[3] انظر، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص372.

[4] L'art.299 du code civil français dispose que:" La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation".

[5] L'art.212 du code civil français dispose que:" Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance".

[6] L'art.300 du code civil français dispose que:" Chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre. Toutefois, le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur peut, compte tenu des intérêts respectifs des époux, le leur interdire".

[7] انظر، المادة 302 من القانون المدني الفرنسي.

[8] انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص326- 327.

9 L'art.306 du code civil français dispose que:" A la demande de l'un des époux, le jugement de séparation de corps est converti de plein droit en jugement de divorce quand la séparation de corps a duré deux ans".

PDF Eraser Free

المقيمين، ذلك أن انحلال الزواج في فرنسا يكون دائماً بموجب حكم قضائي[1]. أما في بريطانيا فيعتبر الانفصال الجسماني المستمر لمدة خمس سنوات مبررا للطلاق النهائي بحكم من المحكمة وفقا لقانون الطلاق الإصلاحي لعام 1966[2].

وينقضي الانفصال الجسماني عن طريق الصلح بين الزوجين أو بوفاة أحد الزوجين، أو تحويل الانفصال إلى تطليق، أو بعودة الزوجين إلى الحياة المشتركة كما كان عليه الوضع قبل حدوث الانفصال[3].

المبحث الثاني

كيفية تحديد القانون المختص بالطلاق

يثير موضوع انحلال عقد الزواج المختلط مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الطلاق، فهل ينطبق على مسائل الطلاق قانون جنسية الزوج أم الزوجة أو قانون آخر جنسية مشتركة، أم قانون الموطن المشترك، أو قانون القاضي؟

مدونة المنبر القانوني
Tribunejuridique.blogspot.com

المطلب الأول

خضوع الطلاق لقانون جنسية الزوج

توجد عدة نظريات فقهية مقررة بشأن مسألة تحديد القانون المختص في مادة الطلاق. منها نظرية تطبيق القانون الشخصي للزوجين، ونظرية تطبيق قانون

[1] مقتبس عن سامي عبد الله، المرجع السابق، ص98- 99.
[2] انظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص171.
[3] انظر، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص378؛ محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص329- 330.

PDF Eraser Free

الموطن المشترك. وهذا ما سنبينه على النحو الآتي:

1- نظرية الجمع بين القانونين الوطنيين للزوجين:

ترى هذه النظرية أنه يجب تطبيق قانون الجنسية لكل واحد من الزوجين مادام أن العلاقة الزوجية تستند في وجودها إلى الطرفين معا. ولكن هذا الرأي منتقد بسبب صعوبة تطبيق القانونين معا خاصة في حالة اختلاف مضمونهما.

2- نظرية وحدة القانون الشخصي:

ترى هذه النظرية أن القانون الواجب التطبيق على طلاق زوجين من جنسيتين مختلفتين هو قانون الموطن المشترك. وقد درج القضاء الفرنسي على تكريس هذا المبدأ ابتداء من قرار " ريمير" الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أبريل 1953 وقررت أن طلاق زوجين أحدهما يحمل جنسية دولة الأكواتور وزوجة اكتسبت الجنسية الفرنسية يخضع لقانون الموطن المشترك ما دام أن لهما موطن مشترك بدولة الأكواتور.

وقد أثير نقاش حاد حول ما إ ذا كان بوسع الزوجين استبدال قانون الموطن المشترك بالقانون الشخصي للزوجين عندما يكونان متطابقان في مضمونهما رغم اختلاف جنسيتهما، وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار" كاركوس" الصادر بتاريخ 22 فبراير 1961 بخضوع الطلاق لقانون الموطن المشترك للزوجين رغم أن القانونين الوطنيين للزوجين كانا يمنعان الطلاق قبل تعديلهما[1].

وتتجه أغلب التشريعات إلى إخضاع الطلاق إلى قانون جنسية الزوج كمبدأ عام، واستثناء يخضع لقانون القاضي مراعاة للمصلحة الوطنية، وهذا ما سيتضح من خلال مايلي:

[1] مقتبس عن السعدية بلمير، المرجع السابق، ص69 وما بعدها.

PDF Eraser Free

الفرع الأول

المبدأ العام

لقد أسندت أغلب القوانين العربية الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت النطق به وأسندت التطليق والانفصال لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كما هو الشأن بالنسبة لكل من المشرع المصري[1] والسوري[2] والإماراتي[3].

أما المشرع الكويتي فقد أسند انحلال الزواج إلى قانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين قبل الطلاق أو التطليق أو الانفصال، حيث جاء في المادة 40 من قانون تنظيم العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ما يلي:" يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج".

ولا شك أن إخضاع انحلال الزواج لقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين يضمن احترام الإرادة المشتركة للزوجين، وينسجم مع تكوين عقد الزواج الذي تم وفقاً لقانون كل منهما[4]. ويستجيب هذا القانون أيضاً لاعتبارين هامين: أولهما معرفة

---

[1] تنص المادة 13 من القانون المدني المصري على أنه:
1- يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.
2- أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي الزوج وقت رفع الدعوى".

[2] تنص المادة 14 من القانون المدني السوري على أنه:"
1 ـ يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.
2 ـ أما الطلاق، فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

[3] تنص المادة 13 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي(1985/5) على أنه:"
1- يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج.
2- أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

[4] انظر، فؤاد ديب، المرجع السابق، ص239.

PDF Eraser Free

الزوجة مسبقا بالقانون الذي يخضع له انحلال الزواج، ويتحقق الاعتبار الثاني باحترام مبدأ المساواة بين الجنسين[1].

ويخضع المشرع التونسي انحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة عند رفع الدعوى وفي حالة اختلاف الجنسية فيطبق قانون آخر مقر مشترك للزوجين وإن تعذر ذلك فيطبق قانون القاضي، حيث ورد في الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص ما يلي:" الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الدعوى يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها...".

ونص المشرع المغربي على قانون جنسية كل من الزوجين، حيث ورد في الفصل التاسع من الظهير الخاص بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب ما يلي:" للفرنسيين والأجانب الحق بأن يطلبوا الطلاق والفصل الجسماني بمقتضى الشروط المقررة في قوانينهم الوطنية". وعليه فإنه يكون معرض للنقض الحكم القضائي الذي يخضع طلاق زوجين فرنسيين مثلا لما تقضي به مدونة الأسرة المغربية[2].

ونصت الاتفاقية الفرنسية المغربية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة على القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره، حيث جاء في الفصل التاسع منها ما يلي:" ينحل الزواج وفقًا لقانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب.

يطبق في الفرقة – إذا كان أحد الزوجين مغربيا والآخر فرنسيا ساعة تقييد الطلب – قانون الدولة التي يقع بها موطن الزوجين المشترك أو آخر موطن مشترك

[1] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص257.
[2] انظر، محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول(عقد الزواج وآثاره)، المرجع السابق، ص117.

PDF Eraser Free

لهما". ونص الفصل العاشر من ذات الاتفاقية على القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، حيث جاء فيه ما يلي:" تطبق قواعد تنازع القوانين المقررة في الفصل السابق على الآثار الشخصية الناتجة عن الفرقة.

تطبق على الآثار المتعلقة بحضانة الأطفال والنفقة المستحقة مقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية".

وأوضح الفصل الثاني عشر من الاتفاقية المذكورة أعلاه بأنه:" تطبق القواعد المشار إليها في الفصول التاسع والعاشر والحادي عشر من هذه الاتفاقية على الانفصال الجسماني إذا كان هذا الانفصال مقررا في القانون المختص لإحدى الدولتين".

وتناول الباب الثالث من نفس الاتفاقية مسائل الحضانة وحق الزيارة. فقد نص الفصل التاسع عشر على أنه؛" تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنا فوق ترابهما وتحت مراقبة سلطتهما القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقيد فقط بمصلحة دون أي اعتبار آخر مستمد من قانونهما الداخلي وكذا بحرية ممارسة حق الزيارة. وتلتزم كل منهما عن طريق التبادل بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في الدولة الأخرى في هذا الميدان". ونص الفصل الواحد والعشرون على مايلي:" تتعاون السلطات المركزية عند انعدام التسليم الإرادي على تسهيل تنفيذ الأحكام القضائية الخاصة بحق الحضانة وحق الزيارة إذا كانت قابلة للتنفيذ في الدولة الطالبة".

وفيما يخص حق النفقة نص الفصل السادس والعشرون على مايلي:" يمكن للسلطات المركزية أن تحيل عند الاقتضاء مباشرة إلى سلطتها القضائية المختصة وضمن مسطرة استعجاليه طلبات إضفاء الصيغة التنفيذية على الأحكام الصادرة في

PDF Eraser Free

مادة النفقة دون المساس بالمهام المخولة للسلطات المرسلة وللمؤسسات الوسيطة بمقتضى اتفاقية نيويورك المؤرخة في 20 جوان 1956 المتعلقة باستيفاء النفقة بالخارج والتي صادق عليها كل من المغرب وفرنسا".

يلاحظ بأن المشرع المغربي قد اعتمد الحل الذي تمثله نظرية تطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين. وقد انتقد هذا الاتجاه لأن تطبيقه في كل الفروض المحتملة يؤدي إلى نتائج غريبة. ومن ذلك أن القانون الشخصي لأحد الزوجين قد يمنع الطلاق بينما القانون الوطني للزوج الآخر يبيحه. ويترتب على ذلك انحلال العلاقة الزوجية بالنسبة للزوج وبقائها قائمة بالنسبة للزوجة أو العكس.[1] ولعل تغيير الجنسية في هذا الصدد قد يكون من مظاهر التحايل على تطبيق القانون المختص أصلا بحكم النزاع[2].

إن تطبيق قانون الجنسية المشتركة أو قانون جنسية الزوج تعترضه بعض الصعوبات، ومن ذلك استحالة انحلال رابطة الزواج إذا كان أحد القانونين يحد من حالات طلب الطلاق مثلا. وبفرض أن الزوج غير جنسيته فإن انحلال الزواج سيخضع إلى قانون لا صلة للزوجة به ولم يكن في استطاعتها معرفته وقت إبرام الزواج[3].

أما في الجزائر، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". وهو النص المقابل للمادة 2/13 من القانون المدني المصري، والتي تنص على ما يلي:"...أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال

[1] انظر، السعدية بلمير،المرجع السابق، ص71- 72.
[2] انظر، السعدية بلمير، نفس المرجع ، ص73.
[3] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص180.

PDF Eraser Free

قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى". وسبب تفضيل قانون جنسية الزوج راجع إلى كون العصمة بيد الزوج، فهو يملك فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وفقا لما تقضي به قواعد الشريعة الإسلامية[1].

ويلاحظ بأن المشرع الجزائري قد وسع من مفهوم الفئة المسندة الخاصة بانحلال الزواج في النص الجديد لنص المادة 2/12 بحيث أصبح يشمل أيضا نظام الانفصال الجسماني، وهذا من شأنه تذليل الصعوبات التي يمكن أن تواجه القاضي الجزائري بخصوص تكييف نزاع يتعلق بهذه المسألة[2].

لقد وحد المشرع الجزائري القانون الذي يحكم انحلال الزواج دون تمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، وأخضع الكل إلى قانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. وهذا على الرغم من عدم معرفة قوانين الأحوال الشخصية العربية لمثل هذا النظام، ومع ذلك فإنه من الجائز أن تعرض أمام القاضي الجزائري منازعات بشأنه من قبل أزواج أجانب مقيمين في الجزائر؛ فيكون من السهل حينئذ على القاضي الجزائري إعطاء الوصف القانوني الدقيق لهذه المنازعات خصوصا وأن نظام الانفصال الجسماني يترتب عليه فقط انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين وهو ليس بطلاق أو تطليق[3].

ويتم التمييز في مصر بين الطلاق الذي يكون بإرادة الزوج المنفردة والذي يجب أن يخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق، وبين التطليق والانفصال الجسماني الذي يجب أن يخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع

[1] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص256.
[2] انظر، الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، المرجع السابق، ص70.
[3] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص181.

PDF Eraser Free

الدعوى. أو وقت الحكم وليس وقت رفع الدعوى ما دام أن الحكم القضائي هنا منشأ لحالة جديدة[1].

والحقيقة أن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت الحكم فيه ظلم للزوجة وإجحاف بحقها، فقد تتزوج زوجة ما وفقا لقانون جنسية الزوج ولكن الزوج قد يسعى إلى تغيير جنسيته عندما يرغب في إيقاع الطلاق بهدف حرمان زوجته من بعض الحقوق المقررة وفقا لأحكام قانون جنسيته[2]، ومن ثم فإن العدالة تقضي بأن يسري على انحلال الزواج قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعروف لكلا الزوجين[3].

وقد انتقد هذا الرأي الأخير من زاوية كون الطلاق ليس أثرا من آثار الزواج ومن ثمة وجب أن يبقى محكوما بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. حتى ولو غير الزوج جنسيته فإن القانون الجديد هو الذي يجب أن يطبق وليس القانون القديم لأن هذا الأخير لم تعد للزوج أي صلة به[4].

وتفاديا لهذه الانتقادات وتحقيقا لمبدأ المساواة وضع المشرع التونسي قاعدة إسناد تفي بهذا الغرض، حيث نص في الفصل 49 على ما يلي:" الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها...".

وقد كان القضاء الفرنسي يخضع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوجين في حالة اتحاد جنسيتهما، وفي حالة اختلاف ذلك يلجأ إلى التطبيق الموزع ويخضع

---

[1] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص855.
[2] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص76.
[3] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص233.
[4] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص182.

PDF Eraser Free

الطلاق لصالح الزوج الذي يبيح قانونه الطلاق، كما حدث في قضية السيدة الفرنسية فيراري Ferrari والتي كانت متزوجة من إيطالي[1]، وعندما طلبت الطلاق استنادا إلى القانون الفرنسي الذي يجيز الطلاق لبت المحكمة طلبها وقضت لها بالطلاق رغم أن قانون الزوج الإيطالي يمنع الطلاق، بينما بقي السيد فيراري مقيدا بهذا الزواج[2].

وطبقا لنص المادة 309 من القانون المدني الفرنسي[3]، يتعين على القاضي الفرنسي في حالة كون الزوجان يحملان جنسية مشتركة تطبيق قانونهما الوطني وهو نفس الحل المتبع في قضية " ريفيري " ، ولكن الإشكال يطرح بحدة في حالة اختلاف جنسيتهما، وقد تم حل هذا الخلاف باعتماد القانون الفرنسي إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما متوطن في فرنسا[4]، و إذا لم يثبت الاختصاص لأي قانون أجنبي، فيرجع الفصل في الطلاق والانفصال الجسماني للمحاكم الفرنسية[5].

وبخصوص حل مشكلة التنازع الزماني في مادة الطلاق والذي يثور في حالة صدور قاعدة إسناد جديدة تخضع الطلاق لقانون آخر يختلف عن القانون المعمول به سابقاً، فقد أثير إشكال في هذه الحالة يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، وهل يكون وفقا لقاعدة الإسناد القديمة أم وفقا للقاعدة الجديدة؟

---

[1] مقتبس عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص76.

[2] انظر، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص113.

[3] L'art.309 du code civil français dispose que:" Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour
connaître du divorce ou de la séparation de corps".

[4] Daniel Gutmann, droit international privé, Dalloz, 5 édition, Paris, 2007,P.154.

[5] Françoise Monéger, Droit international privé, Editions libraire de la cour de cassation, Paris, 2001, P.111.

PDF Eraser Free

لقد استقر القضاء الفرنسي على تطبيق قواعد التنازع الانتقالي الداخلي ويتبين لنا ذلك من خلال الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس حيث قررت تطبيق القانون القديم على كل منازعة مرفوعة قبل سريان قانون 1975 وذلك بصدد نزاع طلاق بين زوجين تونسيين كانا مقيمين في فرنسا[1].

الفرع الثاني

الاستثناء الوارد على تطبيق قانون جنسية الزوج

واستثناء يخضع انحلال الزواج للقانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائرياً[2]. فلو فرضنا أن الزوج كان فرنسيا ورفع دعوى الطلاق من زوجته الفرنسية أمام القضاء الجزائري، فإن القانون الفرنسي سيكون هو الواجب التطبيق باعتباره قانون جنسية الزوج. ولكن لو فرضنا أن الزوج الفرنسي رفع دعوى الطلاق ضد زوجته الجزائرية، فإن القانون الجزائري سيكون هو الواجب التطبيق كون أحد الزوجين جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج[3].

أما إذا لم تتغير جنسية الزوجين بعد انعقاد الزواج، فيظل حكم القاعدة الأصلية المنصوص عليها بالمادة 2/12 ساريا[4]. ويرجع أصل هذا الاستثناء إلى القضاء الفرنسي الذي كان يرجح القانون الفرنسي في حالة ثبوت تمتع أحد الزوجين بالجنسية الوطنية[5].

ومن تطبيقات القضاء الجزائري لهذا الاستثناء قضية طلاق بين جزائرية وايطالي قضت فيها المحكمة الابتدائية بإسناد الطلاق إلى القانون الإيطالي باعتباره

---

[1] انظر، هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 104- 105.
[2] انظر، المادة 13 من القانون المدني الجزائري.
[3] انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص172.
[4] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص77.
[5] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص261.

PDF Eraser Free

قانون جنسية الزوج طبقا للمادة 2/12 من القانون المدني، فطعنت الزوجة بالحكم الصادر في 1996/07/14 عن محكمة بئر مراد رايس، وأثارت المحكمة تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و13 من القانون المدني، وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا ما يلي:

" حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية

حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه.

ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه"[1].

كما انتقد هذا الاستثناء من ناحيتين أساسيتين:

1- إن الوقت الذي يعتد فيه بتطبيق هذا الاستثناء هو جنسية أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج، بينما الوقت الذي يعتد به لتطبيق القاعدة هو جنسية الزوج وقت الطلاق فكان حرياً بالمشرع أن يوحد الضابط الزمني الخاص بتطبيق القاعدة والاستثناء.

2- إن هذا الاستثناء يسري سواء بالنسبة للزوج الجزائري أو الزوجة الجزائرية التي توافرت لأي منهما هذه الصفة وقت إبرام الزواج، ثم زالت وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال الجسماني. فإذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، ثم غير الزوجان جنسيتهما معا فإن القاضي الجزائري سيطبق القانون الجزائري على أجانب. ومن المؤكد أيضا أن تطبيق هذا الاستثناء يبقى قاصرا على حالة عرض النزاع أمام القضاء الجزائري، لأنه إذا عرض ذات النزاع على جهة

[1] انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1998/02/17، المجلة القضائية، 2000، العدد 01، ص167.

PDF Eraser Free

قضائية تابعة لدولة أجنبية ستفصل فيه وفقا لقانون القاضي[1]. ويرى البعض أن هذا الاستثناء لا مبرر له مادام أنه يمكن استبعاد القانون الأجنبي إعمالا لفكرة النظام العام[2]. وفيما يتعلق بالتدابير الاستعجالية اللازمة للحفاظ على مصالح الزوجين أو تقرير نفقة للزوجة فإنها تبقى خاضعة لقانون القاضي[3].

المطلب الثاني

استبعاد قانون جنسية الزوج

لقد رأينا فيما سبق، أنه يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للزواج وكذا الأمر بالنسبة للآثار المترتبة عليه كلما كان هناك تعارض مع النظام العام أو غش نحو القانون، ولا يختلف الأمر أيضاً بالنسبة لمسائل الطلاق، وهذا ما سيتضح من خلال دراسة حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مادة الطلاق، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

الدفع بالنظام العام

يعتبر الطلاق ميدانا خصبا لإعمال الدفع بالنظام العام، نظرا لاختلاف قوانين الدول في تحديد طرق انحلال الزواج. كما هو الشأن بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة المعروف في البلدان الإسلامية ولا تقره تشريعات الدول الأوربية. والجدير بالذكر أن حظر الطلاق الذي كان سائدا في فرنسا قبل صدور قانون 11 جويلية 1975 لم يمنع القضاء الفرنسي من إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام بالنسبة

[1] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص183؛ انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص245.
[2] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص258.
[3] انظر، عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص856- 857.

PDF Eraser Free

لآثار الطلاق الذي كان يقع خارج فرنسا، حيث يرتب آثاره في فرنسا كتقرير نفقة المطلقة والحكم لها بالحضانة[1]. فالقانون الفرنسي يستبعد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام، إذا كان يجيز انحلال الزواج بالإرادة المنفردة، أو يسمح بالتطليق بالتراضي، أو إذا كان يقره لأسباب أقل تشددا من القانون الفرنسي[2]. ولكن إذا وقع هذا الطلاق في الخارج فيمكن الاحتجاج به أمام القضاء الفرنسي بشرط أن يكون قد وقع وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزوجين المشتركة[3]، وأن يكون الحق المراد التمسك به قد اكتسب دون غش[4].

ومع ذلك فإن الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة لا يمكن النطق به في فرنسا أو حتى التصديق عليه من قبل المحكمة، بسبب أن هذا النوع من الانفصال يكرس تفاوتا خطيرا بين الرجل والمرأة الأمر الذي يتعارض مع النظام العام الفرنسي. ويظهر هذا التعارض بشكل خاص إذا كانت المرأة متوطنة في فرنسا أو تملك الجنسية الفرنسية. مع ملاحظة أن القضاء الفرنسي واجه صعوبات عملية لإثارة الدفع بالنظام العام فيما يخص هذه المفاهيم الأساسية للعلاقات الزوجية وهذا ما يفسر التناقضات الأساسية التي تميز بها الاجتهاد في هذا المجال[5].

وفي سويسرا أيضا رفض القضاء الاعتراف بمثل هذا الطلاق في قضية زوجان مصريان مقيمان بسويسرا، حيث طلق الزوج زوجته عن طريق الوكالة، ثم سافر إلى المغرب وتزوج بمغربية، ورجع إلى سويسرا وطلب الحصول على تصريح

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص257- 258.
[2] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص187.
[3] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص263.
[4] انظر، محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول(عقد الزواج وآثاره)، المرجع السابق، ص125.
[5] مقتبس عن بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، المرجع السابق، ص539- 540.

PDF Eraser Free

بالإقامة لزوجته المغربية لكن محكمة " جنيف " رفضت هذا الطلاق وطلبت من الزوج إتباع إجراءات الطلاق المعمول بها في سويسرا[1].

ورفض القضاء الفرنسي في قضية(patino)[2] تجزئة القانون الأجنبي بشكل يمنع تطبيق جزء منه دون الآخر، وتطبيقا لذلك قرر استبعاد القانون البوليفي لمخالفته النظام العام الفرنسي كونه لا يعرف التفريق الجسماني، وإحلال محله القانون الفرنسي ليس فقط فيما يتعلق بفك الرابطة الزوجية عن طريق الانفصال الجسماني، بل أيضاً مسألة النظام المالي لهما[3].

أما في الدول الإسلامية فيستعبد قانون جنسية الزوج لتعارضه مع النظام العام إذا كان يمنع على الزوج المسلم أن يطلق زوجته، أو إذا كان القانون الأجنبي لا يقضي بتطليق المسلمة من زوجها إذا ارتد عن الإسلام[4].

كما رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بآثار الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة الذي يوقعه الأزواج الجزائريين في الخارج. متى كانت الزوجة المطلقة فرنسية. وذلك حتى لا يستطيع هؤلاء الأزواج إجراء الطلاق في بلدانهم الأصلية. ثم الرجوع إلى فرنسا وطلب الاحتجاج بهذا الطلاق أمام القضاء الفرنسي[5]. وقد تجلى ذلك من خلال القرار[6] رقم 256 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 2004/02/17 والذي رفضت فيه الاعتراف بالطلاق الصادر عن القضاء الجزائري بدعوى أن ذلك يتعارض مع مبدأ المساواة بين الزوجين الذي كرسه الفصل الخامس

---

[1] Sami A. Aldeeb Abu-sahlieh, conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe, revue internationale de droit comparé, octobre-décembre 1997, N ^{0}4, P.832.

[2] Cf. Cass. civil.,15/05/1963.

[3] مقتبس عن محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص167.

[4] انظر، أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص428.

[5] مقتبس عن محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص173.

[6] CF. Cass. Civil., 17/02/2004, arrêt n^{0}256. WWW.Cour de cassation.FR

PDF Eraser Free

من البروتوكول رقم 7 الصادر في 1984/11/22 المضاف إلى الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية[1].

إن الاستخدام المتكرر لآلية الدفع بالنظام العام سيعطل بشكل كامل آلية تنازع القوانين. فلا يمكن قبول استبعاد القانون الأجنبي لمجرد اختلافه عن قانون دولة القاضي. ومن جانب آخر، لا يمكن التذرع بمنطق احترام الحقوق الأساسية التي نصت عليها الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، ذلك أن هذه الاتفاقية ليست إلا تعبيراً عن ثقافة إقليمية. وهذا يعني أن أسباب رفض الطلاق الإسلامي تتجاوز بشكل كبير الاعتبارات القانونية، وإنما ترتبط بالأساس باعتبارات سياسية وسوسيولوجية تتعلق بشكل مباشر بمشكل الهجرة. وهذا ما يكرس رؤية مجردة للنظام العام وغير متلائمة مع الواقع[2].

والجدير بالذكر، أن تطبيق القانون الأجنبي وفقا لقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري قد يصطدم بفكرة النظام العام ويتعطل تطبيقه، كما لو كان القانون الأجنبي يعتبر الزواج رابطة أبدية ترفض الانحلال. كما يلاحظ بأن القضاء الفرنسي يقضي باعتبار الاتفاق بين الزوجين على عدم الطلاق مخالفا للنظام العام في فرنسا[3]. وثمة قرارات قضائية فرنسية تقضي بالإبقاء على الاختصاص المبدئي لقانون الطلاق، مع إمكانية استبعاده إذا كان يتعارض مع النظام العام الفرنسي، كما لو كان يرفض الحق في منح النفقة الغذائية[4].

[1] انظر، محمد بنحساين، المشاكل القانونية للعمال المغاربة بالخارج مع أحكام الطلاق، مجلة القانون المغربي، العدد 13، 2009، ص229.

[2] انظر، حسن ابراهيمي، انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي- الطلاق بالإرادة المنفردة نموذجاً-، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، المغرب، 2009، ص62- 66.

[3] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص77.

[4] انظر، موحند إسعاد، المرجع السابق، ص310.

PDF Eraser Free

وتطبيقا لمبدأ استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الطلاق بسبب الدفع بالنظام العام، استبعدت محكمة التعقيب التونسية في قرارها[1] الصادر في 16 يونيو 1987 القانون المغربي وطبقت القانون التونسي على طلاق بين أزواج مغاربة وزوجات تونسيات استنادا إلى فكرة النظام العام التونسي، وهذا لأن مقتضيات القانون المغربي في مادة الطلاق لا تمنح للزوجة الحق في طلب الطلاق لمجرد رغبتها فيه؛ وإنما في حالات محددة على سبيل الحصر ولا تنطبق إحداها على وقائع هذه القضية. وكان الزوج قد طالب بتطبيق القانون المغربي المختص أصلا بحكم الطلاق استنادا إلى اتفاقية الاستيطان المبرمة بين المغرب وتونس التي تقضي في المادة 10 بتطبيق القانون الشخصي على مواطني البلدين. إلا أن المحكمة التونسية طبقت القانون التونسي محل القانون المغربي استنادا إلى آلية النظام العام وحكمت للزوجة التونسية بالطلاق رغم معارضة الزوج[2].

وإذا ما طبق القاضي الوطني القانون الأجنبي مخطئاً بأن طبق قاعدة غير تلك التي يجب تطبيقها، فهل يجوز للمحكمة العليا أن تبسط رقابتها على ذلك الخطأ في تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه؟

لقد انقسمت قوانين الدول في معالجة هذه المسألة، بحيث اعترضت الكثير من الدول على رقابة المحكمة العليا على تفسير القوانين الأجنبية. بينما ذهبت دول أخرى إلى الأخذ بمبدأ الرقابة. وإذا رجعنا إلى نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجدها تنص على ما يلي:" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:...

5- مخالفة القانون الداخلي،

[1] نشرية مجلة التعقيب التونسية، 1987، ص223، مقتبس عن خالد برجاوي، المرجع السابق، ص201.
[2] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص200 وما بعدها.

PDF Eraser Free

6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، ...".

إذن، يفهم من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يسمح للمحكمة العليا برقابة تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية[1]. فلو فرضنا أن قاعدة الإسناد أشارت باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، وتبين للقاضي أن القواعد التي تتضمنها شريعة من الشرائع الطائفية لغير المسلمين تتعارض مع النظام العام في بلده، يتوجب عليه عندئذ استبعاد حكم الشريعة الطائفية، ويخضع القاضي في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض[2].

ومن تطبيقات القضاء الجزائري في هذا الصدد، ما قضت به المحكمة العليا في قضية تنفيذ حكم قضائي أجنبي خاص بنفقة الحضانة حيث اعتبرت أن منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي، قضى بالنفقة بالعملة الصعبة لحاضنة في بلد أجنبي لا يشكل مخالفة للقانون، حيث جاء في بعض حيثيات هذا القرار ما يلي:

"- حيث أن القرار – المنتقد – لم يخالف أي قاعدة جوهرية في الإجراءات، كما أنه لم يخالف القانون الوطني، وذلك لأن الحكم بأجرة شهرية للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة أولادها والذين أسندت حضانتهم لها – لا يعد مخالفة جوهرية في الإجراءات- لأن قيام الحاضنة بهذه المهمة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة وتعقيداتها ليست نفس المهمة إذا أسندت لها في وطنها وموطنها...

- حيث يلاحظ بأن القرار المطعون فيه تناقضا بين إحدى حيثياته(بالصفحة الرابعة منه) وبين منطقوه إذ جاء في الحيثية المشار إليها أعلاه (حيث أن الحكم المراد تنفيذه في قضية الحال يتنافى في جزء منه مع النظام العام في بلادنا والمتمثل في

[1] انظر، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص98- 106.
[2] انظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص136.

PDF Eraser Free

تحديد النفقة بالعملة الأجنبية(الفرنك الفرنسي) مما يتعين عدم تنفيذه في هذا الخصوص، غير أن منطوق هذا القرار نص (على تأييد الحكم المستأنف).

– لكن حيث أن مثل هذا الخطأ كان من المفروض طلب تصحيحه من نفس المجلس الذي ارتكب مثل هذا الخطأ، ولا يعد هذا الأخير وجها من أوجه الطعن بالنقض لأن أوجه النقض حصرتها المادة (233) من قانون الإجراءات المدنية، ولا يدخل ضمنها مثل هذا الخطأ السالف الذكر، بل تخص تناقض الأحكام النهائية الصادرة من محاكم مختلفة، الأمر الذي يجعل الأوجه المثارة غير وجيهة يتعين معه رفضها وتبعا لذلك رفض الطعن..."[1].

ويورد الفقه المصري بعض الأمثلة التي تبين تعارض شرائع غير المسلمين مع النظام العام المصري، حيث جاء في المادة 69 من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لعام 1955 ما نصه:" يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج، وفي هذه الحالة لا يجوز لمن قضى بحرمانه أن يتزوج إلا بتصريح من المجلس".

لقد فسر هذا النص على أن فيه مساس بحرية أساسية من الحريات العامة وهي حرية الزواج وتكوين الأسرة. ومن ثم يتوجب على القاضي استبعاده لتعارضه مع النظام العام في مصر. ومن الأمثلة أيضاً المعززة لهذا المبدأ أن نظام الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية لم ينص على وجوب العدة بعد الطلاق الأمر الذي يشكل مخالفة صارخة للنظام العام المصري[2].

[1] انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/04/12، ملف رقم 355718، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 01، ص477 وما بعدها.
[2] انظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص137- 138.

PDF Eraser Free

الفرع الثاني

الغش نحو القانون

ويستبعد أيضاً تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الطلاق بسبب الغش نحو القانون الواجب التطبيق، عندما يقع هذا التحايل بتغيير الجنسية، حيث يتهرب من يغير جنسيته من حكم قانون أحواله الشخصية إلى قانون يحقق له غرضا يرمي إليه. وقد تناول الفقه هذه المسألة بصدد قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية الأميرة دي بوفرمون Beaufferment وتتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من ضابط فرنسي، ساءت العلاقات بينهما ووقع بينها وبين زوجها انفصال جسماني في سنة 1874 وأرادت أن تحوله إلى طلاق. ولم يكن القانون الفرنسي آنذاك يجيز الطلاق، فانتقلت إلى ألمانيا واكتسبت جنسية إحدى الإمارات هناك، وحصلت على حكم بالتطليق وفقا لقانون جنسيتها الجديدة. ثم تزوجت بالأمير الروماني بيبسكو Bibesco، فطعن الزوج الأول في صحة هذا الزواج الثاني ورفض الاعتداد بحكم الطلاق السابق. وفعلا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 مارس 1878 ببطلان هذا الزواج بسبب الغش نحو القانون الفرنسي[1]، لأن تغيير السيدة " بوفرمون" لجنسيتها قصدت به التحايل على أحكام القانون الفرنسي الذي كان يحظر الطلاق، وعليه قضت المحكمة بعدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزوجية الأولى قائمة[2].

أما إذا حصل الزوجان على الطلاق طبقا لقانون جنسية أحدهما وكان هناك تقارب بين قانوناهما الشخصيان مقارنة مع أحكام القانون الفرنسي، فلا يمكن

[1] مقتبس عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص160.
[2] انظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص315.

PDF Eraser Free

اتهامهما بالغش أو رفض إعطاء الأمر بالتنفيذ إلا إذا كانا قد انتقلا إلى الخارج رغبة في الخضوع لأحكام قانون القاضي الأجنبي الأقل تشددا[1].

وقد يكون التحايل باصطناع قاعدة التنازع وذلك باختيار عرض طلب الطلاق على قضاء معين، ومن ذلك إقامة لبنانين مارونيين في فرنسا بصورة مصطنعة الغرض منها هو الخضوع للقانون الفرنسي الذي يخضع الطلاق لقانون محل الإقامة من أجل الحصول على الطلاق، والتهرب من تطبيق أحكام قانون الطائفة التي ينتميان إليها والذي يمنع انحلال زواجهما[2].

وبالنسبة للدول الإسلامية فيؤثر اعتناق الديانة الإسلامية أو الارتداد عنها على استمرار رابطة الزواج. وتطبيقاً لذلك، أجاز القضاء للمسلم أن يطلق زوجته استنادا إلى فكرة النظام العام حتى ولو كان قانونه الشخصي يمنع الطلاق أو تم الاتفاق على عدم الطلاق، إذ يقع باطلا كل اتفاق يقضي بالتنازل عن الطلاق. والحكم ذاته ينطبق على الحضانة باعتبارها أثرا من آثار الطلاق، فلا يجوز أن يسند الحق في حضانة الأطفال[3] المسلمين للأم الأجنبية إذا لم تكن مسلمة[4]. كما يستبعد القانون الأجنبي الذي يقضي بفك الرابطة الزوجية عندما يغير الزوج الأجنبي دينه إلى الإسلام، ذلك أن السماح بتطبيق هذا القانون يتعارض مع حق الزوج المسلم في الزواج من كتابية. ويستبعد القانون الأجنبي أيضاً إذا كان يرفض الطلاق بسبب دخول الزوجة في الإسلام إذا كان زوجها كتابيا، ذلك أن استمرار قيام رابطة الزوجية

[1] انظر، نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومه، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006، ص132.
[2] انظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص799.
[3] يواجه أطفال الزواج المختلط مشكلات قانونية واجتماعية كبيرة خاصة فيما يتعلق بتربية الأبناء بسبب رغبة أحد الزوجين تغليب ثقافته على ثقافة الآخر. غير أنه في أحيانا أخرى قد يصبح هذا الاختلاف الثقافي مصدر إغناء لثقافة الأطفال. انظر، السعدية أعنطري، زواج المغربيات بالأجانب وتأثيراته على مستوى العلاقة الزوجية وتربية الأبناء، المرجع السابق، ص8 ؛ عبد الرحيم العطري، الزواج المختلط والحراك الاجتماعي، ص6، www.islamonline.net
[4] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص187.

PDF Eraser Free

بين المسلمة وغير المسلم يتعارض مع مبدأ أساسي في نظام الزواج في الدول الإسلامية وهو مبدأ عدم زواج المسلمة بغير المسلم[1].

ويرى الدكتور جعفر الفضلي أنه إذا كان الغرض من تغيير الدين هو التحايل على القانون، فيجب السماح للقاضي بعدم الاعتداد بهذا التغيير حتى لا يحقق هذا الشخص مآربه الخاصة تحت غطاء منعه من الارتداد عن الإسلام[2].

المطلب الثالث

نطاق إعمال قانون جنسية الزوج

إن تحديد مفهوم الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني من مسائل التكييف التي تخضع لقانون القاضي[3]، ولتحديد مجال تطبيق قانون جنسية الزوج بشأن مسائل الطلاق، لابد من التمييز هنا بين المسائل الموضوعية مثل الشروط التي يجب أن تتوفر في المطلق، وما هي القيود التي ترد على استعمال الطلاق، وهل يجوز التوكيل فيه أم لا؟ وما هي الأسباب التي تلجأ إليها الزوجة للمطالبة بالتطليق أو الانفصال؟ وما هي المدة اللازمة لتحويل الانفصال إلى تطليق؟ فكل هذه المسائل تخضع إلى قانون جنسية الزوج[4].

أما الآثار التي تتصل بحالة كل زوج على حدة، فلا تخضع لقانون جنسية الزوج، وإنما تخضع للقانون الشخصي؛ أي لقانون جنسية كل زوج على حدة. وعليه

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص259- 260.
[2] انظر، جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص244- 245.
[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص255.
[4] انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص259؛ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص183.

PDF Eraser Free

فإن قانون جنسية الزوجة المطلقة هو الذي يحدد لنا مثلا إمكانية زواجها بزوج آخر أو استرداد الاسم الذي كانت تحمله قبل الزواج[1].

وبالنسبة للإثبات، فيتولى قانون جنسية الزوج تحديد القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات مثل تحديد من يقع عليه عبء إثبات الطلاق، أدلة الإثبات، قوتها الثبوتية. بينما يستقل قانون القاضي بحكم المسائل المرتبطة بطرق إعمال الأدلة وإجراءات الإثبات، فهو الذي يبين لنا مثلاً كيفية أداء الشهادة، أو كيفية تقديم الدليل الخطي. مع تسجيل هنا، أنه يجب ألا يؤدي تطبيق قانون القاضي إلى مخالفة ما يوجبه القانون المطبق على الموضوع[2].

وبخصوص المسائل الإجرائية كتحديد جهة معينة دينية أو مدنية أو هيئة قضائية يتم التصريح لديها بالرغبة في فك الرابطة الزوجية، فقد أثارت جدلا فقهيا كبيرا بين إخضاعها لقانون القاضي باعتبارها من الإجراءات وبين إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من المسائل الموضوعية[3].

وتخضع إجراءات الطلاق والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري إلى قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع، وذلك استنادا للقاعدة العامة الواردة في المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

مع ملاحظة أنه بالنسبة للتمثيل في الدعوى القضائية يخضع للموضوع وليس للقانون الذي يحكم قواعد الاختصاص والإجراءات؛ وتدعيما لهذا الاتجاه

[1] انظر، أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص428.
[2] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص94- 95.
[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص260.

PDF Eraser Free

اعتبر القضاء الفرنسي أن أهلية التقاضي تخضع للقانون الشخصي[1]، كما تخضع الولاية والوصاية والقوامة لقانون الشخص الذي تجب حمايته[2]. وقد يلجأ القاضي الوطني إلى الإنابة القضائية فيما يتعلق ببعض الإجراءات التي يتعين القيام بها في الخارج كالتحقيق أو تبليغ الرسوم، ويتم القيام بهذه الإجراءات وفقا لقواعد الاختصاص والإجراءات التي تخضع لها السلطة القضائية المطلوب منها إجراؤها[3].

ولقد تناول المشرع الجزائري في القسم الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات الطلاق وذلك في المواد 427 إلى غاية 452، وتحديدا المادة 429 التي نصت على إجراءات الطلاق بالتراضي، حيث جاء فيها ما يلي:" يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي:"

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب.

2- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما.

3- تاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر.

4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين".

وفي حالة طلب الطلاق من أحد الزوجين نصت المادة 436 على ما يلي:" ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى".

---

[1] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص76.

[2] تنص المادة 15 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته.
غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة، إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

[3] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص76.

PDF Eraser Free

وتضيف المادة 438 أنه:" يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه.

ويجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".

وفيما يخص عبء الإثبات، فيخضع لقانون الموضوع وذلك لتعلقه المباشر بمصالح الطرفين. بينما تخضع إدارة الإثبات لقانون الإجراءات الذي تخضع له المحكمة المطروح عليها النزاع[1].

ويدخل أيضاً ضمن نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج كافة آثار الطلاق كالنفقة والتعويض، بينما لا يدخل في مجال تطبيق هذا القانون الآثار التي تتصل بحالة الزوج أو الزوجة كل على حدة بعد انتهاء الرابطة الزوجية، بل تبقى خاضعة لقانون جنسية كل زوج على حدة؛ فالقانون الشخصي للزوجة هو الذي يحدد مدى إمكانية زواجها بزوج آخر، كما يحدد قانون جنسية الزوج ما إذا كان بإمكانه الزواج مرة ثانية[2]. بقي أن نشير هنا إلى أنه بالنسبة للمسائل المستعجلة التي تقرر لصالح الزوجة والأولاد، مثل حق المطلقة الحاضن في السكن الزوجي[3]، أو تقدير النفقة الوقتية، فأمثلة هذه المسائل تخضع لقانون القاضي حتى ولو كان القانون الأجنبي لا يضع حلولا وقتية لمثل هذه المسائل[4].

---

[1] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص77.

[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص256- 257.

[3] تنص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.
وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

[4] انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص96.

PDF Eraser Free

وفيما يتعلق بالمسائل المرتبطة بالشكل مثل شهر وإعلام الغير بالطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، أو التأشير به في سجلات الحالة المدنية[1] فتخضع لقانون محل إبرام الزواج.

ويبين لنا القانون الذي يحكم انحلال الزواج في فرنسا أسباب الطلاق أو الانفصال الجسماني وآثاره[2]. ويتعين الرجوع إليه أيضاً لمعرفة حق الزوجة في الاحتفاظ باسم زوجها أو إسناد حضانة الأبناء. ويتحدد هذا القانون عند المشرع المغربي بالقانون الشخصي المشترك أو القانون الوطني لكل واحد من الزوجين في حالة اختلاف الجنسية.

إن الأثر المترتب على الطلاق فيما يتعلق بشخص الزوجين، هو إرجاع الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام الزواج .وتطبيقا لذلك يسقط حق الزوجة في استعمال لقب الزوج في التشريعات الغربية، وتتم تصفية النظام المالي بينما يسقط حق الزوج في الإنفاق على زوجته في التشريعات العربية بعد التصريح بالطلاق دون الإخلال بحقها في نفقة العدة[3].

وتخضع آثار انحلال الزواج كنفقة الزوجة المطلقة والأولاد المحضونين ومن له الحق في الحضانة ومدة الحضانة إلى القانون المختص بانحلال الزواج مع ملاحظة أنه بالنسبة للآثار المرتبطة بالحالة الشخصية مثل إمكانية إعادة الزواج، أو حق الزوجة في استرداد اسمها السابق على الزواج، فإنها تصنف ضمن الفئة المسندة " حالة الشخص" وبالتالي تخضع لنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري[4].

---

[1] حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة 49 على أنه:" تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

[2] François MELIN, op.cit, p.153.

[3] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص100.

[4] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص184.

PDF Eraser Free

وإذا اعتبرنا الميراث أثرا لانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة، فإن المشرع الجزائري قد خصه بقاعدة إسناد مستقلة وأخضعه إلى قانون جنسية الهالك، كما دل على ذلك نص المادة 16 مدني جزائري حيث جاء فيها نما يلي:" يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الوصي أو من صدر منه التصرف وقت موته...". بينما نجد المشرع الفرنسي يميز بين ميراث المنقول الذي يخضع إلى قانون موطن المتوفى وبين ميراث العقار الذي أخضعه إلى قانون موقع العقار.

ومن ثمة ينبغي الحرص على تحقيق تجانس في الحلول التطبيقية لفض تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق نظرا للتداخل الموجود في المراكز القانونية التي تنظمها قواعد الإسناد. كما هو الشأن أيضاً بالنسبة للحضانة التي تثير إشكالات كبيرة مثل من له الحق في تولي الحضانة، وحق الزيارة وإشكالات تقدير النفقة[1].

المطلب الرابع

الحضانة وإشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق

الحضانة كما عرفها الفقهاء هي:" تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه والاهتمام بنظافته في سن معينة ممن له حق تربيته"[2]. وتعرف أيضاً بأنها:" تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة".[3] أو هي:" سلطة يجعلها الشارع لإنسان معين

[1] انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص184 -185.
[2] انظر، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص125.
[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص280.

PDF Eraser Free

على الطفل للقيام بما يلزمه من مؤنة المعيشة وحمايته مما يؤذيه وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحه تماما"[1].

وعرفتها المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ونص عليها المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة:" الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه".

الفرع الأول

حق الطفل في الوسط العائلي

لقد أولت اتفاقية حقوق الطفل للوسط العائلي الذي يولد الطفل في كنفه ويعيش فيه أهمية كبيرة إيماناً من واضعي الاتفاقية بالأثر المباشر والكبير للوسط العائلي في التكوين الجسدي والنفسي للطفل الأمر الذي ينعكس على توجهاته وملكاته في مستقبل حياته إيجاباً وسلباً، ولهذا وجب أن ينشأ الطفل في بيت يملؤه الدفء والحنان[2].

ويدخل في هذا الإطار حق الطفل في عدم فصله عن والديه[3]، نظرا لحاجته الطبيعية إليهما في مثل هذه السن المبكرة، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية نصت المادة 9 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه:" تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، نفس المرجع، ص284.
[2] انظر، فاطمة شحاتة، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص266.
[3] لقد نص المشرع الجزائري في المادة 328 من قانون العقوبات على ثلاثة فئات من الجرائم الماسة بأحكام الحضانة، ويتعلق الأمر بعدم تسليم المحضون، وإبعاد المحضون، وأخيرا اختطاف المحضون من حاضنه. ويلاحظ بأن المشرع قد أدرجها ضمن جريمة واحدة ونص عليها في مادة واحدة وذلك اقتداء بقانون العقوبات الفرنسي القديم وتحديدا المادة 375 من قانون 5 ديسمبر 1901. انظر، عبد الرحمان خلفي، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة(دراسة مقارنة)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2008، العدد02، ص176.

PDF Eraser Free

ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى. وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدين منفصلين، ويتعين اتخاذ قرار بشأن مكان إقامة الطفل"[1]، إذن حق الطفل في الوسط العائلي معترف به ومصان، باستثناء حالة ما إذا كان يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطفل[2].

وقد تميز المشرع التونسي بوضع قانون خاص للطفل، وقد أكد فيه على حق الطفل في الوسط العائلي، حيث ورد في الفصل 08 من مجلة حماية الطفل[3] ما يلي:" يجب أن يهدف كل قرار يقع اتخاذه إلى إبقاء الطفل في محيطه العائلي وعدم فصله عن أبويه إلا إذا تبين للسلطة القضائية أن هذا الفصل ضروري لصيانة مصلحة الطفل الفضلى، ويجب أن يكفل القرار للطفل الحق في مواصلة التمتع بمختلف ظروف الحياة والخدمات الملائمة لحاجياته ولسنه والمتناسبة مع المحيط العائلي العادي".

وجاء في الفصل 11 ما يلي:" تضمن هذه المجلة للطفل المنفصل عن أبويه أو أحدهما حق المحافظة بصورة منتظمة على علاقات شخصية وعلى اتصالات بكلا أبويه وبقية أفراده إلا إذا قررت المحكمة المختصة خلاف ذلك وفقا لمصلحة الطفل الفضلى".

لقد أضحت ظاهرة خطف الأطفال الناجمين عن زواج مختلط من الظواهر المتفشية في عالمنا المعاصر، وساهم في ذلك تزايد عدد حالات الزواج المختلط المبرم بين أجانب ووطنيين. بالإضافة إلى يسر وسهولة حركة تنقلات الأفراد عبر

---

[1] انظر، مرسوم رئاسي رقم 92- 461 مؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية لسنة 1992، العدد91، ص2320.

[2] انظر، فاطمة شحاتة، المرجع السابق، ص274.

[3] انظر، قانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 09 نوفمبر 1995 يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل.

PDF Eraser Free

العالم بسبب تطور وسائل الاتصال والمواصلات. وقد عرفت هذه الظاهرة انتشارا كبيرا خاصة بين مواطني دول المغرب العربي وأوربا.

وللحد من هذه الظاهرة تم إبرام اتفاقية لاهاي المبرمة في 25 أكتوبر 1980 لمعالجة المسائل المدنية لحالات خطف الأطفال خارج الحدود، وقد أكدت المادة 7 من هذه الاتفاقية[1] على ضرورة تعزيز التعاون بين السلطات المختصة في الدول المعنية لضمان العودة الفورية للأطفال، وعلى وجه الخصوص اتخاذ التدابير اللازمة لتحديد موقع الطفل وضمان العودة الطوعية له، وكذا تسهيل الإجراءات القضائية والإدارية اللازمة لعودة الطفل.

الفرع الثاني

التكييف القانوني للحضانة

من المحتمل أن يثور نزاع بعد الطلاق على من له الحق في حضانة الأولاد الناتجين من زواج مختلط. ويتعين على القاضي عندئذ البحث في قواعد

[1] L'article 7 du convention sur les aspect civils de l'enlèvement international des 'enfants *(Conclue le 25 octobre 1980) dispose que* :
« Les Autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs Etats respectifs, pour assurer le retour immédiat des enfants et réaliser les autres objectifs de la présente Convention.
En particulier, soit directement, soit avec le concours de tout intermédiaire, elles doivent prendre toutes les mesures appropriées :
a) pour localiser un enfant déplacé ou retenu illicitement ;
b) pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires ;
c) pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable ;
d) pour échanger, si cela s'avère utile, des informations relatives à la situation sociale de l'enfant ;
e) pour fournir des informations générales concernant le droit de leur Etat relatives à l'application de la Convention ;
f) pour introduire ou favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative, afin d'obtenir le retour de l'enfant et, le cas échéant, de permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite ;
g) pour accorder ou faciliter, le cas échéant, l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, y compris la participation d'un avocat ;
h) pour assurer, sur le plan administratif, si nécessaire et opportun, le retour sans danger de l'enfant ;
i) pour se tenir mutuellement informées sur le fonctionnement de la Convention et, autant que possible, lever les obstacles éventuellement rencontrés lors de son application ».

PDF Eraser Free

التنازع في قانونه عن قاعدة الإسناد التي نظمت مسألة الحضانة، وإذا لم توجد وجب عليه عندئذ التوسع في تحديد مفهوم الفئة المسندة حتى يتمكن من إعطاء الوصف القانوني المناسب؛ وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق[1]، وتطبيقا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري يلتزم القاضي الجزائري بالقانون الجزائري بمفهومه الواسع في تحديد الوقائع وتكييفها بغية إسنادها إلى ضابط الإسناد الذي يشير إلى القانون الواجب التطبيق.

وتتفق القوانين الداخلية المغاربية على إسناد الحضانة للمرأة كمبدأ عام[2]، إلا أن هناك مقتضيات أخرى من شأنها أن تسقط حق الأم في الحضانة كما هو الشأن في حالة زواج المرأة بعد طلاقها من غير قريب محرم[3]، أو إذا كانت غير مسلمة[4]. أو إذا غادرت مكان إقامة الأب[5].

ويرى الدكتور خالد برجاوي أن هذا يعتبر إجحاف في حق المرأة ويكرس تمييز أساسه الجنس الأمر الذي يتنافي مع المبادئ التي أقرتها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان. واتفاقية حقوق الطفل التي تبنت معيارا وحيدا لإسناد الحضانة يتمثل في مصلحة الطفل[6]. كما أن الأحكام القضائية المغاربية التي تصدر استنادا إلى هذه

---

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص274- 275.

[2] تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[3] تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون". وفي هذا السياق أيضا نصت المادة 174 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:" زواج الحاضنة غير الأم، يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين:

1- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون،

2- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

[4] تنص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه".

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة". ومن بين هذه الشروط تربية الولد على دين أبيه.

[5] حيث نص الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي:" إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها".

[6] وفي هذا، تنص المادة 1/9 من اتفاقية حقوق الطفل على ما يلي:" تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل..."

PDF Eraser Free

القواعد التمييزية قد تكون عرضة للاستبعاد من قبل المحاكم الأجنبية وسيرفض القضاء الأوروبي تذييلها بالصيغة التنفيذية لتعارضها مع النظام العام[1].

وفي رأينا، أنه لا يجب الانسياق والجري وراء المبادئ التي تضمنتها المواثيق الدولية والقانون الدولي الخاص المقارن بما يتعارض مع هويتنا وحضارتنا فالطلاق والحضانة وغيرها من الآثار هي من صميم المواضيع الوثيقة الصلة بحالة الأشخاص؛ وكما هو معروف فإن الأفراد يرغبون دائما في خضوع أحوالهم الشخصية لقوانين مستمدة من ديانتهم.

إن مسألة توحيد قواعد التنازع في مسائل الأحوال الشخصية ليست بالأمر السهل بسبب اختلاف مرجعيات الدول في سن قوانين أحوالها الشخصية، وما يزيد الأمور تعقيدا أن الاختلاف التشريعي قد يكون داخل المجموعة القانونية الواحدة مثل القانون التونسي وقوانين الأحوال الشخصية العربية.

وتفاديا لهذا الاختلاف، يجب السعي نحو إبرام اتفاقيات التعاون القضائي الثنائية أو الجماعية من أجل التقليل من صعوبات تطبيق قاعدة الإسناد خصوصا في مجال الأحوال الشخصية. ولا يمكن أن ننسى هنا أيضا دور تقنية الدفع بالنظام العام– المعروفة والمقبولة الاستعمال في القانون الدولي الخاص المقارن– في استبعاد القانون الأجنبي وبالتالي ضمان احترام القيم الحضارية والسياسة التشريعية لكل دولة[2].

www.tribunejuridique.blogspot.com
@tribunejuridique المنبر القانوني

[1] انظر، خالد برجاوي، المرجع السابق، ص217- 218.
[2] انظر، خالد برجاوي،المرجع السابق، ص231- 234.

PDF Eraser Free

الفرع الثالث

القانون الذي يحكم الحضانة

لقد تعددت الآراء في حالة اختلاف جنسية الزوجين حول تحديد القانون الذي يحكم الحضانة بين مؤيد لتطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج، ومؤيد لتطبيق القانون المطبق على عديمي الأهلية، وإن كانت أغلب التشريعات تميل إلى إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الطلاق[1]، وقد تعددت الآراء الفقهية بشأن ترجيح القانون الشخصي لأحد أطراف الحضانة على غيره من القوانين ذات الصلة بالنزاع. وسنعرض لهذه الاتجاهات فيما يلي:

الاتجاه الأول: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الزواج:

يكيف أنصار هذا الاتجاه الحضانة ضمن آثار الزواج. ولهذا وجب إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. وهذا راجع لكون الحضانة مظهر أساسي ملازم لولاية الأبوين على نفس ومال الصغير[2].

الاتجاه الثاني: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم انحلال الزواج:

يرى مؤيدو هذا الاتجاه بأن الحضانة أثر من آثار الطلاق أو التطليق أو الانفصال. ولا يمكن أن تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج ما دام أن العلاقة الزوجية انتهت، وبالتالي تخضع الحضانة للقانون الذي يحكم آثار الطلاق[3]. وهذا ما يوجب إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى عملا بنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري والمادة 2/13 من القانون المدني المصري.

---

[1] انظر، خالد برجاوي نفس المرجع، ص217.

[2] انظر، أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص، ص228، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص350.

[3] انظر، جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص27.

PDF Eraser Free

الاتجاه الثلث: إخضاع الحضانة لقانون الموطن العادي والفعلي للطفل:

ظهر هذا الاتجاه في القانون الانجليزي، ويقضي بأن القانون الذي يحكم مسائل الحضانة ذات العنصر الأجنبي هو قانون الموطن العادي والمألوف لإقامة الطفل المحضون ويمكن للقاضي الاستدلال عليه من خلال بعض العناصر مثل عائلة الطفل والمدرسة التي يدرس فيها[1].

الاتجاه الرابع: إخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته:

حسب هذا الرأي تخضع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته سواء كان هذا القانون هو قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق. أو قانون جنسية الدولة التي ينتمي إليها الطفل بجنسيته. وما يبرر الفرض الأول أن مشكلة الحضانة لا تثور إلا عندما تنحل رابطة الزواج. وفي تطبيق الفرض الثاني: يكون الطفل هو مركز الثقل والخطورة في المركز القانوني الجديد بخصوصه. وعليه تراعى عندئذ مصلحة الصغير البحتة[2].

ولقد خص المشرع التونسي الحضانة بنص خاص حدد لنا فيه القانون الواجب التطبيق على الحضانة، حيث نص في الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه:" تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجيّة أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه.

ويطبّق القاضي القانون الأفضل للطفل". ويضاف إلى ذلك أيضا المشرع الكويتي الذي نص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، حيث جاء في المادة43 من قانون

[1] مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص358.
[2] انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص848- 849، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص359- 360.

PDF Eraser Free

تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ما يلي:" يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة".

وبالنسبة للقانون الجزائري، فبالرغم من عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فإن الأمر جار على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره. وحسما للخلاف الفقهي القائم حول مسألة تكييف الحضانة وتحديد القانون الذي يحكمها، يجب على المشرع الجزائري إحداث نص خاص ينظم هذه المسائل مسايرة لما وصل إليه الفقه والقانون المقارن من تطور ملموس فيما يخص الحلول المقترحة في هذا المجال، خصوصا وأن الحضانة تعد من أعقد وأبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب خاصة الفرنسيين منهم.

إن أكبر المشكلات التي تترتب على الزواج المختلط بين جزائري وأجنبية هو مشكلة الحضانة في حالة انحلال هذا الزواج. وطبقا للمادة 64 فإن الأم الأجنبية تكون أولى بالحضانة إذا كانت مقيمة بالجزائر أما إذا كانت تقيم بالخارج فيسقط عنها حق الحضانة لأن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه[1].

إن حق الحضانة للأم الأجنبية مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة. وإذا كان الوالدان يقيمان معا في الخارج، فلا يثور أي إشكال فيما يخص تربية الأولاد على دين أبيهم وحق الزيارة[2]. وفي هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الأعلى جاء في حيثياته ما يلي:

[1] انظر، عليوش قبوع كمال، المرجع السابق، ص240.

[2] بخصوص هذا الحق اعتبرت المحكمة العليا زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره، حق له وغير مرتبطة بسن معينة، المحكمة العليا، غ.أ.ش 2006/01/04، ملف رقم 350942، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص455.

PDF Eraser Free

" ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر، فالمجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة وقرر أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا والحال أنهما يسكنان معا بفرنسا فتطبق في القضية القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة وتكون حيث يقيمان بفرنسا أو غيرهما من الدول الأجنبية"[1].

وتم تعزيز هذا الموقف في قرار آخر جاء فيه ما يلي:

" ما دام الوالدان يقيمان معا بفرنسا... وما دامت الحاضنة قد طالبت الإقامة بالمحضون في فرنسا... وما دام الأب لم يعارض في إقامة ابنه خارج الجزائر لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، فإن ذلك يتطلب تقدير مكان الحضانة وتحديد مبالغ النفقة طبقا لطلبات الأطراف وظروف المعاش بالبلد الذي تمارس فيه وحالة الطرفين، الشيء الذي كان على القضاة مراعاته قبل أي شرط.

فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يلتزم فيه قضائه، بأحكام المواد76 و77، 78 و79 من قانون الأسرة فاستحق النقض الجزئي"[2].

وعندما يقيم الوالدان في بلدين مختلفين، فغالبا ما يسقط حق الأم الأجنبية في الحضانة، وفي هذا الإطار جاء في حيثيات قرار المجلس الأعلى ما يلي:

" وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر قرارات في مسألة الحضانة واتخذ مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها، يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد كل هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه.

[1] انظر، المجلس الأعلى، 1989/12/25، المجلة القضائية، 1991، العدد 03، ص61.
[2] انظر، المحكمة العليا، 1993/06/23، المجلة القضائية، 1994، العدد 01، ص72.

PDF Eraser Free

وعليه ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاهما حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب، فإبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما ومن عادات قومهما، ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير المعقول"[1].

ولكن السؤال المطروح هنا: ما هو الدين الذي يلقن للمحضون؟

إذا رجعنا إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تشترط أن تكون تربية الابن على دين أبيه، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تجنب المخاطر التي قد تترتب عن تطبيق مبدأ حرية اختيار دين الطفل المحضون، فالولد وهو في سن صغيرة لا يمكنه اختيار الدين الذي يعتنقه، ومن ثم يكون عليه لزاما طاعة والديه، ثم إن مراعاة المبدأ القاضي بعدم زواج المسلمة بغير المسلم يترتب عليه أن يكون الأطفال الناجمين عن زواج مختلط مسلمين بصفة تلقائية[2].

إن الاعتداد بالحالة الدينية لممارسة الحضانة نتج عنه مشكلات قانونية وسياسية واجتماعية ونفسية، وهذا بسبب الاختلاف الموجود بين القانون الشخصي للأب والقانون الشخصي للأم والقانون الشخصي للطفل، وتفاديا لهذه الإشكالات لجأت بعض الدول الغربية كفرنسا واسبانيا إلى إبرام معاهدات ثنائية مع بعض دول المغرب العربي[3].

[1] انظر، المجلس الأعلى، 1990/01/28، المجلة القضائية، 1990، العدد04، ص74.
[2] انظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، السنة الجامعية 2005/2004، ص297- 298.
[3] انظر، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص134.

PDF Eraser Free

وعلاوة على هذا، فإن حق الأم الأجنبية في الحضانة يسقط بسبب بعد المسافة بين الحاضنة ومن يملك حق الزيارة، وهذا ما يستخلص من حيثيات قرار المحكمة العليا التالي:

" وحيث أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، ويعود إلى أن ألأم تقيم بفرنسا والأب مقيم بالجزائر ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة"[1].

وإضافة إلى هذه الحلول التشريعية والقضائية توجد بعض الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي أبرمت في هذا المجال، وتقدم حلولا من شأنها تذليل الصعوبات العملية التي يثيرها موضوع حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط. وفي هذا الصدد فقد أبرمت الجزائر اتفاقية ثنائية[2] مع فرنسا خاصة بأولاد الزوجين المختلطين والمتفرقين. وقد تضمنت هذه الاتفاقية بعض الإجراءات التي من شأنها دعم التعاون القضائي، وتحقيق حماية أحسن للأطفال الناجمين عن الزواج المختلط. حيث نصت المادة الثانية من الاتفاقية على مايلي:" يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

أ) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر،

ب) تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

[1] انظر، المحكمة العليا، 1995/11/21، نشرة القضاة، العدد 52، ص102.

[2] انظر، مرسوم رقم 88- 144 مؤرخ في 26 يوليو 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، المبرمة في الجزائر في 21 يونيو 1988. الجريدة الرسمية، 1988، العدد 30، ص1097.

PDF Eraser Free

ج) تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

د) تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

هـ) ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم...".

ونصت المادة 06 من نفس الاتفاقية على أنه:

" يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودها".

وأكدت المادة 08 من الاتفاقية المذكورة أعلاه على أنه:

" يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما".

وأوضحت أيضا المادة 09 من الاتفاقية المذكورة أعلاه بأنه:

" تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني".

لقد حاولت هذه الاتفاقية حل مشكلات الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والفرنسيين، والذي في الغالب تكون فيه الأم فرنسية. ويلاحظ بأن هذه الاتفاقية قد وضعت مصلحة الطفل فوق كل اعتبار. ومع ذلك فإن الاختصاص القضائي غالبا ما ينعقد للقضاء الفرنسي استنادا إلى موطن الزوجية المشتركة. وهذا الأخير يأخذ غالبا بالمصلحة المادية للمحضون. ولهذا فإن حسم هذه المشاكل يكون بوضع قاعدة

PDF Eraser Free

إسناد خاصة يدرج فيها الاختصاص التشريعي للقانون الشخصي للطفل، ولا يستبعد هذا القانون إلا إذا كان يتعارض مع مصالحه[1].

ويدخل ضمن هذا السياق أيضا ما نصت عليه الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المغربية[2] والمملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال. فقد نصت المادة الأولى على ما يلي:" يتعلق موضوع هذه الاتفاقية بما يلي:

أ) ضمان رجوع الأطفال المنقولين أو المحتفظ بهم بصفة غير قانونية في إحدى الدولتين المتعاقدتين؛

ب) الحصول على الاعتراف بالمقررات القضائية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة الصادرة فوق تراب إحدى الدولتين المتعاقدتين وتنفيذها فوق تراب الدولة الأخرى؛

ج) تسهيل حرية ممارسة حق الزيارة فوق تراب الدولتين.

تعمل الدولتان المتعاقدتان على اتخاذ كل الإجراءات المناسبة لضمان تحقيق أهداف هذه الاتفاقية. ولهذا الغرض يلجآن إلى المساطر الاستعجالية المنصوص عليها في قانونهما الداخلي". كما تناولت الاتفاقية المذكورة أعلاه حق الزيارة، بنصها في المادة 13 على ما يلي:"

-1 يمكن توجيه الطلب الرامي إلى تنظيم أو حماية ممارسة حق الزيارة إلى السلطة المركزية؛

[1] انظر، فتيحة يوسف، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، العدد 03، ص196- 197.

[2] انظر، ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 13 ماي 1999 بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، الجريدة الرسمية رقم 4700 الصادرة بتاريخ 17 يونيو 1999، ص1544.

PDF Eraser Free

-2 يتم الاعتراف بمقتضيات المقرر القضائي المتعلق بحق الزيارة وتنفيذها ضمن نفس الشروط المتطلبة في القرارات المتعلقة بحق الحضانة؛

-3 تقوم السلطة المركزية مباشرة أو بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة:

أ) باتخاذ أو العمل على اتخاذ- قدر الإمكان- التدابير الملائمة من أجل إزالة العراقيل التي تحول دون ممارسة حق الزيارة ممارسة هادئة؛

ب) بالعمل- عند الاقتضاء- على إحالة الدعوى على المحكمة المختصة قصد تنظيم أو حماية حق الزيارة، ويمكن لهذه المحكمة أن تحدد طرق الشروع فيها وفي ممارستها؛

ج) بالعمل عند الاقتضاء على إحالة الدعوى على المحكمة المختصة قصد البت في حق الزيارة، بناء على طلب الشخص المدعي لهذا الحق، إذا لم يكن قد تم البت في هذا الحق أو إذا سبق رفض الاعتراف بالمقرر القضائي المتعلق بالحضانة وتنفيذه".

ومن الاتفاقيات المبرمة أيضا في هذا الإطار نجد الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا تتعلق بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي[1] حيث جاء في الفصل التاسع مايلي:" ينحل الزواج وفقًا لقانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب.

يطبق في الفرقة – إذا كان أحد الزوجين مغربيا والآخر فرنسيا ساعة تقييد الطلب – قانون الدولة التي يقع بها موطن الزوجين المشترك أو آخر موطن مشترك لهما".

[1] انظر، ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 11 من ربيع الأول 1407 (14 نوفمبر 1986) بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981. الجريدة الرسمية عدد 3910 الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 1987، ص 931.

PDF Eraser Free

وينص الفصل العاشر على أنه:" تطبق قواعد تنازع القوانين المقررة في الفصل السابق على الآثار الشخصية الناتجة عن الفرقة.

تطبق على الآثار المتعلقة بحضانة الأطفال والنفقة المستحقة مقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية".

كما شملت الاتفاقية أيضا بعض الأحكام التفصيلية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة، حيث نص الفصل التاسع عشر على أنه:" تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنا فوق ترابهما وتحت مراقبة سلطتهما القضائية حريةِ ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقيد فقط بمصلحة دون أي اعتبار آخر مستمد من قانونهما الداخلي وكذا بحرية ممارسة حق الزيارة. وتلتزم كل منهما عن طريق التبادل بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في الدولة الأخرى في هذا الميدان".

ومن الآليات التي سعت الدول إلى تبنيها لمعالجة المشكلات الناجمة عن حضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة لجنة التعاون الدولي التي أنشأتها مصر بشأن هذه المنازعات. وتضم في عضويتها بعض رجال القضاء وممثلين عن وزارات الداخلية والخارجية ودار الإفتاء، وتعكف هذه اللجنة على دراسة ملفات المنازعات المتعلقة بحضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة بغية تسويتها وديا وإيجاد الحلول لها وفقا لما تقضي به أحكام التشريع المصري والاتفاقيات الدولية في الصدد[1].

وتطبيقا لذلك أبرمت مصر اتفاقية ثنائية مع المغرب بتاريخ 27 ماي1998، ونصت المادة 16 من هذه الاتفاقية على بعض الحلول لمعالجة مشكلات الحضانة

[1] انظر، البشري الشوربجي، مشكلات الزواج المختلط ومعالجتها تشريعيا، ص11،www.eastlaws.com

PDF Eraser Free

حيث جاء فيها ما يلي:" تتعاون السلطات المركزية للدولتين المتعاقدتين في الحالات الآتية:

أولاً– البحث عن الأطفال(الصغار) الذين ينقلون إلى داخل حدود أي منهما بسبب النزاع الناشئ عن حضانتهم.

ثانياً– تزويد الطرف المتعاقد الآخر بالمعلومات التي يطلبها والمتعلقة بالحالة المادية والمعنوية لهؤلاء الأطفال(الصغار).

ثالثاً– اتخاذ التدابير اللازمة لتسليم الطفل(الصغير) لمن له الحق في حضانته وضمان حق زيارته(رؤيته) لأي من ذويه أو الذين يملكون هذا الحق طبقا للقانون أو للأحكام القابلة التنفيذ الصادرة عن محاكم الطرف المتعاقد الآخر.

رابعاً– اتخاذ ما يلزم من إجراءات أمام السلطة القضائية لتسوية ما ينشأ من نزاع حول الحضانة وحق الزيارة(الرؤية)"[1].

لقد تتردد القضاء في مصر بين اعتبار الحضانة في حكم الولاية[2]، وبين اعتبارها من آثار الزواج أو من آثار الطلاق. ويرى الدكتور عزالدين عبد الله"... أن هذه المسألة تدخل ضمن حقوق الأولاد وعلاقاتهم بالوالدين، فالحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، ولذلك يفضل إخضاعها لقانون جنسية الأب"[3].

[1] انظر، ظهير شريف رقم 1.99.9 صادر في 10 ربيع الأول 1420 (24 يونيو 1999) بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة في 2 صفر 1419 (27 ماي 1998) بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية عدد 4718، بتاريخ 19 غشت 1999 ، ص2093.

[2] انظر، محكمة القاهرة الابتدائية، 1952/11/03، مقتبس عن عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص331.

[3] انظر، عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص331- 332.

PDF Eraser Free

إن القانون الذي يحكم تنظيم الحضانة، يجب أن يراعي بصفة كبيرة الطبيعة الخاصة للحضانة، وهذا يقتضي منا تحديد مركز الثقل في العلاقة لتحديد ضابط الإسناد المناسب. واعتبارا أن قانون جنسية الطفل هو القانون الأقرب إلى تحقيق مصلحته، فإننا نضم صوتنا إلى الآراء التي ترجح وضع قاعدة إسناد يكون ضابط الإسناد مستمدا فيها من جنسية الطفل. ويكون وقت الاعتداد بجنسية الطفل هو وقت رفع دعوى الحضانة[1].

الفرع الرابع

تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة

سبق وأن بينا أن تحديد المسائل الموضوعية التي تدخل في نطاق القانون الذي يحكم الحضانة مسألة يحكمها التكييف الذي يخضع لقانون القاضي. ومن أمثلة هذه المسائل: تحديد الشروط التي يجب توافرها في الحاضن، مراتب الحاضنين، أسباب سقوط الحضانة. ونعرض فيما يلي إلى بعض هذه المسائل:

أولا– رؤية المحضون وزيارته ومشكلة السفر ونقله غير المشروع:

من الحقوق الهامة التي يتولى تنظيمها القانون الذي يحكم الحضانة حق والد المحضون في زيارة المحضون ورؤيته. ويقيد هذا الحق حركة الحاضنة الأجنبية في السفر بالمحضون إلى دولة أجنبية أخرى حتى لا يعيق ذلك حق الأب في زيارة أبنائه ورعايتهم[2].

ومع ذلك، وفي الكثير من الحالات يلجأ الوالد الذي ليس له الحق في الحضانة إلى خطف المحضون ونقله إلى بلد آخر. وتفاديا لمثل هذه المشكلات

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص361- 369.
[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص115- 116.

PDF Eraser Free

أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أكدت على حق الطفل في الاستقرار أثناء فترة حضانته وإعادته إلى موطنه المعتاد. ومن هذه الاتفاقيات نذكر: اتفاقية نيويورك[1] لحقوق الطفل المبرمة في سنة 1989. واتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص بشأن الجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقعة في 25 أكتوبر 1980.[2]

وعلى صعيد الاتفاقيات الثنائية نجد الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية و المملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، حيث نصت المادة 7 من هذه الاتفاقية على ما يلي:"

يعتبر نقل طفل من تراب دولة متعاقدة (الدولة الطالبة) إلى تراب الدولة المتعاقدة الأخرى (الدولة المطلوبة) غير مشروع وتأمر السلطة القضائية عندئذ بإرجاعه فورا وذلك:

أ) – إذا وقع النقل خرقا لمقرر قضائي صدر حضوريا وأصبح قابلا للتنفيذ فوق تراب الدولة الطالبة وكان الطفل عند تقديم طلب الإرجاع له محل إقامة اعتيادية فوق تراب هذه الدولة؛

– إذا كان الطفل وأبواه وقت النقل يحملون جنسية الدولة الطالبة وحدها.

[1] حيث نصت المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل على مايلي:" 1- تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة.
2- وتحقيقا لهذا الغرض تشجع الدول الأطراف عقد اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقات قائمة". انظر، اتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92- 461 المؤرخ في 1992/12/19، الجريدة الرسمية لسنة 1992، العدد 91، ص2321.

[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص374- 375.

PDF Eraser Free

ب) إذا وقع خرق لحق الحضانة الممنوح للأب وحده أو للأم وحدها بمقتضى قانون الدولة التي ينتمي إليها الحاضن أو الحاضنة؛

ج) إذا كان النقل مخالفا لاتفاق مبرم بين الطرفين المعنيين ومصادق عليه من طرف سلطة قضائية تابعة لإحدى الدولتين المتعاقدتين"[1].

ثانيا: أجرة الحضانة:

تخضع أجرة الحضانة للقانون الذي يحكم تنظيم الحضانة. ولكن ينبغي أن نميز هنا بين أجرة الحضانة وغيرها من الحقوق المالية المقررة على عاتق والد المحضون للحاضنة. ويفرق الفقه في هذا الصدد بين أجرة الرضاع الذي يمكن أن تقوم به الأم أو غيرها من النساء المرضعات، ونفقة المحضون التي تشمل مأكله ومشربه وملبسه، وأجرة الحضانة التي تتمثل في المقابل المادي الذي تستحقه الحاضنة نظير رعاية الطفل المحضون[2].

وبالنسبة لتدابير الحضانة التحفظية أو الاستعجالية كطلب الأم الحضانة المؤقتة لأطفالها أو السماح لها بمرافقة الطفل المحضون للعلاج فيطبق القاضي الوطني بشأنها مباشرة قانونه بصرف النظر عن جنسية الخصوم[3]. باعتبار أن القاضي يجد نفسه ملزم بإيجاد حل سريع ومؤقت للنزاع المعروض أمامه، ولا يستطيع الانتظار لمدة أطول من أجل القيام بعملية التكييف وغيرها من العمليات الفنية اللازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه وتحديد ما إذا كان مخالفا للنظام العام من عدمه[4].

---

[1] انظر، ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 13 ماي 1999 بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، الجريدة الرسمية رقم 4700 الصادرة بتاريخ 17 يونيو 1999، ص1544.

[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص376- 377.

[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص391- 392.

[4] انظر، صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، المرجع السابق، ص140.

PDF Eraser Free

ولكن في حالات أخرى، يستبعد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام في مادة الحضانة، ويحل قانون القاضي محله كما لو تم الاتفاق بين والدي الطفل على تنازل أحدهما للآخر بما يضر بمصلحة المحضون[1]. أو إذا كان القانون الأجنبي يتضمن تمييزا ضد الأم في ترتيب استحقاق الحضانة بالنظر إلى جنسها كامرأة[2].

وثمة مشكلة أخرى تتعلق بتحديد القانون الذي يحكم أهلية كلية من الحاضن والمحضون وما إذا كانت هذه المسألة تدخل ضمن نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة، أم تسري عليها القواعد العامة الخاصة بالأهلية؟

تعتبر قضية تحديد ما يعد من الأهلية مسألة تكييف يحكمها قانون القاضي ولأن قواعد التنازع لم تعالج المسألة بنص خاص يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن، إلا أن الدكتور صلاح الدين جمال الدين يرى بأن أهلية الحاضن تتحد بأهلية الزواج وليس بالأهلية العامة. ويترتب على ذلك أن القانون الذي يحكمها ليس هو القانون الشخصي الذي نصت عليه المادة 10 من القانون المدني الجزائري أو المادة 11 من القانون المدني المصري، وإنما هو القانون الذي يحكم الأهلية المتطلبة لإبرام الزواج. ووفقا للاتجاه الفقهي الغالب تدخل أهلية الزواج ضمن الشروط الموضوعية للزواج؛ وبالتالي تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين.

وبالنسبة للقانون الذي يحكم أهلية المحضون، فإن الأهلية المتطلبة في المحضون هي أهلية الوجوب، وتنتهي هذه الأهلية ببلوغ الطفل سنا معينة يستغني فيها عن الحضانة. ووفقا للرأي الفقهي الغالب في فرنسا ومصر فإن أهلية المحضون يحكمها القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للحضانة[3].

---

[1] تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

[2] انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص134-135.

[3] انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص313- 316.

PDF Eraser Free

إن ما يعد من شروط الأهلية هو ما يدخل في نطاق القانون الواجب التطبيق بالنسبة لكل من أهلية الحاضن والمحضون، لكن هذا القانون يستبعد من التطبيق في حالة مخالفة النظام العام في مسائل الأهلية للحضانة. خصوصا أنه لا يكفي لصلاحية الحاضن بلوغه سنا معينة فقط. إذ تتأثر أهلية الحاضن للحضانة بديانة كل من الحاضن والمحضون كما سيتضح من خلال ما يلي:

1- **أثر اختلاف الدين على الأهلية للحضانة:** يستبعد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي في البلدان الإسلامية، لتعارضه مع النظام العام في هذه الدول الذي يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

2- **أثر تغيير الدين:** يؤثر قيام أحد أطراف الحضانة بتغيير ديانته على أهليته للحضانة فيصبح أهلا للحضانة أو يزول حقه في ذلك، ولهذا تنتفي أهلية المرأة للحضانة بسبب ارتدادها عن الدين الإسلامي، فكونها غير أمينة على دينها يجعلها غير أمينة على المحضون[1].

لقد رأينا أن الطلاق يخضع لقانون جنسية الزوج كأصل عام، و أن قانون جنسية الطفل هو القانون الأفضل لحكم الحضانة باعتباره يحقق مصلحته. غير أن حل النزاع المشتمل على عنصر أجنبي لا يتوقف عند معرفة القانون الواجب التطبيق فحسب، بل يتعين أيضا بحث مسألة تنفيذ الحكم القضائي الصادر بشأنه.

[1] انظر، صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص324 وما بعدها.

PDF Eraser Free

المبحث الثالث

تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية

الحكم القضائي بمعناه الخاص:" القرارات التي تصدرها المحاكم وهي تباشر وظيفتها القضائية"[1]، والحكم القضائي الأجنبي هو:" الحكم القضائي الصادر من سلطة قضائية أجنبية"[2]، وباسم سيادة أجنبية بصرف النظر عن جنسية القضاة الذين يصدرونه والدولة التي صدر فيها. وعلى هذا الأساس تعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم المختلطة التشكيل أحكاما وطنية إذا صدرت باسم السيادة الوطنية. ويعد حكم التطليق الصادر في الجزائر أجنبيا إذا ما أريد الاحتجاج به والتمسك بآثاره في فرنسا حتى ولو كان هذا الحكم خاص بمواطنين فرنسيين[3].

والمقصود بالحكم الأجنبي ونحن بصدد الاعتراف به وتنفيذه الحكم القطعي الذي يفصل في موضوع النزاع[4]، فالأحكام القطعية وحدها هي التي تحوز على حجية الأمر المقضي به. ويرجع إلى قانون المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي للتأكد من تمتع الحكم الأجنبي بالحجية أو عدم تمتعه بها[5].

ونشير أيضاً إلى أنه يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون موضوعه صادرا في منازعة متعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص سواء في المواد المدنية أو التجارية أو مادة الأحوال الشخصية[6]، وعلى ذلك تستبعد من التنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في المواد الجنائية والإدارية مع التأكيد أن مناط تحديد تنفيذ الحكم أو عدم

---

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص129.
[2] انظر، محمد سعادي، المرجع السابق، ص188.
[3] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص130- 131.
[4] انظر،محمد سعادي، المرجع السابق، ص188.
[5] انظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني،(الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص316.
[6] انظر، بحماني إبراهيم، العمل القضائي في قضايا الأسرة(مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة)، المجلد الثاني، مكتبة دار السلام، المغرب، 2009، ص20.

PDF Eraser Free

تنفيذه مرتبط بتحديد طبيعة المسألة التي تم الفصل فيها وليس الجهة التي أصدرت الحكم. وتعد مسألة تحديد طبيعة المسألة من مسائل التكييف التي تخضع لقانون القاضي[1].

وتقتضي المعاملات الدولية عدم إهدار الأحكام الأجنبية سواء تعلق الأمر بأحكام القضاء الأجنبية بصفة عامة أو أحكام التطليق بصفة خاصة. لأنه في حالة عدم الاعتراف بحكم التطليق الأجنبي. فإن ذلك سيؤدي بالزوجة إلى رفع دعوى قضائية أخرى، الأمر الذي يترتب عليه ضياع الوقت، وزيادة مصاريف التقاضي ومن المحتمل أيضاً وقوع تضارب في الأحكام[2].

المطلب الأول

تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية

تختلف الدول في تحديد النظام الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية، فهناك دول تأخذ بنظام الدعوى الجديدة بحيث يتعين على من صدر الحكم لصالحه في الخارج أن يقوم برفع دعوى جديدة أمام محاكم الدولة التي يريد تنفيذ الحكم فيها ويكون موضوع هذه الدعوى هو المطالبة بالحق موضوع النزاع، وينتشر هذا النظام في الدول الأنجلو أمريكية. وهناك دول أخرى تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ الذي يوجب على الشخص الراغب في تنفيذ الحكم الأجنبي أن يستصدر من قضاء الدولة التي يريد تنفيذ فيها الحكم الأمر بتنفيذ هذا الحكم عن طريق التنفيذ الجبري، ويسود هذا النظام في فرنسا[3].

[1] انظر، صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص189- 190.
[2] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص127- 128.
[3] انظر، صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص193- 194.

PDF Eraser Free

لقد اختلفت تشريعات الدول التي تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ في تحديد النظام القانوني الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية بين مؤيد لنظام المراجعة ومؤيد لنظام المراقبة، ويقوم نظام المراجعة على فحص موضوع الحكم الأجنبي والتأكد من صحة تطبيق القانون وتقدير الوقائع. وفي حالة ثبوت العكس يمتنع القاضي عن إصدار الأمر بالتنفيذ. وقد انتقد هذا النظام بسبب عدم مراعاته مصالح الأفراد، كما أنه يؤدي إلى إهدار المال والوقت ويمس بالحقوق المكتسبة للأفراد، ويضاف إلى ذلك الصعوبات التي قد تواجه قاضي التنفيذ بسبب جهله للوقائع المتعلقة بالدعوى والتي حصلت خارج إقليمه الوطني.

وإلى جانب هذا النظام يوجد نظام آخر يعرف باسم نظام المراقبة وفي هذا النظام لا يتولى القاضي الوطني فحص موضوع الحكم الأجنبي من جديد[1]، وذلك احتراما لسيادة الدولة الأجنبية، إذ يقتصر دور القاضي فقط على القيام بمراقبة شروط معينة، وتتمثل هذه الشروط حسب الحكم القضائي الفرنسي الصادر في 1964/01/07 في قضية مانزر " Munzer " [2] فيما يلي:

1- مراقبة الاختصاص القضائي

2- مراقبة الاختصاص التشريعي

3- احترام النظام العام الدولي

4- تجنب وجود غش نحو القانون

5- احترام الإجراءات.

[1] انظر، محمد سعادي، المرجع السابق، ص190 ؛ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص359.

[2] Cité par Mohand Issad, droit international privé(les regles materielles), office des publication universitaires Algérie, 1986, p.65

PDF Eraser Free

ويرجع الفضل في صياغة شرط تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية للقاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي إلى الفقيه بارتان الذي يعتبر احترام هذا الشرط من مقتضيات احترام السيادة الفرنسية. وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية بموجب حكمها الصادر في 6 يونيو 1988 تنفيذ الحكم الصادر من محاكم هايتي بسب عدم مراعاتها الاختصاص التشريعي الذي يقضي بتطبيق المادة 310 من القانون المدني الفرنسي؛ حيث كان ينبغي على محاكم هايتي تطبيق القانون الفرنسي بوصفه الواجب التطبيق على طلاق الزوجين الفرنسيين[1].

وقد نصت المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، حيث جاء فيها ما يلي:" لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص

2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه،

3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،

4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر".

[1] انظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني،(الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، المرجع السابق، ص368.

PDF Eraser Free

ونصت المادة 606 من نفس القانون على أنه:" لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

1- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه،

2- توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه،

3- خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر".

يتضح مما سبق، أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام المراقبة، بحيث يتوجب على القاضي الجزائري التأكد من اختصاص المحاكم الأجنبية وعدم معارضة النظام العام.

أما في فرنسا، فقد ظل الاجتهاد القضائي الفرنسي لمدة طويلة يتخذ موقف الحذر من تنفيذ الأحكام الأجنبية، ومع بداية القرن 19 ظهر نظام المراجعة، وانتقد نظام المراجعة بسبب خرق الحقوق المكتسبة وتم التخلي عنه فيما يخص الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية. وتم التخلي عن هذا النظام من قبل القضاء الفرنسي بموجب الحكم الصادر في قضية مارزر " Munzer "، حيث بدأ يميل إلى إتباع نظام المراقبة القائم على مراقبة توفر بعض الشروط المحددة مثل صلاحية اختصاص القاضي الأجنبي، وصلاحية القانون المطبق على الموضوع وسلامة الإجراءات ، وكذلك شرط التطابق مع النظام العام[1]. وهذا ما جعل البعض يصف قاضي الصيغة التنفيذية في فرنسا بأنه " حارس السعادة الفرنسية "، وذلك بالنظر إلى دوره الهام في تأمين حماية النظام القانوني والمصالح الفرنسية[2].

[1] انظر، بيارماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، المرجع السابق، ص340 وما بعدها.
[2] انظر، بيارماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، نفس المرجع، ص397.

PDF Eraser Free

وقد نص المشرع التونسي على شروط إضافية أخرى لتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية، حيث نجده ينص في الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص على ما يلي:" لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية:

– إذا كان موضوع النزاع من اختصاص المحاكم التونسية دون سواها

– إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية.

– إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع.

– إذا كان القرار الأجنبي قد وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون البلد الصادر فيه أو غير قابل للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها.

– إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل.

– كما لا يؤذن بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية إلا حسب الشروط التي جاءت بها أحكام الفصل 81 من مجلة التحكيم".

أما في المغرب، فيتم منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي التي تخوله القوة التنفيذية داخل المغرب، وذلك عن طريق صدور حكم قضائي عن محكمة مغربية يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كما لو كان حكما وطنيا. ويخضع تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب لمقتضيات الفصلين 430 و431 من قانون المسطرة المدنية والفصل 19 من ظهير غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للأجانب والمادة 128 من

PDF Eraser Free

مدونة الأسرة المغربية[1]. وتأسيسا على ما سبق يجب على المحكمة أن تتأكد من توافر الشروط التالية حتى تستطيع إصدار الأمر بالتنفيذ:

1- أن يكون القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم مختصا لإصداره بمقتضى قواعد الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها في المغرب، ووفقا أيضاً لقواعد الاختصاص الداخلي في الدولة المعنية بالأمر.

2- أن يطبق القاضي الأجنبي قواعد المسطرة في قانونه تطبيقا صحيحا.

3- يجب أن يكون الحكم الأجنبي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية قد أصبح نهائيا وقابلا للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها.

4- يجب ألا يتعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام المغربي[2].

5- أن يكون الحكم الأجنبي القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية قد أسس على أسباب لا تتنافى مع تلك التي قررتها مدونة الأسرة[3] لإنهاء العلاقة الزوجية[4].

ونشير هنا، إلى أن المشرع المغربي نص صراحة على أن العقود الصادرة في الخارج بإنهاء الرابطة الزوجية أمام الموظفين العموميين المختصين تعتبر مثلها مثل الأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء رابطة الزوجية، ومن ثم يجري تذييلها بالصيغة التنفيذية، وذلك رغبة منه في ترتيب آثار الطلاق الذي يقع خارج المحاكم، كما هو

[1] تنص المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:" المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة، لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية، طبقا لأحكام المواد 430 و 431 و432 من قانون المسطرة المدنية".

[2] انظر، عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، 2008، ص217- 218.

[3] انظر، المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية.

[4] لقد أكد المجلس الأعلى على هذا الشرط في القرار رقم 312 الصادر في 2006/05/17 :" إنه بمقتضى المادة 128 من مدونة الأسرة، فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة، وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية. وتم تذييلها بالصيغة التنفيذية طبقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها في الفصلين 430 و431 من قانون المسطرة المدنية". مقتبس عن أحمد زوكاغي، تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، مجلة الحقوق المغربية، عدد مزدوج9-10، 2010، ص334.

PDF Eraser Free

الشأن بالنسبة لأغلب حالات الطلاق الذي يقع في الدول الإسكندنافية وخاصة الدانماراك التي تعرف هذا النظام[1].

الفرع الأول

الجهة المختصة بالبت في طلب تذييل عقد أو حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية

تنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه:" يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

وبالنسبة لإجراءات تنفيذ الحكم القضاء الأجنبي فتتم وفقا للطرق العادية في قانون القاضي؛ أي عن طريق التكليف بالحضور، ويمكن الطعن في الحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ[2]. ويتم ذلك وفقا للقواعد العادية المقررة في القانون والتي تنظم طرق الطعن في الأحكام[3].

يعتبر تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية ضرورة تشريعية واجتماعية في آن واحد[4]. ويثير موضوع تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في مادة الطلاق بعض الإشكالات تتعلق بأطراف الدعوى ومسألة الصلح، فهل يستطيع المدعي رفع الدعوى ضد النيابة العامة فقط دون توجيها ضد الطرف الآخر؟ وهل يتوجب إتباع إجراء الصلح في حالة عدم إتباع القاضي الأجنبي لهذا الإجراء؟

مدونة المنبر القانوني
Tribunejuridique.blogspot.com

[1] انظر، عبد السلام زوير، تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، www.oualidou.jeeran.com ، ص5.
[2] انظر، محمد سعادي، المرجع السابق، ص196.
[3] انظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني،(الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، المرجع السابق، ص401.
[4] انظر، أحمد زوكاغي، تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص319.

PDF Eraser Free

طبقا للقواعد العامة المقررة في رفع الدعوى في القانون المغربي، يتعين على المدعي أن يوجه الدعوى ضد الطرف الأخر واستدعاؤه قانوناً. ويتعين أيضا مراعاة مدى احترام الحكم الأجنبي المقتضيات الأساسية المنصوص عليها في مدونة الأسرة والتي تجعل من إجراء محاولة الصلح إجراء ضروري قبل اللجوء إلى الحكم بالطلاق. كما أن المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية تشترط صراحة لتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مادة الطلاق أن تكون هذه الأحكام مؤسسة على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية[1].

وطبقا لنص الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية المغربية، فإن الاختصاص بالبت في طلب تذييل عقد أو حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية يرجع للمحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة، ويرجع الاختصاص المحلي للمحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما، والمقصود بمكان التنفيذ المكان الذي سيتم فيه إبرام عقد الزواج الجديد.[2] أما في الأردن، فيتعين على طالب التنفيذ أن يرفع دعواه أمام المحكمة الابتدائية طبقا للمادة الثالثة من قانون تنفيذ الأحكام، ويتم ذلك وفقا للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[3].

واستنادا إلى الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية المغربي يجب على المدعي الراغب في تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية إرفاق طلبه بالوثائق التالية:

1- نسخة رسمية من الحكم

[1] انظر، عبد السلام زوير، تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص7-8.

[2] انظر، عبد السلام زوير، تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص6-7.

[3] انظر، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص378- 379.

PDF Eraser Free

2- أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه

3- شهادة من كتابة الضبط المختصة بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض

4- ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المسار إليها أعلاه.

بالإضافة إلى ذلك، يجب التصديق على الوثائق المشار إليها أعلاه مصادق عليها من قبل وزارة الخارجية، وتأكيدا لذلك، جاء في إحدى حيثيات حكم المحكمة الابتدائية بتطوان ما يلي:" حيث لم يقم نائب المدعي(رغم إنذاره من طرف المحكمة) بالمصادقة على ترجمة الحكم الأجنبي وكذا ترجمة شهادة عدم التعرض أو الاستئناف أمام مصالح وزارة الخارجية، مثلما يستلزم ذلك الفصل 7 من ظهير 1915/07/25 المتعلق بإثبات صحة الإمضاءات والفصول 29 و30 من مرسوم 1970/01/29 المتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل. وحيث تبقى الدعوى على حالتها معيبة شكلا ويتعين التصريح بعدم قبولها"[1].

وجدير بالذكر، أنه بإمكان المحكمة أن تقوم بتجزئة تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، فتكتفي بتذييل جزء من هذا الحكم وتمتنع عن تذييل الجزء الآخر إذا كان يتعارض مع النظام العام المغربي. كما لو كنا بصدد حكم أجنبي صادر بين مسلمين يقضي بالطلاق وأداء مبلغ مالي كنفقة شهرية لفائدة طفل غير شرعي بين الطرفين، فهنا تقضي المحكمة المغربية بتذييل الحكم الأجنبي في الجزء المتعلق بالطلاق وترفض تذييل الجزء المتعلق بأداء النفقة الشهرية للابن غير الشرعي لتعارض ذلك مع النظام العام المغربي[2].

[1] انظر، عبد السلام زوير، تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص10

[2] انظر، عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص223.

PDF Eraser Free

ومن تطبيقات القضاء المغربي في هذا الشأن قرار محكمة الاستئناف بالناظور، حيث جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي:" وحيث أنه لما كان الطلاق بين الزوج وقد أثبت رغبته في ذلك حينما التجأ إلى القضاء الأجنبي هو وزوجته لاستصدار حكم في الموضوع وطالبا حاليا بتذييل هذا الحكم بالطلاق للشقاق، فإنه ليس به ما يخالف النظام العام المغربي[1].

وحيث يتعين تأسيسا على ما ذكر أعلاه إلغاء الحكم المستأنف عينها قضى به والحكم تصديا بتذييل الحكم الأجنبي في شقه المتعلق بالطلاق"[2].

وقد أكدت الاتفاقية المصرية المغربية على ضرورة تنفيذ الأحكام الأجنبية في مادة الحضانة، حيث جاء في المادة 20 ما يلي:" لا يحق لأي من الدولتين المتعاقدتين رفض تنفيذ حكم بات قابلا للتنفيذ وصادرا من محاكم الدولة المتعاقدة الأخرى في أي من الحالتين الآتيتين:

1 – إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم هي المحكمة التي ينتمي إليها الزوجان بجنسيتهما أو محكمة إقامة من له حق الحضانة من غير الزوجين.

2 – إذا طبقت المحكمة في الحكم الصادر منها:

أ) القانون الذي ينتمي إليه الزوجان بجنسيتهما إذا كانا ينتميان لجنسية واحدة.

ب) قانون إقامة الوالدين الفعلية المشتركة، أو قانون إقامة أحد الوالدين الذي يعيش معه الطفل بصفة عادية إذا كانا ينتسبان إلى جنسيتين مختلفتين.

[1] انظر، قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد:333 بتاريخ 2005/06/15 في الملف الشرعي عدد: 2004/1/2/668.

[2] انظر، محكمة الاستئناف بالناظور، 2006/11/22، ملف رقم 301-9-05 وزارة العدل، المملكة المغربية.

PDF Eraser Free

وفي الحالتين السابقتين يكون للحكم الصادر حجيته من حيث وقائعه وحيثياته التي بني عليها الحكم لدى الدولة المطلوب منها التنفيذ".

الفرع الثاني

طبيعة وآثار الحكم القاضي بتذييل العقد أو الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية

لا خلاف حول تمتع الحكم الوطني القاضي بتنفيذ الحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي فيه، ولكن الخلاف يثور حول تحديد طبيعة هذه الحجية وحول ما إذا كان يرتب آثاره خارج حدود دولته؟

أولا: طبيعة الحكم الصادر في دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية:

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى الاعتراف بالحجية المطلقة للحكم القضائي الوطني الصادر بمنح الأمر بالتنفيذ بوصفه حكما مرتبا لآثار الحكم الأجنبي المراد تنفيذه. واعتبر جانب آخر من الفقه الفرنسي أن الحجية التي يتمتع بها الحكم الفرنسي الصادر بمنح الأمر بالتنفيذ هي حجية نسبية باعتبار أن هذا الحل يحقق حماية للغير[1].

ولم يتطرق المشرع الجزائري ولا المشرع المغربي إلى طبيعة الحكم الصادر في دعوى تذييل حكم الطلاق الأجنبي بالصيغة التنفيذية بنص صريح، وهذا ما جعل البعض يرى بأن هذا الحكم يقبل الطعن، ولا شك أن هذا سيعقد ويطيل الإجراءات على الأطراف المعنية. وعلى هذا يرى الأستاذ عبد السلام زوير، أنه يجب على المشرع أن ينص صراحة على أن الأحكام الصادرة في دعوى التذييل بالصيغة

[1] مقتبس عن حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني(الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، المرجع السابق، ص400- 401.

PDF Eraser Free

التنفيذية في مسائل الأحوال الشخصية تكون نهائية وغير قابلة للطعن، كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الصادرة في موضوع إنهاء الرابطة الزوجية[1].

ثانيا: <u>آثار الحكم القاضي بتذييل العقد أو الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية:</u>

ستتضح لنا هذه الآثار من خلال الإجابة على السؤال التالي: هل يُطبق الحكم القاضي بالتذييل بالصيغة التنفيذية بأثر فوري أم بأثر رجعي؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الحكم الصادر بتذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية يتمتع بحجية الشيء المقضي به، وأنه منشأ للحق ومبينا له. وذهب رأي آخر إلى القول بأن الحكم الصادر بإعطاء الصيغة التنفيذية ليس منشئا للحق، بل هو كاشف للحقوق المتضمنة في الحكم الأجنبي قبل تذييله، وعلى ذلك فإن هذا الحكم لا ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين، وإنما يصادق على الحكم الأجنبي القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية متى توافرت شروط معينة. وهذا يعني أن الحكم الصادر بتذييل الحكم الأجنبي له أثر رجعي[2]. ويرتب القرار القاضي بمنح الصيغة التنفيذية الصادر في فرنسا مفاعيله، ويتمتع بالقوة التنفيذية مثله مثل أي حكم قضائي فرنسي، ويتم تنفيذهوفقا لطرق التنفيذ في القانون الفرنسي[3].

الفرع الثالث

تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في إطار اتفاقيات التعاون القضائي الدولي

إن قواعد القانون الدولي الخاص تتيح إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي في بلد آخر متى توافرت شروط معينة. وترجع أغلب أسباب رفض منح الصيغة التنفيذية

[1] انظر، عبد السلام زوير، تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص13.

[2] انظر، عبد السلام زوير، تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص14.

[3] انظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، المرجع السابق، ص395.

PDF Eraser Free

لبعض الأحكام الأجنبية الصادرة في مادة الأحوال الشخصية إلى عدم احترام قواعد تنازع القوانين أو إلى خرق قواعد الاختصاص القضائي وفي أكثر الحالات يرجع سبب عدم التنفيذ إلى مخالفة النظام العام الدولي[1].

ومن الخصائص المميزة للقانون الدولي الخاص تنوع مصادره، ومن ذلك المعاهدات المبرمة في إطار مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص. وكذلك المعاهدات الدولية الثنائية المبرمة في مختلف الميادين، والتي يكون الغرض الأساسي منها هو ضمان تعاون قضائي متبادل. وتجدر الإشارة هنا أيضا إلى أهمية البروتوكول الإداري المبرم بين المغرب وبلجيكا في سنة 1979 والمتعلق بتطبيق القواعد المنظمة لحالة الأشخاص فوق إقليم البلدين. والذي أخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام مع ضرورة احترام القانون الشخصي للمقبلين على الزواج فيما يخص الشروط الموضوعية. كما اعتبر البرتوكول المذكور أعلاه أن أحكام الطلاق الموقعة بالمغرب تتمتع فوق التراب البلجيكي بنفس الأثر القانوني الذي يمنح لأحكام الطلاق الصادرة في بلد أجنبي آخر[2].

ومن أمثلة الاتفاقيات الثنائية: اتفاقية التعاون القضائي المتبادل ومنح الصيغة التنفيذية للأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بتاريخ 5 أكتوبر 1957 بين المغرب وفرنسا، حيث تم الاتفاق فيها على ما يلي:

1- التعاون القضائي في المواد المدنية والتجارية.

2- منح الصيغة التنفيذية للقرارات الصادرة عن المحاكم المغربية والفرنسية. وقد نص الفصل 15 من الاتفاقية على شروط منح الصيغة التنفيذية:

[1] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص112.
[2] انظر، السعدية بلمير، نفس المرجع، ص113- 118.

PDF Eraser Free

1- صدور قرار عن هيئة مختصة وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص في البلد المراد تنفيذ هذا القرار فيه.

2- استدعاء الأطراف بصورة قانونية أو التصريح بتخلفهم.

3- أن يكتسب الحكم أو القرار قوة الشيء المقضي به.

4- ألا يتعارض مع النظام العام للبلد الذي صدر فيه[1].

وبموجب الاتفاقية القضائية الفرنسية المغربية المؤرخة في 12 يناير 1960 يكتسي الحكم القضائي المغربي بقوة القانون حجية الشيء المقضي به في فرنسا ويصبح واجب التنفيذ بمجرد تسجيله وقيده في سجلات الحالة المدنية الفرنسية طالما أن هذا الحكم صادر عن سلطة قضائية مختصة ووفقاً لإجراءات سليمة وأصبح نهائيا، ولا يتعارض مع حكم قضائي صادر في فرنسا ولا يصطدم مع النظام العام الفرنسي[2].

ورغم اعتراف النصوص السابقة بأحكام الطلاق الصادرة في الخارج، إلا أن هناك بعض الصعوبات تعترض تطبيق هذه النصوص، عندما يرغب الزوج في التمسك بآثار الطلاق في إحدى الدول الغربية. وهذا ما سنعرض له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

مشكلة الاعتراف بالطلاق في نظم الأحوال الشخصية غير الإسلامية

تثور مشكلة الاعتراف بالطلاق في نظم الأحوال الشخصية غير الإسلامية عندما يرغب الزوجان معا في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة، أو عندما

[1] انظر، السعدية بلمير، المرجع السابق، ص114- 116.
[2] انظر، أحمد زوكاغي، القضاء الفرنسي والجالية المغربية، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، الرباط، 1996. ص123.

PDF Eraser Free

يرغب الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وفقا لقانونه الوطني. ثم يريد التمسك والاحتجاج بآثار هذا الطلاق في دولة أخرى لا تعرف نظام الطلاق بالتراضي ولا نظام الطلاق بإرادة الزوج المنفردة المعروفين في الشريعة الإسلامية. ومن ثم فإن الطلاق الإسلامي معرض لعدم الاعتراف به في الدول الأوربية لمخالفته النظام العام الأوربي بشأن الطلاق[1].

ولقد جرى القضاء الفرنسي إعمالا لفكرة النظام العام على رفض الاعتراف بالطلاق بالإرادة المنفردة الذي يتم توقيعه في فرنسا ولو صدر من زوج يجيز له قانونه الشخصي ذلك، واستنادا إلى فكرة الأثر المخفف للنظام العام يتم الاعتراف بآثاره في فرنسا إذا نشأ صحيحا في الخارج.

ولكنه ذهب في حالات كثيرة، إلى رفض الاعتراف بآثار الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة في الخارج إذا كانت ثمة صلة تربط الزوجة بالإقليم الفرنسي. فلو طالبت زوجة جزائرية مقيمة بفرنسا بحقها في النفقة أمام القضاء الفرنسي وقام الزوج بتطليقها بإرادته المنفردة وفقا لقانونه الشخصي بهدف التنصل من التزامه بالنفقة. فإن هذا الطلاق لا يرتب آثاره في فرنسا بشرط أن تكون هذه الزوجة مقيمة في الإقليم الفرنسي[2].

الفرع الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي وإثباته

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الأجنبي في مادة الطلاق، فإن تطبيقه أمام القاضي الوطني يثير تساؤلات عدة تدور في

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص13.
[2] انظر، محكمة النقض، 1982/01/15، مقتبس عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص629- 630.

PDF Eraser Free

مجملها حول ما يلي: ما هو أساس تطبيق القانون الأجنبي؟ وبأي صفة يطبق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني؟ وما هو الحل المتبع في حالة تعذر إثباته؟

يتنازع أساس تطبيق القانون الأجنبي اتجاهان:

الاتجاه الأول: القانون الأجنبي واقعة:

إن القاضي الوطني عندما يطبق القانون الأجنبي لا يطبقه بوصفه قانونا ملزما له، بل يطبقه بصفته واقعة، لأنه يجب عليه الامتثال فقط لأوامر مشرعه الوطني. ويترتب على هذا الاعتبار ألا يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وإنما بناء على تمسك الخصوم به وإثارته، ويقع على عاتقهم أيضا إثبات أحكامه باعتباره واقعة من وقائع الدعوى. ومن ثم يمنع على القاضي أن يحكم بعلمه الشخصي بمضمون القانون الأجنبي. وأخيرا لا تخضع المحكمة لرقابة محكمة النقض فيما يخص إثبات وتفسير القانون الأجنبي.

إن الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية هو احترام مبدأ سيادة الدولة ومن ثم يتعين على القاضي الإذعان لأوامر المشرع الوطني دون الأجنبي. والحقيقة أن هذا التبرير لم يعد له ما يبرره في عصرنا الحالي أمام ازدياد وتنامي العلاقات والتعاملات المبرمة بين الوطنيين والأجانب[1].

الاتجاه الثاني: احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية:

إن عبور القانون الوطني الحدود الأجنبية لا يفقده الصفة القانونية، وترتيبا لذلك يرى الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويطبقه القاضي بوصفه كذلك، بينما أسند جانب من الفقه الفرنسي والألماني أساس هذا

[1] مقتبس عن محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني" نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية "، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، العدد35، ص249- 250.

PDF Eraser Free

التطبيق إلى تفويض المشرع الوطني بواسطة قاعدة الإسناد مشرعي الدول في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض [1]. وقد اعتبرت محكمة التمييز الأردنية في حكم صادر لها سنة 1983 أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية، وأنه يجب على المحكمة الوطنية المكلفة بنظر الدعوى البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه مثلما تطبق القانون الوطني[2].

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه المثبت لصفة الإلزام النتائج التالية:

– أنه يجوز التمسك بإعمال قاعدة التنازع في أي مرحلة من مراحل الدعوى

– يعد إغفال قاضي الموضوع قاعدة الإسناد أو خطئه في تطبيقها أو تفسيرها سببا مبررا للطعن في حكمه أمام المحكمة العليا.

– لا يتوقف إعمال قاعدة الإسناد من قبل القاضي على إثارة الخصوم لها فقط، وإنما يجب عليه مراعاة تطبيقها حتى ولو اتفق الخصوم على استبعادها[3].

صحيح أن القاضي الوطني يعرف قانونه أكثر مما يعرف القانون الأجنبي الذي قد يكون مجهولا بالنسبة له. ولكن يجب ألا نعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة. فالقاضي الوطني عندما يطبق القانون الأجنبي، فإنما يفعل ذلك بناء على أمر من قاعدة الإسناد الوطنية . وإذا كانت هناك صعوبة في إثبات القانون ا لأجنبي في الماضي، فقد زالت هذه الصعوبة مع عصر التكنولوجيا والانترنت وأصبح بوسع القاضي إثبات مضمون القانون الأجنبي بيسر وسهولة . وأخيرا فإن رفض الصفة

[1] انظر، عكاشة محمد عبد العال، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، 1998، العدد الأول، ص12.

[2] مقتبس عن محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني" نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية "، المرجع السابق، ص242.

[3] انظر، عكاشة محمد عبد العال، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي اللبناني، المرجع السابق، ص18.

PDF Eraser Free

القانونية للقانون الأجنبي يؤدي إلى إهدار تقنية قواعد التنازع، ولا فائدة عندئذ مرجوة من قانون لا يطبق[1].

وعلى هذا الأساس، إذا أشارت قاعدة الإسناد باختصاص القانون الأجنبي فإن المقصود به ليس المعنى الضيق المتمثل في القانون فقط، وإنما يشمل كل ما يعتبره المشرع الأجنبي قانونا أو مصدرا تستمد منه القواعد القانونية[2]. كما أن إعراض القاضي الوطني عن تطبيق قاعدة الإسناد وعدم تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد يترتب عليه عدم تنفيذ الأحكام القضائية الوطنية في الخارج[3].

لقد تباينت مواقف التشريعات العربية بخصوص مسألة مدى إلزامية قاعدة الإسناد، فمنها من رفض منح الصفة الإلزامية لقاعدة التنازع كالمشرع الإماراتي [4] الذي جعل تطبيق قاعدة الإسناد منوط بإرادة الخصوم، في حين امتنعت بعض التشريعات العربية[5] عن النص صراحة على الصفة الإلزامية أو الاختيارية لقاعدة التنازع. وفي كل الأحوال فإن قاعدة التنازع بوصفها قاعدة وطنية قانونية في حد ذاته دليل كاف على توافر معنى الإلزام . ومن هذا المنطلق وجب على القاضي تطبيقها حتى ولو اتفق الخصوم صراحة على استبعادها وتمسكوا بتطبيق القانون الوطني[6].

---

[1] انظر، محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني" نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية "، المرجع السابق، ص252- 253.

[2] انظر، مبروك بنموسى، القانون الأجنبي من خلال المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، 2005، العدد32، ص165.

[3] انظر، محمد وليد هاشم المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص225.

[4] تضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 28 لسنة 2005 حكما يظهر تبني المشرع الإماراتي للصفة الاختيارية لقاعدة الإسناد، حيث جاء في المادة 2/1 من هذا القانون أنه:" تسري أحكام هذا القانون على مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة ما لم يكن لغير المسلمين منهم أحكام خاصة بطائفتهم وملتهم، كما تسري أحكامه على غير المواطنين ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه".

[5] انظر، المادة 79 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني

[6] انظر، محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني" نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية "، المرجع السابق، ص242 وما بعدها.

PDF Eraser Free

أما في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي، فلا مناص للقاضي الوطني من الفصل في النزاع وفقا لأحكام القانون الوطني، وهذا ما يجنب الخصوم النتائج المترتبة على رد دعواهم بحجة تعذر إثبات القانون الأجنبي [1]. وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي :" يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

وبالنسبة لقوة حكم التطليق الأجنبي في الإثبات في فرنسا فيتنازع المسألة اتجاهان كما يلي:

الاتجاه الأول: حكم التطليق الأجنبي كسند:

يذهب الرأي الفقهي الغالب في فرنسا إلى إعطاء حكم التطليق الأجنبي قوة الإثبات، وذلك قبل صدور الأمر التنفيذي من قبل القضاء الفرنسي. مع ملاحظة أن التمسك بقوة الحكم الأجنبي في الإثبات لا يعني الاعتراف له بحجية الأمر المقضي به. بل تبقى للقاضي الفرنسي حرية تقدير ما أثبت في الحكم الأجنبي[2]، فالتحقيق الذي يجريه القاضي في الدعوى تكون له حجية بالنسبة للتصرفات المدونة فيه، ولا يكون القاضي الوطني ملزماً بالنتيجة التي توصل إليها القاضي الأجنبي[3].

الاتجاه الثاني: حكم التطليق الأجنبي كواقعة:

ذهب رأي ثان في الفقه الفرنسي إلى اعتبار حكم التطليق الأجنبي كواقعة؛ وبالتالي يرتب آثاره حتى ولو لم يصدر أمر تنفيذه من قبل القضاء الفرنسي. وتطبيقا

[1] انظر، محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني" نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية "، المرجع السابق، ص257.
[2] انظر، باتيفول، المرجع السابق، فقرة رقم 740، مقتبس عن جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص147- 148.
[3] انظر، ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومه، الجزائر، 2004، ص197.

PDF Eraser Free

لذلك يحق للزوجة إبرام زواج جديد في فرنسا. ما دام أن الحكم الأجنبي بهذه الصفة يصلح لأن يكون سببا صحيحا لإنشاء مراكز قانونية جديدة[1].

وعليه، فإن الشخص الذي يعيد زواجه في الجزائر بعد حصوله على طلاق بموجب حكم أجنبي، يعتبر زواجه الجديد صحيحا خاصة في حالة إنجاب أولاد من الزواج الثاني، وهذا حتى ولو لم يطلب تنفيذ حكم الطلاق.[2]

الفرع الثاني

تكييف الطلاق الإسلامي في فرنسا

رغم عدم معرفة النظام القانوني الفرنسي للطلاق الذي يوقعه الزوج المسلم على زوجته، فإن القضاء الفرنسي كيفه ضمن الفئة المسندة الخاصة بطرق وأسباب انحلال الزواج ومن ثم يخضع للقانون الوطني للزوجين وفقا لما تقضي به قاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق في القانون الفرنسي.

ويلاحظ بأن القضاء الفرنسي قد اتجه في أغلب الأحيان إلى مماثلة نظام الطلاق الإسلامي بالتطليق حتى بالنسبة للطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة متى قبلت به الزوجة ورضيت به. والواقع عندنا أن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة يختلف عن التطليق[3].

ولم يقتصر تكييف الطلاق على أنه تطليق على الفقه والقضاء الفرنسي فحسب، بل امتد إلى الاتفاقية الفرنسية المغربية التي ماثلت الطلاق بحكم التطليق من حيث شروط الاعتراف به، حيث جاء في الفصل الثالث عشر ما يلي:" تترتب عن عقود انحلال ميثاق الزوجية المخاطب عليها من طرف قاض بالمغرب والواقعة

[1] انظر، بارتان، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج1، ص510، مقتبس عن جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص148- 149.
[2] انظر، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص196.
[3] انظر، لوسران، المرجع السابق، ص432، مقتبس عن جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص170 وما بعدها.

PDF Eraser Free

بين زوجين مغربيين طبقا لقانونهما الوطني آثارها بفرنسا ضمن نفس الشروط المطلوبة في أحكام التطليق الصادرة في الدول الأخرى.

تترتب عن عقود انحلال الزوجية طبقا للقانون المغربي بين زوج مغربي وزوجته الفرنسية المخاطب عليها من طرف قاض بالمغرب آثارها بفرنسا عند صيرورتها انتهائية بطلب من الزوجة ضمن نفس الشروط المطلوبة في أحكام التطليق".

لقد قبل القضاء الفرنسي بفكرة الاختصاص المشترك في منازعات التطليق بين القاضي الفرنسي والقاضي الأجنبي، ويرجع أصل ذلك إلى حكم" سيميتش" أين اعتبرت المحكمة الفرنسية أن القضاء الفرنسي لا يكون مختص لوحده بنظر دعوى التطليق وإنما يتأتى ذلك للمحكمة الأجنبية متى ارتبط النزاع بشكل واضح بالدولة التي رفع إليها النزاع وما لم يكن ثمة تحايل[1].

وقد نصت على ازدواجية الاختصاص القضائي أيضا الاتفاقية الفرنسية المغربية، حيث جاء في الفصل الحادي عشر منها ما يلي:" يمكن أن تكون محاكم إحدى الدولتين التي يقع بها موطن الزوجين المشترك أو آخر موطن مشترك لهما مختصة وفق الفقرة (أ) من الفصل السادس عشر من اتفاقية التعاون القضائي وتنفيذ الأحكام المؤرخة في خامس أكتوبر 1957 بالنظر في الفرقة بين الزوجين.

غير أنه إذا كان الزوجان من جنسية واحدة لإحدى الدولتين فيمكن لمحاكم هذه الدولة أن تكون مختصة أيضا أيا كان موطن الزوجين وقت تقييد الدعوى.

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص175- 176.

PDF Eraser Free

إذا قدمت دعوى أمام محكمة إحدى الدولتين وقدمت ثانية بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع أمام محكمة الدولة الأخرى فيجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى الثانية أن ترجئ البت فيها".

الفرع الثالث

شروط حيازة حكم التطليق الأجنبي حجية الأمر المقضي في فرنسا

حتى يتمتع الحكم الأجنبي بالحجية في فرنسا، لا بد من توافر شروط معينة وإتباع إجراءات لازمة من أجل تقرير نفاذ الحكم الأجنبي. وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

أولاً: إجراءات تقرير نفاذ الحكم الأجنبي في فرنسا:

يستلزم تقرير نفاذ الأحكام الأجنبية في فرنسا رفع دعوى تقرير النفاذ، وترفع هذه الدعوى أمام المحاكم المدنية وفقا لما تقضي به إجراءات الخصومة المدنية العادية في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. ولكن موضوع هذه الدعوى يقتصر فقط على تقرير نفاذ الحكم الأجنبي وإسباغ حجية الأمر المقضي، وليس إعادة النظر من جديد في النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم. وعلى هذا الأساس تقرر المحكمة إما إعطاء الأمر بالتنفيذ متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، وإما رفض تقرير نفاذ الحكم الأجنبي في حالة تخلف الشروط، ونشير هنا إلى أنه بإمكان طالب تقرير نفاذ الحكم الأجنبي أن يطعن على رفض طلبه[1].

ويسري قانون دولة التنفيذ على كافة إجراءات ومراحل الدعوى، سواء تعلق بالأمر بإجراءات رفع هذه الدعوى أو إجراءات التكليف بالحضور والمواعيد[2].

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص150- 151.
[2] انظر، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص192.

PDF Eraser Free

ثانيا: شروط تقرير نفاذ الحكم الأجنبي في فرنسا:

حتى يصدر الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، يتعين على القاضي الفرنسي أن يتأكد من توافر خمسة شروط، وهي:التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، وسلامة إجراءات المرافعات واحترام قواعد الإسناد الفرنسية، وعدم مخالفة النظام العام وتجنب الغش نحو القانون[1].

وفيما يخص شرط الاختصاص التشريعي، فقد حرص القضاء الفرنسي على التأكيد في العديد من الأحكام الصادرة عنه بخصوص منازعات الطلاق على ضرورة احترام قاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق كما ورد في حكم " غوبي" الصادر في 03 نوفمبر 1983.

وهكذا، فإنه يتعين لتطبيق الحكم الأجنبي في مادة الطلاق أن يكون قد صدر وفقا لما يقضي به نص المادة 310 من القانون المدني الفرنسي، وعلى ذلك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة فيخضع التطليق والانفصال لقانونهما الوطني المشترك، وإذا اختلفت جنسية الزوجين طُبق قانون موطنهما المشترك، وإلا طُبق القانون الفرنسي باعتباره قانون محكمة النزاع[2].

واستثناء، يمكن الاحتجاج بأحكام التطليق الأجنبية في فرنسا بصفة خاصة دون حاجة لتقرير نفاذها، ويرجع أصل هذا الاستثناء إلى قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 28 فبراير 1860 في قضية " بولكلي"[3] حيث اعترفت بالحكم الأجنبي القاضي بتطليق سيدة دون حاجة لإصدار الأمر بالتنفيذ، ومن ثم اضطردت أحكام القضاء الفرنسي على الاحتجاج بأحكام الأجنبية في مسائل الحالة

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص152- 153.
[2] انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص191- 192.
[3] انظر، محكمة النقض، 1860/02/28. مقتبس عن ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص198.

PDF Eraser Free

والأهلية وذلك من دون حاجة إلى تقرير نفاذها من قبل القضاء الفرنسي. وقد تم تكريس هذا الاستثناء في الاتفاقية الفرنسية المغربية لسنة 1981 حيث جاء في الفصل الرابع عشر ما يلي:" يمكن خلافا لمقتضيات الفصل السابع عشر من اتفاقية التعاون القضائي وتنفيذ الأحكام المؤرخة في خامس أكتوبر 1957 نشر الأحكام المتمتعة بقوة الشيء المقضي به المتعلقة بحالة الأشخاص وبتسجيلها في سجلات الحالة المدنية دون ما حاجة إلى تذييلها بالصيغة التنفيذية".

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء ألا يكون من شأن الحكم الأجنبي المراد الاحتجاج به التنفيذ على المال أو ألإكراه على الشخص، وتطبيقا لذلك لا يحتج بحكم التطليق الأجنبي للحصول على ما قضى به من نفقة في فرنسا، ولا الحكم الأجنبي القاضي بإسناد الحضانة وضم الصغير، إلا بعد تقرير نفاذه من قبل القضاء الفرنسي. بينما الجزء من الحكم الأجنبي الذي يقضي بالتطليق أو النفقة يمكن الاحتجاج به دون حاجة لتقرير نفاذه[1].

[1] انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص161- 162.

PDF Eraser Free

خـــاتمـــة

PDF Eraser Free

إن التعرف على مضمون قواعد تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق يكشف عن تقنية متميزة لحل النزاعات الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية. وكما رأينا فإن هذه القواعد لا تعطي حلا مباشرا للنزاع، فهي مجرد قواعد آلية تنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق. وإذا كان منهج القواعد الموضوعية يعرف الانتشار في عالم التجارة الدولية، فإن هذا المنهج لا يصلح للتطبيق على مسائل الزواج والطلاق نظرا لاختلاف الأسس والمبادئ التي تحكم فكرة الزواج باختلاف الديانات وثقافات الشعوب.

لقد تناولنا في هذه الدراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية للزواج وآثاره، وكذا انحلاله وفقا لقواعد الإسناد في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، وعرضنا أيضا لشروط تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية ووقفنا عند المشكلات التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص من صعوبات تتعلق بالنظام العام والغش نحو القانون.

وبالرغم من كل الانتقادات الموجهة لمنهج قواعد التنازع والمشاكل التي تعوق تطبيقه، فإنه لا يزال لحد اليوم الوسيلة المتبعة لحل مشكلة تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية. وهذا يدل على أنه لا يمكن التخلي عن هذا المنهج في هذه المادة من التنازع. كما أنه لا فائدة مرجوة من إعمال تقنية تنازع القوانين إذا لم يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه. ولذلك يجب أن نضمن عدم استبعاده بصورة آلية أو لمجرد كون القانون أجنبي وفقط. حتى لا يعود ذلك بالسلب على مصالح وحاجيات الأفراد وتعاملاتهم المدنية وحالتهم الشخصية، ومن ثم يجب العمل على إعادة ضبط اختيار قواعد الإسناد بما يساهم في إيجاد حلول وضعية ملائمة ومتطورة لمشكلات تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق.

PDF Eraser Free

لقد اختار المشرع الجزائري ضوابط إسناد لحكم تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق تتفق إجمالا وعموما مع أغلب الآراء الفقهية الراجحة وما استقر عليه القضاء، ووفقا أيضا لما هو مقرر في أغلب الأنظمة القانونية المقارنة. ورغم حداثة تعديل قواعد الإسناد الذي تم بموجب تعديل قانون رقم 05-10(المعدل للقانون المدني)، فإن وتيرة التطور المتسارع الذي شهدته العلاقات الدولية الخاصة لم يتم بالموازاة معه التطور التشريعي اللازم الذي يجب أن تشهده الحلول التطبيقية لفض تنازع القوانين بما يضمن إيجاد حلول ملائمة للمشكلات الناجمة عن تنازع القوانين في مسائل الزواج المختلط.

وقد توصلنا في هذه الدراسة إلى عدد من الاستنتاجات، منها خاصة:

- ضرورة تعديل نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري وإعادة ضبط صياغتها بما يجلي الغموض المثار حول كيفية تطبيق قانون جنسية الزوجين ونقترح أن تكون الصياغة بعد التعديل على النحو الآتي: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج في حالة اتحاد جنسية الزوجين القانون الوطني لكل منهما. وإن اختلفا وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته".

- يجب على المشرع الجزائري إحداث قاعدة إسناد خاصة تنظم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج على غرار ما هو موجود في التشريع المقارن وكذلك الشأن بالنسبة لمسألتي إثبات الزواج والحضانة. لأن من شأن ذلك أن يحسم الخلاف والجدل الفقهي القائم حول تكييف هذه المسائل.

- إعادة النظر في نص المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري بإخضاع آثار الزواج الشخصية والمالية لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والنص صراحة على القانون الذي يحكم النظام المالي للزوجين.

PDF Eraser Free

- يجب العمل على توحيد الحلول في إطار تقنية تنازع القوانين بهدف الحد من الاختلاف خاصة بين الدول العربية ذات المرجعية الواحدة، ويتحقق ذلك عن طريق إبرام اتفاقيات جماعية وثنائية تعالج مشكلات تنازع القوانين في مسائل إبرام الزواج المختلط، والاعتراف بالطلاق والاحتجاج به لدى الدول غير الإسلامية.

PDF Eraser Free

المـراجـــــع

PDF Eraser Free

أولا: باللغة العربية

1-المراجع العامة

1- أحمد زوكاغي، القضاء الفرنسي والجالية المغربية، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، الرباط، 1996.

2- أحمد زوكاغي، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، الجزء الأول(الجنسية)، دار توبقال للنشر، المغرب، 1992.

3- أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الطبعة الأولى، الرباط، 1993.

4- أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008.

5- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين) مطبعة الفسيلة، الطبعة الثانية، 2008.

6- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2010.

7- الطاهر كركري، العدالة الأسرية، مطبعة آنفو- برانت، الطبعة الأولى، 2009.

8- الحسين والقيد، مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة التاسعة، 2007.

PDF Eraser Free

09- الفاخوري إدريس، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، دار الآفاق المغربية، الطبعة الأولى، 2009.

10- العسقلاني، فتح الباري، دار المعرفة، بيروت، ج. 05. (بدون تاريخ).

10- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين) دار هومه، الجزائر، 2004.

11- بحماني إبراهيم ، العمل القضائي في قضايا الأسرة(مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة)، المجلد الثاني، مكتبة دار السلام، المغرب، 2009.

12- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، الطبعة الثانية، 1961.

13- بيار مابيير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2008.

14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الأول(الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.

15- بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر(نظرية التكييف) دار هومه، الجزائر، 2008.

16- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات، الإعلامية، 2004.

PDF Eraser Free

17- بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري دار هومه، الجزائر، 2005.

18- بسام نهار البطون، الشهادة في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، .2010

19- جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1969.

20- جميل فخري غانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

21- هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1973، والطبعة الثالثة، 1974.

22- هشام صادق علي ، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 2000.

23- هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

24- ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومه، الجزائر، .2004

25- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين) والكتاب الثاني(الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

26- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2005.

PDF Eraser Free

27- حسن ابراهيمي، انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي- الطلاق بالإرادة المنفردة نموذجاً-، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، المغرب، .2009

28- طارق بن نور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان، الإسكندرية، 2004.

29- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2004.

30- موحند إسعاد، ترجمة فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول(قواعد التنازع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

31- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، المغرب، 1994.

32- محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول(عقد الزواج وآثاره)، والكتاب الثاني(انحلال ميثاق الزوجية وآثاره)، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، المغرب، 2009.

33- محمد علوشيش الورتلاني، أحكام التعامل مع غير المسلمين والاستعانة بهم، دار البصير، الطبعة الأولى، الجزائر، 2004.

34- محمد حسن قاسم، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006.

35- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008.

PDF Eraser Free

36- محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، 2009.

37- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، المغرب، .2001

38- محمد الحسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية

السوري(الزواج والطلاق)، منشورات جامعة دمشق، 2007/2006.

39- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

40- محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، .2008

41- ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام، الجزء الأول، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000.

42- صادق محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

43- صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، .2001

44- صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية،(بدون دار نشر)، 2007.

PDF Eraser Free

45- صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

46- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2007.

47- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.

48- عبد العزيز سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه الطبعة الثانية، الجزائر،2009.

49- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.

50- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.

51- عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، 2008.

52-عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

53- عبد الله بن الطاهر، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الأول- الزواج- مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، المغرب، 2005.

PDF Eraser Free

54 – عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.

55– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2005.

56– علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1994.

57– علي علي سليمان، شرح القانون الدولي الخاص الليبي، منشورات جامعة بنغازي، بدون تاريخ.

58– عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين)، دار هومه، الطبعة الثانية، الجزائر،2007.

59– عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2004/2003.

60– عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، مصر، 1986.

61– عمار عبد الواحد، العلاقات بين الزوجين، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.

62– فاطمة شحاتة، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.

PDF Eraser Free

63- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثامنة، سوريا، 2006/2005.

64- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص الجزء الأول(الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي)، دار النهضة العربية، 1969.

65- فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

66- سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1987.

67- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1997.

68- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، لبنان، 1994.

69- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009.

70- سعيد يوسف البستاني، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية , منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2004.

71- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان، 2004.

PDF Eraser Free

72- سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

73- رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

74- توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية بدون تاريخ.

75- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

76- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، دار وائل للنشر، الطبعة الخامسة، الأردن، 2010.

2 - المراجع الخاصة

أ- المؤلفات

77- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989.

78- السعدية بلمير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، المغرب، 1988.

79- جمال محمود الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999.

80- جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010.

PDF Eraser Free

81- هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

82- هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005.

83- نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومه، الجزائر 2006.

84- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.

85- نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومه، الطبعة الثانية، الجزائر 2006.

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

87- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر، الجامعي، الإسكندرية، 2004.

88- رعد مقداد محمود، النظام المالي للزوجين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2003.

89- رعد مقداد محمود، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، الطبعة الأولى، مصر، 2009.

90- خالد برجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، دارالقلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الرباط، 2001.

PDF Eraser Free

ب- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

91- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة(دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، السنة الجامعية 2005/2004.

92- محمود عبود مكحلة، الحقوق الدولية الخاصة للأجانب في الدول

الإسلامية رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2009.

93- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري(دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005.

94- ريم حمد أحمد الحمد، تنازع الاختصاص القضائي والتشريعي في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2000.

3- المقالات

95- أحمد زوكاغي، حق الكد والسعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم 5 مارس 1998، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد 39، 2005.

96- أحمد زوكاغي، نحو الاعتراف بحق الكد والسعاية انطلاقا من حكم المحكمة الإدارية بالرباط المؤرخ في 15 ماي 1997، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد 39، 2005.

97 البشري الشوربجي، مشكلات الزواج المختلط ومعالجتها تشريعيا www.eastlaws.com

PDF Eraser Free

98- أحمد زوكاغي، حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد42، 2009.

99- أحمد زوكاغي، اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، العدد43، 2010.

100- الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد01.

101- السعدية أعنطري، زواج المغربيات بالأجانب وتأثيراته على مستوى العلاقة الزوجية وتربية الأبناء، www.islamonline.net

102- بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2007 العدد.04

103- بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2008، العدد02.

104- جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2002، العدد 02.

105- جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت، 1998، العدد.01

106- هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، العدد.01

PDF Eraser Free

107- حساين عبود، النفقة على ضوء مدونة الأسرة، ضوابط التقدير القضائي وأسس الحماية القانونية، مجلة الحقوق، المغربية، عدد مزدوج 9-10، 2010.

108- حسن الهداوي، تنازع القوانين في موضوع الاسم، مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت، 1987، العدد01.

109- طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية 2009، العدد01.

110- محمد الكشبور، قراءة في واقع الزواج المختلط، المجلة المغربية للدراسات الدولية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، عدد خاص، 2003.

111- مبروك بنموسى، القانون الأجنبي من خلال المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية 2005، العدد32.

112- محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2003، العدد.04

113- محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني" نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، العدد.35

114- محمد بنحساين، المشاكل القانونية للعمال المغاربة بالخارج مع أحكام الطلاق، مجلة القانون المغربي، العدد 13، 2009.

PDF Eraser Free

115- مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة جامعة أدرار، 2004، العدد04.

116- نورالدين قارة، القانون المنطبق على الزواج من خلال مجلة القانون الدولي الخاص، حوليات العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجندوبة، تونس، العدد01، 2007.

117- نورالهدى القندوسي، خديجة بوتخيلي، الزواج المختلط وجه جديد للهجرة وخطوة نحو الاندماج، المجلة المغربية للدراسات الدولية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، عدد خاص، 2003.

118- صاحب الفتلاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني الأردني، " دراسة تحليلية مقارنة "، مجلة جامع النجاح للأبحاث(العلوم الإنسانية)، 2005، العدد04.

119- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون رقم 84-11(تشريع الأسرة الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2003، العدد 02.

120- عبد الرحمان خلفي، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة(دراسة مقارنة)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2008 العدد02.

121- عبد السلام زوير، تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، ww.oualidou.jeran.com

122 - عبد الرحيم العطري، الزواج المختلط والحراك الاجتماعي، www.islamonline.net

PDF Eraser Free

123- عزالدين كيحل، التصرفات المالية للزوجة ومدى تأثيرها على الحياة الزوجية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003، العدد 08.

124- عكاشة محمد عبد العال، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، 1998، العدد01.

125- علي مصباح ابراهيم، المعاشرة غير الشرعية والزواج المنقطع في لبنان، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.

126- فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1996، العدد 04.

127- فتيحة يوسف، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد03، 2005.

128- فتيحة غميط، الاتفاقية المغربية الفرنسية حول الأسرة والتعاون القضائي لسنة 1981 بين النص والواقع، مجلة القصر، المغرب، العدد23، 2009.

129- فوزي بوخريص، الذمة المالية للزوجين من خلال مدونة الأسرة، مجلة القصر، المغرب، العدد 23، 2009.

PDF Eraser Free

130- سيدي محمد بن سيد أب، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، العدد.02

131- تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيرها على الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2008، العدد 03.

132- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد04، 1999.

133- تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، العدد 06.

134- خلدون سعيد قطيشات، مدى توافق المشرع الأردني في قواعد الجنسية مع متطلبات المجتمع الدولي وأثر ذلك في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، 2010، العدد.01

4-<u>الاتفاقيات</u>

135- الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين المبرمة في 28 تموز/يوليه1951.

136- اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة المبرمة في 18 ديسمبر 1979.

137- اتفاقية لاهاي بشأن تنازع القوانين في مجال الزواج المبرمة في 12 يونيو 1902.

PDF Eraser Free

138- اتفاقية لاهاي المبرمة في 25 أكتوبر 1980 لمعالجة المسائل المدنية لحالات خطف الأطفال خارج الحدود.

139- اتفاقية نيويورك لسنة 1954 بشأن الحالة الدولية لعديمي الجنسية .

140- اتفاقية نيويورك بشأن جنسية المرأة المتزوجة المبرمة في 20 فبراير 1957.

141- مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 26 يوليو 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال المبرمة في الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988، الجريدة الرسمية، 1988، العدد30.

142- مرسوم رئاسي رقم 92-461 مؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية، 1992، العدد21.

143- ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 14 نوفمبر 1986 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس1981، الجريدة الرسمية، عدد3910 الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 1987.

144- ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 13 ماي 1999 بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق

PDF Eraser Free

الزيارة وإرجاع الأطفال، الجريدة الرسمية رقم 4700 الصادرة بتاريخ 17 يونيو 1999.

145- ظهير شريف رقم 1.99.9 صادر في 24 يونيو 1999 بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة في 27 ماي 1998 بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية عدد 4718 الصادرة بتاريخ 19 غشت 1999.

5-القوانين

146- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، 2008، العدد21.

147- قانون رقم 08- 11 مؤرخ في 2008/06/25 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية، 2008، العدد36.

148- قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

149- قانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 09 نوفمبر 1995 يتعلق

بإصدار مجلة الطفل التونسية.

150- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يوليو 1984 يتضمن قانون الأسرة

الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

151- قانون رقم 5 لسنة 1961 يتضمن القانون الكويتي المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

PDF Eraser Free

152- أمر رقم 75- 85 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

153- أمر رقم 70- 20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.

154- أمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 2005/02/27 الجريدة الرسمية، 2005، العدد 04.

155- أمر رقم 66 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

156- ظهير شريف رقم 1.60.020 مؤرخ في 4 مارس 1960 بشأن انعقاد الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات أو المغربيات والأجانب جريا على الصيغ المعينة في الحالة المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 2474.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- Ouvrage Généraux :

157- Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droit et conflits de Lois , L.G.D.J , Paris, 1996.

158-Bernard AUDIT, droit international privé, Economica, quatrième édition, Paris, 2006.

159- Bertrand ANCEL , Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 4éme édition, Paris, 2001.

PDF Eraser Free

160- Corinne RENAULT- BRAHINSKY, Droit de la Famille, Gualino éditeur, 2e édition, Paris, 2006.

161- Daniel GUTMAN, Droit international privé, Dalloz, 5 édition, Paris, 2007.

162-Françoise MONEGER, Droit international privé, Editions libraire de la cour de cassation, Paris, 2001.

163- Jean DERRUPPE, Droit International Privé, DALLOZ, 14e édition, paris, 2001.

164- J.LABIC , juris-classeur civil, Editions techniques, Paris, 1989.

165- Mme Mariel Revillard, Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international, droit international privé, éditions A. Pedone. Paris. 2000.

166-Mohand ISSAD, droit international privé(les règles matérielles), office des publications universitaires, Algérie, 1986.

167- Pierre MAYER, Vincent Heuzé, Droit international privé, éditions Delta, 8éme édition, Beyrouth.

168- Sandrine CLAVEL, Droit International Privé, Dalloz, Paris, 2009.

2-Articles et Chroniques

169-Saadia BELMIR, Droit de la famille au Maroc, www.cidop.org

170- Sami A. ALDEEB-ABU SAHLIEH, conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans

PDF Eraser Free

et en Europe, revue internationale de droit comparé, octobre-décembre 1997, N 04.

PDF Eraser Free

الفـهـــرس

مقدمة
..... 1
الفصل الأول
القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.....10
المبحث الأول: الشروط الموضوعية للزواج..... 15
المطلب الأول: مضمون فكرة الشروط الموضوعية للزواج في القانون الجزائري..... ..... .17
الفرع الأول: الرضا و أهلية إبرام عقد الزواج..... 20
الفرع الثاني:الولي والشهود والصداق.....24
الفرع الثالث: انعدام الموانع الشرعية..... 28
المطلب الثاني: مضمون فكرة الشروط الموضوعية للزواج في القانون الفرنسي..... 34
الفرع الأول: الشروط الطبيعية للزواج..... 34
الفرع الثاني: الشروط ذات الطبيعة العقدية..... 40
المطلب الثالث: تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج..... 41
الفرع الأول: التطبيق الجامع..... 43
الفرع الثاني: التطبيق الموزع..... 46
الفرع الثالث: الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني..... 49
الفرع الرابع: كيفية تطبيق قانون جنسية الزوجين في حالتي ازدواج الجنسية وانعدامها..... 53
الفرع الخامس: القانون الواجب التطبيق على الوكالة في عقد الزواج..... 58
المطلب الرابع: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي..... 63
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام..... 63
أولاً: الأثر المخفف للنظام العام..... 67

PDF Eraser Free

ثانيا: الأثر الانعكاسي للنظام العام..... 74
الفرع الثاني: الغش نحو القانون..... 77
المبحث الثاني: الشروط الشكلية للزواج..... 82
المطلب الأول: الزواج بين الشكل المدني والديني.....80
المطلب الثاني: تطبيق قانون المحل على شكل الزواج..... 83
الفرع الأول: تاريخ قاعدة لوكيس.....88
الفرع الثاني: طبيعة قاعدة لوكيس..... 89
أولاً: خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام قاعدة آمرة..... 90
ثانياً: خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام قاعدة اختيارية.....91
ثالثاً: طبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات الحديثة..... 93
الفرع الثالث: موانع تطبيق قاعدة لوكيس..... 99
أولاً: الغش نحو القانون..... 99
ثانياً: النظام العام..... 101
ثالثاً:الإحالة..... 104
المطلب الثالث: مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج..... 102
المطلب الرابع: اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج.... 110
الفرع الأول: زواج الجزائريين في الخارج..... 116
الفرع الثاني: زواج الأجانب في الجزائر..... 118
الفصل الثاني
القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.....120
المبحث الأول: تحديد نطاق القانون الذي يحكم آثار الزواج..... 121
المطلب الأول: آثار الزواج فيما يخص الجنسية..... 125
المطلب الثاني: أثر الزواج على أهلية الزوجة..... 134
المطلب الثالث: أثر الزواج على نفقة الزوجة واسمها..... 135
المبحث الثاني: مضمون القانون المختص بحكم آثار الزواج..... 141
المطلب الأول: خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج..... 142

PDF Eraser Free

المطلب الثاني: الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون جنسية الزوج.... 151
المبحث الثالث: النظم المالية للزواج..... 161
المطلب الأول: أهم النظم المالية للزواج في القانون الفرنسي..... 167
الفرع الأول: نظام الاشتراك المالي..... 167
الفرع الثاني: نظام الانفصال المالي..... 175
المطلب الثاني: اتفاق الزوجين حول نظام الأموال المشتركة بينهما في التشريع الجزائري..... 177
الفرع الأول: الاستقلال النظري للذمم المالية للزوجين..... 177
الفرع الثاني: الاشتراك الفعلي..... 182
المطلب الثالث: نظام الاشتراك المالي بين الزوجين في القانون التونسي 186
الفرع الأول: تسجيل نظام الاشتراك المالي..... 187
الفرع الثاني: مشمولات نظام الاشتراك المالي..... 188
الفصل الثالث
القانون الواجب التطبيق على الطلاق..... 191
المبحث الأول: مضمون فكرة الطلاق..... 192
المطلب الأول: المفهوم العام للطلاق..... 193
المطلب الثاني: خصوصية الطلاق بالنسبة للوسائل الأخرى لانقضاء الزواج..... 196
الفرع الأول: الفسخ والتطليق والخلع..... 196
الفرع الثاني: الطلاق في الديانات السماوية والتشريعات الوضعية.....200
أولاً: الطلاق في الديانات السماوية.....200
ثانياً: تطور مفهوم الطلاق في التشريعات الوضعية الغربية.....202
الفرع الثالث: التحلل من التزامات الزوجية بالانفصال الجسماني في القانون الفرنسي..... 204
المبحث الثاني: كيفية تحديد القانون المختص بالطلاق..... 206
المطلب الأول: خضوع الطلاق لقانون جنسية الزوج..... 206

PDF Eraser Free

الفرع الأول: المبدأ العام..... 207
الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على تطبيق قانون جنسية الزوج..... 215
المطلب الثاني: استبعاد قانون جنسية الزوج..... 217
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام..... 217
الفرع الثاني: الغش نحو القانون..... 224
المطلب الثالث: نطاق إعمال قانون جنسية الزوج..... 226
المطلب الرابع: الحضانة وإشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق..... 232
الفرع الأول: حق الطفل في الوسط العائلي..... 232
الفرع الثاني: التكييف القانوني للحضانة..... 235
الفرع الثالث: القانون الذي يحكم الحضانة..... 237
الفرع الرابع : تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة..... 250
المبحث الثالث: تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية..... 254
المطلب الأول: تذييل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية..... 256
الفرع الأول: الجهة المختصة بالبت في طلب تذييل عقد أو حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية..... 263
الفرع الثاني: طبيعة وآثار الحكم القاضي بتذييل العقد أو الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية..... 266
الفرع الثالث: تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في إطار اتفاقيات التعاون القضائي الدولي..... 268
المطلب الثاني: مشكلة الاعتراف بالطلاق في نظم الأحوال الشخصية غير الإسلامية..... 269
الفرع الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي وإثباته..... 270
الفرع الثاني: تكييف الطلاق الإسلامي في فرنسا..... 275
الفرع الثالث: شروط حيازة حكم التطليق الأجنبي حجية الأمر المقضي في فرنسا..... 277

PDF Eraser Free

خاتمة.....
المراجع..... 278
الفهرس..... 303

للمزيد من الموضوعات الهامة والحصريات
تفضلوا بزيارة موقعنا على الإنترنت
www.tribunejuridique.blogspot.com
ولكي تبقوا دائما قريبين من جديد موقعكم، لا تترددوا في الاشتراك أو تسجيل الإعجاب بصفحتنا الرسمية على فيسبوك، وشكرا على وفائكم متابعينا الكرام
المنبر القانوني @tribunejuridique