جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الحقوق

قانون أسرة

إعداد الطالبة:

شريف آمنة

يوم:

آثار انعقاد الزواج المختلط في القانون الجزائري

لجنة المناقشة:

يتوجي سامية	أ . مح ب	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
سلام أمينة	أ . مس	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
غلابي بوزيد	أ . مس	جامعة محمد خيضر بسكرة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2019 -2020

جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الحقوق

قانون أسرة

إعداد الطالبة:

شريف آمنة

يوم:

آثار انعقاد الزواج المختلط في القانون الجزائري

لجنة المناقشة:

يتوجي سامية	أ . مح ب	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
سلام أمينة	أ . مس	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
غلابي بوزيد	أ . مس	جامعة محمد خيضر بسكرة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2019 -2020

بسم الله الرحمن الرحيم

شكـــر وتقديـــــر

الحمد لله الذي وفقني ومنحني القوة والصبر لإتمام هذا العمل.

وبعد شكر الله عز وجل، أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذتي الفاضلة "سلام أمينة" لقبولها الإشراف على هذه المذكرة، وعلى نصائحها وتوجيهاتها القيمة طيلة فترة العمل.

وأتوجه بالشكر أيضا إلى كل أساتذة كلية الحقوق.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني من قريب ومن بعيد.

الاهـــــداء

إلى من وضع المولى سبحانه وتعالى الجنة تحت قدميها، امي ثم امي ثم امي (والدتي العزيزة)

إلى الايادي التي ربتني وعلمتني (والدي العزيز)

إلى الذي كان لي خير الرفيق وخير السند، والذي دعمني بكل ما استطاع من قوة (زوجي جمال)

إلى فلذة كبدي ابني (عبد المعز)

إلى اخواتي البنات واولادهن وأخوي.

إلى كل من تمنى لي الخير والنجاح

إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي المتواضع..

مقدمة

قال تعالى في سورة الحجرات بعد بسم الله الرحمان الرحيم " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا." [1] صدق الله العظيم. أي ليعرف بعضكم بعضا، ولعلى الناظر إلى عصرنا الحديث يجد أن هذا التعارف يضرب بجذوره عميقا خصوصا مع ما يشهده العالم من انفتاح، حيث أصبح يشكل قرية صغيرة، وذلك بفضل التطور الكبير في مختلف وسائل الاتصال والمواصلات وعالم التكنولوجيا غير المتوقف، وهو ما فرض توسع المعاملات السياسية والاقتصادية والاجتماعية بين مختلف الشعوب وأفرادها رغم المسافات البعيدة.

إلا أن ذلك لم يمنع من الحفاظ على إيديولوجيات ودعائم أساسية للمجتمعات في جميع المجالات تختلف من دولة إلى أخرى تدخل ضمن سيادتها وتنطلق منها في وضع قوانينها التي تراها الأنسب في تنظيم المجتمع، ولأن هذا الأخير لم يعد متكونا من مواطنين أصليين فقط، بل أصبح يضم إضافة إلى ذلك أصحاب جنسيات أخرى يعيشون معهم، ويشترون منهم ويبيعون لهم, ويتعاملون معهم في شتى المجالات، وهو ما أوجب على الأنظمة أن تضع إضافة إلى قوانينها الداخلية قواعد أخرى تحكم علاقات هؤلاء الأجانب مع بعضهم أو مع غيرهم في سبيل إحلال أحسن تنظيم للمجتمع، ومن أجل الحفاظ على الحقوق والواجبات وتوفير الأمان والثقة للجميع، وهذه الواعد اصطلح على تسميتها قواعد القانون الدولي الخاص.

ولأن هذه القواعد الموجودة في قوانين كل الدول، قد يتجاذب أكثر من قانون علاقة واحدة تشتمل على عنصر أجنبي سواء في الأطراف أو في المحل، أو في السبب، لارتباطه بها في جانب من الجوانب وهو ما يعرف بمشكلة تنازع القوانين، وفي نفس الصدد، قد يحصل أن يتخلى كل قانون عن اختصاصه بحكم تلك العلاقة ويتم حل هذه المشكلة من خلال ترجيح أحد القوانين المتنازعة عبر قواعد القانون الدولي الخاص الموضوعة مسبقا.

والعلاقات ذات العنصر الأجنبي ليست مقتصرة على مجال دون آخر، فنجدها في الميدان السياسي والاقتصادي والاجتماعي. ولعلى أبرز العلاقات ذات الطابع الاجتماعي هي علاقة الزواج الذي إذا تباينت جنسيات أطرافه سمي بالزواج المختلط، وهو يعتبر أهم مجال وأخصبه ضمن

[1]– الآية رقم:13.

مسائل تنازع القوانين، وذلك نظرا إلى كونه يحكم علاقة جدية تؤثر على مراكز الأطراف وجنسياتهم ومكتسباتهم، إضافة إلى أن آثاره قد تمتد إلى دولة أخرى أو أكثر.

ومسائل الزواج المختلط تعتبر معقدة بشكل ما لأن الزواج في حد ذاته غالبا ما يكون مستمد من مرجعية دينية وعقائدية، لهذا قد يصعب حسم قانون مختص، ومن ثم تطبيقه دون أن تطرأ أية مشكلة أخرى، وكذلك لأن الزواج في حد ذاته كتعريف يختلف من قانون لآخر، فما يعتبر زواج في قانون معين قد لا يعترف به في آخر، وقد نجده في تلك القوانين التي اتفقت عليه تختلف من حيث الشروط المستلزمة لانعقاده، فما يعتبر شرطا في قانون ما قد يعتبره آخر خروجا عن القانون، ويلحق بذلك الآثار المترتبة عن هذا الزواج، والتي يكون لها تأثير كبير على طرفي هذه العلاقة وما ينتج عنها من أولاد.

وكل تلك المسائل تعقد مادة الزواج المختلط وتثري موضوع تنازع القوانين فيه، ويقع على عاتق المشرع إيجاد المخرج ووضع الحلول كلما ثارت هذه المشكلة.

وتختلف الدول كذلك في تحديد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية باعتبار أن الزواج جزء منها، فهناك قوانين تدخل الميراث والوصية والنظم المالية للزواج في مجال الأحوال الشخصية وهناك أخرى تدخلها ضمن طائفة الأحوال العينية، وأيضا هناك من الدول التي اختارت التقنين الكلي بأن أفردت لقواعد القانون الدولي الخاص قانون مستقل، وأخرى فضلت التقنين الجزئي بأن تجعل تلك القواعد ضمن قانون آخر.

واختار مشرعنا الجزائري أن يدخل الزواج وكل ما تعلق به من نظم مالية وهبة وميراث ووصية في فئة الأحوال الشخصية، ونص في مادته رقم 221 من قانون الأسرة على أن" يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وغيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني" [1] وقد اختار بذلك التقنين الجزئي, وبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد اقتصر مجال تنازع القوانين في المواد من 09 إلى 24 منه, والتي قد شملها التعديل بالقانون رقم 11/05, ذلك ربما محاولة منه لمواكبة مستجدات المجتمع المعاصر.

[1]– قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

ونحاول نحن من خلال الإلمام بموضوع الزواج المختلط في القانون الجزائري من خلال بحثنا، ومن خلال طرح الإشكال التالي:

هل وفق المشرع الجزائري في سن الحلول الوضعية في معالجته لمسائل الزواج المختلط

وقد عمدنا في دراستنا لهذا الموضوع اللجوء إلى المنهج الوصفي باعتباره المنهج الأكثر ملائمة للبحث وخصوصا في الجوانب النظرية منه، وكذلك اعتمدنا على أسلوب التحليل عند التعرض لنوص القانون المنظمة لهذا الموضوع، وقد تمت الاستعانة استثنائيا بالمنهج المقارن عند تطلب الدراسة ذلك فقط.

أهميـــة الموضـــــوع:

- موضوع الزواج المختلط هو مجال واسع وجد خصب في مسائل تنازع القوانين؛
- يعتبر الزواج من أهم المعاملات التي تنشأ بسببها صلة القرابة والروابط الأسرية؛
- الانفتاح المتزايد بين الشعوب مما يعزز من فرص حدوث الزواج المختلط؛
- ينطوي الزواج المختلط على تعقيدات كثيرة سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي؛
- ارتباط الزواج أساسا بفكرة النظام العام، وتأثره بعوامل محيطة التي تختلف من مجتمع لآخر.

أســـباب اختـــيـــار الموضـــوع:

- الدافع الذاتي والميول الشخصي لدراسة هذا الموضوع؛
- الوقوف على أهم المسائل والإشكالات التي يقوم عليها الزواج المختلط؛
- التعرف على الحلول التي وضعها المشرع لإشكالية التنازع القوانين في الزواج المختلط وضوابط الإسناد التي اختارها لها؛
- الإضافة إلى التراكم المعرفي.

صعوبـــات الـــدراســة:

من بين الصعوبات التي واجهتنا خلال هذا البحث عدم وجود كتب متخصصة بتنازع القوانين في مشكلات الزواج أساسا، وإن وجدت فهي تعالج موضوع القانون الدولي الخاص كأصل عام.

تـقسـيـم الـدراســـة:

وبناء على ما تقدم فأن دراستنا لموضوع انعقاد الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري ستنحصر في الاختصاص التشريعي منه دون المجال القضائي، وقمنا بتقسيم الدراسة غلى فصلين اثنين ارتأينا أن نتناول في الفصل الأول شروط انعقاد الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليها من خلال مبحثين، وتناولنا في الفصل الثاني من الدراسة آثار الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليها من خلال مبحثين أيضا.

الفصل الأول: شروط انعقاد الزواج المختلط

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

المطلب الأول: مضمون الشروط الموضوعية

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط

المطلب الأول: مضمون فكرة الشروط الشكلية

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

الزواج في اللغة هو الاختلاط والاقتران[1]، وهو العلاقة الشرعية، والطريق المعقول المتفق مع مصلحة المجتمع ورقي الإنسان وانتظام شؤون الجماعات في مختلف العصور،[2] وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الأسرة[3] بقوله "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع عرف الزواج انطلاقا من الغاية الموجودة منه، وجعله عقدا رضائيا، ونص على مجموعة من الشروط التي ينبغي توافرها لانعقاده صحيحا لكن دون أن يميز بين ما هو موضوعي وما هو شكلي منها، إلا أنه على صعيد القانون الدولي الخاص يتم التمييز بينها، وبين القانون الذي تخضع إليه.

ولأن الخطبة تعتبر من مقدمات الزواج، والمشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد خاصة بها ولأنها في القانون الجزائري مجرد وعد بالزواج ولا ترتقي إلى مرتبة عقد بصريح المادة 5 ق.أ.ج لكنها تدخل ضمن فئة الأحوال الشخصية، لذلك إذا تحقق نتيجة العدول عنها مسؤولية تقصيرية فإنه يمكن مساءلة المتسبب في ذلك تقصيرا، وبالتالي إعمال قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، وتخضع لقانون محل الفسخ[4].

ونحاول من خلال الفصل الأول التعرف على كل من الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاد الزواج المختلط، والقانون الواجب التطبيق عليها عبر مبحثين اثنين.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص407.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص103.

(3) الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، المتعلق بقانون الأسرة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد15 ص18.

(4) دربة أمين، "قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، (مذكرة ماجيستر)، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، ص 13.

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

من الطبيعي أنه لصحة كل عقد لابد أن يستوفي مجموعة من الشروط لينعقد صحيحا، ومرتبا لآثاره، وهو ما ينطبق على عقد الزواج، ومن الطبيعي كذلك أن تختلف هذه الشروط من دولة لأخرى، ولا يمكن أن يحتمل ذلك تباين في القانون الذي يطبق على الشروط الموضوعية في حالات الزواج المختلط. ونحاول أن نتطرق إلى مضمون الشروط الموضوعية **(المطلب الأول)**، والقانون الواجب التطبيق عليها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مضمون الشروط الموضوعية

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج، تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حالة انعدامها، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج[1].

وتختلف هذه الشروط من دولة إلى أخرى بحكم اختلاف الأنظمة القانونية، والعقائد القانونية، غير أن الدول العربية المسلمة خاصة غالبيتها تستمد هذه الشروط من الشريعة الإسلامية، لذلك قلما نتصور اختلاف بينها، بينما يزداد هذا الأمر تعقيدا عندما يكون الزواج بين طرفين أحدهما من دولة مسلمة، والآخر غير ذلك، نتيجة الفرق الكبير في أسس الزواج، كما تجدر الإشارة 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، أي أركان عقد الزواج وشروطه، والتي يترتب على تخلفها بطلان الزواج أو قابليته

---

(1) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة العسيلة، الدويرة، 2008، ص 28.

(2) مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، مطبعة دار الأيام، عمان، 2015، ص 28.

للإبطال[1] والتي تتمثل في الرضا والولي على النفس للزوجة أو القاضي إن لزم الأمر، والشهود والصداق والأهلية، بالإضافة إلى شرط انتفاء المانع[2]. وسنتعرض إليها تباعا بقليل من التفصيل:

الفرع الأول: الرضا

المشرع الجزائري من خلال المادة 9 ق.أ.ج[3] فصل الرضا وجعله كركن أساسي ووحيد في انعقاد الزواج. وبالتالي لابد من توافره صراحة لإمكان قيام عقد الزواج وسلامته،[4]وهو نفس ما أشارت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها[5] إلى أن الرضا: هو الركن الأساسي لعقد الزواج وأنه يبطل الزواج بانعدام الرضا.

ويتجسد الرضا بتبادل الإيجاب والقبول بين أطراف العقد، أي اجتماع إرادتي المتعاقدين نحو إنشاء عقد الزواج، وهو ما جاء في نص المادة 10ق.أ " يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر ...". وذلك دون أن يقيد المشرع الإيجاب والقبول بألفاظ معينة، وإنما تركها مفتوحة على أن تدل في معناها كل ما يفيد معنى النكاح شرعا. وكذلك يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة.

الفرع الثاني: الأهلية

تعني الأهلية صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج وقد جاء في المادة 40ق.م.ج " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة "وهذا هو سن الرشد المدني. وقد تطلبه قانون الأسرة كشرط من شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر، وحدد سن أهلية الزواج بتمام تسعة عشر سنة كاملة، سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، بموجب الأمر رقم:02/05 من خلال المادة 17 منه، واستثناء يجوز

---

(1) المرجع نفسه، ص 26.

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 70.

(3) بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المتضمن قانون الاسرة الجزائري.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 206.

(5) المرجع نفسه، 207.

الترخيص لمن لم يبلغ السن القانونية للزواج من القاضي بشرط تحقق مصلحة أو ضرورة مع قدرة الطرفين على الزواج.

وفي حالة عدم حصول القاصر على إذن بالزواج يمنع ضابط الحالة المدنية أو الموثق من تحرير عقد الزواج[1]. لكن الأمر يختلف، إذا تعلق بزواج طرف جزائري مع أجنبي يحدد قانونه الوطني سن للزواج أقل أو أكثر من المطلوب في القانون الجزائري لأن الأهلية تبقى خاضعة لقانون كل واحد من الزوجين حسب ما تقتضيه المادة 10ق.م.ج لأن الأهلية تحكمها قاعدة إسناد خاصة.

الفرع الثالث: الولي

الولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج الولي عليها، وتولي إبرام العقد عليها[2].

وقد نص قانون الأسرة في المادة 9 مكرر منه على الولي كشرط لصحة الزواج، إلا أنه من خلال المادة 11 المعدلة نص على ما يلي: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره." وما يلاحظ هنا أن المشرع ترك الاختيار للمرأة الراشدة لممارسة الولاية تمكنها لمن تشاء[3]. فيما أبقى على دور الولي في حالة زواج القصر فقط من خلال نفس المادة " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" على ألا يجبر الولي القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها بحسب المادة 13 المعدلة من نفس القانون.

وعلى هذا فقد نص وقف المشرع الجزائري وقف متذبذبا من شرط الولي في عقد الزواج، فلم يلغه صراحة، ولم يشترطه صراحة، وبذلك لا معنى لحضور الولي إذا لم يكن له تأثير في زواج من هي

---

(1) بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، 2011، ص 44.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 401.

(3) المرجع نفسه، ص 410.

في ولايته ما دام أن غيابه عن مجلس العقد، لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على إجازته.[1]

الفرع الرابع: الصداق

الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، حسب ما تقتضيه المادة 14 ق.أ.ج، وقد جعله المشرع الجزائري من الشروط الواجب توافرها لقيام عقد الزواج، ويحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه باعتباره شرطا من شروط الانعقاد قانونا وشرعا، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها[2].

وتستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج قبل الدخول، بحسب المادة 16 ق.أ. وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. وهو نوعان: مهر مسمى، اتفق عليه في العقد، ومهر المثل –أي ما يعطى لمثلها–في حالة عدم تحديد قيمته.

وقد نص القانون في الماد 33 أنه في حالة ما تم الزواج بدون صداق فإنه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول مع وجوب صداق المثل.

أما في حالة النزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحد منهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين قبل الدخول، أما بعده فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين.م17 ق.أ.

الفرع الخامس: الشهود

من المتطلبات الواجبة في عقد الزواج أيضا هو الإشهاد، أي أن يتم العقد بحضور شاهدين مستكملين لشروط الشهادة لأن عقد الزواج له خطره ومكانته في الإسلام، فكان من الواجب إعلانه

(1) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 31.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 340.

للناس وإخراجه من حدود الكتمان[1]. وقد ذكره المشرع الجزائري كذلك ضمن الشروط الواجبة لصحة الزواج في المادة 9 مكرر.

ولم يتكلم المشرع الجزائري على الشروط التي يجب توافرها في الشهود، ففي هذه الحالة يطبق نص المادة رقم 222 ق.أ " كل ما لم يرد النص عليه هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وبذلك نجد أن الشريعة الإسلامية قد اشترطت في الشهود: العقل، البلوغ، الحرية، الإسلام والعدد وسماع الشهود كلام العاقدين وفهم معناه[2]. أما الجنس ففيه اختلاف بين الفقهاء، وما تجدر الإشارة إليه بخصوص سن الشهد فقد حدده قانون الحالة المدنية بعد التعديل بتسعة عشر(19) سنة بعد أن كان واحد وعشرون (21) سنة ودون تمييز فيما يخص الجنس[3].

وإذا حدث وتم الزواج، دون شاهدين يكون العقد فاسدا، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، وهو ما ذهب إليه المشرع في المادة 33 ق.أ لكون الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج، نظرا لأهمية هذا العقد وقدسيته، ولمنع نكرانه وجحوده ولكون الإشهاد أداة إثبات أيضا ودليلا أمام القضاء[4].

الفرع السادس: انعدام الموانع الشرعية

يعتبر كذلك من انعقاد شروط الزواج، أن تكون المعقود إليها محلا للعقد[5]، أي لا تكون محرمة على من يريد الزواج منها لوجود مانع من موانع الزواج، وقد نصت المادة 23 ق.أ "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة." فالموانع المؤبدة قد سميت كذلك لأن وصفها دائم لا يزول[6]، وهي التي تكون بسبب القرابة، المصاهرة، والرضاع (م24 ق.أ)، وقد فصل فيها المشرع من

(1) بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 80.

(2) المرجع نفسه، ص 81.

(3) المادة رقم 33 قانون الحالة المدنية المعدلة بموجب الأمر رقم 08/14 المؤرخ في 2014/8/9.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 426.

(5) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، الأردن، 1997، ص 106.

(6) ذكرت على سبيل الحصر في الآية رقم 23 سورة النساء.

خلال المواد من 25 إلى 29 ق.أ، فالنساء المحرمات بسبب القرابة هن: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات، وبنات الأخ وبنات الأخت.

أما المحرمات بسبب المصاهرة فهن: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علو، وأرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا، أما بخصوص الرضاع فإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، حسب ما تقتضيه المادة 27 استنادا إلى حديث الرسول ﷺ "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".

وبالنسبة للموانع المؤقتة فهي التي يكون سببها طارئا وقابلا للزوال ويزول التحريم بزوال سببه[1] فيحرم على الرجل أن يتزوج من امرأة هي زوجة لغيره أو معتدته، لأنه تعلق حق الغير بها. كما يحرم عليه الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، مطلقته ثلاثا ويحرم زواج المسلمة بغير المسلم، وهو ما نص عليه المشرع في نص المادة 30 ق.أ فيما أغفل النص على حرمة زواج الملاعنة وحرمة الجمع بين أكثر من أربع زوجات.

وفي موضوع الزواج المختلط يحرم على المرأة الجزائرية الزواج برجل غير مسلم سواء كان يهوديا أو نصرانيا أو ملحدا، وإن حدث ذلك سواء عن طريق الغش أو بإرادتهما المشتركة، فإن هذا الزواج يعتبر باطلا بطلانا مطلقا طبقا لنص المادة 32 ق.أ ويجب الحكم ببطلانه بطلب من النيابة أو ممن له مصلحة[2].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

تتأسس مشكلة تنازع القوانين في مجال الزواج عموما عندما تتضمن المسألة محل النزاع عنصرا أجنبيا بسبب اختلاف جنسية أطرافها أو مكان انعقادها، مما يؤدي إلى تنازع قوانين أكثر من دولة واحدة لحكمها، ويتم حل هذه المشكلة من خلال ترجيح تطبيق أحد القوانين المتنازعة كونه الأنسب لحكم المسألة[3]، وذلك عبر قواعد فنية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بتحديد القانون الواجب

(1) بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 93.

(2) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 34.

(3) حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 13.

التطبيق عليها، وذلك استنادا إلى ضابط شخصي قد يكون ضابط الجنسية أو ضابط الموطن، ويصطلح عليها بقواعد الإسناد أو قواعد التنازع[1]، وهي قواعد غير محددة المضمون، لأنها تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة أو المسألة .

وقد 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 والألماني والبولوني، وهو كذلك ما أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين (1902)، أما الاتجاه الثاني فقد أخضع هذه الشروط إلى قانون الموطن كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي، فيما يذهب الاتجاه الثالث لإخضاعها لقانون محل الإبرام دوت تمييز بين شكل و موضوع الزواج كالقانون الأمريكي[2].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالاتجاه الأول، الذي يتبنى إخضاع الشروط الموضوعية للزواج لقانون الجنسية كقاعدة عامة، إلا أنه استثنى من ذلك كون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. وهو ما سنتطرق إليه إضافة إلى الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وحالات استبعاد تطبيق هذا القانون.

الفرع الأول: القاعدة العامة

باعتبار أن الزواج حدثا هاما في حالة الأشخاص، فإن شروطه الموضوعية تعد من صميم الأحوال الشخصية[3]. وقد حسم المشرع الجزائري اختياره من حيث القانون الذي تخضع له الشروط الموضوعية للزواج في القانون الدولي الخاص عبر ضابط الجنسية، وذلك من خلال نص المادة 11 ق.م.ج والتي جاء فيها" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". ولقد أحسن المشرع عند ضبطه لصياغة هذه المادة بموجب تعديل 20

(1) محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2009، ص 35.

(2) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 160.

(3) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 47.

جوان 2005 بعد أن كانت تنص سابق على الشروط الخاصة بصحة الزواج وهو حكم جامع لكل الشروط الموضوعية والشكلية، بحيث أصبحت بعد التعديل تنص على الشروط الموضوعية فقط[1].

وخضوع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون الجنسية نصت عليه أيضا المادة 97 ق.ح.م بقولها " 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." ورغم أن هذا النص جاء أحادي الجانب لأنه تطرق لزواج الجزائريين في الخارج ولم يتطرق إلى زواج الأجانب في الجزائر، يرى الأستاذ أعراب بلقاسم أنه لا يوجد مانع من إعطاء نص المادة 97 تفسيرا مزدوجا، بحيث يخضع زواج الأجانب في الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم[2].

وتطبيق قانون الجنسية على الشروط الموضوعية لصحة الزواج يكون وقت إبرام عقد الزواج، ولا يتأثر فيما بعد العقد إذا غير أحد الزوجين جنسيته لاحقا،[3]وكذلك فإن تطبيقه لا يثير أي إشكال إذا كانا الزوجان متحدي الجنسية، وإنما يثار الإشكال في حال اختلاف جنسيتها، فكيف يطبق القاضي قانون الجنسية في هذه الحالة؟

اتجه الفقه في كيفية تطبيق هذه القاعدة إلى اتجاهين هما التطبيق الجامع **(أولا)** والتطبيق الموزع **(ثانيا)**.

---

(1) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص160.

(2) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دار هومة، الجزائر،2006، ص 229.

(3) أحمد عبد الحميد عيشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، مصر، ص 313.

أولا: التطبيق الجامع Application cumulative

ينادي أنصار هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، بمعنى أنه يستوجب على كل زوج أن يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، وإضافة إلى ذلك الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الوطني لزوجه في ذات الوقت[1].

والحجة التي يستند إليها هذا الاتجاه أن المقصود من قاعدة الإسناد هو حماية الرابطة الزوجية ذاتها، ولتجنب قيامها صحيحة في نظر دولة أحد الزوجين وغير صحيحة في نظر قانون دولة الزوج الآخر[2]، وكذلك لكيلا يكون لأحد القوانين امتياز على القانون الآخر.

ولقد لاقى هذا الاتجاه انتقادا كبيرا، ذلك أن من شأنه إهدار القواعد الأكثر تساهلا وإعمال القوانين الأكثر تشددا[3]، وبالتالي تقل فرص انعقاد الزواج المختلط، ونظرا لكون القول بالتطبيق الجامع لكل الشروط الموضوعية لصحة الزواج غير منطقي، أخذت معظم التشريعات بتطبيقه في بعض منها فقط، وهي الشروط التي تتمتع بالصفة المزدوجة والتي تخص العلاقة الزوجية في حد ذاتها[4]، ومن أمثلة هذه الشروط موانع الزواج كالقرابة والموانع الصحية والتي منها الأمراض الجسمانية والأمراض العقلية، ومسألة الارتباط بزواج سابق وكذلك مسألة اختلاف الدين، ويخرج منها العوائق الإقليمية والعنصرية.

أما المشرع الجزائري فقد نص على موانع الزواج في قانون الأسرة من خلال المواد من 23 إلى 30 منه – كما سبق بيانها–وبالتالي تخضع للتطبيق الجامع للقانونين نظرا لخطورتها وتعلقها بالنظام العام، وكونها تخص الرابطة الزوجية ذاتها.

---

(1) المرجع نفسه، ص 314.

(2) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، التركي للطباعة، طنطا، الطبعة الأولى، ص 216.

(3) المرجع نفسه، ص 217.

(4) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 162.

ثانيا: التطبيق الموزع Application distributive

يرى الفقه الراجح وجوب التطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين[1]، بأن يستوفي الزوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقطِ، وأن تستوفي الزوجة فقط الشروط المنصوص عليها في قانونها الوطني، فمثلا إذا كان هناك زوج مغربي وزوجة تونسية أرادا الزواج في الجزائر يستوجب على الزوج أن يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون المغربي، وأن تستوفي الزوجة الشروط المنصوص عليها في القانون التونسي فقط، فهو عكس التطبيق الجامع للقانونين.

وحجة أنصار هذا الاتجاه على عكس حجة غيرهم، فهم يرون أن قانون كل دولة موضوع لحماية وطنيها فلا مجال لتطبيقه على غيرهم[2]، وهو ما يعطي فرص أكثر لانعقاد الزواج المختلط أي من خلال التطبيق الموزع للقانونين على الشروط الموضوعية للزواج، واستثناء من الأصل توجد بعض الشروط نظرا لأهميتها وتعلقها بالرابطة الزوجية، مثل موانع الزواج فإنها تخضع للتطبيق الجامع للقانونين[3]، أما الشروط التي لها الصفة الفردية والتي تتعلق بأحد الزوجين فقط فهي تخضع للتطبيق الموزع[4] مثل، الرضا والسن فيكفي أن يكون الرضا قد صدر صحيحا وفقا لقانون الطرف ويكفي أن يكون كل طرف قد بلغ السن وفقا لقانونه الوطني.

وطبقا للمادة 11 ق.م.ج فإن المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع فيما يخص الشروط الموضوعية[5]، وهو ما أكد عليه في المادة 97 ق.ح.م بقوله إنه يشترط ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية يتطلبها القانون الجزائري.

---

(1) مهند احمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، داروائل للنشر، 2011، ص 146.

(2) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 233.

(3) المرجع نفسه، ص 234.

(4) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 52.

(5) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 231.

الفرع الثاني: الاستثناء

بعد أن بينت المادة 11ق.م.ج القاعدة العامة بتطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج المختلط، أوردت المادة 13 منه استثناءا هاما بقولها " 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."

وطبقا لهذا الاستثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فإن الشروط الموضوعية للزواج تخضع للقانون الجزائري وحده، وبصرف النظر عن قانون الزوج الآخر، إلا فيما يخص أهلية الطرفين فإنها تبقى خاضعة لقانون جنسية كل منهما فمثلا: إذا تزوج جزائري مع مغربية في الجزائر يخضع الزواج للقانون الجزائري بالنسبة لجميع الشروط الموضوعية الخاصة بالزوجين معا باستثناء الأهلية التي تخضع للقانون الوطني لكل منهما.

وهذا الاستثناء الوارد في المادة 13 يعتبر امتياز أعطي للقانون الوطني على حساب القانون الأجنبي، وهو كذلك حماية لخصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر، وتكريسا للمساواة بين الرجل والمرأة في تحديد القانون الواجب التطبيق[1].

وهو نفس ما سارت إليه تشريعات دول عربية عديدة مثل التشريع المصري (م 14 ق.م)، الليبي (م 14 ق.م)، السوري (م 15 ق.م)، وكذلك العراقي، أما تشريع تونس واليمن فلم يتعرضا لهذا الأمر.

(1) بلال عثماني، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة ميرة عبد الرحمان، بجاية، عدد خاص، 2015، ص 183.

الفرع الثالث: الصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية

قد يثير تطبيق قانون الجنسية بعض التعقيدات أمام القاضي في أحوال مخصوصة، مثل حالة تعدد الجنسيات أو انعدامها أو تغييرها، أو حالة الإشارة إلى تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع أو في حالة الإحالة وهو ما سنتطرق إليه تباعا:

أولا / في حالة تعدد الجنسية أو انعدامها: قد يثور نزاع في مسألة من مسائل الزواج المختلط فيما يستوجب على القاضي تطبيق قانون جنسية الشخص، ولكن وهو بصدد ذلك قد يتصادف بتعدد جنسياته أو انعدامها أصلا، فما هو الحل؟

1- **في حالة تعدد الجنسية:** إذا تبين أن الشخص لديه أكثر من جنسية، فيتم تحديد قانونه الشخصي كما يلي:

- إذا كانت جنسية القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، فالعبرة هنا بجنسية القاضي، فيطبق الأخير قانونه على النزاع المطروح أمامه، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 22 ق.م.ج بقوله" غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق، إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر، الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية، جنسية تلك الدولة." أي أن وجود جنسية القاضي يلعب دورا حاذفا، يحذف مسبقا كل امكانية للمفاضلة أو الاختيار وتطبق دون سواها[1]، وفرضا لذلك لو عرض نزاع متعلق بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على زواج تونسية بفرنسي جزائري أمام القاضي الجزائري، فإنه يطبق القانون الجزائري وحده.
- إذا لم تكن جنسية القاضي من بين الجنسيات المتنازعة: في هذه الحالة يستوجب على القاضي المفاضلة والاختيار بين الجنسيات المختلفة، ويرى الفقه الراجح أن حسم التنازع هنا يتم باللجوء إلى الجنسية 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

(1) رحاوي أمينة، "الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص"، (مذكرة ماجيستر)، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2010-2011، ص 19.

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[1].

وهو الحل الذي اعتمده المشرع الجزائري من خلال المادة 22 ق.م باختيار الجنسية الفعلية في حال تعدد الجنسيات مع عدم وجود الجنسية الجزائرية من بينها، حيث جاء النص على أنه " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية."

2- **في حالة انعدام الجنسية:** أي في حالة كون الشخص لا يتمتع بأي جنسية من الجنسيات يميل الرأي الغالب إلى إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية لقانون الموطن، وإذا لم يكن للشخص عديم الجنسية موطن فيطبق عليه قانون محل الإقامة[2]. وفي ظل انعدام هذا الأخير يطبق القاضي قانونه الوطني، تطبيقا تدريجيا لا اختياريا، أي إذا وجد الموطن لا يصار إلى محل الإقامة، وإذا وجد محل الإقامة لا يصار إلى جنسية قاضي النزاع[3].

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل من خلال تعديله للقانون المدني، متجنبا بذلك الانتقادات التي وجهت إليه مسبقا والتي تمثلت في عدم تطابق النص الداخلي مع معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954، والمتعلقة بمركز عديمي الجنسية، المصادق عليها من قبل الجزائر في 8 جوان 1964 والتي تكرس في المادة 12 منها تطبيق قانون الموطن بالنسبة لعديمي الجنسية[4].

ثانيا/ التنازع المتحرك: مثلما قد يحصل تعدد الجنسيات وانعدامها، كذلك قد يحصل تغييرها بفعل فقدانها على أثر اكتساب غيرها، والتخلي عنها، مما يؤثر ذلك على العلاقات المتعلقة بحالة الشخص خاصة تلك التي تمتاز بالاستمرار كالزواج، وبالتالي تثور مسألة التنازع المتحرك في الزواج المختلط إذا قام أحد الزوجين مثلا بتغيير جنسيته، وبذلك يتم تغيير ضابط الاسناد الذي

---

(1) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 60.

(2) حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 88.

(3) حسين نوارة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلة الكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 34.

(4) شبور حورية، "الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين"، (رسالة دكتوراه) كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2016-2017، ص 47.

يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق[1]. مما يجعل القاضي المعروض أمامه النزاع يتساءل حول الجنسية التي يعتد بها في مثل هذه الحالة.

ولحل مشكلة التنازع المتحرك، ومسايرة لموقف التشريعات في غالبية الدول، لجأ المشرع الجزائري إلى فكرة الملائمة والمفاضلة بين القوانين المتنازعة، وذلك بضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق.[2]

ففيما يتعلق بآثار الزواج، فقد رجح المشرع الجزائري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج ليحكم الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج، وذلك حسب ما جاء في المادة 12 ق.م.ج، واستثناء تطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا لنص المادة 13ق.م.

ثالثا/ تطبيق قانون الجنسية في حالة دولة تعدد فيها الشرائع:

وهي صعوبة أخرى قد تعترض القاضي عند تطبيقه لقانون الجنسية، فقد تشير قاعدة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها التشريعات سواء إقليميا، مثل ما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، أو تعددا طائفيا كما هو الحال في دول المشرق العربي مثل مصر ولبنان.

ولمواجهة هذه الصعوبة وعلى غرار التشريعات العربية نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 23 من القانون المدني بقوله " متى ظهر من الأحكام الواردة 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[3]."

إن إعمال هذا الحل سمي بالإحالة الداخلية أو التفويض الداخلي ويفترض بداهة أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة بفض التنازع الداخلي والتي تتكفل بتحديد التشريع الواجب التطبيق[4].

---

(1) رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 22.

(2) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 123.

(3) وهو نفس ما نص عليه التشريع المصري م 26، التشريع الليبي م26، السوري م22.

(4) عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 300.

أما إذا لم يتضمن القانون الأجنبي تحديد التشريع الواجب العمل به، فالمشرع الجزائري نص في الفقرة الثانية من المادة السابقة على تطبيق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي.

رابعا/ الإحالة:

تتحقق الإحالة عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي، في حين تشير قاعدة الإسناد في القانون الجنائي المختص إما إلى تطبيق قانون دولة القاضي وإما إلى تطبيق قانون دولة أخرى، فالحالة الأولى هي عبارة عن إحالة من الدرجة الأولى مثالها أن يثور نزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضعية للزواج بين انجليزية وفرنسي متوطنين في الجزائر أمام القاضي الجزائري، حيث تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني للزوجين تطبيقا موزعا وبالتالي تطبيق القانون الإنجليزي على الزوجة الإنجليزية، فيما أن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون الموطن، وبالتالي يعود الاختصاص إلى القانون الجزائري.

أما الحالة الثانية، فهي عبارة عن إحالة من الدرجة الثانية، واسقاطا على المثال السابق، بحيث يكون الزوجان متوطنان في فرنسا والقاضي الجزائري تشير القواعد لديه إلى تطبيق القانون الإنجليزي على الزوجة، الذي يحيل إلى تطبيق قانون الموطن وهو فرنسا.

والمشرع الجزائري من خلال م 23 مكرر ق.م. قرر الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية، فإذا أحال القانون الوطني إلى القانون الجزائري فإنه يقبلها، أما إذا أحال إلى قانون أجنبي آخر فإنه يرفض تطبيقه[1].

الفرع الرابع: حالات استبعاد القانون الواجب التطبيق

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي معين في مسائل الزواج المختلط، يتوجب على القاضي اعمال القواعد الموضوعية للقانون الذي رسا الإسناد عليه، ولكن قد يصطدم بتعارض خارق مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني، وهو ما يستوجب الاستغناء على تطبيق ذلك القانون إعمالا لفكرة النظام العام، كما قد يتبين للقاضي أن

(1) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 98.

الاختصاص الذي ثبت نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد[1]، وهو سبب آخر للاستغناء واستبعاد تطبيق القانون المشار إليه إعمالا لقاعدة الغش نحو القانون وهو ما سوف نتطرق إليه.

أولا: الدفع بالنظام العام

إن تطبيق القانون الأجنبي يشكل على حد تعبير الفقيه الألماني Rappe قفزة في المجهول Un Saut dans l'inconnu لذلك هذه القفزة تتضمن بعض المخاطر التي تظهر عندما يؤدي تطبيق هذا القانون إلى المساس بالمفاهيم الأساسية للنظام القانوني لدولة القاضي[2]. وبالتالي يستوجب للتصدي لهذا الأمر استبعاد القانون المختص بحكم العلاقة. وبحكم أن تشريعات الدول العربية في مجال الأحوال الشخصية مستمدة أغلبها من الشريعة الإسلامية، فالتعارض بينها يكون غير وارد إلا قليلا، أما بينها وبين تشريعات الدول الغربية فسيكون شقا صارخا لا محالة.

وتعتبر فكرة النظام العام الإستبعادي ذي الوظيفة الحمائية، فكرة تتسم بالغموض والتعقيد وصعوبة الضبط والتحديد، نظرا لكونها تتغير من زمان لآخر ومن مكان لآخر[3].

وقد تطرق المشرع الجزائري لفكرة النظام العام من خلال نص المادة (24 ق. م. ج) بقوله: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر." ورغم ذلك، لا يجب الذهاب بعيدا مجال الدفع بالنظام العام، كونه يبقى تدخلا استثنائيا لأنه يشكل في حقيقة الأمر خرقا لمبدأ حياد قاعدة التنازع لهذا يستوجب التقيد بمجموعة من الشروط من أجل الدفع بالنظام العام وهي:

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

2-أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعارض مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي[4].

([1]) Loussoulm yvou, Bourel pierre, Droit International prive, Dalloz ,7eme édition, 2001, p 352.

[(2)] عادل بن عبد الله، الاعتبارات العلمية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، كلية الحقوق, جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد3،ص 221.

[(3)] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 187.

[(4)] تبقى المسألة تقديرية تخضع لسلطة قاضي الموضوع، وهو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا.

3-أن تكون المخالفة للنظام العام حالية وقت رفع الدعوى.

ونتيجة الدفع بالنظام العام نميز بين حالتين:

الحالة الأولى /الدفع بالنظام العام عند إنشاء الحقوق: جاء في نقد يتمة 24 /2 " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة." بمعنى إحلال القانون الجزائري محل القانون المستبعد، وهذا ما قد يتم بطريقة سلبية أو إيجابية.

وتكون الطريقة السلبية عندما يقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي والقضاء برفض الطلب. ومثال ذلك أن يرفض قاضي الحالة المدنية طلب إبرام زواج جزائرية مسلمة من آخر غير مسلم لمخالفة ذلك النظام العام وتطبيقا لنص المادة 30 ق. م. ج التي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم.

أما الطريقة الإيجابية، فتتجلى عندما يستبعد القاضي الوطني القانون الأجنبي المختص، ويقوم بإحلال قانونه الوطني مكانه[1]، كأن يتقدم زوجان مختلفي اللون أمام القاضي الجزائري لإبرام زواجهما، وكان قانون جنسيتهما لا يجيز مثل هذا الزواج، فيستبعد القاضي القانون الأجنبي، ويطبق قانونه الذي يجيز ذلك.

وما تجدر الإشارة إليه، أنه في حال كون القانون الأجنبي لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي إلا في بعض أحكامه، اتجه الفقه إلى اتجاهين، الأول استبعاد القانون الأجنبي برمته، لأن استبعاد جزء منه فقط يتنافى مع الحكمة من قاعدة الإسناد، ولأن ذلك يؤدي إلى تطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرعه[2]. والثاني وهو غالبية الفقه، يرى بوجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط دون بقية الأجزاء التي تتفق مع النظام العام، وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، ونص عليه كل من التشريع التونسي، والمصري، والكويتي

(1) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 284.

(2) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 137.

صراحة، في حين لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة، ولكن يقترح بعض الفقهاء الجزائريين استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط.[1]

الحالة الثانية/ الدفع بالنظام العام عند نفاذ الحقوق:

قد يتعارض انشاء الحق في دولة القاضي مع اعتبارات النظام العام فيها بينما لا يصطدم نفاذ هذا الحق في دولة القاضي بالضرورة مع هذه الاعتبارات مادام أن الحق نشأ واكتسب في الخارج[2] وبناء على ذلك لا يمكن للشخص في فرنسا الزواج بأكثر من واحدة، لأن فيه مساس بالنظام العام فيها، في حين يمكن له الاعتراف بالزواج الثاني إذا تم في الخارج. وذلك إعمالا للأثر المخفف للنظام العام التي ترتكز على فكرة أن النظام العام يمكن ألا يصطدم به في دولة القاضي بخصوص المراكز التي تنشأ في الخارج، في حين يتعارض النظام العام مع انشاء تلك المراكز في دولة القاضي[3].

والواقع في الأمر أن المسألة تختلف باختلاف مدى تعارض الأثر ذاته مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فإذا كانت هذه الآثار تتعارض تعارضا صارخا معه، ففي هذه الحالة تستبعد الآثار مثلما يستبعد الحق، فمن غير المعقول تصور قبول الاعتراف بآثار الزواج في الخارج بين مسلمة وغير مسلم أو بين شخصين من نفس الجنس. أما إذا كان خلاف ذلك فلا مانع من الاعتراف بالحقوق[4].

وفي ذات الصدد نشير إلى أن الحق الناشئ عن طريق احلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد دفعا بالنظام العام، يحتج بأثره في الجزائر وبديهيا أن يكون عديم الأثر في البلد المستبعد قانونه، لكن الاحتجاج به في دولة ثالثة يتوقف على مدى موافقة مقتضيات النظام العام

---

(1) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 70.

(2) المرجع نفسه، ص 72.

(3) عادل بن عبد الله، المرجع السابق، ص 225.

(4) بخته زيدون، "التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية"، (مذكرة ماجيستر)، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 129.

لهذا البلد مع مثيلاتها في الجزائر، فإذا كانت متشابهة في كلا الدولتين، فيمكن الاحتجاج بها، اما إذا كانت مختلفة فلا يمكن الاحتجاج بآثارها وهو ما يعرف بالأثر الانعكاسي للنظام العام[1].

وعموما من تطبيقات الدفع بالنظام العام في مجال الأحوال الشخصية والذي يعد حد خصب_زواج المسلم بمشركة أو مرتدة أو ملحدة، أو زواج المحارم، زواج في العدة، واعتبار اللون أو الإقليم من موانع الزواج. وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري حتى بعد تعديل القانون المدني رقم 05_10، لم يوضح موقفه ازاء فكرتي الأثر المخفف والأثر الانعكاسي للنظام العام.

ثانيا: الغش نحو القانون (La fraude à la loi)

أو التحايل على القانون ويتحقق الغش نحو القانون في حال قام أحد الخصوم بتغيير ضابط الإسناد بهدف نقل الاختصاص التشريعي من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، وذلك نتيجة تعارض مصالح الأفراد مع نصوص القانون وأهدافه، ويتجسد ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن[2].

ولفكرة الغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص أصلها وجذورها التاريخية[3]، إلا أن هذه الفكرة لم تتبلور في قالب نظرية مستقلة إلا في منتصف القرن التاسع عشر بمناسبة قضية شهيرة هي قضية الأميرة بوفورمنت، ولقد لاقت هذه النظرية نقاشا قانونيا حادا بين الفقهاء بين مؤيد ومعارض ولكل منهم حججهم.

ويعد غشا نحو القانون تغيير الزوجة المسلمة جنسيتها لتفادي بطلان زواجها إذا رغبت في الزواج من أجنبي غير مسلم، ولتتهرب من تطبيق قانونها عليها، مما يستوجب عدم الاعتداد بأثر هذا التغيير، من خلال آلية الدفع بالغش نحو القانون[4].

---

(1) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 285.

(2) حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 281.

(3) المرجع نفسه، ص 282.

(4) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 80.

وعليه فإن الغش نحو القانون في مسائل الزواج المختلط يكون بتغيير أحد الزوجين عن قصد لضابط الإسناد الذي يحكم الزواج أصلا بغية الهروب من تطبيق أحكامه، كذلك هو التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق، سواء كان قانون القاضي، أو القانون الأجنبي[1].

ولقد نص المشرع الجزائري على الغش نحو القانون من خلال نص المادة 24 من ق. م بموجب التعديل رقم 05/ 10 بحيث لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون.

ويشترط لإثارة الدفع بالغش نحو القانون شرطان أحدهما مادي والآخر معنوي.

الشرط المادي: يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر الشرط المادي وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، بمعنى أن تلعب الإدارة دورا في قلب الاختصاص، وتحويله من قانون لآخر[2]. ويتكون هذا الشرط من مجموعة من العناصر:

أ-أن يكون قد وقع التغيير فعلا لا صوريا لضابط الإسناد: مما قد يترتب عليه تغييرا بالضرورة للقانون الواجب التطبيق[3]، كتغيير أحد الزوجين الجنسية للتهرب من أحكام الجنسية القديمة والاستفادة من أحكام الجنسية الجديدة.

ب-أن يكون التغيير الواقع إراديا: أي لا يكون حدث عرضا، بغير أن يكون مقصودا بذاته، مثل التغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم[4].

---

(1) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 15.

(2) المرجع نفسه، ص 147.

(3) المرجع نفسه، ص 184.

(4) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 189.

2/ الشرط المعنوي: لا يكفي تغيير ضابط الإسناد وحده من أجل اعمال الدفع بالغش نحو القانون، بل يجب أن يكون هناك اتجاه نية وقصد الأفراد إلى الإفلات من تطبيق القانون المختص أصلا بحكم العلاقة، ويستخلص القاضي هذا القصد من ظروف وملابسات النزاع،[1] فإذا ثبت أن الغرض من التغيير هو نقل الاختصاص التشريعي من قانون لآخر فيشكل ذلك غشا نحو القانون.

وينتج عن الدفع أمام القاضي بالغش نحو القانون أثران، أحدهما سلبي والآخر ايجابي.

1_ الأثر السلبي: استبعاد القانون الذي نقل إليه الاختصاص عن طريق الغش وعدم نفاذ أي أثر له. كجزاء إزاء المخالفة، إذ أنه بالرغم من أن التحايل على القانون يتم باستخدام وسيلة مشروعة قانونا، إلا أنه وقع من أجل الوصول إلى نتيجة غير مشروعة، لا في ذاتها ولكن بالنظر إلى سوء نية الأطراف[2].

والهدف من هذا الاستبعاد، هو حماية المصالح المشروعة للغير، وحماية سلطان القانون سواء الأجنبي أو قانون القاضي.

وقد اختلف الفقهاء حول مدى سريان هذا الاستبعاد كأثر سلبي للغش نحو القانون، فذهب غالبية الفقه لعدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي يهدف إليها الأفراد من وراء تغيير ضابط الإسناد، دون الوسيلة المستخدمة في ذلك[3]. وعلى ذلك إذا قامت الزوجة بتغيير جنسيتها من أجل الحصول على التطليق بواسطة قانون يجيزه، خلافا للقانون الذي كان يجب تطبيقه فإن أثر هذا التحايل، يقتصر على عدم نفاذ التطليق دون الجنسية.

أما الرأي الثاني للفقهاء، فيذهب إلى عدم نفاذ الوسيلة والنتيجة معا، أي الوسيلة التي استخدمت من الشخص للوصول إلى النتيجة غير المشروعة[4]. وعلى هذا كما في المثال السابق يجب القول

---

(1) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 82.

(2) زيدون بختة، المرجع السابق، ص131.

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 187.

(4) زيدون بختة، المرجع السابق، ص133.

بعدم نفاك حكم التطليق بالإضافة إلى التغير الذي حدث في الجنسية، وتبقى الزوجة محتفظة بجنسيتها الأولى.

2_ **الأثر الإيجابي:** ويتمثل في تطبيق القانون قصد الأفراد التهرب من أحكامه، بمعنى إعادة الاختصاص القانون الكي كان سيثبت الاختصاص له قبل التحايل، ذلك أن استبعاد القانون الذي سعى الأطراف إلى تطبيقه غشا يؤدي إلى نشوء فراغ قانوني يتعين سده بإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أرادوا التهرب من أحكامه، وفي ذلك درء للاعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وإعادة لسلطانها، بتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها[1].

فإذا أراد جزائري إبرام عقد زواج مع فرنسية أمام القاضي الجزائري وعمد إلى التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا وهو القانون الجزائري تطبيقا للمادة 13 ق. م. ج إذا تخلى الزوج عن الجنسية الجزائرية واكتسب الجنسية الفرنسية وأراد بعد ذلك مباشرة أن يعقد زواج مختلط، فالقاضي الجزائري في هذه الحالة يستبعد القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية المشتركة والذي ثبت له الاختصاص بموجب الغش والتحايل، ويطبق القانون الجزائري باعتباره صاحب الاختصاص أصلا، وهذا تطبيقا لنص المادة 24 ق. م السابقة الذكر.

ونشير إلى أنه، وإن كان يجوز للجزائري الزواج من أجنبية، ويجوز للجزائرية الزواج من أجنبي فإنه في حالة وجود تحايل على القانون كما لو ثبت أن الهدف من الزواج هو الحصول على الإقامة أو الجنسية الجزائرية، أي اللجوء قصدا إلى الزواج الأبيض[2]. فإن المشرع الجزائري يعاقب على ذلك بنص المادة 48 من قانون تنظيم دخول وإقامة وتنقل الأجانب في الجزائر على أنه يعاقب بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة من 50000 إلى 5000000دج على 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 يتحصل عليها.

---

(1) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 156.

(2) محمد سعادي، المرجع السابق، ص 321.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط

بعد أن تم التطرق إلى الجانب الأول من انعقاد الزواج المختلط والمتمثل في الشروط الموضوعية والقانون الواجب التطبيق عليها، نتطرق الآن إلى مضمون فكرة الشروط الشكلية (المطلب **الأول)** ثم القانون الواجب التطبيق عليها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مضمون الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط

يراد بالشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج القالب أو المظهر الخارجي الذي تخرج فيه إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي، وهو يختلف من دولة إلى أخرى ومن دين إلى آخر[1]. أو هي مجموعة الضوابط القانونية التي فرضها القانون لإبرام عقد الزواج[2].

وتبقى مسألة تحديد ما يدخل في فكرة الشروط الشكلية وما يخرج عنها تخضع لمسألة التكييف انطلاقا من قانون القاضي الناظر في النزاع، وهو أمر له علاقة وطيدة بالنظام السائد في الدولة بحسب ما إذا كان نظاما علمانيا أو نظاما دينيا[3]. لهذا يعتبر التكييف هو الفيصل بين ما يعد موضوعيا من الشروط وما يعد شكلي. إلا أنه بالنسبة للدول الإسلامية فالزواج ذو طبيعة مدنية رغم أن أحكامه الموضوعية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

ويدخل ضمن طائفة الشروط الشكلية للزواج مل ما يتعلق بالإجراءات والاختصاص والنشر والمعارضات التي تقدم فيه، والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج وشهوده وتحرير العقد واثباته[4].

---

(1) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 240.

(2) بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 118.

(3) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 84.

(4) عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 317.

وهناك بعض الدول تشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج وبعضها يشترط الشكل المدني لانعقاده، وتوجد دول أخرى تجيز انعقاده في كلا الشكلين، بينما تكتفي دول أخرى برضا الطرفين فقط دون ربطه بأية شكلية.

وعموما يعد من قبيل الشروط الشكلية لانعقاد الزواج ما يلي[1]:

- استلزام ترديد صيغة معينة اثناء تمام الزواج؛
- اتباع إجراءات معينة للإعلان عن الزواج واشهاره وقصد إخطار الناس وإعلامهم به قبل قيامه من خلال نشره في أماكن معينة؛
- إعطاء فترة لتقديم المعارضات متى وجد سبب قانون مبرر لذلك؛
- إتباع إجراءات خاصة لتسجيل عقد الزواج وتحريره في وثيقة رسمية؛
- وجوب إجراء الزواج في مكان معين كموطن الزوجين أو محل إقامتهما؛
- تقديم الأطراف الأوراق المثبتة المستندات الخاصة بملف الزواج؛
- إبرام الزواج أمام جهة معينة؛
- موافقة سلطة أو إدارة معينة على الزواج؛
- موافقة سلطة إدارية أو عسكرية معينة على الزواج؛
- تسجيل الزواج في دفاتر خاصة.

وتبقى المراسم الدينية من أهم المسائل التي يجري الخلاف على تكييفها على صعيد القانون الدولي الخاص، من حيث اعتبارها من الشروط الشكلية أو الموضوعية للزواج، بإبرامه أمام رجل دين عبر اتخاذ طقوس ومراسيم محددة مسبقا، وتعتبر بعض الدول المسيحية شهر الزواج في شكل

(1) شبورو نورية، المرجع السابق، ص 65.

ديني شرطا شكليا[1]، في حين أن بعض الدول الأخرى كاليونان وإسبانيا وبلغاريا تعتبره شرطا موضوعيا يترتب على تخلفه بطلان الزواج، وباختلاف هذا التكييف تختلف قواعد الإسناد، وبالتالي القانون الواجب التطبيق.

ولا أساس لهذه المسألة في الشريعة الإسلامية التي لا تعرف مثل هذا التقسيم، لأنها لا تعتبر الزواج نظاما دينيا، وبناء على هذا، فإن شرط المراسيم الدينية يعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر وفي أغلب الدول الإسلامية، وقد نص عليه القانون الكويتي صراحة حسما لأي نزاع[2].

والمشرع الجزائري وبما أن عقد الزواج عقد مدني بحت، فإنه لا يشترط فيه شكل معين أو صيغة خاصة، وإنما اكتفى بضرورة تسجيل عقد الزواج بالإشارة إلى تطبيق قواعد الحالة المدنية، وذلك أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا، بنص المادة 18 و21 ق. أ. ج. وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية[3] نجده نص على ضرورة توثيق عقد الزواج، والوثائق المطلوبة عند التقدم لذلك، وكيفية التسجيل وآجاله، والبيانات الواجب ذكرها في العقد، وذلك من خلال المواد من 71 إلى 77منه.

ونذكر من الوثائق المطلوبة لعقد الزواج:

- شهادة ميلاد مؤرخة بأقل من ثلاث أشهر؛
- الدفتر العائلي إذا تعلق الأمر بشخص يريد إعادة الزواج؛
- بالنسبة للمرأة التي تزوجت من قبل، وجوب تقديم ما يثبت طلاقها أو وفاة زوجها للتأكد من انقضاء العدة؛
- وثيقة طبية للتأكد من خلو الطرفين من الأمراض[4]؛

---

(1) المرجع نفسه، ص 65.

(2) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 247.

(3) الأمر رقم 70/ 20 المؤرخ في 19/ 1970/02 المتعلق بالحالة المدنية.

(4) المادة رقم 07 من قانون الأسرة الجزائري.

- تقديم ترخيص من سلطة معينة بالنسبة لأفراد الجيش والأمن الوطني.
- ترخيص من رئيس المحكمة لمن يريد أو يرغب في التعدد؛
- تقديم شهادة الإعفاء من السن القانونية؛
- تقديم ورقة تثبت وجود مسكن أو محل الإقامة؛
- وجوب الحصول على رخصة من الوالي، بالنسبة لزواج الأجانب من الجزائريين.

وبعد التأكد من توافر الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون الأسرة، يحرر عقد الزواج ويسجل في سجلات الزواج الموجودة على مستوى مصلحة الحالة المدنية ويسلم دفترا عائليا للزوجين في أجل ثلاثة أيام، وذلك من طرف ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرة اختصاصه محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما، أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

هذا بالنسبة لعقود الزواج المبرمة في الجزائر، أما بالنسبة لعقود الزواج التي تتم في الخارج بين مواطنين جزائريين فيختص بتحريرها وتسجيلها رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دوائر قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية عملا بالمادة 01 والمادة 95 وما يليها من قانون الحالة المدنية وتخضع هذه العقود لنفس الإجراءات والشروط التي سبق شرحها وتطبق بشأنها الأحكام المتعلقة بالحالة المدنية وقانون الأسرة[1].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لانعقاد الزواج.

بالنسبة للقانون الذي يحكم عقد الزواج من الناحية الشكلية، فنجد هناك بعض الدول التي خصت شكل الزواج بضابط إسناد مستقل عن قاعدة الإسناد التي تحكم الشكل عموما، وهناك نظم أخرى سوت بين الزواج والتصرفات الإدارية من حيث الشكل فأخضعته للقاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية، وهو الحل المعمول به في معظم الأنظمة القانونية، ومؤدى

(1) بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 47.

هذه القاعدة اخضاع شكل الزواج للقانون المحلي لقانون البلد الذي أبرم فيه طبقا للقاعدة العامة التي تقضي بخضوع شكل التصرف القانوني لبلد الإبرام Locus régit actum.

وقد أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته المؤرخة في 14 مارس 1978 في مادتها الثانية أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي لقاعدة لوكيس locus، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتدءا من 1 ماي 1991[1].

أما قاعدة التنازع التي تحكم الشروط الشكلية في القانون الفرنسي فهي قانون محل الإبرام وذلك حسب المادة 170/ 1[2] من القانون المدني الفرنسي، والتي يستفاد منها أن الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا طبقا لبلد الإبرام، لكن يجب أن يشهر هذا الزواج لدى ضابط الحالة المدنية الذي يقع فيه موطن كل من الزوجين، وذلك ما قضت به المادة 63 من القانون المدني الفرنسي المعدلة.

ولقد جعل القانون الفرنسي من قاعدة لوكيس قاعدة إلزامية سواء تم إبرام الزواج في الإقليم الفرنسي أو خارجه[3].

أما المشرع الجزائري فقد أسند الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد، ونص على ذلك في المادة 19 من القانون المدني المعدلة والمتممة، باعتبارها تتناول كافة الأعمال التي بين الأحياء، والتي أجازت تطبيق أربعة قوانين على الشكل وهي:

_ إخضاع الشروط الشكلية لقانون محل الإبرام.

_ إخضاع الشروط الشكلية للزواج للقانون الوطني المشترك للزوجين، وهو قانون جنسيتهما إن اتحدا في الجنسية.

_ إخضاع الشروط الشكلية لقانون الموطن المشترك للزوجين.

([1]) Art 02 de la convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages qui dispos « les conditions de forme de mariage sont régîtes par le droit de l'Etat de la cilibration ».

([2]) www.legifrance.gouv.Fr تاريخ الاطلاع : 2018/06/22

([3]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 242.

_ إخضاع الشروط الشكلية للزواج للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

وقد وقع جدل فقهي حول هذه المادة، والتي تقابلها المادة 20 من القانون المدني المصري، حيث يرى البعض، بأن المادة الأخيرة لا تدخل ضمن مجال الزواج، إنما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى جانب آخر، أن المادة 20 تنطبق أيضا على الزواج باعتباره عقدا مثل سائر العقود[1]، وبالنتيجة أنه في حالة عدم وجود نص خاص، نرجع إلى تطبيق القاعدة العامة، أي تطبيق نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

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 هذه لا تطبق على العقود فقط كما كان عليه النص القديم، وإنما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة، وهذا ما تم تداركه في النص الجديد. كما ألغى المشرع كلمة " يجب" واستبدلها بكلمة " يحوز" رغبة منه في التأكيد على الطابع الاختياري للقاعدة[2].

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

أما المادة 96 فقد نصت على ما يلي " إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين 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".

---

(1) دربة أمين، المرجع السابق، ص 24.

(2) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 98.

والملاحظ أن النص قد سكت عن حالة زواج الجزائرية بالأجنبي في الخارج، مما يستنتج أنه لا يجوز عقده في الشكل المحلي، ويرجع ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن، فقد يكون في ذلك تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم[1]، غير أن هذا التخوف في غير محله، ذلك أن احترام الشروط الموضوعية من طرف الجزائرية، الضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج مع غير مسلم.

وكذلك من تحليل المادة 97 ق. ح. نجدها عالجت الحالة التي يكون فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية عكس ما هو عليه نص المادة 96 من نفس القانون بحيث جاءت شاملة للطرفين بما فيه الزوج والزوجة[2].

وكذلك أقرت أنه في حالة كون الزوجة أجنبية تحمل جنسية البلد المضيف فهنا الإشكال، ففي هذا الوضع، ما على الممثل الدبلوماسي إلا إبرام هذا النوع من الزواج، باعتبار الزوجة حاملة لجنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا يبرم إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم، غير أنه يلاحظ ان هذا المرسوم لم يصدر إلى حد الساعة.

ولقد منح المشرع الجزائري سلطة إبرام عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية، ولم يخول هذه السلطة إلى رجل الدين لأنه كما سبق القول الزواج في التشريع الجزائري يعد مدنيا وليس دينيا، وهذا استنادا إلى م 71 ق.ح.م السابقة الذكر، وقد جاء في الفقرة الأخيرة منها أن المشرع اشترط لتطبيق قاعدة لوكيس على الأجانب إقامة أحد الزوجين في الجزائر لمدة شهر واحد على الأقل حتى لا تكون الإقامة مجرد عبور بالإقليم الجزائري[3].

وتجدر الإشارة إلى أن زواج الأجانب المقيمين بالجزائر يخضع إلى أحكام المادة 31 ق.أ.ج[4] والمادة 73 ق.ح.م[1]، والتعليمة رقم 02 الصادرة عن وزير الداخلية بتاريخ 11 فبراير 1980 التي

---

(1) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 243.

(2) هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 50.

(3) نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 192.

(4) تنص هذه المادة على انه يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية.

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:

- حالة زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة.
- حالة زواج الأجنبي المقيم مع الأجنبي غير مقيم.
- حالة زواج جزائري مع أجنبي.

وأكدت هذه التعليمة أن زواج الجزائرية المسلمة بغير مسلم غير جائز وممنوع منعا باتا ولا يمكن إعطاء أي رخصة في هذا الشأن.

كذلك قد يخضع الزواج من حيث الشكل لقانون الجنسية المشتركة في حال اتحاد الزوجين في الجنسية، سواء تعلق الأمر بالدول التي اعتبرت قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي اختيارية أو الدول التي اعتبرت قاعدة خضوع الشكل للقانون المحلي إلزامية وذلك كون غالبية الدول تسمح لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاها الدبلوماسية والقنصلية، أما إذا كانا الزوجين مختلفي الجنسية فإن الشكل المحلي إلزاميا بالنسبة لهم[2].

ويستخلص مما سبق، أن الشروط الشكلية لعقد الزواج يحكمها إما قانون المحل، أو الجنسية المشتركة للأطراف في حالة إبرام زواجهم لدى قنصلياتهم، كما يمكن أن يسري عليها قانون الموطن المشترك إن اتحدا في الموطن، ويمكن أن يحكمها أيضا القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

أما فيما يتعلق بإثبات الزواج، فيخضع للقانون الذي يحكم شكل الزواج فلو تم الزواج في الشكل المحلي، لخضع إثباته للقانون المحلي، ولو تم وفقا للقانون الشخصي للزوجين، يخضع إثباته لقانون

---

(1) تنص هذه المادة على " يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون".

(2) عليوش كربوع كمال، المرجع السابق، ص 370.

الجنسية المشتركة، وإذا تم أمام القناصل، يخضع الإثبات للقانون الذي أبرم القنصل الزواج وفقا له[1]. وتتأثر قاعدة لوكيس والمتمثلة في تطبيق قانون المحل على شكل عقد الزواج في مجال القانون الدولي الخاص، بمجرد ظهور بعض الموانع التي تحول دون تطبيقها استثنائيا، وهي: النظام العام، ووجود غش نحو القانون، وأخيرا الإحالة، وقد تعرضنا لها فيما سبق، نعيد التطرق إليها إيجازا فيما يلي:

أولا/ 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، أي أن قاعدة لوكيس تخضع لحكم النظام العام مثلها مثل بقية قواعد تنازع القوانين الأخرى لهذا وجب تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الشخص الأجنبي.

ويعتبر النظام العام وسيلة استثنائية لا يلجأ إليها إلا في حالة وجود تضارب حقيقي بين القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج وفقا لقاعدة الإسناد، وبين المقومات الأساسية والجوهرية في دولة القاضي[2]، وتتأثر قاعدة لوكيس برأي القاضي في مسألة النظام العام، وتبعا لذلك. فقد اضطر القضاء الفرنسي في حالات كثيرة إلى إبطال زواج الأجانب الذي تم في فرنسا طبقا الأستاذ 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 انها تطبق على الفرنسيين فقط[3].

وبما أنه يحق للجزائري إبرام زواجه في الخارج وفقا لقانون المحل، ولكنه مقيد بفكرة النظام العام لهذا يعتبر الزواج الذي يتم وفقا للشكل الديني باطلا، لأنه يمس بعقيدة المسلم ويتعارض مع النظام

(1) دربة أمين، المرجع السابق، ص 26.

(2) هشام خالد، المرجع السابق، ص 60.

(3) نادية فضيل، المرجع السابق، ص 277.

العام الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، ولهذا يجب استبعاده طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني.

كما أن الزواج الرضائي المعروف لدى بعض الدول البروتستانتية والذي يتم بدون أي شكل ديني لا يعتبر باطلا، طالما أنه يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات[1].

ثانيا/ الغش نحو القانون:

لا شك أن وصف قاعدة لوكيس بأنها قاعة 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"، وأنه في هذا الصدد وفي حالة الغش فإنه يجب أن يتوقف تطبيق لوكيس، ولا يستفيد صاحب هذا التصرف من أي امتياز، عقابا له على سوء نيته، أما في الفقه المعاصر، وطبقا للرأي الغالب، فإن، التصرفات التي نشأت في الخارج، وكانت مشوبة بنية الغش، لا يمكن أن تنتج أي أثر، ويحق للقاضي عندئذ أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل عقد الزواج[2].

غير أن مهمة القاضي في البحث عن نية الغش، ليس بالأمر الهين فالبحث في النيات الخفية التي هي من نطاق الأخلاق قد يتعرض لاستبداد القضاة والخطأ في الأحكام[3]، خصوصا وأن التشريعات تختلف في تنظيم مسألة شكل الزواج، تبعا لاختلاف مضمون فكرة الزواج من مجتمع لآخر.

ثالثا: الإحالة

(1) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 106.

(2) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 244.

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 162.

لقد تباينت مواقف الدول بشأن الأخذ بنظرية الإحالة بين القبول والرفض، ولقد أورد المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 نصا صريحا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى، حيث جاء في المادة 23 مكرر 1 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 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 ذات طابع اختياري، وعليه إذا أحال القانون الشخصي المختص النزاع إلى قانون المحل أو قانون الموطن، فيجب الاعتداد بذلك[1].

([1]) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 107.

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج المختلط

المبحث الأول: الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط

المطلب الأول: نطاق الآثار الشخصية

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية

المبحث الثاني: الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

المطلب الأول: نطاق الآثار المالية

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية

كقاعدة عامة العقود حينما تنشأ صحيحة مستوفية جميع شروطها الموضوعية وشروطها الشكلية ترتب وتنتج أثارا قانونية، وهو ذات الأمر بالنسبة لعقد الزواج باعتباره عقد مقدس، وأنبل رابطة قانونية واجتماعية.

والمقصود بآثار عقد الزواج، هي النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده صحيحا، والأصل في هذه الآثار أن تكون بحكم الشارع، بما رتبه القانون والشرع على العقد من آثاره الملزمة للطرفين[1].

ويقسم الفقه آثار رابطة الزوجية إلى قسمين، الأول يخص الآثار الشخصية وتشمل تلك الآثار التي تترتب مباشرة على عقد الزواج وتتعلق بشخص كل من الزوجين، أما القسم الثاني من الآثار فيخص الآثار المالية أي التي تتعلق بالذمة المالية، والأموال التي يملكها كل من الزوجين قبل الزواج بعده، ونظامها القانوني من حيث ملكيتها وكيفية إدارتها والانتفاع والتصرف فيها، وإن كانت الشريعة الإسلامية لا تعرف سوى الآثار الشخصية للزواج، و إن كان الوضع السائد في تشريعات الدول المغاربية هو تكريس مبدأ استقلال الذمة الموروث من الفقه الإسلامي، فإن بعضها خفف من هذا المبدأ، وأعطى الزوجين الحق في إبرام اتفاقات تتضمن تنظيم علاقاتهما المالية وتضمين ذلك في عقد الزواج أو في وثيقة مستقلة[2].

ونحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى المقصود بهذه الآثار بشكل مبسط، ثم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق عليها في ظل القانون الدولي الخاص، وذلك عبر مبحثين اثنين، نخصص المبحث الأول **(للآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط)** والمبحث الثاني **(للآثار المالية لعقد الزواج المختلط)**.

---

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 501.

(2) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 123.

المبحث الأول: الآثـــار الشخصيــة لعقــد الزواج المختلـــــط

يقصد بالآثار الشخصية للزواج، تلك الآثار التي تتصل بشخص الزوجين، وتتناول علاقتهما الشخصية وما يرتبط بهذه العلاقات من حقوق وواجبات شخصية متبادلة، ولا جدال أن رابطة الزوجية ترتب في مختلف النظم القانونية مجموعة من الحقوق والواجبات سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة، إلا أننا عندما نكون أمام حالة من حالات الزواج المختلط، فلا شك أنه ستعترضنا مشكلة تنازع عدة قوانين لحكم هذه الآثار. وقبل معرفة ذلك سنتطرق لتحديد نطاق أو فكرة الآثار الشخصية للزواج **(المطلب الأول)** ثم نتطرق إلى القانون المختص بحكم هذه الآثار **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: نطـــاق الآثـــــار الشخصيـــة لعقد الزواج المختلـــط

نتطرق في هذا المطلب إلى مضمون الآثار الشخصية للزواج والمتمثلة في الحقوق وواجبات الزوجين **(فرع أول)**، النسب الشرعي **(فرع ثاني)**، اكتساب الجنسية **(فرع ثالث)**، أثر الزواج على لقب المرأة وأهليتها **(فرع رابع)**

الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين

بسبب عقد الزواج تترتب حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، سواء كانا متحدا الجنسية أو مختلفين فيها، وتتمثل في القانون المقارن في:

العشرة الزوجية، الطاعة، التعاون على مصلحة الأسرة، رعاية الأولاد، وحق الزوجة في النفقة والمهر والعدل في حال التعدد، وتمثل حقوق الزوجة على زوجها في نفس الوقت واجبات الزوج[1].

وإن كانت بعض المسائل لا تطرح إشكالا في تكييفها ضمن الآثار الشخصية، كواجب الإخلاص بين الزوجين، وواجب طاعة الزوجة لزوجها، ففي المقابل هناك مسألة بالغة الأهمية تطرح صعوبة في تكييفها وهي: مسألة النفقة، والرأي الراجح يكيفها على أنها من آثار الزواج الشخصية وليس ضمن الآثار المالية له، رغم أنها ذات طابع مالي، لأن النفقة تعتبر نظير حق الاحتباس الذي

(1) شبورو حورية، المرجع السابق، ص 344.

يمارسه الزوج على زوجته، كما لا تندرج ضمن النفقة بين الأقارب، والتي تخضع لقانون المدين بها لهذا، تندرج ضمن الحقوق والواجبات بين الزوجين[1].

وإن كانت هذه الحقوق والالتزامات مشتركة بين قوانين أغلب الدول، إلا أنه لا يمنع من وجود اختلافات في شأنها، ونحاول فيما يلي بيان الالتزامات التي تقع على عاتق الزوجة، ثم تلك التي تقع على عاتق الزوج، ثم بيان الالتزامات المشتركة.

أولا: التزامات الزوجـــــة

حق الطـــــاعة: أي أن تطيع الزوجة زوجها، وتحفظه في نفسها وماله، عند حضوره وغيبته، ذلك أن الزوج هو رئيس الأسرة ومدير شؤونها، والأصل في ذلك من الشريعة الإسلامية قوله تعالى "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"[2].

وقد نصت العديد من التشريعات على حقوق الزوج وبينت أنه على الزوجة الالتزام بطاعة الزوج بوصفه رب الأسرة، ومن هذه التشريعات: القانون الأردني م 39، القانون السوري م70، العماني م 38، المغربي فصل 51، وقانون الأسرة الجزائري لسنة 1985.

ويلاحظ بأن كل من المشرع الجزائري والمغربي قد تراجعا عن حق الطاعة الزوجية من أجل المساواة، بينما لم يتم إغفال حق نفقة الزوجة على زوجها من أجل هذه المساواة[3].

حق المساكنة: ومن حق الزوج على زوجته أيضا حق المساكنة، وأن تقيم معه في موطن الزوجية وأن تقوم على رعايته وتدبير شؤون البيت، وأن تبقى مخلصة له، وإضافة إلى ما تقرره بعض الشرائع مثل الشريعة الإسلامية من حق الزوج في تأديب زوجته إذا تمردت عليه وامتنعت عن أداء حقوقه عليها كزوج، بأن لم تمكنه من المعاشرة، بشرط ألا يتجاوز حدود التأديب التي حددها الشارع، على أن يستنفذ الزوج طرق العلاج أولا، وألا يزيد على القدر اللازم لذلك، وإلا كان معتديا

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 147.

(2) سورة البقرة، الآية 228.

(3) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 125.

والأصل في هذه القاعدة الوضعية هو أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قد قال بعد الإذن بضرب الزوجات " لن يضرب خياركم"[1].

ثانيا: الـــــتـزامـــــات الـــــزوج

في مقابل ما للزوج من حقوق، فإن عليه أيضا التزامات حيال زوجته كالإحسان والعدل إذا تعددت زوجاته، وأيضا توجب عليه الشريعة الإسلامية دفع مهر لزوجته، وهو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو بالدخول بها.

كما يقع على عاتق الزوج التزام توفير سكن الزوجية، وواجب الانفاق على زوجته وأولاده، ونفقة الزوجة هي ما يلزم للوفاء بمعيشتها بحسب ما هو متعارف عليه بين الناس[2].

ثالثا: الالـــتـزامات المشـتـركـــة

ذكر المشرع الجزائري في المادة 36 من قانون الأسرة مجموعة من الواجبات المشتركة بين الزوجين بحيث نجد المادة تنص على أنه " 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 شؤون تسيير الأسرة وتباعد الولادات؛
5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم؛
6- المحافظة على الروابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف؛
7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."

(1) شبورو نورية، المرجع السابق، ص 345.

(2) طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر،2009، ص 271.

بالإضافة إلى ذلك يستحق كل منهما على الآخر حق الاستمتاع وحسن المعاشرة والمعيشة والمساكنة والإخلاص، وحرمة المصاهرة والاحترام والمساعدة المتبادلة، كما يوجب الزواج حق التوارث بين الزوجين[1]، ويثبت هذا الحق في الزواج الصحيح، وهذا ما نصت عليه غالبية التشريعات العربية الإسلامية بما فيها مشرعنا[2].

هذا وتمنح المادة 213 من القانون المدني الفرنسي للزوجين معا حق إدارة العائلة معنويا وماديا بأن يتخذا مع القرارات التي تهم حياتهما المشتركة وحياة أطفالهما أيضا.

الفرع الثاني: النسب الشـــرعي

إن أحكام وقواعد النسب تقوم على حقيقة واحدة هي الإنجاب، ويعتبر من الآثار الشخصية للزواج شرعية البنوة وعلاقة الأولاد بالوالدين[3]، بحيث يترتب على الزواج ظهور علائق قانونية تتولد من نشوء الأولاد في الأسرة، مما يستلزم معرفة نسبهم وما لهم من حقوق، كحق الحضانة والرضاعة والنفقة وحق تربية الأولاد وتهذيبهم وإدارة شؤونهم...إلخ[4].

ويقصد بالبنوة الشرعية أو النسب الشرعي، نسبة الولد لأبيه، نتيجة لعقد الزواج بينهما، أو هو انتساب الولد إلى أب وأم تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج[5].

ولأن البنوة الشرعية تستلزم عقد زواج صحيح، ينجر عن هذا، أن الزواج غير الصحيح لا يعتد به، كأن يتعلق الأمر بالنكاح الفاسد أو الباطل، أو أن يتضمن الزواج مانع من موانع الزواج، فالنسب له علاقة وطيدة بصحة الزواج، لذا يثبت النسب بإثبات صحة الزواج[6].

---

(1) وليد فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، الأردن، 2008، ص 181.

(2) بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 153.

(3) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 170.

(4) حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 115.

(5) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 230.

(6) المواد من 32 إلى 35 قانون الأسرة الجزائري.

ومتى وضع الطفل من بطن أمه، قد تكون بنوته شرعية وقد تكون بنوته طبيعية، فالأولى يقصد بها ولادته في إطار علاقة شرعية عن طريق الزواج، أما البنوة الطبيعية فهي ناتجة عن علاقة غير شرعية، وهذا النوع من البنوة لا تعترف به الشريعة الإسلامية التي تأخذ بقاعدة "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[1].

ومن خلال هذا التمييز يتضح أن البنوة الشرعية هي وحدها التي تعتبر من آثار الزواج، وأن واقعة الزواج لا تكفي لوحدها لإثبات النسب من جهة الأب، بل يقتضي الأمر فضلا عن ذلك، إمكانية الاتصال بين الزوجين[2]، حتى يثبت نسب الطفل لأبيه، ومتى كان الولد نتيجة طبيعية لعلاقة الزواج يعد في عداد أفراد الأسرة التي أساسها الزواج.

أما عن المشرع الجزائري فقد نص في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب[3].

كما نص القانون على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وثبوت النسب به وفق شروط وضوابط محددة، وذلك في المادة 45 مكرر.

ولكي يكون الفراش صالحا لثبوت النسب، وضع المشرع قيودا أو ضوابط من خلال المادة 41 ق. أ. ج التي جاء فيها " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا أو أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية". ويقصد من ذلك نفيه باللعان. وأكد من خلال المادة 42 أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

---

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 61.

(2) المرجع نفسه، ص 62.

(3) عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/ 02/ 2005. المتضمن قانون الاسرة.

الفرع الثالث: اكتســـــاب الجنسيـــــة

من بين الآثار المترتبة على عقد الزواج بصفة عامة سواء كان مختلطا أم لا، الآثار الشخصية المرتبطة بالحقوق والواجبات الزوجية، وانتساب الواد لأبيه، ولكن إلى جانب هذه الآثار، هناك أثر يختص به الزواج المختلط دون الزواج الذي يتم بين أشخاص متحدة الجنسية، ويتمثل هذا الأثر في اكتساب الجنسية بالزواج المختلط[1]، فمن المتصور أن يكون للزواج أثر في جنسية الزوجة، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عملا بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة، وذلك إما بفرض جنسية الزوج على جنسية الزوجة بقوة القانون دون الاعتداد بإرادتها، أو منحها فرصة رد الجنسية المفروضة عليها لقاء احتفاظها بجنسيتها السابقة، أو جعل جنسية الزوج متوقفة على إبداء رغبتها أو بواسطة تخفيف شروط التجنس لها لتمكينها من الالتحاق بجنسية زوجها، ويبدو غريبا في ظل مبدأ وحدة الجنسية أن يكون للزواج أثر مباشر في جنسية الزوج، لأنه هو رب العائلة، مما يترتب عليه فرض جنسية زوجته بفعل الزواج وحده، بل إن هناك من القوانين من نصت صراحة على هذا الحكم، بيد أن وجه الغرابة ينتفي في ظل مبدأ استقلالية الجنسية الذي يتساوى فيه المركز القانوني للزوجين، ويتجسد ذلك في الدول التي تجعل للزواج المختلط أثرا غير مباشر على جنسية الزوجين معا على قدم المساواة، كقانون الجنسية الفرنسي الحالي، مادام تحقيق وحدة الجنسية في لعائلة هو الهدف النهائي للزواج[2].

وبشأن المشرع الجزائري، فقد استحدث اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط بموجب التعديلات التي مست الأمر 70/ 86 المتعلق بالجنسية، مواكبا بذلك أغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بنظرية استقلالية الجنسية في العائلة[3].

---

(1) رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص 38.

(2) المرجع نفسه، ص 39.

(3) جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11، ص 146.

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 18/ 3[1] من قانون الجنسية الجزائرية، والتي تنص على ما يلي: " يفقد الجنسية الجزائرية 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].

ثانيا: 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 في التخلي 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؛
- التمتع بحسن السيرة والسلوك؛
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة؛

---

(1) معدلة بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27/ 02/ 2005، المتعلق بالجنسية. الجريدة الرسمية، 2005، ال عدد4.

(2) المادة 20 من قانون الجنسية.

(3) المادة 21 من قانون الجنسية.

وعلى العموم، فإن اكتساب الجنسية بالزواج المختلط، لا يثير مشكلا في مجال تنازع القوانين، ذلك أن قانون جنسية الدولة هو الذي ينظم كافة الإجراءات المتعلقة بطلب التجنس، وذلك نظرا لاعتبار أن الجنسية هي مسألة مرتبطة بسيادة الدولة، وأن هذه الأخيرة هي التي تمنح جنسيتها لمن يريدها متى توافرت فيه شروط معينة منصوص عليها في قانونها[1].

الفرع الرابع: أثر الزواج المختلط على لقب المرأة وأهليتها

قد يؤثر الزواج أيضا على أهلية المرأة ولقبها وهو ما سنتطرق إليه:

أولا: أثر الزواج المختلط على لقب المرأة المتزوجة

لقد أعطى الإسلام للزوجة الحق في الاحتفاظ باسمها قبل الزواج، لأن الاسم من أهم وأبرز ما يميز الزوجة عن غيرها، فهو يشكل خاصية من خصائص شخصيتها، لذلك يجب عليها أن تحتفظ باسمها العائلي وتمارس حياتها بهذا الاسم، وتوقع به على الأوراق والوثائق في حياتها المدنية والتجارية، وليس لأحد – ول وكان زوجها–أن يجبرها على تغيير اسمها، أو استخدام اسم زوجها بدلا عن اسمها العائلي[2]. وهذا ما أخذت به أغلب التشريعات العربية، وهناك بعض القوانين التي نصت على ذلك صراحة كما هو الحال في القانون العماني، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 37 من القانون 32 لسنة 1987 على حق الزوجة باسم عائلتها، وإن كان هذا لا يتعارض مع ما جرى عليه العرف من اقتران اسم الزوجة باسم عائلة زوجها.

أما التشريعات الغربية فقد ذهبت إلى أن للزواج تأثير على لقب الزوجة، بحيث تكتسب بمقتضاه حق التسمي باسم زوجها. وفي مقدمة هذه التشريعات، القانون التركي، الذي يلزم المرأة المتزوجة باستخدام لقب زوجها في الوثائق الرسمية، وهو ما أخذ به القانون الفرنسي وأقر به تحت راية تحقيق الوحدة الزوجية، الأمر الذي اعتبره البعض إخلال بمبدأ المساواة بين الزوجين[3].

---

(1) رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص 41.

(2) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 98.

(3) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 138.

وسارت شرائع أخرى شوطا أبعد في سبيل المساواة بين الزوجين فيما يتعلق اسم الأسرة، فتترك للزوجين حرية الاتفاق على وضع اسم مشترك بينهما، مثل القانون الألماني في لمادة 1355 من القانون المدني[1].

ثانيا: أثر لزواج المختلط على أهلية المرأة

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 الأوروبية أهليتها بسبب الزواج، بحيث لا تستطيع التقاضي أو ابرام التصرفات إلا بإذن زوجها أو من مجلس العائلة[2].

وقد انقسم الفقه حول نقص الأهلية في هذه الحالة، ورأى البعض أن أهلية المرأة المتزوجة في هذه الحالة تندرج ضمن فكرة الأهلية بوجه عام، ومن ثم وجب اخضاعها للقانون الوطني للزوجة إلا أن الفقه الراجح، يذهب إلى ان هذا النقص يندرج ضمن آثار الزواج[3]، ويخضع بالتالي للقانون الذي يحكم هذه الآثار وبالتالي يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة ما إذا كان من اللازم حصولها على إذن من زوجها عند مباشرة التصرفات القانونية من عدمه، ذلك أن نقص الأهلية هنا مقرر لحماية الأسرة لا لمصلحة الزوجة وحمايتها.

ويرى البعض الآخر أن نقص أهلية المرأة المتزوجة إذا لم يكن عاما بل خاصا في بعض التصرفات القانونية، فإنه يعتبر حالة من حالات نقص الأهلية الخاصة، ولا يخضع للقانون الشخصي للزوجة ولا للقانون الذي يحكم آثار الزواج، بل للقانون الذي يحكم العلاقة التي تكون الزوجة طرفا فيها[4].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط

(1) شبورو نورية، المرجع السابق، ص 359.

(2) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 135.

(3) شبورو نورية، المرجع السابق، ص 360.

(4) رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص 46.

لقد تباينت التشريعات في تحديد القانون الذي يحكم الآثار الشخصية للزواج، فبعض الدول أسندتها لقانون الإقامة وهو عادة قانون القاضي، وهو ما أخذ به قانون الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الانجليزي، وبعض النظم القانونية الأخرى أخضعت هذه الآثار لقانون الجنسية المشتركة للزوجين كبولونيا، أما التعديلات الأخيرة للقانون المدني الفرنسي فقد أخذ بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال وعممه على القانون الذي يحكم آثار الزواج، امتثالا لما نادي به الفقه والقضاء بضرورة إخضاع هذه الآثار إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين وإذا اختلفت جنسيتهما فيطبق قانون الموطن.

ويختلف القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج بحسب اختلافها، وكنا قد استبعدنا مسألة التجنس بالزواج من مجال تنازع القوانين، ذلك أن كل دولة صاحبة سيادة في منح حق التمتع بجنسيتها، وتنظيم كل الإجراءات المتعلقة بها.

ونتطرق فيما يلي إلى القانون الواجب التطبيق عل الحقوق والواجبات **(فرع أول)** ثم إلى القانون الواجب التطبيق على النسب **(فرع ثان)**.

الفرع الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية

أخضعت قاعدة الإسناد الفرنسية آثار الزواج إلى القانون الوطني المشترك للزوجين، وهو إما قانون الجنسية المشتركة لهما أو قانون الموطن المشترك، وإذا لم يشترك الزوجان لا في الجنسية ولا في الموطن تخضع آثار الزواج وفق للاجتهاد الفرنسي إلى قانون القاضي[1].

أما الدول العربية، بما فيها المشرع الجزائري، فقد أسندت الحقوق والواجبات إلى قانون جنسية الزوج واستثناء إلى القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، ويستثنى من هذا الاتجاه المشرع التونسي الذي تأثر بالتشريع الفرنسي[2]. والواقع أنه إذا كان إنشاء رابطة قانونية بين شخصين يقتضي الرجوع إلى قانون كل من الطرفين، فإن نتاج هذه الرابطة لآثارها

(1) بموجب المادة 309 قانون مدني فرنسي.

(2) بموجب الفصل 47 منه مجلة القانون الدولي الخاص.

القانونية يتطلب وحدة في النظام القانوني الذي يحكمها، فمن العسير إخضاع لآثار الرابطة القانونية لقانوني في ذات الوقت، إذا لن يتسنى تطبيق أيهما عند الاختلاف إلا بمخالفة الآخر[1]. لذلك رأت هذه التشريعات الأخذ بقانون جنسية الزوج وحده لحكم آثار الزواج مفضلة إياه على قانون جنسية الزوجة باعتبار الزوج هو رب العائلة، والمكلف بشؤونها وفق ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية، وإن كانت القوانين الغربية قد قلل من شأنه متأثرة بالأفكار التحررية.

إلا أن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الحقوق والواجبات قد يثير صعوبة إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج أو غير الزوجان جنسيتهما معا، إذ أن القانون الواجب التطبيق يبقى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

لذلك من المشاكل التي تطرحها القاعدة العامة، هي تجميد القانون الوطني للزوج بوقت انعقاد الزواج، إلا أنه تعتبره التشريعات الحل المجدي وله ما يبرره[2]، فهو أولا يكرس مبدأ ثبات نظام الزوجية ثباتا مطلقا دون أن يكون للتغير اللاحق للجنسية أي تأثير، وثانيا أن حقوق الزوجين وواجباتهما، قد تحددت وقت نشأة الزواج، ثم إن هذا القانون من شأنه أن يحقق حماية أكيدة للزوجة، إذ انها تكون على دراية تامة بمضمونه، وليس من العدل أن تتبدل هذه الحقوق والواجبات نتيجة لعمل إرادي من جانب الزوج وحده. أما في حالة اشترك الزوجان في وقت لاحق في جنسية واحدة فقد نادى بعض الفقه بأن تخضع آثار الزواج في هذه الحال لقانون الجنسية المشتركة[3].

وفي ذات الصدد فقد اخضع المشرع الجزائري أيضا كقاعدة عامة آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بموجب نص المادة 12 من القانون المدني بقولها:" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج[4].

---

(1) شبورو نورية، المرجع السابق، ص 367.

(2) حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 120.

(3) المرجع نفسه، ص 121.

(4) أصبحت الصياغة الجديدة أكثر وضوحا مما كانت عليه قبل تعديل 05-10 حيث كانت تنص على الآثار المالية للزواج دون الشخصية.

وتعتبر قاعدة خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج قاعدة عامة، أورد المشرع الجزائري عليها استثناءا يقضي بضرورة تطبيق القانون الوطني، وحده متى كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، بحسب نص المادة 13 من القانون المدني، بحيث جاء فيها " 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." ومعنى ذلك أن تخضع الآثار الشخصية للقانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية وقت ابرام الزواج وكان زوجها أجنبيا، أما إذا كان الزوج وحده جزائريا، فإن القانون الجزائري هو الذي يسري طبقا للأصل[1]. وذلك بهدف حماية الزوجة الوطنية.

وما تجدر الإشارة إليه، هو أن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية للزواج المختلط والمنحصرة بالضرورة في حقوق والزوجين، دون أن يمتد تطبيقه إلى النسب الشرعي أو إلى مسألة التجنس بالزواج، رغم أنهما يدخلان في نطاق الآثار الشخصية للزواج.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النسب

خصت أغلب التشريعات النسب بقاعدة إسناد صريحة مستقلة عن القاعدة التي تسري على الآثار الشخصية للزواج، بالرغم من أنه أثر شخصي، فالقانون الفرنسي كان قبل 1972 يفرق بين النسب الشرعي والنسب غير الشرعي[2]، حيث كان الأول يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج، بينما الثاني كرس القضاء بموجبه القانون الشخصي للطفل، أما بعد 1972 وحد المشرع الفرنسي قواعد الإسناد، سواء تعلق الأمر بالولد الشرعي أو غير الشرعي، حيث أتى بنوعين من القواعد: قاعد أساسية وأخرى احتياطية بموجب الأمر 311 مكرر 14 من القانون المدني. [3]

---

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 73.

2 op.cit, Loussann yvon, Bourel piever, p 353.

(3) وهذا أيضا ما أيدته اتفاقية لاهاي المنعقدة في 5 أكتوبر 1981 و المتعلقة بحماية القصر، حيث نادت بعدم التفريق بين النسب الشرعي و غير الشرعي.

– **القاعدة الأساسية:** اعتد فيها بقانون الأم وقت الميلاد – على أساس ان الأم دائما معروفة

– **القاعدة الاحتياطية:** القانون الشخصي للطفل في حالة عدم معرفة الأم، هذا وقد تبنى القانون الفرنسي قواعد أخرى تتعلق بالاعتراف بالولد الطبيعي، أي القانون الواجب التطبيق على صحة الإقرار، إذ يكفي أن يكون صحيحا وفقا لقانون الطفل أو المقر، ويستخلص من ذلك ان القانون الفرنسي يبحث عن القانون الأفضل لصحة الاعتراف[1].

أما المشرع الجزائري فبعد ما كان ملتزما السكوت إزاء مسألة النسب فإنه قد حسم ذلك بنص صريح في المادة 13 مكرر من القانون المدني والتي تقضي بما يلي: " يسري على النسب والاعتراف به وانكاره قانون جنسية الأب وقت الوفاة". ومتى ظهر أن القانون الواجب التطبيق على النسب استنادا إلى نص المادة 13 مكرر، فإن المواد من 40 إلى 45 من ق.أ.ج هي التي تنظم هذه المسألة.

المبحث الثاني: الآثـــار الماليـــة للـــزواج المختلـــــط

بالإضافة إلى الآثار الشخصية الناتجة عن الزواج المختلط هناك آثار أخرى ذات طابع مالي وهي ما يعبر عنها في بعض الشرائع بالنظام المالي للزوجين، والذي يبين حقوق والتزامات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وايرادات هذه الأموال وإداراتها والانتفاع بها[2].

والنظام المالي هو عبارة عن قواعد تنظم العلاقات المالية للزوجين بين بعضهما البعض، وبينهما وبين الغير أيضا، وعليه فالنظام المالي هو مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم أموال الزوجين خلال زواجهما.

وهذه الآثار قد تتنازع عدة قوانين على حكمها في حالة ما إذا تسلل عنصر أجنبي للرابطة الزوجية وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد القانون الذي يحكم هذه الآثار المالية، فهناك من التشريعات من ساوى بين الآثار المالية والآثار الشخصية من حيث اخضاعها لقانون موحد، وهناك

---

(1) رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص 46.

(2) نادية فضيل، تطبيق قانون لمحل على شكل التصرف، المرجع السابق، ص 194.

تشريعات أخرى فصلت بينها وأخضعت كل نوع من الآثار إلى قانون معين، ونحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مضمون الآثار المالية لعقد الزواج **(مطلب أول)** ثم التطرق إلى القانون الواجب التطبيق عليها **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: نطاق الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

تختلف قوانين الدول في تحديد مدى ما يرتبه الزواج من آثار ذات طابع مالي، ونجد أبرز اختلاف بين تشريعات الدول العربية الإسلامية، وبين تشريعات الدول الغربية حول مدى تأثير الزواج على الذمم المالية للزوجين وهو ما سنطرحه في الفرعين الآتين.

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

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 لزوجها التدخل في إدارة أموالها المالية، بل لها مطلق الحرية في كل ما يتعلق بأموالها، وليست مجبرة على المساهمة في حمل أعباء المعيشة ولا تحمل مصاريف تربية أبنائها، ويبقى الزوج هو المسؤول الوحيد عن ذلك، تطبيقا 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].

أولا: الاستقلال النظري للذمم المالية للزوجين

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 64.

(2) جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص 97.

يتحمل الزوج وحده كل أعباء الأسرة في التشريع الجزائري، وهذا لأن الأخير يعتمد نظام فصل الأموال ولا يؤثر الزواج على أموال الزوجين، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة، وقد ساوى المشرع الجزائري بين المرأة والرجل في إبرام التصرفات المالية سواء كانت بعوض أو بدون عوض مستمدا هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية التي منحت المرأة الأهلية الكاملة فيما يخص الملكية والتصرف[1].

واستثناءا من ذلك قيد فقهاء المالكية حرية الزوجة التصرف في أموالها[2]، وذلك في الهبة إذا تجاوزت ثلث أموال الزوجة، فيمكن للزوج أن يتدخل ويمنعها من ذلك، كما لا يجوز لها إقراض مالها لأجنبي فيما زاد عن الثلث بغير إذن زوجها، ولقد اختلف الفقه القانوني العربي حول ما إذا هناك نظام مالي للزوجين في الشريعة الإسلامية[3].

والواقع أن الشريعة الإسلامية لا تعرف نظاما ماليا معقدا فيما يخص أثر الزواج على أموال كل من الزوجين، لأن القاعدة العامة هي انفصال الذمم المالية للزوجين، وهذا على خلاف ما هو حاصل في الدول الغربية التي تعرف ما يسمى بالنظام المالي للزوجين والذي يكون إما قانوني أو اتفاقي.

ويلاحظ أنه بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حسم هذه المسألة تشريعيا، وهو يتجه تدريجيا نحو الأخذ بذات المفهوم للنظام المالي في القانون الفرنسي، وخاصة نظام اشتراك الأموال، وهذا ما يبدو جليا 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 لكل واحد منهما" وعلى هذا فإنه لا يوجد ما يمنع المتزوجين في القانون الجزائري من الاتفاق على إدارة أموالهم

(1) مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة نيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2005-2006، ص 46.

(2) العسقلاني، فتح الباري، دار المعرفة، الجزء 5، بيروت، د ت، ص 218.

(3) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 180.

والتصرف فيها، كل ذلك بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة ومن ذلك الأحكام المتعلقة بالميراث[1].

ثانيا: الاشتراك الفعلي

رغم إقرار الشريعة الإسلامية بمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين، إلا أن الحياة الزوجية المشتركة تفرض على الزوجين وضع كل مواردها المادية من أجل رعاية مصلحة الأسرة، وهذا يعني اتحاد فعلي أو واقعي لذمم الزوجين على 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[2]، بحيث يجب عليه الانفاق على الأسرة لوحده دون أن تلتزم الزوجة بذلك.

وفي الواقع، فإن الاستقلال النظري للذمم المالية للزوجين يبقى نظريا إلى حد 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[3]. وتكمن أهمية هذه الاتفاقات المالية بين الزوجين بالنظر إلى الإشكالات التي يمكن أن تثار بشأن ملكية الأموال بينهما، سواء كانت عقارات أو منقولات، وأهم هذه الأموال مسكن الزوجية إذا كان مشتركا. وقد يؤدي ذلك إلى وقوع نزاعات خطيرة، كما أن تسجيل الزوج للممتلكات التي يكتسبها الزوجين معا أثناء الحياة الزوجية باسمه وحده واستبعاد الزوجة من ذلك، لا يكون مرضيا لها، وربما وقعت في نزاع مع زوجها قد يصل إلى حد الطلاق. لهذا يكون وجود اتفاقات مسبقة بين الزوجين حول نظام الأموال المكتسبة بينهما، من شأنه أن يحول دون وقوع تلك النزاعات، خصوصا مع الظروف الاقتصادية الحرجة التي تعيشها الكثير من الأسر والتي تفرض على الزوجة العاملة

---

(1) المرجع نفسه، ص 183.

(2) هجيره دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، العدد 01، ص 154.

(3) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 184.

المساهمة في الانفاق وتحمل تكاليف الأسرة ونفقاتها وهو ما يفرض على الزوجين تبني نظام الاشتراك الفعلي بالنسبة لأموالهما ولكن ليس بالمفهوم المقرر في النظم الغربية[1]. وهو ما جعل المشرع الجزائري يعدل من نص المادة 37 من قانون الأسرة، والتي أجازت للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج نفسه أو عقد رسمي لاحق بشأن الأموال المشتركة التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية، والنسب التي تؤول كل منهما.

الفرع الثاني: موقف النظم الغربية من الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

أما لدى النظم الغربية، فيترتب على الزواج من حيث ملكية هذه الأموال والانتفاع بها وإدارتها آثار تدخل في النظام المالي للزوجين، ونجده في الدول الأوروبية على وجه الخصوص، ويقصد به حقوق وواجبات كل من الزوجين من حيث ملكية الأموال وإدارتها والانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية وكيفية تصفيتها بعد انحلال الرابطة الزوجية، وقد يكون النظام المالي للزوجين نظاما قانونيا، وبالتالي واجب الاتباع في جميع الحالات التي لا يتفق فيها الزوجان على نظام آخر، وقد يكون نظاما اتفاقيا يعتمده الطرفان بمقتضى عقد خاص غير عقد الزواج[2].

وهناك نظم اتفاقية يختارها الزوجان حسب النظام الذي يلائم اتفاقهما، لكن بشرط أن يتم الاختيار كتابة وقبل شهر الزواج، وتوجد عدة نظم مالية قانونية وهي كالتالي[3]:

أولا: نظام الاشتراك القانوني: Règne en communauté

وبموجبه تكون أموال الزوجين مملوكة على الشيوع بينهما بنسبة النصف، وتخصص هذه الأموال لإشباع حاجات الأسرة، ويتمتع الزوج بصلاحية إدارة الأموال، ويظهر بمظهر المالك لها، وله أيضا أن يتولى إدارة أموال زوجته التي احتفظت بها لنفسها، وعند انتهاء الزوجية يقسم المال المشترك بين الزوجين أو بين ورثتهما ولك حسب المواد 1421، 1422 من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء

(1) مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 314.

(2) دربة أمين، المرجع السابق، ص 32.

(3) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 164.

نص المادة1422 منه بقوله "لا يستطيع أحد الزوجين دون الآخر أن يتصرف في الأموال المشتركة على سبيل الهبة" ولهذا النظام القانوني ثلاث صور:

1/ الصورة الأولى: نظام الاشتراك La communauté universelle

وبمقتضاه تكون كل أموال الزوجين مشتركة بينهما، ويسمى بنظام الاشتراك العام.

2/ الصورة الثانية: نظام الاشتراك في المقولات والمكاسب La communauté de meubles et acquêts

وبموجبه تكون الأموال التي يكتسبها الزوجان بعد الزواج مشتركة بينهما، وكذلك تكون المنقولات العائدة لهما عند إبرام الزواج مشتركة بينهما، أما العقارات التي اكتسباها قبل الزواج فتكون مستقلة عن النظام المالي المشترك، ولا تتأثر بالزواج، ويبقى كل واحد محتفظا بما يملكه.

3/ الصورة الثالثة: نظام الاشتراك المخفض La communauté réduite aux acquêts

وفيه تبقى لكل من الزوجين أمواله المملوكة عند إبرام الزواج، في المنقولات والعقارات، ولكن ما يمتلكانه أثناء الزواج وما يدخرانه يكون شركة بينهما، وهذا النظام القانوني هو المقرر في فرنسا للزوجين إذا لم يختارا نظاما آخر عند الزواج[1].

ثانيا: نظام انفصال الأموال Régime de la séparation de biens[2]:

وبموجبه يستقل كل من الزوجين بما يكتسبانه خلال فترة الزواج ومن حيث التصرف والإدارة والاستغلال حتى في الأموال المملوكة قبل الزواج، لكن بشرط أن تقسم مصاريف الأسرة وأعباؤها بين الزوجين، وهذا النظام شائع في الدول الأنجلوسكسونية، وهو غير معمول به في الدول اللاتينية.

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 74.

(2) مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 07.

ثالثا: نظام الدوطة أو البائنة Règime doal:[1]

وبمقتضاه كانت الزوجة تقدم مهرا لزوجها، ليتولى إدارتها واستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، غير أن هذه الأموال تبقى حبيسة ولا يمكن التصرف فيها، ولا يجوز الحجز عليها، أما غيرها من الأموال فتستقل به لوحدها، ولها حرية التصرف فيها واستغلالها.

ولقد ألغي هذا النظام في فرنسا بقانون 13_ 07_ 1965 من خلال الإصلاح الذي قام به المشرع في نظام الأموال، وكان العقد في السابق يتصف بالجمود، إذ يعتبر دستورا جامدا مقدسا للنظام المالي للأسرة، لا يمكن تعديله أصلا بعد العقد[2]. أما حاليا فيمكن تعديل النظام المالي الاتفاقي أو القانوني من طرف الزوجين من أجل مصلحة الأسرة، عن طريق عقد توثيقي مصادق عليه من طرف محكمة محل إقامة الزوجين، طبقا لنص المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي[3].

وإذا اختار الزوجان نظاما آخر غير النظام المالي القانوني، يجب أن يتم الاتفاق على النظام المختار كتابة قبل شهر الزواج، ولكنه لا ينتج آثاره إلا بعد انعقاد الزواج، ولا يجوز تعديل النظام المالي بعد الزواج إلا بمقتضى حكم صادر من القضاء حسب المادة 1396 /3 قانون مدني فرنسي ولا يجوز طلب هذا التعديل إلا بعد مضي سنتين من انعقاد الزواج[4].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقد الزواج المختلط

إن مسألة القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الناتج عن عقد الزواج المختلط تبقى مسألة مختلف فيها فقها وقضاء لأنها تتوقف على تكييف النظام نفسه، فإذا اعتبرت من الأحوال الشخصية يطبق عليها القانون الشخصي، أما إذا كيفت على أنها ضمن نطاق الأحوال العينية،

---

(1) المرجع نفسه، ص 27.

(2) درية أمين، الرجع السابق، ص 34.

(3) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 178.

(4) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 75.

فتخضع إما لقانون موقع المال، ولو أدى ذلك إلى تعدد القوانين التي تحكم أموال الزوجين بتعدد مواقعها، وإما لقانون الإرادة أو لقانون موطن الزوجة[1].

ونحاول من خلال هذا المطلب التطرق لنقطتين أساسيتين أولهما تحديد القانون المختص بحكم آثار الزواج المالية **(الفرع الأول)** والثانية توضيح أهم القيود الواردة على إعمال القانون الواجب التطبيق أصلا على هذه الآثار **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تحديد القانون المختص بحكم آثار عقد الزواج المالية

اختلف الفقه والقضاء والتشريع المقارن في تكييف وتحديد طبيعة العلاقات المالية بين الزوجين وهذا الخلاف يعتبر كنتيجة حتمية ومنطقية، للطبيعة المختلطة للنظام المالي للزوجين، والذي لم تحل طبيعته الاتفاقية دون ايصاله بمركز الأموال وبالأحوال الشخصية في نفس الوقت[2]، لذلك جرت الكثير من القوانين على اعتبار هذه الآثار من الأحوال الشخصية وأخضعتها للقانون الشخصي _ منها القانون الجزائري _ وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج.

غير أن البعض الآخر من القوانين، رغم اعتبارها النظام المالي للزوجين من آثار الزواج، إلا أنها صنفته ضمن الأحوال العينية، وأخضعته للقانون الذي تخضع له العقود على العموم، وهو قانون إرادة المتعاقدين وهو حال القانون الفرنسي[3]. وإن كانت الإرادة في شأن النظام المالي مقيدة بالحدود التي يرسمها القانون، كما أن هناك طائفة من الفقهاء الفرنسيين تدخل نظام الاشتراك المالي في دائرة الأحوال العينية، وتخضعه بالتالي للقانون الذي تخضع له العقود على العموم،

وهو قانون إرادة المتعاقدين وهذا هو حال القانون الفرنسي، إن كانت الإرادة في شأن النظام المالي مقيدة بالحدود التي يرسمها القانون، كما أن هناك طائفة من الفقهاء الفرنسيين تدخل نظام الاشتراك المالي في دائرة الأحوال العينية، وتخضعه بالتالي لقانون الموطن الذي استقر فيه الزوجان

(1) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 176.

(2) دربة أمين، المرجع السابق، ص27.

(3) شبورو نورية، المرجع السابق، ص 52.

بعد الزواج على افتراض أن إرادتهما قد انصرفت إلى اختيار قانون الموطن الذي استقرا فيه لكي يسري على نظامهما المالي القانوني[1].

أما النظم الاتفاقية فيجمع القضاء والفقه الفرنسي على اعتبارها عقودا تخضع لقانون الإرادة التي تخضع له العقود بصفة عامة. إلا أن المادة 03 من اتفاقية لاهاي[2] قد قيدت الزوجين باختيار واحد من القوانين التالية:

_ قانون دولة ينتمي إليها أحد الزوجين بجنسيته.

_ قانون دولة تمثل محل إقامة المعتادة والثابتة لأحد الزوجين بعد الزواج.

هذا ويتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى ضرورة اخضاع النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج شأنه شأن الآثار الشخصية للزواج[3]، على اعتبار أن النظام المالي للزوجين يرتبط ارتباطا وثيقا بالزواج، إذ يعتبر من نتائجه وآثاره، ومن ثم يجب أن يسند إلى القانون الذي يحكم هذه الآثار[4].

أما الدول الأنجلوسكسونية، فكان لها موقف مغاير إزاء القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المالية، فنجد أن الولايات المتحدة الأمريكية ميزت بين الأموال العقارية والمنقولة، فأخضعت آثار الزواج بالنسبة للعقار لقانون موقعه، وبالنسبة للمنقول لقانون موطن الزوجية، وهذا أيضا هو المتبع في القانون الانجليزي في حالة ما إذا لم يتفق الزوجان على نظام مالي[5].

---

(1) رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص 52.

(2) الاتفاقية متعلقة بالنظام المالي للزوجين منعقدة في 03/14 /78، دخلت حيز النفاذ في 1/9/ 1992، موجودة بالموقع التالي: www.hcch.com

[3] op.cit, .GUTMAN DANIEL.P213.

(4) مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 139.

(5) المرجع نفسه، ص 140.

وقد انقسم موقف التشريعات المقارنة ما بين وضع قانون واحد يحكم آثار الزواج جميعها برمتها، وما بين تحديد قانونين مستقلين، أولهما ليطبق على الآثار المالية، والآخر يختص بحكم الآثار الشخصية.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب وحدانية القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج جميعها سواء مالية أو شخصية، وقد أخضعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[1]. وبذلك يكون المشرع قد أكد على أن الآثار المالية للزواج بالرغم من تعلقها بالأموال إلا أنها لا تخرج من دائرة الأحوال الشخصية. وقد خالف بذلك ما يجري عليه العمل في فرنسا على سبيل المثال من اعتبار النظام المالي للزوجين من الأحوال العينية واخضاعه بهذا التكييف لقانون إرادة الزوجين الصريحة أو الضمنية. وفي حالة عدم اختيار الزوجين أي قانون لحكم نظامهما المالي فصل الاجتهاد القضائي الفرنسي تطبيق أحكام قانون الدولة التي أسس فيها الزوجان أول موطن مشترك لهما بعد الزواج[2].

ويرمي الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري إلى تحقيق ما يلي:

- ✓ تجنب مشكلة التنازع المتحرك أو المتغير التي قد تظهر في حالة ما إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج، بحيث تنص على أن العبرة بالوقت الكي يعتد به بجنسية الزوج وقت الانعقاد وليس وقت رفع الدعوى، مما مفاده أنه إذا قام الزوج بتغيير جنسيته بعد الزواج، فإن ذلك لا يؤثر في القانون الواجب التطبيق، إذ سيبقى هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج؛
- ✓ تأمين استقرار آثار الزواج، وما يؤثر ذلك على استقرار الأسرة[3] فلا تتغير هذه الآثار بتغير جنسية الزوج؛

(1) المادة رقم 12 من القانون المدني الجزائري.

(2) دربة أمين، المرجع السابق، ص 30.

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50.

- ✓ إن تطبيق قانونين على آثار الزواج يؤدي غالبية الأحيان إلى تعذر تطبيق أحدهما عند اختلافهما، وتجنبا لهذا المشكل فقد آثر المشرع الجزائري أن تكون آثار الزواج خاضعة لقانون واحد، وهذا السبب هو الذي دفع القضاء الفرنسي كذلك إلى اختيار قانون معين تخضع له آثار الزواج في حالة اختلاف جنسية الزوجين وهو قانون جنسيتهما المشترك.[1]

ولعلى اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج ليحكم آصار الزواج المالية وأيضا الشخصية يرجع أساسا إلى الدور المعترف به في المجتمع الاسلامي للرجل داخل الأسرة باعتباره رئيسها، وهذا ما يفسر بالطبع اختيار الدول العربية الإسلامية لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة أو قانون الموطن المشترك لهما.

هذا وهناك من يرى من أساتذة القانون أن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على آثار الزواج يؤدي إلى تجميد النظام الزوجي أو العلاقات الزوجية بصورة مشابهة لتجميد الاتفاقات الزواجية المعروفة سابقا في القانون الفرنسي[2]. لذلك سيكون من باب المفارقات أن يقوم القاضي الجزائري الناظر في الدعوى المرفوعة إليه من قبل الزوجين بتطبيق قانون لم يعد نافذا لدى المتقاضين بالذات.

لذلك ذهب جانب من الفقه المصري إلى أنه يتعين النص على أنه في حالة اتحاد جنسية الزوجين وقت رفع الدعوى يجب الرجوع وعلى سبيل الاستثناء لقانون الجنسية المشتركة الجديدة، ولا يعيب هذا الحل لجوء الزوج أحيانا إلى تغيير جنسيته لتصبح متفقة مع جنسية الزوجة، وإن وجد في قانونها ما يتفق مع مصالحه، لأن القاضي لا يستطيع في هذه الحالة أن يعطل تطبيق هذا القانون إعمالا للدفع بالغش نحو القانون[3].

الفرع الثاني: القيود التي ترد على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج

---

(1) شبورو نورية، المرجع السابق، ص 399.

(2) المرجع نفسه، ص 401.

(3) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 180.

ترد بعض القيود الهامة على اختصاص قانون جنسية الزوج عند ابرام الزواج والتي تتمثل فيما يلي:

أولا-أثر قانون موقع المال: في حالة ما إذا كان قانون دولة الزوج هو الذي يحكم الآثار المالية للزوج، فلا يجب أن تتعارض أحكام هذا القانون مع أحكام قانون موقع المال الذي يمتلكه الزوجان لأن الأصل أن المركز القانوني للأموال يخضع لقانون موقعها[1]، فإذا كانت أموال الزوجين تقع في إقليم دولة معينة على هذه الأموال فلا يجب أن تتعارض هذه الحقوق مع أحكام قانون الموقع الذي يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى[2].

فأحكام الملكية العقارية يجب إخضاعها لقانون موقع المال، وعليه، إذا تعارضت أحكام قانون جنسية الزوج مع أحكام قانون موقع المال، فالعبرة بالقانون الأخير، لأن الحقوق العينية التي قد يقررها قانون جنسية الزوج، لا يمكن ترتيبها على أموال موجودة في دولة أجنبية إلا إذا أقرها قانون هذه الأموال.

وتطبيقا لذلك في نظام الدولة لا يمكن الاحتجاج به على أموال عقارية في الخارج إلا إذا تم مراعاة إجراءات الشهر المقررة في هذا البلد، ولا يمكن الاحتجاج به أيضا فيما يقرره القانون من عدم قابلية التصرف والحجز على الأموال التي يتناولها إلا إذا تم قيده أيضا[3].

وتطبيقا لذلك أيضا، فإن المشرع الوطني قد حدد الحقوق العينية الأصلية والتبعية، كما بين الآثار التي تترتب عليها، فإذا قررها المشرع الجزائري أو القيود التي أوردها، فإنه يتعين عدم الاعتراف بهذه الحقوق أو تلك القيود في الجزائر.

ثانيا-الدفع بالنظام العام يعطل العمل بقانون جنسية الزوج:

---

(1) المادة رقم 17 من القانون المدني الجزائري.

(2) رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص 56.

(3) الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 166.

يتعطل العمل بقانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج المختص أصلا بحكم العلاقات المالية والشخصية للزوجين، إذا كان قانونا أجنبيا تخالفه أحكامه المنظمة لآثار الزواج النظام العام والآداب العامة في الجزائر تطبيقا لنص المادة 24 من القانون المدني.

ثالثا–دور الإحالة في استبعاد قانون جنسية الزوج:

لا يطبق قانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج على الآثار المترتبة على الزواج، إذا كان هذا القانون يدفع بعدم اختصاصه التشريعي ويحيل الاختصاص إلى قانون آخر، قد يكون دولة القاضي أو قانون دولة أخرى، فإذا كانت الإحالة إلى قانون دولة القاضي، فسوف يطبق القاضي الجزائري القانون الوطني ذلك أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى تطبيقا لنص المادة 23 مكرر 1 في فقرتها الثانية من القانون المدني.

رابعا_ تدخل قانون الموطن أو قانون محل الإقامة في حالة انعدام الجنسية:

يستحيل إخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج إذا كان هذا الزوج عديم الجنسية، لذلك سيحل محله قانون موطنه أو قانون محل إقامته، طبقا لنص المادة 22/ 3 قانون مدني.

خامسا_ تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج:

وذلك بمقتضى الاستثناء المقرر في نص المادة 13 من القانون المدني، وبالتالي يطبق القانون الوطني وحده على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وسينتج هذا الاستثناء مفعوله في حالة ما إذا كان الزوج أجنبيا وقت انعقاد الزواج وكانت الزوجة جزائرية في هذا الوقت ففي هذه الحالة وخلافا للقاعدة العامة، ستطبق أحكام القانون الجزائري المتعلقة بآثار الزواج، أما إذا كان الزوج جزائريا وقت انعقاد الزواج، فسيطبق القانون الوطني وفقا للقاعدة العامة.

وواقعيا يترتب على إعمال هذا الاستثناء نتائج غير منطقية، بحيث تنص المادة 13 السالفة الذكر على أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا

وقت انعقاد الزواج حتى ولو تغيرت جنسيته بعد ذلك، بينما لا يطبق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين أجنبيا واكتسب الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج[1].

(1) شبورو نورية، المرجع السابق، ص 406.

الخاتمة

باعتبار الزواج رابطة أسرية وقانونية ومن أهم العقود التي تضمن سير المجتمعات وديمومتها وتختلف باختلاف العادات والأعراف فإن الدولة تتدخل بتشريعاتها لتنظيم هذا الزواج وحماية أطرافه مما يسبب اختلاف في التشريعات وتنازعا في القوانين إذا تضمن العقد طرفا أجنبيا، لهذا اتخذت الدول حلا مسبقا تمثل في تحديد فئات ضمتها في فكرة مسندة وأخضعتها لقانون معين من خلال ضابط الإسناد، وقد اختلفت التشريعات في تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الزواج وآثاره ، وقد نظم مشرعنا الجزائري قواعد الإسناد الخاصة بالزواج في المواد 11 و 12 و13 و13 مكرر 1 من القانون المدني.

والمشرع الجزائري، وعلى غرار أغلب التشريعات العربية، يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وبين شروطه الشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين كقاعدة عامة، واستثناء للقانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني، وكان هدف المشرع من وراء وضع هذا الاستثناء تسهيل مهمة القاضي من جهة كونه اعلم بقانونه الوطني، ومن جهة أخرى حماية مصلحة الوطنيين.

أما من ناحية الشروط الشكلية للزواج، فقد ساير المشرع الجزائري القاعدة العالمية التي تخضع شكل العقد لمحل إبرامه، وجعل منها قاعدة ملزمة إلا في الحالة التي يكون الزوجين مشتركين في الجنسية، فيبرم زواجهم وفقا لقانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو كذلك إلى القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وقد تكون هناك صعوبة في التمييز بين ما هو شرط موضوعي وما هو شكلي في هذا الحالة ترك الأمر للقاضي المعروض أمامه النزاع من خلال سلطته التقديرية للتفريق بينها طبقا لقانونه الوطني، إعمالا لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري على أساس أن التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

ومتى توفرت الشروط المطلوبة انعقد الزواج صحيحا ترتبت عليه مجموعة من الآثار الشخصية والآثار المالية وتتمثل الآثار الشخصية للزواج في مجموع الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والنسب الشرعي، والجنسية...الخ، أما الآثار المالية وهي ما يعبر عنها في بعض الشرائع الغربية بالنظم المالية للزوجين والتي تحدد أساسا حقوق كل من الزوجين من حيث ملكية أموالها وإيراداتهما وإدارتها الانتفاع بها، أما تشريعات الدول المسلمة ومنها المشرع الجزائري، فقد تبنت نظام الفصل بين الذمم المالية للزوجين، بأن تبقى الزوجة محتفظة بذمتها المالية، مستقلة بذلك عن ذمة زوجها بعد قيام العلاقة الزوجية كما كانت عليه من قبل ذلك، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة، إذ نصت على أنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، ورغم ذلك، ومسايرة لما يفرضه الواقع المعاش، نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على جواز اتفاق الزوجان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما والتي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما.

وقد اختار المشرع الجزائري التسوية في إخضاع كلا الآثار معا لقاعدة إسناد واحدة، من خلال المادة 12 من القانون المدني بعد تعديلها، وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وينتج عن هذا الاختيار تجميد القانون الوطني للزوج بوقت انعقاد الزواج، وهو ما قد يثير صعوبات إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج، أو إذا غير الزوجان جنسيتهما، إذ يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج هو القانون الواجب التطبيق.

ومع أن النسب الشرعي من بين الآثار الشخصية للزواج، إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار أغلب التشريعات قد خصه بقاعدة إسناد خاصة مستقلة عن القاعدة العامة التي تسري على آثار الزواج الشخصية الأخرى، بنص المادة 13 مكرر من القانون المدني، والتي جاء فيها، بإخضاع النسب والاعتراف به وانكاره لقانون جنسية الأب قبل الميلاد، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، فإنه بتطبيق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

وعملية تطبيق القانون المختص في كل الأحوال قد تصطدم بعقبات تحول دون إعماله في مسائل الزواج المختلط، وذلك في حالة ما إذا كانت أحكام هذا القانون مع المبادئ والأسس التي

يقوم عليها نظام الزواج في دولة القاضي، فللقاضي المعروض أمامه النزاع في هذه الحالة أن يستبعد هذا القانون ويستبدله بالقانون الجزائري، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون المدني، وأيضا في حالة ما إذا تبين للقاضي ان ثبوت الاختصاص التشريعي لهذا القانون جاء نتيجة تحايل من الأفراد على قاعدة الإسناد بتغيير ضوابط الإسناد قصد التهرب من أحكام القانون المختص، فله أيضا – القاضي– أن يمتنع عن تطبيق هذا القانون المفتعل عن طريق الغش نحو القانون، وإعادة الاختصاص للقانون المختص أصلا وتطبيقه.

وقد خلصنا في الأخير إلى مجموعة من النتائج نشير إليها:

1–بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج، بالرغم من أن المشرع خصها بقاعدة إسناد مستقلة، إلا أنها لم تكن واضحة التطبيق في حال اختلاف الزوجين في الجنسية.

2–المشرع الجزائري لم يخص الشروط الشكلية لعقد الزواج بقاعدة مستقلة، مما يستوجب اخضاع عقد الزواج شكليا إلى القاعدة التي تحكم العقود عموما.

3–تبقى أهلية الزواج خاضعة لقانون الجنسية ولا تسري عليها قواعد التنازع الأخرى الخاصة بالزواج.

4–لم يفرق المشرع الجزائري بين الآثار المالية والآثار الشخصية لعقد الزواج، وأخضعها لضابط إسناد واحد هو قانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج، وهو ما نتج عنه تجميد القانون الوطني للزوج بوقت انعقاد الزواج.

5–قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية للزواج والمنحصرة في الحقوق والواجبات المتبادلة دون أن يمتد تطبيقه إلى النسب الشرعي الذي خصه المشرع بقاعدة إسناد مستقلة في م 13 مكرر ق.م.ج.

6–وحماية الرابطة الزوجية أقر المشرع الجزائري استثناء تضمنته المادة 13 ق.م تقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده كلما كان أحد طرفي الرابطة جزائريا.

ومن خلال النتائج التي توصلنا إليها فإنها تقودنا إلى الاقتراحات التالية:

1-ضرورة وضع نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط.

2-وضع معيار يضبط ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية.

3-إلغاء الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني، كونه يتلاشى مع إعمال فكرة النظام العام.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المـــــــصـــــــــــادر

1- القرآن الكريم.

2- السنة النبوية.

3- التشريـــعات:

ا – الأوامـــــــــر:

- الأمر رقم 70/ 20 المؤرخ في 19/ 02/ 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري.
- الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، المتعلق بقانون الأسرة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم15.
- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم لقانون الجنسية
- الجزائري، جريدة رسمية رقم 43.

ب-القوانـــين:

- قانون رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 فيفري 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني.

4-المعـــــاجـــــم:

- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.

ثانيا: المراجع

1-الكتب باللغة العربية:

- العسقـــلاني ابن حجر، فتح البـــاري في صحيح شرح البخاري، دار المعرف، لبنان (دط. دت)
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، دار هومة الجزائر،2006.
- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، الأردن 2008.
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، الأردن، 1997.
- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة العسيلة، الدويرة، 2008.
- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، التركي للطباعة، طنطا، الطبعة الأولى، مصر،2004.
- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر،2009.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الثانية، 2003.
- عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص، جزء أول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، طبعة أولى،2006.
- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2009.
- مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، مطبعة دار الأيام، عمان، 2015.
- مهند احمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2011.
- نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، 2006.

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

2–رسائل الدكتوراه

–شبور نورية، "الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين،" (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،1016 –2017.

–مسعودي رشيد، "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، (مذكرة نيل شهادة الدكتوراه في القانون)، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2005–2006.

3–مذكرات الماجيستر:

– دربة أمين،" قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله"، دراسة مقارنة، (مذكرة ماجيستر)، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007–2008.

– رحاوي آمنة، "الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص"، (مذكرة ماجيستر)، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 210–2011.

– زيدون بختة، "التطبيق الاستثنائ للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية"، (مذكرة ماجيستر)، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010–2011.

4 – المجلات:

– بن عبد الله عادل، الاعتبارات العلمية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 3، 2018.

– جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11، 2014.

– حسين نوارة، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.

– دنوني هجيره، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، العدد 01، 1994.

- عثماني بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة ميرة عبد الرحمان، بجاية، عدد خاص، 2015.

5-الكتب باللغة الأجنبية:

-GUTMAN DANIEL, droit international privé, 3éme edition, dalloz,2002.

-LOUSSARN Yvon, Bourel pierr, droit international privé, 7éme edition 2011.

6-مواقع الإنترنت:

- http://www.dalloz- actualite.fr.
- http://www.legifrance.gouv.fr.
- http://www.pdffactory.com.
- http://www.hcch.com.

فهرس المحتويات

شكر وتقدير.....

الإهداء .....

مـــــقدمة ..... أ

الفصل الأول: شروط انعقاد الزواج المختلط **6**

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط.....**8**

المطلب الأول: مضمون الشروط الموضوعية..... .....**8**

الفرع الأول: الرضا.....9

الفرع الثاني: الأهلية.....9

الفرع الثالث: الولي.....10

الفرع الرابع: الصداق.....11

الفرع الخامس: الشهود.....11

الفرع السادس: إنعدام الموانع الشرعية.....12

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية.....**13**

الفرع الأول: القاعدة العامة للقانون الواجب التطبيق.....14

الفرع الثاني: الإستثناء على القاعدة العامة.....18

الفرع الثالث: الصعوبات التي يثيرها القانون واجب التطبيق.....19

الفرع الرابع: حالات استبعاد القانون الواجب التطبيق.....22

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لإنعقاد الزواج المختلط.....30

المطلب الأول: مضمون الشروط الشكلية.....30

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.....33

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج المختلط.....41

المبحث الأول: الآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط.....43

المطلب الأول: نطاق الآثار الشخصية.....43

الفرع الأول: حقوق وواجبات الزوجين.....43

الفرع الثاني: النسب الشرعي.....46

الفرع الثالث: اكتساب الجنسية.....48

الفرع الرابع: أثر الزواج المختلط على لقب المرأة وأهليتها.....50

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية.....51

الفرع الأول: قواعد التنازع المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية.....52

الفرع الثاني: قواعد التنازع المتعلقة بالنسب.....54

المبحث الثاني: الآثار المالية لعقد الزواج المختلط.....55

المطلب الأول: نطاق الآثار المالية.....56

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري من الآثار المالية.....56

الفرع الثاني: موقف النظم الغربية من الآثار المالية لعقد الزواج.....58

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية.....61

الفرع الأول: تحديد القانون المختص بحكم آثار عقد الزواج المالية.....61

الفرع الثاني: القيود التي ترد على تطبيق القانون المختص.....65

الخاتمة.....68

قائمة المراجع.....73

فـــهرس المحتويات 78

الملخص :

إن مسالة الزواج المختلط الذي يجمع بين زوجين من جنسيات مختلفة ن المسائل التي أثارت المشاكل على مستوى القضاء تدخل الفقه في محاولة إيجاد حلول لها خاصة مع وجود قوانين مختلفة في المضمون واجبة التطبيق كلها على مسالة يختلف مفهومها و أحكامها بحسب كل نظام دون أن يكون مجالا لاحتكار قانون دون آخر، من جهة أخرى قد يقوم الزواج على إقليم دولة دون أن يكون طرفاه ينتميان إليها احدهما أو كلاهما فيثور في هذه الأحوال مشكلة البحث عن القانون المختص بحكم هذه المسالة الذي قد يكون قانونا أجنبيا، فيكون على القاضي مراعاة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع لارتباط هذه المسائل بالنظام العام للدولة فيتوجب عليه استبعاده إذا اعتمدت الدولة على آليات من شانها الحد من تطبيق القانون الأجنبي المختص على إقليم دولة القاضي متى توفرت الشروط ،على انه ينبغي ألا تطغى القاعدة فيتحول الاستثناء إلى قاعدة و القاعدة إلى استثناء.

Summary :

In some cases , the jurisprudence is trying to find solutions to many proplems raised by a lot of jurisdictions , among which ,the mixed marriage , that remains the most frequent , the case in which a man and a woman from different nationalities get married .This takes place in the presence of the content of different applied laws (juridical rules) which carry different concepts and depend on the kind of regime but without being monopolized by another law .
Mean while , it be comes hard to find which law to apply when a couple or one of them holds the nationality of the country (where thy life) and this law will be foreign for one of them or both , some thing that urges the judge to take into account the social basic principles as they are linked to the regime , or depend on it . He, we mean the judge , will be obliged to exclude it (the law) if the state relies on the mechanisms targeting the elimination of the foreign competent law on the territory of the judge’s state whenever the conditions favorable to its practice aren’t imposed and so the exception becomes a law and vice versa.