جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الزواج المختلط في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبتان:
- مزروق تاسعديث
- بوسحساح زهرة

إشراف الأستاذة:
عينوش عائشة

لجنة المناقشة

الأستاذة– بشور فتيحة..... رئيسا
الأستاذة–عينوش عائشة.....مشرفا ومقررا
الأستاذة– مماش.....عضوا ممتحنا

تاريخ المناقشة

2016/05/30

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر

أولا وقبل كل شيء نشكر الله عز وجل الذي وفقنا وألهمنا القدرة على إنجاز هذا العمل.

كما نتقدم بجزيل الشكر والتقدير للأستاذة عينوش عائشة التي ساعدنا بالقدر المستطاع من أجل إنجاز هذا العمل.

وأشكر لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة، وعلى التوجيهات والملاحظات التي سوف تقدمها لنا.

وفي الأخير نتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدنا ودعمنا من قريب أو من بعيد من أجل إنجاز هذه المذكرة.

الإهداء

إلى من أنارت دربي بدعواتها وحنانها إلى أغلى البشر أمي وإلى رمز العطاء أبي الغالي.

إلى الذين كان لهم الفضل فيما وصلت إليه أختي العزيزة، وإخوتي الأعزاء.

وإل روح جدتي العزيزة أسكنها الله فسيحة جنانه.

إلى أبناء وبنات أعمامي الأعزاء.

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد من أجل إنجاز هذا العمل.

إلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم هذه الورقة.

وفي الأخير أرجو من الله تعالى أن يجعل عملنا هذا نفعا يستفيد منه الجميع.

تاسعديت

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

من قال فيهما الله عز وجل: "وبالوالدين إحسان".

أبي العزيز وأمي الغالية، أدمهما الله تاجا على رأسي وأعانني على برهما.

إلى إخوتي وأخواتي وكل أفراد عائلتي.

إلى من كان عونا لي ولم يبخل عليا بتشجيعاته ابنة أختي، وابنة عمي

إلى كل من ساعدني من بعيد أو من قريب.

زهرة"

«إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر».

(مقدمة العماد الأصفهاني، معجم الأدباء).

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق ح م: قانون الحالة المدنية.

ق ج: قانون الجنسية.

ص: الصفحة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ف: الفقرة.

ج ر: الجريدة الرسمية.

ج ج د ش: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ط: الطبعة.

مقدمة

لقد اختصرت المسافات في هذا العصر، وأصبح الانتقال مسألة في غاية السهولة والسرعة ما بين الأفراد، وأصبحت الدولة في وقتنا تضم عددا لا يستهان به من رعايا الدول الأخرى، ويرتبط هؤلاء الأجانب فيما بينهم أو فيما بنيهم وبين أبناء الدولة التي وجدوا فيها بعلاقات قانونية، ولذلك تعقدت العلاقات القانونية بين أفراد الجنس البشري، وتنوعت القواعد التي تحكمها، وأصبحت معرفة تلك القواعد ليس بالأمر السهل إذا تنوعت وتعددت النظم القانونية لدى كل مجتمع، وهذا الاختلاف بين قوانين الدول وأنظمتها يثير بدون شك نزاعا فيما بين الدول.

إذا لم تتصل العلاقة القانونية بدولة أجنبية من أي ناحية تخضع هذه العلاقة لقواعد القانون الوطني، ولكن الحال يختلف إذا اتصلت العلاقة القانونية بدولة أجنبية أو أكثر في أحد عناصرها، فيظهر التنازع في مسائل الأحوال الشخصية نتيجة تواجد الشخص الأجنبي على إقليم الدولة والاعتراف له بمجموعة من الحقوق، لاسيما منها الحقوق المدنية، كحق الاعتراف بالزواج للأجنبي مع أحد مواطني الدولة المقيم فيها وهنا نكون أمام شخصين مختلفي الجنسية.

هكذا تظهر إحدى صور الزواج المختلط الذي يعتبر من أهم مسائل الأحوال الشخصية ومن أوسع الروابط العائلية مجالا لتنازع القوانين، وهذا نظرا لاعتبارات اجتماعية دينية وخلقية ولتدخل القاضي عن طريق التكييف وتحكيمه فيما يعتبر بالزواج وما هو خارج عن إطار الزواج وأيضا نظرة المجتمع إليه، وعليه تنازع القوانين قائم منذ اللحظة التي تنشأ فيها العلاقة القانونية[1].

فتظهر الحاجة إلى وضع قواعد التنازع بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يكون إما قانونا وطنيا أو قانونا أجنبيا[1]، وفي جميع الأحوال لا يمكن للقاضي أن يطبق على عقد الزواج المختلط القانون الوطني مباشرة، بما يترتب على ذلك من ضرر يلحق بأطراف

---

[1] رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010-2011، ص ص2،1.

[1] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، السنة الجامعية، 2007-2008، ص1.

العلاقة القانونية ولدفع هذا الضرر يبدل القانون الدولي الخاص جهده في وضع قواعد قانونية فنية تحدد أصحاب الحقوق واستعمالها ونفادها، ومن هنا يبرر دور القانون الدولي الخاص في إيجاد الحلول المناسبة لأطراف العلاقة القانونية[1].

ويرجع سبب اختيارنا لموضوع البحث الذي انصب على الزواج المختلط وآثاره، فإن ذلك راجع إلى الرغبة الشخصية في دراسة هذا الموضوع، كونه يعد من المسائل التي تستحق الاهتمام بالدراسة والبحث.

باعتبار أن العالم اليوم مقسم إلى قسمين قسم غربي متقدم وقسم جنوبي متخلف وهذا ما دفع معظم الشباب الجزائري وخاصة الأدمغة إلى الهجرة إلى البلدان الغربية المتقدمة والاستقرار هناك وتكوين أسرة وهذا ما ينتج عند ارتفاع العنوسة في البلد، وأيضا كما يراه البعض أن الزواج المختلط أو الزواج بالأجنبيات الغربيات طريق أو وسيلة تصل بهم إلى ركب الحضارة الغربية، وإيجاد فرص عمل، وهذه الأسباب كلها تجعل الزواج المختلط في ارتفاع مستمر.

من الصعوبات التي واجهتنا أثناء البحث قلة المراجع في مادة القانون الدولي الخاص خاصة المراجع الجزائرية فيما يخص موضوعنا.

لقد اعتمدنا لإنجاز هذا البحث على مجموعة من المناهج التي تتطلبها طبيعة الموضوع، بحيث اعتمدنا على المنهج الوصفي وذلك بعرضنا لمختلف جزيئات الموضوع وتحليلها من خلال لغة بسيطة وسهلة، ثم المنهج التحليلي وذلك بتحليلنا لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بقانون الأسرة، والقانون المدني، وقانون الجنسية...، وغيرها من القوانين، والمنهج المقارن باعتبارنا أشرنا إلى القوانين العربية والقوانين الغربية.

[1] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص4.

ولأجل تبيان أهمية هذا الموضوع ارتأينا طرح الإشكالية التالية: **ما هو القانون الذي يحكم الرابطة الزوجية المشتملة على العنصر الأجنبي أثناء قيامها وأثناء انحلالها؟**

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية معالجة الموضوع في فصلين أساسيين:

الفصل الأول تعرضنا من خلاله لإبرام عقد الزواج المختلط وآثاره وبدوره قسمناه إلى مبحثين، بحيث عالجنا مفهوم الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم إبرامه وذلك بتبيان تعريف الزواج المختلط وحالات اختلاف الزواج المختلط في (المبحث الأول) ثم تطرقنا لنطاق آثار عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم آثاره في (المبحث الثاني).

أما في الفصل الثاني تعرضنا فيه لانحلال عقد الزواج المختلط وآثاره، وبدوره قسمناه إلى مبحثين فتطرقنا إلى انحلال عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم انحلاله في (المبحث الأول)، ثم تناولنا قواعد التنازع التي تحكم آثار انحلال عقد الزواج المختلط في (المبحث الثاني).

وفي الأخير نختم دراستنا بخاتمة نبين من خلالها النتائج والملاحظات التي توصلنا إليها من خلال بحثنا في هذا الموضوع.

الفصل الأول

إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره

يعتبر الزواج من أفسح المجالات في العلاقات القانونية، سواء كانت على مستوى الداخلي أو على الصعيد العلاقات الدولية الخاصة، التي تتعدد فيها المسائل القانونية، ويثور بصددها تنازع القوانين، ومن ثم يثور صعوبة تحديد القانون الذي يحكمها باعتبار أن الزواج هو المجال الخصب لتنازع القوانين[1]، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين سنتناول مفهوم الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم إبرام عقد الزواج المختلط (المبحث الأول) ثم تحديد نطاق آثار عقد الزوج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم آثار عقد الزواج المختلط (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم إبرامه

يقتضي ضرورة البحث التطرق أولا إلى معنى الزواج المختلط من الجانب الاجتماعي بصورة عامة، والجانب القانوني بصورة خاصة حتى نتمكن من تحديد الضابط الذي يبنى على أساسه معنى الاختلاط[2]، وبعدها سنتطرق إلى القانون الذي يسري على انعقاد الزواج المختلط وعليه سنخصص هذا المبحث لدراسة مفهوم الزواج المختلط (المطلب الأول) ثم نتناول قواعد التنازع التي تحكم إبرام عقد الزواج المختلط (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الزواج المختلط

يعد الزواج المختلط من أهم المواضيع التي يدرسها القانون لذلك حاول معظم الفقهاء إعطاء تعريفات مختلفة له وهذا ما سنتناوله في (الفرع الأول) لنحدد بعدها حالات اختلاف الزواج المختلط في (الفرع الثاني).

---

[1] درية أمين، المرجع السابق، ص7.

[2] زلاسي يشرى، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2000-2001، ص6.

الفرع الأول

تعريف الزواج المختلط

وردت تعاريف مختلفة للزواج المختلط من طرف رجال القانون ومختصين في علم الاجتماع، فعرفه أحدهم بأنه: "الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة".

وهناك من عرفه أيضا أنه: "أن الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين الزوجين مختلفي الجنسية يسمى بالزواج المختلط"[1].

ويعرفه آخر: "أنه كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية" ومثال ذلك زواج جزائري مسلم بألمانيا مسيحية أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم[2].

إذا ما تمعنا قليلا في التعريفين الآخرين للزواج المختلط نلاحظ من الناحية القانونية أنها يشتركان في نظرتهما للزواج المختلط على أنه يقوم على الاختلاف في الجنسية فقط[3] ولكن السؤال المطروح في هذا الصدد هل زواج الجزائري المسلم بجزائرية مسيحية، لا يعتبر زواجا مختلط لا تحاد جنسية الزوجية[4]؟

ففي رأينا الشخصي إن التعريف الأول للزواج المختلط هو التعريف الملائم والأنسب وذلك كونه يحتوي على جميع أنواع مظاهر الاختلاف في الزواج المختلط كالاختلاف في الثقافة بين الزوجين، الاختلاف في الديانة، والاختلاف ف الجنسية فلم يحصر الاختلاف من جانب الجنسية فقط كما جاء في التعريفين الأخريين للزواج المختلط.

---

[1] زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص6.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص284.

[3] زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص7.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص274.

الفرع الثاني

حالات اختلاف الزواج المختلط

برجوعنا قليلا إلى الناحية التاريخية نجد بأن ضابط الدين (أولا) قد قام خلال فترة طويلة مقام ضابط الجنسية (ثانيا).

أولا: ضابط الدين

لقد كان ضابط الدين في الشريعة الإسلامية هو الضابط الذي يحدد به انتماء الشخص، بحيث كان في المجتمع الإسلامي القديم إلى جانب المسلمين طوائف مسيحية ويهودية[1]، وكان هناك مبدأ أساسي سائد في الدولة الإسلامية هو التفريق بين المسلمين والغير المسلمين، ولكن يبقى المجال مفتوح لمن يرغب بالانتماء إلى الأمة الإسلامية وذلك باعتناقه للإسلام، وبالتالي يكسب الجنسية بمعنى أن الديانة هي التي تحدد الصفة الوطنية للشخص، فلا جنسية للمسلمين إلا بدينهم، أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق في قضايا غير المسلمين هو تطبيق الشريعة الإسلامية، وهذا في مجال المعاملات المالية، أما ما يتعلق بأحوالهم الشخصية فينفردون بقانون الشخص المستمد من ديانتهم[2].

ثانيا: ضابط الجنسية

مع ظهور التطور الفقهي القانوني وخاصة في مجال القانون الدولي الخاص عملت التشريعات الحديثة على جعل عنصر الجنسية ضابطا إسناديا في مسألة تنازع القوانين في حالة الزواج المختلط وذلك باعتبار الجنسية الوسيلة الوحيدة التي تربط بين الفرد والدولة[3].

باعتبار القانون الجزائري من القوانين الحديثة فهو لم يعمل بضابط الجنسية إلا بعد استقلال الجزائر من الاستعمار الفرنسي بحيث كانت من قبل تعتمد على ضابط الدين ولكن

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص13.

[2] زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص ص7-8.

[3] المرجع نفسه، ص9.

نتيجة تأثرها بالتشريعات الفرنسية دفع بها إلى جعل الجنسية الضابط السياسي لتطبيق القانون الوطني في عقد الزواج المختلط خاصة إذا كان أحد أطرافه جزائريا وتم انعقاده في الخارج[1].

تعرف الجنسية لدى بعض الفقهاء بأنها المعيار الأساسي في تحديد ركن الشعب في الدولة للتفريق بين الوطني والأجنبي، فهي تعتبر بهذا التعريف رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها الفرد وتصبغ عليها صفة الوطني فمن ينسب لدولة من الدول يسمى وطني ومن لا ينتسب إليها يسمى أجنبي[2].

إلا أن هذا التعريف للجنسية لم تستقر عليها التشريعات العالمية، فقد اختلف فيه الفقهاء، فمنهم من يرى أنها رابطة سياسية قانونية، فهي رابطة سياسية لأنها تربط الفرد بوحدة سياسية هي الدولة، ولأنها أساسها سيطرة الدولة وسيادتها في تحديد ركن من أركانها وهو الشعب، وهي رابطة قانونية من ناحية أخرى لأنه يترتب على هذه الرابطة حقوق وواجبات متبادلة بين الفرد والدولة[3].

المطلب الثاني

قواعد التنازع التي تحكم إبرام عقد الزواج المختلط

نتناول في هذا المطلب القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج (الخطبة) (الفرع الأول) وإلى القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج (الفرع الثاني) والقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لهذا العقد (الفرع الثالث)، في الأخير سنتطرق إلى دور النظام العام في تطبيق القانون أثناء الزواج (الفرع الرابع).

---

[1] زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص9.

[2] بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص29.

[3] المرجع نفسه، ص30.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج

الخطبة إجراء تمهيدي، فهي أول خطوة يقوم بها المخطوبين[1]، وتتمثل في إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة فكون الخطبة عبارة عن شروع أو عقد بالزواج[2]، كما نص على ذلك المشرع الجزائري فإنها يترتب عليها أي حكم من أحكام الزواج ولا يرتقي إلى مرتبته فلا تعد عقدا ملزما كما هو الشأن بالنسبة لعقد الزواج[3].

فقد حدد المشرع الجزائري تعريف الخطبة في المادة 5 من ق أ ج على أن: "**الخطبة وعد بالزواج.**

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

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

لا يسترد الخاطب من الخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من الخطوبة، فعليها أن ترد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"[4].

لم يحدد المشرع الجزائري قاعدة تنازع القوانين المتعلقة بالخطبة إذا كان أحد الخاطبين لا يحمل جنسية الآخر، فتطرح مسألة أي قانون يطبق هل هو قانون المخطوبة أم قانون الخاطب؟

---

(1) معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص12.

(2) الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص19-20.

(3) زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة، الجزء السادس، ط1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، 1993، ص74.

(4) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتتم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج ر رقم 15.

وفقا لما جاء في المادة 5 من ق أ، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي تمت فيه الخطبة، ويبدوا ذلك من خلال الحل الناتج عن العدول عن الخطبة.

لذلك فإن تمت الخطبة بالجزائر، فإن الأحكام الواردة في المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تطبق حتى إذا كان الخاطب أو المخطوبة أجنبيان، حيث إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

يتم تحديد التعويض وفقا للقانون الجزائري وهو قانون البلد الذي حدث فيه الفعل الضار[1]، مثل ما هو منصوص عليه في المادة 20 من ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.**

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه[2].

أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها تخضع كل هذه التصرفات للقانون الجزائري حتى إذا كان الخاطب والمخطوبة غير جزائري[3].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

سنتطرق في هذا الفرع إلى معنى الشروط الموضوعية (أولا) والقانون الواجب التطبيق عليها (ثانيا).

---

[1] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص ص211-212.

[2] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78، الصادرة في 1975/03/30، معدل ومتمم.

[3] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص212.

أولا: تعريف الشروط الموضوعية

تعرف الشروط الموضوعية بأنها الشروط الأساسية لقيام الرابطة الزوجية وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب عن هذه العلاقة البطلان[1]، كما يقصد بها أيضا تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة انعدامها، إذن فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج[2].

لقد جاءت هذه الشروط في المادتين 9 و9 مكرر من ق أ ج وهي رضا الزوجيين، الشاهدان، الصداق، أهلية الزواج، انعدام الموانع الشرعية للزواج بالإضافة إلى المواد 25، 26، 27 من نفس القانون، يجب أن تتوفر هذه الشروط لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية[3].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

1- اختصاص القانون الوطني

نظم المشرع الجزائري ضابط الإسناد الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وذلك في المادة 11 من ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين**" وبذلك يكون المشرع قد أخضعها لقانون جنسية الزوجين، فإذا كان الزوجين من جنسية واحدة يطبق على زواجهما قانون جنسيتهما الوطني[4].

---

[1] درية أمين، (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة)، دفاتر السياسية والقانون، العدد الرابع، 2011، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، 2011، ص239.

[2] المرجع نفسه، ص239.

[3] درية أمين، قواعد التنازع المتعلق بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007-2009، ص15.

[4] شريقي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الجزائري، تنازع القوانين الجنسية، ط1، بلقيس للنشر، الجزائر، ص59.

تأكد هذا الاتجاه في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه: "**الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد، شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج**"[1].

ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المادة هو عدم نصه على القانون الذي سيطبق على الأجنبي الذي يريد الزواج سواء داخل الجزائر أو خارجها، بالتالي فقد منح المشرع الجزائري لهذه المادة طابع أحادي، عندما اكتفى بتبيان القانون الذي سيطبق على الطرف الجزائري الذي يبرم الزواج في بلد أجنبي، كما أن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة زواج الجزائريات مع أجانب في دولة أجنبية[2].

2- نطاق إعمال القانون الوطني

بالرجوع إلى المادة 11 من ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين**"، إذ نلاحظ هنا أن المشرع الجزائري وضع قاعدة تنازع مزدوجة حيث أخضع الجزائريين لقانون جنسيتهم فيما يتعلق بتطبيق الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج والأجانب يخضعون بدورهم لقانون جنسيتهم[3].

لكن هناك استثناء هام خرج عن القاعدة التي حددتها المادة 11 ق م ج وهو في حالة إذا تزوج جزائري بفرنسية مثلا، وثار نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري في هذه الحالة تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده[4]، وذلك طبقا لما ورد في نص المادة 13 من ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري القانون**

---

[1] أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970.

[2] بومراو سفيان، "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقدة يومي (23 و24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص97.

[3] زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص70.

[4] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص18.

الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

فطبقا لهذا النص فقد أقر المشرع الجزائري اختصاص القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج، فالقانون الجزائري هو الذي يختص بحكم الشروط الموضوعية للزواج متى وجد طرف جزائري في عقد الزواج[1].

وتقرير هذا الحكم الاستثنائي في القانون الجزائري وغيره من القوانين، لمواجهة حالات خاصة يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس[2]، مثال الحالة الأولى زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها من غير من ينتمي إلى طائفتها (القانون اليوناني، القانون الإسرائيلي) مثل عن الحالة الثانية عدم صحة زواج جزائرية مسلمة من غير مسلم[3].

ومع ذلك تستثني المادة 13 ق م ج السالفة الذكر المسألة المتعلقة بأهلية الزواج التي تبقى من اختصاص القانون الوطني[4]، ويسري هذا الاستثناء متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام عقد الزواج ولو غير الزوج أو الزوجية جنسيتهما فيما بعد، وفي المقابل لا يسري هذا الاستثناء إذا كان الزوجان أجنبيين عند إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو هما معا بالجنسية الجزائري.

وما تجدر إليه الإشارة أن إسناد الشروط الموضوعية لعقد للزواج للقانون الوطني وحده طبقا للمادة 13 ق م ج على أساس أنه اختصاص تحكمي وحيد الطرف، هدفه توسيع دائرة النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص أو توسيع دائرة تطبيق القانون الوطني في حالة استثنائية، وإن كان هذا الموقف ليس خاصا بالقانون الجزائري وحده بل أخذت به

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقاربة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ط2، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2008، ص152.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، ط1، 2010، ص19.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص152.

[4] إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص295.

تشريعات أخرى كثيرة ومع ذلك فلا يوجد ما يمنع إملائه ما دامت قواعد التنازع تهدف إلى حماية المصالح الوطنية بالدرجة الأولى وذات طابع وطني، فلا يهم ما يقضي به القانون الأجنبي بل المهم هو أن يكون هذا الزواج طبقا للقانون الجزائري صحيحا أو باطلا بحسب الحالات[1]، وطبقا لنص المادة 13 ق م ج السالف الذكر.

3- كيفية تطبيق القانون الوطني من طرف القاضي

يجب التنويه إلى مسألة مهمة وهي إعمال القانون الوطني بالنسبة للمتعاقدين يكون وقت انعقاد الزواج وليس وقت إثارة النزاع[2]، وهذا أمر سهل في حالة ما إذا كان الزوجين يحملان نفس الجنسية فلا توجد أي صعوبة إذ نطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهما المشتركة، لكن العراقيل تظهر عندما تختلف جنسيتهما ونجد القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط غير الشروط التي ينص عليها الآخر، فالسؤال المطروح في هذه الحالة كيف سيطبق القاضي قانون جنسيتهما؟

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى اتجاهين، اتجاه ينادي بالتطبيق الجامع (أ)، واتجاه ينادي بالتطبيق الموزع (ب)، ثم نحاول معرفة موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة (ج).

أ- **الاتجاه الأول:** نادى أصحاب هذا الاتجاه بمبدأ التطبيق الجامع بمعنى أنه يجب أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها القانون معا، فيسري على الزواج الشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوجة وأن تتوفر في الزوجة نفس القاعدة[3].

كانت حجة أصحاب هذا الرأي أن تطبيق كل من القانونيين على الطرف الآخر هدفه حماية الرابطة الزوجية، فلا يكون لأحد القانونيين امتياز على القانون الآخر، إلا أن هذا الرأي قد تم هجره لأن نتيجته هو تطبيق القانون الأشد وهذا يؤدي إلى تضـــييق من نســـبة

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص152.

[2] بومراو سفيان، المرجع السابق، ص99.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص231.

انعقاد الزواج المختلط[1].

ب-**الاتجاه الثاني:** نادى بالتطبيق الموزع وفي رأيهم لكي يكون عقد الزواج المختلط صحيحا يجب تطبيق الشروط الموضوعية المطلوبة على كل فرد في قانونه، وهذا الرأي السائد فقها وقضاءا، كحماية لمواطني الدولة إلى جانب التقليل من فرص بطلان الزواج المختلط[2].

ت-**موقف المشرع الجزائري:** نجد المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع في تطبيقه للشروط الموضوعية في عقد الزواج، وهذا ما أكده في نص المادة 11 ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين**".

وهذا ما يظهر من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة، فاستعمال المشرع لعبارة "**لكل من الزوجين**" دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الذي ينادي بالتطبيق الموزع فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمال "لكلا من الزوجين" ولكن يستثنى نص هذه المادة كل ما يتعلق بالموانع التي تطبق بشأنها التطبيق الجامع[3].

4- الصعوبات التي تعترض القاضي أثناء تطبيق قانون الجنسية

ربط المشرع الجزائري الأحوال الشخصية بقانون الجنسية غير أن تطبيق هذا القانون قد تعترضه صعوبات في بعض الأحيان، مما يجعل من الضروري التعرض لدراستها وبيان الحلول المقترحة لتذليلها، ومن هذه الصعوبات نجد:

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص231.

[2] زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص69.

[3] دربة أمين، (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقانون المقارن)، المرجع السابق، ص240.

أ- حالات تعدد الجنسيات

في هذه الحالة يكون القاضي أمام فرضين:

1- **الفرض الأول:** في حالة تعدد الجنسيات وكانت من بينها جنسية دولة القاضي أي إذا وجد القاضي أن أحد الزوجين متعدد الجنسيات، ومن بين جنسياته جنسية دولة القاضي فإنه يطبق قانون جنسية القاضي[1]، وهذا ما أيده المشرع الجزائري ووضحه في نص المادة 22 ف 2 ق م ج التي تنص على أنه: "**غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول**".

2- **الفرض الثاني:** وهي حالة تعدد الجنسيات لدى الشخص، وليس من بينهما جنسية دولة القاضي أي جنسيات أجنبية عن القاضي ففي هذه الحالة أوجب المشرع الجزائري على القاضي تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، ويظهر هذا الارتباط بها من ظروف الحال كالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية، أو أنه التحق بإحدى الوظائف العامة فيها، أو رشح نفسه فيها لإحدى الهيئات النيابية[2]، وهذا ما تبناه المشرع وذلك من خلال نص المادة 2 ف1 ق م ج التي تنص على أنه: "**في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية**".

ب- انعدام الجنسية

أما بالنسبة إلى شخص عديم الجنسية فالقاضي الجزائري يطبق قانون الموطن، فإن لم يكن له موطن فيطبق القاضي عليه قانون محل إقامته[3]، وذلك طبقا لنص المادة 22 الفقرة الأخيرة ق م ج التي تنص على أنه: "**وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة**".

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص207.

[2] المرجع نفسه، ص206.

[3] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص62.

ج- حالة تعدد الشرائع إقليميا أو طائفيا

تكون أمام تعدد إقليمي عندما يكون لكل ولاية أو مقاطعة قانون ينظم الأحوال الشخصية (كالولايات المتحدة الأمريكية، أو سويسرا) ونكون أمام تعدد طائفي عندما يسري على كل طائفة قانون خاص بأحوالها الشخصية وذلك يكون مستمدا من ديانتها وهذه الحالة نجدها في أغلب الدول العربية الشرقية (العراق، سوريا، لبنان...) فماذا يكون الحكم عند القاضي حينئذ؟[1].

قد نص المشرع الجزائري في نص المادة 23 ق م ج في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: "**متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون معينة تعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه**" أي أنه في حالة التعدد الإقليمي أو الطائفي فالقانون الداخلي لتلك الدولة، هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه[2].

يعالج النص ما يسمى بالإحالة الداخلية أو التفويض، وبموجبه يتكفل القانون الأجنبي المختص بتوزيع الاختصاص التشريعي داخليا، وتعيين شريعة الإقليم الواجبة التطبيق أو الشريعة الطائفية التي ينتمي إليها الشخص، ولا إشكال إذا وجد في القانون الأجنبي المختص حل لهذه المسألة، سواء كان البلد الذي يجب تطبيق قانون تعدد إقليمي أو طائفي فقواعد التنازع لتلك الدول هي التي تحدد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة[3].

بينما في حالة عدم النص على ذلك بين المشرع الجزائري للقاضي القانون الواجب التطبيق في الفقرة 2 من المادة 23 المعدلة والمتممة من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: "**إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد، في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي**".

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص62.

[2] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص23.

[3] المرجع نفسه، ص24.

فرضا إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لزواج مصريين، فإن القانون المصري هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق نظرا لوجود تعدد طائفي في مصر، أما إذا لم يوجد نص بشأن ذلك طبق القاضي الجزائري التشريع الغالب في مصر، كذلك لو تعلق الأمر بزواج أمريكيين، ولم ينص القانون الأمريكي على القانون الواجب التطبيق، يطبق القاضي الجزائري القانون المطبق في عاصمة أمريكا[1].

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

سنتطرق في هذا الفرع إلى الشروط الشكلية (أولا) ثم إلى القانون الواجب التطبيق عليها (ثانيا).

أولا: تعريف الشروط الشكلية

تعرف الشروط الشكلية بأنها الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة وإظهارها في صورة مادية محسوسة فهي تتعلق بالمظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج حتى يصبح معلوم به لدى الغير[2]، فهي مجموعة من المسائل المتعلقة بإجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية[3].

تجدر الإشارة إلى أن الزواج في الشريعة الإسلامية هو عقد يتم دون شكليات ويكون صحيحا متى توفرت أركانه الشرعية، غير أنه يستوجب الإعلان والإشهار[4].

---

[1] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص24.

[2] هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص48.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص264.

[4] بزاف إبراهيم، القواعد الخاصة بعقود الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر01، ص68.

أما عقد الزواج في القانون الجزائري فهو عقد مدني، يعتبر من العقود الشكلية حتى وإنه أضفى عليه الطابع الديني مثلا الزواج العرفي (أو غير مسجل) يعتبر زواجا صحيحا متى توفرت أركانه، وشروطه إلا أنه لا يرتب آثاره القانونية إلا من يوم التسجيل[1].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

إن المشرع الجزائري أخضع الشروط الشكلية لضوابط إسناد وهي ضابط محل إبرام عقد الزواج (1) وكذلك أخضعها لضابط الجنسية المشتركة (2).

1- ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية

فقد أخضع المشرع الجزائري الزواج باعتباره تصرفا قانونيا من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية، بحيث تقضي بخضوع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن يخضع شكل الزواج أيضا للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين[2].

وقد أسند المشرع الجزائر الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد، ونص على ذلك في المادة 19 ق م ج المعدلة والمتممة، باعتبارها تتناول كافة الأعمال التي تتم بين الأحياء، والتي أجازت تطبيق أربع قوانين على الشكل التالي:

- إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل إبرام العقد.
- إخضاع الشروط الشكلية للقانون الوطني المشترك للزوجين، وهو قانون جنسيتهما إن اتحدت الجنسية.
- إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

وقد وقع جدال فقهي حول هذه المادة، بحيث يرى البعض بأنها لا تدخل ضمن مجال الزواج إنما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى جانب آخر أن المادة 19 ق م

---

[1] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، 1986، ص157.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص153.

ج تنطبق على الزواج باعتباره عقدا مثل سائر العقود، ولهذا في حالة عدم وجود نص خاص، يرجع إلى تطبيق القاعدة العامة، أي تطبيق المادة 19 ق م ج وحسب رأي الفقهاء أن المادة 19 ق م ج تتعلق بالعقود باستثناء عقد الزواج، ومع هذا الجدل، وبوجود نصوص خاصة في قانون الحالة المدنية الجزائري واستنادا على وجه الخصوص لنصوص المواد 95، 969، 97 يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط محل الإبرام (المادة 95 والمادة 97 فـ1 من قانون الحالة المدنية) (أ) وبضابط الجنسية المشتركة سواء الجنسية المشتركة بين الزوجين في المادة 96 من ق ح م، أو الجنسية المشتركة بين أحد الزوجين والقنصل في المادة 97 فـ2 ق ح م (ب)[1].

أ- ضابط محل إبرام عقد الزواج

جسد المشرع الجزائري قاعدة محل الإبرام وذلك في المواد 71، 95، 97 من قانون الحالة المدنية، فنصت المادة 95 ق ح م المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب، يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا لمكان الإبرام، وذلك وفقا لنص المادة 97 ق ح م التي تنص على أنه: "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".

كما يعتبر عقد الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا، إذا أبرم وفقا للشروط المتبعة والمطبقة في بلد العقد على عدم مخالفة الزوج الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لانعقاد الزواج[2].

الملاحظ أن المشرع الجزائري لا يتناول في هذا النص زواج جزائرية بأجنبي، ما يدفعنا إلى القول أن هذا الزواج لا يجوز عقده في الشكل المحلي، ويرجع السبب في ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايلا على القانون الجزائري

---

[1] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص27-28.

[2] سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط3، دار هومة للطباعة، الجزائر، ص259.

الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، غير أن هذا التخوف ليس في محله، ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية يعتبر الضمان الكافي لعدم استطاعة عقد الزواج مع غير مسلم[1].

أما فيما يخص زواج الأجانب في الجزائر، فلهم حرية لاختيار بحيث يحق للأجانب أن يبرموا عقود زواجهم في الجزائر وفقا للشكل الجزائري أي الشكل المحلي، وعقده وفق قانون جنسيتهم المشتركة[2].

في حالة إذا تم الزواج بين مختلفي الجنسية، فإن الشكل المحلي يصبح إلزاميا بالنسبة لهم، ومتى تم زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي، فإنه على الزوجين احترام الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 71 ق ح م "**يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج**".

وهذا أيضا ما نصت عليها المادة 19 من ق م ج التي تخضع أشكال العقود بين الأحياء إلى الإشكال الواجبة لإتباع في البلد الذي أبرمت فيه.

ب-ضابط الجنسية المشتركة

قد يخضع الزواج من حيث الشكل القانوني للجنسية المشتركة في حال اتحاد الزوجين في الجنسية، سواء تعلق الأمر بالدول التي اعتبرت خضوع الشكل لقانون محل إبرامه اختيارية، أو الدول التي اعتبرت خضوع الزواج للشكل القانوني المحلي إلزامية وذلك لأن أغلبية الدول تسمح لرعاياهم بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الديبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها[4]، وأجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص243.

[2] هشام خالد، المرجع السابق، ص47.

[3] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص31-32.

[4] المرجع نفسه، ص32.

المستقبليان من دولة القنصل[1]، كما نصت عليه القوانين الداخلية لاسيما المادة 96 ق ح م التي تنص على: "**إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الديبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية**".

ونصت المادة 97 ق ح م ج على الزواج المختلط "**على أن يجري مثلا ذلك بالنسبة للزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الديبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا يتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم**".

ومن خلال تحليل هذه المواد 97 ق ح م ج نجد أنها من جهة عالجت الحالة التي يكون فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية، ومن جهة أخرى وحتى في مثل هذه الحالة التي تكون فيها الزوجة أجنبية، فإنها فرقت بين وضعيتين:

الوضعية الأولى: إذا كانت الزوجة الأجنبية تحمل جنسية البلد المضيف فهنا لا إشكال، ففي هذا الوضع ما على الممثل الديبلوماسي أو القنصلي إلا إبرام هذا النوع من الزواج باعتبار الزوجة حاملة الجنسية البلد المضيف[2].

الوضعية الثانية: إذا لم تكن الزوجة الأجنبية لا تحمل جنسية بلد إبرام العقد أو البلد المضيف فإن هذا الزواج لا يتم إلا في البلد الذي سيحدد بموجب مرسوم، ومع الأسف فقد مضى زمن طويل دون صدور هذا المرسوم وهذا يدل على انعدام التنسيق بين المصالح المعنية في كل من وزارة الخارجية ووزارة العدل ورئاسة الحكومة[3].

---

[1] الأمر 74-75 المؤرخ في يوليو 1974، يتضمن المصادقة على اتفاقية القنصلية بني "حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الجمهورية الفرنسية"، موقع بباريس 24-05-1974، ج ر عدد 62، الصادرة في 2 أوت 1974.

[2] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص32-33.

[3] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومة، الجزائر، 2013، ص169.

الفرع الرابع

دور فكرة النظام العام في تطبيق القانون أثناء الزواج

ما يجب الإشارة إليه هي مسألة مهمة وهي إعمال فكرة النظام العام في الجزائر فهذه المسألة تقيد القاضي عند تطبيق القانون[1]، وذلك باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مصدره الشريعة الإسلامية[2]، وبالإضافة إلى ذلك أن النظام الاجتماعي والخلقي في الجزائر لا يزال قائم على أسس دينية، لذلك على القاضي أن يحاول دون الأخذ بالشروط الواردة في القانون الأجنبي والتي تنطوي على المساس بحقوق المسلم.

لذلك فإنه ينبغي على القاضي باسم النظام العام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم، وكذلك ينبغي استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع تعدد الزوجات إذا كان الزوج قد دخل في الإسلام[3]، وذلك باعتبار أن الإسلام أباح الزواج بأكثر من زوجة واحدة[4].

المبحث الثاني

نطاق آثار عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم هذه الآثار

متى استوفى عقد الزواج جميع أركانه وشروط انعقاده وصحته كان نافذا، أي اعتبر الزواج صحيحا وعلى هذا يترتب عليه آثار لذلك سنقوم بتحديد نطاق أثار عقد الزواج (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى القانون الواجب التطبيق عليها في (المطلب الثاني).

---

(1) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص237.

(2) شريقي نسرين، بوقرورة كمال، قانون الأسرة، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص52.

(3) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص237.

(4) بقدورة محمد، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري المعدل 2005 دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر، 2010،2011، ص ج.

المطلب الأول

تحديد نطاق آثار عقد الزواج المختلط

يتحدد نطاق آثار عقد الزواج المختلط من ناحيتين أولهما نطاق الآثار الشخصية (الفرع الأول)، وثانيهما نطاق الآثار المالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق الآثار الشخصية

تتمثل هذه الآثار في مجموعة من الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق الزوجين، والتي قد تكون ذات صبغة شخصية بحتة، ومثال ما قررته الشرعة الإسلامية من حق الزوجة على زوجها في العدل وحسن المعاشرة والإخلاص وثبوت النسب، وآثار شخصية ذات الطابع مالي كحق الزوجة في المهر، وحقها في النفقة الزوجية[1]، ونص قانون الأسرة الجزائري عن حقوق وواجبات الزوجين في الفصل الرابع منه، حيث جاء في نص المادة 36 ق أ ج على أنه: «**يجب على الزوجين:**

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

[1] دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص24.

وفي المقابل هناك مسائل أخرى تعرف مزاحمة لقوانين أخرى وهذا يطرح صعوبة في تكييفها كأثر الزواج على حالة المرأة وأهليتها[1] وعلى جنسيتها[2].

الفرع الثاني

نطاق الآثار المالية

سنتناول في هذا الفرع الذمة المالية المستقلة(أ) والأموال المشتركة بين الزوجين(ب).

أ- الذمة المالية المستقلة.

في الواقع أن الشرعة الإسلامية ليس لها نظاما ماليا معقدا فالعلاقة المالية بين الزوج والزوجة مبنية على مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين وهذا مطبق في معظم التشريعات العربية، فالمرأة في الشريعة الإسلامية تتمتع بأهلية شرعية وقانونية كاملة وباحترام إرادتها وباستقلال ذمتها المالية[3].

لذلك فإن للزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها الخاص، فلها أن تدخره أو أن تتصدق به أو بجزء منه، ولها أن توصي له أو تهبه إلى الغير والدليل على استقلالية الذمة المالية بين الزوجين[4]، نجد قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[5]، وهذا ما جاء به أيضا المشرع الجزائري في قانون الأسرة في نص المادة37 ف 1 المعدلة التي تنص على : «**لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأخر**».

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص251.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص40.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص320.

[4] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الألوى، دار الخلدونية الجزائر، 2008، ص ص161-162.

[5] سورة النساء، الآية 34.

ب- الأموال المشتركة بين الزوجين.

إن فكرة الاشتراك في الأموال الزوجية المكتسبة سويا بدأت تتسلل ببطء إلى مختلف التشريعات العربية وذلك نظرا لتطور العلاقات المالية داخل المجتمعات نتيجة ظروف سياسية واجتماعية، وثقافية واقتصادية طرأ على الساحة العامة للبلدان العربية منها ارتفاع نسبة التعليم والوعي والعمل ما بين الإناث، وتجرأ المرأة على اقتحام المجالات التعليم والعلم وأصبحت تصرف على بيتها وأولادها، لمواجهة متطلبات الحياة اليومية، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري لمنح للزوجين بالتسيير الأموال المشتركة بينهما وذلك بإفراغ هذا الاتفاق في قالب شكلي قانوني يتمثل في وثيقة تتضمن شروط الاتفاق المبرم وذلك بينهما، وهذا الاتفاق يكون أثناء عقد الزواج، أو يأتي لاحقا من غير تحديد الأجل[1]، وهذا ما تضمنته نص المادة 37 ف2 التي تنص على أنه: «**غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي يؤول إلى كل واحد منهما**».

المطلب الثاني

قواعد التنازع التي تحكم آثار عقد الزواج المختلط

سنحاول تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية (الفرع الثاني) وأيضا القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية

يختلف القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية حسب اختلاف هذه الآثار لذلك سنتعرض لقواعد التنازع التي تحكم الحقوق والواجبات الزوجية (أولا)، ثم سنتعرض لقواعد التنازع التي تحكم النسب (ثانيا) ثم قواعد التنازع التي تحكم النفقة الزوجية في حالة عدم

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص332-333.

ظهور نزاع ما بين الزوجين (ثالثا) وفي الأخير سوف نتعرض لحالة المدنية للمرأة المتزوجة (رابع).

أولا: الحقوق والواجبات الزوجية

طبقا للقاعدة العامة التي أخذ بها المشرع الجزائري في إخضاع الحقوق والواجبات ما بين الزوجين لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، ولعل تفضيل قانون جنسية الزوج مرده هو مركزه في الأسرة، لكون ربّ الأسرة والمكلف بجميع أمورها وشؤونها[1]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 12 ق م ج: «**يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يبرمها عقد الزواج**»

إن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الحقوق والواجبات الزوجية، قد يثير صعوبات[2]، فإنه إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج، أو إذا غير الزوجان جنسيتهما، فإن القانون الواجب التطبيق يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، لذا قد يبدو من المستعصي أن يطبق القاضي الجزائري قانونا على أجانب، مع أن القانون لم يعد ساري المفعول في بلدهم[3].

لذلك من الملاحظ ان القاعدة العامة قد تثير صعوبات ومشاكل وهي تجميد القانون الوطني للزوج وقت انعقاد الزواج، ويؤدي ذلك إلى حلول قد لا تكون مجدية، فهل من المعقول في عقد زواج مبرم ما بين جزائري ومصرية مثلا، ويغير بعد انعقاد الزواج كلا من الزوجين جنسيتهما فيصبحا فرنسيين، أن يسري على الآثار الشخصية لزواجهما القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج؟[4].

لتفادي هذه الصعوبات يميل الفقه والقضاء الفرنسي إلى تطبيق القانون الجديد في هذا الصدد ما دام تغيير الجنسية لم يكن بقصد الغش فلا يعقل أن يبقى قانون الجنسية السابق

---

[1] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص43.

[2] المرجع نفسه، ص43.

[3] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص229.

[4] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص44.

يسري على أثار الزواج المستقبلية فمثلا اكتساب الجنسية الجزائرية ينطوي على التمتع بكافة الحقوق المقررة طبقا للقانون الجزائري النافذ[1].

وهناك استثناء وارد عن القاعدة العامة السابقة الذكر بحيث يقضي هذا الاستثناء بتطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج ففي هذه الحالة فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه على الآثار الشخصية للزواج[2]، وطبقا لنص المادة 13 ق م ج التي تنص على أنه: «**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج**».

ثانيا: النسب

يقصد بالنسب انتساب الولد لأبويه، لذلك فقد تكون البنوة شرعية (1) أو طبيعية (2).

1- البنوة الشرعية

يقصد بالبنوة الشرعية انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج الشرعي الصحيح، فهي رابطة تتصل بالابن من جهة، وبالوالدين من جهة أخرى وبالأسرة عموما[3].

2- البنوة الطبيعية

يقصد بالبنوة الطبيعية انتساب الولد إلى أبوين لا تقوم بينهما علاقة شرعية[4]، إن المشرع الجزائري في أول الأمر التزم الصمت إزاء مسألة النسب إلا أنه حسم الأمر بنص صريح وذلك في نص المادة 13 مكرر من القانون المدني التي تقتضي بما يلي: «**يسري**

---

[1] رزوتي طيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص161.

[2] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص44.

[3] المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط3، دار الثقافة، عمان، 2011، ص164.

[4] المرجع نفسه، ص147.

على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل الميلاد يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة»

ومتى ظهر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب إسنادا للمادة 13 مكرر، فإن المواد 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم المسألة، غير أن الصعوبة بالنسبة للنسب الشرعي في الزواج المختلط تثور في تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حالة ضد أبويه، بحيث يثور التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتداد بجنسيته في هذا الصدد فإنه قد يتنازع قانونين فأكثر، فقانون الولد وقانون أبويه[1]، ويمكن تصور ذلك في التشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها في المادة 07 ف1 ق ج التي تنص على أنه: «**يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:**

- **الولد المولد في الجزائر من أبوين مجهولين»**[2]

يتم ثبوت النسب في هذا الشأن طبقا لقانون جنسية من يريد الانتساب إليه من الأبوين، وذلك لأن تكييف إثبات النسب يعد من مسائل قانون الأسرة وبالتالي يخضع لقانون جنسية من يدعي إثبات النسب إليه، ومن جهة لا ننسى أن القانون الأجنبي غير مختص تشريعيا أثناء الدعوى، وذلك لعدم ثبوت البنوة المطالب بها بعد ولهذا من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملائمة لمصلحة الطفل وذلك بشرط عدم مخالفة النظام العام[3].

ثالثا: النفقة الزوجية

هي كل ما تحتاج إليه الزوجة من طعام وكسوة وخدمة وكل ما يلزم وذلك حسب قدرة الزوج والمتعارف عليه بين الناس[4]، أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على النفقة في

---

[1] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص46-47.

[2] أمر رقم 70-86، مؤرخ في 1970/12/15، يتضمن القانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01، مؤرخ في 2005/02/27، ج ر العدد 15 الصادر في 2005/02/27.

[3] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص47.

[4] احمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص241.

القانون الجزائري فيثير إشكالا لتحديده، فهل تعتبر النفقة الزوجية من أثار الزواج؟ أم أنها تعتبر من قبيل النفقة بين الأقارب؟[1].

من خلال المادة 12 ف1 ق م ج التي تنص على أنه: « **يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج**»، نجد أن النفقة من آثار الزواج الشخصية ولا تدخل ضمن الآثار المالية ولو أنها ذات طابع مالي، لأن هذه الأخيرة خاصة بالنظام المالي للزوجين[2]، ولكن يمكن إخضاع النفقة للقانون الوطني للشخص الملزم بها وقانون جنسية الشخص هو الذي يحدد لنا من هو الملتزم بها[3]، وهذا حسب نص المادة 14 من ق م ج التي تنص على: « **يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب لمدين بها**»

رابعا: الحالة المدنية للمرأة المتزوجة

قد يؤثر الزواج في بعض التشريعات في حالة المرأة المتزوجة فيما يتعلق باسمها(1) وكذلك فيما يتعلق بموطنها(2) وأهليتها(3).

1- اسم المرأة المتزوجة

اختلفت القوانين حول أثر الزواج في اسم الزوجة، فهناك من أوجب على المرأة حمل اسم زوجها مثل التشريعات الغربية وهناك من منح الحرية للزوجين اختيار اسم عائلي مشترك ومنه من مكنها بالاحتفاظ باسمها مثل الدول الإسلامية.

والمشرع الجزائري من الدول التي اعتبرت اسم الزوجة كعنصر من عناصر حالتها المدنية، حيث تظل المرأة بعد الزواج محتفظة باســمها وبالتالي لا أثر بتاتا للزواج في اســم

---

(1) دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص37.

(2) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 162.

(3) دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص37.

الزوجة في القانون الجزائري[1].

2- الموطن المرأة المتزوجة

منح القانون الجزائري الحق للزوج في اختيار موطن الزوجة، لأنه واجب توفير المسكن الزوجي يقع على عاتقه، فالمسكن الزوجي يكون في أي موطن يختاره الزوج للعيش فيه مع زوجته وهذا لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾[2].

فمن واجب الزوجة أن تلحق بموطن زوجها وخاصة إذا ما توفرت في المسكن الزوجي شروطه الشرعية، وإلا اعتبرت ناشزا فافي هذه الحالة يصبح موطن الزوجة تابعا لقانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج، كما يكون أثر من آثار الزواج وخاضعا للقانون الجزائري إذا كان أحد أطراف العقد جزائيا وأي قانون يوجه خلافا ذلك لا يمكن تطبيقه لأن فيه مخالفة للنظام العام الجزائري[3].

1- أثر الزواج على أهلية الزوجة وجنسيتها

يؤثر الزواج في بعض الدول على أهلية المرأة المتزوجة، سواء بإلغائها كاملة أو بصفة جزئية، ولتحديد القانون الواجب التطبيق على المرأة المتزوجة يميز بعض الفقهاء بين حالتين، أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة (أ) وأثر الزواج على جنسية الزوجة (ب).

أ- أثر الزواج على أهلية المرأة المتزوجة

تعتبر المرأة في ظل أحكام الشرعية الإسلامية والقانون الجزائري كاملة الأهلية سواء قبل أو بعد الزواج، فالزواج لا يقيد أهليتها وليس له أي أثر فيها، وكمال أهليتها مسألة تدخل في نطاق النظام العام وغير قابلة لأي تسوية، لهذا نجد أن القانون الجزائري يتدخل كلما

([1]) زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص148.

([2]) سورة الطلاق، الآية 6.

([3]) زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص149.

فرض القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الزوجة تعقيدات شديدة على تصرفاتها والحكم بنقص أهليتها ومثال ذلك إذا كان قانون الزوج يقر بنقص أهلية الزوجة وكانت هذه الأخيرة جزائرية وعرض النزاع على القاضي الجزائري فإن هذا الأخير سيطبق القانون الجزائري على أهلية الزوجة طبقا لنص المادة 13 ق م ج، والتي تعد مسألة من مسائل النظام العام لا يجوز مخالفتها[1].

ب- أثر الزواج على جنسية الزوجة

عموما لا يؤثر الزواج في جنسية الوطني المتزوج بأجنبية إذا أراد الحصول على جنسية زوجته، ولكن تخفف له شروط التجنس كمدى الإقامة اللازمة، أما زواج الوطنية بأجنبي فيؤثر في فقدها لجنسيتها الوطنية وذلك في حالة ما إذا أعلنت عن رغبتها، وقدمت طلب الإذن بالتخلي عن جنسيتها وقبل طلبها، لكن إذا لم تعلن ذلك فلا يوجد أي تأثير على جنسيتها[2].

كما أن المشرع الجزائري بموجب التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائري الصادر سنة 2005، استحدث نص المادة9 مكرر وقد نصت هذه المادة على اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج حيث ورد فيها ما يلي: «**يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائرية، بموجب مرسوم متى توافرت الشروط الآتية:**

- **أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ(03) سنوات على الأقل، عند طلب التجنس.**
- **الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين(2) على الأقل.**
- **التمتع بحسن السيرة والسلوك.**
- **إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.**
- **يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج».**

على العموم إن اكتساب الجنسية بالزواج لا يثير مشكلا في مجال تنازع القوانين، فقانون جنسية الدولة التي يراد التمتع بجنسيتها هو الذي ينظم كافة الإجراءات المتعلقة بطلب

---

[1] زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص148.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص162.

التجنس، وذلك لاعتبار أن الجنسية هي مسألة مرتبطة بسيادة الدولة، وأن هذه الأخيرة هي التي تمنح جنسيتها لمن يريدها متى توفرت فيه شروط معينة، منصوص عليه في قانونها[1].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية

لم يميز المشرع الجزائري بين الآثار الشخصية والآثار المالية فيما يتعلق بالقانون الساري عليهما فقد أخضع الآثار الشخصية والآثار المالية المترتبة عن الزواج المختلط لذات القانون الواجب التطبيق، قاعدة واستثناءا[2].

بحيث نجد أن المادة 12 ق م ج التي تنص على القاعدة العامة التي تقر بأنه يسرى على الآثار المالية قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وهناك استثناء وارد عن هذه القاعدة والذي ينص على أنه في أنه في حالة وجود طرف جزائري في الربطة الزوجية فإن القانون الوطني هو الذي يطبق وحده وهذا طبقا لنص المادة 13 ق م ج ويرمي المشرع من وراء ذلك إلى:

- تجنب مشكلة التنازع المتغير الذي ينشأ نتيجة الزوج لجنسية بعد الزواج.
- تأمين استقرار آثار الزواج، وفي ذلك استقرار للأسرة فلا تتغير هذه الآثار بتغير جنسية الزوج، فتبقى باستمرار ويرجع اختيار المشرع لقانون جنسية الزوج لحكم أثار الزواج إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي للرجل داخل الأسرة فهو رئيسها[3]، رغم هذا إلا أن هنالك انتقادات موجهة إلى نص المادة 12 في فقرتها الأولى وهي:
- إن اختيار المشرع الجزائري قانون جنسية الزوج يعتبر اختيار تعسفي ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد، وما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين، لذلك من الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر.

---

[1] رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص41.

[2] كمال سمية، تطبيق القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 11، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2015، ص99.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص248-249.

– كما أن اختيار القانون الوطني للزوج، يعتبر إلى حد ما متعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسيتين، وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري[1].

[1] عليوش كربوع كمال، المرجع السابق، ص233.

الفصل الثاني

انحلال عقد الزواج المختلط وآثاره

قد تصادق الحياة الزوجية عقبات ومشاكل مما يؤدي إلى استحالة استمرار العشرة الزوجية ما بين الزوجين، فقد يصل الأمر إلى حالة الانفصال، بحيث يثور بصدد هذا تنازع القوانين، ونجد صعوبة أي قانون يطبق على انقضاء العلاقة الزوجية وعلى آثارها.

وعليه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين: بحيث تطرقنا فيه إلى انحلال عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم انحلاله (المبحث الأول)، وثم تطرقنا إلى قواعد التنازع التي تحكم آثار عقد الزواج المختلط (المبحث الثاني).

المبحث الأول

انحلال عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم انحلاله

الزواج مثله مثل كل العقود والعلاقات القانونية يبدأ وينتهي، بحيث ينقضي الزواج بطريقة طبيعية كالوفاة، أو بطريق كالطلاق أو التطليق أو الخلع لذلك سنتناول صور فك الرابطة الزوجية (المطلب الأول) ثم سنتطرق إلى قواعد التنازع التي تحكم انحلال هذا الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

صور فك الرابطة الزوجية

تختلف صور فك الرابطة الزوجية باختلاف المعتقدات الدينية لدى المجتمعات، لذلك نرى بأن التشريعات لا تجمع على نفس المفهوم لمسألة انحلال الزواج بحيث نجد اختلاف صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية (الفرع الأول)، تختلف عن صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية

ترى الشريعة الإسلامية بأن الزواج ليس برابطة لأبدية، وهذا ما به القوانين المستمدة أنظمتها من الشريعة الإسلامية، لذلك يجوز إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج[1]، وهذا ما يسمى بالطلاق وقد أقرته الشريعة الإسلامية كحق للزوج لإيقاع الطلاق من دون تدخل أي سلطة أخرى لفك الرابطة الزوجية[2].

وتوجد صورة أخرى وهي الطلاق بالتراضي ويقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أصبحت من المستحيل لأي سبب من الأسباب أو لأي ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كلاهما فير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق[3].

إلى جانب هذه الصورتين المذكورتين يوجد ما يسمى بالتطليق فهو صورة من صور الطلاق فهو يعتبر الوسيلة التي تلجأ إليها الزوجة لفك الرابطة الزوجية، والتطليق يؤسس على الضرر منصوص في القانون الجزائري[4]، وذلك في نص المادة 53 ق أ ج التي يجيز للزوجة طلب التطليق لعدة أسباب: كعدم الإنفاق، والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج...الخ.

يجب التميز بين حالات الزواج طلاقا أو تطليقا، وبين إبطال الزواج، فدعوى الإبطال ترمي إلى إنهاء زواج ظاهرة لكنه غير مستوفي لجميع شروط قيامه، أما الطلاق فهو إنهاء زواج صحيح، فتميز بين الطلاق والبطلان الزواج له آثار قانونية مهمة لاسيما في موضوع

---

[1] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص40.

[2] ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص7.

[3] المرجع نفسه، ص24.

[4] المرجع نفسه، ص30.

الالتزامات التي تنشأ عن كل واحد منهما إذ في حالة الطلاق يمكن الحكم على الزوج بالنفقة على الزوجة، وهو غير ممكن في حالة الحكم ببطلان الزواج[1].

وهناك صورة أخرى لإنهاء الزواج وهي طريقة طبيعية كوفاة أحد الطرفين الزوج أو الزوجة[2]، وتوجد صورة أخرى وهي الخلع فهو غير معروف في الأنظمة الغربية، فالخلع يعتبر وسيلة في يد الزوجة لفك الرابطة الزوجية لكنه لا يكون بسبب أي ضرر من طرف الزوج لها إنما بمجرد بغضها له[3]، لذلك فإن الأنظمة العربية تسمح حسبما جاءت به الشريعة الإسلامية، طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين أو الخلع أو عن طريق التطليق من طرف الزوجة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري[4].

الفرع الثاني

صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية

ترى الطوائف المسيحية وخاصة الكاثوليكية بأن رابطة الزواج رابطة أبدية لا تنحل إلا بالوفاة بحيث نجد في الأنظمة الغربية ما يسمى بالطلاق والتطليق بالإضافة إلى نوع آخر غير معروف لدى التشريعات الإسلامية فهو يسمى بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني، فهو عبارة عن مباعدة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، ولكنه قد يكون سبب للطلاق إذا استمر مدة معينة، غير أن هذه الطريقة ليست دائم تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية[5]، فقد يعود الزوجان إلى ما كان عليه من قبل إنهاء فترة التفريق الجسماني.

---

[1] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص40-41.

[2] الهداوي حسين، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، ط1، 2005، الأردن، ص103.

[3] ذيابي باديس، المرجع السابق، ص58.

[4] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص42.

[5] المرجع نفسه، ص41.

وقد لا يعوداني إلى ذلك ويتحول هذا الانفصال إلى انحلال بصفة نهائية عن طريق القضاء وكيفت بعض التشريعات مسألة الانفصال الجسماني، على أنه إجراء وحيد لتراخي الرابطة الزوجية تدريجيا، إلى أن تنقضي نهائيا بوفاة أحد الزوجين وهذا هو حكم التشريعات التي تحظر الطلاق، ومنها ما تعتبره بمثابة إجراء وقائي، يقصد به محاولة الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريث في الحكم بالتطليق.

المطلب الثاني

قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط

بالرجوع إلى نص المادة 12 الفقرة 02 ق م والمادة 13 ق م ج نجد أن المادة 12 تنص على القاعدة العامة والمادة 13 تنص جاءت بالاستثناء لذلك تتحدد قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط حسب نطاق قواعد القانون الوطني للزوج (الفرع الأول) أو بحسب نطاق تطبيق القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج

تنص المادة 12 فـ2 ق م ج على ما يلي: "**ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**"، طبقا لنص هذه المادة فقد أسند المشرع الجزائري انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق والانفصال الجسماني، وسوى المشرع في انحلال الزواج، بين الطلاق والتطليق الذي يتم بناء على طلب الزوجة، ويرى البعض في هذا الصدد، أن المشرع بإسناده الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة

الإسلامية، بحيث لا يمكن الاعتداء بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلا عن طريق حكم صادر عن المحكمة، ويعتبر حكم المحكمة كاشفا وليس منشئا[1].

نجد الجزائر مرت بـــ 3 مراحل فيما يخص ضابط الإسناد المتعلق بانحلال الزواج:

1- **المرحلة الأولى:** وهي مرحلة سابقة على إصدار القانون المدني، وهنا كان القضاء الجزائري يعتمد على الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان يفرق بين حالتين:

أ- إذا كان الزوجان متحدي الجنسية فكان يتم خضوعهما لقانون جنسيتهما المشتركة.

ب-إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية فكان إخضاعهما لقانون موطنهما المشترك، وإذا لم يكن للزوجين موطن مشترك فكان القضاء الفرنسي يخضعهما لقانون موطن الزوج على أساس أن الزوجة أصلا تصحب زوجها.

2- **المرحلة الثانية:** عندما أصدر المشرع الجزائري القانون المدني الذي ألغى هذه التفرقة، فنص في المادة 12 فـ2 على أنه: "**يخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**".

نلاحظ أن المشرع يخضع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، دون التمييز بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطرق الأخرى لانحلال الزواج.

[1] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص44.

3- **المرحلة الثالثة:** وهي مرحلة تعديل القانون المدني في سنة 2005 بحيث تم تعديل نص المادة 12 فـ2 م ج بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 فأضاف المشرع مسألة الانفصال الجسماني وتنص المادة 12 فـ2 م ج على أنه: "**يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**".

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أسند فكرة انحلال الزواج لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

على عكس بعض التشريعات العربية التي أفردت كل حالة بضابط إسناد خاص بها[1]، غير أن إخضاع هذه المسألة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والمادة 12 من ق م ج لم تسلم من الانتقادات وأهمها[2]:

- يترتب على إعمال هذه القاعدة، خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزوج ويكتسب جنسية ويسمح له القانون الجديد بفك الرابطة في حين أن قانون الجنسية التي كان يتمتع بها وقت إنشاء الزواج كان لا يسمح بحل الزواج[3].
- إن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزوج، ويؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ويتأثر مركزها فيكون أكثر إضرارا بمصالحها، فكان من الأجدر على المشرع إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، باعتباره القانون الذي يكون معلوما ومتوقعا للأطراف وقت إنشاء علاقة الزواج[4].

---

[1] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص45.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص258.

[3] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص46.

[4] المرجع نفسه، ص46.

الفرع الثاني
نطاق تطبيق القانون الجزائري

لقد وضع المشرع استثناء في المادة 13 ق م ج وهو القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية في الحالات التي تكون فيها أحد أطراف العلاقة جزائري، بحيث يقضي هذا الاستثناء بخضوع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده، بذلا من قانون جنسية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة التي تكون فيها المرأة جزائرية، إذ يطبق عليها القانون الجزائرية دون سواه.

وعليه فما يجدر الإشارة له في هذا الصدد أن العلاقة الزوجية التي تنشأ جزائرية، ثم يغير الزوج جنسيته تبقى خاضعة للقانون الجزائري عند الانقضاء على الرغم من أنها سارت أجنبية عن القانون الجزائري[1]، باستثناء شرط الأهلية الذي يظل دائما خاضعا للقانون الوطني للشخص[2]، حسب نص المادة 10 ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم**".

وتنص المادة 13 على أنه: "**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج**".

نلاحظ من خلال هذه المادة أنها تحيلنا إلى المادتين 11 و12 ق م ج أي إلى الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، أما الفقرة 2 من المادة 12 خاصة بانحلال الزواج، الذي يتضمن الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، إذ أن انحلال الزواج والانفصال الجسماني يدخلان في نطاق المادة 13 ق م ج، غير أنه نتساءل هل يمكن أن تطرح مسألة الانفصال الجسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائري؟

---

[1] تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص249.

[2] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلال، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص46.

تتضمن الإجابة افتراضيين هما:

الافتراض الأول: زواج بين جزائري وأجنبية مسيحية، مثلا فرنسية، هي يمكن للزوجة أن تطالب بالانفصال الجسماني؟ وإذا طالبت به، هل يمكن للقاضي أن يحكم بذلك مع أن القانون الجزائري يجهل ذلك؟

الافتراض الثاني: زواج بين جزائري وفرنسي مسلم، هل يمكن للزوج أن يطالب بالانفصال الجسماني أمام القاضي الجزائري؟[1]

إن تطبيق القانون الجزائري، قانون الزوجة لا يسمح بذلك لأنه يجهل تطبيق نظام الانفصال الجسماني وعليه فإن الإحالة إلى المادة 12 ف2 ق م ج المتضمنة الانفصال الجسماني، إحالة غير موفقة لاستحالة أن يكون انفصال جسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائري ويطبق القانون الجزائري، بينما إذا كان الزواج بين أجانب قد يجيز القانون الواجب التطبيق أي قانون الزوج الانفصال الجسماني ففي هذه الحالة نرى أن ما ورد في نص المادة 12 ف2 صحيح لذلك وجب إعادة صياغة المادة 13 من القانون المدني الجزائري على النحو التالي[2]:

"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 والمادة 12 فقرتها الأولى وعلى انحلال الزواج".

---

[1] عليوش قربوع كمال "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري" مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقدة يومي (23-24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص ص146-147.

[2] عليوش قربوع كمال « القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري» المرجع السابق، ص47.

المبحث الثاني

قواعد التنازع التي تحكم آثار انحلال عقد الزواج المختلط

يترتب عن انقضاء الرابطة الزوجية عدة آثار، فهناك آثار لا تحتمل الانتظار وهذا ما يسمى بالإجراءات الوقتية (المطلب الأول)، كما تنتج آثار ذات طابع مالي، يقتضي دراسة القانون الواجب التطبيق على التصرفات المالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية

تتمثل الإجراءات الوقتية في تلك الإجراءات التي يتم الفصل فيها في أقرب الآجال من طرف القاضي لطابعها الاستعجالي، لذلك نحدد القانون الواجب التطبيق على العدة (الفرع الأول) وعلى النفقة الوقتية (الفرع الثاني) وعلى الحضانة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على العدة

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف العدة (1) ثم إلى الحكمة من مشروعيتها (2) وبعد ذلك إلى تحديد القانون الذي تخضع له العدة (3).

1- تعريف العدة

أ- **لغة:** العدة مأخوذة من العد والحساب وجمع العدة عدد وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا.

ب-**اصطلاحا:** هي مدة تتربص المرأة لمعرفة براءة رحمها[1].

2- الحكمة من مشروعية العدة

إن الحكمة من مشروعية العدة في الشريعة الإسلامية، التأكد من براءة لرحم المرأة منعا من اختلاط الأنساب، فإن الدول الغربية تعمد إلى إعمال وسائل العلم الحديثة التي يتم بمقتضاها التواصل إلى معرفة يقينية ببراءة الرحم، ومن ثم لا تعرف الدول الغربية مدة العدة، وإن كانت مدة الانفصال الجسماني تعد نوعا من العدة الطويلة الأمد، إذ يعيش خلالها الزوجان منفصلان جسمانيا، رغم أن عقد الزواج يظل قائما بينهما[2].

3- تحديد القانون الذي تخضع له العدة

باعتبار أن العدة من المسائل الشرعية التي تأخذ بها التشريعات العربية دون الغربية، فإنها لا تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، بل تخضع للقانون الشخصي لكل زوج على حدى، كما يخضع لهذا القانون كل ما يتعلق بإمكانية التزويج من جديد بوصفها من الشروط الموضوعية للزواج الجديد، خلافا لذلك تخضع الفترة التي يتحول فيها الانفصال إلى الطلاق للقانون الذي يحكم انحلال الزواج لعدم انفصام عرى الزوجية بعد[3].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية

تعتبر النفقة الوقتية هي النفقة التي يحكم بها القاضي كتدبير مؤقت مستعجل ريثما يفصل في دعوى الموضوع، وقد يفصل القاضي في دعوى النفقة بصفة مستقلة عن الدعوى الأصلية[4]، وهذا يعتبر بمثابة إجراء يقوم به القاضي لصالح الزوجة من أجل المحافظة على

---

(1) الشرنباصي رمضان علي السيد، الشافعي جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص485.

(2) جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية، القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2010-2011، ص30.

(3) المرجع نفسه، ص31.

(4) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص181.

الحد الأدنى لمعيشتها[1]، فالنفقة الوقتية تخضع لقانون القاضي باعتبارها إجراء مؤقتا يتعلق بالأمن العام في الدولة[2].

نادى جانب من الفقه بإخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، وانتقدوا القضاء بإخضاعه الإجراءات الوقتية كلها لقانون القاضي، بحيث يجب إخضاعها للقانون الذي يسري على انحلال الزواج، ويمكن القبول بصفة استثنائية إخضاعها لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك باسم النظام العام[3].

ويسود اتجاه فقهي على اعتبار النفقة عموما بأنها من اختصاص قانون القاضي بوصفه يمس بالأمن المدني لتعليقها بالنظام العام، ويطبق بشأنها مبدأ إقليمية القوانين[4].

أما فيما يتعلق بإجراءات الطلاق والتطليق فهي مسائل تخضع لقانون القاضي[5] بوصفها من مواد الإجراءات، وتحديدها يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع ومن ضمنها كيفية الإثبات وتقديم الأدلة في الدعوى ومدى قوتها، وشهر الطلاق أو التطليق[6].

لم يكن القانون الجزائري في السابق يحدد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية، إلى حين صدور التعديل الجديد للقانون المدني[7]، الذي أضاف للمادة 21 مكرر 1 والتي تنص على أنه: "**يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات**".

---

(1) درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص47.

(2) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص78.

(3) درية أمين قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص47.

(4) المرجع نفسه، ص47.

(5) درية أمين (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين مقارنة)، المرجع السابق، ص246.

(6) درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص47.

(7) درية أمين (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين مقارنة)، المرجع السابق، ص246.

وفيما يتعلق بمسألة طلاق الزوجة من زوجها تعسفيا، يرى الرأي الراجح بأن التعسف في استعمال الطلاق قد يعد خطأ تقصيريا ويسترجع التعويض[1]، طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية وبالتالي يخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الضرر[2].

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم المسائل القانونية التي يثيرها الطلاق لهذا سنقوم تعريفها (أولا) ثم سنتطرق إلى اختلاف التشريعات حول الطبيعة القانونية لها (ثانيا)، وبدوره المشرع الجزائري أعطى الرأي القانوني حول هذا الاختلاف (ثالثا)، ثم نص على قانون الواجب التطبيق عليها (رابعا).

أولا: تعريف الحضانة

تعتبر الحضانة من آثار فك الرابطة الزوجية فقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 62 ق أ ج التي تنص على أنه: "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايتها وحفظه صحة وخلقا**".

إن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف باحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، كما أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[3].

اعتبر المشرع الجزائري دعوى الحضانة دعوى استعجالية فغالبا ما يتم طرد من مقر الزوجية إلى الشارع وخاصة إذا كانت حاضنة فيتشرد الأولاد في الشارع، لذلك كان لابد من

---

[1] درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص47.

[2] درية أمين (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين مقارنة)، المرجع السابق، ص246.

[3] خليفي سارة، حق الحاضنة في السكن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص50.

اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ثم يتم الفصل في موضوع النزاع[1].

ثانيا: الاختلاف حول الطبيعة القانونية للحضانة

تثير الحضانة مشاكل حول تنازع القوانين خاصة وأن معظم التشريعات لم تخصها بقاعدة إسناد خاصة، لذلك ينبغي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها منوطا بمعرفة التكييف القانوني للحضانة، ويمكن حصر اتجاهات الفقه في الشأن هذه المسألة في أربع اتجاهات أساسية:

1- الاتجاه الأول: الحضانة من آثار عقد الزواج

يرى غالبية الفقه الفرنسي أن الحضانة من آثار عقد الزواج على أساس أن الولد المعني بالحضانة ناتج عن علاقة زواج ذلك فهي تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون الزوج وقت الانعقاد[2]، أنتقد هذا الاتجاه بحجة مفادها أنه لا يمكن الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطليق[3].

2- الاتجاه الثاني: الحضانة من آثار انحلال الزواج

يتجه رأي فقهي آخر إلى تكييف الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، فأثناء الحياة الزوجية يكون الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين، أما بعد انفصالهما فيثور التنازع بينهما حول من تستند إليه حضانة الأولاد، والقضاء الفرنسي اعتبر الحضانة من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج.

---

[1] خليفي سارة، المرجع السابق، ص4.

[2] عماد إشوي "تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقد يومي (23، 24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ص201-202.

[3] جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص ص33-34.

3- الاتجاه الثالث: الحضانة من آثار النسب

يرى هذا الاتجاه أنه لما كانت الحضانة التزام يقع على من يثبت إليه نسب المحضون، فهي بذلك تعتبر من آثار النسب[1]، أنتقد هذا الاتجاه باعتبار أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة له برعايتهم[2].

4- الاتجاه الرابع: الحضانة من مسائل الولاية على المال

اتجه بعض من الفقه إلى تكييف الحضانة على أنها الولاية على المال وحدها دون الولاية على النفس ويستعد هذا الاتجاه إمكانية قياس الولاية على النفس إلى الولاية على المال لاختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها الأحكام الخاصة بكل من المسألتين، أنتقد هذا الاتجاه لأن المقصود بالولاية على المال، حفظ مال الصغير وإنماءه وليس تربية الطفل ورعايته[3].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الثاني الذي يقر بأن الحضانة تعد من آثار انحلال الزواج لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية فأدرج المشرع الجزائري المواد من 62 إلى 72 ق أ ج في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة خلافا لبعض التشريعات العربية، وبعبارة أخرى فإنه بموجب عملية التكييف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 9 ق م ج تعد الحضانة من آثار الطلاق[4].

---

[1] إشوي عماد، المرجع السابق، ص203.

[2] جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص34.

[3] إشوي عماد، المرجع السابق، ص203.

[4] جندولي فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص34.

رابعا: تحديد القانون الذي تخضع له الحضانة

يرى المشرع الجزائري باعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 12 فـ2 ق م ج التي تنص على أنه: "**ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**".

يمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج[1]، وذلك وفق لما جاءت به المادة 13 ق م ج التي نصت على: "**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج**".

نظرا للمشاكل التي تثيرها الحضانة لجأت بعض الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية خاصة بالحضانة، ومنها الاتفاقية المبرمة ما بين الجزائر وفرنسا والتي تتعلق باتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال[2]، الموقعة في الجزائر يوم 2 جوان 1988، جاءت هذه المعاهدة الثنائية نتيجة للمشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات المتعلقة بحضانة الأولاد وبحث الزيارة للأبوين، وقد أراد واضعي هذه الاتفاقية أساس حماية الطفل ذاته، وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة، وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر بالدرجة الأولى، دون الاهتمام بشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية[3].

---

[1] درية أمين (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة)، المرجع السابق، ص248.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين ج ج د ش والحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقع في مدينة الجزائر 25 يوليو 1988، ج ر عدد 30، الصادرة في 27 يوليو 1988.

[3] درية أمين (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة)، المرجع السابق، ص170.

الفرع الرابع

النظام العام والقانون الذي يحكم انحلال الزواج

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول، فبعضها تعتبره رابطة مؤبدة لا تنقضي إلا بوفاة أحد الزوجين، وبعضها الآخر تقبل انحلاله غير أنها تختلف فيما بينهما حول أسبابه وطرقه، ويؤدي هذا الاختلاف في مفهوم الزواج من دولة إلى أخرى إلى الإكثار من فرص تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج.

ففي الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام يكون خاصة في الحالات التي يؤدي فيها تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالحقوق المقررة من طرف الشريعة لمعتنقي الإسلام[1]، وبناء على ذلك فإن القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين ينبغي أن يستبعد إذا كان الزوج هو الذي غير ديانته بأن اعتنق الإسلام بينما زوجته كتابية، ذلك أن الحكم بإنهاء العلاقة الزوجية في هذه الحالة يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر من حق الرجل المسلم الزواج بالكتابية[2].

وينبغي أيضا أن يستبعد القانون الأجنبي الذي يمنع انحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين إذا كانت الزوجة هي التي غيرت ديانتها بأن اعتنقت الإسلام، بينما بقى زوجها على ديانته، ذلك أن الشريعة الإسلامية تمنع استقرار الزوجية في حالة اعتناق الزوجة للإسلام بينما بقى زوجها على كفره، وفي غير الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج يكون في الغالب لما يكون هذا القانون يبيح انحلال الزواج لأسباب لا يقرها قانون القاضي أو يكون أكثر تساهلا منه إباحة الطلاق أو التطليق[3].

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص261.

[2] المرجع نفسه، ص262.

[3] المرجع نفسه، ص262.

فقد استبعد القضاء الفرنسي باسم النظام العام تطبيق قوانين بعض الدول الإسلامية التي تبيح انحلال الزواج بإرادة الزوج وحده، لكن إذا كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة قد وقع في الخارج فإن هذا القضاء يقبل الاحتجاج به في فرنسا إذا كان قد وقع وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزوجين المشتركة[1].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على التصرفات المالية

زيادة على المسائل المذكورة سابقا والتي تثير تنازع القوانين ما بين الدول في حالة الانفصال ما بين الزوجين توجد مسائل أخرى تعتبر من أفسح المجالات لتنازع القوانين كالميراث والوصية (الفرع الأول)، والهبة والوقف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية

سنتناول في هذا الفرع القانون الواجب التطبيق على الميراث (أولا)، ثم سنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الوصية (ثانيا).

أولا: القانون الواجب التطبيق على الميراث

يعد الميراث مجالا خصبا يثار فيه تنازع القوانين بصورة متكررة وقوية وذلك لاعتبارات كثيرة كالاختلاف في الديانة والجنسية ما بين الأشخاص لذلك سنعرفه أولا (1) ثم نتطرق لتحديد القانون الذي يخضع له الميراث (2) ثم نعطي موقف المشرع الجزائري من ذلك (3) ثم نتناول حكم التركة الشاغرة (4) وفي الأخير نرى دور النظام العام وتعطيل العمل بقانون جنسية المورث (5).

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص262-263.

1- تعريف الميراث

الميراث هو التركة التي خلفها الميت وورثها غيره، فالميت مورث، وذلك الغير وارث والتركة مورثة، وتلك الثلاثة أركان، والإرث من أسباب نقل الملكية فتقل من المورث بعد موته إلى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد إيفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت، إذا تحققت أسباب الميراث وشروطه وانتفت موانعه[1].

2- تحديد القانون الذي يخضع له الميراث

لقد تعددت التشريعات بشأن القانون الذي يخضع له الميراث بحيث نجد الدول تفرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول فتخضع الميراث في العقارات لقانون غير القانون الذي يخضع له الميراث في المنقول، ونجد هذه التشريعات شبه مجمعة على إخضاع الميراث في العقار للقانون الذي يخضع له فمثلا فرنسا وبريطانيا تخضعه لقانون موطن المتوفي أما النمسا ورومانيا فتخضعه لقانون جنسية المتوفي[2].

ويعود السبب الذي دفع إلى هذه التفرقة للنظرة القديمة للعقار والتي تعتبره الثروة المعبرة، أما المنقولات ضئيلة القيمة وأن المنقول تبع الشخص حيثما يوجد[3]، وقد أنتقد بعض الفقهاء هذه التفرقة لكونها تؤدي من الناحية العملية إلى ترتيب أوضاع شاذة، فنجد المنزل مثلا خاضعا للقانون بينما أثاثه خاضعا لقانون آخر، وهناك دول أخرى تؤمن بوحدة القانون الذي يحكم الميراث فتخضع التركة في مجملها لقانون واحد غير أن هذه الدول ليست متفقة على قانون معين فهناك من تعتبره متصلا بنظام الأسرة فأخضعته لقانون جنسية

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2008، ص442.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص268.

[3] تريكي دليلة "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، يومي (23، 24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص247.

المتوفي كالدول العربية، اليونان، إسبانيا، وهناك من اعتبرته متصلا بنظام الأموال أخضعته لقانون موقع المال كبعض دول أمريكا اللاتينية[1].

3- موقف المشرع الجزائري

أولى المشرع الجزائري اهتماما خاصا لحماية الحقوق المادية والمعنوية للشخص ومنها الميراث باعتباره أحد من آثار انحلال الزواج وسببا من أسباب الملكية ضمن أحكام القانون الدولي الخاص، وعليه لم يأخذ المشرع الجزائري بالتفرقة بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، بل أخضع الميراث بما يشم من عقار ومنقول لقانون جنسية المتوفي سواء كان الميت جزائري أو أجنبي، وذلك حسب ما جاء ف نص المادة 16 ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصى أو من صدرت منه التصرفات وقت موته**".

والملاحظ أن المشرع أخضع الميراث لقانون الأسرة الجزائري المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية والمرتبطة بحالة الشخص، ولأن الميراث منظم على أساس ديني في الدولة الجزائر مثله مثل الزواج والطلاق[2].

4- حكم التركة الشاغرة

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام التركة التي تكون بدون وارث في المادة 773 ق م ج التي تنص على أنه: "**تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، كذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم**".

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص269.

[2] تركي دليلة، المرجع السابق، ص248.

حيث اعتبر التركة التي لا وارث لها مالا شاغرا تستولي عليه الدولة بموجب سيادتها الإقليمية[1].

غير أن السؤال الذي يثور هو: لأي دولة تؤول التركة الشاغرة هل تؤول إلى الدولة التي ينتمي إليها المتوفي بجنسيتها، أم تؤول إلى الدولة التي توجد أموال التركة بإقليمها؟[2]

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى عدم اعتبار الدولة وارثة وإنما تأخذ التركة على أنها مال ضائع، وهذا التكييف هو الذي ينبغي الأخذ به في الجزائر، على اعتبار قانون الأسرة الجزائري مستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، وعليه فإن التركة الموجودة على إقليم الجزائر وفقا لقانون جنسية المتوفي تؤول إلى الدولة الجزائرية باعتبارها مالا لا مالك له[3].

5- النظام العام وتعطيل العمل بقانون جنسية المورث

إن تطبيق جنسية المورث ليس مطلق وإنما قد يستعبد باسم النظام العام وهذا الأمر وارد جدا في الدول التي تستمد قانون الأحوال الشخصية ومن بين مواضيعه الميراث، من أحكام الشريعة الإسلامية، فالقانون الشخصي للأجنبي قد يورث مع ابن الزنا أو الابن الطبيعي كما يطلق عليه، وهدا يصدم مع مبادئ النظام العام إذا كان المورث مسلما[4].

واستبعاد القانون الأجنبي كلما كان المورث مسلما يجعل في الحقيقة من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابط للإسناد مما يهدم قاعدة الأستاذ الواردة في نص المادة 16 ق م ج والتي تخضع الميراث لقانون جنسية المتوفي وقت الوفاة[5].

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص185.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص271.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص272.

[4] تريكي دليلة، المرجع السابق، ص254.

[5] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص274.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوصية

1- تعريف الوصية

عرف المشرع الجزائري الوصية في نص المادة 184 ق أ ج على أن: "**الوصية تمليك إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**".

2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية

تخضع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصى وقت وفاته بحيث تنص المادة 16 ق م ج على أن الوصية يسري عليها قانون الموصى وقت موته، بحيث هناك تصرفات تخضع لقانون الموصى وقت الإيصاء (أ) وهناك حالات تخضع لقانون الموصى وقت موته (ب) ومدى حرية الموصى في الإيصاء (ج)[1].

أ- المسائل التي تخضع لقانون الموصى وقت الإيصاء

الأهلية: يتعلق الأمر هنا بالأهلية العامة للموصى وصحة الإرادة بحيث تنص المادة 186 ق أ ج على أنه: "**يشترط في الموصى أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسعة عشر 19 سنة على الأقل**".

ب- المسائل التي تخضع لقانون الموصى وقت وفاته

يدخل في هذا المجال المسائل الموضوعية التي تتصل إيصالا وثيقا بالميراث لتعلقها بفكرة الخلافة بسبب الموت، وتعد هذه المسائل بصفة خاصة[2].

ج- مدى حرية الموصى في الإيصاء

- **مقدار الوصية:** سواء من حيث القدر الجائز الإيصاء لهم بحيث تنص المادة 185 ق أ ج على أنه: "**تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة**

---

[1] عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص268.

[2] المرجع نفسه، ص269.

الورثة"، أو من حيث الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم[1] تنص المادة 187 ق أ ج على أنه: "**تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس**"، والمادة 200 من نفس القانون تنص على: "**تصح الوصية مع اختلاف الدين**".

- الأشخاص الذين لا يجوز الإيصاء لهم

تنص المادة 188 ق أ ج على أنه: "**لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمدا**"، بطبيعة الحال كلما كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام لقانون القاضي أستبعد تطبيقه.

3- القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية

تنص المادة 16 ق م ج على أن الوصية تخضع من حيث الشكل إلى القانون الموصي وقت الإيصاء أو لقانون البلد الذي تمت فيه الوصية أي القانون المحلي.

أ- خضوع شكل الوصية لقانون الموصى وقت الإيصاء

يعني هذا أن الجزائريين المتواجدين بالخارج يمكنهم أن يحرروا الوصية في الشكل الذي يقضي به القانون الجزائري وأن الأجانب يمكنهم أن يحرروا الوصية في شكل الذي يقتضي به قانون جنسيتهم وقت الإيصاء أي وقت عمل الوصية[2].

ب-خضوع شكل الوصية لقانون المحلي أو قانون الإبرام

يعني ذلك أن الجزائريين في الخارج والأجنبي في الجزائر يمكنهم أن يخضعوا شكل الوصية للقانون المحلي أي القانون المحلي الأجنبي بالنسبة للجزائريين والقانون المحلي الجزائري بالنسبة للأجنبي، على هذا الأساس للجزائري المقيم بالخارج الاختيار بين أن يحرر وصيته، إما في الشكل المحلي، وإما حسب أحكام القانون الجزائري.

---

[1] عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص269.

[2] المرجع نفسه، ص270.

والتفرقة بني ما يعتبر من الشروط الموضوعية للوصية وما يعتبر من الشروط الشكلية للوصية هي مسألة تكييف وفقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري لقانون القاضي[1].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف

أولا: القانون الواجب التطبيق على الهبة

الهبة هي عبارة عن عقد بين الأحياء يتصرف بموجبه الواهب في أمواله دون عوض لصالح الموهوب له، وقد أدرجها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات إلى جانب كل من الوصية والوقف، وتدخل الهبة في القانون الجزائري في نطاق الأحوال الشخصية، فقد خصص لها المشرع قاعدة إسناد خاصة بها حيث أخضعها لقانون جنسية الواهب وقت إجرائها[2]، ولا يجوز له أن يختار قانونا أجنبيا عن الواهب[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 16 ف2 ق م ج التي تنص على أنه: "**يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الوقف وقت إجرائها**".

أما شكل الهبة فطبقا لنص المادة 19 ق م ج فإنها تخضع لقانون محل إجرائها أو قانون جنسية الواهب باعتباره القانون المختص بحكم موضوع التصرف.

أما فيما يخص الرسمية والشهر في الهبة التي يكون محلها عقار فإن الاختصاص يخول لقانون موقع العقار بالنسبة لانتقال مال الموهوب والاحتجاج بها تجاه الغير[4] هذا طبقا للقاعدة التي تقضي بخضوع المال لموقعه والمنصوص عليها في نص المادة 18 ف3 ق م ج.

---

[1] عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص270.

[2] شريقي نسرين، بوعلي سعيد، المرجع السابق، ص67.

[3] سماحي خالد، بحث مقدم لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012-2013، ص69.

[4] شريقي نسرين، بوعلي سعيد، المرجع السابق، ص68.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوقف

الوقف هو نظام للانتفاع بالمال، مصدره الشريعة الإسلامية، بموجبه يرصد الواقف المال الموقوف للجهة المحبس عليها مؤقتا دون أن يكون لها حق التصرف فيه أو لجهة عامة أو خاصة بصفة مؤبدة[1]، وقد صنف المشرع الجزائري الوقف ضمن الأحوال الشخصية ونظمه في المواد 213 إلى 218 من قانون الأسرة.

يعرف الوقف على أنه حبس العين على التملك على وجه التأبيد والتصدق بمنفعتها على الفقراء أو على وجه البر والخير، حسب المادة 3 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 91-10.

وقد وضع المشرع الجزائري للوقف ضابط إسناد يحكمه وهو قانون جنسية الواقف وقت إجرائه كما جاء في المادة 16 ف2 ق م ج التي تنص على أنه: "**ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما**".

[1] شريقي نسرين، بوعلي سعيد، المرجع السابق، ص68-69.

خاتمة

وفي ختام دراستنا لموضوع تنازع القوانين في المسائل الزواج المختلط وانحلاله نستنتج أن الزواج المختلط لا يزال يثير الكثير من الإشكالات والتعقيدات قائمة إلى يومنا الحالي وهذا راجع إلى التباين الموجود ما بين الزوجين خصوصا من الجانب الديني والعقائدي والقانوني وهذا ما دفع بالدول إلى إيجاد حلول تتمثل في تحديد فئات ضمنتها في فكرة مسندة وذلك بإسنادها إلى قانون معين يسمى بضابط الإسناد.

والمشرع الجزائري بدوره عمل بهذه القاعدة بحيث نظم قواعد الإسناد الخاصة بالزواج في المواد 11 و12 و13 من القانون المدني فبنظر إلى مراحل الزواج نجد أنه عادة ما يبدئ بالخطبة ولكن المشرع لم يخصها بالضابط الإسناد إلا أنه يمكن الرجوع إلى المادة 5 ق أ ج نستنتج ضابط الإسناد وذلك من خلال الحل الناتج عن العدول عن الخطبة ولإبرام عقد الزواج لابد من توافر على شروط موضوعية فقد أسندها المشرع الجزائري لقانون الجنسية المشتركة ما بين الزوجين.

أما الشروط الشكلية فقد أسندها لقاعدة خضوع شكل العقد لمكان إبرامه، فقد جعل هذه القاعدة ملزمة إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتركة فيتم عقد زواجهم طبقا لقانون جنسيتهم المشتركة فإذا تم انعقاد الزواج وفق كل هذه الشروط فإنه بطبيعة الحال ينتج آثار وهي تتمثل في الآثار الشخصية والآثار المالية فقد أخضع المشرع الجزائري جميع آثار الزواج سواء شخصية أو مالية لضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج.

ولكن الملاحظ أنه قد يتم فك الرابطة الزوجية لأي سبب من الأسباب والمشرع الجزائري أخضع هذه الأسباب لقانون جنسية الزوج يترتب عليه آثار وتتمثل هذه الآثار في الإجراءات الآنية أو الوقتية كالنفقة التي أخضعها المشرع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع وهناك أثر وهو الحضانة فقد أخضعها المشرع لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بالإضافة إلى ذلك أن المشرع الجزائري اعتبر أي علاقة زواج فيه طرف جزائري وذلك أثناء المصالح الوطنية وزيادة على ذلك هناك آثار تتعلق بالتصرفات المالية التي تعتبر من آثار انحلال الزواج ويثير نزاع حاد ما بين القوانين عليها كالميراث، والوصية، وبالنسبة

للميراث فإن اختلاف الدين يعد مانع للميراث وهذا ما يثير النزاع بين القوانين والقانون الواجب التطبيق على الميراث هو جنسية المورث أما بالنسبة للوصية فالمانع فيها هو المقدار والقانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أما بالنسبة للكفالة فالضابط الإسناد وهو جنسية الكفيل والمكفول وفيما يخص آثارها يطبق قانون جنسية الكفيل والمشرع أخضع نفس أحكام الكفالة للتبني أما فيما يخص الهبة والوقف فيسري على الهبة قانون جنسية الواهب والوقف يسري عليه قانون جنسية الوقف.

ونلاحظ أن هناك عدة أمور أغفل عنها المشرع الجزائري وهي تتمثل فيما يلي:

1- إن المشرع لم يخص الخطبة بضابط إسناد خاص بها.
2- إن المشرع لم يفرق بين الآثار المالية والشخصية المترتبة عن عقد الزواج وبالتالي أخضعها لضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج.
3- ولم يفرق بين حالات انحلال الزواج بل أخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وإن هذا الضابط فيه ظلم للزوجة من جهة عدم درايتها بهذه الجنسية الجديدة فبالتالي تتفاجأ بتطبيق قانون جديد عليها.
4- لم يخص الحضانة بضابط إسناد بل أخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى باعتبارها أثر من آثار انحلال الزواج فكان من المفروض أن يراعي فيها مصلحة الولد المحضون بالدرجة الأولى.
5- فقد وفق المشرع الجزائري لتنظيمه لأحكام الميراث والوصية كذلك أحكام الهبة والوقف.
6- لابد على المشرع الجزائري أن يتدارك هذه النقائص المذكورة وذلك بتخصيص مجال أكبر لقواعد تنازع القوانين في مسائل الزواج المختلط.

وبهذا القدر نكون قد وصلنا إلى نهاية بحثنا ونرجوا أن نكون قد ساهمنا ولو بقدر بسيط بتقديم توضيح كافي لهذا الموضوع، فإن قصرنا فيه فذلك يدل على طبيعة الإنسان، وإن أجدنا فذلك بفضل الله وعون أهل الفضل.

قائمة المراجع

أولا: المصادر

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2004.

ثانيا: المراجع

1- الكتب

1- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2013.
3- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
4- المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة دار الثقافة، الأردن، 2011.
5- الشربناصي رمضان علي السيد، الشافي جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
6- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، الجز الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
7- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

8- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

9- بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007.

10- ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007.

11- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، والقانون الفرنسي، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2000.

12- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، 2000.

13- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الغسيلة، الجزائر، 2010.

14- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، 1993.

15- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، الجزائر، 1986.

16- سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2004.

17- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013.

18- شريقي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجنسية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.

19- شريقي نسرين، بوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

20- صلاح الدين، جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

21- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

22- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.

23- هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

2- الرسائل والمذكرات

أ- رسائل الدكتوراه

- تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006-2007.

- سماحي خالد، بحث لنيل الدكتوراه، في القانون الخاص، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، جامعة الجزائر، أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012-2013.

ب-مذكرات الماجستير

1- بزاف إبراهيم، القواعد الخاصة بعقود الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، (بدون سنة النشر).

2- بوقدورة محمد، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري المعدل 2005 دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2010-2011.

3- جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

4- درية أمين، قواعد التنازع المتعلق بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، السنة الجامعية، 2007-2008.

5- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010-2011.

6- زلاسي بشرى، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001.

7- معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2003-2004.

ج- مذكرات الماستر

1- خليفي سارة، حق الحاضنة في السكن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

3- المقالات

1- بومراو سفيان "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقد يوم (23-24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن مبرة، بجاية، ص ص93-107.

2- تريكي دليلة "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري" مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقد يومي (23-24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية من ص ص254-259.

3- عليوش قربوع كمال "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري" مداخل مقدمة إلى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية المنعقدة يومي (23-24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، من ص ص141-159.

4- عماد إشوي "تنازع القوانين في الحضانة، دراسة مقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية في مجال الأحوال الشخصية المنعقدة يومي (23-24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، من ص ص195-219.

5- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2015، من ص ص106-194.

6- درية أمين (تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة)، دفاتر السياسية والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، جانفي 2011، ص ص236-254.

4- النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات

1- أمر 74-75 المؤرخ في 12 يوليو 1974، يتضمن المصادقة على اتفاقية القنصلية بين "حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الجمهورية الفرنسية"، موقع بباريس 24-05-1974، ج ر عدد 62، الصادرة في 2 أوت 1974.

ب- القوانين:

1- أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970 معدل ومتمم.

2- أمر رقم 70-86، مؤرخ في 15-12-1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01، مؤرخ في 27-02-2005، ج ر العدد 15 الصادر في 27-02-2005.

3- أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدن، ج ر العدد 78، المؤرخة في ثلاثين سبتمبر (30-09) 1975، معدل ومتمم.

4- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.

د- المراسيم

1- المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاق بين ج ج د ش والحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بالأطفال والأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقع في مدينة الجزائر 25 يوليو 1988، ج ر عدد 30، الصادرة في 27 يوليو 1988.

الفهرس

الفهرس	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: إبرام عقد الزواج المختلط وآثاره	04
المبحث الأول: مفهوم الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم إبرامه	05
المطلب الأول: مفهوم الزواج المختلط	05
الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط	06
الفرع الثاني: حالات اختلاف الزواج المختلط	07
أولا: ضابط الدين	06
ثانيا: ضابط الجنسية	07
المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم إبرام عقد الزواج المختلط	08
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج	09
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية	11
أولا: تعريف الشروط الموضوعية	11
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية	12
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية	19
أولا: تعريف الشروط الشكلية	19
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية	20
الفرع الرابع: دور فكرة النظام العام في تطبيق القانون أثناء الزواج	24
المبحث الثاني: نطاق آثار عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم آثاره	24
المطلب الثاني: تحديد نطاق آثار عقد الزواج المختلط	25
الفرع الأول: نطاق الآثار الشخصية	25
الفرع الثاني: نطاق الآثار المالية	26

المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم آثار عقد الزواج المختلط	27
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية	27
أولا: الحقوق والواجبات الزوجة	28
ثانيا: النسب	29
ثالثا: النفقة الزوجية	30
رابعا: الحالة المدنية للمرأة المتزوجة	31
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية	34
الفصل الثاني: انحلال عقد الزواج المختلط وآثاره	35
المبحث الأول: انحلال عقد الزواج المختلط وقواعد التنازع التي تحكم انحلاله	36
المطلب الأول: صور فك الرابطة الزوجية	36
الفرع الأول: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية	37
الفرع الثاني: صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية	38
المطلب الثاني: قواعد التنازع التي تحكم انحلال عقد الزواج المختلط	39
الفرع الأول: نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج	39
الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون الجزائري	42
المبحث الثاني: قواعد التنازع التي تحكم آثار انحلال عقد الزواج المختلط	44
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية	44
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على العدة	44
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية	45
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الحضانة	47
الفرع الرابع: النظام العام والقانون الذي يحكم انحلال الزواج	51
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التصرفات المالية	52

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية	52
أولا: القانون الواجب التطبيق على الميراث	52
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوصية	56
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الهبة والوقف	58
أولا: القانون الواجب التطبيق على الهبة	58
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوقف	59
خاتمة	60
قائمة المراجع	63
الفهرس	71