



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة
كلية الحقوق



قسم: القانون الخاص

18/D3C/2022
02/Dpr/2022

الزواج المختلط وانعكاساته على الوضع الحقوقي للأسرة (وراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في القانون الخاص
فرع: قانون الأسرة

إشراف الدكتور:
بن شعبان محمد الصالح

من إعداد الطالبة:
بن الشيخ الفقون سمية

31/03/2022

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	إسم ولقب العضو
رئيسا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بن حملة سامي
مشرفا ومقررا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة	أستاذ محاضر - أ -	د. بن شعبان محمد الصالح
عضوا مناقشا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. معلم يوسف
عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. لدرع كمال
عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بن عبد القادر زهرة
عضوا مناقشا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة	أستاذ محاضر - أ -	د. بوبترة طارق

السنة الجامعية: 1442-1443هـ / 2021-2022م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ

دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ

[المجادلة: 11]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى معنى الحب ومعنى الحنان، وسرّ الوجود، إلى من
كان وعارؤها مفتاح نجاحي، إلى ينبوع الصبر والتفائل
والأمل، إلى القلب الناصع بالبياض، إلى أول وأجمل
كلمة نطق بها لساني، أتي.

إلى من أحمل اسمك بكل فخر، إلى سندي في الحياة إلى من
علمني معنى الكفاح، أتمنى من الله أن يحفظك ويرعاك،
ويطيل في عمرك أبي.

إلى من ساندني ووعمني ووفعني للمضي قدما
زوجي الغالي

وإلى القلوب الطاهرة الرقيقة والتفوس البريئة، إلى
رياحين حياتي وقرّة عيني:
فلذة كبري "إياو" و "ملينا"

الشكر والتقدير

إن هذه الأطروحة ماهي إلا ثمرة لجهودات جبارة وامت لسنوات من
الله علي بختائها، أعمده عمدا كثيرا

وأشكره على نعمه فهو المعين، فإن وقفت فمن الله وإن أخطأت

فمن نفسي.

وعليه أتقدم بالشكر الجزيل إلى المولى عز وجل لمنحه لي القوة والصبر
للاستمرار والمضي قدما، الحمد لله.

وأخص بالشكر الجزيل مع أسمى آيات الامتنان والحببة الأستاذ المشرف:

الدكتور: بن شعبان محمد الصالح

الذي علمني معنى التفاؤل والمضي إلى الأمام

إلى من كان بجانبني وكان عوناً لي في محثي ونورا يضيئ الظلمة

الأستاذ الدكتور: معلم يوسف

كما أتقدم بكامل الشكر والامتنان لأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم قراءة
هذا البحث ومناقشته.

فجزاهم الله عني كل خير لهم مني كل التقدير والاحترام

قائمة المختصرات:

أولاً: باللغة العربية:

- إ.ق: اجتهاد قضائي.
- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- ج: جزء.
- د.ت: دون تاريخ.
- د.ط: دون طبعة.
- د.ص: دون صفحة.
- ص: صفحة.
- ط: الطبعة.
- ع: العدد.
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق.ج.ج: قانون الجنسية الجزائري.
- ق.د.خ: القانون الدولي الخاص.
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.
- ق.م.م: القانون المدني المصري.
- ق.ح.م.ج: قانون الحالة المدنية الجزائري.
- ق.أ.ش: قانون الأحوال الشخصية الجزائري.
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق.م.ع: قرار المحكمة العليا.
- م.أ.ش.ت: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- م.أ.م: مدونة الأسرة المغربية.
- م.ع: المحكمة العليا.
- م.ق.د.خ.ت: مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

- م.ق: المجلة القضائية.
- م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.
- ن.ق: النشرة القضائية.

ثانياً: باللغة الفرنسية

- Art :Article.
- C.A : cour d'appel.
- CAA : Cour administrative d'appel
- Cass : cour de cassation.
- Cass.Civ : Arrêts des chambre civiles de la cour de cassation.
- C.C.F : code civile français .
- Ch. Civ : chambre civile.
- CNF : code de la nationalité française
- Cons : consulter.
- DEA : Diplôme des études approfondies.
- DIP : droit international privé.
- Edi : édition.
- J.D.I : Journal du droit international.
- JORF : journal officiel de la République française
- L .G.D.J : Librairie Générale de Droit et de jurisprudence.
- N° : numéro.
- O.P.U : Office des publications universitaires.
- OP.CIT : ouvrage précédemment cité.
- P P : de page à la page.
- P : page
- RJOI : revue juridique de l'océan indien
- RVST : Revue Vie sociale et traitements.
- UE : Union européenne.



المقدمة

يعتلي الزواج قضايا الشؤون الاجتماعية والأسرية لما فيه من أهمية في بناء المجتمعات وحفظ النسل وتقارب الأجناس، ولما تلتحم فيه من مظاهر وخصائص فردية وجماعية، وهو كذلك من أمتن الروابط الشرعية التي نالت الرعاية الفقهية البالغة لدى مختلف الأديان والأعراف تبعاً لما يحتاجه من ضبط ونمذجة فكرية وشرعية تتحدد فيها معالمه وترسم من خلالها حدوده، وتجعله مختلفاً ومقدساً ومنزهاً عن أصناف البغاء والفساد، لذا حظي بالعناية في جل التشريعات الوضعية من خلال تنظيم جميع جوانبه عناية مستمدة من التعاليم الدينية والقيم والعادات والأعراف السائدة في كل مجتمع، غير أن مرجعية هذه النظم القانونية وتشعب مسائل الزواج واختلاف الأديان والأجناس وتعدد وجهات نظر الفقهاء والمشرعين، أدى إلى اختلاف الأحكام الواردة في شأنه.

ولا شك أن أعقد مسائل الزواج اختلافاً وتشعباً مسألة الزواج المختلط الذي زاد انتشاره مع تطور وسائل الاتصال الرقمية وكسرها واختزالها الحدود الجغرافية والزمانية بين المجتمعات، فضلاً عن تزايد الهجرة نحو الخارج مع الحركات التجارية الاقتصادية والهجرة التاريخية بسبب الحروب، وكذا الرحلات السياحية وولع الشباب المعاصر بالعالم المتقدم من كلا الجنسين؛ فلا شك أن هذا التقارب الجغرافي والحضاري يؤدي حتماً إلى ذيوع وانتشار نماذج كثيرة من الزواج المختلط، وهذا ما هو ملاحظ ومشهود في العالم بأسره.

ويقصد بالزواج المختلط الزواج الذي يتم بين رجل وامرأة يختلفان في الجنسية وكذا الديانة حسب منظور بعض التشريعات، ولا يكون هذا الزواج إشكالية في نشأته بقدر ما يواجه مشكلات في إبرامه وانعقاده وانحلاله لدى تشريعات الدول، هذا ما يجعله نموذجاً وميداناً خصباً للتنازع في العلاقات الدولية الخاصة بين أنظمة قانونية علمانية وأنظمة قانونية إسلامية، ذلك أن قواعد القانون الدولي الخاص ما هي إلا نصوص قانونية وطنية يضعها المشرع الداخلي لكل دولة استناداً لمرجعياته الدينية أو العرفية، الأمر الذي يؤدي حتماً إلى اختلاف نظرة كل مشرع في سن أحكامه وتحديد ضابط الإسناد الذي يقودنا إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي؛ أي الزواج المختلط .

وعليه أصبح زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب يثير إشكالا كبيرا في المجال القانوني تترتب عنه صعوبة في التوفيق بين قانونين أو أكثر، ومشاكل قضائية معقدة في منازعات الحضانة والنسب والميراث على وجه الخصوص، ناهيك عن معضلات الواقع الاجتماعي جراء عدم التوافق

الزواجي وصعوبة الامتزاج مع الطرف الآخر مع ما يحمله من اختلاف في الدين واللغة والعادات والتقاليد، الأمر الذي أدى إلى ارتفاع معدل الطلاق في صفوف الزوجات المختلطة، زيادة على ذلك الإشكالات السياسية التي تمس الفرد في مسائل الجنسية والاندماج، فكل دولة تبحث على فرض سيادتها حتى لو كان ذلك على حساب مصلحة مواطنيها.

على هذا الأساس أولى المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة أهمية بالغة لهذا النوع من الزوجات ووضع آليات قانونية لحماية حقوق أفرادها، ذلك لأنه أكثر العلاقات تعرضا لتنازع القوانين وتدخل النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تبعا لاختلاف شروط وشكل انعقاده وآثاره وانقضائه من بلد إلى آخر، ويبدو جليا اهتمام المشرع الجزائري بهذا الموضوع من خلال مختلف التعديلات التي مست قانون الجنسية¹ والقانون المدني² في شق قواعد التنازع من حيث المكان.

في هذا السياق وضمن هذا الإطار البحثي القانوني تتحدد معالم الموضوع؛ حيث تظهر أهميته العلمية والعملية والنظرية كما سبق ذكره، وفي كونه يعالج أسمى رابطة وهي رابطة الزوجية التي تعد اللبنة الأولى في بناء المجتمع، والتزايد المستمر لظاهرة الزواج المختلط في الجزائر وما خلفه من مشكلات وخلافات وجدل قانوني وفقهي وقضائي في العلاقات الدولية الخاصة، لذلك ارتأينا أن نعالج أهم جوانبه القانونية والقضائية والفقهية المتعلقة بتكييف مسائله وتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعاته، والمعوقات التي تواجهه بالتأصيل مع قوانين الأحوال الشخصية وقواعد التنازع، ومن ثم إبراز انعكاساته على حقوق الزوجين والأولاد، فيؤثر على جنسيتهم إما بالكسب أو بالفقد، وعلى ميراثهم إما بالزيادة أو النقصان أو الحرمان، فضلا عن تأثيره على المنازعات المترتبة عن انحلاله كالنفقة أو التعويض أو متاع البيت أو حضانة الأولاد. وهذا كله بإجرائنا مقارنة وتحليل لنماذج من مسائل الزواج المختلط لدى بعض التشريعات؛ الجزائري، والفرنسي، والتونسي، والمصري ليكون بذلك عنوان الأطروحة موسوما بـ " الزواج المختلط وانعكاساته على الوضع الحقوقي للأسرة (دراسة مقارنة)".

¹ - الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، العدد 15، الصادرة في فبراير 2005.

² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادرة في سبتمبر 1995، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر، العدد 31، الصادرة في مايو 2007.

ولما كان لكل موضوع أسباب اختيار ودواعي للميل والرغبة في اكتشافه وسبر أغواره، فإن لهذا الموضوع أسباب اختيار ذاتية وموضوعية قادتنا نحو طرحه ومعالجته نوجزها كالآتي:

- الرغبة في معالجة القضايا المتجددة التي تتسم بالحركية والتطور المستمر، كون الزواج المختلط مسألة قانونية تحتاج التعديل والمراجعة الدائمة، بسبب ازدياد انتشاره في المجتمع الجزائري مع الانفتاح الحضاري الراهن.

- القصد في معالجة المسائل القانونية التي تلامس الجوانب الاجتماعية والواقعية في ميدان التشريع أكثر من البحث في تحليل المواد القانونية كمرجع.

- ملاحظتنا ودرايتنا بالعديد من القضايا القريبة التي وجد أطرافها صعوبة ومعاناة في تسجيل وإثبات زواجهم المختلط، مما يستدعي البحث والدراسة.

- توضيح الوجه الحقيقي للزواج المختلط وما يترتب عنه من مشكلات تعصف بالحياة الأسرية للزوجين وبأحوالهم الشخصية، وبالأخص في القضايا المتعلقة بإثباته أمام المحاكم الجزائرية، ومسائل اكتساب الجنسية وفقدانها، والصعوبات التي تعانيها الجالية الجزائرية بالخارج بشأن توزيع التركة بين الورثة خاصة وأن الأنظمة الغربية لا تؤمن إلا بتقافة الحرية والمساواة بين الجنسين، بالإضافة إلى قضايا الطلاق والآثار المترتبة عنه كمنازعات الحضانة.

ويطرح هذا الموضوع على غرار البحوث القانونية إشكالية جوهرية تتمثل فيما يأتي: ما مدى كفاءة الآليات الوضعية المقررة لمواجهة النزاعات المتعلقة بمسائل انعقاد الزواج المختلط وانحلاله في القانون الدولي الخاص الجزائري والمقارن وكيف انعكس ذلك على حقوق الزوجين وحقوق الأبناء؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية الأسئلة الفرعية الآتية:

- ما مفهوم الزواج المختلط؟ وما معايير تصنيفه كمختلط لدى مختلف التشريعات؟ وما محددات التكيف القانوني لمسائله؟.

- كيف يتم إثبات الزواج المختلط المنعقد في الخارج أمام المحاكم الجزائرية؟ وما المشكلات القانونية التي تواجهه؟

- ما هو القانون الواجب التطبيق لحكم مسائل انعقاد الزواج المختلط وانحلاله من بين القوانين المتنازعة؟.

- ما هي آثار انعقاد وانحلال الزواج المختلط؟ وما انعكاسات ذلك على حقوق الزوجين والأبناء الوطنيين والأجانب خاصة في مسائل الحضانة والنسب والجنسية والميراث والنفقة؟

- ما المعوقات التي تواجه القاضي أثناء فصله في نزاع يتعلق بالزواج المختلط على مستوى تكيف مسائله والقانون الذي يحكمه وتصادم هذا القانون مع مقتضيات النظام العام داخل دولته، وكذا تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بشأنه؟

إن هذه التساؤلات قادتنا إلى طرح مجموعة من الفرضيات علنا نوفق في إثبات صحتها وهي:

- اختلاف مفهوم الزواج المختلط من تشريع لآخر يؤدي إلى تباين التشريعات في الاعتراف به وبآثاره.

- تعتري مشكلة التكيف القانوني الزواج المختلط، حيث يواجه القاضي صعوبة تحديد الطبيعة القانونية لتصنيف المسألة المعروضة عليه وإيجاد القانون الواجب التطبيق عليها.

- يثير الزواج المختلط إشكالا قانونيا لدى مختلف التشريعات وهو أكثر مجال يثار فيه تنازع القوانين سواء عند إبرامه أو بعد انحلاله وما يترتب عليه من آثار، تبعا لاختلاف تشريعات الدول في سن قوانين أحوالها الشخصية مما يتعذر توحيدها.

- إن الطابع العام لقواعد التنازع المكرسة في منازعات الزواج المختلط وغموضها يؤدي إلى إثارة إشكالات قضائية، الأمر الذي انعكس على حقوق الزوجين والأطفال.

- تختلف مواقف التشريعات في مسألة تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في قضايا الأحوال الشخصية، وخاصة تعدد الزوجات والتبني والميراث وزواج المسلمة بغير المسلم وزواج المثليين.

وبناء على ما سبق تتجلى الأهداف المرجوة من خلال هذه الأطروحة إذ نوجزها فيما يأتي ذكره وبيانه:

- رصد أهم الإشكالات القانونية التي يثيرها الزواج المختلط وبيان التكيف القانوني لمسائله، وتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن انعقاده وانحلاله وآثاره ومدى توافقه مع مسألة النظام العام.

- رصد المواقف التشريعية والقضائية والفقهية، ومقارنتها بمواقف التشريعات المقارنة والاستفادة منها في كيفية التعامل مع الإشكالات المترتبة عن الزواج المختلط، ومحاولة إبراز بعض النقاط التي أغفلها

المشرع الجزائري.

- إبراز المعوقات التي تواجه القاضي الجزائري حين فصله في نزاع متعلق بالزواج المختلط، ومحاولة اقتراح حلول بشأنها للمنظومة القانونية الجزائرية المؤطرة لهذا الموضوع.

- محاولة حصر الموانع التي تحول دون تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن قضايا الزواج المختلط.

- إبراز مدى تأثير انعقاد وانحلال الزواج المختلط على حقوق الزوجين والأبناء إذ يحرم البعض منها أو يكسب أخرى.

للإحاطة بجوانب الموضوع والإجابة عن الإشكالية والتساؤلات الفرعية وتماشيا مع الأهداف المسطرة، اعتمدنا على بعض المناهج التي نراها مناسبة في الطرح والوصول إلى النتائج المرجوة، أهمها المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية بشأن الزواج المختلط لأنه يتعلق بأكثر المجالات القانونية الاجتهادية في الفقه والقضاء نتيجة غياب أو عدم كفاية النصوص القانونية، عسى أن تشير هذه القراءة التحليلية إلى النقاط التي أغفلها المشرع الجزائري.

ولما كانت المقارنة سبيل قوي للإيضاح والشرح، اتبعنا المنهج المقارن كلما دعت الضرورة من خلال الوقوف على نماذج من النصوص القانونية والمواقف الفقهية والاجتهادات القضائية المقارنة العربية منها والغربية، مع إبراز موقف المشرع الجزائري كونه التشريع الخاص ببلد الباحثة، والمصري باعتباره المصدر التاريخي الذي نقلت عنه أغلب القوانين العربية قواعد التنازع من بينها القانون الجزائري كمقارنة اعتيادية، بالإضافة إلى المقارنة المغايرة التي تضمنت التشريع التونسي للاختلاف الجلي في أحكام أحواله الشخصية مقارنة بباقي القوانين العربية والقانون الجزائري، وفي كونه مثال في شمولية وضبط وتنظيم قواعد التنازع، كذلك المشرع الفرنسي لأنه الأكثر تجسيدا للزيجات المختلطة الجزائرية الفرنسية، كما اعتمدنا المنهج الحقوقي الشكلي لدراسة الخلفية القانونية للموضوع بالإضافة إلى المنهج الاستدلالي لاستخلاص النتائج والوقوف على مدى صحتها، مع شيء من المنهج الإحصائي من خلال عرض إحصائيات الزواج المختلط في الجزائر للسنوات الماضية.

ولما كان كل بحث جاد تعثره صعوبات وعراقيل تعترض سبيل الباحثة في إنجازه نوجز ما واجهناه من صعوبات جديرة بالذكر كالاتي:

– يشكل الموضوع في جوهره إشكالية مطروحة في قضايا الفقه والقضاء والقانون؛ بل هو من أعقد المسائل، لذا فلا غرابة أن يكون البحث فيه مشوبا بصعوبة التحليل والتفسير.

– تشعب الموضوع وضرورة الاطلاع الميداني لتفسير وتحليل العديد من المسائل القانونية في بعض التشريعات الأجنبية خاصة الفرنسي منها وهو ما يتيح التريص العلمي الذي لم تحظى الباحثة به نحو هذا البلد.

– تفرع وتعدد النصوص القانونية التي تحكم مسائل الزواج المختلط منها؛ القانون المدني، قانون الجنسية، قانون الأسرة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون الحالة المدنية.

– صعوبة المقارنة وتحديدًا في هذا البحث بين التشريعات المقصودة بالدراسة وكذلك مقارنة عديد المسائل والمعضلات في الزواج المختلط بين التطبيق القانوني والتأصيل الفقهي الإسلامي وغيره من الشرائع الدينية. لكن وبتوفيق الله عز وجل تم تذليل هذه الصعوبات وتجسيد الأطروحة من مقترح وتصور أولي إلى ما هي عليه من ترتيب وإخراج.

ولتقسيم موضوعنا اعتمادنا خطة ثنائية تتضمن بابين رئيسيين يتصلان اتصالا مباشرا بالموضوع محل الدراسة، وقد ارتأينا تبويب الخطة العامة على النحو التالي:

يعالج (الباب الأول) انعقاد الزواج المختلط وانعكاساته على الوضع الحقوقي للأسرة والذي قسمناه إلى فصلين: تضمن (الفصل الأول) الأحكام المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة، وذلك من خلال مبحثين (المبحث الأول) تأصيل فكرة الزواج المختلط والتكييف القانوني لمسائله، (المبحث الثاني) القانون الواجب التطبيق في انعقاد الزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه.

أما (الفصل الثاني) فهو بعنوان: الآثار المترتبة عن الزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة، وقد قسمناه إلى مبحثين، فأما (المبحث الأول) الآثار الشخصية للزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة، و(المبحث الثاني) الآثار المالية للزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة.

وقد جاء (الباب الثاني) بعنوان: انحلال الزواج المختلط وانعكاساته على الوضع الحقوقي للأسرة والذي تضمن فصلين: (الفصل الأول) صور انحلال الزواج المختلط والقانون الذي يحكمه في

إطار العلاقات الدولية الخاصة. وفيه مبحثين (المبحث الأول) صور انحلال الزواج المختلط في الشرائع الدينية والتشريعات الوضعية، (المبحث الثاني) القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة.

أما (الفصل الثاني) موسوم بالآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط والقانون الذي يحكمها في إطار العلاقات الدولية الخاصة، والذي قسمناه إلى مبحثين: (المبحث الأول) الآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط بالوفاء والقانون الذي يحكمها، أما (المبحث الثاني) الآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط بالطلاق والقانون الذي يحكمها.

الباب الأول:

انعقاد الزواج المختلط
وانعكاساته على الوضع
الحقوقى للأسرة

تمهيد وتقسيم:

عبر التاريخ كان الزواج وسيلة تقارب بين الشعوب والقبائل، وكانت القبائل تضمن به أمانها وسلامها عبر التزاوج مع بعضها البعض، وكان لا فرق بين عربي وأعجمي إلا بالتقوى ثم تدريجيا انتقلت الشعوب إلى حياة الحضر، وتشكلت هوية جديدة مبنية على المناطقية، وتشكلت معها أسوار تقلص الدائرة المجتمعية، ويات من معايير الزواج أن يكون العروسان من أبناء المنطقة الواحدة، وراجت فكرة أن اختلاف الثقافات هو عامل أساسي في فشل الزواج.

أما اليوم مع ازدياد الغربة الاقتصادية خصوصا في صفوف الشباب ومع انتشار مواقع التواصل الاجتماعي بات العالم قرية كونية، وازدادت من جديد حالات الزواج المختلط، لكن لا يزال يرتطم الجيل الجديد في كثير من الأحيان بتمسك محيطه القريب بمقاربتة المناطقية للزواج، ورفضه لتأسيس ثقافة مشتركة وهوية جديدة للمساهمة في كسر الحواجز الثقافية، ودور اللغة في خلق الانسجام وتوطيد العلاقة الزوجية، خاصة حين يتعلق بأزواج مختلفي الجنسيات والديانة ومغتربين.

إن إبرام زواج بين شخصين من جنسيات أو أعراق أو ثقافات أو ديانات مختلفة، أو غير ذلك، يبلور كل التحديات والصراعات التي يواجهها هؤلاء الأزواج من أجل تأكيد هويتهم واستيفاء حقوقهم.

و على هذا الأساس كان الزواج المختلط حقلًا خصبا تتنازع فيه قوانين عدة دول، فقد أصبح النموذج الأمثل للتنازع في العلاقات الدولية الخاصة بين أنظمة قانونية ذات مرجعية علمانية وأنظمة قانونية ذات مرجعية إسلامية، هذا ما جعل طريق انعقاده محفوفًا بالصعوبات. فبما أن قواعد التنازع من القواعد القانونية الوطنية التي يضعها المشرع الداخلي لكل دولة، فإن ذلك يؤدي حتما إلى اختلاف نظرة كل مشرع في تحديد ضابط الإسناد الذي يبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي.

و نظرا لما يترتب من آثار قانونية وشرعية نتيجة لإبرام الزواج المختلط، فالتحديات التي تواجه هذا النوع من الزيجات لا تنتهي ولا تقتصر على انعقاده بل تمتد لآثاره، وتنعكس على الحقوق والالتزامات المتقابلة لكل من الزوج والزوجة، وحتى الأبناء المنحدرين منه، خاصة مع اختلاف الدول في وضع الأحوال والتصرفات في النظم القانونية، فمنها ما يدرج الزواج وآثاره في طائفة الأحوال الشخصية ومنها ما يعتبرها من الأحوال العينية، الأمر الذي يثير إشكالا كبيرا في المجال القضائي حول مدى إمكانية التوفيق بين قانونين أو أكثر لحكم العلاقة القانونية.

وعليه ما هي الصعوبات القانونية التي تعيق إجراءات إبرام الزواج المختلط وإثباته خاصة في ظل التحديات التي تواجه الأزواج متعددي الجنسيات على مستوى الاختلاف الديني والعرقى والثقافي، ودور المجتمع وتفاعله في دعم اختياراتهما؟ وفيما تتمثل الآثار المترتبة عن إبرامه وكيف تنعكس على حقوق كل من الزوجين والأبناء المنحدرين من هذا الزواج المختلط؟

سنحاول من خلال هذا الباب أن نجيب على كل هذه التساؤلات وغيرها، حيث سنتطرق للأحكام المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط في ظل العلاقات الدولية الخاصة ببيان تأصيل فكرة الزواج المختلط، والقانون الواجب التطبيق على شروطه الشكلية والموضوعية، وكذا المعوقات التي تواجه تطبيقه (الفصل الأول) ثم ننتقل للآثار الشخصية والمالية التي تترتب عن انعقاده وكيف تنعكس على الوضع الحقوقي لأفراد الأسرة (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

الأحكام المتعلقة بانعقاد

الزواج المختلط في إطار

العلاقات الدولية الخاصّة

تمهيد وتقسيم:

تولى الله عز وجل عقد الزواج رعاية، وأحاطه بالعناية من بداية قيامه وانعقاده؛ إذ هو العقد الذي تتأسس عليه الأسرة، ومعلوم أنّ بناءها هو بناء المجتمع، وإعدادها هو إعداد أجيال المستقبل في جميع الشعوب على السواء، ومن خلال عقد الزواج، تترتب وتتنظم واجبات الأفراد وتحفظ حقوقهم، لذلك أحكم المولى عز وجل قواعده وضوابطه، وبيّن أصوله وأحكامه بما فيه مصلحة للزوجين وللأسر والمجتمعات، ولم يتركها عشوائية تفسد حياة الناس ومستقبل الأبناء، بل ضبط شروطها وأحكامها، كما تفرّعت من ناحية أخرى واختلفت ضوابطها وقوانينها في دساتير وشؤون الدول، كلّ أمة حسب ديانتها وأعرافها؛ فتشريعات لا تجيز فكّ الرابطة الزوجية مثلا وتعتبرها علاقة مؤبّدة بين الطرفين، وتشريعات أخرى تجيز ذلك من خلال الطلاق باختلاف قوانينه، وتشريعات لا تبيح تعدّد الزوجات، بينما تجيزه وتبيحه الدول الإسلامية من تعاليم الإسلام.

ولا شك أنّ من بين الأحكام والضوابط التي ضبطها الشارع، تنظيم أحكام الزواج في شروطه وأقسامه، من حيث ركن الزوجة والزوج، واختلاف جنسيهما وبلديهما، وكذا ديانتها لما لها من تأثير وتأثر، وهذا ما يتطلّب حتما الدّراية بأحكام الشرع في اختلاف جنسية الزوجين، والمعرفة الدّقيقة بمعتقدات وأعراف وطقوس المجتمعات التي يتزوج أبناؤهم بعضا من بعض، وفق تقاليد محدّدة، وهذا الزواج اليوم، يدعى بالزواج المختلط.

وإنّ اختلاف المرجعية الدّينية والانتماء العرقي في الزواج المختلط، يختلف حتما باختلاف تشريعات الدول، اختلافا بيّنا في أسلوب تنظيم هذا العقد، وهذا ليس تبعا للدّيانة فحسب، بل لاختلاف العادات والتقاليد والأعراف السائدة لدى كلّ دولة؛ فقد يكيّف قانون دولة ما، علاقة معيّنة بأنّها علاقة زواج شرعي، في حين يعتبرها قانون أخرى غير شرعية، كما تتباين تشريعات الدول في كيفية انعقاده؛ فقد يكون دينيا، أي يتمّ وفق الشرائع الدّينية المنصوص عليها في الكتب السماوية، وقد يكون مدنياً يتمّ حسب قانون الدولة المنعقد فيها.

باعتبار هذا الاختلاف الجلي، نال الزواج المختلط اهتماما أكبرا من حيث تنازع القوانين في ظلّ العلاقات الدولية الخاصة، كونه موضع خلاف ونموذج أمثل لتنازع عدّة تشريعات؛ فكلّما كانت الرابطة الأسرية تحتوي على عنصر أجنبي من حيث أشخاصها أو موضوعها أو سببها، فتحت المجال لتنازع القوانين؛ ومرد ذلك، اختلاف منظور كلّ مشرّع في تحديد ضابط الإسناد الذي يبيّن القانون الواجب

تطبيقه في العلاقة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي، وهذا ما يثير طبعاً إشكالا واسعا في المجال القانوني والقضائي حول إمكانية التوفيق بين قانونين أو أكثر في حكم العلاقة القانونية الواحدة.

وحتى يكون عقد الزواج المختلط صحيحا، يجب أن تتوفر فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية، غير أنّ تحديد ما يدخل في نطاق الشروط الموضوعية أو الشكلية، يعتمد على إجراء التكييف؛ حيث يقوم القاضي بتحديد الطبيعة القانونية للواقعة المعيّنة، وهي عملية أساسية تتوقف على معرفة القانون الواجب تطبيقه¹، وتجدر الإشارة هنا، أنّ الدول تختلف في إجراء التكييف؛ أي في وضع الأحوال والتصرفات للنظم القانونية، وهذا ما يسمى بتنازع التكييفات.

من خلال ما سبق، نقف عند تأصيل مسألة الزواج المختلط والتكييف القانوني لها ضمن **المبحث الأول** من دراستنا، ثم نتناول بالتحليل والنظر القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد هذا النوع من الزيجات، الشروط الشكلية منها والموضوعية، وهذا ضمن **المبحث الثاني**.

¹ - رجاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة القانون الدولي والتنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، المجلد 4، العدد 1، 2016، ص 108.

المبحث الأول:

تأصيل مسألة الزواج المختلط والتكييف القانوني لها.

يعدّ الزواج من أهمّ مواضيع الأحوال الشخصية، إذ يشكّل يتطلب تنظيمًا دائمًا من الأحكام القانونية؛ ذلك لارتباطه بالمفاهيم الدينية والاجتماعية والسياسية في كلّ دولة، وتتصف علاقات الزواج في الإسلام خاصّة، بخصائص تميّزها عن منظور الزواج في الشرائع الأخرى¹، وهي مخالفة لها جذريا في الغالب². ولعلّ هذا ما يطرح مشكلة كبيرة في الزواج الذي يشتمل على عنصر أجنبي، وهي اختلاف طبيعته القانونية من دولة إلى أخرى؛ فقد يكون مشروعًا وقانونيًا في الدولة التي منها الزوج، بينما يكون عكس ذلك وغير معترف به نهائيًا في الدولة التي تنتمي إليها الزوجة، وهذا راجع كما أسلفنا الذكر إلى اختلاف قوانين الدول في تنظيم الروابط الزوجية.

على هذا الأساس، سنتطرق للتأصيل التاريخي والفهمي والقانوني للزواج المختلط ضمن (المطلب الأول)، ثمّ ننتقل إلى دراسة التكييف القانوني لمسائله (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التأصيل التاريخي والفهمي والقانوني للزواج المختلط

لا شكّ أنّ ما يشهده العالم المعاصر من تطوّر قلص من المسافات والحدود الجغرافية بين مختلف الشعوب سواء على النطاق الدولي أو المحلي، كما أدى إلى تقارب الثقافات والميول وانفتاح الطوائف واختلاطها، وقد نتج عن ذلك تغيير في الثقافة والوعي الديني والعقائدي، الأمر الذي ضاعف

¹ - الزواج في الديانة المسيحية مثلاً يختلف عن الزواج في الإسلام؛ كون الدين المسيحي يحرم تعدد الزوجات ويحرم الطلاق، بالإضافة إلى أنّ المرأة في نظر المسيحية سبب التعاسة والخطيئة لدرجة أنّ أحد رجال الدين الفرنسيين في القرن الثاني عشر، أعلن الحرب على كل النساء دون استثناء، كما وصفهن بأسباب الشرور والآثام في العالم، ووصل الأمر بأحد القسيسين، أن يتساءل عما إذا كان هناك ضرورة من خلق النساء. وجاء بولس ليؤكد هذه الفكرة ثمّ بعده مارتين لوتر قائد التجديد والإصلاح الذي رأى أنّ الزواج عقاب للمرأة، ووظيفتها الوحيدة هي طاعة الرجل والإنجاب حتى يتزايد عدد المسيحيين. أنظر: صالح محمد محي الدين الكيلاني، مسائل الأحوال الشخصية بين الديانات الثلاث (اليهودية-المسيحية-الإسلام)، ط 1، دار يافا للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 117-118.

² - ثامر حمود هادي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2014، ص 326.

من نسبة الزيجات المختلطة¹ والتي تتعقد بين رجل وامرأة مختلفين من حيث الجنسية أو الديانة أو الطائفة.²

وبهدف التّأصيل الفقهي والقانوني للزّواج المختلط، ارتأينا التّطرق لكرونولوجيا هذا الزّواج، وكيف كانت بدايته في المجتمع الإسلاميّ عموماً، والمجتمع الجزائريّ خصوصاً (الفرع الأول)، ثمّ تحديد مفهومه الفقهي والقانوني، وبيان صورته (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التّأصيل التاريخي للزّواج المختلط في المجتمع الإسلاميّ والجزائريّ:

إنّ التّزاوج بين متعدّدي الجنسيات، ليست مسألة جديدة على المجتمعات الإسلامية عموماً، والمجتمع الجزائريّ خصوصاً، فمن أسباب انتشاره قديماً بين المسلمين والغرب، الفتوحات الإسلامية غالباً، أما في المجتمع الجزائريّ، فسببه الاستعمار الفرنسي وكثرة الهجرة والحرب الدموية آنذاك، وعليه سنبين كرونولوجيا الزّواج المختلط في الإسلام (البند الأول)، ثمّ في المجتمع الجزائريّ (البند الثاني).

البند الأول:

كرونولوجيا الزّواج المختلط في المجتمع الإسلاميّ

لا يقتصر الزّواج المختلط على مجتمع واحد، بل تشهد الأمثلة والأحوال والسّير والقصص في تاريخ الإنسانية زيجات مختلطة كثيرة، فقد كان زواج النبي المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم بماريا القبطية أول زواج مختلط في الإسلام، ثمّ ازداد هذا الزواج شيوعاً مع الفتوحات الإسلامية، خاصة في تاريخ الأندلس؛ فقد كثرت بين المسلمين وأهل الأندلس؛ حيث أصبحت ظاهرة شائعة ومعروفة في

¹ - تجدر الإشارة أنّ الزّيجات المختلطة ترتفع ارتفاعاً حاداً في الغرب والولايات المتحدة الأمريكية؛ ففي فرنسا، تمثّل ما يقرب 10%، وفي ألمانيا 7%، وفي بلجيكا 11 % سنة 1989، وتتضاعف هذه النسب ثلاث مرات في سويسرا. أنظر:

Mathieu Habji, Delphine Verien, Le mariage mixte Du désir à la haine, Revue VST (Vie sociale et traitements), no 76, 2002/4 .

² - ألفي بقطر حبشي، الزواج المختلط وأحكامه في القانون المصري، أنظمة الأحوال الشخصية (خبرات في قوانين العائلة والزواج المختلط والتبني)، وقائع ثلاث ندوات عقدت في ايانابا قبرص بدعوة من مجلس كنائس الشرق الأوسط وحدة التربية المسيحية في 24 إلى 28 / 11 / 1986 و 13 إلى 16 / 6 / 1988 و 7 إلى 11 / 8 / 1989، بيروت لبنان، 1990، ص 200.

إسبانيا الإسلامية والمسيحية على السواء، وتتماشى مع عادات هذه البلاد، وإن كان زواج المسلمين من الإسبانيات المسيحيات، أكثر شيوعاً من زواج المسلمات بمسيحيين¹.

ويشهد التاريخ بهذا؛ حيث ما إن وطئت أقدام العرب الفاتحين الأندلس سنة (92هـ/710م)، حتى شاع الزواج المختلط على نطاق واسع، ودليل ذلك الزيجات التي قامت بين الجانبين العربي الإسلامي والإسباني، ذلك أنّ الفاتحين دخلوا الأندلس دون نساء، عندها اضطرتهم الحاجة إلى الزواج من فتيات أهل البلاد المفتوحة، واتخاذهن زوجات ثم أمهات لأولادهم².

وحديثاً بدأ المسلمون الهجرة إلى الدول الغربية بعد منتصف القرن العشرين، جماعات وأفراداً، قد أجبرتهم ظروف شتى حلت بهم وببلادهم، نتيجة ما ألمّ بهم من نكبات وأزمات وحروب. ولم تكن بواعث تلك الهجرة متّحدة في أهدافها ومسبباتها، بل كانت متفاوتة، ولم تكن وليدة حقبة زمنية ضيقة، بل كانت ممتدة زمنياً، حيث بدأت منذ الخمسينات، وتتابع حتى بلغت أوجها في التسعينات، إلى أن أصبح المسلمون المهاجرون إلى بلاد الغرب، يشكلون جالية لا يستهان بها، يصل تعدادها إلى أكثر من 22 مليون نسمة موزعة بين أوروبا وأمريكا. وقد ذاع معها الزواج المختلط، حتى وجد علماء الإسلام أنفسهم أمام ظاهرة لم تكن مألوفة من قبل، فاضطرت أقوالهم في إطلاق الأحكام عليها³.

البند الثاني:

كرونولوجيا الزواج المختلط في المجتمع الجزائري

ظهر الزواج المختلط في المجتمع الجزائري ثمّ سرعان ما انتشر بصفة أكثر وضوحاً أثناء الفترة الاستعمارية، ومن أشهر أمثله، زواج كلّ من مالك بن نبي ومصالي الحاج من امرأة فرنسية، ومع بداية الاستقلال (منذ 1962)، بدأ الإقبال على الزواج المختلط؛ ومنه زواج الجزائريين من الروسيات أثناء المرحلة الاشتراكية والاتحاد السوفياتي (1965-1989).

¹ - عون عمار، التوافق الزواجي (دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري- عربي والزواج المختلط الجزائري- أجنبي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2013-2014، ص 44-45.

² - خالد حسن حمد الجبالي، الزواج المختلط بين المسلمين والإسبان من الفتح الإسلامي للأندلس وحتى سقوط الخلافة (92-422)، ط3، مكتبة الآداب، القاهرة، 2009، ص 9.

³ - سالم بن عبد الغني الزافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار ابن الحزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002، ص 5-6.

ومع تزايد العوامل المؤثرة والمساعدة في انتشار الزواج المختلط في الآونة الأخيرة نتيجة المدّ العولمي ومواقع التّواصل الاجتماعي، وسرعة التّقدم التكنولوجي، وتأثيراتها على المجتمع، فإنّ الزيجات المختلطة الجزائرية - الخارجية، لم تعدّ محصورة مع جنسية أجنبية واحدة، بل تعدّت ذلك واتسعت، ولم تقتصر على بلد معيّن¹.

والمألوف في الزواج المختلط زواج الشّباب الجزائري من أجنبيات مع الهجرة لأغراض الدّراسة أو العمل، إلا أنّ الأمر تعدى ذلك، وانتقل إلى زواج الجزائرية بأجنبي؛ حيث يشهد المجتمع ارتفاعاً في حالات زواج جزائريات من أجنب، ومن جنسيات مختلفة؛ كالصّين وتركيا، ناهيك عن الجنسيات العربية التي تتمّ من خلال الرّحلات السّياحية، أو عبر مواقع التّواصل الاجتماعي، أو الدّراسة خارج البلد، بالإضافة إلى المعاملات الاقتصادية بين الدّول، وطلبات اللّجوء السّياسي إلى الجزائر مع الحروب النّاشبة في البلدان العربية المجاورة.

شهدت الجزائر في الآونة الأخيرة المئات من حالات الزواج المختلط، وقد سجّل فيها الفلسطينيون والسوريون النّسبة الأكبر من مجموع نسبة الزيجات التي تلقى قبول الفتيات الجزائريات. إلا أنّ الإشكال الذي يواجهه الرّاعبون في الزواج المختلط في الجزائر - خاصة الفتاة -، هو استحالة إبرام وتدوين هذا العقد من الزواج مع شخص أجنبي في مكاتب الحالة المدنية الجزائرية، حتى لو كان مسلماً ومن دول الجوار، كون الإدارة الجزائرية ترفض مثل هذه الزيجات، بل تتخذ إجراءات وقائية حفاظاً على سلامة التّراب الوطني، وأصبحت في الآونة الأخيرة تمارس تضييقاً ومراقبة على زواج الجزائريين من الأجنبي بسبب المخاوف الأمنية²؛ ففي منظور الإدارة الجزائرية، الزوج الذي لا يحمل الجنسية

¹ - عون عمار، المرجع السابق، ص 44-45.

² - وهو نفس السبب الذي ساهم في انخفاض عدد الزيجات المختلطة في فرنسا من 42623 في عام 2004 إلى 31606 في عام 2009، أي 12.89٪، تتشكل غالبية هذه الزيجات مع زوج من مواطني دول شمال إفريقيا، الأوروبيين غير الفرنسيين، مواطني دول إفريقيا جنوب الصحراء والآسيويين (الأترك والصينيون على وجه الخصوص). ويرتبط هذا الانخفاض في عدد الزيجات المختلطة بالتشدد التشريعي (قانون ساركوزي 24 يوليو 2006) الذي يضاعف المتطلبات والقيود والضوابط المفروضة على الزيجات المشتبه في كونها "ملائمة". من ناحية أخرى ارتفع عدد حالات زواج الفرنسيين بالخارج من 23546 في عام 1995 إلى 48301 في عام 2009. أنظر:

Mustapha Harzoune, histoire de l'immigration, Article publier en 2012 sur le site: <https://www.histoire-immigration.fr/questions-contemporaines/societe-et-immigration/qu-est-ce-qu-un-couple-ou-un-mariage-mixte> consulter le 07/08/2018. A 23: 00h.

الجزائرية، دائما موضع شك وريب¹.

ولأسباب أخرى، منعت السلطات الجزائرية خلال السنوات الأخيرة عدّة زيجات مختلطة بعد تنامي زواج الجزائريين خاصّة الفتيات من جنسيات غير مألوفة، كالصينيين أو الأفارقة أو الإيرانيين، بسبب مخاوف نشر المعتقدات الغريبة والعادات الدّخيلة على المجتمع الجزائري، كما أُلقت القبض على الكثير من الشّبكات المتخصصة في نشر التّصراية عبر الزّواج المختلط وشبكات الجوسسة، وتمّ تسجيل حالات من الزّواج تحوم حولها شكوك عن وجود أغراض استخباراتية ورائها².

وانّ هذا التّضييق الذي تفرضه الإدارة الجزائرية ويعيق إبرام الزواج بين جزائري وشخص لا يحمل الجنسية الجزائرية وبالخصوص المرأة التي تجد عدة عقبات، قد تنتهي بالفشل³، وهذا ما دفع بالكثير من الجزائريين اللجوء إلى دولة تونس لتوثيق زواجهم؛ إذ لا يمنع قانونها إبرام زواج الأجنبي على أراضيها، حيث وجد الجزائريون ضالّتهم في الزّواج بمن يرغبون ممن يختلفون معهم في الدين والهوية والجنسية، بإجراءات سهلة وبسيطة، مروراً بالسّفارة الجزائرية في تونس.

غير أنّ هذه الظاهرة، باتت تقلق السلطات الجزائرية، كون لم يعد بإمكانها التحكم في مراقبة هذه الزيجات أو التّأكد من هوية الأزواج الأجنبي؛ وأصبح من العسير كذلك، إجراء عملية إحصاء هذه الظاهرة؛ لأنّ إبرام عقد الزّواج لم يتمّ في بلاد الزوج ولا الزوجة، لهذا قرّرت التشريعات الجزائرية عدم الاعتراف بها وتصنيفها مع أصناف "الزّواج العرفي"⁴.

وعلى هذا الأساس، بات زواج الجزائريات بالأجنبي، يمثل 50 بالمائة من قضايا إثبات الزّواج

¹ - علجية عيش، جزائريات يُبرمن عقد زواجهن خارج التراب الوطني، مقال منشور عبر جريدة التحرير بتاريخ

2019/10/05، أنظر الموقع: <https://www.altahrironline.com/ara/articles/340998>

تاريخ الإطلاع: 2020/02/02. سا 23: 30.

² - منية غانمي، لهذا السبب يلجأ جزائريون لتونس للزواج من الأجنبي، مقال منشور عبر جريدة العربية نت بتاريخ 2018/04/10، أنظر الموقع:

<https://www.alarabiya.net/north-africa/2018/04/10/%D9%84%D9%87%D8%B0%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D8%A8%D8%A8-%D9%8A%D9%84%D8%AC%D8%A3-%D8%AC%D8%B2%D8%A7%D8%A6%D8%B1%D9%8A%D9%88%D9%86-%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3-%D9%84%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AC%D8%A7%D9%86%D8%A8>

تاريخ الإطلاع: 2019/05/25. سا 22: 00.

³ - علجية عيش، المرجع السابق.

⁴ - منية غانمي، المرجع السابق.

العرفي، الأمر الذي تحوّل إلى ظاهرة تحتاج إعادة النظر؛ حيث تشهد المحاكم الجزائرية اليوم آلاف القضايا في تثبيت الزواج المختلط، والذي يكيّفه القانون الجزائري في إطار الزواج العرفي كونه لم يسجل في الحالة المدنية.

وفي ذات السياق، يؤكد المحامي الجزائري عبد الغني بادي: " أن السلطات الجزائرية لا تعترف بهذه الزيجات التي توثق في تونس أو في أي دولة أخرى، لأنّ القانون الجزائري للإجراءات المدنية والإدارية يشترط أن تمرّ العقود الأجنبية المبرمة في الخارج عبر جهاز القضاء قصد تثبيته في حكم يعطيه الصيغة التنفيذية حتى يصبح نافذا على التراب الوطني".¹

الفرع الثاني:

التأصيل الفقهي والقانوني للزواج المختلط وبيان صورته

تقتضي منا منهجيا طبيعة البحث، التّطرق إلى مفهوم الزواج المختلط من النّاحية الفقهية والقانونية ضمن (البند أول) ثمّ بيان صورته في (البند الثاني).

البند الأول:

المفهوم الشرعي والقانوني للزواج المختلط:

الأصل أن يعقد الزواج بين رجل وامرأة متحدين جنسية وديانة وطائفة وملة، غير أنّ الزواج المختلط هو عقد يتم بين شخصين من ثقافات أو جنسيات أو حتى ديانات مختلفة. بسبب تطور العلاقات الدولية وتسهيلات الاتصال بين الشعوب، والشبكات الافتراضية (الإنترنت)، وتشكل هذه الزيجات مشاكل هائلة، ليس فقط للزوجين المختلطين أنفسهم، ولكن لعائلاتهم، ولمن حولهم. وبيئتهم الاجتماعية، وتأتي هذه الصعوبات حقيقة من الثقافة المزدوجة واختلاف الدين أيضا ومشكلة الأطفال على مستوى اختيار الدين، اللغة السائدة، الإسم، والاحتفالات الدينية (الحفلات، المعمودية، الختان...)².

¹ - مولود صياد، زواج الجزائريّات بالأجانب يتقشّى في ظلّ العولمة وعصر الإنترنت، مقال منشور عبر جريدة الحوار الجزائرية بتاريخ 26/08/2018. أنظر الموقع: <https://www.elhiwardz.com/national/133622> تاريخ الاطلاع: 25/05/2019. سا 20: 00.

² - Abdelouahed MANAF, Problèmes du couple mixte face au droit et la société (cas franco-marocain), Imprimerie NAJAH EL JADIDA, 1990, p 13

وقبل تحديد المفهوم الشرعي والقانوني للزواج المختلط، يختلف مفهوم الزواج سواء في التشريعات الدينية (أولاً) والتشريعات الوضعية (ثانياً).

أولاً- اختلاف مفهوم الزواج في الشريعة الإسلامية والتشريعات الدينية:

بداية الزواج بوجه عام هو الضم والجمع والتداخل، وقد جاء في معناه النكاح، وهو بنفس المعنى في اللغة؛ إذ يقال: تناكحت الأشجار؛ أي إذا انضم بعضها إلى بعض، وتكحت المطر؛ أي إذا اختلط ماؤها بالتراب¹. ولفظ النكاح هو الأكثر شيوعاً في الشريعة والفقهاء من لفظ الزواج، والدليل على ذلك قوله عز وجل: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنِي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَحْسَنُ أَلَّا تَعُولُوا﴾². وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَتْ﴾³. كذلك قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَعْرِفُوا مُحْضَةَ النُّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾⁴.

أما شرعاً فقد أجمعت مباحث الفقهاء في التعريف الشرعي للزواج أو النكاح: "أنه عقد يتضمن استباحة كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع"⁵.

والزواج أمر مشروع تُرغبه الشريعة الإسلامية، وهو مطلوب ومباح، وأدلة ذلك كثيرة؛ منها قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنِي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ﴾⁶. قال الشيخ السعدي رحمه الله في تفسير الآية: أنكحوا ما طاب لكم؛ أي ما وقع عليهن اختياركم من ذوات الدين والجمال والحسب والنسب، وغير ذلك من الصفات الداعية لنكاحهن، وقد رغب الشرع في التعدد، لمن أمن على نفسه الجور والظلم، ووثق القيام بحقوقهن⁷.

1 - ابن منظور، لسان العرب، تحقيق أمين عبد الوهاب والصادق لعبيدي، ط1، دار إحياء التراث، بيروت، 1999، مادة زوج.

2- سورة النساء، الآية 3.

3- سورة النساء، الآية 22.

4- سورة البقرة، الآية 235.

5 - نخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، ط1، مجمع الملك فهد، المملكة العربية السعودية، 2009، ص472.

6- سورة النساء، الآية 3.

7 - عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ط1، دار الإمام مالك، باب الوادي، الجزائر، 2009، ص128.

ومن ثبوت مشروعيته كذلك، قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَانِكُمْ﴾¹. أي أمر الله الأولياء والأسياء على الوجوب تزويج من احتاج ممن هم في ولايتهم وممن تجب عليهم نفقتهم، نساء أم رجالاً، وهذا دليل الوجوب وفضل الزواج².

والزواج صيانة للنفس، وإعافها عن الحرام، وهو بهذا القصد، واجب من قول النبي صلى الله عليه وسلم في ترغيب الشباب فيه: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحفظ للفرج"³.

ولا شك أن من مشروعية وتشريع الزواج حكم عظيمة ومقاصد نبيلة، ظاهرة وخفية، ومنها: إعفاف الفروج، حصول السكينة والأنس والراحة، والألفة بين الزوجين، حفظ الأرحام والأنساب، ضمان النسل البشري، الحفاظ على الأخلاق وتقويم السلوك⁴.

ويختلف مفهوم الزواج في الديانات الأخرى مقارنة مع الدين الإسلامي؛ فالزواج في الكنيسة الكاثوليكية والأرثوذكسية، هو أحد الأسرار السبعة المقدسة، وذلك لأنه أساس العائلة؛ بحيث يصبح به الزوجان جسداً واحداً، ويعلنان عن نيتهما في تأسيس عائلة، ثم يعلن كل منهما قبوله العلني، ويطلباً بركة الرب ليتم تثبيت الزواج⁵، ويعرف الكاثوليك الزواج بأنه: " يعطي كلا من الطرفين للآخر الحق في جسده، ويقبل حقا على الجسد الآخر لمباشرة الأفعال التي تؤدي بذاتها إلى أن يكون لهما أولاد"، أما الإنجيليين البروتستانت، فيعرفونه بأنه: " اقتران رجل واحد وامرأة واحدة، اقترانا شرعياً مدى الحياة"، أما الأرثوذكس، فهو حسب تعريفهم: " سرّ يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن طبقاً للطقوس الأرثوذكسية، يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة والتعاون على شؤون الحياة ويثبت بعقد يجريه الكاهن"⁶.

¹ - سورة النور، الآية 32.

² - عبد الرحمن بن ناصر السعدي، المصدر السابق، ص 527.

³ - سيد سابق، فقه السنة، ج 2، ط 2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 11.

⁴ - نخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، المصدر السابق، ص 472.

⁵ - ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الزواج في المسيحية، أنظر الموقع:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D9%8A%D8%AD%D9%8A%D8%A9

تاريخ الاطلاع: 2019/02/18. ص 3: 00.

⁶ - صالح محي الدين الكيلاني، المرجع السابق، ص 126.

يستنتج من أحكام مختلف التشريعات الطائفية، أنّ الزواج "عقد ثنائي علني ذو صفة دينية، يتفق فيه رجل وامرأة على الحياة معا، بغية التنازل وتبادل التعاون".¹

وعلى الرغم من مشروعية الزواج في الديانة المسيحية، دخل نظام الرهبنة والدعوة إلى التبتل² على المجتمع المسيحي، وذلك عن طريق تعاليم بولس؛ فالزواج عند بولس، ليس غاية في ذاته، وإنما وسيلة لدرء المعصية، ويستند بولس في تفضيل هذا التبتل، على أساس أنّ غير المتزوج وغير المتزوجة، إنّما يركزان كل اهتمامهما لإرضاء الرب، في حين أنّه إذا تزوج الرجل، فإنه ينصرف إلى إرضاء امرأته، وكذلك الحال لو تزوجت المرأة، فإن اهتمامها سينصرف إلى إرضاء زوجها؛ فطريق العزوبية أقصر إلى الملكوت من طريق الزواج، وهذه نظرة بولس للزواج.

والملاحظ أنّ المسيحية، قد فشلت في الدعوة إلى الرهبانية؛ لأنها تتطلب فوق ما يطيقه البشر من احتمال؛ إذ أنّ كبت النوازع الفطرية على هذه الصورة، أمر مستحيل، ودوافع الجسد قوية، وهي تلح وتضغط على صاحبها حتى يستجيب لها.³

أما الإسلام فقد نهى عن التبتل والرهبنة، وقد جاء في أبواب الفقه أنّ الرهبنة والتبتل في أمر الزواج أمر محرّم، مستدلين على ذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْرَمُوا طَيِّبَاتِهَا مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿وَرَهْبَانِيَّةً ابْتَدَعْتُمْوهَا مَا كَتَبْنَاَهَا عَلَيْهِمْ﴾⁵، كما استدلو بما صحّ من أحاديث النبي ﷺ، ومنها حديث مالك ابن أنس المتفق على صحته في شأن الثلاثة الرهط الذين سألوا عن عبادة النبي ﷺ وذكر أحدهم أنّه يعتزل النساء ولا يتزوج، فسمع بذلك النبي ﷺ فقال: "أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكني أصوم وأفطر وأقوم وأنام وأتزوج النساء فمن

¹ - أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعا وفقها وقضاء، ط 2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 31.

² - جاء في تعريف الرهبنة في معجم اللغة أنها "التخلي عن أشغال الدنيا وترك ملاذها والزهد فيها والعزلة عن أهلها". أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2008، مادة ملة، ص 886. أما التبتل فهو "الانقطاع المطلق عن الشيء، ومنه الانقطاع عن النساء". أنظر: نفس المصدر، ص 82.

³ - صالح محي الدين الكيلاني، المرجع السابق، ص 120 وما يليها.

⁴ - سورة المائدة، الآية 87.

⁵ - سورة الحديد، الآية 27.

رغب عن سنتي فليس مني" ومنه شدّد الفقهاء في هذا الأمر اقتداءً للرّسول عليه الصلاة والسلام¹.

يكمن الاختلاف الدّيني في أحكام الرّواج كذلك في أنّ الديانة المسيحية لا تسمح بزواج المسيحيين بغير ومن غير المسيحيين²، سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، بعكس الدين الإسلامي الذي يجيز للرجل المسلم أن يتزوج من كتابية³. فحكمها الجواز مع بعض الكراهة عند الجمهور قال ابن قدامة في المغني اللّيب: ليس بين أهل العلم بحمد الله خلاف في حلّ حرائر أهل الكتاب⁴. ولا فرق بين زواج المسلم من المسلمة، وبين زواجه من الكتابية من حيث أركان العقد ومن حيث الحقوق والواجبات عدا بعض الأحكام الثلاث؛ لا توارث بينهما لاختلاف الدين، الأولاد على دين أبيهم قبل رشدهم، شاهدي الرّواج يشترط إسلامهم في الزواج بمسلم، ولا يشترط ذلك في الزواج بكتابية⁵.

ثانياً - الاختلاف القانوني حول مفهوم الرّواج المختلط:

لقد وردت في شأن الرّواج المختلط⁶ تعريفات مختلفة من لدن رجال القانون ومختصين في علم

¹ - محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة، الزواج، ط1، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، دت، ص 54-55.

² - إذا وجد اختلاف في الطائفة بين الزوجين المسيحيين فإن الحل يختلف حسب الطوائف، فعند الطوائف الكاثوليكية الشرقية يعتبر هذا الزواج باطلاً مطلقاً، على عكس الطائفة الكاثوليكية الغربية، أما الطائفة الدرزية فلا يصح الزواج إلا بين درزيين. أنظر: نصري أنطوان دياب وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص467.

³ - يمكن تعريف الكتابية حسب رأي الجمهور: هي المرأة اليهودية والنصرانية التي تؤمن بالتوراة والإنجيل وبأنبياء اليهود والنصارى، مستدلين على ذلك بقول الله والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم "أنهن الحرائر من اليهود والنصارى. فلا يطلق بذلك لفظ الكتابية على المسلمة رغم إيمانها بكتاب محمد صلى الله عليه وسلم، ولا يطلق على الوثنيات من عابدات الشجر والبقر وغيرها، ولا يطلق على من لا دين لها من ملحدات العصر المنتميات إلى عقائد إنكار الشرائع والأديان، فكل من خرجت من تعريف الكتابية حرم على المسلم نكاحها، يضاف لهن المسلمة التي ارتدت عن الإسلام ولو دخلت عقيدة اليهود والنصارى فهي لا تدخل في حكم الكتابية؛ بل هي مرتدة. أنظر: عطية فياض، الضوابط الشرعية لنكاح المرأة الكتابية، ط1، دار النشر للجامعات، مصر، 2002، ص13-14.

⁴ - محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج9، ط1، عالم الكتب للطباعة والنشر، السعودية، دت، ص547.

⁵ - أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص54.

⁶ - Apparue dans la première moitié du XXe siècle, l'expression « mariage mixte » ne fait pas partie de l'arsenal conceptuel classique de l'historien. Ce sont plutôt les sociologues et les géographes qui ont mis cette formule à l'honneur dans leurs études sur l'immigration et la communication entre les cultures. Même s'ils privilégient parfois un autre vocabulaire (inter mariage, mariage exogame français-étranger, cross-cultural ou interethnic mariage

الاجتماع، فعرفه الكاتب ياسين شايب بأنه: "الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة".

وعرفه اللواء محمد فتحي قاضي بأنه: "عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تمّ بين زوجين مختلفين في الجنسية سميّ بالزواج المختلط".

وعرفه حارث سليمان الفاروقي بأنه: "الزواج الذي يعقد بين شخصين مختلفي العنصر"¹.
ومن تعاريفه أيضاً، بأنه "الزواج الذي ينتمي فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة وهذا الاختلاف يتحقق ساعة إبرام الطرفين لعقد الزواج"².

والخلاصة في تعريفه، الزواج المختلط هو "عقد قران شرعي بين الرجل والمرأة على أساس ديني وقانوني لاختيار شخصي للقرينين، توحد بتصور وأفكار مشتركة في إطار الرضا، والتفاهم والتوافق الزواجي لبناء الحياة الزوجية التحم فيها الزوجان بامتزاج ثقافي، ديني، عرقي"³.

ولعلّ التعريف الأخير حسب رأينا، مناسب وشامل في بسط مفهوم الزواج المختلط، إذ يشتمل على جميع صور الاختلاف في الزواج المختلط من جنسية ودين وثقافة وعرق، فلا يخفى على أحد أن كل المجتمعات الدولية دون استثناء، قائمة على عنصر الدين والأعراف والعرق قبل قيامها على

chez les Anglo-Saxons...). Le Petit Robert de 1994, à l'entrée « mixte », propose la définition suivante, censée rendre compte de l'usage et de la représentation dominants. Est mixte ce « qui est formé de plusieurs, de deux éléments de nature différente »: une « salade mixte », une « cuisinière mixte », un « mariage mixte ». Pour cette dernière expression, l'article du dictionnaire précise qu'il s'agit d'une union « entre deux personnes de religion, de race ou de nationalité différentes ». En 1968, le même ouvrage en proposait une signification beaucoup plus restreinte, limitant la mixité matrimoniale au domaine de la religion, plus particulièrement encore aux noces d'un catholique et d'un chrétien d'une autre Église (un protestant, un orthodoxe, etc). voir: Sébastien Jahan, Le mariage mixte au XVIIIe siècle, open Edition, tome 113, n° 1, 2006, p53 -54.

Et aux États-Unis d'Amérique, on considère qu'il s'agit d'un mariage mixte comme un mariage racial, Et c'était mentionné dans le dictionnaire: « un mariage mixte est un mariage entre des personnes de différents groupes raciaux, ethniques ou religieux, comme entre une personne noire et une personne blanche ou entre un chrétien et un juif ». voir le site

:<https://www.dictionnaire.com/browse/mixed-marriage> Consulter le: 06/08/2019 A 23: 00.

¹ - حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط 5، مكتبة لبنان، بيروت، 2008، ص 445.

² - زلاسي بشرى، الزواج المختلط (إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص 6.

³ - عون عمار، المرجع السابق، ص 46. أنظر كذلك:

H. B, Le mariage mixte franco-musulman, Institut National d'Etudes Démographiques, French Edition, Vol. 32, No. 2, alger, 1977, p. 473.

عامل الجنسية؛ فهي حلقة متكاملة في إعداد نظام قانوني موحد.

غير أنّ من المنطق والموضوعية، أنّ تشير إلى أنّ الزواج المختلط يختلف مفهومه قانونا عن مفهومه من الناحية الاجتماعية، فزواج جزائري مسلم بجزائرية مسيحية، لا يكيّفه القانون الجزائري على أنه زواج مختلط؛ لأن الطرفين يتحدان في الجنسية. في حين يكيّف هذا الزواج من الناحية الشرعية بأنه زواج مختلط نتيجة اختلاف الدين.

أما المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة، فلم تأت بتعريف الزواج المختلط، لكنها عرفت الزواج بصفة عامة، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 4 من قانون الأسرة¹ على ما يلي: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

في حين نجد المشرع المغربي يعتبر الزواج المختلط هو "كل زواج يقع إبرامه بين طرف مغربي وطرف أجنبي".

انطلاقا من هذه المفاهيم، يتضح أنّ الزواج المختلط يشكل مشروعا قانونيا يهدف إلى تأسيس تجمع إنساني غايته تكوين أسرة بين أطراف مختلفة في الانتماء الجنسي والميولات الثقافية والقناعات النفسية وتلعب العادات والتقاليد التي يحملها كل طرف في هذا الارتباط دورا حاسما في استمراريته وفي محاولة إنتاج الآثار القانونية المنبثقة عنه أو انتكاسه وتفويض أركانه؛ وذلك بسبب التناقضات المنبثقة عن اختلاف الجنسية واختلاف الديانة².

وتجدر الإشارة أنّ وصف الزواج المختلط، قد يلحق بالزواج وقت انعقاده، أو بعد انعقاده أي أثناء الحياة الزوجية؛ فقد ينعقد الزواج بين رجل وامرأة من جنسية واحدة ويدينان بديانة واحدة وينتميان إلى طائفة واحدة وملة واحدة، ثم يطرأ التغيير في أحد هذه العناصر³.

¹ - الأمر رقم 84/11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05/02 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية 15، 2005.

² - خالد بوعروس، الزواج المختلط-الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2006-2007، ص8. أنظر كذلك:

Gérard Neyrand, Marine M'Sili, Les couples mixtes dans la France contemporaine (Mariage acquisition de la nationalité française et divorce, French Edition, Vol. 52, No. 3, May - Jun., 1997, p601.

³ - ألفي بقطر حبشي، المرجع السابق، ص 200.

إن التعريف السابق ذكره بشأن الزواج، وإن كان يتفق مع معظم تشريعات البلاد الإسلامية، إلا أنه على عكس تعريفه في بعض تشريعات الدول الأوروبية والتي رأته أنه عقد بين شخصين دون ذكر جنسيهما¹، وهذا ما سمح لتشريعات بعض الدول كهولندا وبلجيكا وفرنسا أن تجيز إبرام عقد الزواج بين المثليين؛ حيث أصبح معترفاً به في فرنسا منذ 17 مايو 2013²، وكذلك سمح بإمكانية إبرام عقد زواج من نفس الجنس؛ أي امرأة مع امرأة، أو رجل مع رجل، وهو ما يسمى بالشذوذ الجنسي³.

كخلاصة لما سبق فإنه لا يوجد توافق في الآراء حول مفهوم مصطلح الزواج المختلط وتصنيفه كمختلط، فما يعتبر مختلط في مجتمع معين لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، لتداخل بعض المحددات: الحالة الاجتماعية، اللغة، الثقافة، الجنسية، العرق (لون البشرة)، المذهب، الدين، والتاريخ وما إلى ذلك.

لذلك فهذا الموضوع يثير في حد ذاته مشكلة وغموض، لأنه يشير إلى صفة يكمن الشك في وجودها، مما يعكس صعوبة الاتفاق على أنواع الاختلافات التي تشكل الزواج المختلط، فقد لوحظ تعدد المعاني على مستوى المصطلحات المستخدمة لوصف الزوجات المختلطة، فهناك "الزواج المختلط"، "الزواج بين الأديان"، "الزواج بين الأعراق"، "الزواج بين الثقافات"، "الزواج الدولي". ففي الولايات المتحدة والدول الأخرى الناطقة باللغة الإنجليزية، لا يزال المعيار الرئيسي قائماً على أساس

¹ وهو ما جاء في التشريع الألماني المتعلق بقانون "الزواج للجميع" الذي أقر في 30 حزيران/يونيو تغييراً في القانون المدني من خلال تحديد الزواج على أنه "اتحاد أبدي بين شخصين من جنسين مختلفين أو من الجنس عينه". وباتت ألمانيا البلد الأوروبي الخامس عشر الذي يعتمد هذا التعريف للزواج. وهذا التعديل التشريعي يأتي بعد كفاح لسنوات طويلة من المنظمات المدافعة عن حقوق المثليين والمثليات وثنائيي الميول الجنسية والمتحولين جنسياً. أنظر:

AFP, L'Allemagne autorise le mariage gay par un vote au Parlement Article publier sur France 24, le 30/06/2017, Voir le site: <https://www.france24.com/fr/20170630-allemande-mariage-gay-vote-parlement-merkel>. Date de consultation: 25/02/2020. A00: 00h.

² -Le mariage entre personnes de même sexe en France, également qualifié mariage homosexuel ou « mariage pour tous » est autorisé par la loi depuis le 17 mai 2013. Il consiste en la possibilité pour un couple de deux hommes ou de deux femmes de contracter un mariage civil, auparavant réservé à un homme et une femme. Voir: wikipédia, l'encyclopédie libre, sur le site:

https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_entre_personnes_de_m%C3%AAme_sexe_en_France#:~:text=Le%20mariage%20entre%20personnes%20de,un%20homme%20et%20une%20femme. Date de consultation: 24/08/2020. A2: 00h.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط3، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 35-36.

العرق. أما في فرنسا على الجنسية والثقافة، حيث يستخدمون مفاهيم "الزواج المختلط"، "الزواج بين الثقافات"، "الزواج الثنائي" أو حتى "الزواج الثنائي الثقافة". هذه الصفات تشير جميعها إلى بعض الاختلاف بين الزوجين (في اللغة، والدين، والثقافة). ويعود هذا التصنيف لمسألة العنصرية وكره الفرنسيين للأجانب على وجه الخصوص. ففي عام 1932 تم ذكر الزيجات المختلطة، كإحدى المشاكل التي يطرحها الأجانب على الأمة الفرنسية. وبالنسبة لمقاطعة كيبك يقوم على الاختلاف الإثني أو اللغوي، وليس الديني.

وعليه تأسست التعريفات المعتمدة على السياقات التاريخية والاجتماعية والقانونية، ومن وجهة نظر بعض الباحثين يرتبط مفهوم الزواج المختلط بالزمن والمجتمع والأعراف والبيئة. وعليه يمكن استخدام نفس المصطلح من قبل اثنين من المؤلفين وليس له نفس المعنى.¹

و منه خلصنا إلى أن عدم تحديد التكيف القانوني لمفهوم الزواج المختلط من شأنه أن يطرح إشكال يتمثل في مدى دخول العلاقة القانونية حيز القانون الدولي الخاص من عدمه.

البند الثاني:

صور الزواج المختلط

إن الزواج له أنواع متعددة، وجوهر الزواج واحد في كل المجتمعات البشرية؛ إذ يتم بين رجل وامرأة بشكل علني حتى يتحصل على الاعتراف الديني والاجتماعي والقانوني، لكنه يختلف من مجتمع إلى آخر بشكله لا بطبيعته أو بجوهره.²

أولاً- صور الزواج المختلط في المجتمع العربي:

يأخذ الزواج المختلط على مستوى الوطن العربي أصنافاً عديدة في الدول العربية المتعددة الشرائع؛ كمصر ولبنان وسوريا والعراق...، فهناك زواج مختلط على أساس اختلاف الجنسية، وزواج

¹ - Josiane Le Gall, Transmission identitaire et mariages mixtes (recension des écrits), Document de travail, Groupe de recherche ethnicité et société, Centre d'études ethniques, Canada, 2003, pp 5- 12.

² - زلاسي بشرى، الزواج المختلط (إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره)، المرجع السابق، ص 7.

مختلط على أساس اختلاف الديانة أو الطائفة¹ أو الملة²، ففي مصر مثلا، يعتبر زواج المسيحي الأرثوذكسي من المسيحية الكاثوليكية زواجا مختلطا.

ويتشعب المسيحيون في مصر إلى ثلاث طوائف: طائفة الأرثوذكس وطائفة الكاثوليك وطائفة الإنجليبين الوطنيين، وكل طائفة لديها قانون يحكمها، وتنقسم طائفة الأرثوذكس إلى أربعة ملل هي: الأقباط الأرثوذكس، والروم الأرثوذكس، والأرمن الأرثوذكس، والسريان الأرثوذكس، وطائفة الكاثوليك إلى سبع ملل هي: الأقباط الكاثوليك والروم الكاثوليك والموارنة الكاثوليك، واللاتين الكاثوليك، والأرمن الكاثوليك، والسريان الكاثوليك، والكلدان الكاثوليك، أما طائفة الإنجليبين، فقد اعتبرها الشارع المصري ملة واحدة، وهي الأقباط الإنجلييون.

وبذلك يعتبر زواج مختلط، الزواج المعقود بين مصري مسلم ومسيحية، أو بين مصري مسيحي من طائفة الأقباط الأرثوذكس ومصرية مسيحية من طائفة السريان الأرثوذكس، مسيحي من طائفة الإنجليبين الوطنيين ومصرية مسيحية كاثوليكية، كما يعتبر أيضا زواج مختلط، الزواج المعقود بين مصرية مسيحية وأجنبي مسيحي أو مسلم.³

¹ - جاء في الصحاح للجوهري أن الطائفة من فعل طوف ومنه يطوف طوفا، والطواف هو الاحتواء والالتفاف والطائف من الشيء القطعة منه ومنه جاء معنى الطائفة على أنه التّذهب. أنظر: إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح (تاج اللغة العربية وصحاح العربية)، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ج 4، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، دت، ص 5081. وإن كانت تعني وتعرف في نظر الإسلام " الطائفية والتزمت والتعامل بأسلوب غير إسلامي ولا أخلاقي مع الطوائف الأخرى. أنظر: برهان غليون، نظام الطائفية من الدولة إلى القبيلة، ط1، المركز الثقافي العربي، بيروت، 1995، ص 570. وجاء في تفسير قوله تعالى فلو لا نفر من كل فرقة طائفة منهم ليتفقهوا في الدين قال ابن حيان والطائفة جماعة من الناس يجمعهم مذهب ورأي يمتازون به. أنظر: محمد بن يوسف بن حيان، تفسير البحر المحيط، تحقيق عادل أحمد علي معوض، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، دت، ص 570. وإن كانت تعني وتعرف في نظر الإسلام " الطائفية والتزمت والتعامل بأسلوب غير إسلامي ولا أخلاقي مع الطوائف الأخرى.

² - الملة في اللغة من مال يميل وهي ما يميل إليه العقل من فكر أو دين جاء في المعجم الوسيط أن الملة هي الشريعة أو الدين ومنها ملة الإسلام أو ملة النصرانية وهي اسم لما شرع الله لعباده بواسطة أنبيائه ليتوصلوا به إلى السعادة في الدنيا والآخرة. . أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المصدر السابق، مادة ملة، ص 886. وجاء في تفسير قوله تعالى " ومن يرغب عن ملة إبراهيم إلا من سفه نفسه" وقوله تعالى " قل بل ملة إبراهيم حنيفا" أن ملة إبراهيم هي الإسلام وسميت بالملة لميل إبراهيم عن ما كان في زمانه من الشرك والكفر وعبادة الأصناف إلى عبادة ربه على الملة الحنيفية أي فطرة الإسلام التي فطر الله الناس عليها. أنظر: محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتوير، دط، الدار التونسية للنشر، 2007، ص256.

³ - ألفي بقطر حبشي، المرجع السابق، ص 200. أنظر كذلك:

وعليه أصبحت الطائفية تستخدم بجانب الملة والعرق والدين وأصبحت تعبيراً عن حالة أزمة وصراعات أيديولوجية تعيشها مجتمعات كثيرة منها لبنان والعراق من الدول العربية¹.

ثانياً - صور الزواج المختلط في المجتمع الجزائري:

للزواج المختلط في الجزائر من وجهة نظر القانون صنفين هما: الزواج الجزائري العربي (1)، والزواج الجزائري الأجنبي (2)

1- الزواج المختلط الجزائري العربي:

هو زواج على أساس رسمي بميثاق شرعي وقانوني؛ حيث يتزوج الرجل أو المرأة من جنسية جزائرية مع من يتناسب من جنسية عربية أخرى.

ونلاحظ كثرة الزواج المختلط الجزائري العربي في الآونة الأخيرة؛ ففي مقال نشر لصحيفة اليوم السعودية (25-02-2013) جاء فيه: كشفت صحيفة خادم الحرمين الشريفين في جمهورية الجزائر، أنّ عدد حالات الزواج للسعوديين من جزائريات يصل إلى ما بين 70 إلى 80 حالة سنوياً بعد وجود موافقة رسمية من الجهات المختصة بالمملكة.

كما أنّ الظاهرة تزداد بين بلدان المغرب العربي؛ نظراً لتقارب الحدود، والتشابه في العادات والتقاليد، والتقارب في الأنساب، دون أن ننسى العامل الديني المشترك حيث تدين بلدان المغرب العربي بالإسلام.

لهذا الغرض، أشار شارل بلونديل (Blondal.SH) بوجود الوقوف على نقاط الاتصال بين بلدان المغرب العربي التي تجمعها عوامل مشتركة موضوعية؛ كاللغة، فضلاً على تقارب العادات والتقاليد فيما بينهما، وأخرى ذاتية تتجلى في الشعور بالقرابة الروحية التي قواها الدين الإسلامي.

وبما أنّ ضابط الجنسية لم يكن موجوداً في المجتمع الدولي؛ فقد كان ضابط الدين هو الذي يحدد انتماء الشخص، فلا جنسية للمسلمين إلا بدينهم، والقانون الواجب التطبيق عليهم هو الشريعة الإسلامية. ومع تطور القانون الدولي الخاص، عملت التشريعات الحديثة على جعل عنصر الجنسية ضابطاً إسنادياً في مسألة تنازع القوانين في الزواج المختلط، وذلك باعتبار الجنسية الوسيلة الوحيدة التي تربط بين الفرد والدولة؛ فالقانون الجزائري من القوانين الحديثة، فهو لم يعمل بضابط الجنسية إلا

¹ - محمد الصدر، الطائفية في نظر الإسلام، ج5، ط1، دار مكتبة البصائر، بيروت، دت، ص 570.

بعد استقلال الجزائر من الاستعمار الفرنسي؛ أين كانت من قبل تعتمد على ضابط الدين، ولكن نتيجة تأثرها بالتشريعات الفرنسية، دفع بها إلى جعل الجنسية الضابط السياسي في تطبيق القانون الوطني على عقد الزواج المختلط، خاصة إذا كان أحد أطرافه جزائريا، وتم إبرامه في الجزائر.¹

2- الزواج المختلط الجزائري الأجنبي:

إنّ الزواج المختلط الجزائري الأجنبي، يعتبر من شرائح المجتمع الجزائري، نظرا لعدد العائلات المختلطة في شتى ولايات الجزائر، والتي هي ناتج هذا الزواج المختلط. وهو بذلك زواج مبني على أسس شرعية وقانونية، حيث يتزوج الرجل أو المرأة من جنسية جزائرية مع من يتناسب معه من جنسية أجنبية (غير عربية) أخرى، وهو رباط شرعي وقانوني، يتم بين رجل جزائري وامرأة أجنبية، أو بين امرأة جزائرية مع أجنبي من دولة أخرى.

وتشير جريدة الفجر (24-04-2009): تعيش في الجزائر حوالي 1000 سيدة روسية متزوجة من جزائريين، ويعود تاريخ أغلب هذه الزيجات إلى عهد الاتحاد السوفياتي، ولا يزال عقد القران بين الطلبة الجزائريين والفتيات الروسيات، أمرا شائعا إلى يومنا هذا.²

والجدير بالذكر، أنّ من وجهة نظر القانون الجزائري، الزواج المختلط هو الزواج الذي يتم بين شخصين يختلفان في الجنسية، أما من الوجهة الاجتماعية، فنعتقد أنّ الزواج المختلط في الجزائر لا يشمل فقط اختلاف الجنسية أو الدين، وإنما يمتد أيضا إلى الاختلاف العرقي بين أفراد البلد الواحد، خاصة عند المازيغ ومنطقة الشاوية الذين كانوا ولا يزالون في بعض المناطق الريفية، لا يعترفون إلا بالزواج القبلي، أو ما يسمى "بالزواج الإثني" "Le Mariage Ethnique"³؛ فحسب معتقداتهم، يعتبر الزواج بغيرهم، زواجا مختلطا إذا تزوجت امرأة أمازيغية من رجل شاوي مثلا، أو تزوج رجل من التوارق بزوجة من خارج القبيلة أو العشيرة.

¹ - زلاسي بشرى، الزواج المختلط (إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره)، المرجع السابق، ص 7-8.

² - عون عمار، المرجع السابق، ص 47-48.

³ -ethnicité: « nom, pluriel eth· nic· i · tie.un groupe ethnique; un groupe social qui partage une culture, une religion, une langue ou autre commune et distincte »

Ethnique: « adjective se rapportant à ou caractéristique d'un peuple, en particulier un groupe (groupe ethnique) partageant une culture, une religion, une langue ou autre.se référant à l'origine, la classification, les caractéristiques, etc., de ces groupes. être membre d'un groupe ethnique, en particulier d'un groupe minoritaire au sein d'une société plus large ». voir le site: <https://www.dictionnaire.com/browse/ethnicity>. consulter le: 8/8/2019. A3: 00h.

وقد كان الزواج الإثني فيما مضى منتشرًا في المجتمع الجزائري لسببين رئيسيين: الأول اقتصادي، والثاني أمني؛ إذ كان من أهدافه الحفاظ على الأرض والممتلكات، وحماية القبيلة من القبائل الأخرى في حال نشوب أي صراع؛ بمعنى أنه يضمن التحالف والوحدة داخل القرية أو المنطقة الواحدة التي تجمع بينها علاقة الأنساب والمصاهرة.

المطلب الثاني:

التكييف القانوني للزواج المختلط كإجراء أولي لإيجاد القانون الذي يحكم مسأله

ليس الزواج كغيره من العقود؛ ففي العقود الأخرى، يمكن لكل طرف من الطرفين تحديد الآثار القانونية التي تترتب على عقدهما عملاً بالقاعدة القانونية المعروفة "العقد شريعة المتعاقدين"؛ ذلك لأنّ الزواج نظام اجتماعي يحدّد القانون والشرائع الدينية نصوصه الآمرة والآثار المترتبة عليه؛ فقد اعتبر رجال الفقه في تكييفهم القانوني لعقد الزواج، أنه نظام اجتماعي قانوني واستدلوا على ذلك بأن موضوع الزواج هو إنشاء أسرة، ولا يمكن أن يكون إنشاء الأسرة موضوعاً للتعاقد، وأن في العقود يقوم الطرفان بتحديد آثارها من حيث الحقوق والالتزامات، ولكن في الزواج يتولى القانون بيان ذلك ويتولاه بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على عكسها؛ لأنّها من النظام العام.

ومعنى ما سبق، أنّ تنظيم علاقات الزوجين، يتمّ وفق ما أراده الشّرع أو القانون، وليس وفق ما يريدانه، لذلك لا يرجع القاضي في الزواج إلى بنود العقد، وإنما يرجع إلى أحكام الشّرع أو نصوص القانون.¹

ويتباين مفهوم الزّواج من دولة إلى أخرى كما أشرنا سابقاً، بسبب عدة عوامل؛ مثل اختلاف الدين أو المذهب أو العقيدة، بالإضافة إلى العادات والتقاليد السائدة في كل دولة؛ فقد يكيف قانون دولة ما علاقة معينة باعتبارها علاقة زواج، في حين يعتبرها قانون دولة أخرى، غير مشروعة.²

إنّ هذا الاختلاف في النّظم القانونية، يفتح المجال أمام القاضي، لإجراء التكييف اللازم لمعرفة

¹ - أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعاً وفقها وقضاء، ط 2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 34-35.

² - ياسر محمد عبد العزيز هنا، القانون الواجب التطبيق على انقضاء عقد الزواج، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2002، ص 20.

طبيعة العلاقة المطروحة أمامه أولاً قبل الفصل فيها¹، وهل تعدّ علاقة زواج شرعية وقانونية، أم أنّها خارج عن هذا الإطار؟ (كالزواج المثلي مثلاً)، وإذا كان النزاع المطروح أمامه، يخصّ آثار الزواج؛ كالنفقة الزوجية مثلاً، فهل يكيفها ضمن الحقوق المالية أم الشخصية؟

ويطرح التكيف مشكلات كثيرة تتعلق بكيفية القيام به، وبمعرفة القانون الذي يطبق عليه، لذا سنخصّص هذا المطلب لمعرفة مضمون فكرة التكيف في مسائل الزواج المختلط؛ كمرحلة سابقة أو أولية في تحديد القانون الواجب التطبيق (الفرع الأول)، ثمّ نقدّم أهميته في حلّ النزاعات ضمن مسائل الزواج المختلط (الفرع الثاني)

الفرع الأول:

مضمون التكيف في مجال تنازع القوانين

سننطلق في هذا الفرع إلى مفهوم التكيف القانوني في تنازع القوانين (البند الأول) ثمّ نتناول بالدراسة القانون الواجب التطبيق على عملية التكيف (البند الثاني).

البند الأول:

مفهوم التكيف القانوني في مجال تنازع القوانين

قبل التعامل مع قواعد التنازع، يتوجب علينا توضيح المفاهيم الأساسية بغية تحديد مجال وكيفية تطبيقها؛ إذ يعدّ التكيف جزءاً أساسياً من مسألة تنازع القوانين، لذا نتطرق بإيجاز إلى ظهور مسألة تنازع القوانين وتطورها².

مبدئياً يقصد بتنازع القوانين³، هو تزام قانونين متعارضين أو أكثر، للفصل في علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، ويشترط لقيام التنازع الدولي للقوانين ثلاث شروط:

¹ - ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 328.

² - بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 9.

³ - تجدر الإشارة أن التنازع يأخذ أحد الشكلين: إما أن يكون تنازعا إيجابيا بحيث يتزاحم على حكم العلاقة القانونية الواحدة قانونان أو أكثر في وقت واحد أو أوقات مختلفة وكل قانون من القوانين المتزاحمة يدعي الاختصاص لنفسه لحكم العلاقة القانونية كلها أو جانباً منها، وقد يكون التنازع سلبياً حين يتخلى كل قانون عن اختصاصه لحكم المسألة حسب المعايير الموجودة فيه وهذا عن طريق الدفع بعدم الاختصاص. أنظر: زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 12.

1- وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي من حيث أشخاصها (الأطراف) أو موضوعها (المحل) أو سببها (الواقعة القانونية المنشئة لها).

2- أن يسمح المشرع الوطني بامتداد القانون الأجنبي.

3- أن تكون القوانين المتنازعة قوانين خاصة وتابعة للدول.¹

ويقصد بقواعد الإسناد² أو قواعد التنازع، تلك القاعدة القانونية التي ترشد القاضي الوطني إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية القانونية الخاصة، ويتكفل المشرع الوطني بوضعها قصد تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق للفصل في تنازع تلك العلاقة.³

وتتركب قاعدة الإسناد من ثلاث عناصر هي:

1- **الفئة المسندة (الفكرة المسندة):** وهي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها إلى قانون معين؛ فمثلا: الطلاق والتطليق والخلع، هي صور لفك الرابطة الزوجية؛ حيث يقوم المشرع بجمع جميع هذه الصور في فئة واحدة، ويعبر عنها بانحلال الزواج.

2- **ضابط الإسناد:** وهو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه⁴، ففي مثالنا السابق، ضابط الإسناد هو قانون جنسية الزوج حين رفع الدعوى.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط 1، مطبعة الفسيلة، 2010، ص 10.

² - تتميز قواعد الإسناد بخصائص تتمثل في:

- قاعدة وطنية؛ يعني أنها تنتمي إلى دولة المحكمة نفسها المختصة بالنظر في النزاع.

- قاعدة مرشدة؛ أي أنها ترشد القاضي للقانون المختص.

- قاعدة محايدة؛ أي أنها تحدد القانون المختص دون فرق بين كونه قانونا أجنبيا أو قانون القاضي، أي قانون الدولة التي تنتمي إليها المحكمة المختصة اختصاصا قضائيا دوليا. أنظر: إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص 14.

³ - دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، الكتاب الأول، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 60. أنظر كذلك: عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 74.

⁴ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ج 1، ط 8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 67.

3- القانون المسند إليه: أو هو الواجب التطبيق، والذي تظهر أهميته حين توظيف قواعد التنازع ذات الغاية المادية، والتي تكرس مضمون القانون أو القوانين التي تشير باختصاصها قبل تحديد ما يتعين تطبيقه من بينها عملاً بقواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع.¹

ومن المعلوم أنّ وظيفة قواعد التنازع أو الإسناد، هي إيجاد الحلّ المناسب لمشكلة تنازع القوانين؛ فمن خلالها يتم استخراج واختيار القانون المناسب بين القوانين المتنازعة تبعاً لما تقتضيه مبادئ العدالة، وتحقيق الاستقرار في المعاملات بين الفرد.²

غير أنّ قواعد الإسناد المعمول بها في مختلف التشريعات الدولية غير مباشرة، أي لا تضع حلاً نهائياً لكلّ المسائل التي تطرح أمام القاضي، وإنّما تقرّر الحلّ بصفة عامّة لكلّ طائفة من المسائل دون أن تعطي لها حلاً مباشراً ونهائياً؛ فهي تقوم بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، كطائفة المسائل الخاصة بحالة الأشخاص؛ أو بشكل التصرّفات، أو الموارث، أو الوصايا..... الخ.

إنّ أي حلّ في تنازع القوانين، يستلزم بالضرورة تكييفاً مسبقاً للمسألة محلّ النزاع.³ وعلى هذا الأساس؛ فالتكليف في نطاق تنازع القوانين، هو تحديد طبيعة موضوع النزاع لربطه بفكرة أو بمسألة قانونية معيّنة تمهيداً لتحديد القانون الذي يخضع له هذا النزاع، ويمكن تعريف التكليف في القانون الدولي الخاصّ بأنّه: «تحديد طبيعة المسألة (الواقعة أو المركز الواقعي) التي تنازعها القوانين بوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي خصّها المشرّع بقاعدة إسناد، لكي يسند حكمها إلى قانون معين»⁽⁴⁾.

انطلاقاً مما سبق، نستخلص أنّ مرحلة التكليف هي أول ما يقوم به القاضي عندما تقدّم له مسألة مشتملة على عنصر أجنبي؛ إذ يجب عليه قبل كل شيء أن يدخل العلاقة المعروضة عليه في نظام من النظم القانونية حتى يعرف ما القانون الذي يستند إليه حكمها؛ أي تسبق مرحلة التكليف

¹ هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج1، المجلد 1، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص59.

² عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 90.

³ بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، المرجع السابق، ص 8.

⁴ أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 25.

بالضرورة مرحلة الإسناد¹.

عملية التكييف إذن، عملية اجتهادية تتطلب من القاضي إماما واسعا بالأصول التشريعية التي يقوم عليها قانونه الوطني، فعلى القاضي أولا، النظر في الطبيعة القانونية للحالة المعروضة عليه، ثم الاستنباط أو الاستدلال العقلي لإحاقها بإحدى الفئات المسندة.²

وحسب رأينا، عملية التكييف ما هي إلا مجرد تفسير لقواعد الإسناد الوطنية، الأمر الذي يقتضي إخضاعها بالضرورة لقانون القاضي.

والخلاصة أنّ التكييف ببساطة، هو أول تشخيص يقوم به القاضي الناظر في النزاع تمهيدا لحله³، بتحديد طبيعة النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وإعطائه الوصف القانوني الملائم، بهدف رده إلى فئة مسندة معينة، قصد تحديد القانون الواجب التطبيق⁴.

البند الثاني:

القانون الواجب التطبيق في عملية التكييف القانوني

في ظل الاختلاف الملاحظ حين تكييف القضية الواحدة من دولة إلى أخرى، ومن قانون لآخر، وهو ما يسمى "بتنازع التكييفات"، نتساءل ما القانون الذي يحكم هذه العملية؟

تعددت النظريات المطروحة في شأن القانون الذي يتم بموجبه التكييف⁵، إلا أنّ النظرية

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 41.

² - بوسهوة نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، المجلد 1، العدد 1، 2011، ص 320.

³ - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 97.

⁴ - نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 34.

⁵ - من بين هذه النظريات:

- نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن: وفق أنصار هذه النظرية، فإن القاضي وهو بصدد إجراء عملية التكييف، لا يستند على قانون واحد فقط، بل عليه أن يقوم بدراسة مقارنة لمختلف الأنظمة القانونية ليستخلص منها النظام القانوني الأنسب والذي على ضوئه يقوم بعملية التكييف.

- نظرية إخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص: وفق أنصار هذه النظرية فإن عملية التكييف تخضع للقانون الأجنبي الذي يحكم النزاع. للاطلاع أكثر أنظر: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 126.

الرّاجحة، هي نظرية "الفقيه بارتين"؛ أي أن يتمّ وفق قانون القاضي نفسه¹؛ ذلك لأنّ المشرع حينما نصّ على قواعد الإسناد في قانونه وأوردها على سبيل الحصر، إنّما القواعد التي تخصّ الأفكار المسندة كما يقصدها هو أي المشرع الوطني؛ لا كما يقصدها غيره من المشرعين، ولا يمكن أن تتحقق هذه النتيجة ما لم يتمّ التكييف وفق القانون الوطني للقاضي.

والمقصود بالتكييف هنا، هو التكييف الأولي، والذي يؤدي إلى وصف قاعدة الإسناد المختصة، أما التكييفات اللاحقة، فهي من صلب موضوع النزاع، لذا تخضع إلى موجب القانون المختص نفسه.²

تطرق مشرنا لمسألة التكييف في القانون الدولي الخاص في المادة 9 من القانون المدني التي تنصّ على: «يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه»، وبالتالي فإنّ المشرع الجزائري أخذ بنظرية الفقيه الفرنسي "بارتان" BARTIN في التكييف كقاعدة عامة³. وهي إخضاع التكييف لقانون القاضي المعروف أمامه النزاع، مع الإشارة إلى أن التكييف المقصود هنا، هو التكييف الأولي وليس الثانوي.

أما الاستثناء الوارد على القاعدة، فقد أدرجه المشرع الجزائري في المادة 17 من القانون المدني بقوله: " يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"، وعليه فإنّ الطبيعة القانونية للأحوال العينية، تخضع في تحديدها بكاملها لقانون موقعها، وهذه القاعدة تشمل العقار والمنقول على السواء.

وبالرجوع لقاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي، اتبعت معظم التشريعات الوضعية هذا الاتجاه⁴،

¹ - يرجع الفضل في هذه النظرية إلى الفقيه الألماني "كاهن" Kahn " وبعده الفقيه الفرنسي بارتان "Bartin" ومفادها أن التكييف يجب أن يكون وفق المبادئ القانونية السائدة في دولة القاضي الذي ينظر في النزاع، أي هي عملية إخضاع التكييف لقانون القاضي على أساس أن القاضي عندما تعرض عليه منازعة خاصة ذات طابع دولي، فالتكييف يجب أن يتمّ وفقاً لقانونه؛ لأنه هو القانون الذي يعرف مقتضياته ومبادئه وأسسها. وبالتالي فإنّ هذه العملية يجب أن تتمّ وفق قانونه. وهذه النظرية في واقع الأمر قد وجدت ترحيباً من التشريعات؛ حيث نصت عليها صراحة في قوانينها. للاطلاع أكثر أنظر: بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، المرجع السابق، ص 73 وما يليها.

² - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 15.

³ - حبار محمد، القانون الدولي الخاص، د ط، الرّوى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 76.

⁴ - مثال ذلك: المشرع المدني الليبي في المادة 10، المشرع المدني السوري في المادة 11، المشرع المدني الأردني في المادة 11، المشرع المدني الكويتي في المادة 31، المشرع المدني العراقي م 1/17... الخ

منها التشريع المصري في مادته العاشرة من قانونه المدني¹، والتي تنصّ على: " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها".

وبتحليلنا لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري، والمادة 10 من القانون المدني المصري، لاحظنا أنّ كلا المشرعين، اعتمدا نظرية الرجوع إلى القانون الوطني للقاضي في تكييف العلاقة القانونية، فإذا عرض على القاضي الجزائري أو المصري قضية بشأن ميراث زوجين فرنسيين مثلا، يتعين عليه تكييفها وفق قانونه الوطني ضمن فئة الأحوال الشخصية أو فئة الأحوال العينية قصد إيجاد القانون المناسب الذي يحكمها.

والجدير بالذكر في هذا السياق، أنّ الفقيه الفرنسي ديمولان هو أول من أصل تقسيم الأحوال إلى أحوال شخصية² وأحوال عينية³ في فرنسا، كان⁴ « Dumoulin »، ثمّ قام ببلورة هذا التقسيم فيما بعد الفقيه "دارجنتريه" Dargentré⁵.

أما القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية، فيسمى "القانون الشخصي"، وهو قانون الجنسية

¹ - القانون رقم 131 الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري.

² - عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية بأنها: "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية كونه ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو ابنا شرعيا، أو كونه كامل أو ناقص الأهلية لصغر السن أو لعته أو لجنون، أو كونه مطلقا أو مقيد الأهلية بسبب من أسبابها القانونية". أنظر: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2008، ص 239. أو هي مجموعة المواد المتعلقة بالمركز القانوني للشخص الطبيعي في حد ذاته وفي علاقاته العائلية والقواعد القانونية التي تنظمها. أنظر: محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019، ص 117.

³ - المقصود بالأحوال العينية نظام الأموال، أو المركز القانوني للأموال، وهذا يشمل تقسيم الأشياء وطرق اكتساب ملكيتها وما يمكن أن يتقرر من حقوق عينية عليها وطرق كسبها وانقضاءها وطبيعتها ونطاق كل منها. انظر: رعد مقداد محمود الحمداي، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 49.

⁴ - "ديمولان" "Dumoulin": فقيه فرنسي من فقهاء القرن السادس عشر كان محاميا ثم أستاذا بجامعة (Tubingen) بألمانيا، يعتبره بعض الفقهاء من المكملين لفقه المدرسة الإيطالية، بينما يعتبره البعض الآخر الممثل الأول للمدرسة الفرنسية. ينظر: علال طحطاح، النزعة البراغماتية في إنشاء أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، الجزائر، المجلد 2، العدد 1، 2018، ص 18.

⁵ - Bertrand d'Argentré est un juriste et historien breton, né à Vitré le 19 mai 1519 et mort à Thorigné le 13 février 1590. Voir: wikipédia, l'encyclopédie libre, voir le site: https://fr.wikipedia.org/wiki/Bertrand_d%27Argentr%C3%A9 consulter le: 24/08/2019.

عموماً، والذي يعد ضابط إسناد تأخذ به الدول اللاتينية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج بدلا من قانون الموطن المعتمد في الدول الأنجلوسكسونية.¹

وقد عبر المشرع الجزائري على تبني قانون الجنسية كضابط في حكم الأحوال الشخصية بتعبيرات متباينة بتباين ضوابط الإسناد في القانون المدني؛ فتارة سماه "القانون الوطني" وفق المادة (11)، ومرة أخرى سماه "القانون الذي ينتمي إليه الزوج" وفق المادة (12). وكذلك بـ "قانون المدين بالنفقة" ضمن المادة (14). وأيضا نذكر مما سماه به "قانون الشخص الذي تجب حمايته" وهذا في المادة (15). والتسمية الأخيرة، سماه بـ "قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف" ضمن المادة (16).²

بالرجوع للمادتين 9 من ق.م.ج و 10 من ق.م.م، نجد أنّ كلا المشرعين (المشرع الجزائري والمصري)، قد أهمل النص على المسائل غير الواردة في قانونهما أو الغريبة عنه؛ أي المسائل التي لا تدخل ضمن الأحوال الشخصية، ولا ضمن الأحوال العينية، لذلك كان الأخرى بهما، النص على قاعدة احتياطية بهذا الشأن، لذلك نرجح إضافة "القانون الأجنبي الذي ينتمي إليه أطراف الدعوى" كضابط إسناد ثانوي في الحالة التي لا يستطيع القاضي إعطاء تكييف للمسألة القانونية المعروضة أمامه.

وقد أسسنا اقتراحنا اقتباسا وتماشيا بما هو معمول به في القانون التونسي؛ حيث نصّ المشرع في الفصل 27 من مجلة القانون الدولي الخاصّ التونسية على أنّه يتمّ التكييف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من ضبط القانون الواجب التطبيق طبقا لأصناف القانون التونسي، ويتمّ تكييف الأنظمة القانونية غير الواردة في القانون التونسي طبقا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه. مع الأخذ بعين الاعتبار أثناء التكييف مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص. ويتمّ في نطاق المعاهدات الدولية باعتماد الأصناف الخاصة للمعاهدات المعنية³.

¹- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع الاختصاص القضائي الدولي: الجنسية)، د ط، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 95 وما يليها. أنظر كذلك: أشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 91.

²- أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 12، العدد 2، 2019، ص 181.

³- قانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27-11-1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص للجمهورية التونسية.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فهو يكيف دائما المنازعات المعروضة أمامه وفق مبادئ القانون الفرنسي متأثرا بنظرية « Bartin »، رغم أنه لم يشر إلى ذلك صراحة حتى في قضايا الشهيرة؛ كقضية "حصة الزوج المحتاج" والمعروفة أيضا "بميراث المالطي"، وقضية "وصية الهولندي"، وكان يجب انتظار سنة 1955 لتعلن محكمة النقض صراحة في حيثيات قرار أصدرته أنّ "تحديد وتكييف ما إذا كانت الطقوس الدينية في الزواج تدخل ضمن الشروط الموضوعية أو الشكلية له ويجب أن تكون وفق المفاهيم والمبادئ السائدة في القانون الفرنسي".¹

الفرع الثاني:

أهمية مرحلة التكييف لحل المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج المختلط

تتجلى أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص بصفة خاصة في اختلاف المفاهيم القانونية لقواعد الإسناد واختلاف تصنيفها من بلد إلى آخر؛ إذ ليس ثمة معيار موحد حتى الآن لوصف طبيعة العلاقة القانونية؛ فالمسائل التي قد تعتبر من الشكل في دولة؛ تعتبر من الموضوع في دولة أخرى، والاختلاف في وصف طبيعة العلاقة القانونية، يؤدي إلى الاختلاف في تعيين القانون الواجب التطبيق؛ وهذا يفضي بدوره لاختلاف الأحكام القضائية في القضية الواحدة تبعا للقانون الذي سيحكمها.

وتزداد مشكلة التكييف تعقيدا إذا كان القانون الواجب التطبيق يكيف العلاقة القانونية موضوع النزاع تكييفًا يختلف عن تكييف قانون القاضي؛ إذ نجد أنفسنا أمام ما يسمى "بتنازع التكييفات"؛ ففي كل مرة تعرض على القاضي علاقة ذات عنصر أجنبي لا يخل الأمر فيها من تباين التكييف بشأنها.²

وتبرز أهمية التكييف في إطار تنازع القوانين أكثر، في الحالات التي يعرض فيها على القاضي الوطني أنظمة وعلاقات قانونية غريبة عنه، وبجهلها قانونه الوطني، كأن يعرض على القاضي الفرنسي تكييف أمر يندرج قانونا ضمن إيقاع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، في حين تعد نظاما غريبا عن القانون الفرنسي، كما هو الشأن في القانون الكندي الذي لا يجيز الطلاق إلا بترخيص من البرلمان³، أو القوانين الأوروبية التي تساوي بين الذكر والأنثى في الميراث، أو التي تمنع الطلاق نهائيا.

¹ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 122-124.

² - بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، المرجع السابق، ص 8.

³ - بوسهوه نور الدين، المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية، مجلة أبحاث ودراسات، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 3، العدد 5، 2011، ص 120.

من هذا المنطلق، تبرز أهمية التكيف وفعاليتها في حل النزاع المشتعل على عنصر أجنبي، ونجد أن من أشهر القضايا التي درسها "بارتن" وهو بصدد تشييده لنظرية التكيف، انصبت حول التركات¹، المتمثلة في القضيتين المعروفتين بميراث المالطي ووصية الهولندي²، وهذا ما دفع "بارتن" للتفكير في قضية التكيف³.

المبحث الثاني:

القانون الواجب التطبيق في انعقاد الزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه

ذكرنا آنفاً أنّ الزواج المختلط هو الزواج الذي ينعقد بين طرفين من جنسيتين مختلفتين، وعليه فإن الزواج المختلط يقتصر على الزواج الذي ينعقد بين طرفين أجنبيين⁴، وقد تكون هذه الصفة للزواج لحظة إبرام العقد، وقد تلحق به بعد إبرام العقد، وذلك نتيجة لتجنس أحد طرفي عقد الزواج بجنسية أجنبية⁵.

تشترب لانعقاد الزواج بصفة عامة، شروط شكلية وأخرى موضوعية، كذلك الأمر في الزواج المختلط، فإذا افترضنا زواج سوري من ألمانية في الجزائر؛ فالإشكال يكمن في أي قانون من القوانين الثلاثة الواجب تطبيقه على الشروط الشكلية والموضوعية لصحة انعقاده، هل يطبق القانون السوري كونه قانون الزوج، أم القانون الألماني كونه قانون الزوجة، أو يسري القانون الجزائري بصفته قانون بلد

¹ - شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص12.

² - للاطلاع على وقائع القضيتين، أنظر: عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ص3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص97، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص42.

³ - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص77.

⁴ - شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016-2017، ص11.

⁵ - عزمي مسعود عبد الله أبو معني، أثر الزواج في اكتساب الجنسية وفقدانها، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، مصر، 2005، ص23. أنظر كذلك: أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، حقوق المرأة في المواثيق الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، دت، ص318.

إبرام عقد الزواج؟

وإذا ما أشار ضابط الإسناد في دولة القاضي إلى قانون معين وتحدد اختصاصه في حكم النزاع، يتعذر أحيانا تطبيق هذا القانون لسبب من أسباب استبعاد القانون الأجنبي، أو تظهر عراقيل تمنع القاضي المختص من تطبيقه.

من خلال ما سبق التطرق إليه، سنعمد بالدراسة في هذا المبحث القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية والموضوعية لانعقاد الزواج المختلط (المطلب الأول)، ثم ننتقل للمعوقات التي تواجه تطبيق القانون الأجنبي المختص (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية والموضوعية للزواج المختلط

الأصل أنّ عقد الزواج قوامه التراضي، فلا يلزم لوجوده أيّ إجراء شكلي سوى ما تتحقّق به علانيته وإشهاره، غير أنّ القوانين الوضعية تشترط عدة أمور تجعل من الزواج عقداً أو تصرفاً شكلياً، بينما يعتبر كلا من الفقه والقضاء تلك الشروط شروطاً شكلية¹.

أما الشروط الموضوعية، فلا وجود لماهية العقد من دونها، حيث فرض الشرع والقانون وجودها في صحة عقد الزواج، وعليه، سنتطرق للقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في عقد الزواج المختلط (الفرع الأول)، ثمّ القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية له (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في الزواج المختلط

لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج المختلط، وجب تحديد نطاق أو مضمون هذه الشروط (البند الأول)، ثم تحديد القانون الذي يحكمها (البند الثاني).

البند الأول:

تحديد مضمون الشروط الشكلية للزواج المختلط

أوضحنا سابقاً أن تحديد ما يعتبر من الشروط الشكلية للزواج، هي مسألة تكييف تخضع

¹ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 283.

للقواعد العامة لقانون القاضي الذي يطرح أمامه النزاع، والذي يحدد من الشروط الشكلية ما يراها مناسبة أو من الشروط الموضوعية تبعا لقانونه الوطني.

ويقصد بالشروط الشكلية لعقد الزواج¹، كل الإجراءات التي تتطلبها إظهار الإرادة إلى الخارج². وحسب قانون الأسرة الجزائري، فهي المسائل المتعلقة بضرورة اتباع إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية³. وتوثيقه رسميا حفظا للحقوق الناتجة عنه، وتسهيلا لإثباته⁴؛ فهي الجانب الرسمي التوثيقي للزواج الذي يفرضه القانون للإثبات⁵.

وتعتبر من الشروط الشكلية للزواج في القانون الجزائري، الأمور المتعلقة بالإجراءات، والأمور المتعلقة بتحرير عقد الزواج وتسجيله وإثباته وتحديد الجهات المختصة بإبرامه⁶ وكذا كل المسائل المتعلقة بالشهود⁷. وإعلام الغير به وإشهاره، والزواج بالوكالة.

بالإضافة إلى استخراج رخصة الزواج المختلط بالنسبة لعقود الأجانب، والتي تسلم من طرف الوالي المختص إقليميا، ومن بين الشروط الواجب احترامها حسب وزارة الداخلية والجماعات المحلية للحصول على الرخصة ما يلي:

1. أن يكون الأجنبي في وضعية إقامة قانونية فوق التراب الوطني (حائز على بطاقة المقيم الأجنبي أو متحصل على تأشيرة الدخول قيد الصلاحية بالنسبة لرعايا الدول الخاضعين لتأشيرة

¹- تجدر الإشارة إلى أن لشروط الزواج أنواع أربعة هي: شروط الانعقاد، شروط الصحة، شروط النفاذ، شروط اللزوم. أنظر: أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج 1 ج 2، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 72.

²- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 135.

³- أنظر المواد 31 من قانون الأسرة الجزائري، و71-77 من قانون الحالة المدنية.

⁴- أنظر المواد: 18 و22 من قانون الأسرة الجزائري، و71، 72 من قانون الحالة المدنية.

⁵- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 246.

Voir aussi: Charles W. Taintor, Marriage in the Conflict of Laws, Vanderbilt Law Review, Vol 10, 1957, p 607.

⁶- تجدر الإشارة أن الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج في الجزائر هي: ضابط الحالة المدنية (رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نوابه)، أو الموثق الذي يبقى ملزما قانونا بتسجيله لدى مصلحة الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إبرامه، أنظر المواد 3، 71 من قانون الحالة المدنية و18 من قانون الأسرة الجزائري.

⁷- نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 60.

الدخول إلى الجزائر أو جواز سفر قيد الصلاحية بالنسبة للراعياء الذين لا يخضعون لتأشيرة الدخول إلى التراب الوطني).

2. أن يتمتع الأجنبي بالقدرة على الزواج والتي تثبت بموجب شهادة القدرة على الزواج صادرة عن ممثليته الدبلوماسية بالنسبة للدول التي تصدر هذه الوثيقة أو شهادة رسمية مماثلة تفي بالغرض بالنسبة للدول التي لا تصدرها.

3. احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال لاسيما البند الأخير من المادة 30 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، والتي تمنع زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم.

4. أن لا يقوم الطرفان أو أحدهما بالتحايل على القانون والإجراءات التي تنظم الزواج المختلط لتحقيق أغراض أخرى غير الغرض الرئيسي من الزواج.

5. ضرورة المحافظة على التماسك الإجتماعي والأمن القومي والنظام العام¹.

أما عن مضمون الشروط الشكلية للزواج في فرنسا؛ فهي الإعلان عن مشروع الزواج، استيفاء مستندات الزواج، مراسم الاحتفال بالزواج، وأن يتم هذا الاحتفال علانية².

بالإضافة إلى استصدار شهادة الأهلية لزوج الفرنسيين المبرم خارج الإقليم الفرنسي معدة من طرف السلطات الدبلوماسية أو القنصلية المختصة بمكان عقد الزواج³.

وتختلف الشروط الشكلية من دولة إلى أخرى، فهناك دول تشترط الشكل الديني لانعقاد وشهر

¹ - أنظر: وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية عبر الموقع:

<https://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AC%D8%A7%D9%86%D8%A8%D9%81%D9%8A%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B2%D8%A7%D8%A6%D8%B1%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%AA%D9%84%D8%B7.html>

تاريخ الاطلاع 2020/08/25. سا: 00

² - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، ط1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 96-97.

³ - Art 171-2 (Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 - art. 3JORF 15 novembre 2006 en vigueur le 1er mars 2007): « Lorsqu'il est célébré par une autorité étrangère, le mariage d'un Français doit être précédé de la délivrance d'un certificat de capacité à mariage établi après l'accomplissement, auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage».

الزواج وتفرضه على رعاياها الذين يبرمون عقد الزواج في الخارج؛ مثل اليونان واسبانيا وبلغاريا ومالطا وكولومبيا، وأخرى تشترط الشكل المدني مثل فرنسا وبريطانيا وبلجيكا وتشترط بلدان أخرى توافر الشكليين معا¹.

بمعنى آخر فقد يكون القانون الذي يحكم الشكل في دولة ما ينظر إلى الزواج على أنه نظام ديني، وبالتالي لا بد من تدخل رجل الدين لإضفاء الشرعية بممارسة طقوس دينية أو شعائر معينة كشرط موضوعي لانعقاد الزواج، أو قد يكون النظام القانوني في تلك الدولة ينظر إلى الزواج بأنه نظاما مدنيا، وبالتالي سوف تكون ممارسة طقوس دينية معينة لا تعدو عن كونها شروطا شكلية فقط².
وحتما فإن هذا الاختلاف سيؤدي إلى ظهور مشكلات عندما يرغب رعايا إحدى الدول التي تتبع الشكل الديني وتعتبره من الشروط الموضوعية، بإبرام عقد الزواج في دولة تتبع الشكل المدني وتعتبره من الشروط الشكلية، ومن ثم يختلف التكيف القانوني للمسألة أو الفئة المسندة وبالتالي يختلف القانون الواجب التطبيق بشأنها.

ولهذه المسألة أهمية كبيرة لاختلاف التكيف من قاضٍ لآخر³، وفي هذا الصدد نذكر قضية "كارازلانيس" اليوناني الأرثوذكسي الذي تزوج في فرنسا وكان قانونه الوطني يفرض الاحتفال الديني كشرط من شروط صحة الزواج الموضوعية⁴، حيث قام القاضي الفرنسي بتكييف هذا الشرط ضمن الشروط الشكلية للزواج وقرر وجوب التقيد بالشكل المدني المفروض في فرنسا على عقد الزواج. ففرنسا تعد تدخل رجل الدين في الزواج شرطا شكليا⁵.

أما عن الطقوس الدينية في البلدان العربية المسيحية كـبعض الطوائف في مصر والعراق وسوريا ولبنان، فيعد تدخل رجل الدين في الزواج شرطا موضوعيا لا يصح الزواج بدونه، غير أن البلدان

¹ - محمد سعادي، المرجع السابق، ص 132. أنظر كذلك: أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 310. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70.

² - علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 166-167.

³ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 100-101.

⁴ - تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز الاعتراف بزواج اليوناني الأرثوذكسي إلا لو تم أمام كاهن لكنيسة الأرثوذكس، فإذا تم بغير ذلك وقع باطلا، أنظر هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي)، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دت، ص 260.

⁵ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 136.

الإسلامية عامة والجزائر خاصة فحضور رجل دين لا يعد إلزامياً، وهو ما دعا الفقه الغالب إلى اعتباره شرطاً شكلياً فقط، فتدخل رجل الدين في الزواج هو مجرد عملية شكلية¹.

لكن قد يتخذ الزواج شكلاً دينياً اصطلاحاً على تسميته بالزواج العرفي² أو كما يسمى في الجزائر الزواج بالفاتحة، وهو زواج يحتاج لحكم قضائي لتثبيته³، وفي ذلك دليل على أن عقد الزواج في الجزائر يعتبر مدنياً⁴.

و نعتقد أن هذا التباين بين الدول في مسألة تكييف الشروط الشكلية والموضوعية للزواج راجع إلى اختلاف المرجعية الدينية وتنوع الثقافات والمعتقدات والأعراف السائدة من بلد لآخر، وهو ما يجعل من الشروط الشكلية حقلاً تتنازع فيه التكييفات وتتزامن فيه عدة قوانين، فإذا أبرم جزائري زواجه في بلد أجنبي يفرض الشكل الديني المسيحي مثلاً، فسيعد زواجه صحيحاً في ذلك البلد، بينما يعد باطلاً في الجزائر، فما هو الحل وما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة؟ الأمر الذي سنتناوله بالتفصيل في البند الموالي.

البند الثاني:

تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج المختلط

أشرنا سابقاً أن الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج، تتصل بالقلب أو المظهر الخارجي الذي تخرج فيه إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي، وهو يختلف من دولة إلى أخرى باختلاف التشريعات في تحديد نظام الزواج⁵. لذلك يلجأ القاضي لمسألة التكييف الاستناد لقانونه الوطني لإعطاء الوصف

¹ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 260.

² - الزواج العرفي هو العقد الذي يبرم بحضور جماعة من المسلمين ويتوافر الشروط والأركان الشرعية، إلا أن مثل هذه العقود لا ترتب آثارها القانونية. أنظر بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، المجلد 3، العدد 1، 2012، ص 18.

³ - وإن كان هذا الزواج صحيحاً إلا أنه يتضمن نوعاً من المخاطرة لأنه لا يجوز سماع دعوى الزوجية عند الإنكار إلا إذا كان الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية. وقد جاء في قرار المحكمة العليا، الملف رقم 1247444 بتاريخ 2018/11/07 ما يلي: " المبدأ: يثبت الزواج العرفي بشهادة الشهود إذا كانوا على سبيل التواصل والتسامح".

⁴ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 124.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، المرجع السابق، ص 98.

القانوني المناسب للواقعة من أجل إدراجها ضمن فكرة مسندة، وبالتالي إسنادها للقانون الذي يسري عليها¹.

وليس من السهل تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج إذا كان الزوجان يختلفان في الجنسية والديانة معاً، فتظهر الصعوبة عند استحالة اتباع الشكل المقرر في قانون الدولة أو الدول التي ينتميان إليها²، وهنا يثار التساؤل حول ضابط الإسناد الذي يبين لنا القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناتجة من الشروط الشكلية للزواج المشتمل على عنصر أجنبي؟

للإجابة على هذا التساؤل، وجب علينا التطرق للقانون الواجب التطبيق على شروطه الشكلية عند تحريره (أولاً) وفي حالة ما إذا أثير نزاع حول صحته، فما هو القانون الذي يحكم مسألة إثباته (ثانياً).

أولاً- القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج عند تحريره:

قبل معرفة القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج عند تحريره، وجب علينا التفريق بين ما إذا كان الزواج مبرماً بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب خارج الإقليم الجزائري (1)، أو بين أجانب أو بين جزائريين وأجانب داخل الإقليم الجزائري (2).

1- الزواج المبرم خارج الإقليم الجزائري:

يسمح للجزائريين المقيمين في بلد أجنبي إبرام عقود زواجهم وفق الشكل المقرر في ذلك البلد (أمام موثق أو ضابط للحالة المدنية المختص في البلد الأجنبي)، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 19 ف1 من القانون المدني³؛ حيث جاء فيها ما يلي: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه... "

نلاحظ من خلال نص المادة السابقة، أنّ المشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد خاصة تحكم الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج، كما أنّها لا تدخل في نطاق المادة 11 التي خصصها المشرع

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص131.

² صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، المرجع السابق، ص 98.

³ تقابلها المادة: 20 من القانون المدني المصري، المادة 26 ق م عراقي، المادة 14 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 21 ق م سوري، م 20 ق م ليبي، م 11 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 السوداني، م 63 من قانون المعاملات ذات العنصر الأجنبي لسنة 1961 الكويتي.

للشروط الموضوعية، وذلك بعد تعديل 2005 أين كانت قبل ذلك لا تميّز بينهما، ويمكن القول: إنّ نيّة المشرع اتجهت إلى إخضاع الشّروط الشّكلية للقاعدة العامّة التي تحكم التصرفات القانونية من حيث الشّكل¹.

وباعتبار شكل الزّواج تصرفاً قانونياً، فهو يخضع لهذه القاعدة التي تحكم التصرفات القانونية في جانبها الشّكلي، وهي قاعدة لوكيس « locus » والتي مفادها كما أشرنا، أنّ العقود تخضع في شكلها لقانون المحل أو المكان أو البلد الذي تمت فيه.

وهي القاعدة المعمول بها في أغلب الأنظمة القانونية الأوروبية والعربية بما فيها القانون المصري؛ حيث نصّ في المادة 20 من قانونه المدني² على أنّ "العقود بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه...". وعليه فإنّ التشريع المصري، لا يتضمن نصاً خاصاً بحكم الزواج من حيث الشكل، وبالتالي الرجوع للقواعد العامة التي تحكم شكل التصرفات³ بعدما كان المشرع المصري ينص صراحة من خلال المادة 2/28 من المشروع التمهيدي للقانون المدني⁴ الحالي بأنّ عقد الزّواج يخضع من حيث الشكل إلى قانون البلد الذي تم فيه، غير أنّ هذه الفقرة، حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة⁵. كما هو الحال في التشريع الجزائري.

والسؤال المطروح هنا هو هل يمكن الاعتماد في هذه الحالة على القواعد العامة التي تحكم الشكلية في التصرفات القانونية أم لا؟

لقد حدث جدل فقهي بهذا الخصوص بين من يقول بأنّ نصّ (م 19 ق.م.ج والمادة 20 ق.م.

¹ - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 312.
² - وهو النص الذي نقلته أغلب التشريعات في العديد من الدول العربية: مثل التشريع الجزائري في المادة 19 ق م، التشريع العراقي في المادة 2/19 م ع، التشريع الأردني في المادة 13 / 2 م أ... الخ
³ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 284.
⁴ - حيث نصت على ما يلي: "...أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحاً ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ومصري إذا عقد صحيحاً وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه...".
⁵ - ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2005، ص 94، أنظر كذلك: صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص 111، جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 284.

مصري) موجّه إلى شكل العقود الواقعة في نطاق المعاملات المالية¹، وحجتهم في ذلك، أنّ موضعه من النصوص التي عالج فيها المشرّع قواعد تنازع القوانين من حيث المكان؛ إذ جاء هذا الموضوع ضمن النصوص التي تضمّ قواعد تنازع القوانين في مواد الأحوال العينية والوقائع والتصرفات القانونية². في حين أنّ أغلب الفقه يعتبر شكل الزواج يدخل ضمن مقتضيات هذا النصّ باعتباره تصرفاً قانونياً إرادياً يقوم من حيث تكوينه على إرادة الزوجين، وهذا ما يثبت أنه من العقود، الأمر الذي صرحت به العديد من التشريعات العربية³، وأكّده الفقه⁴.

وقيل تبريراً لحذف المشرّع للفقرة السابقة بعد التعديل أن في تطبيق القواعد العامة الكفاية⁵.

وفي رأينا لعلّ المشرّع الجزائري والمصري حين قاما بحذفها تقادياً للتكرار فقط.

غير أنّ بعض الدول خصت شكل الزواج بضابط إسناد مستقل عن القاعدة العامة، والتي تحكم الشكل⁶؛ فقد نص عليه المشرّع التونسي صراحة في المادة 46 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية؛ حيث جاء فيها ما يلي: " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج"، ويتضح من خلال نصّ الفصل، أنّ المشرّع التونسي لم يضع ضابط إسناد واحد يحكم الشروط الشكلية للزواج المختلط؛ بل قام بإدراج ضابطين، أولهما قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وثانيهما قانون مكان إبرام عقد الزوج، والأهم أنّه لم يدع مجالاً للشك بخصوص القانون الواجب تطبيقه؛ لأنّه ورد في مجال الزواج، وهو ما سارت عليه بعض التشريعات في الدول العربية⁷.

¹ - من أصحاب هذا الرأي: الدكتور عز الدين عبد الله حيث يقول بأن هذه المادة تتعلق بالعقود باستثناء عقد الزواج" والدكتور فؤاد عبد المنعم الرياض، بالإضافة إلى الدكتورة سامية راشد، أنظر: ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 359، شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 72، عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 223.

² - ثامر حمود هادي، نفس المرجع، ص 359.

³ - من أمثلة ذلك: القانون الجزائري (م 4 ق.أ.ج)، القانون التونسي (الفصل 3 م.أ.ش)، القانون الأردني (م 2 ق.أ.ش)، السوداني (م 11 ق.أ.ش)، السوري (م 3 ق.أ.ش)، المغربي (م 10 ق مجلة الأسرة).

⁴ - دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، دط، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 36.

⁵ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 72.

⁶ - شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 66.

⁷ - من أمثلة ذلك: المشرّع العراقي (م 1/19 ق.م)، المشرّع الأردني (م 2/13 ق.م). كذلك المشرّع السوداني (م 4/11 ق.م)، الكويتي (م 37 من القانون رقم 05 لسنة 1961)، الإماراتي (م 2/12 من القانون رقم 5 لسنة 1985).

وقد نص عليه كذلك القانون الفرنسي؛ فالمبدأ يقول بأن شكل التصرفات تخضع لقانون مكان إبرامها «la règle locus regit actum»¹، استنادا إلى المواد 47 و1/171 و2/171 من القانون المدني الفرنسي بشكل أساسي، وقد جاء في نص المادة 47 من القانون المدني الفرنسي² بأن أي عقد متعلق بالحالة المدنية للفرنسيين والأجانب تم إجراؤه في بلد أجنبي ومُصاغ حسب النماذج المستخدمة في ذلك البلد، هو عقد صحيح بصرف النظر عن شروط الأهلية والرضا وموانع الزواج³ ما لم تكن هناك مستندات أو مستندات أخرى محتفظ بها أو بيانات خارجية أو عناصر مأخوذة من المستند، أو ثبت أن هذا الفعل غير منظم أو مزور، أو أن الحقائق المعلنة فيه لا تتوافق مع الواقع.

وقد أكد المشرع الفرنسي هذه القاعدة، وحسم الأمر في المادة 1/171 من القانون المدني⁴، بأن الزواج المبرم في بلد أجنبي بين الفرنسيين، أو بين شخص فرنسي وأجنبي، يكون صحيحا إذا تم إبرامه في الأشكال المستخدمة في بلد الإبرام، بشرط أن لا يخالف الفرنسيون الأحكام الواردة في هذا القانون.

وأضاف كذلك في المادة 2/202⁵ من نفس القانون، أن الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا تم وفق الإجراءات المعمول بها في بلد انعقاده.

¹- Vincent Delaporte, forme des actes (loi applicable a la forme des actes juridiques), dalloz , 2001 , actualiser juin 2013 , voir le site: https://www.dalloz.fr/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MD1sb2N1cyByZWdpdCBhY3R1bcKneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhcmNo&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOY1BhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNIwqdzJGJxPcKncyRzZWYyY2hMYWJlbD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&id=ENCY%2FINTR%2FRUB000122%2F2001-12%2FPLAN008 consulter le: 25/08/2018 à 23: 00.

²-Art 47 (Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 - art. 7 () JORF 15 novembre 2006): « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

³ - Bouchra JDAINI, La répudiation en droit malikite marocain selon la convention franco-marocaine de 1981. Mémoire pour l'obtention du DEA (Diplôme des études approfondies), Perpignan, France, 1997, p63.

⁴- Art 171/1 (Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 - art. 3 () JORF 15 novembre 2006 en vigueur le 1er mars 2007): « Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre ».

⁵- Art 202-2 Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1 « Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu ».

غير أنّ هذه المواد، لا تضع سوى قواعد النزاع من جانب واحد، وتحدد فقط نطاق تطبيق القانون الفرنسي؛ حيث تعترف بإمكانية تطبيق قانون أجنبي، فلا تغطي المادتان 47 و1/171 من القانون المدني سوى الأفعال التي يرتكبها الفرنسيون في الخارج، ولا تشمل الأفعال التي يرتكبها الأجانب في فرنسا.

وعليه فالرأي السائد في الأنظمة القانونية، هو إخضاع الشروط الشكلية في الزواج لقانون البلد الذي تمّ فيه الزواج؛ أي طبقاً لقاعدة LOCUS.

غير أنّ إشكالا آخرًا يواجهنا بهذا الشأن، ويجعلنا نتساءل، هل تعتبر هذه القاعدة إلزامية أم اختيارية؟

أ- الطابع الإلزامي لقاعدة محلّ الإبرام locus:

بعض الدول¹ تخضع الشروط الشكلية في الزواج لقاعدة LOCUS على سبيل الإلزام، حيث جعلت من هذه القاعدة أمرة ولا يجوز تطبيق قانون آخر عليها؛ كإجراء الزواج في الشكل الذي يرسمه القانون الشخصي للزوجين²، فإذا تزوج كنديان في فرنسا أمام الكنيسة، فزواجهما باطل؛ لأنّ شكل الزواج في فرنسا مدني وليس ديني.

وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي في المادة السابقة الذكر 1/171 من قانونه المدني من خلال إضفاء الطابع الإلزامي لقاعدة LOCUS، بمعنى أنّ زواج الفرنسيين في الخارج، يعدّ صحيحاً إذا تمّ وفق قانون بلد الإبرام، وزواج الأجانب في فرنسا يعتبر صحيحاً إذا تمّ وفق الشكل المقرر في القانون الفرنسي. الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1955/06/22 بصحة زواج يوناني تمّ في فرنسا في شكل مدني فقط، واستندت في ذلك أنّ الشكل الديني في الزواج، مسألة شكلية لا موضوعية³.

¹ - مثل الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا واليابان، كندا، أستراليا، النورو... الخ.

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص 104. أنظر كذلك: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70.

³ - علي علي سليمان، نفس المرجع، ص 71.

ب- الطابع الاختياري لقاعدة محل الإبرام LOCUS:

عكس التشريعات السابقة، أخذت أغلب الدول¹ بقاعدة LOCUS على سبيل الاختيار، حيث تجيز إخضاع شروط الزواج الشكلية لقانون جنسية الزوجين، فيكون الزواج صحيحا شكلا إذا تم طبق الشكل المقرر في قانونهما الشخصي، سواء كان قانون جنسيتهما أو قانون موطنهما، حتى وإن لم يتفق مع شكل الزواج في البلد الذي أبرم فيه عقد الزواج².

بمعنى لو تزوج إسباني من ألمانية في النمسا، فيعتبر شكل الزواج صحيحا إذا تم وفق القانون النمساوي، وهو بلد الإبرام (قاعدة LOCUS)، أو وفق القانون الإسباني، وهو قانون جنسية الزوج، أو وفق القانون الألماني، وهو قانون جنسية الزوجة.

وهو ما أخذ به المشرع التونسي؛ حيث نصّ في الفصل 46 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على ما يلي: " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج". ويتّضح من خلال نص الفصل أنّ المشرع التونسي خصّ شكل الزواج بضابطي إسناد، حيث أخضعه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو لقانون مكان إبرام عقد الزوج؛ فإذا تزوج جزائريان بتونس، فإنّ زواجهما في جانبه الشكلي، يخضع إما لقانون الجنسية المشتركة، وهو القانون الجزائري، أو لقانون بلد الإبرام، وهو القانون التونسي، وعليه، يتبيّن أنّ التشريع التونسي أخذ بقاعدة "لو كيس" على سبيل الاختيار لا على سبيل الإلزام.

وفي نفس السياق، ذهب المشرع المصري إلى اعتبار قاعدة محل الإبرام LOCUS قاعدة اختيارية³ ووضع إلى جانبها ضوابط إسناد أخرى، وهذا ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة 20 ق.م بقوله: "... ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

¹ - من بين الدول التي أخذت بالطابع الاختياري: القانون النمساوي (م 16 من القانون الدولي الخاص)، الإسباني (م 50 قانون مدني) بالإضافة إلى كل التشريعات العربية السابقة الذكر.

² - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص 104.

³ - الأمر الذي قضت به اتفاقية لاهاي في فقرتها الثانية من المادة 5 بقولها: "...ومع ذلك فيجوز للبلاد التي يتطلب قانونها شكلا دينيا للزواج ألا تعترف بصحة الزواج المعقود بين رعاياها في الخارج في غير الشكل الديني المطلوب"

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 2/19 بقوله: " ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

من تحليلنا لنص المادة 19 ق م ج، والمادة 20 ق م م نستخلص ما يلي:

-تفيد عبارة "يجوز" التخيير، بمعنى أنّ للزوجين المستقبلين حق اختيار القانون الذي يخضع له زواجهما شكلا وفق ما هو مقرر في المادة 19 ق م ج، والمادة 20 ق م م.

-وضع المشرعين الجزائري والمصري أربعة ضوابط إسناد تحكم الشروط الشكلية للزواج وهي:

• قانون مكان إبرام الزواج (قاعدة لو كيس).

• قانون الموطن المشترك للزوجين.

• قانون جنسية الزوجين المشتركة.

• القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

بمعنى ذلك، إذا ما تزوج جزائريان مقيمان بفرنسا في ألمانيا¹، جاز أن يخضع زواجهما شكلا إما لقانون بلد الإبرام وهو القانون الألماني، أو لقانون الموطن المشترك وهو القانون الفرنسي، أو لقانون جنسيتها المشتركة وهو القانون الجزائري، أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية وهو قانون جنسيتها أيضا (القانون الجزائري).

غير أنّه لا يجوز للجزائريين المسلمين إبرام زواجهم وفق قاعدة LOCUS إذا كان الشّكل الديني هو المقرّر في ذلك البلد؛ كإسبانيا مثلا التي تفرض الشّكل الديني (المسيحي) للزّواج، أمّا إذا كان الزّوجان الجزائريان غير مسلمين، جاز ذلك.

لكن ما أثار انتباهنا في هذا الشأن، أنّ المشرع الجزائري نصّ في قانون الحالة المدنية على ضابط إسناد واحد فقط يحكم الشروط الشكلية لزواج الجزائريين والأجانب في الخارج من خلال المادة

¹ تجدر الإشارة إلى أنّ زواج الجزائريين في فرنسا (م 1/171 ق.م.ف) وألمانيا، يكون مقبولا في القانون الجزائري؛ لأنّ الشكل المعتمد في ألمانيا هو الشكل المدني وليس الديني المادتين 11-15 من القانون رقم 16 الصادر في 20 فبراير الخاص بتنظيم الزواج في ألمانيا والمادة 3/13 من مجموعة ق.د.خ الألماني الصادرة في 1986، في حين أنه لا يعد زواج الجزائري في إسبانيا صحيحا لأن المادة 42 من القانون المدني الإسباني الصادر في 24 يوليو 1889 فرضت الشكل الديني وجعلت المدني احتياطيا حال تعذر اتباع الديني. نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، المرجع السابق، ص 98 وما يليها.

95 من قانون الحالة المدنية¹؛ حيث نصت على ما يلي: " إنَّ كلَّ عقد خاصّ بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب، صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا ما حُرِّرَ طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد"²، الأمر الذي عرض المشرع الجزائري للنقد بإدراجه ضابط إسناد واحد يحكم شكل الزواج.

نفهم من نصّ المادة، أنّ الجزائري في الخارج، يمكنه أن يُخضع شكل الزواج إلى القانون المحلي؛ أي قانون البلد الذي يقيم فيه، بمعنى أوضح، إذا كان الزوجان جزائريان وأبرما عقد زواجهما في ألمانيا، فإن الشروط الشكلية للزواج تخضع للقانون الألماني، كذلك الحال إذا كان الزوج جزائريا والزوجة ألمانية وعقدا زواجهما في ألمانيا.

يرى الدكتور حبار محمد: أنّ المادة 95 تعرّضت لكلّ عقود الحالة المدنية المتعلقة بالشخص الطبيعي من ضمنها عقد الزواج، فوضعت بشأنها مبدأ عاما يتمّ تطبيقه، سواء أتعلق الأمر بالجزائريين أو بالأجانب، فاعتبرت هذه العقود جميعها بما فيها عقد الزواج، صحيحة شكلا إذا احترمت الأحكام المسطرة في قانون بلد الإبرام.

وأنّ المادة 95 من قانون الحالة المدنية بورودها على هذا النحو، فإنها تكون اعتمدت ضابط إسناد واحد يتحدد بقاعدة "لوكيس" وحدها، وذلك على عكس ما ورد النص عليه في المادة 19 من القانون المدني التي اعتمدت 4 ضوابط إسناد بهذا الخصوص³.

وحسب منظورنا، لم يتدارك المشرع الجزائري هذا اللبس، وأكد على ضابط إسناد واحد فقط يحكم الشروط الشكلية للزواج، وهو محل الإبرام، وعليه يتّضح أنّ ثمة تناقض بين القواعد المنصوص عليها في القانون المدني الذي يأخذ بقاعدة لوكيس على سبيل الاختيار، وقواعد قانون الحالة المدنية الذي يأخذ بها على سبيل الإلزام، الأمر الذي أعاد المشرع تأكيده من خلال المادة 97 من قانون الحالة المدنية⁴؛ حيث جاء فيه: " إنَّ الرّوَّاج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد، شريطة أن لا يخالف الجزائري الشّروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإبرام عقد الزواج..."

¹ - الأمر 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المعدل والمتمم بالقانون 08/14 المؤرخ في 20 غشت 2014، ج ر عدد 2014/49، المتعلق بالحالة المدنية.

² - تقابلها المادة 47 من القانون المدني الفرنسي.

³ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 125.

⁴ - تقابلها المادة 1/171 من القانون المدني الفرنسي.

وبتحليلنا لنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري أخضع زواج الجزائريين بالخارج لقانون بلد إبرامه سواء كان زواجا بين جزائري وجزائرية، أو بين جزائري وأجنبية؛ أي زواجا مختلطا، ووضع شرط ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية أو الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني (أي قانون الأسرة الجزائري)؛ كالزواج بإحدى المحرمات¹ أو اقتران الزواج بشرط ينافيه²، وأن لا يكون مخالفا للنظام العام المعمول به في الجزائر.

ومعنى ذلك أنّ الجزائريين المقيمين في فرنسا على سبيل المثال، بإمكانهم عقد زواجهم طبقا للشكل الذي يفرضه القانون الفرنسي إذا كان الزواج مدنيا واستوفى جميع الشروط المنصوص عليها في القانون الجزائري، أما إذا كان دينيا في الكنيسة مثلا؛ فالزواج غير جائز وغير معترف به في القانون الجزائري؛ لأنه مخالف للشريعة الإسلامية، وهي أساس النظام العام في الجزائر.

وبالعودة لمسألة ضابط الإسناد، يبدو لنا أنّ المشرع الجزائري تدارك الأمر جزئيا بنصه على ضابط إسناد آخر، هو قانون جنسية كلا الزوجين؛ حيث نص في المادة 97 فقرة 2 من قانون الحالة المدنية³، على أنه يمكن للراعي الجزائري إبرام عقد زواجهم أمام الأعدان الدبلوماسيين والقناصل؛ أي في السفارات الجزائرية بالخارج طبقا للقوانين الجزائرية⁴.

وقد اعترف المشرع الجزائري بصحة عقود زواج الجزائريين المبرمة في بلد أجنبي من طرف الأعدان الدبلوماسيون أو القناصل⁵ بشرط أن تتم وفق القوانين الجزائرية وهو ما نص عليه في المادة

¹ - أنظر المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري.

² - أنظر المادة 19 و 35 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - تنص الفقرة الثانية من المادة 97 ق. ح. م. ج. على: "... ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتمّ أمام الأعدان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية".

⁴ - وفي هذا الخصوص نصت المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 2002/11/26 المتعلق بالوظيفة القنصلية، الجريدة الرسمية عدد 79 على: " يضمن رئيس المركز القنصلي للراعي الجزائريين الحماية... غير أنه يمارس عمله طبقا للتشريع الجزائري...".

⁵ - وهو ما جاء في المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 2002/11/26 المتعلق بالوظيفة القنصلية، الجريدة الرسمية عدد 79 " يستلم رئيس المركز القنصلي بصفته ضابطا للحالة المدنية التصريحات ويعد عقود الحالة المدنية الخاصة بالراعي الجزائريين ويحررها". بالإضافة لنص المادة 29 من نفس المرسوم حيث جاء فيها " يؤهل ضابط الحالة المدنية في حدود أحكام القانون الجزائري للقيام بما يأتي:

- عقد الزواج بين الراعي الجزائريين.

- تسجيل عقود الزواج... المتعلقة بالراعي الجزائريين في سجلات الحالة المدنية القنصلية.

- تسليم دفتر عائلي للزوجين بعد عقد الزواج أو تسجيله".

96 من قانون الحالة المدنية¹، والمادة 2/97 من نفس القانون.

أما المشرع الفرنسي، فسار في نفس السياق؛ حيث نص في المادة 1/171 السابقة الذكر التي قضت بأن الزواج المبرم في بلد أجنبي بين الفرنسيين، أو بين شخص فرنسي وأجنبي، يكون صحيحاً إذا تم إبرامه في الأشكال المعمول بها في بلد الإبرام شرط أن لا يخالف الفرنسيون الأحكام الواردة في هذا القانون. والأمر نفسه ينطبق على الزواج الذي تبرمه السلطات الدبلوماسية أو القنصلية الفرنسية، بشرط أن يتم وفقاً للقوانين الفرنسية.²

وأضاف المشرع الفرنسي في ذات النص، أنه لا يمكن لهذه السلطات أن تشجع في عقود الزواج بين مواطن فرنسي وأجنبي إلا في البلدان المعينة بمرسوم³.

نصت على ذلك أيضا معاهدة فيينا المبرمة في 24 أبريل 1963 الخاصة بالعلاقات القنصلية التي صادقت عليها الجزائر في 4 مارس 1964 من خلال المادة 75، كذلك معاهدة لاهاي المبرمة في 1948 المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته⁴. بالإضافة إلى الاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية الصادرة في 24 ماي 1974، والتي ترخص للقناصل بأن يعقدوا الزواج إذا كان الزوجان من رعايا الدولة الباعثة المادة 32. 8. ب. 5.

يتضح من خلال هذه القواعد، أنّ الزواج يمكن أن يعقد في الشكل المحلي للبلد الأجنبي المضيف أمام السلطات المؤهلة لتحرير عقود الزواج (الموثق أو ضابط الحالة المدنية بالخارج) أو في الشكل الوطني (وفقا للقانون الجزائري) أمام الدبلوماسيين أو القناصل في ذلك البلد.

لاحظنا بالعودة إلى نصّ المادة 97 ق.ح.م، أنّ المشرع الجزائري نصّ على زواج الجزائري بالأجنبية، ولم ينصّ على زواج الجزائرية بالأجنبي، فلماذا استثنى المرأة من هذه القاعدة؟

¹ - تنص المادة 96 من قانون الحالة المدنية على أنه: " إذا كان كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

² - Jean-Jacques Brot, Les mariages forcés, Préfet d'Eure-et-Loir, France, p9.

³ - Art 171/1 (Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 - art. 3 () JORF 15 novembre 2006 en vigueur le 1er mars 2007): « ... Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises. Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret ».

⁴ - محمد سعادي، المرجع السابق، ص 133.

⁵ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 220.

ولعل المشرع الجزائري في اعتقادنا استثنى زواج الجزائرية بالأجنبي لسببين اثنين:

الأول: احتمال أن يكون الزوج الأجنبي غير مسلم، وهو أحد موانع الزواج المؤقتة حسب الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري¹.

الثاني: أنّ زواج المرأة في القانون الجزائري يتضمن بعض الخصوصية، ويخضع لأحكام وشروط معينة؛ كشرط الولي مثلا أو السن القانوني للزواج.

في حين نصّ المشرع الجزائري من خلال المادة 31 من قانون الأسرة² على أنّ زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، يخضع لأحكام تنظيمية؛ غير أنه لم يصدر بهذا الشأن إلا تعليمة واحدة من طرف وزير الداخلية تحت رقم 02 بتاريخ 11/02/1981³، حيث اشترطت الحصول على رخصة إدارية من طرف الوالي، بخصوص زواج الأجانب من الجزائريين تسمى رخصة الزواج المختلط، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 4/73 من قانون الحالة المدنية، وأكدته قرارات المحكمة العليا⁴ بالإضافة إلى شرط الإسلام أو شهادة اعتناق الدين الإسلامي في طالب الزواج الأجنبي الذي يرغب بالزواج من جزائرية. أو شهادة إثبات الإسلام للزوج الأجنبي المسلم تصدرها مديرية النشاط المسجدي والخطب المنبرية بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 2000.156 المؤرخ في 28.06.2000 المتضمن الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية التي تنص على انه من صلاحياتها إصدار شهادات إثبات الإسلام وكذا اعتناق الإسلام. ونظمت هذه الشهادة بموجب القرار الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف رقم 580 المؤرخ في 16.09.2014 الذي يحدد شروط وكيفيات إصدار شهادة إثبات الإسلام وشهادة اعتناق الإسلام. وأدرجت وزارة الداخلية وجوبا إرفاق ملف طلب الزواج . فضلا عن الرخصة الإدارية المسبقة - بهذه الشهادة بالنسبة للزوج الأجنبي ضمن ملف طلب الزواج، وكذلك الأمر عند إبرام الزواج المختلط أمام

¹ - أنظر نص المادة 30 من ق أ ج.

² - حيث جاء فيها: " يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسية إلى أحكام تنظيمية".

³ - تم إعادة تنظيمها بمقتضى التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية بتاريخ 25.11.2018 تحت رقم 09 تحت مسمى "تنظيم إصدار رخصة الزواج".

⁴ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1005800 بتاريخ 2016/7/13 العدد 2، 2016، ص 207. نقلا عن: عيسى معيزة، الرخصة الإدارية في زواج الجزائريين بالأجانب على صور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 7، العدد 2، 2019، ص 368.

الموثق أو ضابط الحالة المدنية المؤهلين قانوناً¹. وتجدر الإشارة إلى أن الإشهاد الصادر عن وزارة الشؤون الدينية كاف لإثبات اعتناق الدين الإسلامي وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا.²

وبالعودة لنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية وتحديدًا في الحالة التي يكون فيها الزوج جزائريًا والزوجة أجنبية وتمّ أمام ممثل دبلوماسي أو قنصل جزائري فتثور هنا فرضيتين:

• **الفرضية الأولى:** إذا كانت الزوجة أجنبية وتحمل جنسية البلد المضيف؛ (أي تحمل الجنسية التي تستضيف الممثلة الدبلوماسية أ القنصلية الجزائرية، فلا يوجد هنا أي إشكال قانوني إذ يجوز هنا للممثل الدبلوماسي وكذا القنصل الجزائري القيام بإبرام عقد زواج الجزائري مع أجنبية من جنسية الدولة التي توجد فيها القنصلية الجزائرية التي تبرم العقد.

• **الفرضية الثانية:** إذا كانت الزوجة أجنبية وتبين أنّها لا تحمل جنسية البلد المضيف؛ أي زواج جزائري بامرأة أجنبية ليست من جنسية البلد الذي توجد فيه القنصلية الجزائرية، فهنا يشترط مشرعنا في الممثل الدبلوماسي أو القنصل الجزائري أن يكونا ممارسان لنشاطهما في دولة من الدول المحددة بموجب مرسوم؛ أي لا تتم مراسيم الزواج إلا في البلدان التي تتحدد بمرسوم، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 97 في فقرتها الأخيرة³، غير أنّ هذا المرسوم لم يتم إصداره لحد الساعة⁴. فإذا تزوج جزائري من بريطانية وعقد زواجهما في فرنسا، فإنه يستوجب عليهما انتظار صدور مرسوم يبعد الدول التي لا يمكن أن يعقد فيها الزواج، فإذا صدر هذا المرسوم وقرر إبعاد إنجلترا والنرويج وكندا مثلاً، فإنه لا يمكن لهذين الزوجين إبرام عقد زواجهما في هذه البلدان الثلاثة⁵.

¹ - السبتي بوكرب، الرخصة الإدارية كشرط مسبق للزواج المختلط، أعمال يوم دراسي بعنوان: الزواج المختلط وآثاره بين الشريعة والقانون، المنعقد يوم 9 مارس 2021 بجامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، ص 2 وما يليها. أنظر كذلك: عيسى معيزة، نفس المرجع، ص 367 وما يليها.

² - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 398948، بتاريخ 2007/11/14، م م ع، العدد 1، 2011، ص 237.

³ - حيث جاء فيها: "... غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم". وهو نفس ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1/171 بقولها: « Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret ».

⁴ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 127.

⁵ - محمد سعادي، المرجع السابق، ص 135.

نستخلص مما سبق، أنه إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما جزائرياً، وتمّ عقد الزواج في بلد أجنبي متبعاً الشكل الذي يكرسه قانون هذا البلد، فيعد العقد صحيحاً من الناحية الشكلية إذا تمّ في الطابع المدني أو الديني (وفقاً للشكل الذي تتبعه الشريعة الإسلامية إذا كانا مسلمين تحت طائلة البطلان، أما إذا تبين أنهما غير مسلمين، فإن الزواج يقع صحيحاً في كلّ الحالات). فإذا أبرم في إيطاليا مثلاً، يطبق القانون الإيطالي على صحة أو عدم صحة شكل انعقاد الزواج.

2- الزواج المبرم داخل الإقليم الجزائري:

يجوز للأجانب أن يبرموا عقود زواجهم في الجزائر وفق الشكل المحلي¹ فيطبق عليهم القانون الجزائري أي قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة، وإن لم ينص مشرعنا على شكل الزواج الذي يعقد في الجزائر بين الأجانب أو بين الجزائريين والأجانب، وخصّ القول بالزواج في بلد أجنبي، إلا أنه يفهم من نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية أنّها تخاطب الجزائريين والأجانب عند إبرام زواجهم في الجزائر؛ حيث نصت على: " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

وما يدل على أنّ هذه المادة تخاطب الجزائريين والأجانب، أنّ المشرع الجزائري استثنى المواطنين الجزائريين من أن يقيم أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج بالجزائر، في هذه الحالة ينعقد الزواج وفقاً للشكل الذي يحدده القانون الجزائري².

وفي رأينا أنه يمكن القياس أيضاً على نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري -السابقة الذكر- لأنّها لم تستثن فئة معينة، وجاءت عامة تخضع كل التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، سواء بالنسبة للجزائريين أو للأجانب.

في نفس السياق، حسب جانب من الفقه أنّه يمكن الرجوع لنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي تنظم زواج الجزائريين خارج الجزائر -السابقة الذكر- وحجج أصحاب هذا الرأي أنّه وإن كانت القاعدة الواردة في المادة 97 وضعت فردية إلا أنّه يمكن للقاضي الجزائري أن يجعلها مزدوجة،

¹ هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 48.

² -عليوش قريوش كمال، المرجع السابق، ص 221، أنظر كذلك: محمد سعادي، المرجع السابق، ص 135.

وتقاس عليها قاعدة في شأن زواج الأجنبي في الجزائر، كما فعل القضاء الفرنسي بالنسبة للمادة 170 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى¹.

ونحن نتفق مع هذا الرأي الفقهي لعدة أسباب أهمها:

- أن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني الجزائري جاءت تخاطب كل الجزائريين، بالإضافة لكل الأشخاص المقيمين في الجزائر دون تفرقة بين المواطنين والأجانب.

- أن ضوابط الإسناد المخصصة للشكلية في الزواج لم تخصص للزواج خارج الإقليم الجزائري وإنما جاءت عامة، وبالتالي تطبق على الجزائريين في الخارج والأجانب داخل الإقليم الجزائري.

- تعدّ إجراءات تسجيل عقد الزواج في العلاقات الدولية الخاصة من العقود الشكلية ويسري عليها قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون موقع إبرام العقد.

كخلاصة لما سبق ذكره، فإنّ عملية تحرير وتسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي وتحديد الجهات المختصة بإبرامه وكل المسائل المتعلقة بالشهود وإعلام الغير به وإشهاره، والزواج بالوكالة، وكل الأمور المتعلقة بالإجراءات الشكلية تخضع إما لقانون بلد الإبرام، أو قانون الموطن أو الجنسية المشتركة للزوجين، أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية. سواء تمّ هذا الإبرام داخل الإقليم الجزائري أو خارجه.

ثانياً: إثبات الزواج المختلط والصعوبات التي تعترضه

يثبت الزواج بالوثائق التي تفرضها أنظمة الأحوال الشخصية؛ فلدى الطوائف المسيحية مثلاً لأرثوذكس والكاثوليك يفرض على رجل الدين الذي يجري العقد أن يقوم بتسجيله في السجل الخاص الموجود في الكنيسة وأخذ توقيعات الشهود عليه وإقرار الزوجين، أما عند الإنجليين فيثبت بحضور الزواج المنظم من قبل الكاهن المختص. أما عند المسلمين في مصر ولبنان والعراق... الخ فإن المحاكم الشرعية تفرض على القاضي مسك سجل خاص لتسجيل عقود الزواج مع إرسال صورة عن عقد الزواج إلى دوائر الأحوال الشخصية الرسمية ليجري تسجيلها لديها تحت طائلة المسؤولية القانونية.²

¹ - هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص 221.

² - أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 118.

غير أنه في الجزائر يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.¹

و الجدير بالذكر في هذا السياق أن المحكمة العليا أقرت بأن إثبات الزواج العرفي المختلط دون مراعاة الأحكام التنظيمية المنصوص عليها، يعد مخالفة للقانون. هذا يعني أن غياب رخصة الزواج المختلط تقف دون إمكانية إثباته، وهو ما أكدته قرار آخر صادر عن المحكمة العليا، حيث نص على أنه لا يمكن الحكم بتثبيت زواج عرفي بين جزائرية وأجنبي دون تقديم الرخصة الإدارية.²

أما فيما يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على إثبات الزواج، فقد حدث جدال فقهي بشأنها، حيث اتجه البعض إلى إخضاع إثبات الزواج لقانون القاضي بحجة اعتبار الإثبات مسألة إجرائية يجب خضوعها للقانون الذي يحكم الإجراءات، وهو قانون القاضي. غير أن البعض الآخر قال بإخضاعه للقانون الذي يحكم الموضوع أي القانون المختص بحكم الحق موضوع أو محل الإثبات، أو على الأقل عندما لا يتعلق الأمر بإجراءات تقديم الدليل، وذهب فريق ثالث إلى اختصاص القانون الذي يحكم آثار الزواج.³

أما الراجح بهذا الخصوص فقد اتفق على خضوع الدليل الكتابي المعد لإثبات التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامه (أي قاعدة LOCUS) بوصفه القانون المختص بحكم شكل التصرفات، وذلك استنادا إلى أن لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف، يعدّ من قبيل الشكل ويخضع لقانون المحل، أخذا بالتيسير على المتعاقدين؛ ولأنّ ارتباط الدليل الكتابي المعدّ للإثبات في هذه الحالة بشكل التصرف ارتباطا لا يتصور معه إخضاع هذا الدليل لغير القانون الذي يحكم شكل التصرف المراد إثباته.⁴

وعليه فإن القانون الذي يحكم شكل العقد هو الذي يحكم إثباته، وهو الذي يبين لنا أدلة الإثبات،

¹ - أنظر نص المادة 22 من ق أ ج.

² - أنظر قرار المحكمة العليا، الملف رقم 0942668 بتاريخ 02/03/2016، العدد 1، الجزائر، 2016، ص 130، أنظر كذلك: قرار المحكمة العليا، الملف رقم 1028971 بتاريخ 07/12/2016، العدد 2، 2016، ص 211-212.

نقلا عن عيسى معيزة، المرجع السابق، ص 368.

³ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 286.

⁴ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 216.

ومدى حجيتها، وما إذا كان يحتم تقديم الدليل الكتابي أو الاكتفاء بالبيينة الشخصية¹. يعني هذا أنه إذا ما تم إبرام الزواج وفق الشكل المحلي، فإن إثباته أيضا يخضع للقانون المحلي، وإذا ما تم وفق قانون جنسية الزوجين أو قانون الموطن المشترك بينهما، فإن إثباته يخضع بدوره لهذا القانون، ولو تم أمام القناصل لخضع الإثبات وفقا للقانون الذي أبرم القنصل الزواج وفقا له². ومثال ذلك، إذا أبرم جزائري زواجه مع فرنسية في فرنسا طبقا لمقتضيات القانون الفرنسي، فإن إثباته كذلك يخضع للقانون الفرنسي، وإذا أبرم وفق القانون الجزائري، فإن إثباته أيضا يخضع لذات القانون.

غير أننا لا نتفق مع قاعدة إخضاع إثبات الزواج لقانون محل إبرامه، خاصة إذا كان الزواج دينيا أو عرفيا، ولم يتم تسجيله في الشكل الرسمي، فلا يمكن إثباته أمام القاضي الذي لا يعترف قانونه بالزواج الديني، ومثال ذلك، لو أراد جزائري إثبات زواجه العرفي في فرنسا، فلا يمكنه إثباته أمام القاضي الفرنسي؛ لأن قانونه لا يعترف بالزواج الإسلامي.

والجدير بالذكر، أن المشرع الجزائري لم يتعرض للقانون الذي يحكم إثبات الزواج، في حين المشرع التونسي كان صريحا وواضحا في إلحاق هذه المسألة بالقانون الذي يحكم شكل الزواج، حيث جاء في الفصل 4 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ما يلي: "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص، أما بالنسبة للزواج المنعقد خارج المملكة، فإنه يثبت بما تعتمده قوانين البلاد التي تم فيها العقد. فضلا عن العديد من القوانين المقارنة، وكذلك القضاء المصري والأجنبي.

إن عدم كفاية القواعد القانونية المكرسة من طرف المشرع الجزائري وغموضها في المسائل التي تحكم الزواج المختلط، أدت إلى ظهور صعوبات تعترض هذا النوع من الزيجات في إثبات زواجهم المنعقد في الخارج أمام المحاكم الجزائرية، فيصطدمون بواقع عكس ما هو منصوص عليه في قانون الحالة المدنية؛ إذ لم يبين المشرع الجزائري في المادة 97 ق.ح.م مدى حجية هذا العقد، لكن يفهم من ظاهر النص، أن عقد الزواج في هذه الحالة له حجية مطلقة، سواء في مواجهة المتعاقدين

¹ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 95.

² - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 154-155. أنظر كذلك: أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 212. درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص 19.

أو الغير¹، غير أنّ الواقع يشهد بغير ذلك، فقد أكدت وزارة العدل بأن عقود الزواج المبرمة على مستوى السفارات الأجنبية بالجزائر، ليست سندات تنفيذية أجنبية بمفهوم القانون الجزائري، وبالتالي فهي غير قابلة للإمهار بالصيغة التنفيذية، وعليه تعتبر غير صحيحة حسب القانون الجزائري، ولا يمكن الفصل بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية بالبلدية، كما أنّ وزارة الشؤون الخارجية، ليست مختصة بتسجيل مثل هذه العقود؛ لعدم وجود ضابط حالة مدنية بها يتولى مهمة تسجيل عقود الحالة المدنية؛ إذ هي مختصة فقط بتلقي النسخ الثانية من سجلات الحالة المدنية القنصلية بالخارج، وتسليم عقود الحالة المسجلة فيها.²

وبالرغم من صحة عقد الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب، واستيفاءه جميع أركانه وشروط انعقاده، إلا أنه يعتبر حسب القضاء الجزائري زواجا عرفيا ينقصه الإثبات؛ حيث قرّرت وزارة العدل تنظيم عقود زواج الجزائريات والجزائريين بالأجانب من خلال دعوة القضاة لتسجيلها على أنها دعوى إثبات زواج عرفي (تعليمية رقم 77)، مع التأكد من مدى توفر أركان وشروط الزواج وفقا للقانون، وذلك من أجل تسجيلها من قبل ضابط الحالة المدنية للبلدية المختصة، وليس بمصالح وزارة الشؤون الخارجية.³

وهذا عكس ما نصّ عليه المشرع الفرنسي الذي يشترط صراحة في المادة 5/171 ق م ف⁴ من البداية بأنه حتى يكون لعقد الزواج المحرّر من طرف السلطات الأجنبية حجّية في مواجهة الغير، يجب قيده في سجل الحالة المدنية الفرنسي، وفي حالة عدم قيده، فإنّ زواج الفرنسي المحرّر بشكل صحيح

¹ - مدوري زايد، تسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 123.

² - بطاهر خديجة، بن شويخ صارة، التقييد الإجرائي لزواج الجزائريين والجزائريات من الأجانب في السفارات الأجنبية بالجزائر، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والإجتماعية، المجلد 12، العدد 3، جويلية 2020، ص 739.

³ - بطاهر خديجة، بن شويخ صارة، نفس المرجع، ص 736.

⁴ - Art 171-5(Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 - art. 3 () JORF 15 novembre 2006 en vigueur le 1er mars 2007): « Pour être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français. En l'absence de transcription, le mariage d'un Français, valablement célébré par une autorité étrangère, produit ses effets civils en France à l'égard des époux et des enfants. Les futurs époux sont informés des règles prévues au premier alinéa à l'occasion de la délivrance du certificat de capacité à mariage. La demande de transcription est faite auprès de l'autorité consulaire ou diplomatique compétente au regard du lieu de célébration du mariage ».

في بلد أجنبي، تقتصر حجته على طرفي العقد وأبنائهما فقط، ويتم قيد الزواج المحرر في بلد أجنبي بتقديم طلب أمام السلطات الدبلوماسية أو القنصلية المختصة بالنظر إلى مكان قيام مراسم الزواج.¹

غير أنّ المشرع الجزائري تدارك هذا الأمر، ونصّ على الاختصاص القضائي الدولي الذي يحكم إثبات عقود الزواج المشتملة على عنصر أجنبي؛ ففي حالة عدم تسجيلها، تعدّ عقوداً عرفية، وتدخل ضمن العقود المغفلة أو المتلفة.² لذا نصّ المشرع الجزائري في المواد 98 و99 و100 و101 من قانون الحالة المدنية على عقود الزواج التي لم تسجل بسبب عدم وجود عقود كتابية في البلد الأجنبي أو بسبب عدم التصريح بها في الآجال المحددة أو في حالة ضياع العقد أو تلفه، ولم يتضمن القانون الأجنبي على أيّ نص متعلق بإعادة إنشائه، فإن رئيس محكمة التراب الوطني (بالجزائر) يتكفل بإصدار حكم تصحيح عقود الحالة المدنية المبرمة في الخارج، وتسجيلها في السجلات القنصلية بناء على طلب المعني مباشرة، أو عبر مركز دبلوماسي أو قنصلي.

وعليه يعقد الاختصاص إلى محكمة الجزائر العاصمة، ومنه الحالة المدنية للمقيمين بالخارج تصحح على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية الموجودة في الجزائر العاصمة، وهذا في حالة إثبات عقود الزواج غير المتنازع فيها.

إلا أنّ الإشكال الذي يطرح هنا هو ما هي الجهات المختصة بإثبات الزواج العرفي المتنازع فيه؟

وقد يقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين، أو بين من لهم مصلحة في ذلك، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج، والآخر ينفي قيامه أو صحته، نكون إذن أمام زواج متنازع فيه.

عملاً بالمواد 13 و14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترفع دعوى قضائية من صاحب المصلحة أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه³، من أجل تسجيل وإثبات الزواج، إذ يمكن تطبيق قواعد الاختصاص الداخلي في عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي، غير أنّه إذا كان موطن المدعى عليه خارج الإقليم الجزائري، فإنّ الاختصاص القضائي الدولي لا يمنح للقضاء الجزائري.⁴

¹ - مدوري زايدي، المرجع السابق، ص 123-124.

² - أنظر نص المادة 39 من ق ح م ج.

³ - أنظر نص المادة 2/426 ق إ م إ.

⁴ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع الاختصاص القضائي الدولي: الجنسية)، المرجع السابق، ص 21.

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط

يعدّ الزواج عقدا مقدسا يبرم بين المرأة والرجل، وأساسه المودة والرحمة، ونظرا لكونه من أمتن العقود الرضائية، فلا ينعقد إلا بإيجاب الطرف الأول، وقبول الطرف الثاني¹؛ أي بتبادل رضا الزوجين². بالإضافة إلى هذا الركن الأساسي والذي لا وجود للعقد من دونه³، ثمة شروط أخرى موضوعية أو أساسية، فرض القانون وجودها في عقد الزواج الصحيح⁴.

ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط، وجب تحديد نطاق أو مضمون هذه الشروط (البند الأول)، ثمّ تحديد القانون الذي يحكمها (البند الثاني).

البند الأول:

تحديد مضمون الشروط الموضوعية للزواج المختلط

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حالة انعدامها، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج⁵.

ويدخل ضمن هذه الشروط وفق ما نصّ عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 9 مكرر منه،

¹ - هناك اختلاف فقهي في تحديد أركان عقد الزواج وعدها وحصرها فقد ذهب فقهاء المالكية والشافعية إلى تحديد هذه الأركان وحصرها في الشهود، الولي، والصيغة والزوجان والمهر وان العقد لا يوجد إلا بوجود هذه الأركان، وذهب الحنفية والحنابلة إلى قصر أركان العقد على الرضا بين الزوجين أو الإيجاب والقبول، واعتبروا الباقي شروط صحة. أنظر: حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، تحقيق علي محمد معوض، ط1، دار القلم العربي، حلب، سوريا، 1995، ص29.

² - قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005 كانت المادة 9 تنص على: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصدّاق". حيث كان يأخذ برأي المالكية والشافعية في عد أركان الزواج، إلا أنه بعد التعديل في 2005 تبنى رأي الحنفية والحنابلة، وأصبح الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج وقد نص على ذلك في المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري. حيث جاء فيها: " ينعقد عقد الزواج بتبادل الرضا بين الزوجين" واعتبر الباقي شروط صحة في المادة 9 مكرر التي نصت على انه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية الزواج الصدّاق الشاهدان انعدام الموانع.

³ - أنظر نص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 115.

⁵ - رجاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010-2011، ص11.

توافر الأهلية في كل واحد من الزوجين¹، مع الحصول على موافقة الولي في الحالات التي يتطلبها القانون²، وكذا الصداق³، ووجود الشاهدين. وهو ما أقره كذلك المشرع التونسي في المادة 3 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية⁴. إلا أنه لم يعتبر الولي شرطاً لصحة عقد الزواج (الفصل 9 م أ ش ت). في حين أنّ المشرع المصري كان أكثر وضوحاً؛ حيث أجملت المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية المصري الشروط الموضوعية لعقد الزواج، فأكدت على أنّ الزواج لا ينعقد إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يأتي:

- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

- سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج.

- موافقة القبول للإيجاب.

- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.

- أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة.

ويعدّ انتفاء موانع الزواج من الشروط الموضوعية كذلك؛ أيّ يجب أن يكون الزوجان خاليان من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة كما جاء موضحاً في المادة 23 من ق أ ج⁵، وقد أدرج المشرع الجزائري هذه الموانع في المواد 24-25-26-27-28-29-30، ويعتبر من الموانع المؤبدة للنكاح القرابة، والمصاهرة، والرضاع، أما الموانع المؤقتة فهي اختلاف الدين، والمرأة المحصنة والمعتدة والمطلقة ثلاثاً، كذلك الجمع بين المرأة وأختها أو خالتها أو عمتها.

وهذا ما سار عليه المشرع التونسي في الفصول 14-15-16-17 من مجلة الأحوال

الشخصية التونسية. غير أنه أضاف مسألة التعدد وحذف مسألة اختلاف الدين.

¹ - لقد حدد المشرع الجزائري سن الأهلية في الزواج في المادة 7 من قانون الأسرة بنمام 19 سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة معاً.

² - أنظر نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". أنظر نص المادة 14 ق أ ج

⁴ - حيث جاء فيها ما يلي: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين. ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة".

⁵ - يقابلها الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

ويبدو التباين جليا في تكييف التشريعات للشروط الموضوعية لانعقاد الزواج في الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية¹ الخاصة بموانع الزواج المؤبدة والمؤقتة التي نصت على منع الزواج الثاني قبل إنهاء الزواج الأول؛ أي منع تعدد الزوجات صراحة، بالإضافة إلى عدم إدراجها في هذا النص لمنع زواج المسلمة بغير المسلم ضمن الموانع المؤقتة للزواج؛ حيث تمّ إلغاء القرار الوزاري الصادر في 1973، والذي كان يمنع زواج التونسية المسلمة من غير مسلم.

بالنسبة لمصر في عام 1974 صدر حكم عن محكمة استئناف الإسكندرية يلغي صحة زواج لامرأة مصرية اعتنقت المسيحية لتتزوج من مسيحي، واعتبر الزواج باطلا لأنه يخالف النظام العام، وكان القرار المعتمد على النحو التالي: بموجب المادة 6، المادة 2 من القانون 462 لعام 1955، يجب أن تتوافق الزوجات من حيث المبدأ مع التشريع المسيحي، ومع ذلك يجب احترام مبادئ النظام العام التي أرستها الشريعة الإسلامية، على هذا النحو يُجرّد المرتد منه الحقوق المدنية، وبالتالي لا يمكن الزواج احتجاجا بالمادة 46 من الدستور التي تضمن حرية الدين وممارسة الأديان المختلفة، لأنه يتعارض مع المادة 2 التي تنص على أن "الإسلام دين الدولة".²

أما القانون الفرنسي، فقد اشترط حسب مضمون المادة 146 ق.م³ موافقة الزوجين حتى ينعقد الزواج صحيحا.

وقد أوضحنا فيما سبق، أنّ ما يعدّ شرطا شكليا في بلد ما، قد يكون موضوعيا في بلد آخر؛ فتحديد ما يدخل في فكرة الشروط الموضوعية والشكلية، هي مسألة تكييف - كما أشرنا سابقا- وللتكييف أهميته في مجال تنازع القوانين ليس فقط بوصفه عملية ضرورية وسابقة لتحديد القانون المطبق، وإنما بوصفه أيضا خطوة حاسمة يتحدد بموجبها طبيعة الحل النهائي للنزاع وكيفية تحقيق العدالة، وذلك لأنّ تباين التشريعات القانونية في التكييف، يترتب عليه الاختلاف في تحديد قاعدة الإسناد، وبالتالي القانون المختص⁴. إذا تكييف ما هو موضوعي من شروط الزواج راجع لقانون القاضي طبقا للقواعد العامة⁵.

¹ - حيث جاء فيها ما يلي: " موانع الزواج قسما: مؤبّدة ومؤقتة. فالمؤبّدة: القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطلق ثلاثا. والمؤقتة: تعلق حق الغير بزواج أو بعدة."

² - Wassila Ltaief, Conventions internationales: mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord, ERES (Revue internationale des sciences sociales), n° 184, 2005, p 371.

³-Art 146 c.c.f « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

⁴ - شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 29.

⁵ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 230.

البند الثاني:

تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط

تتباين الدول في تحديدها لقواعد الإسناد التي تخضع لها الشروط الموضوعية، بين من يخضعها لقانون بلد إبرام عقد الزواج، وبين من يخضعها لقانون جنسية الزوجين معا، وبين من يرى بتطبيق قانون موطن الزوجين، وهو الأمر الذي سنتناوله بالدراسة، حيث سنتعرض لاختلاف التشريعات حول ضابط الإسناد الذي يحكم الشروط الموضوعية (أولا)، ثم ننقل لكيفية إعمال ضابط القانون الوطني للزوجين الذي أقره المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا- اختلاف التشريعات حول ضابط الإسناد الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج:

تختلف التشريعات الوضعية في إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج؛ حيث توجد في القانون المقارن ثلاثة اتجاهات في تحديد القانون المختص بحكمها¹، وهي:

الاتجاه الأول: إسناد الشروط الموضوعية إلى قانون محل إبرام الزواج (قاعدة لوكيس)، وهذا دون تمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية².

الاتجاه الثاني: يتجه حول إخضاع الشروط الموضوعية إلى موطن الزوجين³.

الاتجاه الثالث: وهو الغالب، والذي يخضع الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية الزوجين والذي أخذت به فرنسا وألمانيا وحتى اتفاقية لاهاي لسنة 1902 في مادتها الأولى⁴، ومادتها السادسة؛ حيث نصت على: " الحق في عقد الزواج ينظمه القانون الوطني لكل من الزوجين المستقبليين، هذا ما لم يشر أحد أحكام هذا القانون صراحة إلى قانون آخر".

وقد نص المشرع الفرنسي على ضابط الإسناد الخاص بالشروط الموضوعية للزواج في المادة 1/202 من القانون المدني⁵؛ حيث أخضعها كما أشرنا للقانون الشخصي للزوجين، وأي كان قانون

¹ - شوبرو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 31.

² - يسير نحو هذا الاتجاه القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية.

³ - يسير نحو هذا الاتجاه القانون الإنجليزي، والدانماركي والنرويجي، ومعظم دول أمريكا اللاتينية.

⁴ - امحمدي بوزينة أمانة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 299-300.

⁵ - Art 202-1 LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 55 «Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelle que soit la loi personnelle applicable le mariage requiert le consentement des époux».

الأحوال الشخصية المعمول به سواء قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الزوجة، يتطلب الزواج موافقة الزوجين.

وقد اعتمدت كذلك هذا الحل بعض الاتفاقيات الثنائية¹ من بينها الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة الموقعة بالرباط في 10 أوت 1981، أين تمّ الاتفاق على إخضاع الشروط الموضوعية للزيجات المختلطة بين المغاربة والفرنسيين للقانون الوطني لكل من الزوجين؛ حيث نصّ الفصل الخامس من الاتفاقية على ما يلي: " يطبق على كل من الزوجين قانون إحدى الدولتين التي ينتمي لها فيما يخص الشروط الجوهرية للزواج من سن أهلية النكاح، وإيجاب وقبول، وموانع خاصة ما ينتج منها عن القرابة، أو المصاهرة، أو الرضاع؛ وضمن هذا السياق أيضا، نصت المادة الخامسة من الاتفاقية المغربية المصرية المبرمة في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص على ما يلي: " يطبق على حالة الأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"².

لقد أخذت بالاتجاه الثالث أيضا أغلب التشريعات العربية، بما فيها المشرع المصري والجزائري والتونسي؛ حيث نص المشرع المصري في المادة 12 ق.م.م على ما يلي: " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين". وهو ما سار عليه التشريع الجزائري حين أخضع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية كلا الزوجين استنادا لنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، القانون الوطني لكل من الزوجين"؛ إذ يتضح من خلال نص المادة، أنّ المشرع الجزائري أسند الشروط الموضوعية لعقد الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين؛ أي قانون جنسية الزوجين، ويمكننا الاستناد في هذا الشأن كذلك على نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"؛ فمادام الزواج يدخل في الحالة المدنية للأشخاص، فإنّه يخضع لقانونهم الوطني³.

¹ يتضح أن إبرام المعاهدات الدولية هو الوسيلة الوحيدة لتوحيد قواعد تنازع القوانين وتطوير القانون الدولي الخاص بما يكفل سيادة الدول، ومن أبرز المعاهدات التي أبرمت في هذا المجال اتفاقية لاهاي التي وضع برنامج المؤتمر فيها فرانسوا لوران قبل حوالي خمسة عشر عامًا من إنشائها. أنظر:

Rançois Rigaux, Droit privé matériel et règles de conflit de lois, Revue belge de droit international, éditions bruylant, bruxelles, 1991, p 385.

² مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 48.

³ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 213.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد سلك نفس الاتجاه من خلال الفصل 45 من م.ق.د.خ؛ حيث جاء فيه: " تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة" وعليه تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين؛ بمعنى لو أراد رجل وامرأة يحملان الجنسية التونسية إبرام زواجهما في الجزائر، فإن القانون الذي تخضع له الشروط الموضوعية للزواج عملا بقواعد التنازع الجزائرية، هو قانون جنسيتها المشتركة، وفي هذه الحالة هو القانون التونسي؛ أي وفقا لمجلة الأحوال الشخصية التونسية، كذلك الأمر إذا تعلق الأمر بجزائريين أرادا إبرام زواجهما في تونس؛ فإن القانون الجزائري وحده يسري على الشروط الموضوعية لصحة الزواج عملا بنص الفصل 45 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، وهو في هذه الحالة قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية.

ثانيا - كيفية إعمال ضابط القانون الشخصي للزوجين (الجنسية المشتركة):

إن تطبيق الحكم القانوني المنصوص عليه في المادة 11 من م ق م ج الذي يقضي بإخضاع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين، يؤدي بنا للتفرقة بين حالتين:

1- الحالة الأولى: إذا كان الزوجان من نفس الجنسية، فهنا لا يوجد أي إشكال؛ لأننا سنقوم بإخضاع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لقانون جنسية الزوجين المشتركة¹؛ بمعنى أنه إذا نشب نزاع بين زوجين فرنسيين أمام القاضي الجزائري، يتوجب عليه تطبيق القانون الفرنسي إذا تعلق الأمر بالشروط الموضوعية لانعقاد الزواج.

2- الحالة الثانية: إذا كان الزوجان مختلفان في الجنسية، فهنا تكون المشكلة؛ حيث يثار التساؤل التالي: كيف يمكن إعمال قانونين لجنسيتين مختلفتين؟ هل يتعلق الأمر بالشروط الموضوعية مجتمعة بالنسبة للزوجين معا؟ أم يتعلق الأمر بالشروط الموضوعية لكل طرف على حدة؟²

للإجابة على هذا التساؤل، ظهر اتجاهان في الفقه وهما:

الاتجاه الأول: ينادي بالتطبيق الجامع للقانونيين Application cumulative؛ أي تطبيق قانون جنسية كل من الزوج والزوجة، ومعنى ذلك أنّ الزواج المبرم لا يكون صحيحا موضوعا إلا إذا استوفى كل من الزوجين الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسيته إضافة للشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسية الزوج الآخر.

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 122.

² عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 216.

وقد لقي هذا الرأي المعارضة؛ لأنّ تطبيقه صعب، ويكاد يكون مستحيلا، ويؤدي في نهاية الأمر إلى بطلان الكثير من عقود الزواج¹.

الاتجاه الثاني: ينادي بالتطبيق الموزع للقانونين Application distributive، ومفاده أنّه يكفي أن تتوفر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط؛ أي اعتبار الشروط الموضوعية صحيحة بالنسبة لجنسية كل من الزوجين على انفراد²؛ فإذا كنا بصدد علاقة إبرام زواج بين إيطالي وإسبانية مثلا، يكفي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الإيطالي وحده، وفي الزوجة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الإسباني وحده؛ فإذا كان القانون الإسباني يشترط حضور الولي في الزواج كشرط لصحة الزواج، فهذا الشرط يسري فقط على الزوجة بصفتها حاملة للجنسية الإسبانية.

وقد أخذت بالتطبيق الموزع أغلب الأحكام القضائية الفرنسية³، ونصت عليه العديد من الدول⁴، وحججهم في ذلك، أنّ قانون كل دولة وضع خصيصا لحماية مواطنيها، وهو مقتصر في تطبيقه عليهم لا على غيرهم⁵. وعليه يخضع الزواج لقانون الأحوال الشخصية لكل طرف⁶.

وفي هذا الشأن، نجد المشرع التونسي ينص صراحة على التطبيق الموزع، وهذا ما عبر عنه من خلال الفصل 45 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص السابق ذكره بعبارة " كل على حدة". فيتبين من خلال هذا النص، أنّ المشرع التونسي يأخذ بقاعدة التطبيق الموزع على وجه الإطلاق.

إلا أنّه من بين الانتقادات التي يمكننا توجيهها للفصل 45 م.ق.د.خ وللتشريعات التي أخذت بهذا الرأي عموما، أنّه لا يمكن الأخذ بفكرة التطبيق الموزع بشكل مطلق؛ لأنّ ثمة حالات معينة لا ينفع

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 122.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 216.

³ - كان الفقه الفرنسي قديما يأخذ بالتطبيق الجامع للقانونين على أساس أن قانون كل من الزوج والزوجة لا يهدف إلى حماية الطرف الذي ينتمي إليه فقط، بل هدفه حماية الرابطة الزوجية، وهو الأمر الذي يتعين معه تطبيق كل من القانونين تطبيقا جامعاً. أنظر: هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 272.

⁴ - من أمثلة ذلك: تشيكوسلوفاكيا، بولونيا، البرتغال، تركيا، ألمانيا... الخ.

⁵ - امحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 303.

⁶ - Thomas baty, capacity and form of marriage in the conflict of laws, yale law journal . inner temple, london, p455.

معها إلا الأخذ بالتطبيق الجامع كما هو الحال في موانع الزواج المؤبدة والمؤقتة، أو اختلاف الدين؛ فهي وإن كانت مقررة في قانون أحد الزوجين دون الآخر، إلا أنه لا يمكن إغفالها خاصة إذا كانت مخالفة لمقتضيات النظام العام والآداب العامة السائدة في الدولة (كما سنرى لاحقاً)، فعلى سبيل المثال نجد أنّ المشرع الإسباني يمنع الزواج من مطلقة أجنبية، لذلك يعتبر زواج الإسباني من المطلقة الأجنبية نافذاً وصحيحاً عملاً "بالتطبيق الموزع"، في حين يعتبر باطلاً وفقاً "للتطبيق الجامع"¹.

أما بالنسبة للتشريعين الجزائري والمصري، فلم يوضحا موقفهما في هذه المسألة، غير أننا نعتقد أنهما أخذاً برأي أصحاب الاتجاه الذي ينادي بالتطبيق الموزع للقانونين؛ أي إخضاع كل الزوج لقانون جنسيته والزوجة لقانون جنسيتها؛ لكن بشكل نسبي وغير مطلق، خاصة في المسائل التي تخالف مقتضيات النظام العام.

فنرى أنّ استعمال مشرعنا في المادة 11 السابقة الذكر لعبارة " لكل من الزوجين"، دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع؛ فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمل عبارة "لكلا الزوجين". أو عبارة " القانون الوطني المشترك لكلا الزوجين"، أو "الجنسية المشتركة لكلا الزوجين". وهو نفس ما ينطبق على المشرع المصري في م 12 ق.م السابق ذكرها.

وفي اعتقادنا أنّ الأمر يتضح أكثر من خلال نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية بقولها: "... يشترط أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإبرام عقد الزواج"، وفي ذلك تأكيد على أنّ مشرعنا أخذ بالتطبيق الموزع للقانونين. باستثناء الموانع الشرعية للزواج كما ذكرنا سابقاً التي تخضع للتطبيق الجامع؛ لأنّها تدخل في مقتضيات النظام العام.

غير أنه تبقى مسألة مدى استثناء موانع الزواج من التطبيق الموزع غير واضحة في التشريع الجزائري؛ فعدم وجود سابقة قضائية في هذه المسألة، يفتح الباب لعدة تأويلات، غير أنه ما دام المشرع لم يستثنها صراحة، أمكن التطبيق بشأنها قانون جنسية الزوجين تطبيقاً موزعاً، ولكن مع إعمال فكرة النظام العام.

فإذا ثبت للقاضي وجود مانع للزواج حسب القانون الجزائري، والذي يكون مباحاً وجائزاً حسب القانون الأجنبي، استبعد القانون الأجنبي بسبب مخالفته لفكرة النظام العام الجزائري، وعمل بالقانون

¹ - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 168-169.

الجزائري محله¹طبقا لنص م 24 من ق م ج.

إنّ الاستثناء الوارد على الأصل بشأن الشروط الموضوعية للزواج التي يجب أن تخضع إلى التطبيق الجامع²، تسند بدورها لقواعد معينة. وفي هذا الصدد، ميّز الفقه الألماني بين نوعين من الشروط: شروط فردية والتي تخص الشخص، وأخرى مزدوجة والتي تخص الزواج في حد ذاته³:

النوع الأول: الشروط الفردية أو الإيجابية كسن الزواج، وصحة الرضا والأهلية فيكفي فيها التطبيق الموزع، أي يكفي أن يكون كل من الزوجين قد بلغ سن الزواج في قانونه وأن يكون رضاه قد صدر صحيحا وفقا لقانونه.

النوع الثاني: أي الشروط الموضوعية المزدوجة؛ وتسمى أيضا "السلبية" مثل موانع الزواج كالقربة، والرضاع والمصاهرة، أو ارتباط المرأة بزواج سابق لم يحل⁴، وهذه الشروط يجب أن نرجع فيها إلى فكرة التطبيق الجامع أو المزدوج لقانون كلا الزوجين.

والسبب وراء ذلك، أنّ وجود المانع في قانون أحد الزوجين دون القانون الآخر، يعني السماح بقيام رابطة الزوجية في نظر القانون الذي لم يتضمن المانع، وهذا غير مقبول؛ لأنّ تلك الموانع ترمي إلى منع قيام علاقة غير مشروعة، ومن ثمّ فهي تهدف لحماية مصلحة عامة للمجتمع، وعلى ذلك فيكفي أن يتضمن أحد القانونين النص على مانع من موانع الزواج حتى ينعقد الزواج صحيحا⁵.

أما في نظرنا فإنّ الأعمال بقاعدة التطبيق الموزع فيما يتعلق بالشروط السلبية من طرف القاضي الجزائري، يعدّ خرقا للقانون لأنّها من النظام العام، (وهو ما سنتناوله بالتفصيل لاحقا).

¹ - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 30-31.

² - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 52.

³ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 217.

⁴ - فقد اعتبرته محكمة استئناف باريس من الموانع المزدوجة، وعلى هذا الأساس أبطلت زواج مبرم بين فرنسية وشخص أجنبي من دولة الكاميرون رغم أن قانونه الوطني يبيح له تعدد الزوجات. أنظر مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 52.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، المرجع السابق، ص 61.

ثالثا: الاستثناء الوارد على ضابط القانون الوطني للزوجين:

قد أدرج المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى استثناء عن القاعدة التي تقضي بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين، وهذا الاستثناء يطبق في الحالة التي يكون فيها أحدهما جزائريا؛ فيسري القانون الجزائري وحده على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط، وهو ما جاء في المادة 13 من ق م ج؛ حيث نص على ما يلي: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج... ويتبين لنا من خلال نص المادة، أنّ مشرنا وضع استثناء من الأصل يعتد فيه بالقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا، فإذا ما تزوجت جزائرية بلبناني، وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري فيما يخص صحة الزواج مثلا، فالقانون الذي يطبقه القاضي هو القانون الجزائري بوصفه قانون الزوجة الجزائرية.

ومنه نستشف أنّ ضابط الإسناد الوارد في المادة 11 ق م ج الخاص بالشروط الموضوعية للزواج قد كرس كأصل للأجانب؛ لأنّ المشرع الجزائري -كغيره من المشرعين- وضع استثناء يقضي بتطبيق القانون الجزائري في كل الأحوال إذا كان أحد الزوجين جزائريا.

وفي اعتقادنا أنّ مشرنا وضع هذا الاستثناء حماية لمصلحة مواطنيه، وحفاظا على مقتضيات النظام العام.

والجدير بالذكر أنّ المشرع نص صراحة على وقت الاعتداد بالقانون الجزائري وحده على الشروط الموضوعية للزواج، فقد حدده بوقت انعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى تقاديا لمسألة التنازع المتحرك¹، بمعنى إذا كانت الزوجة سورية وقت إبرام الزواج وبعد الزواج وغيرت جنسيتها

¹ يطرح النزاع المتحرك، كما سمّاه بارتن العديد من الإشكالات، ويحدث ذلك عندما يكون عنصر الحالة الذي تعترف به قاعدة تنازع القوانين من حيث المكان، قد شهد تعديلا واحدا أو أكثر بمرور الزمن. فهو ليس ثابتا تماما، حيث أنه من المحتمل أن يتغير وفقاً لتغيرات جنسية الأشخاص المعنيين، على سبيل المثال، عندما يغير الفرد الجنسية في حين أن الجنسية تشكل ضابط الإسناد لقاعدة تنازع القوانين، فهو يحدد الحالة التي يخضع فيها نفس الموقف على التوالي لنظامين قانونيين مختلفين بسبب تغيير إرادي يؤثر على ضابط الإسناد، وعليه فإن الأحوال الشخصية التي تخضع غالبا لقانون الجنسية هي أرض خصبة للنزاع المتحرك. أنظر:

Lilia Aït Ahmed, Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen, THÈSE pour l'obtention du grade de Docteur en droit, Département de droit international et européen, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 12 janvier 2021, p82-83.

وأصبحت جزائرية، فلا يعتد بجنسيتها الجديدة، وبالمفهوم المعاكس، إذا كانت الزوجة جزائرية عند إبرام الزواج، واتضح أنها تغيرت وأصبحت سورية وقت رفع الدعوى؛ فالعبرة هنا بالقانون الجزائري كونه قانون الزوجة وقت انعقاد الزواج تطبيقاً لنص المادة 13 السالفة الذكر.

نضيف كذلك أنّ نص المادة 13 ق م ج هو النص المنقول عن التشريع المدني المصري في المادة 14 منه الذي جاء فيها ما يلي: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين، إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج". ومنه يندرج على هذا النص نفس التحليل الوارد في النص الجزائري.

غير أنّ المشرع التونسي كعادته خالف أغلب التشريعات العربية، ولم يورد هذا الاستثناء في قانونه؛ حيث اكتفى بالنص على تطبيق قانون جنسية الزوج والزوجة كل على حدة، فإذا كان الزوج تونسيا يسري القانون التونسي على الزوج وحده دون زوجته على الشروط الموضوعية أو الأصلية للزواج (كما وردت في م 45 من ق د خ ت)، وإذا كانت الزوجة جزائرية، يسري القانون الجزائري عليها وحدها دون زوجها، وهو ما يسمى بالتطبيق الموزع للقانونين كما أوضحنا آنفاً، إلا أنّ الإشكال الذي نراه في هذه الحالة التصادم الذي يمكن أن يواجهه القاضي التونسي عند تكريسه للتطبيق الموزع على مسألة مخالفة للنظام العام التونسي، فيما لو رفع أمامه نزاع حول صحة زواج تونسي مسيحي من جزائرية مسلمة فسيجده صحيحاً طبقاً للقانون التونسي الذي يبيح زواج المسلمة بغير المسلم، وباطلاً استناداً للقانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير مسلم.

ومنه نستخلص أنّ المشرع الجزائري قد أحسن عملاً بعدم تبنيه قاعدة التطبيق الموزع للقانونين على وجه مطلق، حفاظاً منه على نظامه العام وحماية منه لحقوق الأفراد.

المطلب الثاني:

المعيقات التي تواجه تطبيق القانون المختص بمسائل انعقاد الزواج المختلط

بعد تحديد اختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع وفق ما أشارت إليه قواعد إسناد دولة القاضي، قد يحول مانع دون تطبيقه، وهو ما يعرف في القانون الدولي الخاص باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي (الفرع الأول)، ولقانون القاضي دور واضح في أصل تحقق كل مانع والأثر المترتب عليه.¹

¹ - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 17.

وربما عند قبول تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الزواج المختلط، تظهر أمام القاضي مشكلة أخرى، وهي أنّ القانون الأجنبي الواجب التطبيق يشتمل على أحكام داخلية وأحكام دولية خاصة؛ أي قواعد التنازع (قواعد الإسناد)، وفي هذه الحالة، أيّ قواعد سيطبق القاضي؟ هل سيطبق الأحكام الداخلية أو الأحكام الدولية الخاصة؟ واستناداً لهذا التساؤل، نشير أنّه وفي حالة تطبيق القاضي للأحكام المتعلقة بقواعد التنازع من القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فإنها قد تحيل حل النزاع إلى قانون القاضي مرة أخرى أو إلى قانون دولة ثالثة، وهو ما يسمى بالإحالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بقوة القانون

يعدّ كل من الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، سبباً من أسباب عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص، ولقد تولت جل التشريعات التطرق لهذه المسألة ضمن قواعد إسنادها بما فيها القانون الفرنسي وحتى الجزائري¹ في نص المادة 24 من القانون المدني، ومفادها: "يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة."

ومنه استقرّ الفقه والقضاء حديثاً لدى معظم الدول على اعتماد حالتين رئيسيتين يلجأ إليهما القاضي من أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص على النزاع المعروف عليه والمشمول على عنصر أجنبي. والحالتان المعنيتان هما: الدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون، وقد سايرت جل التشريعات الحديثة أيضاً هذا الاتجاه، فنصّت في تشريعاتها بموجب قواعد الإسناد الخاصة بها على ضرورة استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية كلما اصطدمت بدعائم النظام العام لدولة القاضي (البند الأول)، وكذا استبعادها أيضاً على أساس أنّ اختصاصها كان بطريقة استعمال الغش نحو القانون². (البند الثاني).

¹ - شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر، المجلد 1، العدد 1، 2011، ص 48.

² - هديد فضيل، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2014/12/19، مقال إلكتروني منشور عبر الموقع:

<https://www.droitentreprise.com/%d8%ad%d8%a7%d9%84%d8%a7%d8%aa-%d8%a7%d8%b3%d8%aa%d8%a8%d8%b9%d8%a7%d8%af-%d8%aa%d8%b7%d8%a8%d9%8a%d9%82-%d8%a7%d9%84%d9%82%d8%a7%d9%86%d9%88%d9%86-%d8%a7%d9%84%d8%a3%d8%ac%d9%86%d8%a8%d9%8a-%d8%a7>

البند الأول:

تصادم القانون الأجنبي المختص بمسائل انعقاد الزواج المختلط مع مقتضيات النظام العام

تعدّ مسائل الأحوال الشخصية المجال الخصب لإعمال استثناء النظام العام لسببين رئيسيين:

الأول: يقوم قانون الأسرة في جميع الدول على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية.

الثاني: تنظم مسائل قانون الأسرة في الغالب مجموعة من القواعد القانونية الآمرة.

بالإضافة إلى أن هناك أنظمة معروفة في قوانين دول وغير معروفة في دولة أخرى، مما يؤدي إلى تفعيل النظام العام، مثل تعدد الزوجات، والطلاق، ومنع الزواج بسبب الرضاة أو اختلاف الدين: كلها منصوص عليها في قوانين الدول الإسلامية، بينما في بعض القوانين الغربية غير معروفة وتعد مخالفة للنظام العام. وفي نفس الوقت، هناك أنظمة مثل التبني، والاعتراف بالطفل الطبيعي، وإضفاء الشرعية، منصوص عليها في القانون الفرنسي والتشريعات الغربية، غير أنه لا يمكن قبولها من قبل المحاكم الجزائرية لمخالفتها النظام العام.¹

والرّاجح أنّ تصادم الأفكار التي يقوم عليها تنظيم هذه المسائل في الدول الإسلامية مع الأفكار التي يقوم عليها تنظيمها في الدول الغربية لاختلاف الثقافات والدين، ومن ثمّ يكون اللّجوء إلى الدفع بالنظام العام وسيلة القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.²

ويترتب على تدخل النظام العام إن كان هناك مجال لتدخله؛ استبعاد كلّ حكم قانوني يكون واردا بهذا القانون الأجنبي، ويكون من شأنه أن يتعارض مع المعطيات الأساسية لدولة القاضي³ المعروض أمامه النزاع.⁴

¹ - Bouchra JDANI, La répudiation en droit malikite marocain selon la convention franco-marocaine de 1981. Mémoire pour l'obtention du DEA (Diplôme des études approfondies), Perpignan, France, 1997, p62.

² - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 320.

³ - قديما لم يكن دور النظام العام استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بل كان دوره يتمثل في كونه أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، ولم يبرز دور النظام العام وفقا لمفهومه إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني سافيني "Savigny"، وبعده الفقيه الفرنسي بارتن "Bartin". أنظر: هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 476.

⁴ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 133.

وعلى هذا الأساس، نتساءل ما مظاهر أو صور تدخل النظام العام في إطار انعقاد الزواج المختلط لاستبعاد القانون الواجب التطبيق؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال، يتوجب علينا أولاً تحديد مضمون النظام العام في إطار العلاقات الدولية الخاصة (أولاً)، ثم بيان مظاهر تدخله في انعقاد الزواج المختلط (ثانياً).

أولاً- مضمون فكرة النظام العام:

1- تعريف النظام العام:

تعددت التعاريف الفقهية لمسألة النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص¹؛ فقد عثرنا في مراجع متنوعة على أنه: مجموعة المبادئ الأساسية السائدة في دولة معينة، سواء أكانت هذه المبادئ سياسية أو اقتصادية، أو اجتماعية، أو دينية، أو أخلاقية.²

وكذلك عبارة عن قواعد أمرت تتصل بأساس النظام الاجتماعي، أو السياسي، أو الاقتصادي للبلد، وبمفهومها في وقت معيّن، ويكون في مخالفتها انتهاك وتهديد للنظام العام.³

أو هو بمنظور آخر وسيلة استثنائية يستبعد القاضي بمقتضاها تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة محلّ النزاع إذا كانت أحكامه تتعارض تعارضاً صارخاً مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته.⁴

أو هو مجموعة القواعد القانونية التي لا تتسامح دولة القاضي في الخروج على أحكامها، وسواء تعلق الأمر بعلاقة قانونية خالصة الطابع الوطني، أو تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع دولي.

ونستخلص من هذه المفاهيم، أنّ ما يوافق النظام العام، يوافق الوضع الطبيعي في المجتمع الوطني، وما يخالفه فهو مخالف للوضع الطبيعي بما يتعين معه استبعاد سبب المخالفة؛ أي استبعاد

¹ تجدر الإشارة إلى أنه لم يرد أي تعريف قانوني للنظام العام في التشريع الجزائري أو التشريعات المقارنة.

² دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 134.

³ علي خليل اسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 143.

⁴ بوسهوة نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 324.

القانون الأجنبي.¹

غير أنه لا يمكن حصر مفهوم النظام العام؛ لأنه يعبر عن مفاهيم متغيرة تتغير وتتطور بتطور المجتمع، وتختلف من نظام قانوني إلى آخر.²

ورغم اختلاف الفقهاء في تحديد مفهوم النظام العام، إلا أنه لا خلاف بينهم في اعتباره أداة دفع لاستبعاد القانون الأجنبي المختص؛ فالنظام العام يعدّ صمام الأمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع، وهو وسيلة تحمي المصالح العليا العامة، سياسية كانت، أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو أخلاقية، أو دينية، والتي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلوا على مصلحة الفرد، وعليه يعتبر النظام العام الوسيلة التي تحمي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي من القانون الواجب التطبيق.³

ولقد استخلص الفقه أنّ النظام القانوني لكلّ دولة يتضمن قواعد خاصة مستقلة بذاتها، يطلق عليها قواعد النظام العام، وهذه القواعد أقوى من قواعد الإسناد، بدليل أنّه عند التنازع بين هذين النوعين من القواعد، تتغلب الأولى على الثانية.⁴

2- خصائص النظام العام:

يمتاز النظام العام بمجموعة من الخصائص أهمها:

- نسبي، فما يدرج في دولة من الدول ضمن النظام العام، لا يدرج كذلك في غيرها، وخير مثال على ذلك، تعدد الزوجات الذي يعدّ مخالفا للنظام العام في الدول الغربية، بينما لا يعد كذلك في الدول الإسلامية، كذلك الأمر بالنسبة للطلاق بإرادة الزوج المنفردة في قوانين الدول الإسلامية، ثبوت النسب الطبيعي من الأب في الدول الأوروبية، الزواج المثلي... الخ.

- مرّن؛ وذلك على اعتبار أنّه قابل للتغيير في الدولة الواحدة، ومثال ذلك أنّ الطلاق في

¹ - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2004، ص 11 وما يليها.

² - إبراهيم خالد يحيى، نحو توضيح نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 2، ديسمبر 2019، ص 154.

³ - شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 84.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 11.

فرنسا، كان محظورا قبل سنة 1884، وفي إيطاليا إلى سنة 1970، ثم صار بعد ذلك مباحا، ونفس الشيء بالنسبة للتطبيق، والزواج المثلي الذي كان مخالفا للنظام العام في بعض الدول الغربية، ثم أصبح مباحا.

-وطني؛ أي أنّ القاضي الجزائري يجب عليه تقدير مفهومه بالنظر إلى المبادئ العامة السائدة في الجزائر¹، وفي اعتقادنا أنّه نظرا لاختلاف هذه المبادئ من دولة إلى أخرى فنتيجة تفاعل النظام العام الداخلي مع النظام العام الدولي حتمية.

ومن المؤكد أنّ النظام العام الذي يحكم العلاقات الداخلية، يختلف عن النظام العام الذي يحكم العلاقات الدولية الخاصة؛ نظرا لاختلاف الغاية المقصودة من تقرير النظام العام في كلّ حالة²؛ فالأول يتعلق بالعلاقات القانونية الداخلية فحسب، ويراد منه تقييد سلطان الإرادة أمام القواعد الآمرة في القانون الداخلي، وترتب على النظام العام في المجال الداخلي إبطال التصرف بطلانا مطلقا، وهذا كله عكس ما عليه الحال في النظام العام في العلاقات الدولية الذي يترتب على إعماله استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف، كما أنّ النظام العام الدولي أضيق من الأول على اعتبار أنّ ما يخالف النظام العام الداخلي كتحديد سن الرشد القانوني أو تحديد أنصبة الميراث؛ قد لا يخالف النظام العام الدولي؛ فكثير من الدول لها أنصبة ميراث مغايرة، ومع ذلك لا تخالف النظام العام الدولي الجزائري، هذا ويلاحظ أنّ ما يخالف النظام العام الدولي، لا بدّ أنّه يخالف النظام العام الداخلي لكون الأول أقل تشددا، فما يمنعه الأول، يمنعه من باب أولى الثاني.

-قضائي؛ أي أنّ القاضي هو الذي يحدده مستلهما في ذلك ضمير الجماعة لا ما يراه هو، ثم هو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أنّ الأمر يتعلق بمسألة قانونية يترتب عليها تعطيل قاعدة إسناد وطنية³.

3- شروط إعمال فكرة النظام العام:

-يجب أن تكون قاعدة الإسناد قد أشارت إلى قانون أجنبي ليكون هو القانون الواجب التطبيق؛ إذ لا يمكن تصور أي دور لتطبيق الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد

¹ - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 135.

² - إبراهيم خالد يحيى، المرجع السابق، ص 155.

³ - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 135-136.

هو القانون الوطني للقاضي¹. كما لو أثير نزاع بين زوجين أحدهما جزائري بشأن دعوى إبطال زواج لاختلال في الشروط الموضوعية كأن تكون المرأة من المحرمات المؤبدة مثلاً؛ فإن قاعدة الإسناد التي تشير إليها المادة 13 من القانون المدني الجزائري تشير إلى تطبيق القانون الجزائري وحده على الآثار الشروط الموضوعية للزواج إذا كان أحد الزوجين جزائرياً لا باعتبار ذلك نتيجة لتطبيق فكرة النظام العام؛ بل باعتباره قانون جنسية الشخص وكنتيجة طبيعية لتطبيق قاعدة الإسناد.

- مخالفة القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيقه للمبادئ الأساسية للقانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع، وإن كان وجود تباين بين النظم القانونية أمراً طبيعياً، غير أنه لا يقبل أن يزيد عن حدود معينة وإلا وقع اعتداء على المجتمع الوطني مما يبرر عدم استمرار القاضي الوطني في الالتزام بتطبيق القانون الأجنبي².

- أن يراعي القاضي النظام العام السائد وقت الفصل في النزاع لا وقت نشوئه³.

4- موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من فكرة النظام العام

لقد اعتمدت معظم الدول فكرة النظام العام⁴؛ فبينما أقرته بعض الدول بنصوص تشريعية، أخذت به أخرى عن طريق القضاء كما هو الأمر في فرنسا⁵.

غير أن المشرع الجزائري كان صريحاً وواضحاً في مسألة النظام العام، وهو ما نص عليه في المادة 24 من القانون المدني؛ حيث جاء فيها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص

¹ صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 25.

² صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص 24-25.

³ دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 137.

⁴ تجدر الإشارة أن مصطلح النظام العام تعددت مسمياته من دولة إلى أخرى لكن جوهره ودوره يبقى واحداً وهو استبعاد القانون الأجنبي المخالف له، فقد اصطلح على تسميته "بالمصالح العامة" *public interest* في القانون المدني الصيني، والقيم الأساسية "*fundamental valus*" في القانون المدني النمساوي، والحقوق الأساسية "*rights*" *fundamental* في القانون الألماني، أما في أغلب التشريعات العربية فهو معروف بالنظام العام "*public order*". أنظر: صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 33-34.

⁵ بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 324.

السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة". معناه أنّ المشرع الجزائري يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض إعمالا للمبدأ العام الذي يقوم عليه التنازع والذي يقضي بضرورة أن تفسح الدولة المجال في قانونها الداخلي لتطبيق القانون الأجنبي، وهذا تحقيقا لاعتبارات الملاءمة التي تقوم عليها قاعدة الإسناد الوطنية هذه الأخيرة التي تتم صياغتها عادة في شكل مزدوج بما يسمح بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، لكن ذلك لا يعني أنّ المشرع قد منح صكا على بياض لمشرعي العالم، ؛ فمن غير المقبول أن يطبق القاضي الجزائري قانونا أجنبيا يتعارض مضمونه مع النظام العام في الجزائر أي مع القيم والمبادئ الأساسية الجوهرية السائدة في المجتمع الجزائري، وبهذا تكون فكرة النظام العام صمام الأمان الذي يحمي هذه المبادئ والأسس.¹

وهو الأمر الذي نصت عليه أغلب التشريعات المقارنة²؛ حيث نصّ المشرع المصري في المادة 28 من قانونه المدني على: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته - النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر".

أما المشرع التونسي، فقد نص في الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص أن: "لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلاّ إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي، ويثير القاضي الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع، ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي... ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها".

وعليه فالنظام العام يلعب دورا هاما في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية؛ ذلك أنّ تطبيق القانون الأجنبي يفترض حدا أدنى من التقارب بين الأصول القانونية للقانون الأجنبي وقانون القاضي.³

¹ - بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 324

² - م 73 من ق م كويتي، م 36 من القانون المدني الفلسطيني، المادة 27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 30 من القانون المدني السوري، والمادة 32 من القانون المدني العراقي.

³ - بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 324.

فعلى القاضي لما يجد القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام أو الآداب أن يقوم باستبعاده؛ لأنها القاعدة التي تقف حاجزا أمام القوانين الأجنبية التي تمسّ المبادئ الأساسية السائدة فيها، فلا تتركها تعبر إلى مجتمعها، وقد شبه بعض الفقهاء الدور الذي يلعبه النظام العام بالنسبة للقوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمان¹.

غير أنّ الجدير بالذكر، أنّ النظام العام ما هو إلا استثناء بيد القضاء على القاعدة الأصلية في القانون الدولي الخاص التي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي، ويترتب على هذا الأمر التضييق من النظام العام؛ فلا يصح الرجوع إليه إلا في الأحوال الاستثنائية التي يتعارض فيها مع الأسس الجوهرية، والتي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع حتى لا يتحول إلى وسيلة للإطاحة بالهدف الذي يسعى إليه المشرع الوطني من تنظيم تنازع القوانين، ولهذا فقد استقر الرأي على إخضاع تقدير القاضي في هذا المجال لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة قانونية².

والحقيقة أنّ النظام العام وإن كان نظاما يعبر عن سيادة الدولة، ويعكس قيم المجتمع العليا التي لا يجوز المساس بها، إلا أنه ولمرونته وإمكانية التوسع والتضييق فيه، يجب أن يوظف توظيفا مختلفا في نطاق ضيق في علاقات القانون الدولي الخاص من أجل ضمان تطبيق أوسع للقانون الأجنبي الذي يساهم في تعزيز العلاقات الدولية³.

5- أثر إعمال النظام العام في مسائل انعقاد الزواج المختلط:

إنّ الأثر المترتب على استبعاد القانون الأجنبي هو إحلال قانون المحكمة المختصة اختصاصا قضائيا دوليا محله، فضلا عن ذلك، فإن الاستبعاد قد لا يكون كلياً؛ فطبقاً لمبدأ الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي تستبعد الأحكام المخالفة للنظام العام فقط دون الأحكام الأخرى التي تبقى سارية

¹ - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 59.

² - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 26.

³ - إبراهيم خالد يحيى نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 155.

المفعول¹، كما في حالة الحقوق المكتسبة في خارج دولة القاضي. وهو ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام.

وقد وردت مسألة الأثر المخفف للنظام العام في الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية؛ حيث جاء فيها: "... لا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي"، ومنه فالقاضي يلجأ إلى استبعاد القانون الأجنبي فقط في المسائل التي تمس بنظامه العام، ومثال ذلك نشوب نزاع أمام القاضي الجزائري حول إثبات زواج عرفي، ونفي نسب الولد من هذا الزواج؛ فالقاضي سيدفع بالنظام العام في مسألة نفي النسب إذا كان القانون الواجب التطبيق يقضي بأحقية الزوج في ملاعنة الولد رغم وجود الفراش الذي يعدّ في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري أقوى دليل لثبوت النسب؛ وبالتالي سيلجأ لتطبيق قانونه الأجنبي، غير أنه سيقوم بإعمال الأثر المخفف للنظام العام في مسألة إثبات الزواج العرفي كونه لا يخالف مقتضيات النظام العام الجزائري.

ومع ذلك فقد يحدث أن يكون الجزء المستبعد من القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بباقي النصوص الأخرى لذلك القانون، بحيث يصبح يتعذر الاستبعاد الجزئي، لذلك يلجأ القاضي في هذه الحالة إلى الاستبعاد الكلي بأحكام القانون الأجنبي وتطبيق قانونه الوطني بدلاً عنه.² وبالعودة للمثال السابق، نستبدل حالة إثبات الزواج العرفي مع نفي النسب، بحالة إثبات نسب ولد خارج إطار الزواج، أو ما يسمى في الغرب "بالحب الحر أو الزواج الحر"، وهو زواج غير رسمي أو منظم من قبل مؤسسة عامة أو دينية، وإنما يكون من طرف مؤسسة خاصة يحدد الزوجان شروطه؛ كشرط تعدد الزوجات أو الأزواج، وعليه يستبعد القانون الأجنبي كلياً إذا كان يعترف بالزواج

¹ - لم ينص المشرع الجزائري على مسألة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي غير أنه ورد في إحدى حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى حيث جاء فيه: " في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصماً على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه". إن القرار الأجنبي الذي نطق بالطلاق يبقى صحيحاً فتكون له آثار في الجزائر غير أنه لا يطبق في الجانب المتمثل في منح الحضانة للأمم بفرنسا. أنظر المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 1989/01/02 قضية ف م ضد ص ع، المجلة القضائية 1990، العدد الرابع، ص 74-76.

² - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 143-144.

الحر ونسب الأطفال الطبيعيين، أو زواج المثليين.¹

ثانيا - مظاهر أعمال النظام العام في مسائل انعقاد الزواج المختلط:

بالرغم من أنّ التشريعات الوضعية لم تدرج في قوانينها قائمة بالحالات التي يتدخل فيها النظام العام، إلا أنّ في تقديرنا، فإنّ قوانين الدول الإسلامية أشارت في تشريعاتها الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل غير الواردة في قوانينها، باعتبار الشريعة الإسلامية ركيزة من ركائز النظام العام. قد يقضي ضابط الإسناد بتطبيق قانون أجنبي مخالف للنظام العام المعمول به في دولة القاضي المعروض عليه النزاع؛ كأن يعرض على القاضي الفرنسي نزاع جزائري مسلم حول إثبات زواج ثان من امرأة ثانية، وهو ما يعتبر جريمة طبقا للقانون الفرنسي (1)، وقد يعرض على القاضي الجزائري إثبات زواج بين شخصين من نفس الجنس، وهو ما يعدّ محرما شرعا وقانونا في الجزائر (2)، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب تصادمه، ومخالفته لمقتضيات النظام العام.

كما قد يعرض على القاضي الجزائري إثبات زواج جزائرية مسلمة بغير مسلم، وهو أمر محرم شرعا وقانونا، ومخالف للنظام العام في الجزائر (3).

1- إشكال تعدد الزوجات بين المشروعية والتجريم وعلاقته بالنظام العام:

أشرنا سابقا أنّه لا يمكن فصل فكرة النظام العام عن الدين؛ لأنّ هذا الأخير يعتبر الركيزة الأساسية للنظام العام، وعلى هذا الأساس، سنتطرق لتعدد الزوجات في التشريعات الدينية (أ)، ثمّ التشريعات الوضعية (ب).

أ- نظام تعدد الزوجات في التشريعات الدينية:

كان تعدد الزوجات سائدا عند اليهود، وكان لملوكمهم وأنبيائهم أزواجا كثيرون، ولقد ظلوا طيلة العصور الوسطى يجمعون بين عدة زوجات دون تحديد قدر معين، وقد ورد أنّ داوود كان له ثلاثمائة

¹ - Le mariage libre est une union entre deux personnes de même sexe ou de sexe différents. Cette expression désigne également une situation théorique où le mariage ne serait plus officialisé ni règlementé par une institution publique ou religieuse mais par une institution privée. Ainsi qu'une situation où les mariés ne seraient pas tenus de rester fidèles à leur conjoint(s). Voir: wikiberal, Mariage libre, projet collaboratif d'encyclopédie libérale et libertarienne en ligne, Article publié le 14 novembre 2021 sur le site: https://www.wikiberal.org/wiki/Mariage_libre consulter le: 7/5/2019. A 2: 00h.

امرأة، ولسليمان سبعمائة، حتى منع الأحبار الريانيون تعدد الزوجات لضيق أسباب المعيشة التي كان يعانيها اليهود في تلك العصور، وقد صدر هذا المنع خلال القرن الحادي عشر، وقرره المجمع الكنسي في مدينة وارمس بألمانيا، وكان هذا المنع في أول الأمر قاصرا على يهود ألمانيا وشمال فرنسا، ثم جميع يهود أوروبا، وقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية لليهود بعد ذلك بمنع تعدد الزوجات.

والأمر نفسه في الديانة المسيحية؛ فقد كان التعدد مشروعاً إلى أن حرّمته الكنيسة في القرن السابع عشر، والتاريخ يذكر أنّ ملك إيرلندا كان له زوجتان، وكان ملك فرنسا مثل ذلك، كما تزوج "فريدريك الثاني" من اثنتين بموافقة الأساقفة.

ويشهد عالم الاجتماع والفيلسوف الأوروبي "وستر مارك"، أنّ التعدد كان معترفاً به في الكنيسة إلى قرون متأخرة، وظل إلى القرن السابع عشر، وكان يتكرر كثيراً في الحالات التي لا تحصيها الكنيسة والدولة¹.

والذي تجدر الإشارة إليه في هذا السياق، أنّ الانتقاد الذي يوجه للدين الإسلامي من طرف الغرب حول ابتداء الدين الإسلامي لتعدد الزوجات والتحريض عليه، ليس له أساس من الصحة²؛ ذلك أنّ تعدد الزوجات - كما أشرنا - كان سائداً في مختلف الشرائع السماوية؛ فقد عرف منذ عصور بعيدة، وكان له وجود في شريعة سيدنا إبراهيم ويعقوب وسليمان وغيرهم من الرسل، وقد عرف هذا المبدأ في المجتمع الغربي؛ حيث كان سائداً في الرومان، ودونت هذه الإباحة في إطار قانوني، إلا أنّ هذا التدوين ألغي بعد ذلك؛ لأنّ الفكرة لم تتسجم مع المحيط الغربي. كذلك دونت فكرة تعدد الزوجات في عهد اليونان سنة 415 قبل الميلاد بسبب الحروب التي أدت إلى مقتل عدد كبير من الرجال، مما أدى بالسلطات اليونانية إلى إقرار مبدأ التعدد باعتباره واجباً قانونياً.

¹ - صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري (دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري)، مجلة المعيار، كلية أصول الدين جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 5، العدد 9، 2004، ص 115-116.

² - في هذا الشأن يقول المؤرخ غوستاف لوبون في كتابه تاريخ الحضارة "إن عرف تعدد الزوجات لا علاقة له بالإسلام، أي إن هذا العرف كان سائداً قبل الإسلام بين سائر الشعوب الشرقية كاليهود والإيرانيين والعرب وغيرهم". ويقول الفيلسوف مونتسكيو في كتابه "روح القوانين" سافر "أبو الظهير الحسن" الرحالة العربي إلى الهند والصين في القرن التاسع ميلادي وشاهد هناك عادة تعدد الأزواج". أنظر: أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 141.

من هنا يتبين لنا أنّ فكرة التعدد ليس بدايته الإسلام؛ بل كانت سائدة منذ عهد قديم قبل نزول الرسالة المحمدية¹، وقد ثبت في السنة أنّ كثيرا من الصحابة كانت لهم أكثر من زوجة، وأنّ بعضهم أسلم وله أكثر من خمس نسوة؛ فأمر باختيار أربع، وتطبيق الباقي، مما يدل على أنّ التعدد من السنن والشرائع السابقة، وأنّ الشريعة الإسلامية ضبطت التعدد وحسرتة في أربع نساء بشرط العدل بينهن في النفقة، والسكن، والمبيت، وعدم تفضيل إحداهن على غيرها²؛ لقوله عزو جل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِيهِ الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِّنْ نَّسَائِكُمْ وَلَكُمْ فِي النِّسَاءِ حُرْمَةٌ كَمَا حُرْمَةٌ فِي أَهْلِ آبَائِكُمْ وَلَهُنَّ مِثْلُ حُرْمَةِ لَكُمْ وَأُولَٰئِكَ سِيَرَةُ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾³. وقد جاء في صحيح البخاري في شرح الآية من الأحاديث النبوية في باب الترغيب في النكاح أن عروة رضي الله عنه سأل عائشة رضي الله عنها عن قوله تعالى، قالت هي اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها وجمالها ويريد أن ينكحها بأدنى من سنة صداقها فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن فيكملوا الصداق وأمروا بنكاح من سواهن من النساء⁴.

وقد اقتصر دور الشريعة الإسلامية على تعديل هذا النظام وتنظيمه وتقويده، ووضع له شروط وضوابط محددة ودقيقة لا غير، وذلك حتى لا تتزلق الأمة نحو المحرمات، فلو كانت فكرة التعدد مخالفة لفطرة الإنسان لألغها الله عز وجل مثلما حرم الأمور الأخرى؛ كشرب الخمر، والميسر، وأكل الخنزير، وغيرها من العادات السيئة التي كانت سائدة في الجاهلية⁵.

ب- تعدد الزوجات في القانون الجزائري والتشريعات الوضعية وعلاقته بالنظام العام:

تعاني الجالية العربية عموما والجالية الجزائرية خصوصا من مشكلة إبرام زواج ثان في الدول الغربية، وحتى أنّ إبرامه داخل أوطانهم لن يكون معترفا به في البلد المستضيف، فإن كان تعدد الزوجات مباحا وغير مخالف للنظام العام في أغلب التشريعات التي تستند في قوانينها على الدين الإسلامي، لكنه يعدّ مخالفا للنظام العام في التشريعات الغربية وبعض التشريعات العربية، حتى أنّ

¹ غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، ط 1، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص 45-46-47.

² محمد باوني، عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)، ط 1، منشورات مكتبة إقرأ، قسنطينة، الجزائر، 2009، ص 170 وما يليها.

³ - سورة النساء، الآية: 3.

⁴ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج 2، ط 1، تحقيق الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2، ط 1، مكتبة الصفاء، القاهرة، 2003، ص 556.

⁵ - غنية قري، المرجع السابق، ص 45-46-47.

بعضاً منها يعتبره جريمة يعاقب عليها القانون؛ كفرنسا، وتونس مثلاً، ومنه نطرح التساؤل التالي: ما مدى استيعاب القانون والقضاء الفرنسي والتونسي لنظام تعدد الزوجات؟ وهل تسمح هذه القوانين بإبرام مثل هذا الزواج على أراضيها؟ وهل تترتب عليه آثاره داخل بلدانها إذا تمّ خارج إقليمها سواء من طرف جاليتها أو أحد رعاياها؟.

-مشروعية التعدد في التشريعات العربية والتشريع الجزائري:

يعدّ التعدد مباح في أغلب التشريعات العربية التي تستند في قوانينها على مبادئ الشريعة الإسلامية، وغير مخالف لمبادئ النظام العام؛ إذ يجوز للمصري المسلم المتزوج بجزائرية والمقيم بالجزائر بإبرام زواج ثاني سواء وفقاً لقانونه أو طبقاً للقانون الجزائري.

ففي القانون الجزائري، نصّ المشرع في المواد 8¹ و 8 مكرر²، 8 مكرر³ من قانون الأسرة على إباحة تعدد الزوجات في حدود الشريعة متى وجد المبرر الشرعي مع نية العدل، غير أنه قيده بشروط، كشرط ترخيص القاضي وموافقة الزوجة السابقة واللاحقة، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخّص بالزواج الجديد، وأن يتأكد من موافقة الزوجين، وإثبات المبرر الشرعي وقدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وفي حالة التدليس، لكل واحدة من الزوجات الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج، والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا، وأنّ الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول إن لم يحصل الزوج على ترخيص من القاضي، مع الإشارة إلى أنّ هذه الرخصة تنطبق كذلك على حالة تعدد الزوجات في الزواج المختلط التي يتحصل عليها من رئيس المحكمة لإبرام عقد الزواج على

¹- حيث جاء فيها ما يلي: " يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخّص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية". ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".

²- حيث جاء فيها ما يلي: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

³- حيث جاء فيها ما يلي: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للنصوص المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

مستوى البلدية، وتسبقها استصدار الرخصة الإدارية على مستوى مصالح الولاية المعنية¹.

وهو ما سار عليه المشرع المصري من خلال المادة 58 من القانون رقم 100 لسنة 1985؛ فتعدد الزوجات مسموح به لمسلمي مصر، وقد ألزم القانون الزوج بأن يقرّ في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، وتوضيح زوجاته اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بهذا الزواج، وأجاز القانون الجديد للزوجة أن تطلب الطلاق من زوجها الذي تزوّج عليها، خلال سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي بسبب التعدد يتعدّد معه دوام العشرة، حتى ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها ألا يتزوّج عليها، ويتجدد حقها في طلب التطلاق كلما تزوّج بأخرى، وتأخذ نفس حكم الزوجة الجديدة التي لم تكن تعلم بأن زوجها متزوج بسواها؛ فلها أن تطلب التطلاق كذلك، وهذا القانون لا يجعل من التعدد في ذاته ضرراً يوجب التطلاق كما كان الحال في قانون سنة 1979، بل يضع على الزوجة عبئ إثبات وقوع ضرر مادي أو معنوي عليها يدفعها لطلب التطلاق من زوجها الذي تزوّج عليها.

وأقر القانون الجديد أيضاً عقوبة للزوج المخالف، تقضي بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن 20 ألف جنيه، ولا تزيد على 50 ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويعاقب بنفس العقوبة المأذون المختص حال عدم التزامه بإبلاغ زوجته أو زوجاته بالزواج الجديد.

ووفقاً للقانون الجديد يسقط حق الزوجة في طلب الطلاق إذا علمت ذلك ومضى عليه عاماً كاملاً، لكن يصبح من حقها طلب الطلاق كلما تزوّج وعلمت وذلك خلال عاماً كاملاً.

¹ - لطلب الحصول على رخصة الزواج المختلط لإبرام زواج ثاني (حالة تعدد الزوجات):

- على المعني إيداع ملف كامل لطلب إصدار الرخصة الإدارية المسبقة على مستوى مصالح الولاية المعنية.

- في حالة حصول المعني على الرخصة المسبقة، فإنه يتوجب عليه طلب ترخيص من رئيس المحكمة لإبرام عقد

الزواج على مستوى البلدية. أنظر موقع وزارة الداخلية والجماعات المحلية:

<https://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AC%D8%A7%D9%86%D8%A8%D9%81%D9%8A%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B2%D8%A7%D8%A6%D8%B1/%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%AA%D9%84%D8%B7.html>

تاريخ الاطلاع: 2020/08/25. سا: 5: 00.

- تجريم التعدد في القانون التونسي:

إن المشرع التونسي كعادته خالف التشريعات العربية في الدول الإسلامية، وألغى التعدد¹ ومنعه وجرمه أيضاً؛ حيث نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية من خلال الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية² أن تعدد الزوجات ممنوع، وأن الرجل له زوجة ولا يتزوج بأخرى قبل أن يكون الزواج الأول قد انحل قانوناً، ويعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف ذلك، حيث يعتبر القانون التونسي التزوج بثانية جريمة، كما يُعاقب عن مجرد التزوج على خلاف الصيغ القانونية.

كما ورد بالفصل 36 من قانون الحالة المدنية التونسي³ ما يلي: "يعتبر الزواج المبرم خلافاً لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلاً ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة 3 أشهر، وإذا وقعت نتبّعات جزائية بمقتضى أحكام الفقرة السابقة يقع البتّ بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج، وإذا استأنف أو استمرّ الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة 6 أشهر، ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجزائي على المخالفات المقررة بهذا الفصل".

¹ - تعد تركيا أول الدول الإسلامية التي ألغت تعدد الزوجات في قوانينها سنة 1926 وذلك ضمن التوجه العام للسلطة التركية بقيادة أتاتورك الذي ألغى الخلافة الإسلامية وما تتضمنه من تقاليد وأعراف وأحكام للشريعة الإسلامية عندما أخذت بالقانون المدني السويسري واستخلصت منه قانونها الخاص فأصبح في تركيا منذ ذلك الوقت قانون واحد هو القانون المدني الذي ينظم الأحوال العينية والأحوال الشخصية على حد سواء ومن ثم لم تعد من الدول التي لها قانون مدني وآخر للأحوال الشخصية مستقل عن القانون المدني. أنظر: بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، المجلد 1، العدد 2، 2013، ص 4.

² - وقد جاء في نصّ الفصل أن:

- تعدد الزوجات ممنوع.

- كلّ من تزوّج وهو في حالة الزوجية وقبل فكّ عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أنّ الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

- ويعاقب بنفس العقوبات كلّ من كان متزوجاً على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أول أوت 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ويبرم عقد زواج ثانٍ ويستمر على معاشرة زوجته الأولى.

- ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعمّد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين.

- ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجزائي المتعلق بظروف التخفيف على الجرائم المقررة بهذا الفصل".

³ - القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية في تونس.

واستنادا إلى أحكام الفصلين المذكورين، إذا اكتشفت الزوجة أنّ زوجها يعاشر امرأة أخرى، فبإمكانها رفع الأمر إلى السلط الأمنية أو إلى وكيل الجمهورية، لأنّ ذلك يمثل جريمة في القانون التونسي يقع تتبعها جزائيا مع إبطال الزواج الثاني مدنيا، ومن الأسباب التي ساقها المشرع التونسي إلى حظر التعدد هو أنه طيلة القرون الماضية التي طبق فيها التعدد ثبت أن الشخص لا يمكنه الإنصاف بين الزوجات، مهما سعى، ونتيجته دائما فيها إجحاف للمرأة وبخس لحقوقها، وعدم إمكانية العدل بين الزوجات للرجل الواحد كما دلت الآية القرآنية¹.

ومن خلال تصفحنا لبعض المقالات المنشورة في الجرائد عبر المواقع الإلكترونية، خلصنا إلى أنّ هذا التشدد والردع والتجريم، يدفع ببعض التونسيين إلى التحايل على القانون بتغيير جنسياتهم من أجل إبرام عقود زواجهم الثاني في الجزائر، وهو ما يسمى في القانون الدولي الخاص "بالغش نحو القانون"، وإذا ما أثبت للقاضي ذلك، لجأ إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، وهو ما سنتطرق له بالتفصيل لاحقا.

- تجريم التعدد في القوانين الغربية والقانون الفرنسي (Polygamie):

بما أن القوانين السائدة في الغرب كنسبية في مرجعيتها، باشرت في مطلع القرن السابع عشر بتغيير أعرافها وسن القوانين وإصدار الأحكام بمنع التعدد والمعاقبة على فعله.² على غرار ما ورد في القانون المدني الفرنسي في المادة 147 من القانون المدني³ التي منعت أن يعقد الشخص زواجا مع امرأة أخرى إلا بعد انحلال الزواج القائم مع الزوجة الأولى.⁴

وكذلك نصت المادة 101 من القانون السويسري على أنه كل من يرغب في الزواج بامرأة ثانية عليه أن يثبت انحلال الزواج الأول بالطلاق أو الوفاة أو بحكم قضائي يقضي ببطلانه. كما نصت المادة 1326 من القانون الألماني على بطلان الزواج الثاني أو اللاحق للزواج الأول أو الزواج الذي

¹ - إقروفة زبيدة، قانون الأسرة الجزائري بين التأييد والتتديد، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 1999، ص 128.

² - صالح بوبشيش، المرجع السابق، ص 118.

³ - Art 147 c c f: « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

⁴ - حسب منظور بعض القوانين الغربية فإن منح الحق للرجل في التعدد يعني ضرورة منح نفس الحق للمرأة كذلك في سياق مبدأ المساواة، وهو ما سيثير عدة إشكالات خاصة فيما يتعلق بصعوبة إثبات نسب الأطفال. أنظر:

Jean-Marie Bischoff, Le mariage polygamique en droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, 3e année, tome 2, 1980-1981, p94.

يتم بين زوجين يكون أحدهما يعيش مع الغير ضمن عقد زواج صحيح.¹

تجدر الإشارة أن مفهوم تعدد الزوجات في فرنسا يختلف عن مفهومه في الدول الإسلامية، فهو زواج رجل من عدة نساء، أو امرأة من عدة رجال²، ويتعلق بممارسة تعدد الزوجات على الأراضي الفرنسية، أو من قبل الرعايا الفرنسيين بالخارج. فوفقاً للقانون المدني الفرنسي، لا يمكن عقد زواج مع عدة شركاء، ومع ذلك قد يكون هناك حالة تعدد الزوجات، أو تعدد الأزواج خارج الزواج أو الارتباط المدني أو مرتبطاً بأنواع التعايش الحديثة وهو ما يعرف (بالزواج الحر)³. وحقيقة أن تعدد الزوجات لا يمارسه السكان المحليون ترجع في الأساس إلى أن الزواج الثاني على الأراضي الفرنسية، يتطلب الطلاق المسبق لكي يتم الزواج الثاني (المادة 147 من القانون المدني)، ومن الضروري أن يتم تسجيل حكم الطلاق في هامش الزواج وشهادة ميلاد الزوج المطلق. وعليه يشكل تعدد الزوجات من رجل أو امرأة سبباً للبطلان المطلق للزواج الثاني مما يؤدي إلى إلغاء هذا الزواج من أصله. ولا أثر له من الناحية الاجتماعية.

وبسبب اختلاف قواعد القانون الدولي الخاص والأحوال الشخصية من بلد لآخر، فالزيجات التي تتم في الخارج، بما في ذلك تعدد الزوجات، لها الحجية القانونية بين الطرفين المتزوجين فقط، غير أنه يمكن الحصول على موافقة السلطات الفرنسية، إذ يجب أن يخضع هذا القانون لموافقة القاضي الفرنسي، ومع ذلك منذ قانون باسكوا لعام 1993، يتعين على العائلات متعددة الزوجات في فرنسا الاختيار بين الطلاق وفك الارتباط أو عدم تجديد تصريح الإقامة، وبالتالي فبحكم الواقع، وجودهم داخل الإقليم الفرنسي غير نظامي. وفي بعض الحالات، تكون "حالة تعدد الزوجات" سبباً للاستبعاد

¹ - عيد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار البحث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 1986، ص 118-119.

² - Un mariage polygamique ou Situation d'une personne polygame: »Système social admettant légalement le mariage d'un homme avec plusieurs femmes (polygynie) ou d'une femme avec plusieurs hommes (polyandrie)«. voir le site:

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/polygamie/62306>

Consulter le: 21/02/2019. A4: 00h.

³ - Le contrat libre de mariage est un contrat que passent les personnes volontaires pour se marier. La particularité de ce contrat de mariage est qu'il n'est pas prédéfini, ni réglementé par l'autorité publique. Les mariés définissent eux-mêmes les termes de leur contrat et l'officialisent par l'intermédiaire d'un tiers, une entreprise privée spécialisée dans l'arbitrage. Le contrat libre peut donc convenir aussi bien aux polygames, polyamour, ou aux homosexuels. Voir: wikiberal, mariage libre ,projet collaboratif d'encyclopédie libérale et libertarienne en ligne, voir le site: https://www.wikiberal.org/wiki/Mariage_libre consulter le: 25/01/2020. A4: 00h.

من الحصول على الجنسية الفرنسية (المادة 11-313.L من قانون دخول الأجانب وإقامتهم وحققهم في "اللجوء")¹.

و هو ما نصت عليه محكمة الاستئناف الإدارية الغرفة الأولى "بفرساي" في قرارها الصادر في 19 ماي 2020.² بالإضافة إلى ما نصت عليه محكمة الاستئناف الإدارية الغرفة الأولى "بدوي" في قرارها الصادر في 15 سبتمبر 2020، حيث أقرت بأن الأجنبي الذي يعيش في حالة تعدد الزوجات يشكل وجوده تهديداً للنظام العام ويجب أن يغادر الإقليم الفرنسي، ولا يمكن السماح له بالبقاء داخل الإقليم، وذلك وبموجب الشروط المنصوص عليها في المادة 7-313.L من قانون دخول الأجانب³.

والجدير بالذكر أن القانون الفرنسي يعتبر تعدد الزوجات والأزواج جريمة يعاقب عليها وفقا لنص قانون العقوبات في مادته 433 / 20، ووفقا لما جاء فيه يعاقب قيام شخص مرتبط برباط الزواج بعقد آخر قبل فسخ الرابطة السابقة بالسجن لمدة عام وغرامة قدرها 45000 يورو. وتطبق نفس العقوبات على الموظف العام الذي أبرم هذا الزواج وهو يعلم بوجود الزواج السابق فمن وجهة نظر جنائية، يعتبر عقد الزواج دون فسخ الزواج السابق جريمة يعاقب عليها القانون.⁴

وعليه فتعدد الزوجات أمر يتعارض مع النظام العام الفرنسي، فالرعايا المسلمين لا يحق لهم إبرام مثل هذا الزواج المتعدد فوق التراب الفرنسي لتصادمه مع النظام العام وهذا الحظر يشمل حتى الرعايا الفرنسيين - كما أشرنا سابقا - ولو وجدوا في الخارج أو قاموا بإبرام عقدهم في الخارج مع وجود استثناءات على هذه القاعدة.

فبالرغم من أن تعدد الزوجات الذي يتم في الإقليم الجزائري يعد صحيحا في الجزائر ومنتجا لآثاره طالما تم بطريقه شرعية بدون تحايل على القانون، غير أن القضاء الفرنسي يرى غير ذلك اذا تعلق الأمر

¹ - Wikipédia ,L'encyclopédie libre, Polygamie en France , voir le site: https://fr.wikipedia.org/wiki/Polygamie_en_France#:~:text=La%20polygamie%20en%20France%20concerne,se%20pacser%20avec%20plusieurs%20partenaires. consulter le 24/8/2019. A5: 00h.

² - Cour administrative d'appel de Versailles, 1ère chambre 19 mai 2020 / n° 19VE02428

³ - Cour administrative d'appel de Douai, 1ère chambre 15 septembre 2020 / n° 19DA02653

⁴ - Art 433-20 (Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002): « Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

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

بطرف فرنسي (زوجة أو زوج) أو أن يتم العقد في فرنسا¹، إذ يعتبره مخالفا للنظام العام الدولي مما يفرض استبعاد القانون الأجنبي المختص ليحل محله قانون القاضي المتمثل في القانون الفرنسي من أجل عدم الخروج عن الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع والأمثلة عديدة في هذا الشأن.²

حيث صدر قرار عن محكمة النقض الإدارية بفرساي - الغرفة الثانية في 9 يوليو 2020 حيث قضى بترحيل مواطن جزائري متزوج بفرنسية في فرنسا وجزائرية بالجزائر وإلغاء الإقامة، حيث ثبت للمحكمة أن عقد الزواج الأول تم لغرض وحيد هو الحصول على تصريح إقامة، والثاني انتهك النظام العام الفرنسي الذي يحظر تعدد الزوجات.³

إضافة لقرار صادر عن محكمة النقض في المسائل المدنية بتاريخ 06 جويلية 1988 في قضية بعزيز أين تقرر فيها أن "المبادئ الفرنسية المتعلقة بالنظام العام تمنع تعدد الزوجات لشخص متزوج من فرنسية حتى ولو تم الزواج في الخارج"، إذ يفهم من هذا الموقف أن الجنسية الفرنسية عائق يمنع قبول تعدد الزوجات في فرنسا حماية لها من الأثر المخفف للنظام العام.

كما نجده في قرار سابق اعتبر التعدد من ضمن الموانع الثنائية bilatéral وتضل تتبع الفرنسي ولو وجد في الخارج أو أبرم عقده فيها، وذلك في قضية نظرت فيها المحكمة العليا la seine في 21 جوان 1967 ونفس القرار بقي يطبق حتى في 24 سبتمبر 2002 تطبيقا لنص المادة 147 من القانون المدني الفرنسي.⁴

كما أن محكمة النقض الغرفة المدنية الثانية أصدرت حكما في 1 ديسمبر 2011 يقضي بإبطال زواج ثاني انعقد في فرنسا بوصفه مخالفا للنظام العام الفرنسي الذي يمنع تعدد الزوجات، بل ذهبت محكمة النقض إلى أبعد من ذلك إذ نجدها منعت ترتيب آثار لتعدد الزوجات على الضمان الاجتماعي في قرارات صدرت عنها، حيث أبطل القاضي سداد التأمين على المرض والأمومة للزوجة الثانية من صندوق الضمان الاجتماعي على أساس أن الزواج الثاني غير معترف به في القانون الفرنسي، وعليه

¹ - وفقا لقرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية فالشخص الذي يمكن اعتباره جزائرياً بموجب القانون الجزائري من قبل سلطات ذلك البلد يظل خاضعاً من خلال تأثير جنسيته الفرنسية للقانون الفرنسي الذي يجب على القاضي الفرنسي وحده أخذه بعين الاعتبار من أجل تقييم الوضع المتعاقد في الجزائر.

Voir: Cour de cassation , Première chambre civile 9 novembre 1993 / n° 91-19.310

² - شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر، المجلد 1، العدد 1، 2011، ص 49.

³ - Cour administrative d'appel de Versailles - 2ème Chambre 9 juillet 2020 / n° 19VE02222

⁴ - Cour administrative d'appel de Lyon - 6ème chambre 25 août 2020 / n° 20LY00547

لا يمكن الاعتراف بتعدد الزوجات في مجال الضمان الاجتماعي في فرنسا.¹

ومما تقدم يتبين أن النظام العام الدولي سلاح فعال في يد القضاء الفرنسي يمكنه من استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية كلما أراد ذلك.

غير أن الأستاذ موحند إسعاد يرى بأن القاضي عند إعماله للدفع بالنظام العام أن يضع في اعتباره مسألة حالية مفهوم النظام العام السائد وقت إصدار الحكم لا وقت نشوء المنازعة. ويتضح من ذلك أن تعدد الزوجات لا ينتج آثاره بفرنسا إذا تم بين طرف فرنسي وآخر أجنبي وحتى بين أطراف فرنسية ولو أبرمت العلاقة في دولة تبيح ذلك، كما تترتب نفس النتيجة المتمثلة في استبعاد القانون المختص باسم النظام العام الدولي إذا تمت الواقعة واكتملت كافة عناصرها بين أجنب في الإقليم الفرنسي.²

غير أن الدكتور فضل الله يرى أنه لا جدوى من حظر الزواج الجديد قبل فسخ الزواج السابق، ويجب الموافقة على هذا التعدد بشرط عدم وجود مانع. مراعاة لأحكام الأحوال الشخصية لكل من طرفي الزواج الثاني المستقبليين أي لأنه هو الذي خلق الوضع.³

غير أنه يمكن للقاضي الفرنسي قبول الآثار الناتجة عن الزواج المبرم، إذا ثبت له عدم التحايل على القانون، فقد قبلت المحاكم الفرنسية الآثار الناجمة عن تعدد الزوجات في قضايا النسب والميراث والنفقة.⁴

بوصف هذا التعدد واقعة لا يمكن إنكارها وقد حدثت بالخارج ووفقا لقانون أجنبي يجيزها وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في الفصل 521-62 من القانون الدولي الخاص للأسرة الفرنسي.⁵

¹ - Cour de cassation - Deuxième chambre civile — 1 décembre 2011 - n° 10-27.864

² - شريف هنية، المرجع السابق، ص 50.

³ - Fadlallah Ibrahim, La famille légitime en droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage), Dalloz, paris, 1977, p. 186-187.

⁴ - Bouchra JDAINI, Op.cit, p65. Voir aussi: Thomas Evrard, le mariage en droit international prive ,ADDE, 10déc 2015, article publier sur le site: <https://www.adde.be> > joomdoc > download consulter le 08/08/2020 à6: 00h.

⁵ - Chapitre 521.62 Le droit international privé de la famille / Titre 52 - Les applications du droit international privé au couple / Chapitre 521 - Formation du mariage / Section 1 - Conditions de fond 3 - Éviction de la loi nationale / B - Mariages célébrés à l'étranger: « Le mariage polygamique valablement célébré à l'étranger au regard du droit international privé français peut produire des effets en France. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de partager entre les épouses étrangères une pension de réversion suite au décès de l'assuré social ».

وهكذا يتأرجح مفهوم الأثر المخفف للنظام العام أو الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج إذ أنها هي بدورها تعد مسألة نسبية ومرنة يخضع تقديرها للقاضي المطروح أمامه النزاع ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض مثلما رأينا سابقاً.¹

انطلاقاً من هذا نجد بعض الجمعيات النسوية وبعض النساء في مجتمعنا من يساند القانون الفرنسي الذي يمنع كلا الجنسين من باب المساواة من تطبيق التعدد.²

غير أن الضريبة التي دفعها مجتمع الغرب وفرنسا على وجه الخصوص جراء منع تعدد الزوجات، هي انتشار الزنا انتشاراً فاحشاً وصل إلى حد "الزواج الجماعي"، والأمراض التناسلية التي بلغت سبعين بالمائة من مجموع البالغين، ومشكلة الأولاد الغير شرعيين، فقد بلغت نسبة أولاد السفاح أو ما يطلق عليهم في فرنسا "الأولاد الطبيعيين" ما يقرب من خمسين في المائة من مجموع المواليد.³ و في الأخير ننوه إلى أن القوانين الغربية السابقة الذكر التي حرمت وجرمت تعدد الزوجات هي ذاتها القوانين التي أجازت الزواج المثلي ومنحت للزوجين من نفس الجنس نفس الحقوق الممنوحة للزوجين من جنسين مختلفين.

2- إشكال الزواج المختلط المثلي بين المشروعية والتجريم وعلاقته بالنظام العام:

تباينت مواقف التشريعات الوضعية بين مجيز ومعارض للزواج المثلي، فإذا كان مباحاً في الدول الغربية وتعتبره حرية شخصية، فهو محرم في الدول العربية ويعتبر من الجرائم الأخلاقية الماسة بالنظام العام.

فالزواج من نفس الجنس المعروف باسم زواج المثليين⁴، هو إمكانية قيام امرأتين أو رجلين بعقد

¹ بوسهوة نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 328.

² غنية قري، المرجع السابق، ص 52.

³ إبراهيم النعمة، الإسلام وتعدد الزوجات، ط2، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 1984، ص 41 وما يليها.

⁴ جاء في معاجم اللّغة أن المثل هو الشّيء بالشّيء شبهه به وقدره على قدره؛ أيّ أن شبيهه الشّيء هو من يشترك معه في نفس الصّفات. أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص 852. أما اصطلاحاً المثلي هو ازدواج الجنس المثلي وهو نوع من الزّواج يكون فيه الزّوجين من نفس الجنس بدلاً من أن يكونا من جنسين مختلفين. أنظر: محمد الصائغ، الزّواج المثلي مفسدة نفسية وأخلاقية، ط1، مؤسّسة البلاغ للطباعة، لبنان، 2010، ص 13.

زواج مدني أو ديني، مخصص في الأصل لرجل وامرأة.¹

حيث يُعقد رسمياً بين شخصين من جنس واحد، كالذي يعقد بين الرجل والمرأة، فيصيران شريكين في الحياة، ويجري بينهما ما يجري بين الرجل والمرأة المتزوجين، وهو أمر مستحدث لم يكن معروفاً من قبل، فقد كان هناك اللواط واسحاق، ولكن لم يكن تشريعياً في قوانين وديساتير الدول والأمم إلا في العصور المتأخرة.

والمثلية الجنسية (Homosexuality) مصطلح وضع للدلالة على العلاقة الجنسية بين فردين من نفس الجنس (ذكر-ذكر، أنثى-أنثى)، وضعه العالم السويسري "بنكرت Benkert" عام 1869م، ثم انتشر المصطلح حتى أصبح يستعمل ضمن المصطلحات في العلوم الطبيعية والنفسية والاجتماعية والقانونية.² وقد تم العثور على أمثلة كثيرة على مثل هذه الزيجات في بعض الحضارات في العصور القديمة، من القرن التاسع عشر حتى نهاية القرن العشرين، حيث كانت المثلية الجنسية تعتبر اضطراباً عقلياً من قبل منظمة الصحة العالمية حتى عام 1990 وغالباً ما يتم تجريمها. لكن تطور المجتمعات ومطالب الحركات الجنسية المثلية دفعت الدول الغربية، إلى توسيع الاعتراف القانوني بالزواج المدني في بداية القرن الحادي والعشرين دون تمييز ليشمل جميع الأزواج سواء من جنس مختلف أو من نفس الجنس. وفي عام 2001، كانت هولندا أول من أقام زواج المثليين، واعتباراً من مايو 2020 أصبح قانونياً في 29 ولاية، مع الاعتراف بحق التبني للوالدين من نفس الجنس، في المقابل فقط الكنيسة السويدية (منذ عام 2009) وعدد قليل من الحركات الدينية الأخرى تحتفل بالزواج الديني من نفس الجنس أو بمباركته الدينية.

¹- Wikipédia ,L'encyclopédie libre , Mariage homosexuel, voir le site:

https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homosexuel consulter le: 20/04/2021. A4: 00h.

²- إبراهيم بن تيجان جكيتي، الزواج المثلي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، دط، أوقاف مركز باحثات لدراسات المرأة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1437هـ. كتاب إلكتروني:

تاريخ التحميل: 2020/04/15. سا: 5: 00. <https://bahethat.com/product/22673/>

واعتبارًا من 23 أبريل 2021 سمحت 29 دولة للأزواج من نفس الجنس بالزواج¹، وهو ما يمثل إجمالي أكثر من 1.19 مليار نسمة (أو ما يقرب من 15.4 % من سكان العالم). من ناحية أخرى، تتم حاليًا مناقشة مشاريع القوانين التي تهدف إلى فتح الزواج للأزواج من نفس الجنس أو التصويت عليها أو تطبيقها في أندورا، تشيلي، سويسرا، بنما، تشيكيا، فنزويلا، وبعض الولايات في المكسيك².

و في فرنسا منذ عام 1999 كان لدى الأزواج المثليين إمكانية توقيع شراكة مدنية، تسمى ميثاق التضامن المدني (PACS) أو إقامة علاقة تعايش، ومع ذلك، لا يقدم كلاهما نفس الضمانات القانونية مثل الزواج المدني.

و قد كان مشروع قانون فتح الزواج المثلي، والذي تم طرحه في البرلمان في نوفمبر 2012، موضوعًا لمناقشات حادة، وواجه معارضة أقوى في فرنسا مقارنة بالدول الأوروبية الأخرى.

تم اعتماد الزواج المثلي من خلال القانون رقم 404-2013 بشكل نهائي في 23 أبريل 2013، ثم تم التصديق عليه من قبل المجلس الدستوري وتم إصداره في 17 مايو 2013، وتم الاحتفال بالزواج الفرنسي الأول من نفس الجنس في 29 مايو 2013 في مونبلييه.

في عام 2014، من بين 241292 زواجًا تم الاحتفال به في فرنسا، كان هناك 10522 زواجًا

¹ – les pays sont: Afrique du Sud (depuis novembre 2006) Allemagne (depuis octobre 2017) Argentine (depuis juillet 2010) Australie (depuis décembre 2017) Autriche (depuis janvier 2019) Belgique (depuis juin 2003) Brésil (certains États à partir de janvier 2012, puis au niveau fédéral depuis mai 2013) Canada (certaines provinces à partir de 2003, puis au niveau fédéral depuis juillet 2005) Colombie (depuis avril 2016) Costa Rica (depuis mai 2020) Danemark (depuis juin 2012) Espagne (depuis juillet 2005) Équateur (depuis juillet 2019) États-Unis (certains États à partir de 2004, puis au niveau fédéral depuis juin 2015) Finlande (depuis mars 2017) France (depuis mai 2013) Irlande (depuis novembre 2015) Islande (depuis juin 2010) Luxembourg (depuis juin 2015) Malte (depuis septembre 2017) Mexique, dans dix-neuf États et la capitale fédérale Norvège (depuis janvier 2009) Nouvelle-Zélande (depuis août 2013) Pays-Bas (depuis avril 2001), premier pays à avoir légalisé le mariage homosexuel Portugal (depuis mai 2010) Royaume-Uni, graduellement à partir de 2014, dans toutes les nations et dépendances, ainsi que dans dix territoires Suède (depuis avril 2009) Taïwan (depuis mai 2019) Uruguay (depuis août 2013). Voir: Wikipédia ,L'encyclopédie libre, Mariage homosexuel , voir le site: https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homosexuel consulter le: 20/04/2021. A23: 00h.

²- Wikipédia ,L'encyclopédie libre, Mariage homosexuel, voir le site:

https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homosexuel. consulter le: 20/04/2021. A4: 00h.

بين أشخاص من نفس الجنس أو 4.4% منهم، و46% من النساء.¹

و قد أحدث قانون الزواج المثلي في فرنسا الذي أقر في 17 ماي 2013 تغييرا في القانون المدني الفرنسي من خلال تعريف الزواج على أنه "عقد يتم بين شخصين من جنسين مختلفين أو من الجنس عينه".²

هذا التعديل التشريعي يأتي بعد كفاح لسنوات طويلة من المنظمات المدافعة عن حقوق المثليين والمثليات وثنائي الميول الجنسية والمتحولين جنسيا. حتى أن المثليون الراغبون في الزواج سيستفيدون من الحقوق عينها للأزواج المغايرين جنسيا، وخصوصا من خلال فتح الباب أمام إمكان تبني طفل.³ ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية - الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 18 مارس 2020 أقرت بحق الزوجين المثليين في أن يصبحا أحد الوالدين وتبني طفل.⁴

وعليه يمكن الاحتفال بالزواج في بلد قانونه المحلي يعترف "بالزواج للجميع"، غير أن المشرع الفرنسي يخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني للزوجين، وفي حالة أن القانون المذكور يحظر هذا النوع من الزواج لا يمكن إبرامه، وعلى سبيل المثال: زوجان ألمانيان بولنديان مقيمان في فرنسا. لا يمكن إبرام زواجهم في فرنسا ذلك لأن لقانون البولندي يرفض الزواج بين أشخاص من نفس الجنس.⁵

وبهذا الصدد رفضت المحكمة الايرلندية فكرة أن النظام العام الإيطالي يرفض الاعتراف بالزواج الأجنبي بسبب المثلية، حيث استندت على حجة أن حكمة النقض الإيطالية قررت في 2012 أنه لا

¹- Wikipédia ,L'encyclopédie libre, Mariage entre personnes de même sexe en France, voir le site:

https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_entre_personnes_de_m%C3%AAme_sexe_en_France#:~:text=Le%20mariage%20entre%20personnes%20de,un%20homme%20et%20une%20femme

²- Art 143 (LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1): « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

³-Mariage gay en Allemagne: "un vote pour l'amour". Article publier sur le site: <https://www.france24.com/fr/20170630-mariage-gay-allemande-vote-lamour> Consulter le 01/03/2021. A3: 00h.

⁴- voir: Cour de cassation, Première chambre civile, 18 mars 2020, n° 18-15. p368.

⁵ - Hugues Fulchiron, Le mariage pour tous dans l'ordre international: entre articulation et confrontation des normes, Annuaire international de justice constitutionnelle, Tome 30, 2015, p177.

يمكن أن يستند الرفض المذكور إلى أن هذا الزواج يتعارض مع النظام العام.¹

والزواج المثلي لا شك أن المرجعية الإسلامية الدينية تمنعه منعاً مطلقاً، بل هو من الأنكحة الفاسدة التي تلحق بالانحراف والزيلة. أما موقف الكنيسة فبناء على قرار مجمع الأساقفة المنعقد في عام 1998، فإن الكنيسة الأسقفية لا تعترف إلا بالزواج الشرعي بين الرجل والمرأة.²

و بالنسبة للتشريعات العربية عموماً والتشريع الجزائري خصوصاً فالزواج المثلي محرم شرعاً وقانوناً، ويعد جريمة يعاقب عليها القانون سواء بالنسبة للجزائريين أو الأجانب الراغبين في إبرام مثل هذا الزواج على الأراضي الجزائرية، فلو أراد شاذين أحدهما فرنسي والثاني جزائري مقيمين بالجزائر إبرام زواجهما داخل الإقليم الجزائري أمام المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الأجنبي، ورفضت هذه الأخيرة بالرغم من حصول الطرف الأجنبي على وثيقة القدرة على الزواج من طرف ممثلية الدبلوماسية والقنصلية لدولته، ورفع الأمر للقاضي الجزائري للمطالبة بتثبيت الزواج عن طريق القضاء، فسيقوم هذا الأخير بإعمال الدفع بالنظام العام كون هذا الزواج مخالفاً للنظام العام ويعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، بالرغم من أن ضابط الإسناد يشير إلى تطبيق القانون الفرنسي - فرضا- الذي يجيز مثل هذه الزيجات طبقاً للمادة 143 من قانونه المدني السالفة الذكر.

غير أن الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جريمة الزواج المثلي غير أنه نص على جريمة الشذوذ الجنسي³ من خلال المادة 338 من قانون العقوبات⁴ وأقر الحبس وغرامة مالية لكل من يرتكب أفعال الشذوذ الجنسي مع شخص من نفس جنسه، إضافة إلى ذلك، فقد تشدد

¹ - REITZER Camille, Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance: l'exemple de la circulation du statut de couple, Thèse de doctorat en droit, université paris 2, panthéon Assas, 2019, p241.

² - محمد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة نفسية وأخلاقية، ط1، مؤسسة البلاغ للطباعة، لبنان، 2010، ص 46.

³ - تجدر الإشارة أن العلاقة بين مصطلح الزواج المثلي ومصطلح الشذوذ الجنسي العموم والخصوص المطلق، فالشذوذ أعم مطلقاً، والزواج المثلي أخص مطلقاً، فكل زواج مثلي شذوذ لا العكس، والعلاقة مع المثلية الجنسية علاقة مماثلة أنظر: إبراهيم بن تيجان جكيبي، المرجع السابق.

⁴ - حيث جاء فيها ما يلي: " كل من ارتكب فعلاً من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20000 إلى 100000 د ج".

المشروع في عقوبة هذا الفعل المخل بالحياة إذا كان علنياً في المادة 333 من قانون العقوبات¹ فتصير السجن من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ومعها غرامة مالية من 20000 إلى 100000 دج.

وتعاقب أغلب القوانين العربية² على فعل الشذوذ الجنسي منها المشروع المصري حيث نص في المادة 296 من قانون العقوبات³ إلى أنه يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات، كل من قاد أو حرض أو أغرى بأي وسيلة ذكراً لارتكاب فعل اللواط أو الفجور.

وهو ما سار عليه التشريع التونسي حيث قضي في المادة 230 من المجلة الجزائرية التونسية⁴ (المعدلة وفقاً للقانون عدد 46 لسنة 2005 المؤرخ في 6 جوان 2005) بالسجن لمدة تصل إلى ثلاث سنوات بسبب أعمال "اللواط".

لكن تبقى هذه النصوص قاصرة، ولا تؤدي الحماية الكافية للأسرة خاصة في ظل التأثيرات الخارجية التي تتعرض لها الدول الإسلامية، فلا يمكننا إنكار تفشي خطر المثلية الجنسية الذي أصبح ظاهرة خاصة في المجتمعات العربية الإسلامية نتيجة الانفتاح على العالم والأفلام الإباحية واستيراد ثقافات دخيلة على مجتمعنا الإسلامي وديننا الحنيف وقيمنا المثلى.

إن لا بد من الوصول إلى حلول ناجعة وفعالة لاستئصال الورم الذي ينخر استقرار الأسرة، ويمكن الحل في وضع ترسانة قانونية توضح معالم هذا الزواج المثلي المستحدث وتفرض عليه أقصى العقوبات كما فعل قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي في المادة 354 بسن عقوبة الإعدام لممارسة

¹ - حيث جاء فيها: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار جزائري كل من ارتكب فعلاً علنياً مخلاً بالحياة وإذا كان الفعل العلني المخل بالحياة من أفعال الشذوذ الجنسي ارتكب ضد شخص من نفس الجنس تكون العقوبة بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج".

² - الفصل 489 من مجموعة القانون الجنائي المغربي، م 148 من القانون الجنائي السوداني، المادتين 407 و408 من قانون العقوبات الليبي، المادة 520 من قانون العقوبات السوري، المادة 354 من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، م 193 ق العقوبات الكويتي، الفقرة رقم 543 من قانون العقوبات اللبناني...

³ - حيث جاء فيها: " يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات، كل من: ... قاد أو حرض أو أغرى بأي وسيلة ذكراً لارتكاب فعل اللواط أو الفجور - حرض أو أغرى بأي وسيلة ذكراً أو أنثى لإتيان أفعال منافية للأداب أو غير مشروعة".

⁴ - حيث جاء فيها: "اللواط أو المساحقة إذا لم يكن داخلًا في أي صورة من الصور المقررة بالفصول المتقدمة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاثة أعوام".

الشذوذ الجنسي¹ حفاظا على قيم المجتمع من الضياع والأسرة من الانفلات والتشتت، بالإضافة إلى تجسيد التربية الجنسية الصحيحة للوقاية².

3- إشكال اختلاف الدين في الزواج المختلط وعلاقته بالنظام العام:

ذكرنا آنفا أن ثمة موانع زواج مؤبدة تشمل القرابة والرضاع والمصاهرة (المواد من 23 إلى 29 من قانون الأسرة الجزائري)، وموانع مؤقتة تشمل المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة المطلقة بالثلاث، والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا. ويحرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع. ولا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم.

ونظرا لكون موانع الزواج الأخرى شبه متشابهة في التشريعات الوضعية، نركز في هذا الشأن على زواج المسلمة بغير مسلم أي الزواج المختلط الذي يتم مع اختلاف الدين بين جزائرية مسلمة وأجنبي من ديانة أخرى غالبا ما تكون المسيحية؛ نظرا لاستفحال هذه الظاهرة في المجتمع الجزائري في الآونة الأخيرة. وقد حرمت الشريعة الإسلامية زواج المرأة المسلمة بغير المسلم³ لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَالْأُمَّةَ مُؤْمِنَةً حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾⁴.

ويحرم كذلك على المرأة المسيحية عند المسيح أن تتزوج غير مسيحي، بدعوى أن هؤلاء يتدخلون في تربية الأولاد ويمنعون تنشئتهم تنشئة مسيحية، وكذلك بالنسبة إلى اختلاف المذهب؛ فلا يجوز الزواج إلا داخل الطائفة الواحدة باستثناء الكاثوليك، فإنهم يجيزونه، وهو مكروه عندهم⁵. وهذا ما دفع باللبنانيين والمصريين إبرام عقود زواجهم في الخارج. خاصة المرأة التي تأثرت بالمجتمع الغربي الذي يدعو إلى المساواة بين الرجل والمرأة ويعتقد بأن الزواج المختلط الديني علامة تحرر للمرأة، وقد لوحظ عدة حالات ملموسة في الغرب عندما تتزوج مسلمة من مسيحي في الخارج، فإن عائلتها تمارس عليها كل أنواع الضغوط يمكن أن تصل إلى حد الاختطاف⁶.

¹ - حيث جاء فيها: "... يعاقب بالإعدام كل شخص استخدم الإكراه في واقعة أنثى أو اللواط مع ذكر...".

² - مفيدة ميدون، أثر الزواج المثلي على الاستقرار الأسري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 4، العدد 4، ديسمبر 2019، ص 26.

³ - Wassila Ltaief, Conventions internationales: mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord, ERES (Revue internationale des sciences sociales), n° 184, 2005, P 379-380.

⁴ - سورة البقرة، الآية 221.

⁵ - صالح محمد محي الدين الكيلاني، المرجع السابق، ص 130

⁶ - Wassila Ltaief, Op.cit, p367

وأما في التشريعات الوضعية ذات المرجعية الإسلامية، فإبرام زواج مسلمة بغير مسلم، يعد من المسائل التي تدخل في مقتضيات النظام العام؛ إذ يعتبر - كما ذكرنا - من موانع الزواج المؤقتة، فطبقاً للمادة 30 من قانون الأسرة الجزائري، لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم، ولم ينص المشرع الجزائري على زواج الرجل بامرأة غير مسلمة في قانون الأسرة، إلا أنه بالرجوع لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، يجوز للرجل الزواج بكتابية (يهودية أو مسيحية) غير أنه لا يجوز له الزواج من كافرة أو ملحدة.¹

وهذا ما سارت عليه أغلب التشريعات العربية باستثناء المشرع التونسي الذي أحدث جدلاً واسعاً بإلغائه القرار الوزاري الصادر في 1973² الذي كان يمنع زواج التونسية المسلمة من غير مسلم³، بالإضافة لعدم إدراجه لمنع زواج المسلمة بغير المسلم ضمن الموانع المؤقتة للزواج في الفصل 14

¹ - الإلحاد في اللغة هو الميل قال ابن فارس في معجمه، وألحد الرجل؛ أي مال عن طريق الصواب والإيمان، إلى الباطل والكفر. أنظر: أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، ط1، دار الفكر، سوريا، 2007، ص2231. و هو كل من كذب وأنكر ما جاء به الله أو جاء به نبيه صلى الله عليه وسلم فهو ملحد. أنظر: صالح بن إبراهيم البليهي، عقيدة المسلمين والرد على الملحدين والمبتدعين، ط2، المطابع الأهلية، الرياض، 1993، ص89، 90. والإلحاد ثابت بنص القرآن الكريم كما يقول ابن تيمية أن الآيات دالة عليه من قوله " فذروا الذين يلحدون في أسمائه" من سورة الأعراف الآية 180، وقوله إن الذين يلحدون في آياتنا لا يخفون علينا" فصلت الآية 40، ومنه الإلحاد في الأسماء وهو الميل عما يجب الاعتقاد به في ذات الله. أنظر: محمد بن عثيمين، شرح العقيدة الواسطية لشيخ الإسلام بن تيمية، المجلد1، ط6، دار بن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 2000، ص119.

² - ألغت الجمهورية التونسية القرار الوزاري الصادر في 1973 الذي يمنع زواج التونسية المسلمة من غير مسلم بطلب الرئيس الراحل الباجي قائد السبسي في أواخر 2017، من الحكومة سحب هذا القرار، وكان القانون التونسي قبل إلغاء هذا القرار ينص على أن الاعتراف بزواج تونسية بغير مسلم، يتطلب تقديم شهادة من مفتي الديار التونسية تثبت اعتناق الزوج الدين الإسلامي، وأغلبية طالبي اعتناق الإسلام في تونس آنذاك ينحدرون من أصول أوروبية، وخصوصاً فرنسا وإيطاليا وألمانيا وبلجيكا وسويسرا. غير أن اعتناقهم للإسلام كان شكليا فقط من أجل إبرام زواجهم. أنظر الموقع:

<https://www.independentarabia.com/node/134536/%D8%B3%D9%8A%D8%A7%D8%B3%D8%A9%D8%AA%D9%82%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%B1%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%A9-%D9%85%D9%86-%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D9%82%D8%A8%D9%88%D9%84-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D9%88%D8%B1%D9%81%D8%B6-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%8A%D9%86>

تاريخ الإطلاع: 2019/09/09. سا: 4: 00.

³ - Lotfi Chedly, Le mariage de la musulmane avec le non musulman entre l'universalisme des textes et le conservatisme de la jurisprudence et de la pratique administrative, Revue marocaine d'études internationales, Numéro spéciale, octobre 2003, p 139

من مجلة الأحوال الشخصية.¹

فإذا نشأت أمام القاضي التونسي دعوى إثبات صحة زواج عرفي لتونسي مسيحي من جزائرية مسلمة؛ فسيعدده صحيحا طبقا للقانون التونسي الذي يبيح زواج المسلمة بغير المسلم. لهذا السبب، وجدت كثير من الجزائريات ضالتهن في إبرام عقود زواجهن في تونس.

وسار على نفس النهج، المشرع الفرنسي؛ فلم يدرج هذا المانع في قانونه المدني واقتصرت مواع الزواج عنده على حظر الزواج بين جميع الأصول والفروع والأصهار (م 160 ق م ف²)، غير أنه أضاف في المادة 164 أنه يمكن لرئيس الجمهورية أن يرفع المنع بسبب المصاهرة إذا كان السبب في هذا الزواج قد توفي³، كذلك يحرم الزواج بين الأخ والأخت (م 162 ق م ف⁴). كما يحرم الزواج بين العم وابنة الأخ أو ابن الأخ، وبين الخالة وابن الأخ أو ابنة الأخ (م 163 ق م ف⁵).

وبالرجوع إلى زواج الجزائرية المسلمة بالأجنبي المسيحي، وبما أنها من الموانع المؤقتة للزواج، فإنه بمجرد اعتناق الزوج للدين الإسلامي، يحل للمرأة الزواج به. ولن يكون هناك داع لتدخل النظام العام بمجرد تقديم شهادة اعتناق الدين الإسلامي. وتجدر الإشارة كذلك أنه لا يمكن إنكار أن زواج الجزائرية المسلمة بمسيحي بالخارج يحدث آثاره بالجزائر.

البند الثاني:

استبعاد القانون المختص بسبب الغش نحو القانون

أشرنا فيما سبق أن الدفع بالغش نحو القانون، هو وسيلة من وسائل استبعاد القانون

¹ - حيث جاء فيها ما يلي: " موانع الزواج قسمان: مؤبدة ومؤقتة. فالمؤبدة: القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطليق ثلاثا. والمؤقتة: تعلق حق الغير بزواج أو بعده. "

² Art 161 (Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 17 () JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006): "En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ».

³ Voir art 164 (LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1): « Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées: 1° Par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ».

⁴ Art 162 (LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1): « En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre frères et entre sœurs ».

⁵ Art 163 (LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1): « Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce ».

الأجنبي الواجب التطبيق إذا ثبت له الاختصاص بواسطة التحايل على القانون¹، فيستبدله القاضي بقانونه الوطني، وعليه سنتناول مضمون الغش نحو القانون (أولاً)، ثم موقف المشرع والتشريعات المقارنة منه (ثانياً).

أولاً- مضمون فكرة الغش نحو القانون:

تعدّ مسائل الأحوال الشخصية حقلاً خصباً لقيام حالة الدّفع بالغش نحو القانون، باعتبار أنّ أغلب ضوابط الإسناد فيها، قابلة للتغيير بإرادة الأفراد، فقد يلجأ هؤلاء إلى الغش أو التحايل على القانون بتغيير ضابط الإسناد قصد نقل الاختصاص من قانون إلى قانون آخر يحقق لهم مصلحة أكثر.² وعليه نتساءل، ما الغرض من مسألة الغش نحو القانون؟ وما هي شروط إعماله؟ وما الجزاء المترتب عليه؟

1- تعريف الغش نحو القانون:

وردت عدة تعاريف فقهية في شأن الغش نحو القانون نذكر منها:

- "هو قيام الفرد بإرادته تغيير ظرف الإسناد قصد تطبيق قانون هو غير القانون المختص أصلاً بحكم النزاع، كأن يقوم الفرد بتغيير جنسيته قصد التهرب من قيود قانون الدولة صاحبة الجنسية الأولى ومستفيداً من المزايا التي يقرها قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته الجديدة".³

¹- تشير أن هناك اعتقاد فقهي سائد، مفاده أنّ قاعدة إعمال الدفع بالغش نحو القانون، تعتبر صورة خاصة من نظرية الدفع بالنظام العام نتيجة التقارب في وظيفة كل منهما واتحادهما في الغاية، وهي استبعاد القانون الأجنبي المختص، إلا أنّه رغم هذا التشابه الحاصل، فإنّ مجال الاختلاف بينهما واضح، ذلك أنّ الأساس الذي بموجبه تمّ استبعاد القانون الأجنبي في الدّفع بالغش نحو القانون، يختلف عنه في الدفع بالنظام العام، بالإضافة إلى أنّ هذا الأخير، يكون بسبب تصادم أحكامه مع المبادئ الأساسية لقانون القاضي، بينما الأول يكون بسبب لجوء الأطراف إلى التلاعب بعناصر قاعدة الإسناد، نضيف كذلك، أنّ استعمال قاعدة الدفع بالنظام العام، تنحصر فقط في استبعاد القانون الأجنبي لفائدة قانون القاضي، أما الدفع بالغش نحو القانون، فيجوز التمسك به لصالح القانون الوطني أو الأجنبي، ذلك أن القاعدة جاءت مطلقة دون تقييد. أنظر: دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المدينة، العدد 2، سبتمبر 2017، ص81.

²- كيجل كمال، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، المجلد 9، العدد 2، 2011، ص358.

³- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 19.

- "قصد الشارع من اتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة".¹

- أو هو " الوسائل التي يتخذها شخص ليهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة أو الناهية التي يخضع لها بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي".²

من خلال ما ورد ذكره، يبدو الغش نحو القانون، هو لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد، باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية، مع اقترانه بسوء النية، لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع عبارة النص ومناقض للغرض الحقيقي له، بغية تلبية رغبات شخصية في إطار القانون المراد الخضوع لأحكامه؛ بحيث لا يمكن تحقيقها في إطار القانون الأصلي الواجب التطبيق لو لم يقع ذلك التحايل، فالطرف الذي يلجأ للغش نحو القانون، ينطلق من استعمال وسيلة مشروعة في ذاتها للوصول إلى غاية غير مشروعة وفقاً لروح التشريع وأهدافه.³

فإذا كان قانون جنسية الزوج لا يتيح له الطلاق أو التطلق مثلاً، فقد يعتمد إلى تغيير جنسيته حتى يتوصل إلى قانون يسمح له بالطلاق، وهذا الأمر لا يختلف في الدول التي تتخذ من الموطن ضابطاً للإسناد في المسائل المتعلقة بالأشخاص، بل وإن حالات الغش تتزايد في هذا الفرض لأنّ تغيير الموطن، يكون أسهل من تغيير الجنسية، وهذا ما جعل بعض القوانين تفضل ضابط الجنسية على ضابط الموطن بالنسبة لإسناد المسائل المتعلقة بالأشخاص.⁴

ونذكر على سبيل المثال، تغيير شخص تونسي لجنسيته واستبدالها بالجنسية الجزائرية مثلاً لأجل التعدد الذي يعد مباحاً في القانون الجزائري وممنوعاً في القانون التونسي، أو تغيير جزائرية مسلمة جنسيتها إلى الجنسية التونسية لأجل إبرام عقد زواجها مع شخص مسيحي، حينها تلجأ إلى التحايل على القانون بتغيير ضابط الإسناد الذي يمنعها من إبرام هذا الزواج. وهنا يلجأ القاضي

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية (تنازع القوانين)، ج1، دط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 261.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 159.

³ - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 525.

لإعمال ما يسمى في القانون الدولي الخاص بالدفع بالغش نحو القانون¹ وذلك باستبعاد القانون الواجب التطبيق.

لم يورد المشرع الجزائري والقضاء أي تعريف للغش نحو القانون في مجال قواعد التنازع، بل اكتفى بالنص عليه في المادة 24 ق م ج. (التي سنخصّها بالتّحليل لاحقاً).

2- شروط الدفع بالغش نحو القانون:

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، شرطان أساسيان² هما:
- الرّكن المادّي للغش³: وهو التغيير الإرادي لضابط الإسناد⁴، كأن يقوم الأطراف باصطناع

¹ نشأت نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي من خلال القضية المشهورة "princesse de bauffremont" حيث كانت أول قضية تطبق فيها نظرية الغش نحو القانون، ثم تعاقبت عدة أحكام قضائية في فرنسا لمحاربة تحايل الأفراد على قواعد الإسناد الفرنسية للهروب من أحكام القانون المختص بحكم النزاع باستنادها على الدفع بالغش نحو القانون. للإطلاع على تفاصيل القضية أنظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 188-189. دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 142. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 160.

Voir aussi: Cour de cassation (Ch. civ.) — 18 mars 1878 (S. 1878. 1. 193) voir le site: <https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-chambre-civile-2> consulter le 25/04/2019./

² تجدر الإشارة أنّ هذين الشرطين، متفق عليهما فقها، غير أن هناك شروط أخرى مختلف عليها تتمثل في:

- حصول الغش نحو قانون القاضي: وهو أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي، حيث نادى به فقهاء القانون القديم وعمل به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، غير أنه بعد سنة 1961 بدأ القضاء الفرنسي يقبل التمسك بالغش نحو القانون الأجنبي. أما التشريع الجزائري، فلم يبين وجهة نظره من هذا الشرط، ونص على إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامّة، دون أن يربط جوازه لصالح القانون الجزائري فقط، بل يشمل مصطلح "نحو القانون" في لغة تفسير النصوص القانونية: "كل القوانين" سواء تعلّق الأمر بقانونه، أو بقانون أجنبي. وعليه استقر الفقه والقضاء الحديثين على هذا الحكم.

- أن يكون الغشّ موجها نحو قاعدة أمرّة: والذي يقتصر على حالات التهرب من القواعد الأمرّة دون القواعد المكملّة، لأنّ هذه الأخيرة، تجيز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي لا يتصور التهرب منها، ونشير إلى أن المشرّع الجزائري، لا يعترف بهذا الشرط، ويجيز استعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون مطلقا. والدليل على ذلك القاعدة القانونية الواردة في نص المادة 1/18 وهي قاعدة مكملّة وليست أمرّة بإجازتها للأفراد الاتفاق على مخالفتها ما لم يقترن ذلك بغش من طرفهم. أنظر: دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 80. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 192 وما يليها.

³ اعتبر هذا الشرط ماديا لأنه يقوم على إجراء ظاهر، سواء كان التغيير يقوم على اعتبار مادي مثل موقع المال المنقول ومحل إبرام العقد، أو يقوم على إجراء قانوني كالجنسية. أنظر: كيجل كمال، المرجع السابق، ص 368.

⁴ تجدر الإشارة إلى أن الغش نحو القانون لا يتحقق ولا يمكن الدفع به إذا تم خارج إرادة الشخص، كأن تتغير جنسية نتيجة الضم الإقليمي أو الانفصال الإقليمي، أو تغيير موطنه نتيجة طرده من الإقليم. أنظر: كيجل كمال، نفس المرجع، ص 369.

العنصر الأجنبي في علاقاتهم القانونية لتجنب الخضوع لقانون القاضي الوطني، مع أنها في الأصل علاقة وطنية محضة أو قيامه بعكس ذلك، من خلال تغيير العنصر الأجنبي بعناصر وطنية، لتتحول إلى علاقة وطنية يحكمها القانون الوطني وليس الأجنبي، فيقع الغش في كلتا الحالتين¹.

ويتحقق هذا الشرط فقط بالنسبة لضوابط الإسناد التي يمكن تغييرها بإرادة الأفراد وهي:

- الجنسية: حيث يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية عند أغلب تشريعات العالم، وباعتبار كل شخص يستطيع تغيير جنسيته فيتغير تبعاً لذلك قانونه الشخصي².
- ضابط الموطن والذي يعتبر تغييره أيسر من الجنسية، ويتحدد بناءً عليه القانون الشخصي بصفة أصلية في بعض الدول، أو احتياطياً في حالة انعدام الجنسية.

- تغيير موقع المال المنقول فيتغير معه القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال العينية، كما قد يغير القانون المحلي بالانتقال إلى دولة لإبرام تصرف فيها، فقط للإفلات من قانون معين والخضوع لقانون يحقق لهما مصالح خاصة.

- أما بشأن موضوع العقد يرى الأستاذ باتيفول بأن تطبيق فكرة الغش نحو القانون يضيق من مجال سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي، كما أن نية الغش صعبة الإثبات داخل المجال الذي تعمل فيه الإرادة. غير أن ذلك لا يمنع من أن ينصب الاختيار على قانون يحقق مصلحتهما³.

و نشير أن التحايل غير ممكن التصور فيما يتعلق بضابط موقع العقار ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع.

-الركن المعنوي للغش: ويُصطلح عليه أيضاً بتوافر نية الغش نحو القانون، ويُقصد به نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به مُرتكب الغش سليماً لا سبيل لإبطاله. غير أن بعض فقهاء القانون رأوا بعدم

¹ - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 78.

² - يعد الدين كذلك من الضوابط القابلة للتغيير الذي يتغير معه القانون الواجب التطبيق في الدول التي تخضع مسائل الأحوال الشخصية للدين. مثل تغيير الفرنسي لديانته لإبرام زواجه من جزائرية، غير أن بعض المحاكم اللبنانية والمصرية لا ترى غشا في اعتناق الدين الإسلامي أو تغيير الطائفة أو المذهب، ولو بنية التهرب من أحكام ديانة الفرد السابقة، بعكس القضاء العراقي الذي يعده غشا تجب محاربتة. أنظر: دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 144.

³ - كيجل كمال، المرجع السابق، ص 367-368.

وجوب التقيد بشرط وجود النية¹، واعتبار الغش قد وقع بمجرد إجراء عملية تغيير ضابط الإسناد المقترن بملاسات وظروف خارجية. إلا أن المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء، وما استقر عليه القضاء الحديث، هو الأخذ بهذا الشرط، بحيث يُستخلص الباعث أو الدافع إلى الغش من طرف قضاة الموضوع²، ومثال ذلك قيام مواطنين سياح في دولة أجنبية خلال فترة إقامتهما بها بإبرام عقد هبة بينهما في إقليم هذه الدولة الأجنبية، دون أن يكون هناك سبب واضح لإجراء الهبة في هذه الدولة بالذات، فيمكن في هذه الحالة استخلاص عملية الغش نحو قانونهم الوطني، لسعيهم من أجل عدم خضوعهم له، والرغبة في الخضوع لأحكام عقد الهبة المقررة في القانون الأجنبي.³

3- الأثر المترتب عن إعمال الدفع الغش نحو القانون:

أشرنا آنفاً أن التحايل على القانون من طرف الأفراد يكون لتحقيق غاية معينة، وسيلتها تغيير ضابط الإسناد، كتغيير جزائرية مسلمة لموطنها من أجل الزواج بشخص مسيحي في بلاد تأخذ بضابط الموطن في الزواج، أو تغيير الجنسية من أجل الطلاق في البلدان التي تقبل تشريعاتها الطلاق، وعليه هل يشمل جزاء الغش نحو القانون الوسيلة والغاية، أم أنه يشمل الغاية دون الوسيلة؟ تعددت الآراء الفقهية بهذا الشأن، فهناك رأي فقهي يشير إلى أن الغش نحو القانون يجب أن يقتصر على النتيجة دون الوسيلة المستعملة، وحججهم في ذلك أن العبرة في التصرف بمقصده وغايته ولا داعي للمبالغة في الجزاء، وبالتالي حرمان مرتكبه من النتيجة غير المشروعة.

غير أن الفقه الغالب في فرنسا يقر بأن الجزاء يشمل الغاية والوسيلة معاً، واستدلوا في ذلك بقضية الأميرة "princesse de bauffremont" التي أشرنا إليها سابقاً، ذلك لسهولة إعمال الدفع بالغش نحو القانون، ومن جهة أخرى عدم مضاعفة الجزاء ليشمل آثاراً أخرى لم يكن الشخص المرتكب للغش نية التهرب منها.

¹ - وحجتهم في ذلك أن الغاية من هذا التغيير هو من الأمور الباطنية التي يصعب على القاضي الكشف عنها. أنظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 191.

² - إذا ثبت للقضاة أن الوسيلة التي لجأ إليها الشخص لتغيير ضابط الإسناد غير مشروعة كالغش نحو أحكام قانون الجنسية أو كان التغيير سوريا فلا يمكن التمسك بالغش نحو القانون لوجود جزاء خاص بالوسيلة غير المشروعة أو بالتمسك بأحكام السورية. انظر كيجل كمال، المرجع السابق، ص 369.

³ - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 78-79.

وهو الرأي الذي تبناه الدكتور أعراب بلقاسم، مع إشارته أن شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا لا يكون إلا بالنسبة للتصرفات القانونية لأنه لا يمكن الفصل فيها بين الغاية والوسيلة.¹

ثانيا: موقف المشرع والتشريعات المقارنة من مسألة الدفع بالغش نحو القانون

لم ترد فكرة الغش نحو القانون في التشريع الجزائري إلا بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، حيث جاء في المادة 1/24 ق م ج أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة... إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون" ومنه يظهر بشكل جلي إجازة المشرع الجزائري، وبشكل رسمي أعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الذي أشار إليه ضابط الإسناد، دون الحاجة إلى اللجوء لاجتهاد الفقه والقضاء، فإذا قام أحد أطراف العلاقة القانونية-تماشيا مع مصالحه-بتغيير جنسيته، أو موطنه، أو ديانته، أو أن يقوم الوطني باصطناع عنصراً أجنبياً للهروب من أحكام القانون الواجب التطبيق (سواء كان الوطني أو الأجنبي)، يتعين على القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع المشتتم على إحدى الصور المذكورة، عملاً بنص المادة 1/24 ق م ج، وتماشياً مع القاعدة اللاتينية القديمة التي مفادها أن: " الغش يبطل كل شيء" أن يستبعد القانون الأجنبي المقصود من وراء تغيير ضابط الإسناد جزاء لسوء نية أطراف العلاقة القانونية باعتبارها من المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء حديثاً. وسعيها منه لإبطال ما ترتب من نتائج تلاعب أطراف العلاقة، وتحاييلهم على عناصر قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي إخضاعهم للقانون الواجب التطبيق حقيقة.²

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من شروط أعمال الدفع بالغش نحو القانون، لم يتعرض لها ضمن نص المادة 24 ق م، غير أننا يمكننا الاستدلال بنص المادة 23 مكرر 2 التي تشير إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين. واستناداً لهذه المبادئ يشترط لإعمال هذه القاعدة توافر ركن مادي (بتغيير الشخص لضابط الإسناد إرادياً)، وركن معنوي يتمثل في وجود نية الغش كما أوضحنا سابقاً.

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 197-198.

² - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 77.

وكننتيجة فإن أعمال نظرية الغش نحو القانون من طرف القاضي المختص بحكم العلاقة القانونية سيؤدي إلى إبطال الاختصاص القانوني المترتب عن الغش (القانون المتحايل عليه)¹، مع إبقاء اختصاص القانون الواجب التطبيق حقيقة الذي ثبت قبل اللجوء إلى الغش (القانون الوطني أو الأجنبي). وبناء عليه، فإن الغش نحو القانون يعد مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص عن طريق التحايل أو الغش، معنى ذلك يؤدي إلى حرمان الأفراد من النتيجة غير المشروعة التي سعوا للوصول إليها مع بقاء ضابط الإسناد صحيحاً ومنتجا لكامل آثاره الأخرى.² أما موقف التشريعات العربية من مسألة الدفع بالغش نحو القانون فلم تكرر في نصوصها الاعتماد الرسمي له، بالرغم من اعتماد القضاء الحديث عليها.³

الفرع الثاني:

إشكال الإحالة ودورها في استبعاد القانون المختص عند انعقاد الزواج المختلط

بعد انتهاء القاضي من عملية التكييف وتوصله إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في هذه المرحلة يثور إشكال آخر وهو هل يقصد بالقانون الذي أشار إليه ضابط الإسناد قواعد التنازع في هذا القانون أم أحكامه الداخلية دون قواعد الإسناد فيه وهذه المشكلة تعرف باسم مشكلة الإحالة.⁴

و عليه سنتطرق لمضمون فكرة الإحالة (البند الأول) ثم موقف التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة منها (البند الثاني). ثم سنبين دورها في حماية النظام العام عند انعقاد الزواج المختلط (البند الثالث).

البند الأول:

مضمون فكرة الإحالة

تعددت التوجهات الفقهية بشأن تعريف الإحالة، فمنهم من عرفها بأنها تطبيق قواعد الإسناد في

¹ - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 148.

² - كيجل كمال، المرجع السابق، ص 358.

³ - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 84.

⁴ - عيشوية فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 1، العدد 2، 2015، ص 424.

قانون الدولة الأجنبية الذي تحدد اختصاصه بناء على قواعد إسناد قانون القاضي وصولاً إلى تحديد القانون المختص بشكل نهائي.¹

وعرفها آخرون بأنها رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد في قانون القاضي ورده بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى.²

وقد انقسم الفقه فيما يخص الأعمال بالإحالة بين مؤيد ومعارض وذلك على النحو التالي:

أولاً- أنصار الاتجاه المؤيد للإحالة:

يرى أنصار هذا الاتجاه بوجوب أعمال الإحالة ويستندون لتبرير موقفهم إلى الحجج التالية:

-إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنه يجب تطبيقه كاملاً سواء فيما يخص قواعده الداخلية أو قواعد التنازع فيه، إذ القانون الأجنبي كل لا يتجزأ.³

-إذا ما ألزمتنا القانون الأجنبي بحكم علاقة قانونية، رغم أن قواعد الإسناد في هذا القانون تشير إلى تطبيق قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، فإننا بذلك نكون قد ألزمتنا بحكم علاقة لا يريدنا وفي ذلك معنى الاعتداء على سيادة تلك الدولة.

-إن في الإحالة تسهيل من مهمة قاضي النزاع، خاصة إذا كان القانون الواجب التطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً إقليمياً (كما في الولايات المتحدة الأمريكية) أو شخصياً (كما في لبنان).

-إن في الأخذ بالإحالة تيسير لتنفيذ الأحكام القضائية الوطنية في الدول الأجنبية، ذلك أن الحل الذي يعطيه المشرع الوطني للنزاع الدولي يتفق مع ذلك الذي يقضي به القانون الأجنبي، وبالتالي سوف يسهل ذلك من تطبيق الحكم القضائي الوطني الفاصل في النزاع أمام الدولة الأجنبية.⁴

ثانياً- أنصار الاتجاه المعارض للإحالة:

يعارض أنصار هذا الاتجاه أعمال الإحالة ويستندون في موقفهم على الحجج التالية:

¹- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص 16.

²- الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 1، العدد 25، ص 155.

³- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50.

⁴- دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 96.

- قد يؤدي الأخذ بالإحالة إلى المساس بحقوق الأفراد، وذلك بتطبيق عليهم قانون لا يخضعون له.
- عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنما يراد به تطبيق القواعد الموضوعية لا قواعد التنازع، لأن هذه الأخيرة وضعت للعلاقات المشتمة على عنصر أجنبي¹، إذ أن قاعدة الإسناد الوطنية حينما تحدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق تكون قد فصلت في مشكلة تنازع القوانين وليس من المنطق أن نرجع - فيما لو تبيننا الإحالة - لاستشارة قواعد التنازع الأجنبية في مشكلة سبق الفصل فيها، وإلا كان ذلك ائتمارا بقاعدة الإسناد الأجنبية وإهدارا لقاعدة الإسناد الوطنية، وفي نظر بعض الفقهاء أن الأخذ بها يعد مساسا بالسيادة الوطنية.²
- إن الأخذ بالإحالة يؤدي بنا إلى الوقوع في حلقة مفرغة، فقواعد الإسناد الأجنبية قد تحيلنا إلى قانون القاضي (درجة أولى) أو تحيلنا إلى قانون أجنبي آخر (درجة ثانية أو ثالثة أو حتى لا متناهية).
- إن الدول التي أخذت بالإحالة لم يكن ذلك منها قناعة في صلاحيتها بل لأن فيها فرصة لتطبيق القانون الوطني (إحالة مزدوجة أولى) دون القانون الأجنبي.

ثالثا - التوفيق بين الاتجاهين:

هناك جانب آخر من الفقه يتخذ موقفا وسطا، ففي نظرهم يجب عدم إعطاء حل مطلق بالقبول أو بالرفض، بل يجب النظر إلى الوظيفة التي تناط بقاعدة التنازع، فمتى كان في الإحالة تحقيق لغاية المشرع من وضعه قاعدة إسناد معينة أخذنا بالإحالة وإلا فلا. ذلك أن المشرع الوطني وهو يضع قاعدة الإسناد إنما يراعي في القانون الذي يحكم العلاقة أن يكون الأنسب والأقرب إلى توقعات الأفراد حتى لا يفاجئوا بقانون لم يخطر ببالهم، ففي الإحالة من الدرجة الأولى مثلا مكسب للقاضي الوطني الذي سيطبق قانونه، وهو أعلم به من غيره.

ثم إن الأفراد إذا كانوا مرتبطين بدولة القاضي فتطبيق الإحالة من الدرجة الأولى لا يمس بتوقعاتهم (كأن تكون دولة القاضي هي موطنهم أو مكان وجود أموالهم...). أما إذا تبين للقاضي أن في تطبيق قانونه مساس بتوقعاتهم وبغاية قاعدة الإسناد الوطنية (كما هو الحال في مسائل الأحوال الشخصية)، فيحذ تطبيق القواعد الموضوعية واستبعاد الإحالة.³

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 52.

² - الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 152. أنظر كذلك: دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 97-98.

³ - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 98-99.

البند الثاني:

موقف التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة من مسألة الإحالة

نبين من خلال هذا البند، اختلاف مواقف التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري حول مسألة الإحالة بين التي قررت الأخذ بها مطلقا، وبين من أخذت بها بتحفظ، ومن رفضتها نهائيا.

أولا- موقف التشريعات المقارنة من مسألة الإحالة:

تباينت مواقف التشريعات المقارنة من الإحالة¹؛ فثمة من رفضها ونص بوضوح رفضها وعدم الأخذ بها، سواء من الدرجة الأولى أو من الدرجة الثانية²، وثمة تشريعات أجنبية نصت صراحة على الأخذ بها.³

غير أن ما يجب التنبيه إليه أن ظهور الإحالة في القضاء كان قبل ظهورها في القانون؛ فالعديد من المؤلفات تشير إلى أنها ظهرت في القضاء الفرنسي الذي عمل بها أول مرة في القضية الشهيرة « forgo »، تليها قضية « soulié »⁴. إلا أن مؤلفات أخرى تشير إلى أن الإحالة ظهرت قبل ذلك حيث عرفها القضاء الإنجليزي سنة 1841 ثم الألماني سنة 1861.⁵

¹ تجدر الإشارة أن مسألة الإحالة تثار بصدد التنازع السليبي عندما يتخلى كل من القانونين عن اختصاصه بحكم المسألة، كأن يقوم إنجليزي مقيم بفرنسا بتصرف متعلق بأهليته وتعرض المسألة على القاضي الفرنسي فيقوم بإخضاعها للقانون الإنجليزي، في حين، يقضي هذا الأخير بإخضاعها لقانون الموطن، وهو القانون الفرنسي؛ أي تخلي كلا القانونين عن اختصاصه للآخر لحكم العلاقة. أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 46.

² مثال ذلك: القانون السويسري لسنة 1978 والقانون الهولندي والقانون اليوناني وقانون الدول الإسكندنافية وقانون مقاطعة كيبيك لسنة 1991 وقانون ولاية لويزيانا الأمريكي لسنة 1991... الخ

³ مثال ذلك: القانون التشيكي لسنة 1963 م 35، والقانون النمساوي لسنة 1978 م 54، والقانون البرتغالي لسنة 1982 م 17-19، والقانون التركي لسنة 1982 م 2، والقانون الألماني لسنة 1986 م 4، والقانون الإنجليزي والبلجيكي، القانون البولندي لسنة 1965 م 4... الخ

⁴ ظهرت مسألة الإحالة بتاريخ 24 جوان 1878 بصدد فصل محكمة النقض الفرنسية في القضية الشهيرة forgo بقرار قبولها إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي دون أن تصرح بأنها إحالة، ثم توالت أحكام القضاء الفرنسي على هذا النحو آخذة بالإحالة، وقضت محكمة النقض في 1910 بقبول الإحالة في قضية soulié واستمرت في هذا الاتجاه حتى الآن. للاطلاع على وقائع القضيتين أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 17-18. دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 85-86.

⁵ الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 150.

بالرغم من سكوت المشرع الفرنسي عن تنظيم الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، إلا أن القضاء استقر على الإحالة، واستجاب للاتجاهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص والتي أكدت وجوب تحويل القاضي سلطة قبول الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص الدولي تماشياً مع اعتبارات الملائمة والتعاون الدولي.¹

أما بالنسبة للقوانين العربية، نجد معظمها قد نصت صراحة على رفض الإحالة؛ منها التشريع المصري من خلال المادة 27 في قانونه المدني التي نصت على: " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، ومنه يرفض المشرع المصري كلياً الأخذ بالإحالة، ونشير أن نص المادة 27 من القانون المصري هو النص نفسه الذي نقلته القوانين العربية الأخرى.²

و الجدير بالملاحظة هنا أن المشرع الجزائري لم يحذو التشريع المصري هذه المرة وخالفه في الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، (وهو ما سنبينه من خلال تحليلنا لموقف المشرع الجزائري من مسألة الإحالة).

ثانياً - موقف المشرع الجزائري من مسألة الإحالة الدولية

كان موقف المشرع الجزائري من موضوع الإحالة غامضاً، ثم بدأ يظهر بشكل جلي بعد تعديل القانون المدني بمقتضى القانون رقم 10-05، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني³ على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان... يفهم من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري عبر صراحة عن رفضه الإحالة، فقد أشرنا آنفاً أن القاضي بتطبيقه القواعد الداخلية للقانون الأجنبي المختص دون قواعد الإسناد على الواقعة محل النزاع، معناه أنه يرفض الإحالة.

¹ - هشام صادق، دروس في القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، دط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 60-61.

² - مثال ذلك: المادة 23 مكرر 1 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري، المادة 31 من القانون المدني العراقي، المادة 29 من القانون المدني السوري، المادة 27 من القانون المدني الليبي، المادة 22 من القانون المدني الأردني، المادة 72 من القانون المدني الكويتي.

³ - تقابلها في القوانين العربية التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى فقط: المادة 26 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وفي القوانين الغربية: المادة 11 من القانون الإسباني لسنة 1974، المادة 4 من القانون المجري لسنة 1979.

غير أنّ المشرع الجزائري أضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة ما يلي: "غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي". من خلال نصّ الفقرة الثانية نستنتج أن المشرع الجزائري أقرّ الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

وبتحليلنا واستقرائنا للفقرتين معاً، نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى موقفاً متناقضاً في مسألة الإحالة¹، فمن جهة أقرّ رفضه للإحالة صراحة في الفقرة الأولى من خلال تبني الأحكام الداخلية فقط من القانون الواجب التطبيق دون قواعد الإسناد فيه (فقرة 1)، ومن جهة أخرى أخذ بالإحالة حيث وجه الاختصاص للقانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي المختص، بمعنى أن يستشير القاضي قواعد التنازع فيه (الفقرة 2)، وهو ما يعتبر من قبيل الإحالة من الدرجة الأولى² وفقاً للمادة 23 مكرر 2³، وعليه فإنّ المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط أي عندما تحيل قواعد تنازع القانون الأجنبي على القانون الجزائري، بينما رفض الإحالة من الدرجة الثانية.

وحتماً هذا التناقض يؤدي إلى نتائج غير منطقية وغير عادلة ويتسبب في عرقلة مصالح الأفراد من جهة وتعطيل قاعدة الإسناد الوطنية من جهة أخرى كونها ذات بعد دولي، بالإضافة إلى أنه من الناحية العملية لا يمكن للقاضي التوصل إلى حل النزاع المعروض بوجود قاعدتين، وبالتالي كان على

¹ - نضيف في هذا الشأن حسب رأينا أنه حتى وإن أردنا تبني موقفاً إيجابياً من المشرع الجزائري واعتبرنا أن نص المادة 23 مكرر 1 بفقرتيه الأولى والثانية لا يحتوي على تناقض وأن المشرع يقصد به مجرد قاعدة واستثناء، أي رفض الإحالة يعد القاعدة، وتطبيقها هو الاستثناء عن القاعدة، فتحليلنا سيكون بعيداً كل البعد عن الصواب كون المسألة تحتوي على تناقض واضح وجلي، وللتوضيح أكثر على سبيل المثال إذا صادف القاضي الجزائري إشكال الإحالة في قضية معروضة أمامه، هل يلتزم بتطبيق مقتضيات الفقرة الأولى ويرفض الإحالة وبالتالي يخالف قاعدة أمره وهي نص الفقرة الثانية، أو يلتزم بالفقرة الثانية وبالتالي يطبق الإحالة الدولية على النزاع ويخالف قاعدة أمره وهي الفقرة الأولى؟.

² - قد تكون الإحالة التي يقضي بها القانون الأجنبي مقررة لقانون القاضي أو لقانون أجنبي آخر، ومن هنا جاء تفريق الفقه بين نوعين من الإحالة: وهما إحالة من الدرجة الأولى وهي الإحالة لقانون القاضي، أو ما يسمى "بالإحالة الحقيقية" أو "الرجوع"، وإحالة من الدرجة الثانية وتسمى بالإحالة المطلقة. أنظر بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، المجلد 45، العدد 2، 2008، ص 350.

³ - حيث جاء فيها: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

المشرع الجزائري أن يكتفي بالنص على الأخذ بالإحالة مباشرة أي الاقتصار على قاعدة واحدة¹، وبالتالي إدراج الفقرة الثانية فقط وحذف الأولى من المادة 23 مكرر 1.

استكمالا لتحليل نص المادة 23 مكرر 1 من زاوية أخرى، فإن دور القاضي الجزائري يكمن عند تطبيقه لنص المادة ما يلي:

إذا أشارت قاعدة الإسناد في القانون الجزائري إلى تطبيق القانون الأجنبي، يتعين على القاضي الرجوع أولا إلى قراءة قواعد الإسناد في هذا القانون، فإذا أشارت إلى تطبيق قانون دولة ثالثة؛ أي عدم قبول لا القواعد الموضوعية في قانونها ولا اختصاص القانون الجزائري للفصل في النزاع، يلتزم القاضي الجزائري بالفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية لهذا القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ويعبر ذلك عن رفض المشرع الجزائري الإحالة من الدرجة الثانية وهو مضمون الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1.

أما إذا أشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى تطبيق القانون الجزائري يلتزم القاضي الجزائري بالفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية لقانونه الوطني استجابة لحكم قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، ويعبر ذلك عن قبول المشرع الجزائري الإحالة من الدرجة الأولى وفق مضمون الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.² مثال ذلك لو عرض نزاع أمام القاضي الجزائري لشخص إسباني مقيم بالجزائر بشأن طلاق مثلا وأشار ضابط الإسناد إلى تطبيق قانون جنسيته وهو القانون الإسباني، بينما أقر القانون الإسباني بخضوع هذا التصرف لقانون الموطن وهو القانون الجزائري، وبالتالي يطبق القاضي قانونه الوطني عملا بقاعدة الإحالة من الدرجة الأولى. أما إذا أشار القانون الإسباني إلى عقد الاختصاص إلى قانون ثالث، القانون الفرنسي مثلا، فهنا نكون أمام إحالة من الدرجة الثانية التي يرفض المشرع الجزائري الأخذ بها وبالتالي يستبدلها بقانونه الوطني. ويبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى تأثرا بالقضاء الفرنسي واستجابة للاتجاه الفقهي المؤيد لمسألة الإحالة، والتبريرات التي يستند إليها إضافة لما سبق ذكره وزيادة على الحجج السابقة نذكر:

¹ - عيشوية فاطمة، المرجع السابق، ص 442. أنظر كذلك: الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص 155.

² - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 56.

- قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي قد يحقق حماية المصالح الوطنية في بعض الفروض، ويتحقق ذلك على سبيل المثال عندما يتعلق الأمر مثلا بوفاة أجنبي في دولة القاضي، ولم يترك وارثا له، فإذا أسند القاضي الوطني بموجب قواعد التنازع في دولته إلى القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم النزاع، وأحال القانون الأجنبي الاختصاص إلى القانون الجزائري، فقبل هذا الأخير الإحالة من القانون الأجنبي، فإن هذا المال يؤول إلى خزينة الدولة الجزائرية في هذا الفرض، مادام المشرع الجزائري قد ساير هذا الاتجاه الذي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

- إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وفق هذا الاتجاه سوف لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد، بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقا لأهدافها، فلاشك أن تطبيق القاضي لقانونه سيكون مقبولا من النظام القانوني في دولته؛ لأنه سيؤدي إلى استقرار المعاملات داخل إقليم دولة القاضي، وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة، أم ذات طابع دولي، ولن يكون في هذا التطبيق أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة، نظرا لأن هذا التطبيق قد تم بناء على الإحالة الصادرة من النظام القانوني الأجنبي ذاته، فتطبيق القاضي لقانونه إنما كان نتيجة للأخذ بما تقضي به قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي.

- إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يعنى إعمال السيادة الإقليمية لقانون القاضي، وهو إعمال ترتب على رفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي يقره له قانون القاضي.

وحسب رأي الدكتور بلمامي عمر، فإن المشرع الجزائري من جهة قد وفق إلى حد ما عندما اقتصر على تبنيه الإحالة من الدرجة الأولى، أي الإحالة من القانون الأجنبي دون الخوض في منطق الإحالة، لأن الأخذ بمنطق الإحالة إلى القانون الأجنبي قد يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة أو الإحالة المتلاحقة بالإضافة إلى صعوبات أخرى.¹

ومهما كانت صورة الإحالة، فإنه يتعين مراعاة استثناء بعض المسائل من مجال الإحالة²،

¹ - بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 354-355.

² - تجدر الإشارة أن الإحالة تستبعد في الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا كانت قواعد الإسناد في الدولة الأجنبية ودولة قاضي متشابهة، من ذلك أن يثار نزاع بشأن أهلية أردني أمام القضاء الجزائري، إذ فيهما نطبق قانون الجنسية ولا إشكال يطرح.

الحالة الثانية: في مجال الشروط الموضوعية للعقود الدولية، ففي هذه الأخيرة يطبق القانون الذي تختارته إرادة المتعاقدين، ولا يعقل أن نخالف توقعات الأفراد بتطبيق قانون غير الذي ارتضته إرادتهم. ومع ذلك يرى بعض الفقه أنه

كالمعاملات التعاقدية.

البند الثالث:

دور الإحالة في حماية النظام العام عند انعقاد الزواج المختلط

حتى تلعب الإحالة من الدرجة الأولى دور الدفع بالنظام العام، يجب أن تتوفر شروطها، وهي رفض قاعدة الإسناد الأجنبية للاختصاص المخول لها من القانون الجزائري، وردها للاختصاص للقانون الجزائري، والإحالة تؤدي بنا في بعض الحالات إلى تطبيق القانون الوطني (إحالة من الدرجة الأولى) وهي نفس النتيجة التي نصل إليها في حال استبعاد تطبيق القانون الأجنبي؛ نظرا لمخالفة النظام العام لأن مشكلة الإحالة تنتج عن الاختلاف في قواعد الإسناد بين الدول، وخاصة في مجال الأحوال الشخصية بينما النظام العام يكون نتيجة التعارض بين الأنظمة القانونية للدول.

إنّ تبني المشرع الجزائري للإحالة من الدرجة الأولى، عرضه للانتقاد من الوجهة الفقهية، خاصة في مجال الأحوال الشخصية؛ فتطبيق القانون الجزائري في مثل هذه المسائل على أزواج أجنبية لا يدينون بالإسلام، يتعارض مع رغبتهم في تطبيق قوانينهم الشخصية، لكن تبرز هنا أهمية الإحالة والدور الفعال الذي تؤديه في حماية النظام والآداب الجزائرية العامة، حتى لو تعلق الأمر بأزواج أجنبية¹.

وتجدر الإشارة لما يتعلق الأمر بالتصرفات القانونية التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية كالزواج أو الوصية مثلاً، فإنه يؤخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، سواء تعلق الأمر بشكل أو موضوع التصرف. وعليه يظهر جلياً أن الإحالة من الدرجة الأولى تفضي إلى نفس نتيجة استبعاد تطبيق

في الحالة التي لا تكون لإرادة الأفراد الصريحة أو الضمنية دور في اختيار القانون الذي يسري على العقد (أي أن يتم تحديد هذا القانون بطريقة موضوعية: كالبحث على القانون الذي له صلة بالعقد) فليس هناك من مانع من اللجوء إلى الإحالة، الحالة الثالثة: في مجال شكل التصرفات القانونية، كالنظام المالي السائد في بعض النظم القانونية، وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم لأن الإحالة تتعارض مع المعاملات التعاقدية، لأنها تؤدي إلى تطبيق قانون لم يكن أطراف التصرف يتوقعونه مما يترتب عليه إبطال تصرفهم. غير أنه إذا كان الهدف من الإحالة هنا تصحيح للتصرفات، فلا مانع من إعمالها. أنظر: دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 94-95. بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 355.

¹ - أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 57-59.

القانون الأجنبي نظرا لمخالفته للنظام العام¹، وهو تطبيق القانون الجزائري، كذلك الإحالة من الدرجة الثانية التي يرفضها المشرع الجزائري ويطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية، يمكن أن تؤدي إلى استبعاد هذه القواعد الموضوعية الأجنبية لما تكون مخالفة للنظام العام الجزائري². كأن تشير قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي على الشروط الشكلية والموضوعية للزواج، ويرفض هذا الأخير الاختصاص المخول له، فإنه سيطبق القانون الجزائري إذا كان القانون الأجنبي يرد الاختصاص للقانون الجزائري أي الإحالة من الدرجة الأولى عملا بالفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني؛ أما في حالة الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية إعمالاً للفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1، وبالتالي يرفض الإحالة من الدرجة الثانية، ففي كلا الحالتين تكون الإحالة قد لعبت دورا في حماية النظام العام الجزائري؛ لأن الإحالة من الدرجة الأولى أدت مباشرة إلى تطبيق القانون الجزائري وهي نفس النتيجة في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي نظرا لمخالفة النظام العام، أما الإحالة من الدرجة الثانية، فيكون المشرع قد تفادى تطبيق قانون أجنبي آخر من شأنه أن يكون متعارضا مع النظام العام، كذلك إذا كانت القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص بحكم الشروط الشكلية والموضوعية لعقد الزواج تتعارض مع النظام العام الجزائري فيطبق في هذه الحالة القانون الجزائري نظرا لمخالفة النظام العام وفقاً للمادة 24 من القانون³.

ومع ذلك يحبز عدم الأخذ بنظرية الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية وإخضاعها للقانون الشخصي⁴.

وبهذا الخصوص، يرى الدكتور موحد إسعاد بأنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية إلا إذا كانت أحكام قانون الأحوال الشخصية غير مستمدة من الشريعة الإسلامية، وإلا فإننا نصل بقبولنا

¹ - لقد كان الفقيه " نيبوييه " " Niboyet " يؤسس نظرية الإحالة على فكرة النظام العام؛ إذ يرى أنه متى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي، ورفضت قواعد الإسناد هذا الاختصاص المخول لها أصبحت العلاقة القانونية المطروحة على القاضي بدون قانون يحكمها، فلا يمكن تركها بدون قانون للفصل فيها لأن ذلك يتعارض مع النظام العام، مما يتعين تطبيق قانون القاضي، وهو الأصل وفي حالة تعذر تطبيق الاستثناء وهو القانون الأجنبي، نعود للأصل أي قانون القاضي. أنظر دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 90.

² - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 57.

³ - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، نفس المرجع، ص 61-62.

⁴ - عيشوية فاطمة، المرجع السابق، ص 443.

الإحالة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأسرة على الأمريكيين والبريطانيين¹، وهو نفس الرأي الذي أخذ به الدكتور أعراب بلقاسم، أي ينبغي أن تقبل الجزائر بالإحالة عموماً إلا في مجال الأحوال الشخصية أين يجب استبعادها؛ لأن أحكام الأحوال الشخصية في غالبية الدول مستمدة من ديانتها، والناس يريدون دوماً الخضوع بشأنها إلى ما تمليه عليهم أحكام الديانة التي يعتقونها²، أما الدكتور علي علي سليمان، فيرى بضرورة الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية اقتداءً بالقضاء الفرنسي³.

أما من جهتنا، فنحن نتفق مع المشرع الجزائري والفقهاء القائل بعدم الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، فمن غير المعقول تطبيق القانون الجزائري المبنية أحكامه على الشريعة الإسلامية على أشخاص يدينون بديانة أخرى.

¹ - Mohand issad , droit international privé , O.P.U, tome1,alger,1986, p176.

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 110.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 55.

الفصل الثاني:

الآثار المترتبة عن الزواج المختلط

في إطار العلاقات الدولية الخاصة

تمهيد وتقسيم:

ينتج عن إبرام عقد الزواج المختلط بطريقة صحيحة ومستوفية لكافة الأركان والشروط الشكلية والموضوعية العديد من الآثار القانونية والشرعية، كما يترتب عليه جملة من الحقوق والالتزامات في حق كل من الزوج والزوجة، ومن بين هذه الآثار التي تكفلها الشريعة ولها صبغة شخصية؛ الحقوق والواجبات الزوجية، ثبوت النسب، تأثير جنسية كل من الزوجين والأولاد، حق الزوجة في المهر والإنفاق، كما تترتب حقوق مالية تبادلية بين الزوجين في كثير من النظم القانونية أو ما يعرف بالنظام المالي للزوجين.

ولا تعدّ جميع تصرفات الزوجين من الآثار المترتبة عن ذلك الزواج المختلط؛ فمن التصرفات ما تكون آثارها بعيدة نسبياً عن الرابطة الزوجية، مثل علاقة كل من الزوجين بمحل عمله، وأسلوب كل منهما في العمل. لكن مسألة تكييفها يُرجع فيها إلى قانون القاضي الذي يعرض عليه النزاع؛ فهي تكييف أولي لمسائل تتصل بالحالة الشخصية لكل من الزوجين¹.

ونظراً للتباين الكبير بين النظم القانونية في مسألة تكييف الآثار الشخصية والمالية للزواج المختلط في ظل العلاقات الدولية الخاصة، تنشأ مشكلة تنازع عدة قوانين لحكم المسألة القانونية الواحدة، كما لو قام نزاع بين زوجة فرنسية وزوج جزائري حول ثبوت نسب طفل ولد في إيطاليا؛ فهل يطبق القانون الفرنسي بصفته قانون الأم؟ أم يطبق القانون الجزائري بصفته قانون الأب، أم قانون الطفل الذي يحمل العديد من الجنسيات؟

وعلى هذا الأساس، تكون الآثار المترتبة عن الزواج المختلط، آثاراً ذات طابع شخصي تتنازع في تكييفها عدة قوانين على تحديد القانون الذي يحكمها (المبحث الأول)، وقد تكون آثاراً ذات طابع مالي تتنازع كذلك عدة قوانين في تكييفها وتحديد القانون الذي يحكمها (المبحث الثاني).

¹ - إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص 395.

المبحث الأول:

الآثار الشخصية للزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة

تترتب عن الرابطة الزوجية كما أشرنا آفأا، آثار شخصية، لكن ثمة اختلاف فقهي في تكييفها؛ فمن هذه الآثار ما تكون حقوقا شخصية تتمثل في عدد من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ مَزِيدٌ حَكِيمٌ﴾¹؛ بمعنى أن للمرأة بعد عقد قرانها حقوقا وعليها واجبات، وكذلك الرجل، له حق له وعليه واجب، ثم إن بتبادل هذه الحقوق والواجبات بين الزوجين على نحو القواعد التي قررتها الشريعة الإسلامية، تقوم الحياة الزوجية على أحسن وجه²، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾³.

ومن الآثار الشخصية البحتة التي لا تمس الزوجين فقط؛ بل تتعداهما إلى الأولاد المنحدرين من الزواج المختلط؛ حقهم في ثبوت نسبهم، وحقهم في الجنسية التي تتأثر غالبا بهذا الزواج المشتمل على عنصر أجنبي، وهذا هو الموضوع الأساس في بحثنا؛ أي مشكلة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق حين يحدث أي نزاع بشأن هذه الآثار.

إضافة إلى الآثار السابقة الذكر، ثمة آثار شخصية ذات صبغة مالية، حيث تشمل حق الزوجة في النفقة والمهر، غير أن تحديد ما يندرج ضمن هذه الآثار في الزواج المختلط ليس بالأمر الهين؛ نظرا لكثرة أوجه الاختلاف في العلاقة الزوجية الواحدة، وبالتالي نجد خلافا فقهيًا وقانونيًا بشأن تكييف هذه المسألة؛ وهو ما يطرح بالأساس مسألة تنازع القوانين والتكليفات، خاصة إذا كان الزوجان مختلفين في الجنسية والديانة والمذهب والعرف السائد في دولة كل منهما.

وعلى هذا الأساس، سنتطرق إلى مسألة التكليف القانوني للآثار الشخصية في الزواج المختلط، وتحديد القانون الذي يحكمها (المطلب الأول)، ثم نخصص مطلبًا مستقلًا لمسألة الجنسية ومدى تأثيرها

¹ - سورة البقرة، الآية 228.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 80.

³ - سورة الروم، الآية 21. قال المفسر محمد علي الصابوني أي من آياته الدالة على عظمته أن خلق لكم من صنفكم وجنسكم نساء وقوله لتسكنوا إليهن أي لتميلوا إليهن وتألفوهن وجعل بينكم مودة ورحمة؛ أي المحبة والشفقة، قال ابن عباس حب الرجل امرأته. أنظر: محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج2، ط11، المكتبة التوفيقية دار الصابوني، 2013، ص438.

بالزواج المختلط بغية الحفاظ على التسلسل المنطقي للبحث؛ نظرا لكثرة التفاصيل فيها خاصة أنّها مسألة مركبة من جانب قانوني وآخر سياسي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التكييف القانوني للآثار الشخصية للزواج المختلط والقانون الذي يحكمها

مما لا شك فيه أنّ تحديد ما يعدّ من آثار الزواج الشخصية، هو مسألة تكييف كما ذكرنا، وتخضع إلى قانون القاضي، كما أنّها تمتاز بنفس القدر من الأهمية مع مسألة إيجاد القانون الواجب التطبيق كونها جانب أساسي في بحثنا، فلا يمكن تجاوزها؛ خاصة وأنّ هذه الآثار ليست من طبيعة واحدة، بالإضافة إلى أنّها لا تمس فقط الزوجين؛ بل تتعدى ذلك لتمس الأولاد المنحدرين من هذا الزواج المختلط¹.

وتطرح الآثار الشخصية في الزواج المختلط مسألة تتنازع عدة قوانين في المسألة الواحدة، كما لو يُعرض أمام القاضي الجزائري نزاع متعلق مثلا بالنفقة الزوجية بين زوجة تونسية وزوج ألماني؛ حيث يقع القاضي هنا في مأزق أيّ القوانين يطبق؟ ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط، وجب تحديد التكييف القانوني لها (الفرع الأول)، ثمّ تحديد القانون الذي يحكمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التكييف القانوني للآثار الشخصية للزواج المختلط كمرحلة أولية لتحديد القانون الذي يحكمها

تطرقنا في الفصل الأول لمسألة التكييف ومدى أهميتها كمرحلة أولية لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وتوضح الأهمية أكثر في هذا الشأن، كون الآثار الشخصية للزواج ليست من طبيعة واحدة؛ فقد تكون ذات صبغة شخصية محضة، وقد تكون شخصية لكنها ذات طابع مالي، خاصة مع اختلاف هذه الآثار من تشريع لآخر، وبالتالي نرجع لمسألة التكييف.

فما يعدّ من آثار الزواج الشخصية في بلد ما، لا يعدّ كذلك في بلد آخر، وعليه هناك آثار متفق على تكييفها ضمن الآثار الشخصية البحتة في أغلب الدول (البند الأول)، وهناك آثار مختلف في إلحاقها بالآثار الشخصية للزواج (البند الثاني).

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 143.

البند الأول:

المسائل المتفق على تكيفها ضمن الآثار الشخصية للزواج

من المسائل المتفق على إدراجها ضمن الآثار الشخصية المحضة للزواج: الحقوق والواجبات الزوجية (أولاً)، والنسب (ثانياً).

أولاً- الحقوق والواجبات الزوجية:

جعل الإسلام لكلّ من الزوجين حقوقاً وواجبات يلتزمان بأدائها بما يكفل استمرار العلاقة الزوجية واستقرار الحياة الأسرية، ولما كان الإسلام في نظر البعض هو الدين الذي يضطهد المرأة، وفيه تعيش المرأة المسلمة على هامش المجتمع، يهيمن عليها الرجل ويمنعها من التطور. أولئك الذين يقدمون صورة كاريكاتورية غير دقيقة للإسلام الذي كرم المرأة وأعطاهم مكانة مرموقة في المجتمع الإسلامي حُرمت منها ليس فقط خلال فترة ما قبل الإسلام، ولكن أيضاً حتى العقود الأخيرة، من خلال إقراره للمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات¹.

ومن بين الحقوق والواجبات حلّ المعاشرة الزوجية بين المرأة والرجل²، والمساكنة والإخلاص وحرمة المصاهرة³، وحقّ الزوج على زوجته في الطاعة والقوامة والقرار في البيت؛ إذ لا يجوز للمرأة أن تسافر أو تخرج بغير إذن زوجها⁴ لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...﴾⁵؛ إضافة إلى ذلك حق الزوجة على زوجها في العدل إذا تعددت زوجاته، وفي المعاملة الحسنة التي يرتضيها الدين، وعدم إيذاها قولاً أو فعلاً، أو إلحاق الضرر في بدنها أو مالها⁶.

¹Abdulaziz Othman Altwaijri, La femme en islam et son statut dans la société islamique, C.N.R.S Editions, Numéro 4, 2014, p 15. Voir aussi: Zeina el Tibi, La place de la femme dans l'islam, C.N.R.S. Editions, numéro 4, 2014, pp59-62.

² يقصد بها حل الاستمتاع بين الزوجين. أنظر: دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 42.

³ حرمة المصاهرة هي أن يحرم على الزوج التزوج بأصول وفروع زوجته، أنظر نص المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص

⁵ سورة النساء، الآية 34.

⁶ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 287.

ومن أوجب الحقوق أيضا، معاشرتها بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة¹ لقوله تعالى: ﴿وَمَا شَرُّهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَعْسَى أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾².

والحقوق والواجبات الزوجية من المباحث البينية التي تفصلها كتب القانون وعلم الاجتماع وعلم النفس، غير أن أخذها من مرجعية الفقه الإسلامي يجعلها ربما أشمل وقد خصها الشيخ محمد علي فركوس لكتابه المعين في بيان حقوق الزوجين وقد فصلها وقسمها إلى واجبات الزوجة أي حقوق الرجل ومنها: الطاعة، صيانة العرض، رعاية شعور الزوج، خدمة الأولاد، الحداد على وفاته والإتيان بالعدة، ويستثنى من هذه الواجبات بعض المحاذير كالطاعة في المعصية، عدم الطلاق لغير سبب حقيقي، عدم حرمانه من حقه. أما واجبات الزوج أي حقوق الزوجة وهي إعطاء المهر كاملا، الإنفاق والمعاشرة بالمعروف، حسن المعاملة، التوسعة في النفقة والكرم، عدم الإضرار بها، الأخذ بيدها إلى البر والتقوى، التأديب بالتدرج. كما أن للزوجين حقوقا معا، ومنها حل الاستمتاع، ثبوت النسب، حق التوازن³.

وقد اتفقت أغلب التشريعات الوضعية على تكييف وإدراج هذه الحقوق والواجبات المعنوية ضمن الآثار الشخصية البحتة للزواج، مع اختلاف في الصياغة فقط؛ فنجد المشرع الجزائري اقتداءً بمبادئ الشريعة الإسلامية قد نصّ على مجموعة من الحقوق والواجبات من خلال نص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري⁴ بعد تعديله بموجب الأمر 02/05⁵؛ وهي الآثار القانونية والشرعية لعقد الزواج

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 80.

² - سورة النساء، الآية 19.

³ - محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزوجين، ط2، دار العواصم للنشر، الجزائر، 2014، ملخص الباحث من الفهرس.

⁴ - تنص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " يجب على الزوجين:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

- المعاشرة بالمعروف، تبادل الاحترام والمودة والرحمة.

- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنة والمعروف.

- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

⁵ - تجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة الجزائري القديم كان يميز بين حقوق وواجبات الزوج وحقوق وواجبات الزوجة في مواد منفصلة عن بعضها (36، 37، 38، 39 من القانون 11/84) وبعد تعديل 2005 جعلها مشتركة تخاطب الزوجين معا من خلال المادة 36 منه.

الصحيح التي تحمل الطابع الإلزامي لطرفي العلاقة الزوجية؛ فلا يجوز لهما التنازل عنها أو التملص منها¹.

وبتحليلنا لنص المادة 36، نجد أنّ الحقوق والواجبات المنصوص عليها تهدف أساسا إلى المحافظة على مصلحة الروابط الزوجية والأسرية بما يضمن استقرارها واستمرارها وديمومتها²، وذلك من خلال قيام كل من الزوجين بأداء واجباته تجاه الزوج الآخر واتجاه الأولاد، والالتزام بها، وحسن معايشة كل منهما للآخر، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، بالإضافة إلى حسن تربية الأولاد دينا وخلقا، مع رعايتهم جسديا ونفسيا وماديا ومعنويا، وكذا التشاور في تسيير شؤون الأسرة. وقد نصّ المشرع كذلك على تباعد الولادات وتنظيم النسل، لكنه لم يبين لنا المقصود من هذا التباعد أو كلفيته، أو المدّة المحدّدة بين مولود وآخر.

ويجب على الزوجين كذلك المحافظة على روابط القرابة؛ حيث نصّ عليها المشرع في الثلاث فقرات الأخيرة، غير أنّ ما يثير الانتباه في نصّه عليها، هو أنّنا نجدتها تحتوي على معنى واحد لعنصر واحد؛ وهو "المحافظة على روابط القرابة"، لذلك كان الأحرى من باب تقادي التكرار، أن يجمعها في فقرة واحدة، فينصّ عليها كالتالي: "المحافظة على روابط القرابة باحترامهم، وحسن معاملتهم، واستضافتهم بالمعروف، وتبادل الزيارة معهم".

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري في المادة 36، قد اكتفى بذكر بعض الحقوق والواجبات، ونصّ على الحقوق والواجبات الأخرى في مواد منفصلة؛ كالصداق والنفقة، وثبوت نسب الأولاد وحق التوارث بين الزوجين، وغيرها من الحقوق المادية والمعنوية.

وقد نصّ كذلك التشريع المصري على الحقوق والواجبات؛ فهو بذلك يتفق مع أغلب التشريعات العربية في التأكيد على أنّ الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين من آثار الزواج، سواء كانت ذات صبغة شخصية محضة، أم ذات صبغة مالية³. وهو ما سار عليه المشرع التونسي أيضا في الفصل

¹ - قرار المحكمة العليا غ.أ.ش، ملف رقم 47915، بتاريخ 1987/02/07، م.ق، العدد 3، 1990، ص 65.

² - بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مصطلح ديمومة الأسرة أو بمعنى آخر الاستمرار في العلاقة الزوجية إلا أن غرضه واضح وهو المحافظة على سريان الحياة الزوجية والأسرية.

³ - إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص 395، أنظر كذلك ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 378، جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 291.

23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، غير أنه جمع الآثار الشخصية المادية والمعنوية في مادة واحدة، بعكس المشرع الجزائري.

أما عن التشريعات الغربية، فنجد المشرع الفرنسي نصّ على هذه الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في قانونه المدني من خلال المواد من 212 إلى 226؛ حيث تحت المادة 212¹ منه الزوجين على احترام بعضهما البعض، والإخلاص والتعاون، وتنص المادة 213 منه كذلك على الحقوق والواجبات المادية والمعنوية للزوجين، وعلى العمل معا من أجل إدارة وتسيير شؤون الأسرة، وتوفير تعليم ومستقبل أطفالهم². وقد ألزم التشريع الفرنسي أيضا الزوجة بطاعة زوجها وعدم مخالفة إرادته؛ وهو ما أكدته محكمة السين الفرنسية³.

وبالنسبة لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)⁴، نجد لها قد كرس جملة من الحقوق الزوجية تقوم على المساواة بين الزوجين في التمتع بها، وذلك من خلال المادة 16 نذكر منها:

- نفس الحقوق عند إبرام الزواج وفسخه.

- نفس الحقوق المتعلقة بأبنائها في جميع الأحوال، وتحديد النسل، وتنظيم التباعد بين الأولاد.

- نفس الحقوق في تنظيم الأسرة واختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل.

¹-Art 212 (Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 - art. 2 () JORF 5 avril 2006): « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

²- Art 213 (Loi n°70-459 du 4 juin 1970 - art. 2 () JORF 5 juin 1970 en vigueur le 1er janvier 1971): « Des devoirs et des droits respectifs des époux Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

³- تتلخص وقائع القضية: " أن زوجا أمريكيا رفض أن تعمل زوجته في المسارح الفرنسية، ولكنها مارست هذا العمل رغم معارضته فلجأ الزوج لمحكمة السين مطالبا بالتعويض مختصا مدير المسرح الذي سمح بتشغيل زوجته دون موافقته، فقضت المحكمة في حكمها الصادر في 30 أبريل /نيسان 1930 لصالح الزوج على أساس أنه ليس مقبولا أن تخرج الزوجة في فرنسا عن إرادة زوجها ولو كانت أجنبية، حتى لو كان قانون جنسيتها لا يقضي بخضوعها لإرادة الزوج". ينظر: ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 378.

⁴- صادقت الجزائر على إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 22 جانفي 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 / 51 المؤرخ في 2 رمضان 1416هـ/ الموافق ل 22 جانفي 1996 المنشور في الجريدة الرسمية رقم (6) بتاريخ 24 جانفي 1996 مع التحفظ على المواد 2 و9 و15 و16 و29 لتعود فيما بعد وترفع تحفظها عن المادتين 2 و9 بتاريخ 28 ديسمبر 2008 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08 / 426 المؤرخ في 30 ذي الحجة 1429 الموافق ل 28 ديسمبر 2008 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5 بتاريخ 21 جانفي 2009.

-نفس الحقوق والمسؤوليات المتعلقة بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال¹.

-المساواة في حقّ تبني الأطفال، وإن كان هذا الحق غير معترف به لكلا الجنسين في التشريع الجزائري لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية².

ثانيا - إثبات نسب الولد إلى والده كأثر من آثار الزواج الشخصية:

يعتبر نسب الولد إلى والده أثرا مؤكدا من آثار عقد الزواج الشرعي؛ فهو حق شرعه الله عز وجل للأولاد، وجعله وسيلة للاستقرار والتناسل، لقوله تعالى: " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات"³؛ حيث يذكر الله تعالى نعمه على عبده بأن جعل لهم من أنفسهم أزواجا من جنسهم وشكلهم وزيّهم، ولو جعل الأزواج من نوع آخر، لما حصلت ألفة ومودة ورحمة، قال شعبة: والبنين والحفدة، هم الأولاد وأولاد الولد⁴.

فالنسب هو أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برابط الدم، وهي القرابة الشرعية بين الأصول والفروع نتيجة العقد الشرعي الذي يرتب حقوقا؛ أولاها ثبوت نسب كل ولد إلى أبيه، وبالتالي الحفاظ على المجتمع من اختلاط الأنساب وضياعهم، وقد نظم المشرع الجزائري النسب في المواد من 40 إلى 46 من ق.أ.ج.

غير أنّ ما يثير مسألة تنازع التكييف في هذه المسألة، هو أنّ البنية "la filiation" في المجتمع الدولي، تنتوع إلى بنية شرعية (1)، وبنوة غير شرعية أو طبيعية (2)، بالإضافة إلى البنية بالتبني والكفالة (3)، وغالبا ما تنثير هذه الأنواع الثلاثة⁵، مسألة النظام العام، فما يعدّ صحيحا وجائزا في دولة ما، يكون محظورا ومحرمّا في دولة أخرى، وهذا يرجع إلى الخلفية الدينية التي تبني عليها القواعد القانونية.

¹ - الأصل أنّ هذه الحقوق (حق الولاية والقوامة والوصاية على الأطفال) في التشريع الجزائري للأب، ولكن يمكن أن توكل الأم في حالات خاصة، كما أنه حق يوكل لها مباشرة في حالة إسناد الحضانة لها بعد الطلاق.
² - نسيمه جلاخ، الحماية الدولية لحقوق المرأة في المواثيق الدولية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 43.
³ - سورة النحل، الآية 72.
⁴ - إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، ج4، ط1، دار طيبة للنشر، 1997، ص586.
⁵ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 334.

1- إثبات النسب الشرعي:

أجمع الفقهاء أنّ نسب الولد لأمه ثابت في جميع الحالات، سواء كان نتيجة علاقة شرعية أم غير شرعية، تسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاع وميراث¹، أما نسب الولد لأبيه، فقد اتفق الفقهاء أنّ الوسائل الشرعية لإثباته تتمثل في الفراش، والإقرار والبيّنة²، وقد أكدّه هذا المشرع من خلال المادة 40 ق.أ.ج.³

أ- إثبات النسب بالفراش: المقصود بالفراش⁴ عند الفقهاء المعاصرين، هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، سواء كان إزاء زواج صحيح أم فاسد أم وطء بشبهة⁵، لقوله ﷺ: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁶.

-الزواج الصحيح: و"هو الزواج الذي شرع بأصله ووصفه؛ أي هو العقد الذي استوفى أركان وشروط انعقاده وشروط صحته"⁷. وإنّ إثبات النسب بالزواج الصحيح يستوجب أربعة شروط تتمثل فيما يأتي:

• قيام الزوجية وإمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين؛ أي الدخول الحقيقي⁸.

¹ طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقّه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013، ص 12.

² نسرين شريقي، كمال بوفرورة، المرجع السابق، ص 57.

³ حيث جاء فيها: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة...".

⁴ عرفه المالكية بقولهم: " أنّ المرأة صارت بحيث يلحق بها ولدها" أنظر، أسماء مندوه عبد العزيز أبو خريصة، وسائل

إثبات النسب بين القديم والمعاصر (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 65.

⁵ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 169.

⁶ معنى قوله صلى الله عليه وسلم كلمة " العاهر " تعني الزاني" والحجر؛ أي الخيبة هنا حرمان الولد الذي يدعيه، وقيل المراد بالحجر هنا أن يرحم، أنظر: إبراهيم علواني، مدى مشروعية تتسبب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، دط، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009، ص 72.

⁷ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، في الفقّه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية)، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 274.

⁸ للإطلاع أكثر حول هذه المسألة أنظر، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1961، ص 14. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، المرجع السابق، ص 188.

- صلاحية الزوجين للحياة الزوجية، وسلامتهما، وبلوغهما، وقدرتهما على الوطء¹.
- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة²؛ أي اللعان الذي يكون من خلال دعوى قضائية يرفعها الزوج، ويكون بحكم قضائي³. وحسب اجتهاد المحكمة العليا، أقصى مدة لرفع الدعوى هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل⁴، مع الإشارة إلى أنها لن تقبل إذا أخرجت ولو ليوم واحد⁵.
- أن يولد الولد خلال أقل مدة الحمل، وهي 6 شهور، وأكثرها التي يحددها المشرع الجزائري بعشرة شهور⁶ من خلال نص المادة 42 ق.أ.ج.
- ثبوت نسب الولد في الزواج الفاسد⁷: اعتبره الفقهاء كالصحيح، وشروط ثبوته هي نفسها

¹ - باوني محمد، عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)، المرجع السابق، ص 163.

² - إن الطريقة الشرعية الوحيدة لنفي النسب هي اللعان، وهو "وسيلة اتهام الزوجة بالزنا، والتخلص من المولود الذي أنتت به أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو خلال عدة الطلاق"، أنظر عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996، ص 355. وهو ما أكتنه المحكمة العليا في قراراتها. أنظر: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 605592، بتاريخ 2009/10/15، م م ع، العدد 1، 2010، ص 245.

³ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 477.

⁴ - قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 296020، المؤرخ في 2002/12/25، المجلة القضائية، 2004، العدد، ص 289.

⁵ - قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 35934، المؤرخ في 1985/02/25، المجلة القضائية، 1989، العدد 1، ص 83.

⁶ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 105، أنظر كذلك محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 373.

⁷ - الزواج الفاسد هو ما اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو ثبتت ردة الزوج. أنظر بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 24. أما الفقه المالكي فيقسم النكاح الفاسد إلى: نكاح فاسد لعقده، ونكاح فاسد لصدقه، ونكاح فاسد لشروط اقترنت به، وأمثله كثيرة منه نكاح المحلل، وهو زواج الرجل المطلق ثلاثا، ونكاح الشغار، وهو زواج سقط منه الصداق بشرط أو تجارة في المهور، ومنه نكاح النبتة، وهو نكاح من غير استئذانها. ونكاح الأجل أو المتعة. ومنه النكاح بغير ولي وغير ذلك من فساد الأنكحة بسقوط الشروط والأركان. لمزيد من التفاصيل أنظر، باوني محمد، المرجع السابق، ص72. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الفجر، 2007، ص 204 وما يليها.

المذكورة سابقا في الزواج الصحيح، إذا اتصل به دخول حقيقي¹، أما قبل الدخول، فلا يترتب على الزواج الفاسد شيء من آثار الزوجية، من مهر ونسب وغيرها، ويجب على الزوجين الافتراق وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما²؛ وهو ما أقره المشرع الجزائري من خلال المواد (32-33-34 من ق.أ.ج) التي تتلخص في أنّ الزواج الفاسد لا تثبت فيه أي آثار قبل الدخول، ويجب فيه الفسخ، أما بعد الدخول فيثبت فيه النسب³ مع وجوب التفريق⁴.

-إثبات النسب في الوطء بشبهة⁵: أجمع الفقهاء أنّ الاتصال الجنسي المبني على شبهة بمحو وصف الزنا، يثبت فيه النسب⁶، وهو ما جاء في م 40 ق أ ج⁷ بخلاف الزواج الباطل الذي لا يثبت به النسب في جميع الحالات.⁸

ب- إثبات النسب بالإقرار والبيّنة:

أباح الشرع والقانون للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه، كأن تدّعي أم بنوة طفل معيّن، أو أب يدعيها أو يقوم الابن بادعاء أمومة أو أبوة، وسمي ذلك إقرار⁹ دعوى النسب في الفقه، ويمكن

¹ - أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب (دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010، ص 153.
² - عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2012، ص 10.

³ - حيث جاء فيها: " يثبت النسب... بكل زواج تم فسخه بعد الدخول...".

⁴ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 477.

⁵ - الوطء بشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، والمقصود به ألا يكون الوطء زنا ولا ملحقا بها أو لا يكون زنا على عقد صحيح أو فاسد كما لو زفت امرأة لرجل على أنها زوجته فدخل بها بناء على هذا، فتبين أنها ليست زوجته التي عقد عليها، ثم جاء المرأة بولد من هذا الدخول، فإنه لا يثبت نسبه من الرجل الذي دخل بها إلا إذا ادعاه فتبين نسبه منه بالإقرار لا بالفراش؛ لأن المرأة لا تكون فراشا إلا لمن دخل بها بشبهة. أنظر بلخير سديد، المرجع السابق، ص 25. أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 163.

⁶ - باديس نيايبي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 57.

⁷ - حيث جاء فيها: " يثبت النسب... بنكاح الشبهة...".

⁸ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 270.

⁹ - الإقرار هو "الاعتراف بالنسب إذا كان فيه حمل المقر على نفسه لا على غيره"، أنظر بلخير سديد، المرجع السابق، ص 25. وقد عرف المشرع الإقرار القضائي بالمادة 342 من القانون المدني الجزائري بأنه "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

أيضا إثبات النسب عن طريق البيينة في حالة ما إذا أنكر المدعى عليه دعواه؛ فللمدعي أن يثبت عن طريق دعواه بالبيينة¹.

وهو ما أورده المشرع الجزائري في المادة 40 السابقة الذكر بأن النسب يثبت بالإقرار والبيينة²، كما نصّ في المادة 44 و45 ق.أ.ج على أنه يمكن أن يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة بشرط أن يكون المقر له مجهول النسب³، وأن يكون الإقرار مما يقبله العقل أو العادة، كشخص يدعي بنوة شخص يكبره سنا، أو شخص عقيم يدعي بنوة شخص آخر.

وهنا لا يجب الخلط بين الإقرار والتبني، فالإقرار بالنسب هو اعتراف بنسب شخص مجهول النسب، وبالإقرار يصير معلوما، وتثبت له كافة الحقوق الخاصة بالبنوة الشرعية، أما التبني، فهو إلحاق شخص معلوم النسب أو حتى مجهوله بشخص مثله في الجهالة ويتخذه ولدا، وهذا لا يجوز شرعا ولا قانونا⁴.

إضافة إلى الطرق الفقهية السابقة الذكر لإثبات النسب، أقرّ المشرع الجزائري طرقا علمية لإثباته؛ وهي البصمة الوراثية⁵ ADN، والتلقيح الاصطناعي من خلال المواد 2/40 و45 مكرر من قانون الأسرة؛ فإذا حدث نزاع بين الزوج والزوجة حول نسب الطفل الذي أتت به الزوجة وحاول الأب إنكاره، يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب بما في ذلك البصمة الوراثية حسب ما نصّ عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 40 على⁶.

¹ البيينة هي الحجة والدليل والبرهان فهي إسم لكل ما يبين الحق ويظهره، فقد تكون البيينة شهودا، وقد تكون حجة إقرار وإشهاد يثبت به الحق، وقد تكون قرائن تدل على المطلوب. أنظر: الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 2002، ص363.

² تقابلها المادة 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

³ اتفق جمهور الفقهاء أن شرط صحة الإقرار أن يكون المقر له مجهول النسب، وإذا كان كذلك فسيصبح تبني وهو ما لا يجوز شرعا وقانونا وفقا لنص المادة 46 ق.أ.ج. أنظر أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 93. باديس نياي، المرجع السابق، ص 62.

⁴ باوني محمد، المرجع السابق، ص 39.

⁵ البصمة الوراثية حسب الدكتور وهبة الزحيلي هي المادة المورثة الحاملة لصفات وخصائص معينة في خلايا جميع الكائنات". أنظر: وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 21-26/10/1422هـ الموافق 5-10/01/2002م، ص5.

⁶ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 107.

كما نصت المادة 45 مكرر من ق.أ.ج على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وحددته بشروط على سبيل الحصر؛ بأن يكون التلقيح برضا الزوجين، وأثناء حياتهما ووفق زواج شرعي، وأن يتمّ بمني الزوج وبويضة الزوجة، وذكر أنه لا يجوز استعمال الأم البديلة في التلقيح.

وبخصوص رأي الفقه، فقد اتفق الفقهاء على جواز الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، وهي من باب القرائن¹، في حين لم يجيزوا نفي النسب بواسطتها أو تقديمها على اللعان²، وهذا ما يؤيده قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي؛ حيث جاء فيه: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"³، وهو ما سار عليه القضاء الجزائري.

2- إثبات النسب غير الشرعي في الدول الغربية (البنوة الطبيعية):

البنوة غير الشرعية هي البنوة الناتجة خارج إطار الزواج أو من زواج باطل ثبتت فيه سوء نية الزوجين، وإذا كان إثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو في ذاته إثبات للبنوة للوالد الآخر، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للبنوة الطبيعية؛ إذ قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر⁴. ولا تعترف الشريعة الإسلامية⁵ بأي آثار في النسب غير الشرعي على عكس بعض الأنظمة القانونية الأجنبية المطبوعة بمبادئ الحرية والمساواة التي تعترف به وترتب عليه نفس حقوق الطفل الشرعي كالنفقة والإرث.

وليس هناك شك في استحقاق الولد للحماية والرعاية مثله مثل الولد الناشئ عن عقد الزواج؛ بل تذهب بعض النظم القانونية إلى تضمين هذه الحماية في صلب دساتيرها للتأكيد على حقوق هؤلاء

¹ - زياد حمد عباس الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد (2/26)، ص 354.

² - بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 81.

³ - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، المرجع السابق، ص 15.

⁴ - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 467.

⁵ - تجدر الإشارة إلى أنّ الشريعة الإسلامية لا تتعرض للأحوال الشخصية لدى غير المسلمين، وبالتالي لا تصطدم بمسألة النظام العام للدولة مثلما هو الحال في الأردن ولبنان ومصر... الخ، كما أنّ هناك بعض الطوائف غير المسلمة في لبنان تعترف بدعوى إثبات البنوة الطبيعية، وبالتالي لم تعد هذه الدعوى متعارضة مع النظام العام في لبنان. أنظر: وليد المصري، المرجع السابق، ص 148.

الأطفال في الحياة والرعاية كغيرهم بلا تفرقة¹.

وتجدر الإشارة أنّ الفقه والقضاء الفرنسيين سابقا كانا يعتبران البنوة أثرا من آثار الزواج، وتخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار؛ فقد طبقت محكمة التمييز الفرنسية قانونا موحدًا على العلاقة القانونية بين أفراد الأسرة الواحدة، وهو قانون آثار الزواج؛ فالولد الشرعي هو جزء من هذه العائلة، وأثر من آثار الرابطة الزوجية². كذلك كان المشرع الفرنسي يفرق بين النسب الشرعي وغير الشرعي؛ حيث كان الأول يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج، بينما أخضع القضاء الثاني للقانون الشخصي للطفل³.

3- بنوة التبني والكفالة:

إنّ التطور الحاصل في المجتمعات المعاصرة، قد أخذ منحى آخرًا لأجل حماية ورعاية الطفل وصون مصلحته؛ إذ ظهرت اتفاقية دولية تراعي حقوق الطفل في إطار حقوق الإنسان التي أجبرت أشخاص المجتمع الدولي على إيجاد مؤسسات وأنظمة قانونية ترعى شؤون هذه الفئة الضعيفة ورعايتها مثل وضعية الابن الشرعي. أدى هذا الأمر إلى ظهور اختلاف صاحب، فبعض المؤسسات القانونية جمعت بين احتضان الولد وإلحاق نسبه بالحاضن؛ فهو التبني (البنوة المصطنعة)، والبعض الآخر اكتفى باحتضان الطفل دون المساس بنسبه؛ إنها الكفالة، وكلاهما يجد نظامه القانوني في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية⁴.

أ- التبني:

التبني حسب تعريف الدكتور بلحاج العربي "هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف ابنا له"⁵. وعرفه كذلك الدكتور عبد العزيز سعد بأنه "تزييف النسب وهو ادعاء بنوة الطفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص آخر"⁶. إذا التبني يفيد إنشاء رابطته غير

¹ كالدستور الألماني الذي ينص على استحقاق الطفل الناشئ خارج عقد الزواج لنفس الحماية والرعاية التي ينالها الطفل العادي. أنظر إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص 410.

² ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 452.

³ شيبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 377-378.

⁴ علام الساجي، إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري (مقارنة أنتروبولوجية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 10، العدد 4، ص 273.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 418.

⁶ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002، ص 151.

حقيقية بين شخصين لا يوجد بينهما أبوة أو بنوة حقيقية وترتب آثار العلاقة الحقيقية عليها.¹

ويعرف هذا النظام في مختلف الشرائع، إلا أن الشريعة الإسلامية تحرم التبني وذلك لقوله تعالى: ﴿اٰذْكُوْهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ اَوْسَطُ مِمَّا كُنْتُمْ عَلَيَّ﴾.² ونزلت هذه الآية عندما تبني رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة، قال ابن عمر رضي الله عنه وعن أبيه ما كنا ندعو زيداَ إلا زيد بن محمد حتى نزلت في القرآن الكريم هذه الآية، ومن هنا أصبح التبني لا يثبت من المتبني ولا يترتب على التبني أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء.³

وعليه فإن التبني محرم بنص قاطع في القرآن الكريم، وينبغي التفرقة بين التبني وبين الإقرار بالنسب حتى لا يختلط أمرهما، والفرق بينهما واضح من تحديد كل منهما على الوجه السابق بيانه؛ إذ أن التبني ادعاء نسب لا وجود له في الواقع، أما الإقرار بالنسب هو ادعاء نسب واقع فعلا لكنه غير ثابت.⁴

وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات العربية ومن ضمنها المشرع الجزائري في نص المادة 46 من قانون الأسرة بنصها على أن: " التبني محرم شرعا وقانونا"⁵، وكذلك المشرع المصري؛ حيث جاء القانون 12 لسنة 1996 صريحا في منع التبني في مصر بنصه في المادة 4 منه على أنه: "لا يجوز أن ينسب الطفل إلى غير والديه، ويحظر التبني"، فإن جل القوانين العربية لا تقر بنظام التبني، وقد حكم القضاء الجزائري كذلك بعدم جواز التبني.⁶

باستثناء القانون التونسي الذي أحدث جدلا كعادته؛ حيث أقر أن التبني يؤثر على النسب بإحداث نسب اعتباري هو النسب بالتبني، وهو ما نص عليه في الفصل 14 من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني للجمهورية التونسية على أنه: " يحمل المتبني لقب المتبني ويجوز أن يبدل اسمه وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبني"، وليس هذا فحسب بل ذهب أبعد من ذلك بإقراره أن للمتبني الحقوق نفسها التي

¹ - ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 460.

² - سورة الأحزاب الآية 5.

³ - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 478.

⁴ - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 195-196.

⁵ - أنظر قرار المحكمة العليا غ. أ. ش، ملف رقم 246924، المؤرخ في 2000/11/21، م ق، العدد 2، 2001، ص 298. حيث جاء فيه: "لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب".

⁶ - أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، ص 478.

للأبن الشرعي وعليه ما عليه من واجبات، وهو ما أكده المشرع التونسي في الفقرة الأولى من الفصل 15 من القانون نفسه¹، وبهذا يكون قد خالف الشريعة الإسلامية وتشريعات الدول العربية وأقر بنظام التبني، ومنح بموجبه للطفل المتبني الحقوق التي يتمتع بها الابن الشرعي.²

أما المشرع الفرنسي فقد تدخل بموجب عدة قوانين³ لتوفير الوسط العائلي والعاطفي لليتامى أو المتخلى عنهم، وتحقيق رغبة عدة أزواج بدون أطفال في تبني هؤلاء.

وقد خصص للتبني المواد من 343 إلى 359 من قانونه المدني، مفرقا بين التبني التام "L'adoption plénière" الذي تنقطع بموجبه علاقة الطفل المتبني مع عائلته الأصلية ويدخل في عائلة الشخص الذي يتبناه، حيث أجاز التبني التام في المادة 343 من ق.م.ف من قبل الزوجين غير المنفصلين قانوناً أو المتزوجين لأكثر من عامين أو الذين يبلغون من العمر كلاهما فوق ثمانية وعشرين عاماً.⁴ أو أي شخص يزيد عمره عن ثمانية وعشرين عاماً، ويجب الحصول على موافقة الزوج أو الزوجة ما لم يكن ذلك الزوج غير قادر على إظهار إرادته أو إرادتها.⁵

إضافة إلى التبني العادي L'adoption simple الذي لا يؤدي إلى قطع هذه العلاقة؛ حيث نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 360 ق.م.ف⁶، وتتجلى آثار التبني العادي في إمكانية أن يمنح اسم المتبني للمتبني. ومع ذلك، إذا بلغ المتبني سن الرشد، يجب أن يوافق على هذه الإضافة.⁷

غير أن علاقة الطفل المتبني مع عائلته الأصلية تبقى قائمة ويحتفظ بجميع حقوقه هناك، ولا

¹ - حيث جاء فيه: " للمتبني نفس الحقوق التي للأبن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبني نفس

الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما..."

² - بلقاسم عقيلة، رباحي أحمد، تنازع القوانين بشأن كفالة الأطفال المهملين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 4، نوفمبر 2017، ص 141.

³ - Loi promulguée le 22/12/1976 , loi 01/08/1993 , loi 05/07/1996, loi 06/02/2001, loi 04/07/2005.

⁴ - Art 343 Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 – art: (1 JORF 6 juillet 1996) «: L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans ».

⁵ - Art 343-1 (Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 - art. 2 () JORF 6 juillet 1996): « L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans. Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté ».

⁶ - Art 360 (LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 8): « L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté ».

⁷ - Art 363 (LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 12): « L'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. Toutefois, si l'adopté est majeur, il doit consentir à cette adjonction ».

سيما حقه في الميراث.¹

إن ما أقره القانون الفرنسي من وراء أخذه بالتبني، خلق في المجتمع الفرنسي عدة نتائج سلبية تمس بكرامة الإنسان؛ حيث أدى تبني الأطفال إلى نزعهم من أبويهم (أي من نسبهم الأصلي المبني على الدم)، وإحاقهم بأسر غريبة وأجنبية عنهم، وإلى الإتجار فيهم عن طريق التبني المزعوم بين الدول الغنية والفقيرة، بل إن التبني أصبح في الدول الغربية وسيلة قانونية يلجأ إليها اللواطيون للتعويض الجنسي، لتبني الأطفال وتجنيدهم في قطاع السياحة الجنسية التي تدر أموال طائلة على الأباطرة المتحكمين في تهريب الأطفال من البلدان الفقيرة بدعوى تبنيهم وتسوية وضعيتهم تجاه السلطات العامة. فحسب تقديرات منظمة اليونيسيف العالمية يوجد في الدول الغنية في العالم ما يزيد على خمسة ملايين أسرة ترغب في تبني الأطفال.

وهذا دون نسيان التنازع بين الطفل المتبني (وهو ابن غير شرعي) والابن الشرعي، لأنه عن طريق التبني التام سيؤمن له المساواة القانونية مع إخوانه الشرعيين، وخاصة في الميراث؛ لأن المشرع الفرنسي أقر المساواة بين الأطفال الشرعيين والطبعيين.²

ب- الكفالة:

الكفالة والتي عادة ما ترتبط دراستها بالنسب، فهي عبارة عن أسلوب يتم من خلاله تقديم الرعاية للأطفال المعترف بهم في الشريعة الإسلامية أو غير المعترف بهم، كما تعد نظام لرعاية بديلة لهذه الفئة حماية لها من التشرد والانحراف.³

وقد عرفت الكفالة في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري⁴ بأنها: "التزام على وجه التبوع بالقيام بولد قاصر من نفقه وتربيته ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، ويشترط أن يكون الكافل مسلماً عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته⁵.

¹-voir art 364 c.c.f (Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 () JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1er novembre 1966).

²- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 420-421.

³- بلقاسم عقيلة، رياحي أحمد، المرجع السابق، ص 136.

⁴- كما عرفها المشرع المغربي في المادة 2 من ظهير شريف رقم 1.02.172 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بأنها: "الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث".

⁵- وهو ما نصت عليه المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري.

وتجدر الإشارة أن هناك فرقا بين التبني والكفالة، فالتبني لدى الدول التي تعترف به يؤثر في النسب إذ يحدث نسبا جديدا اعتباريا وهو النسب بالتبني، وينتج عنه كل الآثار المتعلقة بثبوت النسب، أما في الكفالة فلا تترتب أي علاقة نسب بين الكفيل والمكفول، وقد يكون الولد المكفول معلوم أو مجهول النسب، بعكس التبني، فيبقى الولد المكفول محتفظا بنسبه الأصلي إن كان معلوما، أما إذا كان مجهول النسب فضابط الحالة المدنية هو من يعطيه اسما يتخذه كلقب عائلي¹. لكن ظاهريا فكلاهما (الكفالة والتبني) يهدفان إلى توفير الرعاية المادية والمعنوية للطفل².

البند الثاني:

المسائل المختلف على تكيفها ضمن الآثار الشخصية للزواج

من المسائل التي أحدثت جدلا فقها وقضائيا حول تكيفها ضمن الآثار الشخصية الناتجة عن الزواج، النفقة الزوجية (أولا)، وأهلية المرأة المتزوجة (ثانيا)، إضافة إلى الاسم الناشئ عن الزواج (ثالثا).

أولا- النفقة الزوجية:

ذكرنا أنه في الشريعة الإسلامية للرجال والنساء حقوق وواجبات تجاه بعضهم البعض، والالتزام الأساسي للزوج هو الإنفاق على زوجته حتى لو كان لديها ثروة ليست ملزمة بإدخالها في الأسرة للمعيشة³.

فالنفقة الزوجية⁴ واجبة على الزوج لقوله عز وجل في كتابه العزيز: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ

وَمَنْ جُدِرَ مَخْرَجُهُ رَغْمُهُ فَلَْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾⁵.

¹ - أنظر المواد: 119-120 من قانون الأسرة الجزائري، المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

² - علام الساجي، المرجع السابق، ص 277.

³ - Le statut de la femme et de l'homme en droit islamique, article publier sur le site électronique humanrights, le 05/04/2017. Voir le site: <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/religion/dossier/foyers-de-tensions/droits-des-femmes/> consulter le: 15/05/2019.

⁴ - النفقة في اللغة: نفق الشيء نفقا: نفذ، يقال نفق الزاد، ونفقت الدراهم، ويتعدى بالهمزة فيقال: أنفقتها، والإنفاق بذل المال ونحوه في وجوه الخير، والنفقة: ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكن، أو ما ينفقه الإنسان على عياله. أنظر: أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة، دت، ص 637. أما في الاصطلاح الفقهي فالنفقة الزوجية: هي ما يصرفه الزوج على زوجته من طعام وكسوة وعلاج، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع (قدرة) الزوج. أنظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 340.

⁵ - سورة الطلاق الآية 7.

وقوله ﷺ في حجة الوداع: " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".¹

وهناك شروط لاستحقاق الزوجة للنفقة ووجوبها على الزوج، وهي صحة عقد الزواج شرعاً، وصلاحية الزوجة للعشرة الزوجية، وأن لا تكون صغيرة أو مريضة أو بها مانع من موانع الحياة الزوجية، وأن تطيع زوجها بالمعروف، وإلا سقطت عنها النفقة.

ومن مسقطات النفقة: بطلان العقد وفسخه لأي سبب كالردة ووجود المانع، ونشوز الزوجة وعدم طاعتها لزوجها لأي سبب وخروجها من البيت دون إذنه ولو للعمل أو الحج، بالإضافة إلى مرض الزوجة قبل الدخول أو صغرها وعدم قدرتها على الوطء وتحمل أعباء الحياة الزوجية، أما مرضها بعد الدخول فلا يسقط حقها في النفقة.²

وقد رتب المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالنفقة في المواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة وحدد بعض مشتملاتها من خلال المادة 78.³

غير أن الإشكال الجوهرى الذي يطرح هنا هو هل تكيف النفقة الزوجية على أنها أثراً من آثار الزواج المالية أم الشخصية؟ ثم إن الإشكال الثانوى هو هل تعد من قبيل نفقة الأقارب أم تخرج عن نطاقها وتبقى ضمن آثار الزواج؟

اتفقت التشريعات العربية على إدراج النفقة الزوجية ضمن الآثار الشخصية لعقد الزواج بالرغم من أنها ذات طابع مالى، ومن ذلك المشرع المصرى الذى أقر الالتزام بالنفقة الزوجية أثراً من آثار الزواج الشخصية، كونها تصنف من بين الالتزامات المتبادلة بين الزوجين.⁴

¹ - أخرجه: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2003، حديث رقم 2839 / 1218، ص 576.

² - محمد باونى، المرجع السابق، ص 168-169.

³ - تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائرى على ما يلى: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات فى العرف والعادة"

⁴ - حيث قضت محكمة القاهرة الابتدائية فى حكم لها بتاريخ 13 يناير 1953 أنه: " لما كانت النفقة من الآثار المترتبة على عقد الزواج، فلا يصح ترتيبها إلا على الزواج الصحيح، أما الزواج الباطل فإنه والعدم سواء فلا يترتب عليه أية آثار من الآثار القانونية التى هى من خصائص الزواج الصحيح وحده"، مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد 16، حكم رقم 78، ص 316-317، نقلاً عن ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج طبقاً لقواعد التنظيم الأوروبى رقم 1259 لسنة 2010، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 136.

كذلك الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري. فبالرغم من أنه لم يأت بتعريف يوضح به طبيعة هذا الالتزام¹، إلا أنه يصنفه ضمن آثار الزواج الصحيح كونه ينشأ عن رابطة الزواج، ويترتب كنتيجة مباشرة له. لذلك من المنطق تكيفه كأثر من آثار الزواج². وهو نفس ما سار عليه المشرع التونسي الذي نظم أحكام النفقة في الفصول من 37 إلى 53 مكرر في الكتاب الرابع من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

وفي هذا الصدد تنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري³ على: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون". وبالتالي فإن النفقة الزوجية واجبة على الزوج مادامت في طاعته، وهذا نظير احتباسها له وقصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح، وهو ما قضت به المحكمة العليا أنه من آثار عقد الزواج الصحيح وجوب النفقة للزوجة ما دامت غير ناشز، وحسب وسع الزوج⁴ وظروف المعاش⁵. مع الإشارة أن النفقة الزوجية تبقى واجبة على الزوج⁶ سواء أكانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة، فقيرة أو غنية⁷، وسواء كان هو ميسور الحال أو فقير⁸. غير أنه إذا كان عاجزا فإن نفقة الأولاد تجب على الأم إذا كانت مقتدرة⁹.

¹ - احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 162

² - إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص 398.

³ - يقابلها الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁴ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39941، المؤرخ في 1986/02/24، (قرار مذكور سابقا)، أنظر كذلك: المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 51715، المؤرخ في 1989/01/16، م.ق، العدد 2، 1992، ص 55. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 390091، المؤرخ في 2007/04/11، م.م.ع، العدد 1، 2008، ص 245. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 466390، 2008/11/12، م.م.ع، العدد 2، 2008، ص 317. نقلا عن: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 340-341.

⁵ - أنظر نص المادة 79 ق.أ.ج.

⁶ - إلا أن المشرع التونسي في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية يعتبر أن مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة من ضمن واجبات الزوجين.

⁷ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 237418، 2000/02/22، (مذكور سابقا). نقلا عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 341.

⁸ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 515996، 1988/11/07، ن.ق، العدد 45، ص 58. نقلا عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع، ص 341.

⁹ - أنظر نص المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري.

وعلى هذا الأساس نستخلص أن النفقة الزوجية حسب الفقه والقضاء الجزائري والعربي تخرج عن نطاق نفقة الأقارب وتعتبر أثرا من آثار الزواج، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ أعراب بلقاسم: " وباعتبار أن الزوجين أجنبيان عن بعضهما البعض قبل الزواج وأن زواجهما هو الذي أنشأ هذا الالتزام، فإنه من المنطقي في رأينا أن نكيفية على أنه من آثار الزواج¹.

وفي اعتقادنا أن التشريعات العربية أسست موقفها هذا استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن النفقة الزوجية تترتب بمجرد إبرام عقد الزواج الصحيح والدخول، ثم أن شريعتنا تعد النفقة الزوجية من الآثار الشخصية لا المالية كون رابطة الزواج مقدسة تقوم على المودة والرحمة والتعاون.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أقر صراحة على أن النفقة تعد أثرا من آثار عقد الزواج ذلك بتصنيفها في الفصل الخامس من الكتاب الأول ضمن الالتزامات المترتبة عن الزواج²، غير أن نظرتة للنفقة تختلف عن نظرة التشريعات العربية لها؛ حيث أنه لا يعترف بأحقية الزوجة بالنفقة، وإنما يقر مساهمة كل من الزوجين بالنفقة على الأولاد، ومنه نستنتج أن المشرع الفرنسي يعترف فقط بنفقة الأقارب (بين الأصول والفروع... الخ)، غير أنه يصنفها ضمن آثار الزواج³.

ونشير أنه بعد دخول اتفاقية لاهاي المؤرخة 23 نوفمبر 2007 بشأن القانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة الناشئة عن العلاقات الأسرية أو النسب أو الزواج حيز التنفيذ تطبق أحكامها⁴.

ثانيا- تكييف أهلية المرأة المتزوجة والقانون الذي يحكمها:

الأهلية بصفة عامة هي من أهم خصائص الشخصية القانونية يتوقف عليها تحديد نشاط الشخص وفاعليته من حيث صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جهة، وكفاءته أو قدرته على ممارسة الأعمال والتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق والالتزامات على نحو يعتد به قانونا من جهة ثانية.

¹ - فتحة يعقوبي، ربيعة حزاب، آثار الزواج المختلط في تنازع القوانين والتشريعات المقارنة، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 4، العدد 16، جوان 2019، ص 303.

² - Art 203 c.c.f: « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

³ - Art 205 Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 - art. 3 () JORF 5 janvier 1972 en vigueur le 1er août 1972): « Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ».

⁴ - Sylvain Guillaud-Bataille, Droit international privé: mariage et divorce, les enjeux internationaux, NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE , N° 18, Paris 2, MAI 2014, p33.

عرفت الأهلية في الفقه الإسلامي بتعاريف عدة نختار منها التعريف الذي يذهب إلى القول بأن الأهلية "هي وصف يقوم بالشخص يجعله قابلا لأن تكون له حقوق وتجب عليه واجبات". والتعريف الذي يصف الأهلية بأنها "صفة لاصقة بالشخص تجعله صالحا لأن يباشر بنفسه تصرفاته على وجه يعتد بها شرعا".

أما فقهاء القانون فقد عرفوا الأهلية بعدة تعاريف أيضا نختار منها التعريف الأشمل في رأينا، وهو تعريف الدكتور حسن علي الدنون الذي يقول أن الأهلية هي "صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق قبل الغير وتثبت في ذمته التزامات نحوهم، وصلاحية استعمال هذه الحقوق والالتزامات"¹.

وبالنسبة للتكييف القانوني لفكرة الأهلية والقانون الذي يحكمها فتخضع الأهلية بصفة عامة حسب التشريع الجزائري للقانون الشخصي؛ أي قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص بجنسيته. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون المدني²، حيث جاء فيها ما يلي: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...".

ما يعاب على هذا النص أنه لم يحدد نوع الأهلية التي تدخل ضمن الفئة المسندة التي يحكمها ضابط الإسناد (قانون الجنسية)، فجعلنا نتساءل عن نوع الأهلية المقصود بها بهذا الخصوص عما إذا كانت أهلية الوجوب أو أهلية الأداء؟

لم يفصل المشرع الجزائري ولا التشريعات العربية في هذه المسألة بخلاف بعض التشريعات الأوروبية³، لكن استبعد الفقه الغالب⁴ أهلية الوجوب من نطاق ضابط الإسناد الذي يحكم المسألة (أي قانون الجنسية)، وحثهم في ذلك أن أهلية الوجوب لا تخضع لقانون واحد (وهو القانون الشخصي) بل تخضع لقوانين مختلفة بحسب الفكرة المسندة التي يندرج تحتها الحق الذي يراد معرفة

¹ عدنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة (دراسة تحليلية مقارنة)، دط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 26-27.

² تقابلها المادة 11 من القانون المدني المصري، المادة 12 مدني سوري، المادة 12 مدني أردني، م 18 مدني عراقي.

³ على سبيل المثال المشرع الألماني الذي اتخذ موقفا مغايرا وأقر بصريح العبارة في المادة 7 من القانون المدني لسنة 1896 خضوع أهلية إبرام التصرفات القانونية أي أهلية الأداء لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته على سبيل الحصر مستبعدا بذلك أهلية الوجوب. أنظر عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص 209.

⁴ من بينهم: الدكتور فؤاد عبد المنعم، د. سامية راشد، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، د. هشام صادق، د. سامي عبد الله. نقلا عن: عدنان باقي لطيف، نفس المرجع، ص 200.

ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا، وبعبارة أخرى فإن أهلية الوجوب تخضع لقانون الدولة التي يراد التمتع بالحق على إقليمها.

وفي المقابل يرى الفقه أن الأهلية التي تخضع للقانون الشخصي هي أهلية الأداء، فهي التي تلازم الشخص أينما حل لذلك فهي التي تثير عادة التساؤل حول مصير التصرف بالصحة أو البطلان في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وخصوصا إذا ما كان الشخص يملك القدرة على ممارسة الحقوق وأداء الواجبات وفق قانونه، إلا أنه وفق قانون دولة أخرى قد لا يملك مثل هذه القدرة أو العكس، فهذا الاختلاف التشريعي بين قوانين الدول هو ما يثير تنازعا بين قوانينها، وبالتالي فإن هذا النوع من الأهلية (أي أهلية الأداء) هي التي تتطلب أن يكون حكمها واحد بالصحة أو البطلان.

حيث يضمن القانون الشخصي (قانون جنسية الشخص) امتداد سلطان القانون والحكم الواحد المطلوب على أهلية الأشخاص. وفي هذا الصدد يقول الدكتور حسن الهداوي: "مما يبرر إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية للقانون الشخصي كون الفرد غير قابل للتعدد والانقسام، لذلك يجب أن يكون النظام الذي يحكم أهليته ونسبه وزواجه واحدا بصورة مستمرة بدون تجزئة...¹؛ أي إذا ما أسندت الأهلية إلى قانون واحد هو القانون الشخصي فإن حكمها سيكون واحدا-من حيث المبدأ، فلا تكون موجودة وصحيحة تارة ومنقوصة أو معدومة تارة أخرى تبعا لإخضاعها لهذا القانون أو ذاك. ومن ثم يكون المشرع الجزائري وبقية التشريعات المقارنة قد قصدت بالأهلية الخاضعة للقانون الشخصي أهلية الأداء. فالمشرع الوطني الذي يعقد لقانونه الاختصاص في مسألة الأهلية من خلال تطبيق القانون الشخصي هو أدرى من أي مشرع آخر بأهلية وطنه، مادام أنه يسعى من خلال الأحكام الخاصة بالأهلية لتوفير الحماية لمواطنيه².

وهو ما أكده المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، الذي قصد بتعبير الأهلية المراد إخضاعها للقانون الشخصي أهلية الأداء وحدها، وهو كما نعرف أصلا ومصدرا للعديد من القوانين المدنية، وتأثر به القانون الجزائري كذلك.

¹ - حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دط، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 93.

² - عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص 200 وما بعدها.

بعد توضيح مسألة نوع الأهلية التي تدخل في نطاق القانون الشخصي نستدرك موضوعنا الرئيسي ونثير التساؤل التالي عما إذا كانت أهلية المرأة المتزوجة تكيف ضمن آثار الزواج وتخضع لنفس ضابط الإسناد الذي يحكم هذه الآثار، أم تكيف من قبيل الأهلية العامة للشخص وتخضع للقانون الذي يحكمها؟ وبمعنى آخر، هل تتأثر أهلية المرأة بالزواج وتصبح ناقصة من الناحية القانونية وتحتاج لإذن زوجها عند مباشرتها لأي تصرف قانوني أم أنها تبقى متمتعة بأهليتها الكاملة؟

بداية نود الإشارة إلى أن أهلية الرجل تبقى مستقرة ولا تتأثر بالزواج إطلاقاً، أما عن أهلية المرأة المتزوجة فقد تضاربت الآراء الفقهية والتشريعية حول تأثير الزواج على أهليتها؛ فانقسمت بين من يعتبرها ناقصة أو منعدمة وبالتالي اعتبارها أثراً من آثار الزواج، وبين من يقر بالأهلية الكاملة للزوجة ومن ثم تدخل في فكرة الأهلية بوجه عام ويطبق عليها قانونها الشخصي. ولا شك أن هذه المسألة هي مسألة تكيف المرجع فيها هو قانون القاضي.

فمن التشريعات التي تعتبرها أثراً من آثار الزواج فهي تنص على تقييد حرية المرأة المتزوجة في التصرف، وهذا القيد قد يكون عاماً، بحيث يشمل كل التصرفات القانونية للزوجة، وقد يكون خاصاً حيث يرد على تصرفات معينة فقط¹. فالقانون في بعض الدول لا يعطي للمرأة الحق في الأهلية التجارية، ولا يحق لها أن تمتلك الأهلية المدنية في بعض الدول الأنجلوأمريكية، والأوروبية²؛ حيث أقرت تشريعات هذه الدول بفقدان المرأة لأهليتها أو نقصانها بسبب الزواج، بحيث لا تستطيع إبرام التصرفات أو التقاضي إلا بإذن زوجها أو من مجلس العائلة³.

وبالتالي ما هو القانون الذي يحكم أهلية المرأة المتزوجة؟ هل يسري عليها القانون الذي يحكم الأهلية (قانون جنسيتها) أم القانون الذي يحكم آثار الزواج؟

اختلف الفقهاء في تكيف هذا القيد الوارد على حرية المرأة المتزوجة، حيث يرى جانب من الفقه (من بينهم: Paul Lagarde و Batiffol Henri) أنه يجب التمييز بين حالتين:

¹ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 291

² ففي إنجلترا مثلاً ظل الوضع على هذا الحال حتى سنة 1870 حينما صدر "قانون ملكية المرأة المتزوجة" الذي رد للمرأة بعضاً من أهليتها، وفي فرنسا لم تكتمل أهلية المرأة إلا بعد صدور الأنظمة القانونية لسنة 1938 و 1942. أنظر جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 291.

³ مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 138.

- الحالة الأولى: والتي يكون فيها القيد عاما أي متعلقا بجميع التصرفات فيعتبر أثرا من آثار الزواج.

- الحالة الثانية: إذا كان القيد خاصا أي متعلقا ببعض التصرفات فقط، فيعتبر حالة من حالات عدم الأهلية الخاصة التي يحكمها القانون الذي يخضع له التصرف ذاته.

سواء كان هذا التقييد عاما أو قاصرا على مباشرة تصرفات معينة فهو صفة لحقت بالزوجة نتيجة ارتباطها بعلاقة زوجية، والمفروض أن تزول هذه الصفة بزوال السبب المباشر الذي تولدت عنه هو الزواج. ومن ثم وجب تكييف القيد على حرية المرأة المتزوجة في التصرف في جميع الحالات على أنه أثر من آثار الزواج يخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار¹.

في حين يتجه فريق آخر² إلى وجوب البحث عن هدف القانون الأجنبي المحتمل التطبيق من تقييده لحرية المرأة بالزواج:

- إذا كان الهدف من هذا النقص هو حماية المرأة نفسها من ضعفها بالنظر إلى جنسها، فهي مسألة متعلقة بالأهلية؛ وبالتالي تخضع لقانونها الشخصي.

- أما إذا كان الهدف من هذا التقييد هو حماية الأسرة والمحافظة على سلطة الزوج داخل بيت الزوجية؛ ففي هذه الحالة يُعد أثر من آثار الزواج ويخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار³.

إلا أن الراجح في هذا التفريق أن نقص الأهلية في هذه الحالة هدفه حماية الأسرة والمحافظة على السلطة الزوجية، ولا يقصد به حماية المرأة نفسها. وبالتالي اعتبارها أثرا من آثار الزواج وتخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار؛ حيث يرجع لهذا القانون لبيان فيما إذا كان من اللازم حصول الزوجة على إذن زوجها عند قيامها بتصرف قانوني معين⁴.

¹ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 138-139، أنظر كذلك: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 293، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 273.

² - مثل لوسوران ويوريل، وفضل الله. نقلا عن محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 138، هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 272-273.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 329، أنظر كذلك هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 272-273، جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 293.

⁴ - عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 161.

وهناك اتجاه ثالث يرى بأن الزواج لا أثر له على أهلية المرأة، وبأن أهليتها في هذه الحالة تندرج في فكرة الأهلية بوجه عام وتخضع لقانونها الوطني¹، وهو الرأي الذي تبنته التشريعات العربية المتأثرة بالشريعة الإسلامية منها مصر والجزائر. حيث أكد المشرع المصري في المادة 1/14² من القانون التجاري الجديد أن الأهلية التجارية للمرأة المتزوجة يحكمها قانون جنسيتها. وليس قانون جنسية زوجها، غير أن المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة نص على جواز اعتراض الزوج على احتراف زوجته التجارة إذا كان قانون جنسيتها يجيز ذلك، وهذا حماية للغير من المتعاملين في مصر مع الزوجة الأجنبية وليس الوطنية³.

أما في فرنسا فقد أقر المشرع بموجب المادة 216 من القانون المدني يتمتع كل من الزوجين بالأهلية القانونية الكاملة، لكن فيما يخص الحقوق والصلاحيات قد تكون مقيدة بتأثير نظام الزوجية⁴. وقد استقر القضاء الفرنسي بشأن ضابط الإسناد الذي يحكم الأهلية على تطبيق قانون الموطن على أهلية المرأة المتزوجة في حالة اختلاف جنسية الزوجين إذا كان نقص الأهلية عاما، أما إذا كان خاصا كاحترافها التجارة مثلا فتخضع للقانون الذي يحكم التصرف ذاته.

أما في الجزائر فلم ينص المشرع على القانون الذي يحكم أهلية المرأة المتزوجة ولا عن تأثير الزواج على أهليتها، إلا أنه يفهم ضمنا من خلال المادة 8 من القانون التجاري⁵ أن للمرأة، سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة، الحق في الأهلية التجارية ولها أن تقوم بأعمالها وتحترف تجارتها

¹ - شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 358-359.

² - تنص المادة 14 من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999 على: " 1- ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها". 2- يفترض في الزوجة الأجنبية التي تحترف التجارة أنها تزاولها بإذن زوجها، فإذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز للزوج الاعتراض على احتراف زوجته التجارة أو سحب إذنه السابق وجب قيد الاعتراض أو سحب الإذن في السجل التجاري ونشره في صحيفة السجل، ولا يكون للاعتراض أو سحب الإذن أثر إلا من تاريخ إتمام هذا النشر. 3- لا يؤثر الاعتراض أو سحب الإذن في الحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية.

³ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 274.

⁴ - Art 216 (Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 - art. 1 () JORF 14 juillet 1965 en vigueur le 1er février 1966): « Chaque époux a la pleine capacité de droit ; mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions du présent chapitre ».

⁵ - حيث تنص المادة 8 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري. المعدل والمتمم إلى غاية قانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 على مايلي: " تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها..."

بنفسها دون الحاجة لإذن من زوجها ولا أبيها شرط أن تكون راشدة¹.

بالإضافة إلى أن للزوجة ذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها ولها حرية التصرف في أموالها كيفما تشاء، وهو ما نص عليه مشرعنا الوطني في المادة 37² من قانون الأسرة اقتداء بالشرعية الإسلامية، وهو دليل على تمتعها بالأهلية الكاملة.

والملاحظ في نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري أنها جاءت عامة ولم تستثن أحدا سواء كان ذكرا أم أنثى، وسواء كانت هذه الأخيرة متزوجة أو غير متزوجة، وطنية أو أجنبية. ففي كل الحالات تخضع أهليتها لقانونها الشخصي ولا أثر للزواج عليها، وبالتالي تستبعد كلية من الآثار المترتبة عن الزواج.

وفي هذا السياق يرى الدكتور أعراب بلقاسم أنه من الأفضل إخضاع أهلية المرأة المتزوجة في القانون الجزائري لقانونها الشخصي في الحالة التي يكون فيها الزوجين مختلفي الجنسية، لأن المرأة قد تكون كاملة الأهلية وفقا لقانونها وناقصة وفقا للقانون الذي تخضع له آثار الزواج³.

بالرغم من أننا نتفق مع هذا الرأي من حيث المبدأ، إلا أنه يعتريه بعض التقصير إذا نظرنا له بمفهوم المخالفة. فإذا افترضنا أن جزائرياً تزوج بألمانية وأرادت هذه الأخيرة إجراء تصرف قانوني معين ك شراء منزل بالجزائر مثلا، وكان قانونها يحرمها من أهليتها تماما ولا يسمح لها بالتملك إلا بعد حصولها على إذن من زوجها؛ ففي هذه الحالة نعتقد أنه يجوز تطبيق قانون الزوج وهو القانون الجزائري لأنه الأصلح للزوجة إذا تبين أنها كاملة الأهلية ولا يعترها أي عارض من عوارض الأهلية بالنسبة للقانون الجزائري فلا مانع من شرائها بإذن زوجها، ومنه فعلى المشرع تكريس نص يفيد به ضرورة الرجوع للقانون الأصلح للزوجة.

ثالثا- الاسم الناشئ عند الزواج: (اسم المرأة المتزوجة):

يتميز الشخص الطبيعي عن غيره باسم معين يطلق عليه عند ولادته، يكون متصلا بمركزه العائلي. والمتفق عليه هو اعتبار الاسم عنصرا من عناصر الحالة، وجزءاً من الحياة الخاصة

¹ - أنظر نص المادة 5 من القانون التجاري الجزائري.

² - حيث تنص على ما يلي: " لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن ذمة الآخر...".

³ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 138.

للشخص، لذلك يعد من المسائل التي يحكمها القانون الشخصي¹.

يثور الإشكال في هذا النطاق حول تكييف اسم المرأة المتزوجة الذي قد يقع به تغيير بمجرد الزواج، فهل يكيف كأثر من آثار الزواج ويخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم هذه الآثار؟ أم أنه يكيف ضمن عناصر الحالة وبالتالي يخضع للقانون الشخصي للمرأة؟

مبدئياً فإن اسم الزوج لا يتأثر بالزواج، ويبقى محتفظاً باسمه بعد زواجه²، وفيما يخص أثر الزواج على الاسم العائلي للزوجة وما يطاله من تغيير، تبقى هي كذلك محتفظة باسمها العائلي، الأمر الذي أقرته الشريعة الإسلامية كونه عنصراً من عناصر حالتها المدنية وخاصة من خصائص شخصيتها، تتعامل به في مختلف تصرفاتها القانونية³.

وهو ما سارت عليه التشريعات العربية⁴ اقتداءً بشريعتنا السمحاء. فزواج المرأة لا يؤثر على اسمها العائلي، غير أن المشرع المصري كان ينص سابقاً في المادة 2/29 من المشروع التمهيدي للقانون المدني على أن لقب الشخص يلحق زوجته في حياته وكذلك بعد مماته، لكن مجلس الشيوخ قرر حذف ذلك النص على أساس أن هذا النظام من النظم الأوروبية التي لم يتعود عليها المصريون، فالعرف لم يستقر على أن لقب الزوج يلحق زوجته⁵.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فعلى الرغم من اقتدائه بأحكام الشريعة الإسلامية واعتباره اسم المرأة حقاً خاصاً بها يخص حالتها المدنية تستعمله في تصرفاتها القانونية ولا يتأثر بزواجها، إلا أن العرف في الجزائر جرى على أن تحمل الزوجة لقب زوجها تأثراً بالقانون الفرنسي الذي أعطى للزوجة الحق في أن تحمل اسم زوجها⁶، غير أنه لم ينص على ذلك قانوناً.

وهناك بعض الأنظمة القانونية الغربية التي تعتبر الاسم الناشئ عن الزواج حقاً من حقوق

¹ - إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص 397.

² - تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 6، 2008، ص 146.

³ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 140.

⁴ - حيث نص القانون العماني رقم 32 لسنة 1987 صراحة في المادة 37 على حق الزوجة في الاحتفاظ باسم عائلتها.

⁵ - إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص 397.

⁶ - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 146.

الزوجة وأثراً من الآثار الناشئة عن إبرام عقد الزواج¹. في حين أن هناك أنظمة قانونية أخرى تترك للزوجين حرية الاختيار على وضع اسم مشترك بينهما².

وفي وقتنا الحاضر نلاحظ اتجاه التشريعات الحديثة نحو عدم إلزام الزوجة بحمل اسم زوجها باعتبار أن إلزامها يحتوي على نوع من عدم المساواة بينهما، على غرار التشريع الفرنسي الذي كان سابقاً ينص على أنه للمرأة الحق في استخدام اسم زوجها تحت راية تحقيق الوحدة الزوجية، غير أن هذا الأمر عرضه للنقد؛ حيث اعتبره البعض إخلالاً بمبدأ المساواة بين الزوجين، إلا أنه ألغى فكرة التمييز بين الجنسين وسأوى بين الزوجين فيما يتعلق بالاسم، الأمر الذي جسده قانون 2013/05/17؛ حيث نصت المادة 1/225 من القانون المدني على: " يجوز لكل من الزوجين حسب العرف أن يحمل اسم الزوج الآخر عن طريق استبدال أو إضافته إلى اسمه الحقيقي بالترتيب الذي يختاره"³

وبذلك أصبح المشرع الفرنسي لا يرتب على الزواج أي أثر على اسم الزوجة؛ فكل من الزوجين يحتفظ باسمه المسجل في عقد ميلاده، وكقاعدة اختيارية يستطيع كل من الزوج والزوجة إذا أرادا استخدام اسم الزوج الآخر إلى جانب اسمه الأصلي.

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر بتاريخ 2010/11/09 على حق كل من الزوجين في الاحتفاظ باسمه الأصلي بعد الزواج، كما يحق للزوجين اختيار اسم عائلي مشترك احتراماً لمبدأ المساواة بين الزوجين⁴.

ومنه نستخلص أن الاسم الناشئ عن الزواج يخرج من نطاق الآثار الشخصية للزواج في القانون الجزائري وأغلب التشريعات الوضعية، وبالتالي لا يخضع لقاعدة الإسناد التي تخضع لها آثار الزواج.

¹ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 271.

² - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 341.

³ - Art 225-1 (LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 10): « Chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit ».

⁴ - شيبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 347-348.

الفرع الثاني:

تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه

مبدئياً فإن المسائل التي تخرج من نطاق الآثار الشخصية للزواج التي تطرقنا إليها سابقاً كأهلية واسم الزوجة، تخضع للقانون الشخصي؛ أي قانون جنسية الشخص حسب نص المادة 10 من ق.م.ج حيث جاء فيها ما يلي: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

أما بالنسبة للقانون الذي يحكم الآثار الشخصية للزواج المختلط فقد اختلفت التشريعات في وضع قواعد التنازع الخاصة بها، فاتجه البعض إلى إسنادها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين أو آخر جنسية مشتركة لهما¹، بينما يرى اتجاه آخر بإسنادها لقانون الموطن المشترك عند اختلاف الجنسية المشتركة بينهما (أي قانون محل الإقامة)²، ويرى اتجاه ثالث بإخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج³. كما أن هناك دول انتهجت عدة ضوابط إسناد حكم الآثار المترتبة عن الزواج المختلط منها التشريع التونسي الذي نص على أكثر من ضابط إسناد في الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية⁴؛ حيث أخضع آثار الزواج الشخصية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وفي حالة اختلافهما في الجنسية يطبق قانون آخر موطن مشترك أو قانون القاضي.

أما في فرنسا لم يكن هناك نص قانوني يحكم الآثار الشخصية للزواج، حيث كان القضاء سابقاً يسندها لقانون جنسية الزوج⁵ باعتباره هو رب الأسرة (المادة 213 من القانون المدني الفرنسي وبعد تعديل هذه المادة في 7 يوليو 1970، أخذ بمبدأ مساواة الزوجين في إدارة وتسيير شؤون الأسرة⁶. فقد نادى الفقه والقضاء فيما بعد بإخضاعها إلى قانون جنسية الزوجين من خلال المادة 3/3 من القانون

¹ - من التشريعات الأوروبية التي أخذت بهذا الاتجاه: القانون اليوناني، البولوني، التشيكوسلوفاكي.

² - من بين التشريعات التي انتهجت هذا الاتجاه: الو.م.أ، القانون الإنجليزي، القانون الألباني، البولندي، البرتغالي، النمساوي.

³ - من بين التشريعات التي انتهجت هذا الاتجاه: القانون الإيطالي، والقانون الألماني سابقاً.

⁴ - حيث جاء فيه: " تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة"

⁵ - عائد نييل محمد الأسطل، المرجع السابق، ص 41.

⁶ - رجاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 42. أنظر كذلك شبرور نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 366-367.

المدني الفرنسي ويترتب على ذلك إخضاع الآثار الشخصية للزواج لقانونهم الوطني المشترك أي جنسيتها المشتركة. وعليه تدخل المشرع الفرنسي بنص المادة 310 ق.م. فرنسي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال وعممها على القانون الذي يحكم آثار الزواج، والتي أصبحت المادة 309 بمقتضى التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي¹.

غير أن الإشكال الذي يطرح في هذه الحالة إذا ما تغيرت جنسية الزوجين هو كيف يمكن حسم النزاع؟ وما هو القانون الواجب التطبيق بشأنها؟

يمكن حل النزاع بالرجوع إلى الجنسية المشتركة التي كان عليها الزوجان يوم ميلاد آثار الزواج، أما إذا تغيرت جنسية أحدهما وترتبت آثار الزواج لاحقاً فالمسألة هنا تكون أكثر تعقداً؛ لذلك كان على القضاء الفرنسي البحث عن قانون يحكم هذه الآثار. وتطبيقاً لمبدأ المساواة بين الزوج والزوجة فإن هذا القانون لا يمكن أن يكون قانون أحد الزوجين، وبالتالي حسم القضاء الفرنسي الخلاف بتطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين، وهذا المبدأ وضعه حكم Rivierie الصادر في 1953 بصدد الطلاق. فهذا الحكم يمتد تطبيقه لآثار الزواج الأخرى، ونشير هنا إلى أن محل الإقامة المشترك ليس بالضرورة الإقامة تحت سقف واحد؛ فيكفي أن يكون الزوجان مقيمين في نفس البلد، وهو ما جاء في حكم Tanwiel الصادر في 15 مايو 1961. أما في حالة عدم اشتراك الزوجين لا في الجنسية ولا في الموطن فتحضج آثار الزواج وفقاً لحكم Tavoid لقانون القاضي.

إذا تخضع الآثار الشخصية للزواج في القانون الفرنسي إما لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وعند غيابها لقانون الموطن، وعند غيابها لقانون القاضي².

أما باقي التشريعات العربية³، بما فيها القانون الجزائري والمصري، فأغلبها تبنت ضابط إسناد

¹ درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفا تر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، العدد 4، جانفي 2011، ص 242.

² يحيى أحمد زكرياء الشامي، يحيى أحمد زكرياء الشامي، آثار الزواج في القانون الدولي الخاص والفقهاء الإسلامي (دراسة في مسائل الجنسية والميراث والنفقة)، د ط، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص 588-589.

³ - ومثال ذلك: القانون الأردني (المادة 14 ق.م)، القانون العراقي (المادة 2/19 ق.م)، السوري (م 14 ق.م)، الليبي (م 13 ق.م)، الكويتي (م 39 من القانون المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي)، السوداني (م 11 من القانون الصادر في 1984). الإماراتي (م 1/13 قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، القانون القطري (م 16 من ق.م).

واحد؛ وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، حيث ينص المقتن الجزائري في المادة 12 من القانون المدني¹ على ما يلي: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج".

نستخلص من نص المادة أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب انتهج ضابط إسناد واحد يطبق على كل آثار الزواج، سواء كانت ذات صبغة مالية أم ذات صبغة شخصية، وهو قانون جنسية الزوج، وحقته في ذلك أن الزوج هو رب الأسرة وهو من له حق القوامة اقتداء بالشرعية الإسلامية، بالإضافة إلى تحقيق الاستقرار للأسرة عن طريق عدم زعزعة آثار الزواج المختلط متى ما تغيرت جنسية الزوج.

كذلك تثير مسألة آثار عقد الزواج المختلط في أغلب الأحيان إلى تزامم قانونين على الأقل، مما يتعذر تطبيق أحدهما عند الاختلاف، وهوما دفع الدول التي تبنت هذا الحل إلى إخضاع آثار الزواج لضابط الجنسية؛ أي إخضاعها لقانون واحد، وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

فإذا نشأ نزاع بين زوج جزائري وزوجة إيطالية حول الحقوق والواجبات الزوجية مثلا أمام القاضي الجزائري، فإن هذا الأخير يطبق قانون جنسية الزوج؛ وهو القانون المعمول به في الدولة التي يحمل الزوج جنسيتها، وبالتالي القانون الجزائري، وذلك إعمالا بنص المادة 12 السالفة الذكر.

أما إذا كان الزوج فرنسيا والزوجة إيطالية مثلا، ونشأ النزاع في الجزائر؛ فإن القانون الفرنسي هو الذي يعتد به بشأن آثار الزواج باعتباره قانون جنسية الزوج.

وتجدر الإشارة بأن مشرعنا قد فصل في مسألة تغيير الزوج جنسيته بعد الزواج، فنص صراحة على أنه يعتد فقط بالجنسية التي كان عليها أثناء انعقاد الزواج، وذلك تفاديا لنشوء مشكلة التنازع المتغير (المتحرك) ؛ بمعنى أنه إذا وقع نزاع بين الزوجين حول آثار الزواج، وقام الزوج بتغيير جنسيته بعد الزواج فالعبرة بجنسيته وقت انعقاد الزواج ولا يعتد بجنسيته الجديدة، ويرى الفقه أنه حتى وإن كانت الجنسية الجديدة هي نفسها جنسية الزوجة الحالية، فلا يعتد بها بالرغم من أنهما أصبحا يشتركان في الجنسية، فالنص جاء صريحا يقر بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

¹ وهو النص المنقول عن نص المادة 13 من القانون المدني المصري حيث جاء فيها ما يلي: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال"

يرى الدكتور جمال محمود الكردي¹ أن السبب وراء إخضاع آثار الزواج دائما لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج هو أن حقوق وواجبات الزوجين قد تحددت وقت نشأة الزواج، وقد قبلت الزوجة الخضوع لنظام الزوجية كما يحدده هذا القانون.

وقد رأى المشرع أنه ليس من العدل أن تتعدل هذه الحقوق والواجبات نتيجة لعمل إرادي من جانب الزوج وحده.

ونتفق مع هذا الرأي ونجده منطقيا لسببين اثنين: أولهما أن الزوجة تكون في مركز قانوني إيجابي باعتبارها عالمة بالحقوق التي لها والواجبات التي عليها في هذا القانون منذ البداية (منذ عقد قرانها)، وثانيهما كونه يقيد الزوج ويمنعه من التحايل على القانون. فإذا أعطاه المشرع الحرية في هذه المسألة وسكت عن تحديد القانون الذي يعتد به؛ لأصبح يغير جنسيته حسب القانون الذي يخدم مصالحه أكثر في النزاع، وبالتالي فالمسألة فيها إجحاف وظلم وضياح لحقوق الزوجة.

لكن لماذا أخذ المشرع بقانون جنسية الزوج مفضلا إياه على قانون جنسية الزوجة؟

ناهيك عن الأسباب التي ذكرناها سابقا؛ وهي أن الزوج هو رب الأسرة وهو صاحب القوامة والقرار في بيت الزوجية، يرى جانب من الفقه² أنه لا يمكن أن تخضع العلاقة لقانونين في وقت واحد؛ إذ لن يتسنى تطبيق أحدهما عند الاختلاف إلا بمخالفة الآخر، لذلك فضّل المشرع الأخذ بقانون واحد يحكم تلك العلاقة وهو قانون الزوج؛ ذلك أن آثار الزواج تقتضي الوحدة في النظام القانوني الذي يحكمها وتتفر من التعدد، بالإضافة إلى أنه غالبا ما تكتسب الزوجة جنسية زوجها بعد الزواج، وبالتالي توحيد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج فيه مصلحة للأسرة³.

إلا أن انتهاج المشرع لهذا الحل (قانون جنسية الزوج وحده) عرضه مثل غيره من التشريعات لانتقاد الفقه، ذلك لمخالفته مبدأ دستوري هو المساواة بين الرجل والمرأة، فكان الأحرى به تطبيق قانون

¹ - جمال محمود الكردي أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص ووكيل كلية الحقوق جامعة طنطا، متحصل على شهادة الدكتوراه في القانون الدولي الخاص بجامعة تولوز سنة 1993. أنظر عبر الموقع:

http://tdb2.tanta.edu.eg/staff/ProfInfo.aspx?staff_id=285 تاريخ الإطلاع: 2019/07/27 سا: 5: 00.

² - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 290، أنظر كذلك هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 269، عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 158.

³ - يحيى أحمد زكرياء الشامي، آثار الزواج في القانون الدولي الخاص والفقه الإسلامي (دراسة في مسائل الجنسية والميراث والنفقة)، د ط، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص 593.

الجنسية المشتركة للزوجين، وإن اختلفا في الجنسية فتطبيق قانون الموطن المشترك بوصفه قانونا محايدا؛ لأن في تطبيق قانون جنسية الزوج وحده مضرة بالزوجة - كما أسلفنا الذكر - والتي تكمن مصلحتها في تطبيق قانونها الوطني طبعاً¹.

ثم إن تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لا يخلو من بعض الصعوبات. فآثار الزواج تتوقف على القانون المطبق وليس على تاريخ الزواج، ولهذا فإن الآثار المستقبلية للزواج يجب أن يحكمها القانون الجديد ولا يجوز أن تبقى رهينة القانون القديم. وهكذا إذا غير الزوج الجزائري جنسيته فلا تبقى آثار الزواج المستقبلية خاضعة لقانون انقطعت صلة الزوج به وإنما يجب أن يختص بحكمها قانون الجنسية الجديدة للزوج، ويتطلب ذلك الاعتراف بقانون جنسية الزوج وقت التقاضي وليس من وقت إبرام الزواج².

وندعم هذا الموقف بإضافة هذا القيد إلى وقت التقاضي، لأننا نرى بأنه لا معنى للاعتداد لتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وقد تنازل عنها، ونمتنع عن تطبيق قانون الجنسية التي اكتسبها وقت النزاع، وعلى هذا الأساس نقترح على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 12 من القانون المدني الجزائري لتصبح الصياغة بعد التعديل على النحو الآتي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وقت التقاضي على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج".

وبالعودة إلى مواد التنازع الخاصة بآثار الزواج التي وضعها المشرع الجزائري نلاحظ أنه كرس ضابط جنسية الزوج كأصل للأجنبي، لأنه وضع استثناء كغيره من المشرعين العرب³ في المادة 13 من القانون المدني⁴؛ حيث نص على ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج...". يتبين لنا من خلال نص المادة أن مشرّعنا قد وضع استثناء من الأصل يعتد فيه بالقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً، فإذا تزوجت جزائرية بلبناني وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري فيما يخص آثار

¹ - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 270.

² - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 148.

³ - مثال ذلك المشرع الأردني (م 15 ق.م). المادة 14 ق.م. مصري، 14 ق.م. لبيبي، 15 ق.م. سوري.

⁴ - تقابلها المادة 14 من القانون المدني المصري التي تنص على: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

الزواج، فالقانون الذي يطبقه القاضي هو القانون الجزائري بوصفه قانون الزوجة الجزائرية. والجدير بالذكر أن مشرعنا وضع هذا الاستثناء حماية لمصلحة الزوجة الجزائرية، كون الزوج الجزائري محمي وقانونه يطبق في كل الحالات.

نضيف كذلك أن المشرع نص صراحة في المادة 13 ق.م على وقت الاعتداد بالقانون الجزائري وحده على آثار الزواج. فقد حدده بوقت انعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى تفاديا للتنازع المتحرك كما أشرنا سابقا بصدد تحليلنا لنص المادة 12 ق.م؛ بمعنى أنه إذا نشب نزاع حول أحد آثار الزواج بين زوج عراقي وزوجة كانت سورية وقت إبرام الزواج وبعد الزواج غيرت جنسيتها وأصبحت جزائرية فلا يعتد بجنسيتها الجديدة، وبالمفهوم المعاكس إذا كانت الزوجة جزائرية عند إبرام الزواج واتضح أنها تغيرت وأصبحت سورية وقت رفع الدعوى، فالعبرة هنا بالقانون الجزائري كونه قانون الزوجة وقت انعقاد الزواج تطبيقا لنص المادة 13 السالفة الذكر.

وقد تعرض هذا الاستثناء الذي أوردته التشريعات العربية ومنها القانون المدني الجزائري للنقد من جانب الفقه بحجة أنه يؤدي إلى نتيجة شاذة؛ وهي تطبيق القانون الوطني على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت الزواج حتى لو تغيرت جنسيته بعد ذلك، بينما لا يطبق القانون الوطني إذا كان الزوجان أجنبيين وقت الزواج ثم اكتسبا كلاهما أو أحدهما الجنسية الوطنية في وقت لاحق.¹

كنتيجة لما سبق بيانه فإن الحقوق والواجبات الزوجية، بما فيها النفقة الزوجية، تكيف ضمن آثار الزواج الشخصية ويسري عليها طبقاً لنص المادة 12 ق.م.ج قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كقاعدة، واستثناءً عن القاعدة يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً.

إلا أن السؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هو هل يطبق القاضي قانون جنسية الزوج على كل المنازعات المتعلقة بآثار الزواج الشخصية أم أن هناك ضوابط إسناد أخرى تحكم هذه المنازعات؟ ثم هل من المنطق تطبيق قانون جنسية الزوج في مسائل متعددة الأطراف كالنسب مثلاً؟

في حقيقة الأمر هناك آثار شخصية تختلف من حيث ضابط الإسناد. فبالرغم من تكيفها ضمن الآثار الشخصية للزواج؛ إلا أنها تخضع لضابط إسناد مستقل، وعليه سنتناولها بالتفصيل كالتالي:

¹ - رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 117.

البند الأول:

القانون الواجب التطبيق على مسائل النسب في الزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه

يشكل إثبات نسب الأطفال المنحدرين من الزواج المختلط والآثار المترتبة عليه بؤرة تنازع للقوانين، فلا شك أنه يثير مشكلات حادة وشائكة نظرا لما يعترضه من خلاف بين التشريعات ذات المرجعية الإسلامية والتشريعات العلمانية الحديثة، واختلاف أطراف الزواج في الجنسية والديانة؛ وهو ما يؤدي إلى تعدد المصادر التشريعية الحاكمة في إثبات النسب حين الزواج المختلط وفق قواعد الإسناد المعروفة عند تنازع القوانين¹.

وقد أشرنا سالفاً أنّ البنوة في المجتمع الدولي تنقسم إلى بنوة شرعية، وبنوة غير شرعية (طبيعية)، بالإضافة إلى البنوة بالتبني والكفالة². وعليه يحق التساؤل ما القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي (أولاً)، وعلى النسب الطبيعي (ثانياً)؟ وأخيراً ما القانون الذي يسري على بنوة الكفالة والتبني في الدول التي تعترف به (ثالثاً)؟

أولاً- القانون الواجب التطبيق في إثبات النسب الشرعي:

عرفنا أنّ النسب الشرعي هو انتساب الولد إلى أم وأب تربط بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج؛ فهي رابطة تتصل بالابن من جهة وبالوالدين من جهة أخرى وبالأسرة عموماً³، فهي من المسائل التي تتعلق بحالة الشخص، وبالتالي فهي تعدّ من الأحوال الشخصية، ومن ثم يحكمها القانون الشخصي كقانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه أو الصغير المراد إثبات نسبه.

ولا شك أن تحديد القانون الواجب التطبيق له دور مهم في تحديد قواعد ثبوت النسب وطبيعة القرابة المدعى بها، وفي طرق إثباتها والآثار القانونية التي تترتب على هذا الثبوت⁴، من نفقة ورضاع

¹ - آيت مولود ذهبية، إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعاً بين التشريع وعوائق التطبيق، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 194.

² - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 334.

³ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 143.

⁴ - ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 446-447.

وحضانة واسم وميراث¹. لأنّ القانون هو الكفيل بتنظيم كل هته الأحوال والمسائل المتعلقة بثبوت أي نسب ما، وذلك من منظور أن مسألة النسب حساسة وتترتب عليها آثار أخرى.

ومبدئياً في حال ما كانت جنسية الأبوين والولد متطابقة ولم يحدث تغيير في جنسية أي منهم، فإن تطبيق القانون الشخصي لا يثير أي صعوبات على هذه العلاقة، لكن الإشكال يكون مع اختلاف جنسية الوالدين أو الابن، كأن يكون الزوج ألمانيا، والزوجة إسبانية، والولد يحمل جنسية الإقليم الذي ولد به وليكن اليونان مثلاً، فما القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة؟

وقد اختلفت الأنظمة التشريعية والآراء الفقهية في حالة اختلاف جنسية أحد الأطراف الثلاثة (الأم-الأب-الابن) حول الطرف الذي يعتد بقانون جنسيته لحل مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الذي يحكم البنية الشرعية؛ حيث ذهب الاتجاه الأول² إلى إخضاع النسب لقانون جنسية الابن، وحثهم في ذلك أنّ البنية صفة في الشخص تشكل جزء من حالته، وبالتالي ينبغي تطبيق قانون جنسيته³.

لكن هذا الحل يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة؛ فجنسية الابن لن تتحدّد إلا بثبوت نسبه إلى الأب؛ فالبنوة تتوقف على معرفة الجنسية، وهذه الأخيرة تتوقف على التحقق من البنية، بالإضافة إلى أنّ البنية تخلق رابطة قانونية بين الأب والابن يترتب عليها حقوق والتزامات؛ وبذلك فإنّ أهميتها بالنسبة للأب لا تقلّ عن أهميتها بالنسبة للابن، لذا لا تصح التضحية بمصلحة شخص لصالح آخر.

ويتجه جانب آخر إلى إخضاع البنية لقانون الأب وقانون الابن وتطبيقهما تطبيقاً جامعاً طالما أنّ الأبوة عنصر من عناصر حالة الابن، والبنوة عنصراً من عناصر حالة الأب؛ حيث يتطلب توافق أحكام التشريعين للأب وللابن معاً، وهو أمر صعب المنال؛ بل يكاد يكون مستحيلاً⁴.

¹ - آيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص 194، أنظر كذلك أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 462.

² - ومن أمثلة ذلك القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي لسنة 1963، القانون البولوني لسنة 1965، القانون الألماني، القانون المجري لسنة 1979.

³ - آيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص 202.

⁴ - ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 448، أنظر كذلك شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 376.

أما الاتجاه الثالث¹، فاتجه نحو تطبيق القانون الشخصي للوالدين (الأب والأم معا) إذا كانت الزوجية قائمة أو وقت انحلالها إن كان الزواج غير قائم، أو قانون موطنهما المشترك إن اختلفت جنسيتهما، أو القانون الذي يحكم آثار الزواج وقت ميلاد الطفل².

وتذهب بعض التشريعات الحديثة نسبيا³ إلى إخضاع البنية الشرعية للقانون الأصلح للابن سواء كان قانون الأب أو الأم؛ باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة⁴.

من بين التشريعات العربية التي أخذت بهذا الاتجاه القانون التونسي في الفصل 52 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص؛ حيث ينص: "يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنية الطفل من بين: - القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقرّه.

- القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه، وتخضع المنازعة في البنية للقانون الذي نشأت بمقتضاه".

وفي رأينا أنّ هذا الحل لا يمكن الأخذ به من الناحية العملية؛ لأنّ تطبيقه يوجب على القاضي الدراية الكافية بجميع القوانين المرتبطة بالمنازعة القانونية الواحدة، وبالتالي فهو أمر عسير ويكاد يكون مستحيلا.

أما الاتجاه الغالب والذي أخذت به التشريعات العربية، فذهب إلى إخضاع النسب إلى القانون الشخصي للأب؛ أي قانون جنسيته، وحثتهم في ذلك أنّ النسب والبنوة يندرجان ضمن واجب رعاية الأولاد، والتي تعتبر من الآثار الشخصية للزواج المتعلقة بالأب وما يتوجب عليه من التزامات جراء ثبوت هذا النسب، وعليه يتعين العمل بقانونه. أضف إلى ذلك أن حالة أعضاء العائلة لا تتحدد بتعدد جنسية الأولاد، ومنه فإن تطبيق جنسية الأب، يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الأولاد⁵.

¹ - من أمثلة ذلك: القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979 (م21)، القانون د.خ السويسري لسنة 1987 (م

2/68)، القانون الدولي الخاص اليوغسلافي سابقا (م40)، القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982 (م15).

² - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص337.

³ - من أمثلة ذلك: القانون الدولي الخاص النمساوي (م21)، القانون الكندي... الخ.

⁴ - أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص465.

⁵ - فتيحة يعقوبي، ربيعة حزاب، المرجع السابق، ص 306، أنظر كذلك: ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص

448، إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص 406، جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع

السابق، ص 336-337.

لقد أغفل المشرع المصري أن يورد قواعد الإسناد الخاصة بالبنوة بصفة عامة، وترك الباب مفتوحاً بشأنها أمام اجتهادات الفقه والقضاء.

ولما كانت البنوة من مسائل الأحوال الشخصية فمن الطبيعي أن يخضعها الفقه لقانون الجنسية أسوة في ذلك بما فعله المشرع المصري فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية الأخرى كالحالة والميراث والزواج... إلخ. ولكن يثور التساؤل حول المقصود بقانون الجنسية، هل يراد به قانون جنسية الأب أو الأم أو الابن؟¹

ذهب اتجاه إلى القول بخضوع النسب لقانون من يطلب الانتساب إليه من الوالدين الأب أو الأم استناداً لنص المادة 905 من قانون المرافعات لسنة 1949 والمتعلقة بالإجراءات في مسائل الأحوال الشخصية النافذة²، التي تقضي بسريان قانون بلد من يطلب الانتساب إليه فيما يخص دعاوى إثبات النسب، وهذا يعني أن قاعدة الإسناد تقضي بتطبيق قانون جنسية الأب إذا كان المراد الانتساب إليه، وتطبيق قانون جنسية الأم إذا كان المراد هو إثبات النسب منها.

و هو ما أكدته المادة 1/906³ من نفس القانون.

وفي حالة تغيير جنسية أحد الوالدين المراد الانتساب إليه، فإن الأمر قد استقر على الاعتراف بجنسية الأب أو الأم وقت ولادة الطفل المراد إثبات نسبه.

أما الرأي الغالب في الفقه المصري، فيذهب إلى أن البنوة الشرعية يحكمها قانون جنسية الأب (الزوج) باعتبار أن ثبوت النسب هو أثر من آثار الزواج، وبالتالي فإنه يخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار، ذلك استناداً لما ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني والذي يفيد صراحة اعتبار البنوة الشرعية "أثر من آثار الزواج تسري عليه القواعد العامة بشأن الزواج"؛ أي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ودون الاعتراف في ذلك بالتغيير الذي قد يطرأ على جنسية الزوج فيما بين وقت الزواج ولحظة ميلاد الطفل، مع مراعاة الاستثناء الوارد في المادة 14 ق.م.م.

¹ -جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 334.

² - حيث جاء فيها: "ترفع دعوى إثبات النسب وفقاً للأحكام والشروط والمواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع في إثباتها القواعد التي يقرها القانون المذكور".

³ - حيث جاء فيها: " يتبع في قبول دعوى إنكار النسب وإثباتها والمواعيد التي ترفع فيها والآثار التي تترتب عليها القواعد والأحكام التي يقرها قانون البلد الواجب التطبيق".

وقد رأى الفقه أن الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الأب مسألة اجتهادية، لذا رجح الدكتور عكاشة محمد عبد العال وقت ميلاد الطفل باعتبارها اللحظة التي يتحدد بها وجوده الحقيقي والقانوني، وهذا الحل يستند إلى نص المادة 24 من القانون المدني¹ الذي يخول القاضي الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص لسد النقص التشريعي الذي وقع فيه المشرع المصري².

وعن المجال الذي يسري فيه قانون جنسية الزوج (الأب) وقت الزواج، فإن هذا القانون يحكم شروط ثبوت النسب بالفرش أو الزواج، ومدى جواز إثبات النسب بالإقرار وجميع طرق الإثبات الأخرى، وإنكار النسب، وآثار النسب... إلخ.

هذا وتجدر الإشارة إلى إمكانية استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على البنوة أو النسب الشرعي سواء تعلق الأمر بإثباته أو إنكاره أو حتى آثاره، إذا كان يحرم الولد من كل حق في إثبات نسبه أو يجيز إثبات النسب الشرعي بطرق غير مألوفة؛ كمجرد الإعلان أو حلف الأم، كما يمكن استبعاد ذلك القانون أيضا، إذا كان يعفي الأب من رعاية أولاده وتربيتهم والإنفاق عليهم.

كما كان هناك رأي ذهب إلى أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني؛ لا سيما نص المادة 32 من المشروع التمهيدي للقانون المدني الذي يؤيد عقد الاختصاص بشأن البنوة الشرعية للقانون الوطني للولد المراد ثبوت نسبه³.

أما المشرع الجزائري فلم يحدو حدو المشرع المصري في هذه الحالة، وكان موقفه واضحا وصريحا؛ حيث وضع ضابط إسناد يحكم مسألة النسب الشرعي من خلال المادة 13 مكرر من القانون المدني⁴ الذي نص على ما يلي: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

¹ - حيث جاء فيها: "تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

² - ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 460.

³ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 342-343.

⁴ - تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري القديم كان خاليا من قاعدة إسناد بهذا الخصوص، وبالتالي الأمر كان مبهما بشأن القانون الذي يحكم مسائل النسب، مما فتح المجال للاجتهاد الفقهي والقضائي إلى غاية تعديل القانون المدني في 2005. حيث أدرج المشرع الجزائري من خلاله نص المادة 13 مكرر يوضح فيها ضابط الإسناد الذي يحكم مسائل البنوة.

نستخلص من نص المادة السالفة الذكر، أنّ المشرع الجزائري يعتدّ بجنسية الأب بغض النظر عن أطراف العلاقة أو تعدد جنسياتهم أو اختلاف أحكام قوانينهم فيما يخص إثبات النسب أو إنكاره أو الآثار المترتبة عنه، فإذا كان الأب جزائرياً، فإن القانون الجزائري هو الذي ينظم هذه المسألة من خلال المواد من 40 إلى 46 ق.أ.ج.

ونتفق تماماً حسب وجهة نظرنا مع مشرعنا في تفضيله للقانون الشخصي للأب للأسباب التالية:

• كونه رب العائلة ويملك حق القوامة، وله دور فعال في إدارة وتسيير شؤون الأسرة، وله من الالتزامات ما يخوله لتفضيل قانونه.

• إذا طبقنا قانون الأب والأم معاً، فإنه يستحيل الأخذ بهذه القاعدة في حالة اختلاف جنسيتهما.

• إذا طبقنا قانون الطفل على هذه المسألة، فإنه يستحيل الأخذ به في حال تعدد الأولاد وتعدد جنسياتهم.

• إذا أخذنا بجنسية الأم، نكون قد خالفنا القواعد الشرعية التي تقضي بانتساب الولد لأبيه، والنص القرآني في قوله عز وجل: ﴿ اذْخُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَهْسَطُ مِندَ اللَّهِ ﴾¹.

ولعل ما يثير انتباهنا في تحليل نص المادة 13 مكرر، وجود خلل وتناقض بين مواد التنازع الخاصة بوقت الاعتراف بجنسية الأب سواء أثناء حياته أو بعد وفاته وهو كالتالي:

- إنّ القول بأن النسب يعدّ أثراً من آثار الزواج (وهو ما اتفقت عليه التشريعات العربية المقارنة والتشريع الجزائري والآراء الفقهية المذكورة آنفاً)، يعني إخضاعه لنفس قاعدة الإسناد التي تحكم هذه الآثار؛ وهي قانون جنسية الأب (الزوج) وقت الزواج وفقاً لنص المادة 12 من القانون المدني السابقة الذكر؛ فمن جهة يكيف المشرع النسب كأثر من آثار الزواج، ومن جهة أخرى يأتي بقاعدة إسناد مستقلة تختلف عن التي تحكم هذه الآثار.

وللتوضيح أكثر، إذا افترضنا أن الأب يحمل الجنسية الألمانية ولم يغيرها وقت ميلاد الطفل المطلوب إثبات أو إنكار نسبه، يسري القانون الألماني على كل آثار الزواج بما فيها النسب، وليس في هذا الأمر من إشكال، ولكن الإشكال الحقيقي يكون هو في حالة تغيير الأب لجنسيته مع ميلاد

¹ - سورة الأحزاب، الآية 5.

الطفل الأول للجنسية الإيطالية مثلا، ثم إلى الجنسية الإسبانية مع ميلاد الطفل الثاني، فإذا عرض النزاع حول بنوة الطفلين معا أمام القاضي الجزائري؛ هل يعتد بالقانون الألماني كونه القانون الذي يحكم الآثار الشخصية للزواج، انطلاقا من فكرة أن النسب يكيف ضمن هذه الآثار؟ وإذا ما طبق القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد الذي يحكم مسائل البنوة، هل يعتد بالقانون الإيطالي كونه قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل الأول، أو القانون الإسباني بصفته قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل الثاني؟

- إن القول بأن النسب يعد أثرا من آثار الزواج، يعني إخضاعه للاستثناء الوارد في نص المادة 13 الذي يقضي بالاعتداد بالقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الأطراف جزائريا، وعليه إذا كان الأب جزائريا وقت ميلاد الطفل، هل يسري القانون الجزائري وحده أي يدخل في نطاق القاعدة المنصوص عليها في المادة 13 أم لا؟ وهو الإشكال الثاني الذي واجهنا في هذه المسألة.

وردا على التساؤلات السابقة الذكر، نرى حسب تقديرنا وجوب إعادة النظر في نص المادة 13 مكرر، وتكريس حل في الحالة التي تتغير فيها جنسية الأب عند إثبات نسب عدة أولاد، فكان الأحرى بالمشروع الجزائري الإبقاء على ضابط الإسناد الذي يحكم آثار الزواج، كونه ثابت لا يتغير.

وبخصوص الإشكال الثاني المتعلق بالاستثناء، لم نجد آراء فقهية أو اجتهادات قضائية تجيب عنه، حتى أنّ المشروع لم يدرج هذه المسألة في المادة 13، لكن حسب رأينا الشخصي يجوز إعمال وتفعيل القاعدة المنصوص عليها في المادة 13 التي تقضي تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا باعتبار النسب أثر من آثار الزواج. إضافة إلى أنه يرتبط ارتباطا وثيقا بالنظام الجزائري العام.

وبالرجوع لتحليل نص المادة 13 مكرر، نجد أنّ المشروع الجزائري قد أغفل النص على القانون الذي يحكم الآثار المترتبة على ثبوت النسب، ولم يبين موقفه من خلال المادة 13 مكرر، إلا أنه نص على البعض منها، كالنفقة في المادة 14 ق.م.ج وخصها بقاعدة إسناد مختلفة.

(التي سنتطرق لها بالتفصيل لاحقا).

لذا نقترح استنادا إلى ما سبق بيانه إعادة صياغة المادة 13 مكرر كالتالي: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب التي كان متجنسا بها وقت الزواج، وفي حالة وفاة الأب قبل

ميلاد الطفل يطبق نفس القانون. ويسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها إذا كان الأب جزائريا ."

ثانيا - القانون الواجب التطبيق على النسب الغير شرعي (البنوة الطبيعية):

تشير البنوة غير الشرعية إشكالا عن القانون الواجب التطبيق بشأنها، حال اختلاف جنسية طرفيها. هل تخضع لنفس الأحكام أسوة بالبنوة الشرعية أم لا؟

إن الفقه الدولي كان مترددا كثيرا في حكم هذه المسألة؛ فهي في كل الأحوال لا يمكن أن تخضع لنفس القواعد التي تحكم النسب الشرعي، ولكنه مع ذلك يسند إثبات النسب الطبيعي إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى بوجود إخضاع البنوة الغير شرعية للقانون الشخصي للطفل، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الولد، وذلك لدواعي إنسانية تتعلق بحماية القاصر ومتابعة حقه في النفقة.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى عكس ذلك، إذ يرى بضرورة إخضاع النسب الطبيعي إلى قانون جنسية الوالد، باعتبار أن المقصود من البنوة الطبيعية هو إثبات نسب الولد لوالده قانونا، وبالتالي فإن ذلك سيرتب التزامات على عاتق الوالد منها النفقة على ولده، وهذا ما يبرر التأكيد على ضرورة تطبيق القانون الشخصي للأب¹؛ إذ ليس من المقبول إدخال تغيير على حالة الشخص إذا كان قانونه الشخصي لا يوافق على هذا التغيير²

أما من الناحية القانونية فغالبية التشريعات العربية تتحفظ في هذه المسألة، خاصة إذا ما كان الولد غير شرعي بمعنى منحدر من علاقة زنا، لذلك لا تجيز إثبات البنوة الطبيعية حتى ولو أجازها قانون جنسية والده. ومن ثم فهي تستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم هذه المسائل بما يتعارض مع نظامها العام، ومع ذلك وبشكل عام تخضع المسائل المتعلقة بإثبات النسب الطبيعي إلى قانون جنسية من يراد الانتساب إليه من الوالدين³.

¹ - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 193، أنظر كذلك ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 458-459.

² - إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص 410.

³ - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 193.

وبالنسبة لموقف المشرع المصري، فقد اتجه فريق من الفقه المصري لاعتبار نص المادة 905 من قانون المرافعات (السابق ذكره) تتسع للتطبيق على مسائل البنوة الطبيعية، باعتبارها جاءت عامة وغير مقتصرة صراحة على البنوة الشرعية، وأسس هذا الفقه على هذه العمومية أن المشرع قد اعتد في تحديد البنوة الطبيعية بجنسية الوالد المراد الانتساب إليه، سواء كان ذلك الأب أو الأم.¹

ويذهب جانب من الفقه الحديث إلى تأسيس الرجوع إلى قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه سواء كان الأب أو الأم فيما يتعلق بالبنوة غير الشرعية، على طبيعة البنوة غير الشرعية وما تفرضه من قصر الانتساب إلى أحد الوالدين دون أن يتضمن ذلك بالضرورة الانتساب إلى الوالد الآخر.

ويخضع لقانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه، كل ما يتعلق بشروط الإقرار بالبنوة وطرق إثباتها وحقوق الابن وفيما يتعلق بالوقت الذي يعتد فيه بجنسية الشخص المراد الانتساب إليه، فإنه يجب الاعتداد في ذلك بوقت الميلاد نظرا لأنه الوقت الذي ترجع إليه البنوة غير الشرعية.

وتجدر الإشارة إلى إمكانية استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على البنوة غير الشرعية، إذا كان يجيز إثبات النسب غير الشرعي لولد من أمه الذي أنتت به، على سبيل المثال، من رجل محرم عليها كأبيها أو أخيها أو ابنه، أو ذلك الذي يجيز هذا النوع من البنوة بين المسلمين، فكما أشرنا فإن البنوة غير الشرعية هي نظام لا يعرفه القانون المصري، باعتبار أن الشريعة الإسلامية تحرم العلاقات الجنسية خارج الزواج، ولا ترتب عليها أية آثار.²

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فيما يخص البنوة غير الشرعية، فبالرجوع لنص المادة 13 مكرر ق.م.ج نجد أنه وقف عند القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي وحده، وأهمل كلية تلك الحالة التي يكون الطفل فيها حصيلة علاقة غير شرعية.³

إلا أنه نص في المادة 2/7 من قانون الجنسية الجزائري على ثبوت نسب الولد الطبيعي لأمه فقط سواء كان الأب معروفا أو مجهولا⁴، فلا تسري عليه أحكام المادة 13 مكرر ق.م.ج، لعدم

¹ - فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص 249-250.

² - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 343.

³ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 134.

⁴ - آيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص 204.

الاعتراف بالأسرة الطبيعية في الجزائر، ولا يمكن تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج، لعدم وجود حقوق مكتسبة لحمايتها أصلاً.

غير أنه تثار الصعوبة بالنسبة للنسب غير الشرعي في الزواج المختلط في تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حاله ضد أبويه، إذ يثار التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتراف بجنسيته في هذا الصدد، ويمكن تصور ذلك في التشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها في المادة 7 المعدلة والمتممة من قانون الجنسية في فقرتها الأولى: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين..."، ففي هذه الحالة قد يتنازع قانونين فأكثر، قانون الولد وقانون أبويه.

وحسب رأي الدكتور حبار محمد يخضع النسب الطبيعي بخلاف النسب الشرعي، لقانون جنسية الأم، فإن كان القانون الواجب تطبيقه لا يقر مثل هذا الحق للطفل الطبيعي في علاقته مع أمه الطبيعية؛ فإننا نستبعده ونعوضه بالقانون الجزائري عملاً بمبدأ الأثر الإيجابي للنظام العام الجزائري المنصوص عليه في المادة 24 من القانون المدني الجزائري¹.

أما الأستاذ إسعاد محند فيرى أنه من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملائمة لمصلحة الولد، اللهم إلا إذا اصطدم ذلك بالنظام العام وذلك أخذاً بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار².

وفي تقدير الأستاذ أعراب بلقاسم يستحسن تطبيق قانون القاضي لما له من اختصاص عام، للتقليل من استعمال النظام العام الإسلامي في مواجهة القانون الأجنبي الذي يأخذ بالنسب الطبيعي؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية، التي هي روح النظام العام في الجزائر، لا تعترف بالنسب الطبيعي³.

أما عن رأينا الشخصي في هذه المسألة فيتجه نحو تطبيق قانون جنسية الأم، ذلك لأن الطفل يثبت نسبه لها في كل الأحوال سواء كان الطفل شرعي أو غير شرعي، وهو ما يحقق المصلحة والحماية له، وفي نفس الوقت لا يمس بمقتضيات النظام العام. أما في حالة ما إذا كانت جنسية الأم مجهولة فنفضل تطبيق قانون القاضي لذات الأسباب المذكورة.

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 135.

² - رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 47.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 265.

وقد أسسنا موقفنا نسبة لما ذهب إليه موقف المشرع الفرنسي الذي لم يفرق بين النسب الطبيعي والشرعي¹؛ حيث يعتد في إثبات كليهما بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، وفي حالة عدم معرفة الأم فيسري قانون جنسية الطفل، وهو ما نص عليه في المادة 14/311 من القانون المدني.²

من خلال تحليلنا لنص المادة نستخلص وجود قاعدتان تحكمان البنوة الشرعية والطبيعية في القانون الفرنسي وهما:

-قاعدة أساسية: تخضع البنوة لقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، استنادا على أن الأم تكون دائما معروفة. وتثبت البنوة بالنسبة للأم بتسميتها في شهادة ميلاد الطفل.³

-قاعدة احتياطية: تخضع البنوة للقانون الشخصي للطفل؛ أي قانون جنسيته في حالة عدم معرفة الأم.⁴

وعليه نستنتج ما يلي:

-إذا كانت الأم معروفة يطبق قانونها الشخصي وقت ولادة الطفل ولو اختلفت جنسية الزوجين.

-إذا كانت الأم غير معروفة يطبق القانون الشخصي للطفل.⁵

هذا وقد نص المشرع الفرنسي على ضابط إسناد آخر جاء في نص المادة 17/ 311 ق.م.ف؛ حيث أقر أن الاعتراف بالأبوة أو الأمومة يكون صحيحا إذا تم وفقا للقانون الشخصي للمدعي

¹ تجدر الإشارة أنه سابقا كان المشرع الفرنسي يفرق بين النسب الشرعي وغير الشرعي حيث كان الأول يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج، على أساس أن الفقه والقضاء الفرنسيين كانا يعتبران البنوة أثرا من آثار الزواج -كما أشرنا- وتخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار، فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية قانونا موحدًا على العلاقة القانونية بين أفراد الأسرة الواحدة، وهو قانون آثار الزواج فالولد الشرعي هو جزء من هذه العائلة وأثر من آثار الرابطة الزوجية، بينما أخضع القضاء البنوة الطبيعية للقانون الشخصي للطفل، وبمصدر قانون 1972 وحد المشرع الفرنسي قواعد الإسناد التي تحكم النسب سواء تعلق الأمر بالولد الشرعي أو غير الشرعي. أنظر: شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 377-378، ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 452.

² -Art 311-14 Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. (3) JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006): « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

³ -Art 311-25(Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 9 () JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006): « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ».

⁴ - شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 377-378.

⁵ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 147.

بالنسب، أو للقانون الشخصي للطفل.¹

وأضافت المادة 15/311 ق.م.ف أنه إذا كان للطفل ولوالديه سكنا اعتياديا في فرنسا (سواء أكان مشتركا أم منفصلا)، فإن الحالة الشخصية للولد تثبت له وينسب لوالديه وفقا للقانون الفرنسي، ويجوز أن تخضع الآثار الأخرى للنسب لقانون أجنبي.²

ثالثا- القانون الواجب التطبيق على بنوة التبني والكفالة:

1- التبني:

فيما يخص القانون الواجب التطبيق على بنوة التبني لا إشكال في حالة اتحاد جنسية الطرفين المتبني والمتبني؛ حيث يخضع التبني لقانون الجنسية المشتركة باعتباره من الأحوال الشخصية، ويثير التبني مشكلة تنازع القوانين، في حالة اختلاف جنسية الأطراف، فهل يعتد لتحديد القانون واجب التطبيق بجنسية الشخص الذي يريد التبني، أم بجنسية الشخص المراد تبنيه، أم بجنسيتها معا؟

ذهب اتجاه إلى تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها التبني من حيث نشأته أو تكوينه، وهذا الحل يقوم على أساس أن من يريد التبني يكون له عادة موطن في هذه الدولة.³

ويذهب اتجاه آخر إلى تطبيق قانون جنسية المتبني (طالب التبني) بصفة أصلية، بحيث لا يرجع إلى القانون المراد تبنيه إلا بخصوص رضا أو موافقة هذا الأخير.⁴

ويتجه فريق آخر وهو الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى تقرير اختصاص كل من قانون طالب التبني والمراد تبنيه معا، بتطبيق قانون جنسية الطرفين معا بالتطبيق الموزع لهما.⁵

¹ - Art 311-17 Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 () JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006): « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ».

²-Art 311-15 Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 () JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006): « Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ».

³ - أخذ بهذا الحل القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في المادة 77 فقرة 1، وكذلك القانون الإنجليزي، الأسترالي والأمريكي.

⁴ - ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 460-461.

⁵ - امحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 479-480.

ومن جهتنا نؤيد هذا الاتجاه إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق القانونين تطبيقاً جامعاً حفاظاً على مقتضيات النظام العام، خاصة إذا كان الطرفان يختلفان في الديانة أو الجنسية وكان قانون أحدهما يمنع التبني ويحرمه.

أما بالنسبة لمنازعات ومشكلات التبني في القانون المصري، والتي تمس الأجانب¹ والأطفال الأجانب فقد كان مشروع القانون المدني يتضمن نصاً هو نص المادة 34 يقضي بأن "يرجع في المسائل المتعلقة بصحة التبني إلى قانون بلد كل من المتبني والمتبني، وفي المسائل المتعلقة بآثار التبني إلى قانون بلد المتبني"، غير أن القانون المدني الحالي صدر خالياً من هذا النص لحذف المادة المذكورة بحجة أنها "تعالج نظاماً لا يعرفه القانون المصري، كما أن القواعد العامة في القانون الدولي الخاص تغني عن إيراد مثل هذه المادة".²

غير أن المادة 911 من قانون المرافعات نصت على أنه: "إذا كان قانون بلد الشخص الذي يريد التبني وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان التبني، يثبت التبني بمحضر يحرر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحدهما، ويدون في هذا المحضر إقرارات الطرفين شخصياً بعد التحقق من توفر الشروط والأحكام التي ينص عليها القانونان المذكوران لانعقاده وصحته".

والنص على ما سبق كان محددًا في التصريح بضرورة أن يكون كلا البلدين يجيزان، التبني أي بلد الشخص الذي يرغب في التبني، والبلد الآخر الذي يحمل الطفل المراد تبنيه جنسيته، فإذا كان أحد هذين القانونين لا يجيز التبني، كان التصرف باطلاً، ولا ينتج أثره الصحيح في ترتيب النتائج المرجوة منه³، وهذا يبين رغبة المشرع المصري في الموازنة بين اعتبارين، كلاهما على قدر من الأهمية عظيم، الأول هو الالتزام بأحكام القانون المصري الذي يمنع التبني، والآخر هو عدم التضيق على

¹ - عرف المشرع المصري الأجنبي في القانون رقم 89 لسنة 1960م الخاص بإقامة الأجانب في مصر وتعديلاته بالقانون 88 لسنة 2005م على أنه: "يعتبر أجنبياً في حكم هذا القانون كل من لا يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية".

² - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 345-346.

³ - وفي هذا الصدد نذكر أنه تبني (س) مصري الجنسية ابن زوجة سابقة له ألمانية الجنسية في ألمانيا، وحاول إلحاقه بلقبه قانوناً بتسجيله لدى السفارة المصرية في برلين، إلا أن السفارة رفضت إثبات هذه الواقعة لمخالفتها للقانون المصري. لذلك يقع هذا التبني ولا تترتب عليه أية آثار لمخالفته أحكام قانون الأحوال الشخصية المصري، كما أنه لا يصح لهذا المصري الإقرار بنسب ذلك الولد البالغ، لأنه معروف النسب فعلاً باعتباره ابن زوجته من زواج سابق فهو معروف الأب، ومن ثم لا تتوافر في الإقرار بنسبه الشروط السالفة الذكر. أنظر: علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 195-196.

الأجنبي، إذا ما كانت دولته تبيح ذلك، من خلال السماح به بين الأجانب، وهي رغبة تجسد اتجاه التيسير على الأجانب، في إطار سياسات قبول الآخر في المجتمع المصري.¹

وفي القانون الجزائري لم ينص القانون المدني لسنة 1975 على قاعدة إسناد خاصة بالتبني، ولكن المشرع استحدث نصوصا خاصا بالتبني بعد تعديل 2005 وهو نص المادة 13 مكرر 1² الذي بموجبه أقر المشرع الجزائري سريان قانون جنسية كل من المتبني والمتبني وقت إجراء التبني، ويسري على آثاره قانون جنسية المتبني. معنى ذلك أن مشرنا أسوة منه بما سبق له اعتماده فيما يخص عقد الزواج، فإنه فرق بين شروط صحة التبني وبين آثاره، ورتب على ذلك أنه إذا تعلق الأمر بشروط تتعلق بصحة التبني فإننا نلجأ بشأنها لتطبيق القانونين معا؛ أي قانون جنسية الكفيل وقانون جنسية المكفول حالة اختلافهما في الجنسية. والإشكال هنا يكمن في كيفية تطبيقنا لهذين القانونين: هل نطبقهما تطبيقا جامعا أم موزعا؟

إن الرأي الغالب يميل هنا للأخذ بمبدأ التطبيق الموزع للقانونين، إلا فيما يتعلق بموانع التبني تطبق تطبيقا جامعا؛ أي سواء كان هذا المانع منصوصا عليه في كلا القانونين (أي قانون جنسية الكفيل وقانون جنسية المكفول) أو أنه منصوص عليه في أحد هذين القانونين فقط، فلا يعتد بالتبني.

أما القانون الذي يحكم الآثار التي تترتب على التبني، فأخضعها لقانون جنسية المتبني وحده في حالة اختلاف جنسية كل من المتبني والمتبني. وفيما يتعلق بشكل التبني فإن مشرنا يخضعه للقانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية عموما على الوجه المقرر له في المادة 19 من القانون المدني.³

إن نص المادة 13 مكرر 1 في فقرتها الثانية الخاصة بالتبني جاءت لتخاطب الأجانب والأطفال الأجانب لا غير؛ ذلك أن الوطني لا يجوز له طبقا لمقتضيات القانون الجزائري التبني استنادا للأمر الوارد بنص المادة 46 من قانون الأسرة: "يمنع التبني شرعا وقانونا" غير أنه يجيز له الكفالة⁴ (وقد أوضحنا فيما سبق الفرق بينهما)، فإذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري بشأن تبني نشأ

¹ إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المرجع السابق، ص 415 - 416.

² حيث جاء فيها: " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني".

³ حبار محمد، المرجع السابق، ص 135 وما يليها.

⁴ حيث نص عليها المشرع الجزائري ونظم أحكامها في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة، وقد جاء في نص المادة 120: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي...".

في دولة أجنبية بين شخصين أحدهما جزائري الجنسية، يرجع في صحة التبني إلى قانون جنسية الطرفين وقت التبني استجابة للمادة 13 مكرر 1، والمتبني في هذه الحالة من جنسية جزائرية، ومنه فتبنيه يكون باطلا لأنه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ولمقتضيات النظام العام الجزائري (م 24 ق.م.ج)، وحتى وإن تعددت جنسياته -ونتصور أن الجنسية الفرنسية هي الفعلية مثلا-، يجب على القاضي تطبيق القانون الجزائري إعمالا بأحكام المادة 22 من القانون المدني¹. وهذا سيؤدي بنا حتما للاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي الذي قد يجيز التبني ودون أن يحتاج ذلك منا للبحث عن أي بديل له متى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيق هذا القانون الأجنبي المجيز للتبني عملا بمبدأ التدخل السلبي للنظام العام الجزائري، لأن هذا القانون الأجنبي يصبح حينها وبدون جدال، متعارضا كلية مع النظام العام الجزائري².

ومنه نجد أن غالبية التشريعات العربية تعتبر التبني من المسائل المتعلقة بالنظام العام للدولة، وبالتالي فهي لا تجيزه، وكذلك لا تجيز تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذا ما أقر مسألة التبني باعتبارها مخالفة للنظام العام³.

أما التشريع التونسي الذي خالف رأي التشريعات العربية وأجاز التبني في قانونه -كما ذكرنا-، فنجد أنه وضع عدة ضوابط إسناد على مسألة التبني؛ حيث نص في الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على ما يلي: " تخضع شروط التبني لقانون المتبني والمتبني كل في ما يتعلق به، تخضع آثار التبني للقانون الشخصي للمتبني. إذا قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فإن آثار التبني ينظمها قانون مقرهما المشترك، وتخضع الكفالة لنفس الأحكام".

نستخلص من نص الفصل 53 السابق الذكر أنه إذا عرض نزاع على القاضي التونسي يتعلق بمسألة التبني فإنه يطبق على كل من المتبني والمتبني قانونه تطبيقا موزعا، فإذا كانا تونسيان فيخضعان إلى القانون التونسي، أما إذا كان أحدهما أجنبيا فيخضع إلى قانونه، كما أن المادة بينت القانون الذي يطبق على آثار التبني، فأخضعه إلى القانون الشخصي للمتبني، وقد يكون تونسيا أو أجنبيا، كما أجاز القانون التونسي لزوجين يحملان جنسية مختلفة (كتونسية مع فرنسية) أن يتبنيا طفلا، وإن هذه العلاقة تخضع في حالة النزاع إلى قانون مقر الزوجية المشترك بينهما⁴.

¹ - تنص المادة 22 من ق.م.ج على ما يلي: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية".

² - حبار محمد، المرجع السابق، ص 135 وما يليها.

³ - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 195-196.

⁴ - بلقاسم عقيلة، رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 141.

وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على التبني في القانون الفرنسي فقد نص عليه في المادة 3/370 ق.م.ف.¹، والذي أقر بموجبه أن شروط التبني تخضع للقانون الوطني للمتبني، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في 1984/11/07؛ حيث ترك لقانون الطفل المتبني تحديد شروط الرضا وتمثيل المتبني²، وفي حالة التبني من قبل الزوجين يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج.

وأضاف أنه لا يمكن الاعتراف بالتبني إذا كان القانون الوطني لكلا الزوجين أو قانون الطفل المتبني يحظرها، إلا إذا ولد في فرنسا.

كما نص في المادة 5/370 أن التبني الذي يتم في الخارج ينتج آثاره القانونية في فرنسا.³

2- الكفالة:

لم يبين التشريع المصري موقفه بشأن ضابط الإسناد فيما يتعلق بمسألة الكفالة مثل ما هو الشأن في التبني، أما القانون التونسي فأخضع نظام الكفالة إلى ضوابط الإسناد نفسها المتعلقة بالتبني في حالة ما إذا كان أحد الأطراف ينتمي إلى دولة تأخذ بنظام الكفالة، كالجزائر مثلا.⁴ وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري، الذي وضع نفس ضوابط الإسناد التي تحكم التبني بموجب المادة 13 مكرر 1 السابقة الذكر.⁵

والاختلاف يكمن فقط في أن الكفالة مسموح بها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ولا تخالف مقتضيات النظام العام، أما التبني فيمنع شرعا وقانونا، ويعد مخالفا للنظام العام، وبالتالي فإن المادة 13 مكرر 1 في فقرتها الأولى لا تسري فقط على الأجانب، كما سبق التوضيح بشأن التبني، وإنما تسري على الوطنيين والأجانب.

¹-Art 370-3 (Loi n°2001-111 du 6 février 2001 - art.2): « Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France».

²- ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 460-461.

³-Art 370-5 (Loi n°2001-111 du 6 février 2001 - art. 2): « L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption... ».

⁴- بلقاسم عقيلة، رياحي احمد، المرجع السابق، ص 141.

⁵- تقاديا للتكرار نشير أن التحليل الوارد في المادة 13 مكرر 1 فيما يخص التبني هو نفسه الواجب اعتماده بشأن الكفالة.

البند الثاني:

القانون الواجب التطبيق على النفقة الزوجية

ذكرنا سالفًا أن النفقة الزوجية حدث خلاف فقهي وقضائي بشأن تكييفها بين من أدرجها ضمن الآثار الشخصية للزواج، وبالتالي إخضاعها للقانون الذي يحكم هذه الآثار، وبين من يستبعدا من دائرة هذه الآثار؛ وبالتالي إخضاعها لضابط إسناد مستقل.¹

تبدو أهمية المشكلة من خلال وجود قاعدة إسناد تحكم نفقة الأقارب تختلف عن القاعدة التي تحكم آثار الزواج، وهو ما يثير صعوبة في تحديد القانون المختص بحكم الالتزام بالنفقة الزوجية.

إن موقف المشرع الجزائري والمصري والتونسي كان جليا في هذه المسألة. فقد أوضحنا سالفًا أن أغلب التشريعات العربية اتفقت على إدراج النفقة الزوجية ضمن الآثار الشخصية لعقد الزواج بالرغم من أنها ذات طابع مالي، فقد أقر المشرع المصري الالتزام بالنفقة الزوجية أثرا من آثار الزواج الشخصية كونها تصنف من بين الالتزامات المتبادلة بين الزوجين، وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، الأمر الذي أكدته القضاء في مصر.²

وهو ما سار عليه القضاء الجزائري أيضا الذي أكد أن النفقة الزوجية تخرج عن نطاق نفقة الأقارب وتعتبر أثرا من آثار الزواج، (كذلك الأمر بالنسبة لنفقة الأولاد؛ حيث تعد من قبيل آثار الزواج وتخضع لنفس ضابط الإسناد).³

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أشرنا أنه صنف النفقة ضمن آثار الزواج، غير أنه بعد دخول اتفاقية لاهاي حيز التنفيذ المنعقدة بتاريخ 2 أكتوبر 1973، المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على التزامات النفقة، والتي أصبحت تخضع النفقة في مادتها الرابعة لموطن الدائن بالنفقة، وفي حالة عدمه

¹ إن ما جعلنا نخصص بندا مستقلا للنفقة الزوجية بالرغم من تكييفنا لها سابقا ضمن آثار الزواج الشخصية في القانون الجزائري وأغلب التشريعات العربية، هو التباين بين القوانين المقارنة بشأن ضوابط الإسناد التي تحكمها وتعددتها.

² حيث قضت محكمة القاهرة الابتدائية في حكم لها بتاريخ 13 يناير 1953 أنه: " لما كانت النفقة من الآثار المترتبة على عقد الزواج، فلا يصح ترتيبها إلا على الزواج الصحيح، أما الزواج الباطل فإنه والعدم سواء فلا يترتب عليه أية آثار من الآثار القانونية التي هي من خصائص الزواج الصحيح وحده"، مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد 16، حكم رقم 78، ص 316-317، منقول عن ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج طبقا لقواعد التنظيم الأوروبي رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 136.

³ فتيحة يعقوبي، ربيعة حزاب، المرجع السابق، ص 303.

لقانون الموطن الجديد. وإذا كان هذا القانون لا يعترف بها للزوجة فيحق لها المطالبة بتطبيق القانون المشترك للزوجين أو قانون المحكمة التي تنظر بالنزاع إذا كان أي منهما يمنحها هذه النفقة¹.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19/02/1963 في قضية شموني، المتعلقة بمسألة النفقة بتطبيق القانون الفرنسي على النفقة، باعتبارها من آثار الزواج بين زوجين تونسيين متوطنان بفرنسا، أحدهما تنس بالجنسية الفرنسية، والآخر بقي محتفظاً بجنسيته السابقة، وعلل القضاء الفرنسي ذلك بأنه لا يجوز تطبيق قانون الجنسية المشتركة السابقة على آثار الزواج المستقبلية، على أساس أن لهما موطناً مشتركاً بفرنسا وغير متحدي الجنسية، فطبق القضاء القانون الفرنسي في هذه الحالة².

أما بالنسبة لنفقة الأقارب فلا تتدرج ضمن الآثار الشخصية للزواج؛ فهي تخضع لقاعدة إسناد خاصة بها حيث نصت المادة 15 من القانون المدني المصري على: "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها". يتضح لنا أن ضابط الإسناد الذي يحكم النفقة بين الأقارب هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص المدين بالنفقة بجنسيته³. وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 15 كان عاماً ويقضي بأنه: "يسري على الالتزام بالنفقة قانون المدين بها" غير أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قررت إضافة عبارة "فيما بين الأقارب"، وذكرت صراحة أن الحكمة من هذه الإضافة هي دفع شبهة أن يكون المقصود من النفقة نفقة الزوجية التي تنظمها أحكام المادة السابقة⁴.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري بإخضاع نفقة الأقارب لقانون المدين بها؛ حيث نص من خلال المادة 14 من قانونه المدني⁵ على: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها". كما أن مشرعنا نص في المادة 77 من قانون الأسرة على الأقارب مستحقي النفقة، حيث

¹- voir Art 4 de la convention de LAHAYE sur la loi applicable aux obligations alimentaires , *Conclue le 2 octobre 1973* « La loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires visées à l'article premier. En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi interne de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu ».

²- عائد نبيل محمد الأسطل، المرجع السابق، ص 42-43. انظر: كذلك شوبرو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 346.

³- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 138.

⁴- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 295.

⁵- تقابلها المادة 15 مدني ليبي، المادة 21 مدني عراقي، المادة 16 مدني سوري، المادة 22 مدني سوداني، المادة 16 مدني أردني.

جاء فيها: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

لقد تعرضت قاعدة الإسناد الخاصة بنفقة الأقارب إلى النقد؛ حيث يرى بعض الفقه بأنه كان يجب الأخذ بقانون بلد إقامة الدائن بالنفقة على أساس أنه الأجدر بالحماية من المدين، وهو ما ذهب إليه القانون الفرنسي¹ كما بينا آنفا، وحذا حذوه المشرع التونسي، فقد أخضع بموجب الفصل 51 من مجلة القانون الدولي الخاص نفقة الأقارب لقانون جنسية الدائن بها أو قانون مقره أو لقانون جنسية المدين بها أو لقانون موطنه. ويطبّق القاضي القانون الأفضل للدائن.²

المطلب الثاني:

تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين والأبناء المنحدرين منه

لا شك أن موضوع بحثنا يستدعي منا الحديث، وبشكل أساسي، عن تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين والأبناء. فالجنسية هي أول عامل يتأثر بهذا الزواج، وكما أشرنا فيما سبق أن الزواج المختلط هو الزواج الذي ينعقد بين زوجين من جنسيتين مختلفتين، وقد يكون هذا الاختلاف معاصرا لانعقاد الزواج إذا كان أحد الزوجين يحمل جنسية مختلفة عن الجنسية التي يحملها الزوج الآخر وقت إبرام الزواج، وقد يحدث الاختلاف بعد انعقاد الزواج إذا اكتسب أحد الزوجين جنسية أخرى أثناء الحياة الزوجية، وسواء كان الزواج مختلطا منذ انعقاده أم أثناء الحياة الزوجية فإن الأمر يتطلب بحث مدى تأثير اختلاف جنسية كل من الزوجين على جنسية الزوج الآخر. هل يرتب الزواج المختلط آثارا حيث يكون سببا لاكتساب كل زوج لجنسية الزوج الآخر³، أو سببا لفقدها؟ وما مدى تأثيره على جنسية الأطفال الناتجين عنه هل يكتسبون جنسية الأب أو جنسية الأم؟ وكيف يتم اكتسابها قانونا؟

تقتضي منا الإجابة عن التساؤلات التي طرحناها بهذا الخصوص دراسة مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية كل من الزوجين والأبناء (الفرع الأول)، ثم سنتعرض لشروط اكتساب وفقدان الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط (الفرع الثاني).

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 138.

² حيث جاء فيها: " تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره. ويطبّق القاضي القانون الأفضل للدائن".

³ عبد المنعم زرم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 145.

الفرع الأول:

مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين والأبناء

قبل معرفة الآثار التي يربتها الزواج المختلط على جنسية كل أفراد الأسرة الواحدة وجب تحديد مفهوم فكرة الجنسية (البند الأول)، ثم التطرق لمدى تأثيرها بهذا الزواج المشتتل على عنصر أجنبي (البند الثاني).

البند الأول:

تحديد مفهوم فكرة الجنسية

يعد عنصر الشعب هو العنصر الأساسي الذي لا يمكن للدولة أن تقوم بدونه، فالدولة تقوم بواسطة الأفراد الذين يكونونها. فإذا كان من المتصور قيام الدولة على أقصى تقدير دون إقليم، فليست معيار يتحدد به هذا الركن الأساسي من أركان الدولة، وهذا المعيار هو ما أصطلح على تسميته بالجنسية.¹

فالجنسية تعد حقا أصيلا من حقوق الإنسان، ومن ثم يجب أن يثبت لكل إنسان جنسية ما ليتمتع بما تضمنه الجنسية من حقوق ويتحمل ما يرتبط بها من التزامات طبقا للمادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²، التي جاء فيها: " لكل فرد حق التمتع بجنسية ما"³.

يختلف الفقهاء عند تحديدهم المقصود بالجنسية اختلافا واسعا مرده الاختلاف حول موضع الجنسية، فهي تقع بين القانون الخاص والقانون العام وبين القانون الداخلي والقانون الدولي العام. ومن هنا تبدو الجنسية كفكرة مركبة وليست بسيطة علاوة على أنها ذات صلة بالكثير من الأفكار الاجتماعية الأخرى كفكرة الأمة والدين والجنس؛ مما يؤدي إلى تأثر تعريف الجنسية بهذه الأفكار.

¹ - حسن جاد الشهاوى، قضاء الجنسية وإثباتها، دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2009، ص 5.

² - عبد الحميد محمود محمد عليو، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانونين المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2004، ص 8.

³ - اعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948 بباريس بموجب القرار 217000

أنظر الموقع: https://www.un.org/ar/udhrbook/pdf/UNH_AR_TXT.pdf

تاريخ الإطلاع: 2019/05/05. سا 5: 00.

فالبعض من الفقهاء يعرفها بأنها "رابطة سياسية يغدو الفرد بمقتضاها عنصرا من العناصر المكونة لدولة من الدول". أو أنها: "تبعية الشخص قانونا للسكان المكونين للدولة"، ويرى آخرون أنها: "صفة في الشخص قوامها رابطة سياسية وقانونية بينه وبين دولة هو عنصر من عناصر تكوينها". وهناك تعريف للجنسية بأنها "رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة".

فالجنسية إذًا: "رابطة قانونية سياسية تفيده اندماج الفرد في عنصر السكان كأحد العناصر المكونة للدولة.

يتضح مما سبق أن للجنسية جانبين: جانب قانوني وآخر سياسي. فالجنسية رابطة قانونية بمعنى أن القانون هو الذي يحكم نشأتها وزوالها والآثار المترتبة على ذلك، وهي أيضا رابطة سياسية لأنها تقوم على فكرة الولاء السياسي للفرد تجاه دولته.¹ هذا وتعتبر مسألة اندماج الأجانب في المجتمعات الغربية حساسة بشكل خاص وغالبًا ما يتم التعامل معها من زاوية سياسية، في حين أن الموضوع اجتماعي إلى حد ما. فالمهاجرين يجلبون أسلوب حياتهم وعاداتهم وثقافتهم الشخصية فالزواج المختلط هو ناقل جيد للاندماج. ففي فرنسا مثلا والتي تعد أرضًا للهجرة العديد من تقاليدنا مستمدة من امتزاج مع ثقافات أخرى. وعلى الرغم من ذلك لا يزال الجزائريون يعانون من الصور النمطية في فرنسا.²

تجدر الإشارة أن المشرع الوطني يستقل بصياغة القواعد القانونية المنظمة للجنسية، وللدولة مطلق الحرية في اختيار الأساس الذي تبنى عليه جنسيتها فلها أن تتخذ من حق الدم (أي رابطة النسب) أساسا لمنح جنسيتها الأصلية، ولها أن تتخذ بحق الإقليم، كما لها أن تأخذ بكل منهما، وبإمكانها أن تضع من الشروط ما تراه مناسباً لإدخال الأجانب في جنسيتها عن طريق التجنس، كما يكون لها الحرية في وضع الشروط التي تراها لنزع الجنسية أو التجريد منها³؛ إذ أن مسائل الجنسية تدخل في إطار ما يسمى بالنطاق الخاص القاصر على الدولة.

ويعتبر مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، وهو المبدأ الذي صاغه الفكر القانوني في القانون الدولي العام نتيجة طبيعية لمبدأ سيادة الدولة. فالدولة لا تمارس سيادتها على الإقليم فحسب، بل هي

¹ - حسن جاد الشهاوي، المرجع السابق، ص 5-6.

² - Nathalie KLEIN, Le rôle des mariages mixtes dans lapréservation des liens culturels en situation d'immigration, thèse de doctorat, Institut d'Etudes Politiques, Université Lumière Lyon 2, 2008, p p 6-8.

³ - يسمينة العجال، مدى إعمال قواعد القانون الدولي العام في مجال الجنسية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 3، العدد 2، 2010، ص 118-119.

تمارسها على مجموعة من الأشخاص، وتحديد هذه المجموعة هو الذي يرسم للدولة النطاق الذي تمارس فيه السيادة، ومن ثم يتعين ترك هذا التحديد لسلطاتها.

وعلى الرغم من حرية الدولة في تنظيم مادة الجنسية، وعلى الرغم من غياب أي سلطة تشريعية عليا تهيمن على مقدرات الدولة في هذا المجال؛ فإن حريتها في هذا الإطار ليست مطلقة، حيث ترد على إرادة الدولة في مجال الجنسية العديد من القيود أشارت إليها المادة الأولى من اتفاقية لاهاي 1930، وذلك بذكرها أن حرية الدولة في تنظيم جنسيتها يتقيد بالاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ القانونية المعترف بها من الدول في مسائل مواد الجنسية. وتعتبر المعاهدات أو الاتفاقات من أهم القيود التي ترد على مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها¹.

ومن ثم تخضع مسائل الجنسية المنظمة في اتفاقات دولية للقانون الذي نظمها، ولا تخضع للقانون الداخلي، أما قواعد العرف العام في القانون الدولي العام، فلها أيضا مفعولها وأثرها على التشريع الداخلي لمسائل الجنسية، ويكفي أن نشير هنا إلى حالة اللقيط المجهول الأبوين الذي يوجب العرف الدولي وجوب منحه جنسية الدولة التي يولد فيها عملاً بحق الإقليم.

أما المبادئ القانونية المعترف بها من الدول في مسائل الجنسية، فيتمثل عملها في حظر التعسف في استعمال حق التشريع في مسائل الجنسية. فلا تستطيع دولة أن تنشئ رابطة جنسية تفرضها في المحيط الدولي مع فرد لا تربطه بها رابطة على شيء من القوة أو الأساس الواقعي².

البند الثاني:

تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين والأبناء المنحدرين منه

سنبين من خلال هذا البند كيفية تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين (أولاً)، ثم المساواة بين الزوجين في نقل الجنسية الأصلية للأبناء على أساس حق الدم (ثانياً).

أولاً- تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين:

لا تكاد تختلف التشريعات القانونية في الدول المختلفة حول الاعتراف بقابلية الزواج المختلط للتأثير على الجنسية؛ إذ قد يترتب عليه كسب الجنسية أو زوالها.

¹ أحمد بدر حامد، مبدأ المساواة بين الأب والأم في مجال اكتساب الجنسية وفقدانها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2014-2015، ص 34.

² حسن جاد الشهاوى، المرجع السابق، ص 8.

مبدئياً بالنسبة للزوج فيمكن القول أنه لا تأثير للزواج على جنسيته في أغلب التشريعات خاصة العربية¹، كون الرجل فيها هو المسؤول عن الأسرة والزاعي لشؤونها؛ وهو ما يتفق مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي منذ عدة قرون من أن الرجل متبوع لا تابع تتبعه زوجته في المقام والوطن ولا يتبعها في ذلك. فالأجنبي المتزوج من وطنية لا يكتسب جنسيتها بمقتضى هذا الزواج، وفي حال رغبته في الدخول في جنسيتها عليه أن يسلك طريق التجنس العادي متى توافرت الشروط المقررة في قانون دولة الزوجة.

غير أنه في بعض الأنظمة القانونية الأخرى يكون للزواج أثراً على جنسية الزوج، وإن كان أخف أثراً من أثره على جنسية الزوجة؛ حيث لا يدخل الزوج في جنسية زوجته بقوة القانون وإهدار إرادة الزوج في اختيار جنسيته. وقد يكون الباعث إلى تقرير هذا الأثر في جانب الزوج رغبة المشرع في جمع شمل الأسرة في جنسية واحدة؛ خاصة إذا استقرت كل العائلة في دولة الزوجة. فمن مصلحة الزوج تبني الدولة لهذا الاتجاه حتى يتفادى معاملته كأجنبي، وحرمانه من كثير من الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون.²

أما بالنسبة للمرأة الوطنية إذا تزوجت من أجنبي من الممكن أن تدخل في جنسيته بناء على الواقع الذي صنعه الزواج، فهو كما ينتج أثراً قانونية في جانب الزوجة فهو كذلك ينتج أثراً سياسية منها حق الزوجة في الدخول في جنسية الزوج³، والسؤال الذي يطرح هنا هو ما مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة؟ وهل الزوجة تدخل في جنسية الزوج لمجرد الزواج وبصورة آلية وبقوة القانون دون الأخذ بعين الاعتبار إرادتها في ذلك؟ أم أنه يتعين عليها طلب التجنس كغيرها من الأجانب؟

يسود القانون المقارن نظريتان رئيسيتان في هذا الشأن: مبدأ وحدة الجنسية في العائلة (1)؛ ومبدأ استقلال الجنسية (2)، بعدها سنتطرق للتوفيق بين المذهبين (3). وموقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من المسألة (4).

¹ - لم تنص التشريعات العربية صراحة على عدم تأثر جنسية الزوج بالزواج المختلط غير أن المادة 3/3 من قانون الجنسية الإماراتي لسنة 1972 والمعدل بقانون 1975 واضحة تمام الوضوح في هذا الصدد عندما قضت بأنه: "... وفي جميع الأحوال لا يتبع الزوج جنسية زوجته"

² - عزمي مسعود عبد الله أبو مغلي، المرجع السابق، ص 23-24.

³ - مصطفى محمد مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقه الإسلامي، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 258-259.

1- مبدأ وحدة الجنسية في العائلة:

ويعنى هذا المبدأ اكتساب الزوجة لجنسية زوجها بقوة القانون كأثر مباشر للزواج دون أن يكون لها الحق في رفضها، ودون أن يكون لجهة الإدارة أي سلطة تقديرية في هذا الشأن. وهو ما يعني أن يكون للزواج وفقا لهذا المبدأ أثره في مجال اكتساب الجنسية؛ فكما يؤدي إلى شرعية العلاقة بين الزوجين، يؤدي كذلك بذاته وبمفرده كإجراء أصيل إلى دخول الزوجة في جنسية زوجها دون حاجة لأي إجراء آخر.

وفي نظر أنصار هذه النظرية أن وحدة الجنسية يحقق مصالح الأسرة والدولة على حد سواء. فمن جهة الأسرة يكفل الوحدة الاجتماعية والسياسية للأسرة. فاتحاد الجنسية من أهم مقومات وحدة الوطن التي لن تتحقق إلا بوحدة الجنسية في العائلة، خاصة وأن القانون يفرض على الزوجة أن تستقر مع زوجها في مسكن الزوجية، فكيف تستقر معه في وطن لا تحمل جنسيته؟!، وأن عدم انتماء الزوجة سياسيا إلى دولة زوجها التي تقيم فيها من شأنه أن يجعلها عرضة لخطر الإبعاد الذي قد تتخذه الدولة حيال الأجنبي، وهو ما يؤدي في النهاية إلى هدم كيان الأسرة، بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يحقق مصالح جوهرية للزوجة في الأحوال التي تكون فيها عديمة الجنسية فتدخل في جنسية زوجها بمجرد انعقاد الزواج. أما من ناحية المصالح التي تحققها الدولة فاكتساب الزوجة لجنسية زوجها يكفل للدولة الوحدة السياسية، لأن هذا الاكتساب يحقق وحدة الهوية والانتماء السياسي. فالزوجة هي التي تقوم على تربية الأبناء الذين سيحملون غالبا جنسية الزوج، وهنا تكمن خطورة دور الأم إذا لم تكن تحمل نفس الجنسية، وما قد يؤدي إليه هذا الوضع من زعزعة ولاء الأبناء للدولة التي يحملون جنسيتها نتيجة لمحاولة الأم زرع ولاء دولتها الأصلية لدى هؤلاء الأبناء، وهو ما يؤثر سلبا في النهاية على الوحدة السياسية للدولة.¹

لقد تعرض هذا المبدأ للكثير من الانتقادات أبرزها:

- أن الأخذ بهذا المبدأ تعتريه كثير من المساوئ والعيوب منها تقييد إرادة الزوجة بل إهدارها تماما، والمساس بمصلحة دولة الزوج إذا كان من مصلحتها منع دخول الزوجة في جنسيتها، خاصة أنها لا تملك الحق في تقدير مدى صلاحية الزوجة الأجنبية للدخول في جماعتها الوطنية من عدمه.
- أن الأخذ به يعد خرقا للعرف الدولي الذي يلزم كل الدول بعدم فرض جنسيتها على الأجنبي

¹ - عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، المرجع السابق، ص 145-147.

دون أن يكون لإرادتهم دوراً في ذلك، فضلاً عن أن القوانين¹ التي أخذت بهذا الاتجاه قد تم تعديلها.²

2- مبدأ استقلال الجنسية في العائلة:

وتعني هذه النظرية انتفاء أي تأثير للزواج على جنسية الزوجة، بحيث تظل محتفظة بجنسيتها الأصلية دون أي مساس بها، ويكون للزوجة إذا أرادت الدخول في جنسية زوجها اتباع طريق التجنس العادي مثل سائر الأجانب العاديين، ومن ثم لا يترتب الزواج المختلط أي تأثير من أي نوع على جنسية الزوجة سواء كان مباشراً أو غير مباشر.

ويستند أنصار مبدأ استقلال الجنسية في نطاق الأسرة في رفض أي تأثير للزواج المختلط على جنسية الزوجة إلى الحجج التالية:

- تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة: فقد أضحت للمساواة بين الرجل والمرأة مبدأ عالمياً مسلماً به في الإعلانات والمواثيق الدولية³، وهو ما يستوجب تمتع الزوجة بجنسية مستقلة عن جنسية زوجها. فكما أن جنسية الزوجة لا تفرض على الزوج فيجب ألا تفرض جنسية الزوج على الزوجة.
- مبدأ الاستقلال يوفق بين إرادة الزوجة إذا أرادت الدخول في جنسية زوجها وإرادة الدولة، إذ يحفظ لها سلطتها التقديرية إزاء تجنس الزوجة.
- إذا كان من الأصلح من وجهة نظر دولة الزوج أن تكتسب الزوجة جنسية زوجها، فمن الأصلح من وجهة نظر دولة الزوجة ألا تكتسب هذه الجنسية خاصة إذا كانت من الدول المستوردة للسكان. ذلك أن صيانة الدولة لركن الشعب فيها تقتضي في هذه الحالة منع النساء من رعاياها الانفصال عنها على أثر زواجهن من أجنبي.

¹ - من بين القوانين التي كانت تأخذ بهذا المبدأ قبل التعديل نذكر: القانون الأردني، القانون اللبناني، القانون اليوناني، القانون الإيطالي، القانون الفرنسي، القانون الفنلندي، القانون الإسباني... الخ

² - مصطفى محمد مصطفى الباز، المرجع السابق، ص 264.

³ - من بين الاتفاقيات الدولية التي نصت على ذلك نذكر: اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرار رقم: 1040 (د-11)، والمؤرخ في 29 يناير 1957. ودخلت حيز التنفيذ في 11 أغسطس 1958، حيث تنص المادة الأولى منها: "تقر كل دولة متعاقدة بأن انعقاد الزواج أو انحلاله بين وطنيين وأجانب، أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج، لا يترتب عليه أي أثر فوري بقوة القانون بالنسبة لجنسية الزوجة".

بالإضافة إلى اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة المبرمة في ديسمبر 1979 تنص في المادة التاسعة بقولها: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة؛ أو أن تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج".

تعرض هذا المبدأ أيضا للكثير من الانتقادات منها:

- أن اختلاف جنسية الزوجين من شأنه أن يخضع الزواج لأكثر من قانون مما يتنافى مع الاستقرار القانوني اللازم لحياة الأسرة، سواء فيما يتعلق بالعلاقات الشخصية بين الزوجين أو بنظام أموالهما؛ خاصة الدول التي تتخذ من الجنسية ضابطا للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية.

- أن اختلاف جنسية الزوجين قد ينطوي على صعوبات عملية فيما يتعلق بتحديد جنسية الأبناء في الدول التي تأخذ بحق الدم كأساس لمنح جنسيتها الأصلية، وذلك عندما يقضي قانون كل زوج بفرض الجنسية على الأبناء؛ فهنا يتواجد الأبناء في حالة ازواج جنسية معاصر للميلاد.¹

3- التوفيق بين مبدئي الوحدة والاستقلال:

يمكن القول بأن الاستقلال في الجنسية يجب أن يكون ابتداءً، وأن الوحدة في الجنسية يجب أن تكون انتهاءً (المزج بين المبدئين)؛ فمجرد الزواج وحده لا يكفي لدخول الزوجة في جنسية زوجها وأنه لا يؤثر على جنسيتها، إلا إذا طلبت ذلك صراحة. فإذا ما طلبت ذلك ووافقت دولة الزوج على طلبها، تحققت وحدة الجنسية بين أفراد الأسرة.² فالراجح هو كفالة تحقيق وحدة الجنسية في العائلة على النحو الذي يتفق مع الأحكام العامة في مجال اكتساب الجنسية الطارئة، والتي تقضى بالأب يفرض على الشخص جنسية ما رغما عنه، وعدم ترتيب الزواج المختلط لأي أثر بقوة القانون على جنسية الزوجة، مع وضعها في مركز قانوني متميز عن سائر الأجانب العاديين، وهو ما يقتضي السماح لها بالدخول في جنسية زوجها بناء على طلبها بشروط ميسرة وهو ما يمكن تسميته «التجنس المتميز أو الميسر».

ومن أهم مظاهر هذا التيسير تخفيض مدة الإقامة، وفي ذلك تقضى المادة الثالثة من اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة بأن: "تقر كل دولة متعاقدة بأنه يمكن للأجنبية التي تتزوج من أحد رعاياها اكتساب جنسية زوجها بناء على طلبها مستفيدة من نظام خاص ومتميز للتجنس". وتقتضى الاستفادة من هذا النظام الخاص والمتميز للتجنس أن تسهل كل دولة في قوانينها الداخلية أسلوب تجنس الزوجة، وتأسيسا على ذلك تتجه معظم التشريعات إلى تبنى نظام تجنس متميز للزوجة خاصة من حيث المدة المطلوبة للإقامة.³

¹ عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، المرجع السابق، ص 248-249.

² عزمي مسعود عبد الله أبو مغلي، المرجع السابق، ص 65.

³ عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، المرجع السابق، ص 150-151.

وعليه بعد الاعتراف للأجنبي بالشخصية القانونية، أصبح بإمكانه أن يكتسب حقوقا ويتحمل بالالتزامات في الدولة التي يحل بها.¹

4- موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين:

أخذ المشرع الجزائري بالمزج بين المبدئين (مبدأ استقلال الجنسية في العائلة ابتداءً، ووحدتها انتهاءً)، وبذلك واكب أغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بالنظرية المعاصرة لاستقلال الجنسية²؛ بحيث جعل الأصل أنه لا أثر للزواج على جنسية الأجنبي، إذ يبقى محتفظاً بجنسيته الأصلية، غير أنه يحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقاً للشروط التي يقرها قانون الزوج بخصوص التجنس. فمن خلال التعديل الجديد لقانون الجنسية بالأمر رقم 01/05 السابق ذكره استحدث طريقاً جديداً لاكتساب الجنسية هو "الزواج المختلط" الذي لم يكن ينص عليه الأمر 86/70.³

وبموجب أحكام المادة 9 مكرر من قانون الجنسية، بدأ المشرع أقل تشدداً في شروط منح الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط (التي سنوضحها لاحقاً)؛ حيث نص على ما يلي: "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية...". فالمشرع الجزائري يؤمن بمبدأ استقلال جنسية الزوجة عن زوجها من جهة، ولكن في نفس الوقت يفتح الطريق أمامها من أجل توحيد جنسيتها مع جنسية زوجها إذا أعلنت بمحض إرادتها عن رغبتها صراحة في الحصول عليها بموجب مرسوم.⁴

¹ رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 12-13.

² من أمثلة ذلك المادة 10 من قانون الجنسية القطري لسنة 1961، المادة 7 من قانون الجنسية البحريني لسنة 1963، المادة 7 من قانون الجنسية الليبي لسنة 1954... الخ

³ عرف قانون الجنسية الجزائرية ثلاثة تعديلات منذ الاستقلال الأول بعد استرجاع السيادة الوطنية بسن قانون مؤرخ في 27 / 3 / 1963 تحت رقم 63-96، غير أنه بسبب التحولات الاجتماعية التي عرفتها الجزائر تم إلغاء هذا القانون واستبداله بالأمر رقم 86 / 70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، ثم جاء الأمر 01/05 المؤرخ في 27 / 2 / 2005 ليعدل ويتم الأمر 86 / 70 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية لمسايرة التطور الذي عرفه المجتمع تماشياً مع الأنظمة في مجال الجنسية الاستيعاب حالة الأشخاص. أنظر محي الدين جمال، وقفة قانونية بين قانون الجنسية الجزائري 1970 و 2005، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 4، العدد 7، ص 16-17.

⁴ بلعبور عبد الكريم، اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج على ضوء تعديل قانون الجنسية الجديد لسنة 2005، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، المجلد 6، العدد 1، ص 233.

وبالنسبة للتشريع المصري فهو أيضا أخذ بمبدأ استقلال الجنسية في العائلة كنظيره الجزائري، إلا أنه جعل في اكتساب الزوجة المصرية لجنسية زوجها الأجنبية سببا لفقدانها جنسيتها المصرية استنادا لما نص عليه في المادة 12 من قانون الجنسية المصرية رقم 26 لسنة 1975، والتي نصت على أن: "المصرية التي تتزوج من أجنبي تظل محتفظة بجنسيتها المصرية إلا إذا رغبت في اكتساب جنسية زوجها، وأثبتت رغبتها هذه عند الزواج أو أثناء قيام الزوجية، وكان قانون جنسية زوجها يدخلها في هذه الجنسية، ومع ذلك تبقى محتفظة بجنسيتها المصرية إذا أعلنت رغبتها في ذلك خلال سنة من تاريخ دخولها في جنسية زوجها...". والملاحظ من خلال هذا النص أن المصرية التي تتزوج من أجنبي لا تفقد جنسيتها كأثر مباشر لهذا الزواج، وإنما يشترط كي تفقد الجنسية المصرية أن تعلن رغبتها في اكتساب جنسية زوجها عند الزواج أو أثناء قيام الزوجية، وأن يكون قانون جنسية الزوج الأجنبي يدخلها في هذه الجنسية لتفادي حالة انعدام الجنسية إذا اتضح أن قانون جنسية الزوج الأجنبي لا يمنحها الجنسية.¹

وإذا كان المشرع المصري قد راعى عدم تعرض الفرد لانعدام الجنسية بمحاولة التجنس، فإنه لم يتجنب ازدواج الجنسية الناتج عن احتفاظ المتجنس بجنسيته المصرية المنصوص عليه بموجب المادة 10 الفقرة الأخيرة.²

بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون عقد الزواج صحيحا طبقا لأحكام القانون المصري، أما إذا كان عقد الزواج باطلا طبقا لأحكام القانون المصري وصحيحا طبقا لأحكام قانون الزوج الأجنبي كزواج مصرية مسلمة من أجنبي غير مسلم تظل تلك الزوجة مصرية في جميع الأحوال، ومع ذلك يجوز بقرار من وزير الداخلية اعتبارها فاقدة للجنسية المصرية إذا كانت قد اكتسبت جنسية زوجها³، وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة 12 في فقرتها الثانية من نفس القانون.

وبالنسبة للتشريع التونسي فقد أقر إمكانية احتفاظ المرأة الأجنبية المتزوجة بتونسي بجنسيتها

¹ - حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي (دراسة مقارنة)، دط، شركة الإيمان للطباعة، القاهرة، 1996، ص 17-18-19.

² - أحمد بدر حامد، المرجع السابق، ص 95.

³ - حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 17-18-19.

الأجنبية، ويمكنها طلب التجنس بالجنسية التونسية وفق شروط حددها القانون¹. بالمقابل يكون للزواج المختلط أثرا مباشرا وتصبح المرأة الأجنبية تونسية منذ تاريخ زواجها، في الحالة التي يجردها قانونها الوطني من جنسيتها متى تزوجت بأجنبي، ذلك تقاديا لحالة انعدام الجنسية².

كما أضاف المشرع التونسي في الفصل 20 فقرة 2 أن الأجنبي المتزوج بتونسية يمكنه طلب التجنس بالجنسية التونسية.

وقد أخذت بهذا الاتجاه أيضا العديد من التشريعات الغربية³، من بينها التشريع الفرنسي الذي أقر بموجب المادة 1/21 من قانون الجنسية⁴، أن الزواج لا يكون له أي تأثير على الجنسية⁵، غير أنه يجوز للأجنبي الذي تزوج من فرنسي أو فرنسية أن يطلب اكتساب الجنسية الفرنسية⁶ في مدة معينة⁷. ووفق شروط معينة من بينها مرور أربع سنوات على الزواج، وأن يكون الأجنبي مقيما بشكل منتظم في فرنسا، ويتقن اللغة الفرنسية، بالإضافة إلى عدم إدانته بعقوبة تزيد عن ستة أشهر أو تساويها⁸.

¹ - حسب الفصل 14 من مجلة الجنسية التونسية من الأمر الصادر سنة 1956 المعدل بالمرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فبراير 1963 المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية الذي ينص على: " يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة بتونسي والتي بموجب قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها الأصلية رغم تزوجها بأجنبي، أن تطلب الجنسية التونسية إذا كان الزوجان مقيمين بتونس منذ عامين على الأقل".

² - وهو ما جاء في نص الفصل 13 من مجلة الجنسية التونسية: " تصبح تونسية منذ تاريخ عقد زواجها المرأة الأجنبية التي تتزوج بتونسي إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية متى تزوجت بأجنبي".

³ - من أمثلة ذلك التشريع الألماني لسنة 1969 في المادة 8، الإسباني لسنة 1975، الإيطالي لسنة 1979

⁴ - Ordonnance n° 45/2447 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française
⁵ - Art 21/1 (Loi n°93-933 du 22 juillet 1993 - art. 50 () JORF 23 juillet 1993):
«Le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité».

⁶ - تجدر الإشارة أنه في فرنسا هناك زواج مختلط يعرف باسم "الزواج الأبيض أو الصوري أو الوهمي أو المصطنع" كلها مصطلحات لزواج واحد، الذي يهدف أحد الزوجين من خلاله لاكتساب جنسية الزوج الآخر أو الحصول على تصريح إقامة، أو الحصانة من الطرد، وعليه إذا تبين حالة التحايل يجوز للنائب العام إسقاط الجنسية وإبطال الزواج، ففي حكم Appietto أقر القاضي الفرنسي: "الزواج باطل لعدم وجود الموافقة، عندما يكون الزوجان قد أعاروا أنفسهم للحفل بهدف تحقيق نتيجة غريبة عن الزواج...". أنظر:

Elise ralsar, Le mariage blanc et le droit international privé, RJOI (revue juridique de l'océan indien), numéro 2, 2001, p 132-133.

⁷ - Art 21/2(Modifié par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 3): « L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité ».

⁸ - LE MARIAGE MIXTE CELEBRE EN France, novembre 2012 , p5. Article publier dans le site: <https://www.astibordeaux.fr/app/download/12603036/LE+MARIAGE+MIXTE++.pdf> date de consultation: 28/03/2020. 15: 00h

ويتلخص اتجاه التشريعات في تيسير تجنس الزوجة عموماً وفقاً للشروط التالية:

- طلب الزوجة صراحة الدخول في جنسية الدولة.
- عدم اعتراض السلطات المختصة في الدولة.
- إقامة الزوجة مع زوجها على إقليم الدولة لمدة قصيرة نسبياً عادة ما تتراوح من سنة إلى ثلاث سنوات حسب ما تقضى به تشريعات كل دولة¹.

نشير في الأخير إلى أن جل القوانين التي تأخذ بهذا الاتجاه تهتم بالمساواة بين الجنسين في مجال الجنسية، وأن الزواج لا يؤثر على الجنسية؛ فلا تتغير بموجبه جنسية أحد الطرفين، وإن كان من الممكن وفقاً لشروط خاصة طلب الدخول في جنسية الطرف الآخر. حيث ترى هذه القوانين في الزواج ظرفاً كافياً لتبرير تخفيف شروط التجنس، وشروط هذا التخفيف تختلف من دولة إلى أخرى².

البند الثاني:

المساواة بين الزوجين في نقل الجنسية الأصلية للأبناء على أساس حق الدم

يعتبر حق الدم المعيار الرئيسي الأول الذي تقوم عليه الجنسية الأصلية³، ويقصد بحق الدم حق المولود ذكراً كان أم أنثى في التمتع بجنسية الدولة التي ينتمي إليها أباه لحظة الميلاد حكماً بقوة القانون بسبب أصله العائلي، أي كان مكان الميلاد داخل الدولة أو خارجها، وهو ما يعرف بنقل الجنسية الأصلية على أساس حق الدم⁴، وتسمى أيضاً جنسية النسب.

إن حق الإنسان في الجنسية يثبت منذ ميلاده؛ فهو من الحقوق اللصيقة به، ومن ثم يجب تجنب حالات انعدام الجنسية للأبناء، وهو ما يستلزم احتراماً للقواعد المقررة في القانون الدولي الإنساني⁵، الاعتراف بحق الدم من ناحية الأم أسوة بحق الدم من ناحية الأب.

¹ - عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، المرجع السابق، ص 151.

² - مصطفى محمد مصطفى الباز، المرجع السابق، ص 274 - 276.

³ - بوشنافة جمال، حق الطفل في الجنسية في التشريع الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 10، العدد 4، 2018، ص 927.

⁴ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (الجنسية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 69.

⁵ - لقد حرصت معاهدة لاهاي بشأن خفض حالات انعدام الجنسية المنعقدة في 1961 التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1975 على النص على ضرورة تمتع كل فرد بالجنسية. كذلك تؤكد المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل شخص الحق في الجنسية، ولا يجوز حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته

ثم إن حق المرأة في نقل جنسيتها إلى أبنائها هو ترجمة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، بل ترجمة واقعية لجملة المواثيق الدولية التي عنيت بحقوق المرأة ومنع جميع أشكال التمييز ضدها، وأن الدول تلتزم في تنظيم جنسيتها بما صادقت عليه من معاهدات دولية، ومن ثم فالدول التي صادقت على الاتفاقيات والمواثيق الخاصة بحقوق الإنسان تلتزم بإعمال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في هذا الشأن، سواء شكل هذا الالتزام قيوداً عليها في تنظيم الجنسية أو التزاماً إرادياً من جانبها. ولذلك أكد ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان حق المرأة في المساواة مع الرجل في مجال الجنسية، بالإضافة إلى عدد من الاتفاقيات الدولية¹ التي رسخت مبدأ المساواة بين الجنسين.²

وقد اتجهت أغلب التشريعات إلى إعمال مبدأ المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية الأصلية للأولاد دون تمييز بينهما، منها المشرع المصري في المواد من 1 إلى 4 من قانون الجنسية المصرية، كذلك التشريع التونسي في الفصل من 6 إلى 9 من مجلة الجنسية التونسية.

وهو ما ذهب إليه التشريع الجزائري، حيث نص في المادة 6³ من الأمر 01/05 المتعلق بقانون الجنسية على ما يلي: "يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

واستناداً إلى التعديل الذي مس المادة 6 من قانون الجنسية الجزائرية فيما يخص نقل الجنسية الأصلية عن طريق الدم، قام المشرع الجزائري بإطلاق حق الدم من جهة الأم، الذي لم يكن ينص عليه في قانون 1970؛ حيث أصبح الولد المولود من أم جزائرية يعد جزائري، وتستوي أن تكون واقعة ميلاد الابن تمت في إقليم الدولة أو خارجه، وبغض النظر عن جنسية وهوية والده، حتى ولو كان عديم أو مجهول الجنسية، بمعنى أن المشرع الجزائري أصبح يعترف بالولد غير الشرعي، فلا يهم مكان الولادة ولا طبيعة العلاقة التي نتج عنها الولد إن كانت شرعية أم لا، المهم أنه من أم جزائرية

بشكلٍ تعسفي. كما أن المادة 7/75 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية نص على أن: "لكل طفل الحق في أن تكون له جنسية".

¹ - منها: اتفاقية المرأة السياسية 1952، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966، الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان 1980، الميثاق العربي لحقوق الإنسان 1954... الخ.

² - عبد الحميد محمود محمد عليو، المرجع السابق، ص 8-9-13.

³ - تقابلها: المادة 3 من قانون الجنسية العراقية لسنة 2006، المادة 3 من المرسوم التشريعي السوري رقم 67 لسنة 1961، المادة 2 من القرار 1925/15 المنظم للجنسية اللبنانية، الفصل 6 من ظهير شريف رقم 1-58/250 لعام 2011... الخ.

فيمكن بالجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الدم من جهة الأم.¹

بمعنى آخر، فأولاد الجزائرية التي تزوجت بأجنبي بعقد باطل إذا كانوا مولودين في الجزائر فإنهم يكونون طبقاً للقانون الجزائري مولودين من غير زواج، أي أنهم أبناء غير شرعيين لأهمهم، ومن ثم يكتسبون الجنسية الجزائرية بقوة القانون.² دون اشتراط حصول ولادتهم داخل إقليم دولة الجزائر.³

كذلك تم تعديل المادة 7 من نفس القانون⁴ التي تناولت الحالات التي يعتبر فيها الولد المولود في الجزائر جزائرياً على أساس حق الإقليم⁵؛ حيث حافظ المشرع الجزائري على الحالة المتعلقة بالولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين (مجهولي الهوية والجنسية)، في حين استحدث حالة أخرى تتعلق بالولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تثبت جنسيتها⁶. والملاحظ أن المشرع استخدم في المادة 8 عبارة "إن الولد المكتسب للجنسية الجزائرية بموجب المادة 7"، فكان الأخرى به أن يستعمل عبارة "الولد المتمتع بالجنسية الجزائرية"، لأنها تعد جنسية أصلية على أساس حق الإقليم.⁷

¹ ناتوري كريم، دراسة لأهم التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائرية بموجب الأمر رقم 01/05، المجلة الأكاديمية للأبحاث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 3، العدد 1، 2012، ص 96-97.

² حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 20.

³ وهو نفس ما ذهب إليه المشرع التونسي، البحريني، العماني، المصري، السوري، التركي، الإماراتي... الخ

⁴ حيث جاء فيها: "يعتبر من الجنسية الجزائرية:

- الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين. غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائرياً قط إذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى اجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقاً لقانون جنسية أحدهما. إن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولوداً فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.

- الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها.

⁵ حق الإقليم هو حق المولود في أن يكتسب لحظة ميلاده جنسية الدولة التي يولد في إقليمها بغض النظر عن جنسية والديه والأصل الذي انحدر منه. أنظر: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (الجنسية)، المرجع السابق، ص 77.

⁶ يكمن الهدف من إدراج هذه الحالة في قانون الجنسية الجزائرية إلى إيجاد الحلول القانونية الكفيلة بمحاربة ظاهرة انعدام الجنسية بالنسبة إلى فئة معتبرة من الأطفال الذين يولدون في الجزائر سواء في المستشفيات أو المؤسسات العمومية أو المراكز التي تؤوي النساء أو أي مكان آخر من الإقليم الجزائري من طرف أمهات يرفضن لأسباب قد تكون عائلية وقد تكون أخلاقية التصريح أو الإدلاء بالمعلومات أو الوثائق التي تمكن معرفة هويتها. أنظر: بلعير عبد الكريم، المرجع السابق، ص 155.

⁷ ناتوري كريم، المرجع السابق، ص 97-98.

أما الوقت الذي يعتد فيه بثبوت الجنسية على أساس حق الدم فهو ميلاد الطفل؛ إذ يشترط تمتع الأب أو الأم بالجنسية الجزائرية وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاتها يعتد بالجنسية عند الوفاة.¹ ونؤيد ما أجمعت عليه التشريعات عامة، والتشريع الجزائري خاصة في المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية الأصلية للأبناء على أساس حق الدم²، استناداً لحجج فقه القانون الدولي الخاص وذلك للأسباب التالية:

- أن منح الأم الجزائرية المتزوجة من شخص أجنبي الحق في نقل جنسيتها الجزائرية إلى أبنائها يمثل تطبيقاً حرفياً لما نص عليه الدستور الجزائري في المواد 32 و34.³

- أن المرأة أصبحت لها دور هام وحيوي في الرعاية الأسرية من كافة النواحي الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وبالتالي فإن اتخاذ دور الأب في الأسرة كذريعة لاعتماد حق الدم المنحدر من الأب بصورة مطلقة في نقل الجنسية الجزائرية للأبناء لم تعد حجة مقنعة في الوقت الحاضر.

- أنه إذا كان الدستور الجزائري قد سمح للمرأة بتولي الوظائف العامة والوظائف الإدارية العليا، وأن تكون عضواً في مجلس النواب، بالإضافة إلى تعيينها في الجهات والهيئات القضائية⁴؛ دون تمييز ضدها، فمن باب أولى أن يتم إقرار حقها في المساواة مع الأب فيما يتعلق بنقل جنسيتها على أساس حق الدم للأبناء⁵.

- إن منح الأطفال حق التمتع بالجنسية على أساس حق الدم من جهة الأم يعد حماية لهم من انعدام الجنسية، وحماية لحقوقهم الطبيعية، وحتى لا يعيشون كغرباء في المجتمع، مما يحفظ كرامتهم⁶.

¹ - بوسهوه نور الدين، المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية، المرجع السابق، ص 71.
² - نشير هنا أن الجنسية الأصلية التي تمنح للأبناء على أساس حق الدم تثبت لهم بقوة القانون دون الحاجة لأي إجراء شكلي آخر فلا يلزم تقديم طلب من ممثل الطفل أو وليه، غير أنه يشترط ثبوت نسب الطفل لأب جزائري، أو أب جزائري.
أنظر: نور الدين بوسهوه، المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية، نفس المرجع، ص 72.
³ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 69-438 المؤرخ في 07/12/1996، ج.ر. عدد 76 لسنة 1996، المعدل بموجب القانون 03/02 المؤرخ في 2002، ج.ر. رقم 25، القانون رقم 19/08 المؤرخ في 2008، ج.ر. رقم 63، القانون رقم 01/16 المؤرخ في 2016، ج.ر. رقم 14.
⁴ - أنظر المواد 35، 36 من الدستور الجزائري.
⁵ - أحمد بدر حامد، المرجع السابق، ص 36-37.
⁶ - هوارى ليلي، حماية حق الطفل في الجنسية في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، العدد 7، ديسمبر 2016، ص 116.

ونجد كذلك المشرع الفرنسي يقر بموجب الدستور الفرنسي المساواة بين جميع المواطنين بصرف النظر عن الأصل، أو العرق، أو الدين¹، ويحق لكل فرنسي وفرنسية أن ينقل جنسيته إلى أبنائه سواء كانوا شرعيين أو غير شرعيين، وهو ما نص عليه في المادة 17 من قانون الجنسية الفرنسية السابق ذكره.² وأضاف كذلك في المادة 18 من نفس القانون³ إمكانية نقل الجنسية الفرنسية للولد الشرعي من أم فرنسية وأب مجهول أو عديم الجنسية، والولد غير الشرعي الذي ثبت أن أحد أبويه كان آخر مقر له هو فرنسا والآخر عديم أو مجهول الجنسية. فعندما يثبت النسب يتمتع المولود بالجنسية الفرنسية استناداً إلى حق الدم سواء من ناحية الأم أو الأب، حتى وإن كان المولود يحمل جنسية أجنبية، لذلك فإن المشرع الفرنسي من خلال المادة 19 من نفس القانون ورغبة منه في علاج ظاهرة تعدد الجنسيات يجيز للمولود الذي بلغ سن الرشد التخلي عن الجنسية الفرنسية إذا غير مولود بفرنسا.⁴

بالرغم من أن غالبية التشريعات قد اتجهت نحو تطبيق التسوية بين الأب والأم في نقل الجنسية الأصلية للأبناء، إلا أنه يوجد بعض القوانين⁵ التي ما زالت ترفض مسايرة التشريعات الحديثة، واكتفت بحق الدم من ناحية الأب بوصفه معياراً أصلياً لثبوت الجنسية الأصلية للأبناء، وجعلت من حق الدم من ناحية الأم ثانوياً أو منتقياً تماماً. وبالتالي فهي تخالف القانون الدولي لحقوق الإنسان، فقد يتسبب موقفها بانعدام الجنسية للأبناء وهو أبرز المخاوف التي تواجه المجتمع الدولي.⁶

¹ - Paul Lagarde , la nationalité française, dalloz, 3^e édition, paris, 1997, p 97.

² - Art 17: « Est français: 1- L'enfant légitime né d'un père français. 2- L'enfant naturel lorsque celui de ses parents à l'égard duquel la filiation a d'abord été établie, est Français.

³ - Art 18: « Est français: 1- L'enfant légitime né d'une mère française et d'un père qui n'a pas de nationalité ou dont la nationalité est inconnue.

2- L'enfant naturel lorsque celui de ses parents, à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, est français si l'autre parent n'a pas de nationalité ou si sa nationalité est inconnue.

⁴ - ياسمين أبو العلا علي أبو العلا النمر، مدى احترام مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018، ص 315.

⁵ - من بين الدول التي تميز بين الرجل والمرأة في منح الجنسية للأبناء أو تكون متشددة في منحها: 12 دولة في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا وثلاث دول في الولايات المتحدة الأمريكية، وأربعة دول في آسيا منها: قطر، الكويت، الأردن، ليبيا، السعودية، الإمارات العربية المتحدة، البحرين، سلطنة عمان، موريتانيا... الخ، أنظر: أحمد بدر حامد، المرجع السابق، ص 38.

⁶ - أحمد بدر حامد، نفس المرجع، ص 38.

الفرع الثاني:

شروط اكتساب وفقد الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط

قد يكون الزواج المختلط سببا لاكتساب الجنسية الجزائرية وفقا لشروط حددها المشرع في قانون الجنسية الجزائرية (البند الأول)، كما قد يكون سببا لفقدانها بشروط معينة كذلك حددها المشرع في نفس القانون (البند الثاني).

البند الأول:

شروط اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط في القانون الجزائري

ذكرنا آنفا أن المشرع الجزائري من خلال التعديل الجديد لقانون الجنسية استحدث طريقا جديدا لاكتساب الجنسية هو "الزواج المختلط"، بموجب أحكام المادة 9 مكرر من قانون الجنسية¹، بدأ المشرع أقل تشددا في شروط منح الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط.² ومنه ما هي الشروط الواجب توافرها في الزواج وفي طالب الجنسية لاكتسابه الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات التي جاء بها الأمر 01/05؟³

اشترط المشرع الجزائري من خلال المادة 9 مكرر جملة من الشروط الواجب توافرها لاكتساب الأجنبي الجنسية الجزائرية، منها ما يتعلق بالزواج المختلط (أولا)، ومنها ما يتعلق بطالب الجنسية (ثانيا).

أولا- الشروط الواجب توافرها في الزواج المختلط المكسب للجنسية:

حيث نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 9 مكرر من قانون الجنسية على شرطين

¹- تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري من خلال تطبيق هذا النص لا يشترط أن تكون الجنسية الجزائرية التي يتمتع بها الزوج أو الزوجة أصلية أو مكتسبة، وبالتالي يمكن أن يتجنس شخص بالجنسية الجزائرية ثم على أساس الزواج المختلط تتحصل زوجته على هذه الجنسية. أنظر: حسان نادية، دراسة تحليلية للأمر 01-05 المعدل لقانون الجنسية الجزائرية (استعمال تقنية التعديل لوضع أحكام جديدة جوهرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية)، كلية الحقوق جامعة الجزائر، المجلد 50، العدد 4، 2013، ص 337.

²- وما أثار انتباهنا من خلال التعديل الذي مس المادة 9 مكرر من قانون الجنسية الجزائرية لسنة 2005، هو أن المشرع الجزائري ساوى بين الوطني (الجزائري)، والوطنية (الجزائرية)، في إمكانية اكتساب الزوج الأجنبي أو الزوجة الأجنبية الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط وفقا للشروط المنصوص عليها في نفس المادة.

³- جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11، ص 147-148.

لاكتساب الزوج الأجنبي جنسية زوجه الجزائري، سواء كان رجل أو امرأة، يتمثلان في صحة الزواج (1)، واستمراره لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات (2)، وسنتناول بالشرح هذين الشرطين على التوالي:

1- أن يكون الزواج صحيحا:

ففيما يخص صحة الزواج، نص المشرع على أن يكون الزواج قانونيا؛ حيث جاء في المادة 9 مكرر من قانون الجنسية ما يلي: "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توافرت الشروط الآتية: أن يكون الزواج قانونيا وقائما..."، بمعنى أن يكون قد تم صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه طبقا لما يستلزمه القانون المختص، وقد أشرنا سابقا أن صحة الزواج من حيث الموضوع تحددها أحكام القانون الجزائري ككل أما من حيث الشكل فقد تكون أحكام القانون الجزائري أو الأجنبي.¹

2- أن يكون الزواج قائما منذ ثلاث سنوات:

فرض المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من قانون الجنسية أن يكون الزواج قانونيا، وأن يكون قائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس، وتكمن الحكمة من تقرير هذا الشرط في إعطاء الجهة المختصة الفرصة الكافية للتعرف على هوية الأجنبي، وكذا الاستدلال على جدية العلاقة الزوجية وقابليتها للدوام، حتى يتسنى لها اكتشاف الحالات التي يتخذ فيها الزواج حيلة للانضمام إلى المجتمع الوطني للقيام بنشاط سياسي أو اجتماعي لا يتفق ومصلحة البلاد.

ويستدل على استمرارية الرابطة الزوجية لمدة ثلاث سنوات فما فوق، بمستخرج من سجلات الحالة المدنية أو بموجب حكم، في حالة عدم تسجيله إذا أبرم في الجزائر ولم ينته بالطلاق. فلا يمكن للأجنبي الحصول على جنسية زوجه الجزائري إذا انتهت العلاقة الزوجية بالوفاة أو الطلاق قبل انقضاء أجل ثلاث سنوات.²

ثانيا - الشروط المتعلقة بطالب الجنسية:

إضافة إلى الشرطين السابقين أدرج المشرع الجزائري في نفس المادة شروطا أخرى يجب أن تتوفر مجتمعة في طالب الجنسية الجزائرية (الزوج أو الزوجة) وهي:

¹ لمزيد من التفاصيل حول الشروط الشكلية والموضوعية لصحة الزواج أنظر الصفحة 33 وما يليها من هذه الأطروحة.

² جبار صلاح الدين، المرجع السابق، ص 147-148-149.

■ الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل.

■ التمتع بحسن السيرة والسلوك.

■ إثبات الوسائل الكافية للمعيشة.

وعلى هذا الأساس إذا اكتسب الشخص (الزوج أو الزوجة) الجنسية الجزائرية أصبح مواطناً جزائرياً يتمتع بجميع الحقوق ويلتزم بجميع الواجبات وفقاً لدستور الجمهورية الجزائرية. وقد نصت على هذه الآثار المادة 15 من قانون الجنسية. أما الآثار الجماعية للجنس المنصوص عليها في المادة 17 المتعلقة بامتداد الجنسية الجزائرية بقوة القانون إلى الأولاد القصر للجنس؛ فالظاهر أن هنالك عدم مساواة بين الجنسين. فعند اكتساب الأب للجنسية الجزائرية تنتقل لهم، عكس ما إذا كانت الأم هي من اكتسبت الجنسية الجزائرية فلا تمتد إلى أولادها القصر. وقد أضاف المشرع بهذا الصدد في ذات المادة حرية تخلي هؤلاء الأولاد عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين من بلوغ سن الرشد أي ما بين 19 و 21 سنة.¹

البند الثاني:

شروط فقدان الجنسية الجزائرية بسبب الزواج المختلط

إذا كان الزواج المختلط سبباً لاكتساب الجنسية الجديدة، فهو في ذات الوقت سبباً لفقد الجنسية الأصلية. فزواج الوطنية من أجنبي أو الأجنبية من وطني وإن كان من الممكن أن يكسبها جنسية زوجها، فمن الممكن أن يفقدها جنسيتها الأصلية.²

فقد حدد المشرع الجزائري أيضاً من خلال المادة 18 الفقرة الثالثة من قانون الجنسية حالات فقدان الجنسية الجزائرية، ومن بين هذه الحالات زواج الجزائرية بشخص أجنبي؛ حيث جاء في نص المادة ما يلي: " المرأة الجزائرية المتروجة بأجنبي وتكتسب جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية". وعليه تفقد الوطنية الجنسية الجزائرية إذا اكتسبت جنسية الزوج وأذن لها بالتخلي عن الجنسية الجزائرية. والواضح من هذا النص أن المشرع الجزائري

¹ - ناتوري كريم، المرجع السابق، ص 99.

² - عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، المرجع السابق، ص 236. أنظر كذلك: مناور علي منور أبو الغنم، تنازع الجنسيات في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، قسم القانون، جامعة الدول العربية، 2003، ص 43.

لم يرتب على زواج الجزائرية من أجنبي انقضاء الجنسية الجزائرية بقوة القانون بصفة مباشرة؛ حيث تظهر إرادتها في التخلي عن جنسيتها بسبب الدخول في جنسية زوجها، ولم ينكر المشرع هنا أثر زواج الوطنية من أجنبي على جنسيتها بالفقد، غير أنه لم يشير إلى احتمال أن تكتسب المرأة جنسية زوجها بقوة القانون وبدون إبداء إرادتها في هذا الخصوص، في حالة ما إذا كان قانون زوجها يأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة، مع ذلك لم يعتد المشرع بمسألة الاكتساب اللارادي للجنسية الأجنبية في هذا الفرض وأكتفى فقط بأن تكون دخلت في جنسية زوجها.¹

بموجب هذه الحالة يمكن للمرأة الجزائرية سواء كانت لها جنسية أصلية أو مكتسبة أن تقدم لوزير العدل طلباً تتخلى فيه عن جنسيتها الجزائرية، وذلك بمجرد زواجها بأجنبي وحصولها على جنسية زوجها كأثر مباشر للزواج، على أن يكون الزواج صحيحاً وقائماً وشرعياً وفقاً لما ينص عليه القانون الجزائري، إضافة إلى صدور المرسوم الذي يأذن لها بالتخلي عن جنسيتها الجزائرية.²

وعليه يمكن القول أن المشرع قد تخلى عن مبدأ استقلال جنسية الزوجة عن جنسية زوجها في هذه الحالة؛ حيث أخذ بمبدأ وحدة جنسية الأسرة بالنسبة للجزائرية التي تتزوج بأجنبي، غير أنهم يشر إلى تأثير الزواج على جنسية الأجنبية المتزوجة بجزائري الذي كان ينظمها القانون 1963 في المادة 12.³

¹ - يسمينة لعجال، التخلي عن الجنسية بين سلطة الدولة وإرادة الفرد، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، العدد 8، جانفي 2013، ص 202. أنظر كذلك: محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 226.

-Loussouran et Bourel , Droit international privé, 3edition ,1980,P 67

² - سامية عبد اللاوي، الجنسية الجزائرية بين فقدان والاسترداد في ظل الأمر 01/05، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد 1، جانفي 2020، ص 847.

³ - بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 234.

المبحث الثاني:

الآثار المالية للزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة

إن عقد الزواج لا ينشئ آثارا شخصية أو معنوية فقط، وإنما له آثار تتصل بمصالح الزوجين المالية الصرفة؛ ذلك أن العشرة الزوجية تستتبع بالضرورة اختلاطا في المصالح المالية، وهو ما يعرف بالنظام المالي للزوجين¹، الذي يبين حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل وأثناء الزواج وبعد انحلاله². وهو ما سنحاول الإلمام بمضمونه (المطلب الأول).

وقد تتنازع عدة قوانين على حكم هذه الآثار في حالة ما إذا تسلل عنصر أجنبي إلى الرابطة الزوجية. وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد القانون الذي يحكم هذه الآثار المالية، فهناك من التشريعات من ساوى بين الآثار الشخصية والآثار المالية من حيث إخضاعها لقانون موحد، وفي المقابل هناك تشريعات أخرى تفصل بين آثار الزواج فتخضع ذات الطابع الشخصي لقانون وذات الطابع المالي لقانون مستقل عن الأول، لذلك سنعمل على تبيان القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المالية.³ (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

مضمون الآثار المالية للزواج المختلط فقها وتشريعا

إن الآثار المالية التي يترتبها عقد الزواج في الشريعة الإسلامية⁴ والقانون الوضعي في الأقطار العربية تكون نظاما ماليا متميزا عما هو سائد في الشرائع الغربية، وبالأخص الاختلاف الوارد على تكييفها؛ حيث تصنف في التشريعات العربية ضمن فئة الأحوال الشخصية، بينما تنظمها القوانين

¹ -فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة بومرداس الجزائر، العدد 17، جوان 2017، ص 109.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 140.

³ - شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 382.

⁴ - أشرنا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية لا ترتب أي أثر مالي على الزواج، وأن النفقة الزوجية والصدّاق كيفهما الفقه ضمن الآثار الشخصية للزواج نظرا لقدسية عقد الزواج والصفة النبيلة التي تميزه.

الغربية ضمن فئة الأحوال العينية، إلا أن هذا التمييز لا ينفي عنها صفة النظام المالي¹، ذلك لما يترتب عن الحياة المشتركة بين الزوجين من علاقات مالية وأحكام تتعلق بأموالهما².

إن النظام المالي للزوجين هو مجموعة الأحكام التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدة الزواج وبعده، فإن عقد الزواج يطرح عادة مشاكل تتعلق بتوزيع الثروة الزوجية، بما في ذلك نصيب كل واحد من الزوجين في الأموال المشتركة أثناء قيام الزوجية، وكذا بعد انحلال الزواج (بأي وجه من الوجوه)، وهذا دون إغفال مشكل تحمل الديون الناتجة عن الحياة الزوجية، سواء بين الزوجين أنفسهما، أو بين أحدهما والورثة³.

ويعرف الدكتور رعد مقداد الحمداني النظام المالي للزوجين بأنه: "علاقة كل من الزوجين بأمواله وأموال الزوج الآخر وعلاقتهما معا بالأموال المشتركة بينهما، وكذلك علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمته والديون المترتبة بذمة الزوج الآخر، وعلاقتهما معا بالديون المشتركة المستحقة عليهما، وتحديد التزام أحد الزوجين بالإففاق الزوجي وحده، أو التزام أحدهما بالإففاق ومساهمة الآخر في ذلك أو التزامهما معا في الإففاق"⁴.

وعليه فالنظام المالي بدوره يتخذ عدة أشكال أهمها: نظام انفصال الأموال بين الزوجين، وهو المبدأ المعمول به في الدول العربية، اقتبسته عن الشريعة الإسلامية التي عرفته منذ أكثر من 14 قرناً؛ حيث أقرت أن لكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الآخر (الفرع الأول).

ونظام الاشتراك المالي في الأموال المكتسبة بين الزوجين، وهو النظام المالي السائد في الدول الأوروبية، منها القانون الفرنسي في حالة عدم وجود اتفاق بين الزوجين على اختيار نظام مالي آخر

¹ تجدر الإشارة أن مصطلح النظام المالي للزوجين غربي الأصل ولا أساس له في الشريعة الإسلامية، فهذه الأخيرة أقرت ما يعرف باستقلال الذمة المالية للزوجين لتنظيم القواعد المالية بينهما.

² عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 104.

³ بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دفاثر مخبر حقوق الطفل، جامعة محمد بن أحمد وهران، المجلد 3، العدد 1، 2012، ص 23.

⁴ رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 13.

لحياتها الزوجية، وقد نظمت أحكام هذا النظام بصورة دقيقة من قبل المشرع الفرنسي.¹ (الفرع الثاني)

الفرع الأول:

الأنظمة المالية للزواج في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية والتشريع الجزائري

تشمل هذه الأنظمة قاعدة أصلية تتمثل في استقلال كل من الزوجين بذمته المالية (البند الأول)، واستثناءً يمكن تبني نظام مالي قانوني يكمن في توحيد أموال الزوجين (البند الثاني).

البند الأول:

الأصل في تكريس استقلال الذمة المالية للزوجين

الذمة في الاصطلاح الفقهي لها عدة معاني؛ حيث عرفها عبد الرزاق السنهوري بأنها: "وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، وبصير به أهلاً للإلزام والالتزام"، وعرفها عبد العزيز البخاري بأنها "وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب والاستيجاب". كذلك عرفها مصطفى الزرقا بأنها: "محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه". ومفهوم الذمة في الفقه الإسلامي لا يقتصر على الحقوق المالية بل يتسع ليشمل معناها الحقوق المالية وغير المالية.²

وتعني الذمة المالية عند فقهاء القانون الوضعي، ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات

¹ رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية)، المرجع السابق، ص 13-14.

² وقد يلتبس مصطلح "الذمة" بمصطلح أهلية الوجوب، فهناك علاقة وطيدة بينهما، وفي هذا الصدد يقول السنهوري: "إن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة، فالذمة هي كون الإنسان صالحاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات، وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها، والذمة تلازم الإنسان، إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان، ومن ثم ثبتت له أهلية الوجوب، فأهلية الوجوب تترتب على وجود الذمة". للمزيد عن الذمة المالية أنظر، إبراهيم رحمان، مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، العدد 8، جوان 2009، ص 55 وما يليها. صليحة بن عاشور، نظرية الذمة بين الشريعة والقانون دفاثر السياسة والقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد 1، جانفي 2009، ص 195 وما يليها، محمد أمين تيراوي، استقلالية الذمة المالية للزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والاقتصاد، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله بتيبازة، المجلد 8، العدد 16، ديسمبر 2019، ص 89.

مالية¹. أما القوانين العربية فلم تأت بتعريف للذمة المالية، إلا أن بعضها منها أشارت إليها كمبدأ سائد في تشريعاتها (مثل المشرع الجزائري).

من المقرر شرعا أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج الآخر. فالزواج في الشريعة الإسلامية لا أثر له على أموال الزوجين، سواء التي اكتسبت منها قبل إبرام الزواج أو بعده، فيحتفظ كل من الزوجين بحقه في ملكيته وإدارتها، وحرية وسلطاته على ماله باستعماله واستغلاله والتصرف فيه.² مصداقا لقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَ﴾.³

وتتكون الذمة المالية للزوجين من الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبها قبل عقد الزواج وبعده، ومن الديون المستحقة لهما اتجاه الغير، والديون الموجودة بذمتهم لفائدة الغير وكذلك ما قد يؤول إليهما عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو ما في حكمها أو عن طريق تعويض شخصي، وكذلك الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند إبرام عقد الزواج لزوجته، التي تشكل ملكية خاصة لها تدخل ضمن ذمتها المالية بالإضافة إلى ما تحضره الزوجة لبيت الزوجية من أثاث وأمتعة ومجوهرات.⁴ فمن حسن رعاية الإسلام للمرأة واحترامه لها أن حقها في التملك إذ كانت في الجاهلية مهضومة الحق مهانة الجناح حتى وإن كان وليها يتصرف في خالص مالها فرفع الإسلام

¹ - إن مفهوم الذمة المالية كان محل نزاع فقهي بين نظريتين وهما: النظرية الحديثة التي ظهرت في الفقه الألماني من قبل الفقيه الألماني برنز brins وتسمى بنظرية التخصيص، وتستند على أساس مختلف عن الأساس الذي استندت عليه النظرية التقليدية إذ لا تستند على أساس الشخصية، بل تستند على أساس التشخيص لغرض معين، فالذمة المالية ليست هي الشخصية ولا هي متفرعة عنها ولا مرتبطة بها، بل هي مجموعة من الحقوق والواجبات ترتبط فيما بينها لا بسبب انتمائها إلى شخص معين وإنما بسبب تخصيصها لغرض معين. فحيث توجد مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية يجمعها الاستناد إلى غرض معين، يمكن القول بوجود ذمة مالية، دون حاجة إلى استلزام وجود شخص معين تستند إليه هذه الحقوق والالتزامات المالية. أنظر، منصور حاتم الفتلاوي، نظرية الذمة المالية (دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 17 و 52.

² - رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية)، المرجع السابق، ص 49.

³ - سورة النساء الآية 32.

⁴ - كريمة محروق، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع (دراسة مقارنة)، ط 1، ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، 2019، ص 19-20.

هذا عنها وأعطاهما حق التملك¹؛ حيث أقر لها أهلية وجوب وأهلية أداء التصرفات ذات الطابع المالي فتتحمل الحقوق بنفسها وتحمل الحقوق لغيرها ما دامت لها أهلية كاملة². فللمرأة ذمة مالية مستقلة كالرجل³، وحقها في التصرف في مالها أمر مقرر في الشريعة الإسلامية ما دامت رشيدة، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْسَنُ مِنْهُمُ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁴. فلها أن تتصرف في مالها كله عن طريق المعاوضة، واتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا عرف رشاد المرأة وصلاحياتها جاز بيعها وشراؤها وتجارتهما في مالها كله، وليس لأحد منعها من ذلك مادامت مراعية أحكام الشرع وآدابه. وللمرأة كذلك حق التصرف في مالها كله بالتبرع، وهو من أدل الأشياء على حرية تصرف المرأة في مالها، وعلى أن لها ذمة مالية مستقلة عن زوجها⁵.

أما إذا كانت قاصرة الأهلية أو فاقدتها فالولاية على مالها لأبيها، وإن لم يكن موجودا فللوصي، فإن لم يوجد فللقاضي، ولمن يأذن له القاضي بالولاية على مالها، وليس للزوج ولاية على مال الزوجة مطلقا. فيقول سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾⁶. فإذا كان يحرم على الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه لزوجته دون رضاها، فإنه يحرم عليه من باب أولى أن يأخذ شيئا من ملكها

¹ - سيد سابق، المصدر السابق، ص 102.

² - ربيعة إلغات الذمة المالية للزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 1، ص 160.

³ - وهو ما أقره كذلك مشروع القانون العربي في المادة 42، ومشروع القانون الخليجي في المادة 38، بالإضافة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشر بدبي الإمارات العربية المتحدة يوم 30 صفر - 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 - 14 نيسان 2005 في قرار وفتاوى عن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة وعن انفصال الذمة المالية بين الزوجين من بين ما جاء فيها: "للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع مما تكسبه من عملها ولها ثروتها الخاصة ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بمالها". وهذا ما استقرت عليه كذلك دار الإفتاء المصرية في فتوى بتاريخ 2003/10/3 عن استقلال كل من الزوجين بذمته المالية. أنظر الموقع: <https://www.dar-alifta.org/ar> والموقع: <https://www.iifa-aifi.org>، تاريخ الاطلاع: 2019/08/02. سا 4: 00.

⁴ - سورة النساء، الآية 6.

⁵ - سماح شحاتة شهاب الدين، الطرق الشرعية لحل المشكلات العصرية للمرأة في تولية المرأة لمنصب القضاء والمناصب السياسية وفيما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية (الخلع، الحضانة، الذمة المالية)، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 210-214.

⁶ - سورة البقرة الآية 229.

الأصيل دون رضاها.¹

كما أن الصداق² حق خالص للمرأة على الرجل وهو ملك لها لا يحل لأحد أي كان أو غيره أن يأخذ منه شيئاً ولو كان قنطاراً، إلا إذا طابت المرأة نفسها بهذا الأخذ ووهبت منه لزوجها³ برضاها⁴، وقد جاء في تفسير الشيخ السّدي " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " صدقاتهن أي مهورهن أما النحلة هي طيب النفس فلا تعضلوهن وتبخسوا منه شيئاً⁵.

ويثبت كذلك حقها في قبضها لراتبها والتصرف فيه كما تشاء، دون أن يكون للزوج الحق في إجبارها على إخراج شيء من مالها لان واجب الإنفاق يقع عليه.⁶ هكذا حمى الإسلام المرأة من استبداد الزوج ووضع حدا لما قد يحدث من نزاعات بين الزوجين حول أموال الزوجة.⁷

وعلى هذا الأساس فإن انفصال أموال الزوجين هو النظام التشريعي الأصلي السائد في القوانين العربية⁸ بما فيها التشريع الجزائري، والتي استمدته من الشريعة الإسلامية. فهو موروث فقهي انعكس على مواقف التشريعات العربية التي تبنته في قوانينها⁹؛ إذ نصت بعض القوانين العربية على ذلك

¹ جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 97.

² - جاء في المعجم الوسيط في شرح معنى الصداق أنه مهر الزوجة والمهر ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج وجمعه مهور. أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص 888.

³ - عبد العظيم بن بدوي، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، ط 1، دار الإمام مالك، الجزائر، 1995، ص 276.

⁴ - وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نفود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

⁵ - عبد الرحمن بن ناصر السّدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المصدر السابق، ص 168.

⁶ - خدام هجيرة، حرية الزوجة في التصرف في مالها (بين نقائص التشريع والواقع الأسري المعاش)، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 3، العدد 1، ص 126.

⁷ - محروق كريمة، المرجع السابق، ص 17.

⁸ - تجدر الإشارة أن جل التشريعات العربية كرسست نظام استقلال الذمة المالية للزوجين في قوانينها كمبدأ أو كأصل، ونظام الاشتراك في الأموال كاستثناء، عكس التشريعات الغربية التي تعتمد نظام الاشتراك المالي كأصل، ونظام الانفصال المالي كاستثناء.

⁹ - خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 123.

صراحة¹، في حين لم تشر أخرى إلى ذلك بصورة صريحة²، إنما يستدل ضمنا على أنها تأخذ بنظام انفصال الأموال بين الزوجين، فضلا عن أنها لم تشر إلى اشتراك الزوجين في الأموال³.

كما أن المواثيق الدولية اهتمت بحقوق الزوجة في الأسرة، منها اتفاقية سيداو التي أقرت بتمتع المرأة سواء بحقوق مساوية للرجل في كل المجالات⁴.

وعلى نفس النهج سار المشرع الجزائري بموجب المادة 37 فقرة 1 من ق.أ.ج⁵؛ حيث نص على ما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري كرس مبدأ الاستقلال المالي للزوجين مؤكدا ما قرره الشريعة الإسلامية أن لكل من الزوجين ذمته المالية المستقلة؛ فلا شأن لأحدهما بما يكسبه الزوج الآخر أو بدخله أو بثروته، وعقد الزواج من حيث المبدأ لا يرتب أي حق لأي منهما قبل الآخر في الملكية والثروة أو الدخل⁶، فلا وجود لممتلكات ولا ديون مشتركة، وبالتالي فكل الزوجين يمتلك أمواله الخاصة ويتصرف فيها بكل

¹ - من أمثلة ذلك: المشرع التونسي في الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، حيث نص على: " لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها". والمشرع المغربي في المادة 49 من القانون رقم 03-70 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184، بتاريخ 5 فبراير 2004، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، حيث جاء فيها: " لكل واحد ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي تكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها". والمشرع الليبي في المادة 17 من القانون رقم 10 لسنة 1984 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الليبي المعدل والمتمم بالقانون 14 لسنة 2015: "يحق للزوجة على زوجها عدم التعرض لأموالها الخاصة بها فلها أن تتصرف فيها كما تشاء...".

² - صحيح أن هناك بعض التشريعات العربية مثل المشرع العراقي، الأردني، المصري... لم تنص صراحة على اعتماد نظام الاستقلال المالي للزوجين، إلا أنه ومن خلال تعريفات الملكية الواردة في قوانينها مثل التشريع العراقي في المادة 1048 ق م، والتشريع الأردني في المادة 1018 ق م، والتشريع المصري في المادة 802 ق م، يتضح أن مصطلح المالك جاء بصورة مطلقة، وهذا يدل بما لا شك فيه أن التشريعات العربية لا تميز بين الزوج والزوجة من حيث كون كل منهما مالك لأمواله الخاصة أي أن كلا الزوجين يمكنه أن يكون مالكا وله ملكيته الخاصة به والمستقلة عن ملكية الزوج الآخر. أنظر: رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية)، المرجع السابق، ص 40

³ - رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية)، نفس المرجع، ص 14.

⁴ - أنظر المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

⁵ - تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة في 2005 كان ينص في المادة 38 من القانون السابق على ما يلي: " للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها".

⁶ - محمد أمين تيراوي، المرجع السابق، ص 90.

حرية وذمة المرأة غير تابعة أو مكملة لذمة زوجها.¹

وترتيباً على ذلك فكل ما تشمله الذمة المالية من عناصر إيجابية وسلبية تبقى في ملكية صاحبها وهو وحده المسؤول عنها، غير أنه بالنسبة للزوج فإن قاعدة استقلاله بذمته المالية تنتم ببعض المرونة والنسبية؛ إذ تستحق عليه النفقة الواجبة للزوجة والأبناء.²

البند الثاني:

تكريس نظام الاشتراك المالي استثناءً

إن نظام الاشتراك في الأموال هو النظام الاتفاقي الاختياري السائد في التشريعات العربية، فقد عرفه الدكتور خليفة علي الكعبي بأنه: "القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين، وتحدد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج والأموال المكتسبة بعد الزواج وطريقة التصفية والقسمة بينهم على التساوي".³

وبالرغم من أن الشريعة الإسلامية لم تتعرض إلى نظام الاشتراك بالأموال بين الزوجين، إلا أن هذه النوازل أصبحت تفرض نفسها فرضاً⁴، وبدأت تتسلل ببطء إلى قوانين الأحوال الشخصية العربية نتيجة ظروف سياسية وعوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية جدت وطرأت على الساحة العامة للبلدان العربية؛ منها ارتفاع نسبة التعليم والوعي عند المرأة، واقتحام المرأة عالم الشغل، فأصبحت تشارك في تكوين ثروة العائلة وتحمل الأعباء المالية جنباً إلى جنب مع الرجل إضافة إلى المسؤوليات الأدبية الأخرى التي تستقل بها عنه.

وبالنظر إلى الإجحاف الذي يلاحقها عند توزيع تلك الثروة بين أفراد العائلة التي غالباً ما يستأثر بها الذكور كما هو الشأن في الميراث، وإلى الإنكار الذي يواجهها في حالة الانفصال الزوجي وصعوبة الإثبات نتيجة حسن النية، فتجد نفسها وأولادها عرضة للتشرد وبذهب كدها وجهدها وكسبها

¹ - ريحة الغات، المرجع السابق، ص 161.

² - بن يحيى أبو بكر الصديق، ضامن عبد القادر، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 3، ص 118.

³ - خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دط، دار النفائس، الأردن، 2010، ص 78.

⁴ - مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2005-2006، ص 2.

إلى زوجها وورثته، لذلك كان من الضروري وضع قالب قانوني يضبط مسألة الممتلكات الخاصة لكل طرف والمكتسبات المشتركة بينهما.¹

والإشكال الذي يطرح بهذا الصدد هو هل بإمكان المجتمع الجزائري تقبل مثل هذه الأنظمة المالية الغربية بين الزوجين؟

إن المساهمة الفعلية للزوجة بالإنفاق² في الأسرة الجزائرية هو ما أثار إشكالا حول مدى وجود أحكام تنظم هذه المساهمة، وذلك من أجل حمايتها من طمع بعض الأزواج ووضع حد للكثير من الرجال الذين يسعون اليوم للبحث وراء امرأة عاملة أو لها أموال من أجل إلقاء أعباء الحياة الزوجية وتكاليفها عليها، وهوما يتنافى ويتعارض مع حقها في استقلالية ذمتها المالية عن ذمة زوجها المكرس شرعا وقانونا.³

من أجل ذلك تعرضت قوانين الأسرة في الدول العربية إلى جملة من التعديلات التي تصب في تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين من جهة، وحماية حقوق المرأة لمساهمتها في الإنفاق من جهة أخرى⁴، الأمر الذي دفع التشريعات العربية نحو تبني الأنظمة المالية الغربية وهي نظام الاشتراك المالي.⁵

يمكن تعريف نظام الاشتراك المالي للزوجين بأنه نظام مالي يحدده الزوجين بموجب عقد الزواج أو بموجب عقد رسمي لاحق يتفق من خلاله على جعل الأموال التي اكتسبها بشكل مشترك بعد الزواج مملوكة ملكية مشتركة بينهما، ولا يدخل في الأموال المشتركة الأموال التي اكتسبها كل منهما قبل الزواج بسبب الميراث أو الوصية أو الهبة وغيرها من أسباب كسب الملكية، فضلا عن الحقوق

¹ - إقروفة زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 3، العدد 1، ص 52-53.

² - تجدر الإشارة أن تطوع الزوجة بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعا لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتآزر والتآلف بين الزوجين، مع العلم أن خروج الزوجة للعمل لا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعا وفق الضوابط الشرعية. أنظر: طالب حفيظة، الاتفاق على الأموال المشتركة بين الزوجين (راتب الزوجة بين الشريعة والقانون)، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 15، 2011، ص 103.

³ - محمد أمين تيراوي، المرجع السابق، ص 84.

⁴ - هذا ما أفتى به مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابق ذكره من خلال المواد 1-2-3-4. أنظر الموقع: <https://www.iifa-aifi.org/2174.html> تاريخ الإطلاع: 2019/05/06.

⁵ - فاطمة الزهراء لقشير، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، العدد 11، جوان 2017، ص 787-790-792.

المالية للزوجة كالمهر والنفقة ومتاع بيت الزوجية. فهذه الأموال تكون ملكيتها مستقلة؛ حيث يكون لكل زوج منهما الحق في التمتع والتصرف فيها خلافا للأموال المشتركة بينهما ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.¹

عرف القانون التونسي نظام الاشتراك المالي للزوجين بموجب القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين بأنه: "نظام يختاره الزوجان عند إبرام عقد الزواج أو بعد إبرامه ويهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة". غير أن المشرع الجزائري لم يورد تعريف لهذا النظام، واكتفى بالإشارة إليه.

حيث عرف القانون الجزائري موجة من التعديلات مست قانون الأسرة في 2005 من بينها منح حرية أكثر للزوجين لتنظيم الشؤون المالية بينهما وإدخال هذا النظام الجديد الذي سمي بالتعاقد المالي بين الزوجين الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة؛ حيث جاء فيها: "... ويجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما". وبالتالي فإن استقلالية الذمة المالية للزوجة عن الذمة المالية للزوج لا تمنع إمكانية أن تتحد لتكون ذمة مالية مشتركة بينهما.² وعليه من خلال استقراءنا للفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري نستخلص ما يلي:

- أن المبدأ أو الأصل في القانون الجزائري كما أشرنا سابقا هو استقلال الذمة المالية للزوجين، غير أن المشرع اعتمد نظام الاشتراك المالي بين الزوجين استثناءً.

- يتم الاتفاق على نظام الأموال المشتركة بموجب عقد الزواج؛ أو بموجب عقد رسمي لاحق.

- يجب أن يتضمن الاتفاق المبرم بين الزوجين نصيب كل منهما في الأموال المشتركة.

يعتبر نظام الاشتراك المالي الحل الأمثل في حالة قيام نزاع بين الزوجين بخصوص ملكية الأموال المكتسبة.

¹ - جبدل كريمة، الذمة المالية للزوجين قراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، المجلد 6، العدد 2، 2015، ص 177.

² - عبد المنعم نعي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الإحياء، جامعة باتنة، العدد 15، ص 465.

وفي اعتقادنا أن المشرع الجزائري قد وفق في إدراج هذا التعديل وتبني هذا النظام الذي حاول من خلاله حماية حقوق الزوجين المالية؛ خاصة بالنسبة للزوجة العاملة أو الغنية، التي تفرض عليها طبيعة الحياة الزوجية وصعوبتها المساهمة مع زوجها في مصاريف الأسرة واكتساب المنقولات والعقارات التي تنتفع بها كل الأسرة. فإذا حصل طلاق بين الزوجين فقدت الزوجة هذه الحقوق خاصة أنه من الناحية القانونية تكون الأموال غالبا باسم الزوج لأن علاقتها الزوجية تمنعها أدبيا من إدراجها كمالكة رسمية بوجوده.

وبالرغم من أن المشرع حاول مراعاة هذه المسألة في إثبات بعض التصرفات القانونية بالاكتفاء باشتراط شهادة الشهود إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي حسب المادة 336/1 من التقنين المدني، فإن صعوبة الإثبات تبقى قائمة، كما أنه لم يوفر الحماية الكاملة للزوجة فيما يتعلق بالنزاع في متاع البيت في المادة 73 من قانون الأسرة، ولا تقتصر هذه المسألة على الطلاق فقط بل حتى في حالة الوفاة؛ حيث يتضرر ورثة الزوجة الذين لا يستفيدون من أموال مورثتهم، والتي قد تذهب إلى أقارب الزوج، ولكن إذا تم الاتفاق على كيفية اقتسام أملاك الزوجين التي يكتسبونها خلال حياتهما الزوجية عند إبرام الزواج أو بعده بعقد رسمي قد تحفظ للزوجة وورثتها حقوقهم.¹

إن المشرع الجزائري بتبنيه لهذا النظام لا يكون قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يجوز بموجبها أن يتفق الأطراف عند إبرام عقد الزواج على إدراج أي شرط في عقد الزواج، شريطة أن لا يخالف أصلا شرعيا من أصول الشريعة الإسلامية أو يفوت مصلحة ظاهرة حقيقية قطعية للزوجين.²

غير أن قضية الاتفاق هذه في عقد الزواج ترحج المرأة، فلا تستطيع ذكر شروطها خلال عقد الزواج بخصوص مالها ولا بعد الزواج³، بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يفصل مضمون هذا الاشتراك في قانون الأسرة، ولا نجد لها أحكاما حتى في القواعد العامة في القانون المدني؛ حيث جاء المشرع الجزائري بنظام تعاقدية ذو مقتضيات عامة محددة في بضعة أسطر، ولم يبين الشروط التفصيلية لهذا الاتفاق ولا مفهوم هذا العقد ولا طبيعته ولا الأساس المعتمد في تحديد النسب، ومن ثم كيفية توزيعها وترك للأطراف حرية تحديدها على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، واكتفى فقط

¹ - فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 110.

² - عبد المنعم نعيمة، المرجع السابق، ص 465.

³ - طالب حفيظة، المرجع السابق، ص 103.

باشترط الطابع الرسمي لهذا الاتفاق وربطه بالأموال التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية. فبالرغم من وجود ملكية مشتركة بين الزوجين واقعيًا فقد أغفل القانون تنظيمها كالعقارات التي تمنحها الدولة للمواطنين في إطار السكنات الترقية المدعمة مثلًا.¹

وذلك خلافاً لباقي التشريعات التي كانت سباقة إلى إدخال هذا النظام²، وإحاطته بنظام خاص لتنظيم جميع جوانبه الشكلية والموضوعية.

قد يعتقد البعض أن تدبير أموال الزوجين بطريقة الاتفاق هي فكرة مستوحاة من النموذج الغربي الفرنسي، غير أن المشرع الجزائري باعتماده لنظام الاشتراك المالي للزوجين يكون قد استحدث نظاماً تعاقدياً مخالفاً لما يعرف في القانون المدني الفرنسي بالنظام الاتفاقي أو الاشتراكي الذي يعد الأصل. وفي مقابل ذلك منح الراغبين في الزواج الاتفاق على اختيار نظام من مجموع الأنظمة المالية المحددة في القانون المدني (كما سنرى لاحقاً). وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد حدد طبيعة العقد الذي يمكن للزوجين أن يفرغا فيه إرادتهما، وذلك حسب الشروط والأحكام المنصوص عليها في القانون.

مما سبق يتضح الاختلاف بين الحرية الممنوحة للزوجين في المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري وتلك الممنوحة للأزواج الفرنسيين؛ حيث أنه من الناحية القانونية للزوجين الفرنسيين الحرية في تدبير الأموال، غير أن هذه الحرية مقيدة بنظام مالي معين حدده القانون لا يمكن للزوجين تجاوز أحكامه، أما حرية الاختيار الممنوحة للزوجين في الجزائر فإنها كاملة لا يحد منها إلا النظام العام؛ حيث يمكن للزوجين الاتفاق حسب ما تمليه وتقتضيه مصلحتهما، وإرادتهما حرة في تحديد مضمون العقد ولا تكون ملزمة بصبه تحت عنوان عقد من العقود المسماة.³

أما من الناحية الفقهية نرى أنه يمكننا البحث عن تأصيل لهذا النظام بالقياس على أحكام الكد والسعاية⁴ المعروفة في المذهب المالكي. والتي تبناها التشريع المغربي في قوانينه.

¹ - جبدل كريمة، المرجع السابق، ص 177-178.

² - مثل المشرع التونسي، الذي كان أكثر التشريعات تنظيماً لهذه الأنظمة؛ فقد نص في الفصل 10 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "تعتبر مشتركة بين الزوجين العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك. كما تعد مشتركة بالتبعية تابع ذلك العقار وغلته مهما كانت طبيعتها ولا تعد كذلك العقارات المعدة لاستعمال مهني بحث".

³ - بن يحيى ابو بكر الصديق، ضامن عبد القادر، المرجع السابق، ص 121-122.

⁴ - حق الكد والسعاية هو: "حق يسمح للمرأة في أخذ جزء من الثروة التي أنشئت خلال الحياة الزوجية مقابل المجهود الذي بذلته أو ساهمت به في تكوين تلك الثروة". انظر خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، المرجع السابق، ص 111 وما يليها.

ويرى الأستاذ خليفة الكعبي أن نظام الكد والسعاية هو صورة بسيطة من صور الاشتراك المالي بين الزوجين، فهي علاقة تقارب تأخذ صورة المساهمة في تنمية المال المشترك بين الزوجين، وبالتالي فإن ما ينطبق على نظام الاشتراك المالي بين الزوجين من حيث الحل والحرمة، يمكن أن يطبق على نظام الكد والسعاية.¹

وفي الأخير نعتقد أن تفعيل نظام الاشتراك المالي بين الأزواج في الجزائر بعيد كل البعد عن الواقع المعيش؛ خاصة أن الطرف الضعيف وهي المرأة تعيش في مجتمع تحكمه العادات والتقاليد وهيمنة الرجل عليها، وهو الصراع الذي نراه يوميا بين الأزواج بسبب راتب الزوجة أو مجوهراتها، أو ممتلكاتها بصفة عامة.

الفرع الثاني:

الأنظمة المالية للزواج في القانون الفرنسي

إن أموال الزوجين وعلاقتها المالية وما تحتاجه من تنظيم قانوني يعد ذا أهمية في معظم التشريعات الغربية، وذلك لتحقيق جملة من الأهداف في مقدمتها توفير الاستقرار العائلي والرفاهية الاقتصادية والحفاظ على الحقوق المالية لكلا الزوجين في إطار المساواة والعدالة. إلا أن تحقيق ما تقدم بمعزل عن التنظيم القانوني لأموال الزوجين وعلاقتها المالية أمر متعذر؛ لذا فقد عمدت تلك التشريعات إلى وضع قواعد خاصة في شكل نظام مالي تخضع له أموال الزوجين، وما ينشأ عنها من علاقات مالية.

وقد تعددت الأنظمة المالية في معظم التشريعات الغربية مع السماح للزوجين باختيار واحد منها؛ فكانت أموالهما وما يحكمها من قواعد محل للاتفاق فيما بينهما²، وعليه ما هي أبرز الأنظمة المالية المتبعة في التشريع الفرنسي؟ (البند الأول)، ومما تتكون هذه الأموال؟ (البند الثاني).

البند الأول:

صور الأنظمة المالية للزواج في القانون الفرنسي

بداية، تجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي ينظم الأنظمة المالية للزواج ضمن الأحوال العينية

¹ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 115 ومايليها.

² عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 151-152.

وليس الأحوال الشخصية. فالنظام المالي لا بد أن يستجيب لمعالجة ثلاث قضايا أساسية هي: تقسيم السلطات المالية، الثروات، والديون.

ويعرف الفقه الفرنسي الأنظمة المالية بأنها مجموع القواعد القانونية التي تدير العلاقات المالية بين الزوجين سواء ما يتعلق بالأموال المنقولة وغير المنقولة، والحقوق المالية الحاضرة والمستقبلية بين الزوجين.¹ فيمكن أن يتفق المقبلين على الزواج أو المرتبطين بالعلاقة الزوجية عموماً اعتماد أحد الأنظمة التي تلائم حياتهما المالية؛ حيث يمكنهما أن يختاراً نظام فصل الأموال (أولاً) أو نظام الاشتراك في الأموال (ثانياً). وفي حالة عدم ممارستهما لحقهما في الاختيار يتدخل القانون فيخضعهما تلقائياً لنظام الاشتراك المالي²، بصفته المبدأ أو النظام المعمول به في فرنسا.

أولاً- نظام فصل الأموال *régime de séparation des biens*

يقوم نظام انفصال الأموال بين الزوجين في القانون الفرنسي على ركيزتين أساسيتين هما: أن كل زوج مستقل استقلالاً تاماً في الانتفاع بأمواله والتصرف فيها سواء ما كان مملوكاً قبل الزواج أو بعده، أما الركيزة الثانية فهي تحمل كلا الزوجين للالتزامات والديون الناشئة عن تصرفاته المالية سواء ما كان موجوداً قبل الزواج أو ما بعد عقد الزواج.³

غير أن نظام الفصل بين ندم الزوجين في القانون الفرنسي يختلف عنه في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والقانون الجزائري. ففي إطار القانون الفرنسي يستطيع كل زوج أن يحتفظ بأمواله الخاصة، إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك زوجته، فيظل كل واحد منهما أجنبياً عن الآخر من الناحية المالية، ويبقى مسؤولاً عن ديونه سواء قبل أو بعد الزواج باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية ونفقة الأولاد التي يشتركان فيها بموجب المادة 203 ق.م.ف السابق ذكرها، في حين أنه بمقتضى الشريعة الإسلامية تبقى الزوجة محتفظة بنفس الحقوق والسلطات على أموالها، كما كان وضعها قبل الزواج دون أن تكون ملزمة بالمساهمة بمالها في تكاليف الحياة، فالإنفاق واجب على الزوج وحده.⁴

¹ - فاطمة الزهراء لقشيري، المرجع السابق، ص 788.

² - بن يحيى أبو بكر الصديق، ضامن عبد القادر، المرجع السابق، ص 114 - 121.

³ - فاطمة الزهراء لقشيري، المرجع السابق، ص 789-790.

⁴ - قسوري فهيمة، يزيد عربي باي، عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة عبد الحق بن حمودة جيجل، العدد 7، ديسمبر 2018، ص 48. أنظر كذلك: مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 9. محمد أمين تيراوي، المرجع السابق، ص 92. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، المرجع السابق، ص 133.

ويكون فصل الأموال في هذا النظام حسب المادة 1443 من القانون المدني الفرنسي بطريقتين:

- **الفصل القضائي:** ويكون بناءً على طلب أحد الزوجين في حالة ثبوت سوء تسيير الأموال من طرف الزوج الآخر أو تهديد مصالحه أو إفلاسه.¹

- **الفصل الاتفاقي:** بمقتضى هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في إدارة أمواله الخاصة، ويقرر الزوجان فصل أموالهما منذ إبرامهما عقد الزواج؛ بحيث يحتفظ كل زوج بملكية أمواله وتسييرها بصفة مستقلة²، على أن يساهم كل منهما في تحمل نفقات الأسرة، والمساهمة في المقتنيات بعد الزواج. وبعد انحلال العلاقة الزوجية تعتبر العلاقة المالية مبنية على أساس الاشتراك فيما يخص الأشياء المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، ويعمد الزوجان إلى عملية حسابية تحدد مدى ثراء كل من الزوجين ثم يدفع الزوج الفرق المثرى به إلى الزوج الآخر.³

ثانياً - نظام الاشتراك في الأموال:

لقد اختلفت مسميات الأنظمة المالية ذات الطابع الاشتراكي لدى جميع الباحثين، لكن كلها أو جميعها تدخل تحت مسمى واحد؛ وهو نظام الاشتراك المالي بين الزوجين.⁴

إن نظام الاشتراك في الأموال الزوجية يعد من أهم صور النظام المالي الزوجي والأكثر شيوعاً في التشريعات الغربية⁵ وفي مقدمتها التشريع الفرنسي، فهو أبرز القوانين التي طبقت هذا النظام ونظمت قواعده، ويتخذ هذا النظام عدة صور أهمها:

¹-Art. 1443 c.c.f: « Si, par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, il apparaît que le maintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut poursuivre la séparation de biens en justice. Toute séparation volontaire est nulle».

²-Art 1536 (Loi 65-570 1965-07-13): « Lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage».

³- مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 165-166.

⁴- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، المرجع السابق، ص 94-95.

⁵- نظام الاتحاد في الأموال هو النظام السائد في كل من: سويسرا، السويد، الدانمارك، إنجلترا، ألمانيا، أمريكا، إيطاليا في قوانينها المدنية. ويقوم على مبدئين: أولهما: استقلال كل من الزوجين بملكية ماله الخاص، وثانيهما: الأموال المكتسبة أثناء الزواج: هي أموال مشتركة يتولى الزوج إدارتها والانتفاع بها. أنظر خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، نفس المرجع، ص 93-94.

1- نظام الاشتراك القانوني Régime de communauté légale

ويسمى أيضا النظام المالي الإلزامي، تبناه المشرع الفرنسي في صورة نظام قانوني ذي ولاية عامة عند عدم اتفاق الزوجين على نظام معين¹ (الفصول من 1400 إلى 1491 من القانون المدني الفرنسي)، فإذا لم يبرما عقدا ينظم علاقتهما المالية فإن نظام الإشتراك المالي هو الذي يطبق عليهما تلقائيا، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1400 ق.م.؛² حيث اعتبر أن القاعدة العامة هي الإشتراك في الأموال بين الزوجين ولا يمكنهما الخروج عن هذا النظام إلا في حالة وجود مشاركة للزواج تحدد النظام المالي الذي تخضع له حياتهم الزوجية.³

تقوم فكرة هذا النظام على أن كل زوج يظل مالكا لأمواله قبل الزواج وأثناء الزواج، وتعتبر جميع الأموال المكتسبة من قبل الزوجين أموالا مشتركة ابتداءً من تاريخ عقد الزواج بينهما، معنى هذا أن نقطة التحول من نظام الانفصال إلى نظام الإشتراك هو عقد الزواج.⁴ أي كل الأموال المكتسبة من تاريخ الزواج تصبح مشتركة بين الزوجين وتشكل كتلة واحدة تقسم عند انحلال الزواج.⁵

2- نظام الإشتراك الاتفاقي La communauté conventionnelle

يقصد به ذلك الاتفاق المبرم بين الزوجين عن طريق العقد لوضع وتحديد نوع النظام المالي المطبق على علاقتهما المالية، ويسمى بالعقد المالي للزواج أو المشاركات المالية⁶، يتم من خلاله اختيار نظام من النظم المعروفة في القانون الفرنسي وقد يدخلون عليه تعديلات فيما بعد، ويجمعون

¹ - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 272.

² - Art 1400 Loi 65-570, 1965-07-13: « La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent ».

³ - جيدل كريمة، المرجع السابق، ص 178.

⁴ - خليفة علي الكعبي، نظام الإشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، المرجع السابق، ص 92.

⁵ - بن يحيى ابو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 114.

⁶ - طبقا لنص المادة 1394 من ق.م.ف فالعقد المالي للزواج هو عقد رسمي يتم تحريره أمام الموثق بتراضي الزوجين وحضورهما. وإذا لم تفرغ المشاركة في الشكل الرسمي كانت باطلة بطلانا مطلقا.

Voir Art 1394 (Ordonnance n°2005-428 du 6 mai 2005 - art. 7 () JORF 7 mai 2005): « Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires... ».

بين نظامين أو أكثر. ومصير هذا العقد مرتبط بالزواج وتابع له وإن كان سابقا عليه¹، فإذا انعقد الزواج استقر العقد المالي وإذا تقرر بطلانه سقط تبعا له.²

فهذا النظام في جوهره مؤسس على مبدأ التراضي والاتفاق، كأن يتفقا على أن تصبح جميع أموالهما وممتلكاتهما عقارات كانت أو منقولة، حاضرة أو مستقبلية مشتركة بينهما، ويمكنهما الاتفاق على الاشتراك في المنقولات والمكتسبات التي تحصل لكل واحد منهما مهما كان مصدرها (الهبية، الإرث، التملك الشخصي بعبء ومقابل)، ويمكنهما كذلك الاتفاق على طريقة إدارة الأموال المشتركة، كذلك يتم الاتفاق على نقل أموال المتوفى منهما إلى الزوج المتبقي على قيد الحياة؛ وهو ما يسمى بالاشتراك الكامل.³

وهكذا فإن هذا النظام وبحكم طبيعته الاتفاقية الواقعية فإنه يمكن أن يتمثل في عدة نماذج وأشكال وحالات منها:

- نظام الاشتراك الكامل.
- نظام الاشتراك في المنقولات والمكتسبات.
- حالة إدارة الأموال المشتركة.
- حالة الاتفاق على إدارة الأموال الشخصية للزوجة من طرف الزوج وحده.⁴

غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن حرية الزوجين في الاتفاق ليست مطلقة بل ترد عليها العديد من القيود، منها عدم السماح للزوجين أن يضعوا في مشارطة الزواج ما يعد مخالفا للنظام العام والآداب العامة، أو أن يضعوا شروطا يتصلان بموجبها عن واجب الأبوة أو الأمومة أو أن يعدلا من

¹ - إذ يحتم القانون الفرنسي إبرام هذا الاتفاق المالي (مشارطة الزواج) قبل إعلان الزواج، فإذا أعلن الزواج من غير إبرام ذلك الاتفاق خضعت أموال الزوجين للنظام القانوني، وهو في فرنسا يعرف بنظام الاشتراك القانوني (كما أوضحنا). أنظر عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 255.

² - مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 218.

³ - Art 1497 (Loi 65-570 1965-07-13): « Les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389. Ils peuvent, notamment, convenir: 1° Que la communauté comprendra les meubles et les acquêts ; 2° Qu'il sera dérogé aux règles concernant l'administration ; 3° Que l'un des époux aura la faculté de prélever certains biens moyennant indemnité ; 4° Que l'un des époux aura un préciput ; 5° Que les époux auront des parts inégales ; 6° Qu'il y aura entre eux communauté universelle. Les règles de la communauté légale restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties ».

⁴ - بن يحيى ابو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 115 وما يليها.

قواعد تنظيم التوارث بينهما.¹

3- نظام المساهمة في المكتسبات Régime de participation aux acquits

يعد هذا النظام من نتائج الجمع بين النظامين الانفصال والاشتراك، ومن بين صوره في فرنسا استقلال كلا الزوجين بأمواله في الحياة الزوجية، ثم اشتراك الزوجين في الأموال المكتسبة أثناء الزواج.² وتقوم فكرة هذا النظام على أن كل زوج يظل مالكا لأمواله قبل الزواج وأثناء الزواج، وتعتبر جميع الأموال المكتسبة من قبل الزوجين ابتداء من تاريخ عقد الزواج اشتراكا بينهما. فهو نظام الاشتراك المقتصر على المكتسبات، ويعتبر هذا النظام من الأنظمة الأكثر تفضيلا لدى الأزواج في القارة الأوروبية³، بل أن أغلب الفرنسيين يخضون لهذا النظام بنسبه 98 بالمئة لأنه نظام يقوم على التضامن بين الزوجين؛ لذا فقد تعرض له المشرع الفرنسي في الفصول من 1400 إلى 1491 من القانون المدني أي ما يعادل 91 مادة، بدءا من إبرامه وشروطه حتى إنهائه وفسخه.⁴

وفي الأخير، فإن نظام الاشتراك في الأموال الزوجية مهما تعددت أشكاله ومسمياته يستند على فكرة واحدة هي وجود مجموع مالي مشترك يخضع لقواعد قانونية معينة، ويتولى المشرع تحديد مفهوم مفردات ذلك المجموع المالي مع السماح للزوجين بتعديل تلك القواعد وتوسيع أو تضيق مفردات المجموع المالي من خلال تبني بعض الشروط التي وضعها المشرع.⁵

البند الثاني:

مكونات الأموال المشتركة بين الزوجين وسلطاتهما عليها

تتكون الملكية المشتركة بين الزوجين في القانون الفرنسي من الإيرادات الشخصية، وتشمل: المكتسبات الشخصية الناتجة عن مباشرة مهنة أو حرفة، والرواتب، وبدائل الرواتب، وإيرادات الممتلكات وتشمل: ثمار ومنتجات الأموال الخاصة، وكذا الإيرادات المتأتية من الهبات المشتركة.

¹ عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 259-260.

² فاطمة الزهراء لقشيري، المرجع السابق، ص 790.

³ هو النظام هو السائد في فرنسا وبلجيكا وإسبانيا وإيطاليا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية.

⁴ خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، المرجع السابق، ص 91-92.

⁵ عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 272.

وبالتالي فإن هذه الأموال المكتسبة أثناء الزوجية تعد مملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين¹، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1401 من القانون المدني.²

أما بالنسبة لسلطات الزوجين على الأموال المشتركة بينهما؛ فالأصل في ذلك أن لكل من الزوجين سلطات متساوية على الأموال المشتركة، ويحق لكل منهما، حسب المادة 1421 من القانون المدني الفرنسي³، الانتفاع بهذه الأموال لتلبية احتياجات الأسرة، ولكل واحد من الزوجين الحق في الإدارة الفردية للأموال المشتركة، ومباشرة الدعاوى القانونية المتعلقة بالأموال المشتركة، ويحق لكل من الزوجين الاعتراض على إدارة الزوج الآخر للأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما. غير أن هذه السلطة غير مطلقة فقد أورد المشرع الفرنسي استثناءات على المادة 1421، فلا يجوز لكل من الزوجين دون موافقة الزوج الآخر هبة الملكية المشتركة أو الوصية بما يتجاوز حصته، كما أنه لا يجوز إجراء بعض التصرفات القانونية كالبيع والإيجار والتنازل، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المواد (1422-1425).⁴

المطلب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه

بعد تطرقنا لمضمون الآثار المالية للزواج، وتوضيحنا للأنظمة المالية القانونية والاتفاقية السائدة في التشريعات العربية والغربية، وجب علينا بيان القانون الذي يحكمها، غير أنه تصادفنا إشكالية أخرى تبرز في التكييف القانوني لهذه الأنظمة سواء كانت نظاما تشريعيًا (قانونيا) أو اتفاقيا (بين الزوج وزوجته). فما هي الفئة القانونية التي تندرج ضمنها هذه الأنظمة؟ هل تعد من فئة الأحوال الشخصية كونها تتم بين زوجين أم ضمن طائفة الأحوال العينية كونها تتعلق بالأموال؟ (الفرع الأول).

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 328.

² Art1401 (Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 8 () JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986): « La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ».

³ -Art 1421(Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 13 () JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986): « Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre. L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425.

⁴ - رعد مقداد الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 66 ومايليها.

ومع اختلاف الطبيعة القانونية (التكييف القانوني) لهذه الأموال من دولة إلى أخرى باختلاف مرجعية النظام القانوني السائد في كل دولة وفلسفته في الرابطة الزوجية، الأمر الذي يجعل العلاقات المالية بين الزوجين بمنظورها الإسلامي في بلد أجنبي محلاً لتنازع القوانين والعكس¹. فما هو القانون واجب التطبيق على هذه الأنظمة؟ (الفرع الثاني)

الفرع الأول:

التكييف القانوني للنظم المالية في الزواج المختلط

تباينت الآراء الفقهية والقضائية والتشريعية المقارنة في تكييف وتحديد طبيعة العلاقات المالية بين الزوجين، وهذا الخلاف سببه الطبيعة المزدوجة لهذا التنظيم؛ ذلك لاتصاله بمركز الأموال من جهة، وبالأحوال الشخصية للزوجين من جهة أخرى². ولذلك ذهبت الكثير من القوانين إلى تصنيف الأنظمة المالية للزواج ضمن مسائل الأحوال الشخصية وإخضاعها للقانون الشخصي، في حين ذهب البعض الآخر إلى عدها من مسائل الأحوال العينية بالرغم من اعتبارها أثراً من آثار الزواج، ومن ثم إخضاعها لقانون الإرادة، ولكل من الفريقين حججه ومبرراته³.

البند الأول:

تكييف النظام المالي التشريعي

أشرنا فيما سبق أنه إذا لم يتفق الزوجان على اعتماد نظام مالي معين، يأخذ بالنظام القانوني مباشرة⁴. وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار النظام المالي للزوجين بتنظيمه التشريعي داخلياً ضمن فكرة الأحوال العينية، ولهم حججهم ومبرراتهم⁵؛ ذلك أنه يتعلق أساساً بتنظيم أموال الزوجين العقارية والمنقولة، أي أنه يتعلق بمركز أموال الزوجية.

وهو الرأي الذي أخذت به أغلب التشريعات الغربية بما فيها القانون الفرنسي الذي كان متأثراً برأي الفقيه ديمولان حينما فصل في القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين "جين" اللذان

¹ محروق كريمة، النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 37

² شيبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 394

³ رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، ص 47.

⁴ عائد نبيل الأسطل، المرجع السابق، ص 44.

⁵ تم التطرق لهذه الحجج سابقاً في التكييف، للاطلاع عليها أنظر الصفحة 30 ومايليها من هذه الأطروحة.

لم يعتمد نظاما ماليا اتفاقيا، وتوصل إلى تكييفه على أنه عقد ضمنى بموجبه تكون إرادة الزوجين قد اتجهت إلى إخضاعه لقانون أول موطن مشترك لهما بعد الزواج أي عرف "مدينة باريس".¹

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد، ذلك لأنه قد يكون من العسير إيجاد تطبيق قانوني له في الدول التي لا يتضمن تشريعها نصوصا قانونية منظمة للنظام المالي للزوجين. ومن المآخذ الأخرى على هذا الرأي أن أموال الزوجين الداخلة في النظام المالي لهما قد تتعدد وتتوزع في عدة دول، ووفقا لهذا الرأي سيخضع كل مال من أموال الزوجين لقانون بلد الموقع، وهو ما سيؤدي بالنتيجة إلى تعدد القوانين التي تحكم أموال الزوجين بتعدد مواقعها، ومن ثم سريان أكثر من نظام مالي بين الزوجين وما يستتبعه ذلك من اختلاف الأحكام القانونية المطبقة؛ وهو أمر غير مقبول من الناحية القانونية والمنطقية.

ويرى جانب آخر من الفقهاء أن التنظيم التشريعي للنظام المالي للزوجين يعد من مسائل الأحوال الشخصية التي تخضع للقانون الشخصي- وهو ما أجمعت عليه ضمنا التشريعات العربية- وبيبر أنصار هذا الاتجاه موقفهم هذا على أساس أن النظام المالي للزوجين بتنظيمه التشريعي يرتبط أشد وأوثق ارتباط بالعلاقة الزوجية؛ إذ يعد من الآثار والنتائج المباشرة المترتبة على الزواج، ومن ثم يجب أن يخضع للقانون الذي يطبق على هذه الآثار وهو القانون الشخصي، كما يستند أنصار هذا الرأي لتبرير موقفهم إلى أن النظام المالي للزوجين بتنظيمه التشريعي يتعلق بشخص الزوجين؛ إذ يتولى تنظيم أموالهما أثناء الحياة الزوجية، المنفصلة منها والمشاركة، ونطاق هذا الانفصال أو ذلك الاشتراك، وهو ما يستوجب خضوعه للقانون الشخصي الذي يحكم المسائل الشخصية الخاصة بالزوجين.²

ومع غياب السند القانوني في التشريعات العربية بشأن الطائفة التي ينتمي إليها النظام المالي للزوجين، نجد أن المشرع المصري قد حسم الخلاف في تكييف هذه المسألة وأغنى الفقه عناء البحث؛ إذ جاء في المادة 13 من قانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1947 ما يلي: "تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المادة السابقة³ المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام

¹ - رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 52.

² - رعد مقداد محمود الحمداي، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 51 وما يليها.

³ - المادة 12 من قانون نظام القضاء السابق ذكره: "... كذلك تختص المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل في المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية".

الأموال بين الزوجين...¹. وقد أحسن المشرع المصري صنعا بإيراد هذا النص التوضيحي إذ حسم مسألة خلافية كثر الجدل والنقاش بشأنها بين رجال الفقه.

وهذا ما أكدته أيضا محكمة النقض المصرية²؛ حيث نصت على أن: "المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هي من مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فكل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق الزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها أو سقوطها يخضع لقواعد الإسناد الواردة في المادة 13 من القانون المدني...".

أما في الجزائر فلم يتعرض لا الفقه ولا التشريع ولا القضاء لهذه المسألة. فبحسب الأصل فالنظام المالي للزوجين من حيث انفصال الذمة المالية للزوجين (النظام التشريعي) يعتبر من الآثار المالية للزواج ويخضع لضابط الإسناد الذي تخضع له هذه الآثار.³

وفي اعتقادنا أنه بالرغم من السمة المالية التي يتصف بها النظام المالي للزوجين، وعدم وجود نص قانوني نبني على أساسه رأينا بهذا الشأن إلا أنه يمكن تكيفه ضمن طائفة الأحوال الشخصية لأنه مرتبط أساسا بالزواج ومن آثاره المالية، وبالتالي تسري عليه قواعد التنازع التي تحكم كل الآثار المترتبة عن الزواج المختلط، فلا يمكن تصور وجود نظام مالي للزوجين دون وجود عقد الزواج فهو سابق له، فالزواج سبب والنظام المالي للزوجين نتيجة لهذا السبب، وهو ما ذهب إليه الدكتور رعد مقداد محمود الحمداني.

¹ كما نصت على ذلك المادة 28 من لائحة التنظيم القضائي المختلط المعمول بها في مصر بموجب معاهدة مونترال الخاصة بتنظيم المحاكم المختلطة، إذ جاء فيها: "تشمل الأحوال الشخصية: المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين...". أنظر الموقع:

<http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDDetails?MasterID=208>

تاريخ الاطلاع: 2020/08/24. سا: 14: 00

² قرار صادر بتاريخ 26 جوان 1963، كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 26 مارس/1953 بأنه: "لما كان المرجع في تكيف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هي من مسائل الأحوال الشخصية أم هي ليست كذلك هو القانون المصري... كل هذه الاعتراضات لا تخرج المسألة المتنازع عليها من حيزها القانوني الصحيح وهو أن النظام المالي الذي يخضع له الزوجان هو مسألة أولية متعلقة بتصميم الأحوال الشخصية". وهو نفس ما ورد في قرار ثالث لمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 19 مارس/1964. نقلا عن شبرور نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 395. رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 57، ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج طبقا لقواعد التنظيم الأوروبي رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 139.

³ قسوري فهيمة، يزيد عربي باي، المرجع السابق، ص 51-52.

نضيف أن إخضاع النظام المالي للقانون الذي يحكم آثار الزواج يقينا من مسألة تعدد التشريعات في حالة تعدد مواقع الأموال الخاصة بالزوجين.

وبتصورنا فإنه كان من الأجدر بالمشرع الجزائري، أسوة بالمشرع المصري، إيراد نص صريح بموجب قانون الأسرة يحصر فيه جميع المسائل التي تكيف ضمن الأحوال الشخصية؛ ومنها النظام المالي للزوجين لحسم الخلاف الفقهي في هذا الشأن.

البند الثاني:

تكيف النظام المالي الاتفاقي

بالنسبة للنظم المالية الاتفاقية، أو بما يسمى بمشاركة الزواج، فقد اختلف في تكيفها أيضا فقها وقضاءً، ويثار التساؤل هل تعد عقدا ماليا؟ ومن ثم تخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود، أم تبقى مشاركة الزواج أثرا من آثار الزواج، ومن ثم تخضع لذات القاعدة التي تحكم آثار الزواج¹؟

يرى الاتجاه الأول أن مشاركة الزواج مثلها مثل كافة العقود يجب أن تخضع للقواعد العامة التي تحكم كافة العقود وهي قانون الإرادة كما سنرى لاحقا.

أما الرأي الثاني فيرى أن هذه العقود مرتبطة بفكرة النظام المالي للزوجين، وبالتالي يجب أن تخضع للقانون الشخصي كونها لا تخرج عن إطار الآثار المالية للزواج، ويبرر هذا الاتجاه موقفه على أساس أن الهدف الذي يبتغيه المشرع من وضع بعض القيود على فكرة العقود بين الزوجين لا يتعلق بحماية العقد نفسه أو حماية أطرافه وإقامة التوازن بينهم مثلما هو الشأن في العقود الأخرى، بل الهدف أبعد من ذلك وأعمق؛ وهو حماية نظام الزواج بحد ذاته، وبالتالي لا بد من خضوع هذه العقود لنفس القانون الذي يحمي كافة الآثار المترتبة عن الزواج كونه القانون الذي يحمي الزواج ويضمن استمراره.²

ونؤيد هذا الموقف لذات الأسباب التي ذكرناها سابقا، فسواء كان النظام المالي مصدره قانونيا أو اتفاقيا. فالهدف من تنظيم أحكامه يبقى واحدا، وهو حماية مصلحة الأسرة فوق أي اعتبار.

أما في فرنسا التي يسمح قانونها للزوجين بالاتفاق على اختيار نظام مالي يحكم علاقتهما المالية (كما ذكرنا)؛ فقد ذهب القضاء والفقهاء الفرنسيين إلى اعتباره داخلاً ضمن فكرة العقود المالية

¹ رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 141.

² علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 162-163.

وتخضع لقانون الإرادة الذي تخضع له العقود بصفة عامة¹، ويوافقه في ذلك جانب كبير من الفقه والقضاء في الدول الأوروبية.

وقد بنى القضاء الفرنسي موقفه على اعتبار أن مشاركة الزواج ما هي إلا اتفاق مالي مبرم بين متعاقدين بغض النظر عن صفتها وعلاقتها الشخصية ببعضهما كزوجين، شأنها في ذلك شأن سائر العقود المالية المبرمة بين متعاقدين. فوجود التراضي والمحل والسبب في مشاركة الزواج يستلزم تطبيق القانون الذي يحكم العقود وهو قانون الإرادة.

وهناك جانب من الفقه العربي سار في اتجاه القضاء الفرنسي في اعتبار مشاركة الزواج عقد كسائر العقود المالية التي يجب أن تخضع لقانون الإرادة، مبررين ذلك بأن ارتباط مشاركات الزواج بفكرة العقود هو أوثق صلة من ارتباطها بنظام الزواج.

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، بسبب أنه من غير المنطقي المساواة بين مشاركات الزواج وباقي العقود المالية من حيث أعمال قواعد الإسناد. فعلى الرغم من أن مشاركات الزواج هي اتفاق مالي بين الزوجين إلا أنها وثيقة الارتباط بالعلاقة الزوجية، إذ تعد أثراً من آثار الزواج. فهي تحل محل التنظيم التشريعي للنظام المالي للزوجين بوصفها بديلاً عنه، ومن ثم لا يجوز اعتبار مشاركة الزواج عقداً قائماً بذاته بل أثراً من آثار الزواج المالية.²

أما الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية المستمدة منها فلم تتعرض لتحديد الطبيعة القانونية لهذا التنظيم الاتفاقي للعلاقات المالية بين الزوجين مثله مثل التنظيم التشريعي، إنما يمكن تكييفه ورده إلى فكرة الاشتراط في الزواج، الذي أباحه التشريع الإسلامي ونصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة؛ حيث جاء فيها: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". وفي هذا تأكيد على حق الاشتراط بين الزوجين، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أطلق السلطان لإرادة الزوجين في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحهما.³ غير أنه لم يفصل هذه الشروط وأنواعها وتركها مجملة وفق

¹ - شيبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 396.

² - رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 147-148.

³ - حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، المجلد 2، العدد 7، 2017، ص 247.

المبادئ القانونية.¹

وقد تبنى المشرع الجزائري بهذا الصدد مذهب الحنابلة في الاشتراط²؛ حيث أعطى للزوجين الحرية في إنشاء الشروط المقترنة بعقد الزواج، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة فهم مقيدون في حريتهم العقدية بعدم مخالفة مقاصد الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة.³

ومنه فإن مشاركة الزواج والشرط المقترن بعقد الزواج هما وسيلتان قانونيتان تؤديان نفس الوظيفة وتحققان ذات الغاية؛ وهي إيجاد تنظيم اتفاقي للنظام المالي للزوجين⁴، حيث تعد الشروط صحيحة ما لم تخالف مقتضى العقد أو القانون والنظام العام والآداب العامة.⁵

ويعتقد الدكتور رعد مقداد محمود الحمداني: "أن ما يتفق عليه الزوجان من نظام مالي لحياتهما الزوجية والمتمثل بمشارطة الزواج يقترب أشد القرب من فكرة الشروط المقترنة بعقد الزواج؛ وهو ما يتيح لنا تكييفها على هذا الأساس وإدخالها في نطاق هذه الفكرة وإخضاعها لأحكامها، أي أن مشاركة الزواج لا تعدو أن تكون شرطا مقترناً بعقد الزواج، فإن كان الإلزام من أحدهما للآخر فقط كان شرطاً وأن كان من الطرفين كان مشارطة، ثم أن عد مشاركة الزواج شرطا مقترنا بعقد الزواج لا يخالف نصاً قانونياً أو يتعارض مع النظام العام والآداب في مجتمعنا".⁶

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية للزواج المختلط

بعد توضيحنا للطبيعة القانونية للنظام المالي للزوجين واختلافها من دولة إلى أخرى، يتوجب

¹ - باوني محمد، عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)، المرجع السابق، ص 76.
² - تجدر الإشارة أنه حدث جدال فقهي بين من أباح الاشتراط في عقد الزواج وبين من حضره، فأما الرأي القائل بالحظر فهم الحنفية والمالكية والشافعية، وحججهم في ذلك أن إرادة الإنسان لا تنشئ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك لا تملك إنشاؤه. أما الرأي القائل بالإباحة وهو الراجح، فهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم، وطائفة من فقهاء المالكية، وحجتهم في ذلك أن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد والعقود مركبة على الشروط، وللزوجين أن يشترطا ما يحقق المصلحة على أن لا تتعارض هذه الشرط مع مقتضى عقد الزواج ونصوص الشريعة. أنظر حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 244 وما يليها.
³ - حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 263-264.
⁴ - رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 159.
⁵ - باوني محمد، عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)، المرجع السابق، ص 76.
⁶ - رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 155-156.

علينا بيان ضوابط الإسناد المعتمدة في هذا الصدد للوصول للقانون الواجب التطبيق إذا ثار تنازع للقوانين بخصوص التنظيم التشريعي أو الاتفاقي لهذه الأنظمة.

وقد تباينت التشريعات القانونية بهذا الخصوص، ذلك لارتباط الأنظمة المالية للزواج بأكثر من فكرة واحدة، فإذا كيفت على أنها داخلة في نطاق الأحوال العينية لأنها تتصل بمركز أموال الزوجين فقد يوحي بتطبيق ضوابط إسناد مكانية كضابط موقع المال أو الموطن المشترك للزوجين. وبما أنه يمكن تنظيمها تنظيماً اتفاقياً مما يدعو إلى تطبيق قانون الإرادة، وقد تعد أثاراً من أثار الزواج مما يبرر تطبيق ضوابط الإسناد الشخصية كضابط جنسية الزوج أو الجنسية المشتركة لكلا الزوجين.¹

البند الأول:

القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية للزواج في القانون الجزائري والقوانين العربية المقارنة

ذكرنا سابقاً أن غالبية التشريعات العربية أخضعت آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج دون تفريق بين الآثار سواء كانت شخصية أو مالية بما فيها النظام المالي للزوجين². وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون المدني³؛ حيث جاء فيها: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"⁴؛ حيث أقر المشرع أن آثار الزواج بشقيها الشخصي والمالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج⁵.

¹ - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 257-258. أنظر كذلك، رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 54.

² - أشرنا سابقاً أن جل التشريعات العربية تدرج النظام المالي للزوجين ضمن طائفة الأحوال الشخصية وتعتبره أثراً من آثار الزواج المالية، ولم تنص على ذلك صراحة في نصوصها القانونية - باستثناء المشرع المصري - لكن يفهم ضمناً أنها من آثار الزواج ويطبق عليها نفس القانون الذي يسري على بقية الآثار.

³ - تقابلها في ذلك المواد: 2/19 من القانون المدني العراقي، م 2/13 من القانون المدني المصري، م 1/13 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، م 1/14 من القانون المدني الأردني، م 16 من القانون المدني القطري، م 39 من القانون المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، م 2/13 ق. م الليبي، م 14 ق. م السوري.

⁴ - تقادياً للتكرار والحشو تم تحليل واستقراء نص المادة 12 من ق.م.ج بالتفصيل في القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط في الصفحة 146 وما يليها من هذه الأطروحة.

⁵ - وهو ما أكدته المحكمة العليا صراحة في قرارها الصادر بتاريخ 17/02/1998 ملف رقم 170082 المجلة القضائية، 2000، العدد 1، ص 167 حيث قضت بأنه: " من المقرر شرعاً أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال...".

فبالرغم من أن هذه الآثار مرتبطة بالأموال إلا أنها تخضع للقانون الشخصي.¹ وبالتالي فإن القانون واجب التطبيق على أي نظام مالي بين الزوجين هو قانون جنسية الزوج.²

غير أن ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 12 أن المشرع الجزائري لم يدرج من خلالها عبارة "النظام المالي للزوجين بشقيه القانوني أو الاتفاقي"، ومنه طرح التساؤل التالي: في ظل التقصير التشريعي بهذا الخصوص، ما مدى كفاية المادة 12 من القانون المدني التي خصصها المشرع الجزائري للقانون الذي يحكم الآثار المالية للزواج بما فيها النظام المالي الزوجي التشريعي والاتفاقي؟

لقد جاءت المادة 12 ق.م.ج غير واضحة، ولم تكن كافية لسد النقص التشريعي ورفع اللبس عن الجدل الفقهي بشأن التكييف القانوني للنظام المالي للزوجين ومدى خضوعه لأحكام المادة 12، فلا نجد فيها ما يشير إلى وجود النظام المالي للزوجين ضمن الآثار المالية للزواج، ويبرز الإشكال بشكل جلي خاصة في ظل وجود نظام مالي اتفاقي يبرم أثناء عقد الزواج أو في عقد لاحق له الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 37 ق.أ.ج السابقة الذكر، ووجود ضوابط إسناد أخرى تحكم الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في المادة 18 ق.م.ج، حيث جاء فيها ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

باستقراءنا لنص المادة 18 ق.م.ج³ يتبين أن المشرع الجزائري خص الالتزامات التعاقدية بضابط

¹ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 145.
² - ويأخذ بهذا الحل أيضا العديد من الدول الأوروبية منها: القانون الإيطالي في المادة 19 ق م، الإسباني في المادة 1325 ق م، اليوناني في المادة 15 ق م، والقانون البرتغالي المادتين 1106 و1107 ق م، القانون الألماني، والقانون الهولندي، والقانون الأيرلندي، والقانون البلجيكي. كما أخذ به المؤتمر الرابع للقانون الدولي الخاص المنعقد في لاهاي سنة 1959، والقانون الفرنسي سابقا في المادة 213 مدني حيث كان يخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، إلا أنه عدل عن ذلك بموجب تعديل 7 جويلية 1970 وعمد إلى تطبيق قانون الموطن إذا اختلفت جنسية الزوجان الأجنبيان أو كان أحدهما فرنسيا ومتوطنان في فرنسا. نقلا عن: مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 143. شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 395. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 170. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 517. عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 162-163.
³ - تجدر الإشارة أن نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل كانت تنص على ما يلي: " تسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر..."

إسناد أصلي وهو قانون الإرادة، وثلاث ضوابط إسناد احتياطية هي: قانون الموطن المشترك، قانون الجنسية المشتركة، وقانون محل الإبرام، وإذا تعلق العقد بعقار يخضعه لقانون موقعه.

فالنظام المالي الاتفاقي للزوجين حسب الأحكام الواردة في المادة 18 يخضع في جانبه الموضوعي إما لقانون الإرادة أي القانون المختار من قبل الزوجين، أو لقانون جنسيتها أو موطنهما المشترك، ومن حيث الشكل يسري عليه قانون المكان الذي تم فيه استنادا لنص المادة 19 ق.م.ج.¹ وبالتالي اصطدام ضابط الإسناد الذي يحكم الآثار المالية للزواج مع ضوابط الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية.

ولكن في اعتقادنا أن مفهوم المادة 12 ق.م.ج واسع ويشمل أيضا النظام المالي للزوجين ويسري عليه نفس القانون الذي تخضع له الآثار ككل، وهو قانون جنسية الزوج وقت الزواج. فالمقصود بعبارة "الآثار المالية"، كل أثر مالي يترتب على الزواج المختلط بما في ذلك الأنظمة المالية للزوجين التشريعية منها والاتفاقية، ذلك أن هذه الأنظمة ما هي إلا نتيجة تترتب عن عقد الزواج، فلولاها لما وجد النظام المالي للزوجين أصلا.

لذلك نرى أنه كان الأجدر بالمشروع الجزائري تقاديا للنقد والاجتهاد الفقهي الذي يصيب في أحيان ويخطأ في أحيان أخرى، بيان ذلك بصورة واضحة وجلية لا تقبل الجدل في المقصود بالآثار المالية للزواج وهل تندرج ضمنها الأنظمة المالية للزواج أم لا، وعليه نرشح تعديل نص المادة 12 ق.م.ج على هذا النحو التالي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج بما فيها النظام المالي للزوجين التشريعي والاتفاقي الذي يختاره الزوجان".

وكخلاصة لموقف المشرع الجزائري من القانون الذي يحكم الآثار المالية للزواج، فإن مشرعنا أخضعها بكاملها في المادة 12 من القانون المدني لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ولم يفرق بين النظامين الماليين الاتفاقي والقانوني، مع التذكير هنا بما سبق لنا الإشارة إليه آنفا وهو أن تطبيقنا لهذا القانون أي قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يبقى مقيدا بمراعاة الاستثناء المنصوص عليه في المادة 13 من القانون المدني المتمثل في وجوب إخضاع الآثار المالية لعقد الزواج؛ شأنها في ذلك شأن آثاره الشخصية للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما

¹ - حيث جاء فيها: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه".

يخص الأهلية، وأن هذا الاستثناء يكون خاصا كما أسلفنا بالحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية ويكون فيها زوجها أجنبيا وقت انعقاد الزواج حتى ولو فقدت الزوجة الجزائرية جنسيتها الجزائرية لاحقا لتاريخ إبرام الزواج، أما إذا كان الزوج هو الذي يحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج فان تطبيق القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 12 ق.م.ج سيغنيينا كلية عن اللجوء لتطبيق هذا الاستثناء.¹

غير أن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار المالية تعرض للنقد الشديد، ذلك لأنه يجمّد العلاقة الزوجية ويتجاهل آثارها عبر الزمن، كما أنه يفضل قانون على حساب آخر²، ويخالف مبدأ دستوري بعدم المساواة بين الرجل والمرأة بتطبيق قانون جنسية الزوج دون الزوجة، بالإضافة إلى الانتقادات التي ذكرناها سابقا بهذا الخصوص.

لكن رغم كل الانتقادات التي وجهت لهذه القاعدة، والتي تدعو بتطبيق قانون محايد مثل قانون الموطن المشترك، إلا أن المشرع الجزائري فضل تطبيق هذا القانون على الآثار المالية لأن الزوج في الشريعة الإسلامية هو رب الأسرة والمسؤول عن متطلباتها المالية.³

وتسري قاعدة الإسناد هذه على الشروط الموضوعية الخاصة بهذه الآثار، وتبقى المسائل الإجرائية خاضعة لقانون القاضي؛ وهذا طبقا لنص المادة 21 مكرر قانون مدني⁴. ويجوز أن تخضع هذه التصرفات القانونية في جانبها الشكلي أيضا تطبيقا لنص المادة 19 ق م ج⁵ لقانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 130-131.

² - رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 54.

³ - زلاسي بشري، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 146.

⁴ - حيث جاء فيها: " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"

⁵ - حيث جاء فيها: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أن تخضع أيضا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

وبالرجوع للتساؤل الذي طرحناه حول مدى إمكانية تطبيق أحكام المادة 12 ق.م.ج على الأنظمة المالية للزواج، نجد المشرع المصري كذلك وقع في نفس الخطأ واكتفى بالنص في المادة 13 من ق.م.ج على ما يلي: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال." حيث لم يورد من خلال نص المادة مصطلح النظام المالي للزوجين كمنظيره الجزائري لا القانوني ولا حتى الاتفاقية، واكتفى بالنص على الآثار المالية فحسب ولم يوضح طبيعتها.

وبخلاف التشريعات العربية عموماً والتشريعين المصري والجزائري خصوصاً نجد أن المشرع التونسي نص صراحة على مصطلح النظام المالي للزوجين من خلال الفصل 48 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص¹، واستناداً لهذا الفصل يخضع النظام المالي للزوجين لعدة ضوابط إسناد وهي:

- القانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة، أي قانون جنسيتهما عند إبرام عقد الزواج.

- إذا اختلفت جنسية الزوجان يخضع النظام المالي لهما لقانون أول مقر مشترك لهما عند إبرام عقد الزواج.

- في حالة عدم وجود مقر مشترك لهما واختلاف جنسيتهما، يطبق قانون مكان إبرام الزواج.

وفي اعتقادنا أن المشرع التونسي وفق في هذه المسألة من خلال عدة نقاط أهمها:

- أنه نص صراحة على عبارة "النظام المالي للزوجية" وأفرد له نصاً قانونياً (الفصل 48 م.ق.د.خ.ت) مما لا يدع مجالاً للشك في تكييفه، ولم يترك الأمر مبهم كمنظيره الجزائري مما أغنى الفقه والقضاء عناء البحث عن الطبيعة القانونية للنظام المالي للزوجين والطائفة التي يندرج ضمنها.

- حدد في نفس النص القانون الواجب التطبيق على مسألة النظام المالي للزوجين، وبالتالي حسم الخلاف الفقهي حول القانون الذي يحكمه.

- وضع عدة ضوابط إسناد لتسهيل سير الإجراءات على الزوجين، وتيسير حكم المسألة على القضاة.

¹ ينص الفصل 48 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على ما يلي: "يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أول مقر مشترك لهما إن وجد وإلا فللقانون مكان إبرام عقد الزواج".

حيث أفرد من خلال الفصل 48 ضابط إسناد أصلي وهو قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وضوابط إسناد احتياطية عند اختلافهما في الجنسية فيسري قانون أول موطن مشترك لهما إن وجد، وإلا يطبق قانون مكان إبرام عقد الزواج.

- ساوى بين الزوجين بتطبيق قانونهما المشترك في حالة اتحادهما في الجنسية، وبالتالي سلم من الانتقاد الذي وجه للكثير من التشريعات العربية بشأن تفضيل قانون الزوج على قانون الزوجة.

- كما أنه أحسن اختيار قانون أول موطن لهما في حالة اختلاف جنسيتها.

غير أن ما يعيب على المشرع التونسي في الفصل 48 السابق ذكره هو عدم تحديده للنظام المالي للزوجية هل يقصد به النظام التشريعي أو الاتفاقي؟

صحيح أن المشرع التونسي لم يحدد نوع النظام الذي يخضع لأحكام الفصل 48، غير أنه في تصورنا فإنه عمم هذه الأحكام على كلا النظامين التشريعي والاتفاقي. ومن الواضح أنه تعمد عدم التفريق بينهما؛ حيث أنه حتى وإن تبنت تونس نظام مالي جديد في مجلة الأحوال الشخصية، لن يضطر إلى تعديل قواعد التنازع بهذا الشأن في كل مرة.

إلا أنه خلافا لمواقف التشريعات العربية نجد موقف التشريع المغربي كان واضحا في هذه المسألة؛ حيث فرق بين النظامين الماليين التشريعي والاتفاقي، وهذا ما يفهم ضمنا من خلال الفصلين 14 و15 من الظهير المتعلق بالوضع المدنية للأجانب¹؛ إذ خصص الفصل 14² من نفس القانون لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية الاتفاقية، حيث يخضعها لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وإذا أبرم العقد الذي بموجبه ينظم الزوجان علاقتها المالية أثناء قيام الزوجية يخضع للجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرامه.

¹ - ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضع المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب.

² - ينص الفصل 14 من الظهير المغربي المتعلق بالوضع المدنية للأجانب " إن العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين يخضع من حيث صحته الذاتية وأثاره للقانون الوطني للزوج بتاريخ إبرام الزواج، وإذا أبرم العقد المذكور أثناء قيام الزوجية يخضع للقانون الوطني للزوجين بتاريخ إبرامه.

وبيعن القانون نفسه ما إذا كان يسوغ للزوجين أن يحيلوا إلى قانون آخر وبأي مقدار فإذا وقعت هذه الإحالة فإن القانون المحال عليه هو الذي يحكم آثار العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين".

كما أنه أقر في الفصل 15 من من الظهير المغربي المتعلق بالوضع المدنية للأجانب¹، القانون الواجب التطبيق على النظام المالي التشريعي، وأخضعه لقانون جنسية الزوج وحده أثناء إبرام الزواج. وفي تقديرنا نعتقد أن التشريع المغربي هو النموذج الأمثل للتبني بخصوص قواعد التنازع التي تحكم الأنظمة المالية للزواج بفصليه 14 و 15 من القانون السالف ذكره؛ كونه تتكبد عن معظم الانتقادات التي وجهت لبقية التشريعات العربية منها القانون الجزائري. إلا أنه هو الآخر لم يسلم من الانتقاد بإهماله لفكرة المساواة بترجيحه لتطبيق قانون الزوج في النظام المالي التشريعي.

البند الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية للزواج في القانون الفرنسي

تفصل بعض الأنظمة الغربية بخلاف كثير من التشريعات العربية بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج، وتخضع كل منهما لقانون مختلف، وقد اهتم المشرعون الغربيون اهتماما بالغا بتنظيم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين؛ حيث اختلفت مواقفهم باختلاف تكييفهم ونظرتهم لهذه الأنظمة.²

فمنذ فقه ديمولان كما سبقت الإشارة، وقع تباين في تكييف المسألة، فاعتبرها البعض ضمن الأحوال الشخصية، وبالتالي تخضع إلى القانون الشخصي³، بينما اعتبرتها طائفة أخرى من الفقهاء والمختصين في الأحكام القضائية الفرنسية ضمن الأحوال العينية، وبالتالي تخضع لقانون الموطن الذي استقر فيه الزوجان بعد الزواج، باعتبار الافتراض أن إرادتهما انصرفت إلى اختيار قانون الموطن الذي استقر فيه حتى يسري على نظامها المالي القانوني، وهذا ما أفتى به ديمولان في نظام الزوجين Ganey اللذين استقرا بباريس⁴، وقد فضل آخرون تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين

¹ ينص الفصل 15 من من الظهير المغربي المتعلق بالوضع المدنية للأجانب على ما يلي: "إذا لم يبرم عقد منظم للعلاقات المالية بين الزوجين فإن آثار الزواج على أموال الزوجين من أصول ومنقولات تخضع لقانون الدولة التي كان ينتسب إليها الزوج بتاريخ إبرام الزواج. ولا يؤثر على نظام تلك الأموال تغيير الزوجين أو أحدهما جنسيته فيما بعد"

² درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 242. أنظر كذلك رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 52.

³ من أمثلة ذلك القانون الألماني الذي يخضع النظام المالي للزوجين لقانون الجنسية وفي حال اختلافهما في الجنسية، يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

⁴ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 75.

نتيجة التأثير بالأفكار التحررية الداعية إلى المساواة بين الرجل والمرأة، بينما فضل آخرون كذلك¹ تطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين فيما يخص المنقولات، أما العقارات فتخضع لقانون موقعها.²

وقد عمد الفقه الفرنسي القديم إلى إخضاع التنظيم التشريعي للنظام المالي للزوجين لقانون موقع المآل على اعتبار أنها مسألة من مسائل الأحوال العينية³، وهذا ما عرضه للنقد لما في ذلك من مخاطر تتعلق بتعدد القوانين التي يخضع لها النظام المالي في العلاقة الزوجية الواحدة وتوزع أموال الزوجين على عدة دول. وما يمكن أن يلحقه من اختلاف في القواعد القانونية المطبقة، كما أنّ هذا الاتجاه يؤدي إلى نتائج غير عادلة في حالة وجود أموال أحد الزوجين ببلد يخضع النظام المالي للزوجين لقواعد انفصال الأموال الزوجية، كما هو الحال في الدول التي تتأثر بأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك في حالة وجود أموال الزوج الآخر ببلد يخضع النظام المالي الزوجي لقواعد الاشتراك في الأموال كما هو الحال في فرنسا.⁴ كما أن تطبيق قانون الموطن المشترك يسهل على الزوجين الغش والتحايل على القانون وتغيير ضابط الإسناد الذي يحكم نظامهما المالي بمجرد تغيير الموطن.

لكن الفقه الفرنسي الحديث يميل إلى إسناد النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج شأنه شأن الآثار الشخصية للزواج، على اعتبار أن النظام المالي للزوجين يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالزواج ويعد من نتائجه وآثاره.

أما النظام المالي الاتفاقي، فقد أجمع القضاء والفقه الفرنسي بشأنه على إخضاعه لقانون الإرادة الذي يحكم العقود بصفة عامة على اعتبار أنه عقد مثل بقية العقود.⁵ وهذا ما أخذ به التشريع الفرنسي إذا كنا أمام نظام مالي اتفاقي بين الزوجين، أي وجود عقد يتفق بموجبه الزوجان على إدارة

¹ - من أمثلة ذلك: قانون الولايات المتحدة الأمريكية، القانون الإنجليزي في حالة ما إذا لم يتفق الزوجان على نظام مالي.
² - زلاسي بشري، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، المرجع السابق، ص 147.

³ - وقد ميز الفقه الفرنسي بين أموال الزوجين المنقولة وبين أموالهما العقارية، فأخضع الأولى لقانون الموطن المشترك للزوجين بينما أخضع الأخرى لقانون موقع العقار. أنظر: رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 92.

⁴ - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 258-259.

⁵ - رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 52. أنظر كذلك: شبرور نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 396.

وتسيير شؤونهما المالية، يخضعه القانون الفرنسي لقانون الإرادة¹ الصريحة². فالمبدأ المستقر عليه في الفقه والقضاء الفرنسي أجمع أنه إذا تعلق الأمر بنظام مالي اتفاقي (مشاركة زواج) يجب اعتباره عقدا ينظم علاقتهما المالية كسائر العقود المالية، وبالتالي إخضاعه لنفس القانون الذي يحكم موضوع العقود عامة، والذي يتحدد بقانون الإرادة؛ أي بالقانون الذي يتفق الطرفان على تطبيقه³.

ويفرق الفقه الفرنسي في هذه الحالة بين المسائل الموضوعية في مشاركة الزواج وبين المسائل الشكلية، فيخضع الأولى للقانون المختار من قبل الزوجين أي قانون الإرادة (كما أشرنا)، وبالتالي حرية الطرفين في وضع الشروط والأحكام التي تحقق رغبة كل منهما، والحق في اختيار القانون الذي يحكم هذه المشاركة بما يخدم مصالحهما، أما فيما يخص المسائل الشكلية في مشاركة الزواج، فيرى الفقه والقضاء الفرنسيان أن يترك للزوجين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق عليها من بين عدة قوانين لها صلة بمشاركة الزواج أو الزوجين⁴.

أما في حالة عدم وجود اتفاق بين الزوجين على تنظيم شؤونهما المالية، فنكون أمام نظام مالي قانوني منظم من قبل المشرع كما أوضحنا، يخضعه التشريع الفرنسي لقانون الإرادة الضمنية، وذلك من خلال تطبيق قانون أول موطن مشترك للزوجين بعد الزواج⁵. على أساس افتراض انصراف

¹ - قانون الإرادة: هو ذلك القانون المختار الذي يتفق الطرفان على تطبيقه صراحة في العقد، ويوجد إلى جانب قانون الإرادة الصريح قانون الإرادة الضمني الذي يستخلص من بنود وظروف التعاقد مثل قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ العقد. أو قانون الدولة التي تم التعامل بعمليتها. أنظر: عائد نبيل محمد الأسطل، المرجع السابق، ص 44.

² - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 259، أنظر كذلك: درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 243.

³ - درية أمين، نفس المرجع، ص 243. أنظر كذلك: حبار محمد، المرجع السابق، ص 130. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 75. شيبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص 396.

⁴ - رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص 91.

⁵ - وقد قضى القضاء الفرنسي في عدة قرارات له بتطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين عن طريق استبدال الرابط الشخصي بدولة الجنسية برابط موضوعي بدولة محل الإقامة، واستمر القضاء الفرنسي على نهجه في قرارات أخرى صدرت عنه، مبررا موقفه بتطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين بأن هذا الأخير بات يمثل القانون الشخصي للزوجين ماداما يقيمان فيه على نحو مستمر ومستقر، ومن ثم فإنه يعبر عن اندماجهما في مكان تواجدهما معا ؛ أي في محل إقامتهما المشتركة حسب ما يسميه القضاء الفرنسي، ويبرر موقفه في قرارات أخرى بأن هذا القانون يمثل قانون البيئة الاجتماعية التي تتصل بها العلاقة موضوع النزاع. أنظر: رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، نفس المرجع، ص 91.

إرادتهما إلى تطبيق هذا القانون¹ تأثراً منه برأي الفقيه ديمولان -كما سبقت الإشارة- والذي كان يعتمد مثل هذا الحل مستندا في ذلك إلى أن استقرار الزوجين في موطن معين بعد زواجهما، يفيد في أن نيتهما² تكون قد انصرفت لتطبيق قانون ذلك الموطن.³

وإنهاء لهذا التباين القضائي والفقهية والتشريعي في القانون الذي يسري على النظام المالي، ذهب المشرع الفرنسي على غرار بعض التشريعات إلى عقد اتفاقية لاهاي لعام 1978⁴، وهو ما نص عليه من خلال المادة 1397/2 من القانون المدني الفرنسي⁵، فقد أحال مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين إلى هذه الاتفاقية التي تسمح لهما باختيار القانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي⁶، أي تقرّ بـسريان قانون الإرادة، وفي حالة عدم الاتفاق، يخضع النظام إما لقانون الجنسية المشتركة أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج.

ويحترم ذلك الاختيار في جميع الدول الأطراف في الاتفاقية، ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق في مشاركة الزواج أمام الموظف المختص أو في عقد خاص⁷، مما يتيح للدائن مراجعة الموظف المعني لمعرفة النظام المالي الذي اتبعه الزوجان لتنظيم أموالهما.⁸

¹ - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 259.

² - حيث يعتبرها الفقيه ديمولان قرينة قانونية، وهي افتراض انصراف إرادة الزوجين إلى تركيز ذلك النظام في مكان الإقامة. أنظر: عائد نبيل محمد الأسطل، المرجع السابق، ص 44.

³ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 130.

⁴ - اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14 مارس 1978، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداءً من 01 سبتمبر 1992. أنظر الموقع:

<https://assets.hcch.net/docs/77839277-8ad0-4267-92fc-8440ba128577.pdf>

تاريخ الاطلاع: 2019/02/25. سا: 14: 00.

⁵ - Art 1397-2(Loi n°97-987 du 28 octobre 1997 - art. 2 () JORF 29 octobre 1997): « Lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, faite à La Haye le 14 mars 1978, il est fait application des dispositions des articles 1397-3 et 1397-4 ».

⁶ - Art 1 de la convention La Haye: « La présente Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Elle ne s'applique pas: aux obligations alimentaires entre époux- aux droits successoraux du conjoint survivant - à la capacité des époux ».

⁷ - Art 11 de la conventions La Haye SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX (Conclue le 14 mars 1978): « La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage ».

⁸ - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 259.

وإذا أقبل الزوجان على هذا الاختيار قبل الزواج يتوجب عليهما تقديم سند أو وثيقة للموظف المدني بذلك، وإذا اختار الزوجان هذا القانون بعد الزواج فعليهما إتمام إجراءات الإشهار المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق. ويسري هذا القانون بين الزوجين ابتداءً من إنشاء سند التحديد، ويسري على الغير بعد ثلاثة أشهر من إتمام إجراءات الإعلان والشهر¹.

إذا يحكم نظام الملكية الزوجية القانون الداخلي المحدد من قبل الزوجين قبل الزواج، غير أن إرادة الزوجين ليست مطلقة في اختيار أي قانون لحكم نظامها المالي؛ حيث أن المادة 3 من اتفاقية لاهاي² قد قيدت الزوجين باختيار واحد من القوانين التالية: قانون دولة ينتمي إليها أحد الزوجين بجنسيته، قانون الدولة التي يقيم فيها أحد الزوجين أثناء فترة التحديد، أو قانون أول موطن للزوجين بعد الزواج³. وتخضع نفس الاتفاقية النظام المالي للزوجين فيما يتعلق بالعقارات لقانون موقعها⁴.

أما إذا لم يحدد الزوجان القانون الواجب التطبيق قبل الزواج، فإن المادة 1/4 من نفس الاتفاقية تخضع نظام الملكية الزوجية لقانون موطنهما المشترك الأول بعد الزواج⁵.

¹- Voir Art 1397/3 et Art 1397/4 c.c.f.

²- تجدر الإشارة أنه مع تزايد الزواج المختلط، تم وضع نظام جديد للقانون الدولي وهو اتفاقيات لاهاي في سياق الزواج عبر الحدود والنقاضي وقضايا الطلاق والأطفال، للتخلص من القواعد التي أدت إلى تعقيد مسائل الزواج المختلط، منها الصعوبات الموضوعية والإجرائية للزواج، ومشاكل الاعتراف به، واختيار القانون الواجب التطبيق في إجراءات الطلاق، والاعتراف بأحكام الدولة الأجنبية، وإثبات القانون الأجنبي. وعلى الرغم من تبني العديد من المشرعين لاتفاقية لاهاي، إلا أن هناك دول أكثر اعتمادًا على أدوات تنازع القوانين التقليدية. أنظر:

Ann Laquer Estin , Marriage and divorce conflicts in the international perspective , Duke journal of comparative & international law ,Vol 27, 2017, PP 486-488.

³ -Art 3 de la conventions La Haye SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX (Conclue le 14 mars 1978): « Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.

Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes: 1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ; 2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ; 3. la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage ».

⁴-Art 3/3 de la conventions La Haye SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX (Conclue le 14 mars 1978): «Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation ».

⁵- Art 4/1 de la conventions La Haye SUR LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX (Conclue le 14 mars 1978): « Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage ».

غير أن الشروط الشكلية لصحة المشاركة الزوجية تخضع بموجب المادة 1/6 من اتفاقية لاهاي المبرمة في 17 يوليو 1905 إما لقانون مكان الإبرام أو للقانون الوطني للزوجين وقت إبرام عقد الزواج، أو للقانون الوطني للزوجين أثناء الزواج.¹

¹-Art 6 de la CONVENTION LA HAYE (DU 17 JUILLET 1905 CONCERNANT LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AUX EFFETS DU MARIAGE SUR LES DROITS ET LES DEVOIRS DES ÉPOUX DANS LEURS RAPPORTS PERSONNELS ET SUR LES BIENS DES ÉPOUX): « Le contrat de mariage est valable quant à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore, s'il a été conclu au cours du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux ».

ملخص الباب الأول

كملخص لما سبق ذكره في هذا الباب، نستشف أن الزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة بثير العديد من الإشكالات القانونية والقضائية تتعلق أساسا بانعقاده والآثار المترتبة عنه وما يعتريه من معوقات في تسجيله وإثباته، الأمر الذي خلق نزاعات عدة أمام القضاء الجزائري وانعكس على الوضع الحقوقي لأفراد الأسرة، وعليه تظهر الصعوبة في البحث عن تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل انعقاد الزواج المختلط سواء الشكلية أو الموضوعية، وإجراءات إثباته وكذا ما ينتج عنه من آثار شخصية ومالية، غير أن الإشكال القبلي يبرز بداية من تباين النظم القانونية في تكييفه ومفهومه ومعايير تصنيفه كمختلط نظرا لتداخل عدة محددات كالإختلاف في الجنسية أو الديانة أو العرق أو الطائفة، مما يصعب على القاضي تحديد الطبيعة القانونية للقضية محل النزاع، خاصة وأن المشرع الجزائري لم يضع معيارا محددًا لتصنيفها؛ فالمسائل التي تعتبر صحيحة في دولة ما قد تعتبر باطلة في دولة أخرى، الأمر الذي يؤدي إلى تدخل النظام العام كوسيلة في يد القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيقه، وعليه تتجسد مسألة الدفع بالنظام العام خاصة في قضايا النسب والتبني وتعدد الزوجات وإثبات زواج المسلمة بغير المسلم وزواج المثليين... الخ، فكلها تعد من مسائل الأحوال الشخصية المرتبطة بأحكام الشريعة الإسلامية التي تعد روح النظام العام في الجزائر.

وعلى العموم فالقاضي حين فصله في نزاع يتعلق بانعقاد الزواج المختلط وآثاره يواجه الكثير من العراقيل التي تحول دون تطبيق القانون المختص، كأن يكون الشخص منعدم الجنسية أو له جنسيات عديدة، أو يثبت الاختصاص لقانونه بالتحايل، أو يتصادم مع مقتضيات النظام العام، أو يسند النزاع لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع سواء كان تعددا إقليميا أو طائفيا. كما قد يواجه القاضي صعوبة في تفسير أو إثبات القانون الواجب التطبيق. بالإضافة إلى الموانع التي تحول دون تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية.

وعلى الرغم من وضع المشرع الجزائري لجملة من التعديلات القانونية التي تنظم وتحكم مسائل انعقاد الزواج المختلط وإثباته، إلا أنها لم تكن كافية لسد النقص التشريعي ومعالجة الثغرات القانونية، خاصة وأن المشرع الجزائري قد أقر أن هذا النوع من الزيجات يخضع لأحكام تنظيمية، إلا أنه لم يقن هذه الأحكام وظلت غامضة؛ حيث اكتفى بالنص على تقييد الزواج المختلط بشرط الحصول على رخصة إدارية مسبقة من الوالي المختص، بالإضافة إلى شهادة اعتناق الدين الإسلامي بالنسبة للأجنبي الراغب في الزواج من جزائرية، وتمتد المشكلة كذلك إلى إثبات الزواج المبرم بين الجزائريين والأجانب في الخارج الذي عده القضاء الجزائري زواجا عرفيا ينقصه الإثبات بالرغم من صحته

واستيفاءه جميع أركانه وشروط انعقاده إلا أن غياب هذه الرخصة قد يقف حاجزا أمام المحكمة في تثبيت هذا الزواج وتصحيحه وتسجيله على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية. ومن ثم كان من الضروري أن يتصدى المشرع لهذا القصور بسن قواعد تنظيمية واضحة ومفصلة بغية توفير الحماية القانونية اللازمة للزيجات المختلطة.

الباب الثاني:

انحلال الزواج المختلط
وانعكاساته على الوضع
الحقوقى للأسرة

تمهيد وتقسيم:

بما أن عقد الزواج المختلط يتمتع بطبيعة خاصة أثناء انعقاده ترجع للأسس الدينية والاجتماعية والخلفية التي تدخل في تكوينه، فمن المنطق وجود اختلاف بين الدول في جواز أو عدم جواز انحلاله وفقا لاختلاف مفهوم الزواج لديها.¹

حيث لا تجمع التشريعات على مفهوم واحد لمسألة انحلال الزواج، فعن القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية ترى بأن الزواج رابطة مقدسة، ولكنها غير أبدية؛ قد تنتهي بالوفاة كنهاية طبيعية للزواج، وتنتج عنها مجموعة من الآثار القانونية بين الزوجين، كما يجوز إنهاؤها بالطلاق الذي بدوره يرتب آثارا بين الزوجين وتمتد إلى الأولاد المنحدرين عن تلك الرابطة، عكس ما هو الحال في بعض الدول الغربية. فبعضها يجيز الانفصال الذي يختلف في مفهومه وصوره من بلد لآخر، والبعض الآخر يرى بأن الرابطة الزوجية لا تنتضي إلا بالوفاة مثلما هو الحال لدى الطوائف المسيحية الكاثوليكية.

وقد شرع الإسلام الزواج من أجل تحقيق الحاجات الفطرية والمطالب الإنسانية، إلا أن هذه الأخيرة لا تتحقق في بعض الأحيان وتصير متعذرة الاستمرار؛ حيث يكتشف الزوجان أو أحدهما أنه أخطأ في اختيار شريكه وأن هذا الزواج انقلب إلى مصدر للشقاء والتعاسة بدلا من أن يكون منهلًا للهناء والراحة، وهكذا يصبح الزواج لا معنى له لعدم توافر أسباب السعادة والاستقرار، وأنه لا يمكن لأحدهما الاستمرار مع الآخر لما فيه من طباع وسلوكيات لا تتغير، أو لكون مقومات الإنجاب مفقودة بينهما أو للعجز عن القيام بالحقوق الزوجية سواء منها الجنسية أو المالية أو غيرها.

ولعلاج هذه الحالات التي تقع في الحياة الأسرية شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق عند الحاجة إليه، وأحاطه بأحكام خاصة، وتدرج في اعتبار آثاره النهائية، إلا أنه كرهه وعده من أبغض التصرفات المباحة لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق".² وذلك لما قد يترتب عليه من أضرار اجتماعية وأسرية؛ يكون الأطفال بسببها أول الضحايا فضلا عما في الطلاق من تمزيق لعرى الأسرة التي هي الخلية الأساسية في بناء المجتمعات.³

¹ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 140-141.

² - أبو داوود سليمان بن الأشعث الجستناني الأزدي، سنن أبي داوود، ج 2، دط، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دت، حديث رقم 2178، ص 255.

³ - ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، د ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 56.

نظرا للصعوبات التي تعترض انحلال ميثاق الزوجية في إطار الزيجات المختلطة بسبب التصادم الدائم بمقتضيات النظام العام، سواء من حيث الاختصاص التشريعي أو الاختصاص القضائي، أو على مستوى تنفيذ الأحكام الأجنبية ومنحها الصيغة التنفيذية؛ خاصة عندما يكون الطرف الآخر منتميا لإحدى الدول الغربية مع ما يحمله من اختلاف في المرجعية الثقافية والدينية اللذين يساهمان في تحديد القانون الواجب التطبيق والنظام العام بشكل كبير.

وهنا تنشأ مشكلة التنازع بين قوانين الدول العلمانية وقوانين الدول الإسلامية، ما يؤثر سلبا على حقوق كل من الزوجين في أحقية كل منهما بفك الرابطة الزوجية، وما يستتبعه من مسائل متعلقة بالآثار الشخصية والمالية كالعدة والنفقة ومتاع البيت، ويمتد هذا التأثير كذلك إلى الأبناء الناتجين عن الزيجات المختلطة، خاصة فيما يخص الحضانة واستحقاقها، وحق الزيارة وما يلحقه نقل الطفل المحضون من بلد لآخر وكيفية تعامل الدول الأطراف مع هذا الإشكال الذي يملأ المحاكم القضائية.

وقد يثار النزاع أيضا فيما لو أقيمت دعوى ميراث عند انحلال الرابطة الزوجية بوفاء أحد الزوجين ومطالبة الزوج الآخر بحقه في التركة، فهناك دول لا تجيز التوارث بين الزوجين، وأخرى تمنع استحقاق الزوجة للتركة، ودول أخرى تساوي بين الرجل والمرأة في الميراث، وهناك أيضا من تضع الزوجة في المراتب الأخيرة في الميراث.

انطلاقا مما سبق فيما تتمثل صور انحلال الرابطة الزوجية المختلطة وما هو القانون الذي يحكمها؟ ما هي التحديات التي تواجه الأزواج متعددي الجنسيات الراغبين في الطلاق على مستوى المحاكم القضائية؟ وما هي الصعوبات القانونية التي قد تعيق القانون الواجب التطبيق وتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عنها؟ وأخيرا ما هي الآثار التي تترتب عن انحلال هذا الزواج وكيف تنعكس على حقوق الزوجين وتمتد إلى الأبناء المنحدرين من هذا الزواج المختلط؟

سنجيب عن هذه الأسئلة وغيرها من خلال هذا الباب؛ حيث سنتطرق لبيان صور انحلال الرابطة الزوجية المختلطة في إطار العلاقات الدولية الخاصة واختلاف أحكامها من دولة إلى أخرى، وكذا حل مشكلة تنازع القوانين بشأنها (الفصل الأول)، ثم ننقل للآثار الشخصية والمالية التي تترتب عن انحلال الزواج المختلط (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

صور انحلال الزواج المختلط والقانون

الذي يحكمها في إطار العلاقات

الدولية الخاصة

تمهيد وتقسيم:

أشرنا إلى أن الرابطة الزوجية قد تنتهي بالوفاة وتترتب عنها مجموعة من الآثار، وقد تنتهي بالطلاق أو الانفصال إذا اصطدمت الحياة الزوجية بعقبات وأصبحت مستحيلة فيلجأ الزوجين إلى حل هذه الرابطة، بعد أن يعرف الزواج الفشل ويعجز عن تحقيق الهدف المتوخى منه.

والحقيقة أنه قد يثار النزاع فيما لو أقيمت دعوى طلاق المسلم في الخارج، أي في دولة لا تعترف بنظام الطلاق المعروف في البلاد الإسلامية. فعلى سبيل المثال نجد أن بعض الدول الغربية لا تجيز قوانينها الطلاق، وبعضها الآخر لا يجيز حتى الانفصال، في حين أن هناك من يجيز الاثنين معاً.¹ غير أنه توجد تشريعات لا تجيز إيقاع الطلاق بالإقرار لفظاً إلا أنها تقر الانفصال الجسماني أولاً، والذي يقضي لفترة زمنية معينة لتنتهي فيها المعيشة بين الزوجين بالطلاق، وهناك من لا يرى في الانفصال سبباً للطلاق إذا تم وفقاً للإجراءات المتبعة في قانون الموطن.²

لذا فإن القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية هو المرجع في معرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفاً به في دولة القاضي أم لا. بمعنى أنه إذا أسند فك الرابطة الزوجية إلى قانون دولة تحرم الطلاق ولتكن إسبانيا مثلاً، فإنه في هذه الحالة لا يجوز الطلاق وفقاً لهذا القانون المسند إليه فك الرابطة الزوجية، أما إذا أسند فك الرابطة الزوجية إلى قانون دولة تبيح الطلاق، ونقول الجزائر مثلاً، فإنه في هذه الحالة يجوز الطلاق وفقاً لهذا القانون المسند إليه فك الرابطة الزوجية.³

وعليه فما هي صور فك الرابطة الزوجية المختلطة الواردة في قوانين الدول الإسلامية، والقوانين المقتبسة عن الديانات السماوية الأخرى؟ وكيف يمكن التوفيق بين التصادم الشرعي والديني والعقائدي لحكم العلاقة القانونية ذات الاختلاف المرجعي لحل النزاع؟ ما هو القانون الواجب التطبيق بشأنها؟ وما هي المعوقات التي تواجه تطبيقه وتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عنها؟

للإجابة على كل هذه التساؤلات سنقف عند تبيان صور انحلال الرابطة الزوجية في الشرائع الدينية والتشريعات الوضعية (المبحث الأول)، ثم سنتناول بالدراسة القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه (المبحث الثاني).

¹ - الجدير بالذكر أن الطلاق في إيطاليا أصبح مباحاً فقط سنة 1974، وفي فرنسا سنة 1884، وفي إسبانيا سنة 1982.

² - علي خليل اسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 172-173.

³ - محمد سعادي، المرجع السابق، ص 136-137.

المبحث الأول:

صور انحلال الرابطة الزوجية في الشرائع الدينية والتشريعات الوضعية

الزواج علاقة قانونية، له بداية وله نهاية، وينتهي الزواج بطريقة غير إرادية أو طبيعية بالوفاة، وتنتج عنه آثار كالعدة وحق التوارث بين الزوجين، أو بطرق إرادية يترتب عليها انحلال رابطة الزوجية انحلالاً فعلياً بالطلاق والتطليق¹، كما تتحل بالانفصال الذي يختلف في مفهومه وصوره من بلد لآخر. ففي بعض البلدان الغربية المستمدة قوانينها من الديانة الكاثوليكية مثلاً، تجمع بأن الزواج رابطة مقدسة لا تنقضي إلا بالوفاة، أما القوانين العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية منها التشريع الجزائري فترى بأنها رابطة مقدسة لكنها غير أبدية قد تنتهي بالطلاق؛ إذ يجوز إنهاء الزواج بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين، أو بالتطليق في حالات معينة، أو بالخلع بناء على طلب الزوجة.

وقد عرفت بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول الغربية إلى جانب هذه الحالات، نظاماً آخر لا تعرفه التشريعات العربية يسمّى بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني، والذي هو عبارة عن مباحة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، ولكنه قد يكون سبباً للطلاق إذا استمر مدة معينة. غير أنّ هذه الطريقة ليست دائماً تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية، فقد يعود الزوجان إلى ما كانا عليه من قبل انتهاء فترة التفريق الجسماني، وقد لا يعودان إلى ذلك ويتحول هذا الانفصال إلى انحلال الزواج بصفة نهائية عن طريق القضاء.²

من خلال ما سبق سنتطرق لانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة (المطلب الأول) ثم سنحاول أن نبين صور انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق واختلاف التشريعات حول تكييفها (المطلب الثاني)

¹ - عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 75.

² - درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق ص 243-244.

المطلب الأول:

انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة

ينتهي ميثاق الزوجية في كل الديانات السماوية وبعض التشريعات الوضعية كما أسلفنا الذكر بوفاة أحد الزوجين كنهاية طبيعية للزواج، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة"، وهذا أمر بديهي لأن وفاة أحد الزوجين يضع حدا للعلاقة الزوجية القائمة، فإذا مات الزوج تنتهي الرابطة الزوجية، وإذا ماتت الزوجة تنتهي الرابطة الزوجية، وتنتهي كذلك وإذا توفيا معا.

ويمكن الاختلاف بين انتهاء الزواج بالوفاة وانتهائه بالطلاق، أن الأول يكون بطريقة غير إرادية، ويرتب مجموعة من الآثار القانونية منها: عدة الوفاة بالنسبة للزوجة، وحق التوارث بين الزوجين، بالإضافة إلى استحقاق الزوجة للمهر إذا كان دينا على الزوج. (وهو ما سنتعرض له بالدراسة في الفصل الموالي)، أما انتهاء ميثاق الزوجية بالطلاق فيكون بطريقة إرادية، فإما بإرادة الزوج وحده، أو بإرادة الزوج والزوجة معا، ويرتب آثارا مختلفة عن الآثار الناشئة عند انحلاله بالوفاة.

إن الموت الحقيقي لأحد الزوجين لا يثير مشكلة تنازع القوانين، غير أن الإشكال الفعلي هو الموت الحكمي¹ الذي يختلف في أحكامه من قانون لآخر. خاصة وأن أغلب التشريعات لم تنص على الفئة التي ينتمي إليها هذا النوع من التنازع أو ضابط الإسناد الذي يحكمه.

فقد يغيب أحد الزوجين وتمضي على غيبته مدة طويلة وتقطع أخباره، فلا يستطيع الجزم

¹ - الموت الحكمي هو حكم صادر من المحكمة ويقضي بموت شخص من الأشخاص حكما لا واقعا حتى وإن كان على قيد الحياة وهو موت يخالف الموت الطبيعي إذ لا يشترط فيه توقف الأجهزة الحيوية للميت كما لا يشترط وجوده حاضرا من عدمه بل هو موت مفترض افتراضا ولا يهم إن كان مطابقا للواقع أم لا وعادة ما يصدر في حق المفقود الذي انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا، وقد ذاب القضاء إلى إصدار مثل هذه الأحكام على من فقد في وقت الحرب أو في بعض الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الموت. أنظر: ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الموت الحكمي، عبر الموقع:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D9%88%D8%AA_%D8%AD%D9%83%D9%85%D9%8A
تاريخ الاطلاع: 2019/08/25. سا: 5: 00.

بحياته أو مماته، كما لا يكون في الإمكان إقامة الدليل على موته، ويعرف هذا الأخير بالمفقود. فالمفقود شخص غاب عن موطنه بصفة دائمة أو اختفى في ظروف معينة وانقطعت أخباره، هذا الوضع أدى إلى اهتزاز مركزه القانوني؛ حيث يطرح العديد من المشاكل سواء تعلق الأمر بالمصالح الشخصية للمفقود أو المالية، إذ لا يعقل بقاء زوجته وأولاده بدون معيل، ولا يجوز حرمان ورثته من الميراث¹، كما لا يعقل ترك أمواله عرضة للضياع بدون استثمار أو إدارة، وبالتالي كان من اللازم إنهاء شخصيته القانونية عن طريق الموت الحكمي خلافا للأصل في انتهائها².

وفي نظرنا تبرز معالم التنازع بين القوانين في هذه المسألة بطريقتين، الأولى إهمال التشريعات النص على التكييف القانوني لتحقيق واقعة الوفاة أو الموت الحكمي على أحد الزوجين، والثانية عدم تخصيص التشريعات ضابط إسناد يحكم هذه المسألة في حالة نشوء نزاع. خاصة وأن واقعة تحقق وفاة أحد الزوجين من عدمه قد تكون موضوع النزاع، وقد تكون شرطا لقيام النزاع في قضايا الوصية والميراث. ناهيك عن تدخل فكرة النظام العام بهذا الخصوص.

من خلال ما سبق سنتعرض بإيجاز للاختلاف الفقهي والقانوني بشأن تقرير واقعة الوفاة الحكمي لأحد الزوجين (الفرع الأول)، ثم ندرس موقف التشريعات من تكييف واقعة وفاة أحد الزوجين والقانون الذي يحكمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الاختلاف الفقهي والقانوني حول تقرير واقعة الوفاة الحكمي لأحد الزوجين

الأصل أن الشخصية القانونية تنتهي بالموت الحقيقي للشخص، إلا أن مقتضيات الحياة العملية قد تفرض في ظروف معينة الخروج على هذا الأصل، وتقرر انتهاء شخصية الإنسان رغم

¹ - تجدر الإشارة أنه لا يزال هناك مجتمعات تمنع المرأة من الميراث، منها زواج الأقارب السائد في العراق والمعروف بزواج "النهوة" الذي يشير إلى حق ابن العم المطلق في الزواج من ابنة عمه وفي منع زواجها من غيره. ويعتبر هذا النوع من أكثر أنماط الزواج بين أبناء العمومة. ولا يسمح للمرأة أن ترث في غالب الحالات. أنظر:

Elizabeth Warnock Fernea, *Guests of the Sheik: An Ethnography of an Iraqi Village*, anchor books, 1 octobre 1995, p57.

² - شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2014-

عدم التيقن من موته حقيقة، وهذا ما يعرف بالموت الحكمي وهو الذي يتقرر بناء على حكم القاضي بالنسبة للشخص الذي تحيط الشكوك حول حياته¹.

إن هذا المفقود قد تكون له زوجة، ولا بد من معرفة مصيرها، وقد تكون له أموال ولا بد من معرفة من يديرها أو من ستتقل إليه.

وقد اختلف الفقهاء بشأنه لجهة الحكم بموته، فذهب الحنفية إلى القول بأن لا يحكم بوفاته إلا إذا بلغ من العمر تسعين سنة أو بوفاة أقرانه الذين في سنه.²

أما عند الشافعية إذا مضت مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، حكم القاضي بموته، وتقدير المدة متروك إلى اجتهاد القاضي لتقرير الحكم بموته.

أما المالكية فحددوا المدة التي يحكم فيها بموت المفقود بأربع سنوات.

وبالنسبة للحنابلة فالمفقود عندهم على نوعين:

- يحكم بوفاته بعد غياب أربع سنوات إذا كان الغالب هلاكه، كأن يفقد في حرب أو يغرق في مركب أو في تحطم طائرة، وبالتالي يحكم بموته وتقسم تركته وتعند زوجته عدة الوفاة.

- إذا كان ليس في الغالب هلاكه، كأن يسافر من أجل العمل أو الدراسة ولم يتبين خبره³، فالمسألة ترجع لتقدير القاضي الذي يأمر بالتحري والبحث عن المفقود بكافة الوسائل المتوفرة، وبعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقده، فإذا غلب على ظن القاضي موته، حكم بموته بناءً على طلب زوجته، أو أحد ورثته. وبعد صدور الحكم تعند الزوجة عدة الوفاة ويجوز لها أن ترثه وأن تتزوج رجلاً غيره بعد انقضاء عدتها.

أما فيما يخص أحكام الموت الحكمي عند المسيحيين فقد اختلفت عن المذاهب الإسلامية، حيث أنه في الحالة التي يكون فيها أغلب الظن هلاكه يحكم بوفاة المفقود بعد مرور عشر سنوات على غيبته، وإذا كانت غيبته لا يغلب فيها الهلاك فلا يحكم بوفاته إلا بعد بلوغه مئة عام.

¹ - شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص 1.

² - أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 234.

³ - صالح محي الدين الكيلاني، المرجع السابق، ص 292-293.

ويجوز تقسيم تركته على الورثة، إلا أنه لا يمكن لورثته نقل ملكية أمواله أو إنشاء حقوق عينية عليها إلا بعد مرور خمس سنوات من نشر الحكم بموته.¹

وتسري نفس الأحكام بالنسبة للزوج الذي فقدت زوجته، فلا يمكنه أن يرث تركتها إلا بعد صدور حكم من المحكمة بوفاتها.

وعن التشريعات الوضعية فقد تباينت أغلبها في تنظيم أحكام الموت الحكمي، فمن الدول العربية من أخذت برأي المذهب الحنبلي في هذه المسألة، منها التشريع الجزائري، فقد جاء في المادة 113 من نفس القانون ما يلي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات". ومنه يتضح أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنابلة في الحكم بوفاة المفقود.

ويصدر الموت الحكمي للمفقود في القانون الجزائري بناءً على طلب زوجته أو أحد ورثته أو النيابة العامة، أو من له مصلحة في ذلك، ككشريك في شركة لتصفية التركة مثلاً.² خاصة وأن الجزائر قد شهدت جملة من الظروف الاستثنائية والأحداث المتسلسلة خلفت من ورائها العديد من المفقودين كالعشرية السوداء، وكوارث طبيعية كفيضانات باب الواد وزلزال بومرداس. وهو ما أدى إلى صدور العديد من الأحكام القضائية للموتى حكماً.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يعرف الميث حكماً في قوانينه في حين أن المشرع المغربي عرفه في المادة 325 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها: "الميث حكماً من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتاً".

غير أن مشرعنا جاء بتعريف للمفقود من خلال المادة 109 من قانون الأسرة كما يلي: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته".³ حيث نص على أحكام المفقود في المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة الجزائري، كما تناول إجراءات الحكم بالوفاة بالنسبة للأشخاص المفقودين والذين لم تثبت وفاتهم قطعاً في المواد من 89 إلى 94 الواردة في قانون الحالة المدنية.

¹ - أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 234 وما يليها.

² - أنظر نص المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - يقابلها الفصل 81 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

والجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري أجاز للزوجة طلب التطلق بعد مرور سنة من تاريخ غياب أو فقد الزوج بدون عذر ولا نفقة¹، غير أنها لا يمكن أن ترثه إلا بعد صدور حكم بوفاته² بشرط أن تبقى على ذمته.

أما بالنسبة للقانون التونسي فقد اختلفت نظرتة في تنظيم أحكام المفقود، حيث حدد مدة الحكم بالفقد في الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الموت بسنتين، أما إذا فقد الشخص في غير تلك الحالات، يرجع تحديد مدة صدور الحكم بالفقد لتقدير القاضي بعد إجراء التحري اللازم، وهو ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. وقد حدد القانون المغربي مدة أقل لتقرير الموت الحكمي في الظروف الاستثنائية وهي مرور سنة واحدة فقط من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته وذلك من خلال المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية.³

وفيما يخص التشريع الفرنسي فلم ينص على مدة محددة للحكم بالوفاة على المفقود، إلا أنه نص من خلال المادة 88 من القانون المدني الفرنسي على الموت الحكمي الذي يكون بناءً على طلب المدعي العام أو من له مصلحة، عندما لا يمكن العثور على جثة أي فرنسي اختفى في فرنسا أو خارجها، في ظروف استثنائية. ونفس الأحكام تسري على أي أجنبي أو شخص عديم الجنسية مختفٍ أيضاً في إقليم خاضع لسلطة فرنسا إذا كان موطنه أو محل إقامته المعتاد في فرنسا. ويطبَّق الإجراء القضائي للحكم بالموت أيضاً عندما تكون الوفاة مؤكدة ولكن لا يمكن العثور على الجثة.⁴

¹ - أنظر نص المادتين 5/53 و112 من قانون الأسرة الجزائري.

² - أنظر نص المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - حيث جاء فيها: "يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته.

أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين."

⁴ - Voir art 88 Ordonnance 58-779 1958-08-23 art. 1 JORF 30 août 1958: « Peut être judiciairement déclaré, à la requête du procureur de la République ou des parties intéressées, le décès de tout Français disparu en France ou hors de France, dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé. Peut, dans les mêmes conditions, être judiciairement déclaré le décès de tout étranger ou apatride disparu soit sur un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à bord d'un bâtiment ou aéronef français, soit même à l'étranger s'il avait son domicile ou sa résidence habituelle en France... ».

أما في حالة ظهور من حكم عليه بالموت قضائياً، يفسخ الحكم. وهو ما نصت عليه المادة 92 من القانون المدني الفرنسي. وبالنسبة لزواج المفقود الذي تم فسخه يبقى فسخاً حتى لو كان الحكم بوفاة المفقود ملغى.¹

الفرع الثاني:

اختلاف التشريعات حول تكييف واقعة وفاة أحد الزوجين والقانون الذي يحكمها

ارتأينا دراسة هذه الجزئية في بحثنا نظراً لما تطرحه من إشكالات قانونية على مستوى المحاكم وتنازع القوانين حول اعتبار حالة الوفاة من عدمها، بسبب اعتراف بعض التشريعات بحالات غير مألوفة بهذا الصدد وإنكار تشريعات أخرى لها مثل الموت الحكمي والموت الرحيم.

ويظهر النزاع بهذا الشأن جلياً في حالات عديدة خاصة وأن واقعة تحقق وفاة أحد الزوجين من عدمه قد تكون موضوع النزاع، وقد تكون شرطاً لقيام النزاع في قضايا معينة، منها ما هو متعلق بالميراث والوصية، ومنها ما هو متعلق بإنهاء الرابطة الزوجية حكماً. خاصة أن أغلب الدول تُخضع مثل هذه المنازعات لقانون جنسية المتوفي أو مكان حدوث واقعة الوفاة. ناهيك عن تدخل فكرة النظام العام بهذا الخصوص.

على الرغم من أن الوفاة تعتبر واقعة مادية إلا أن المشرع الجزائري، على غرار أغلب التشريعات المقارنة، أهمل مسألة تكييفها أو وضعها في النظم القانونية من أجل تحديد القانون الذي يحكمها، كما لم يخصص ضابط إسناد بشأنها، وبالتالي تعددت الآراء الفقهية بهذا الخصوص. فهناك تشريعات² ترى بردها لفئة الأحوال الشخصية وتطبق عليها قواعد الإسناد المتعلقة بحالة الشخص، وهناك تشريعات تدرجها ضمن فئة الأحوال العينية إذا كانت سبباً في انتهاء عقد مثلاً، وتخضعها لضابط المكان، كما تتباين القوانين مثلما تم توضيحه سابقاً في تمديد مدة الحكم بالوفاة، وهناك تشريعات لا تعترف بذلك أصلاً.

¹ - Voir art 132 Loi n°77-1447 du 28 décembre 1977 - art. 1 () JORF 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978 « Le mariage de l'absent reste dissous, même si le jugement déclaratif d'absence a été annulé ».

² - ومثال ذلك: المادة 70 من القانون الدولي الخاص التركي، المادة 16 من القانون الدولي الخاص المجري، المادة 9 من القانون الألماني لسنة 1986.

نص المشرع الجزائري في المادة 15 من القانون المدني على ضابط إسناد يحكم الغيبة، إلا أنه أهمل كلية النص على الفقد أو الموت الحكمي؛ حيث جاء فيها: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته...". ومنه يتضح أن القانون الواجب تطبيقه على أحكام الغيبة هو قانون جنسية الغائب، غير أن مشرعنا لم يقر أحكام الفقد في نفس النص أو في نص آخر.

وهو النص المنقول عن التشريع المدني المصري في مادته 16، وعليه فإن المشرعان الجزائري والمصري لم يحددا التكليف القانوني للفقد، ولم يدرجا ضابط إسناد يحكم الموت الحكمي بسبب الفقد.

بهذا الصدد يرى الأستاذ الطيب زروتي أن الموت الحكمي يخضع للقانون الشخصي بمعنى أنه مدرج في الأحوال الشخصية التي يغلب فيها استخدام ضابط الجنسية لمعرفة القانون الواجب التطبيق، ومرد قول الأستاذ هو منطوق المادة 15 من القانون المدني؛ حيث يقول بهذا الخصوص: "ويؤثر الغياب والفقد في حالة الشخص ولذلك ألحق بالأحوال الشخصية ويطبق عليهم القانون الشخصي فيما يخص القواعد الموضوعية الخاصة بالفقد والغيبة، وقد أكدت المادة 31 من القانون المدني هذا المعنى حيث جاء فيها: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي"، وتولت المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة بيان الأحكام الموضوعية للغياب والفقد.¹

ونحن نتفق مع موقف الأستاذ الدكتور الطيب زروتي، ونعتقد أن نص المادة 15 من القانون المدني يشمل أحكام الفقد، وعليه إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع بهذا الشأن، تطبيقاً لأحكام المادة 15 وكيف الفقد والغيبة ضمن فئة الأحوال الشخصية، أي أنه ينظر لواقعة الوفاة الحكمي أنها تخص الحالة الشخصية وبالتالي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية ويسري عليها القانون الشخصي، أي قانون جنسية الشخص المحكوم عليه بالفقد.

فإذا قام نزاع حول تقسيم تركة شخص مفقود ميت حكماً أمام القاضي الجزائري، يسري عليه قانون جنسيته في المسائل الموضوعية للفقد، ويسري القانون الجزائري وحده على الإجراءات الشكلية، والمسائل المتعلقة بأموال المفقود الموجودة في الجزائر، الأمر الذي أكدته المادة 15 ق.م.ج في فقرتها الثانية.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دط، مطبعة الفسييلة، 2008، ص 151.

ونعتقد كذلك أنه بإمكاننا رد واقعة الوفاة لأحكام المادة 10 من القانون المدني الجزائري التي تشير إلى تطبيق قانون الجنسية على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، كون واقعة الوفاة ما هي إلا إنهاء للشخصية القانونية التي تشمل الحالة المدنية للشخص وأهليته. والدليل على ذلك الفصل الثالث من قانون الحالة المدنية تحت مسمى "عقود الوفيات".

أما بالنسبة لموقف المشرع التونسي فكان واضحاً حيث نص صراحة في الفصل 44 من مجلة القانون الدولي الخاص على ما يلي: "تخضع شروط وآثار فقدان والغياب لآخر قانون شخصي للمفقود أو الغائب". ومنه فإن القانون الواجب التطبيق على الموت الحكمي حسب التشريع التونسي هو قانون جنسية المحكوم عليه بالموت قضاءً.

وعن التشريع الفرنسي فيدرج واقعة الوفاة ضمن فئة الأحوال العينية ويعتبرها وسيلة تنتقل على أساسها الأموال، وبالتالي يسري عليها ضابط الإسناد المتعلق بالأموال.¹

هذا وتتدخل مقتضيات النظام العام بشأن تحقق واقعة الوفاة من عدمها في العديد من الحالات، مثل التماس زوجة بتقسيم تركة زوجها الهولندي المحكوم عليه بالموت الرحيم² أمام المحاكم الجزائرية، أو مطالبتها بتنفيذ حكم صادر عن المحكمة الهولندية أمام القضاء الجزائري، احتجاجاً بنصوص القانون الهولندي -كونه قانون جنسية الزوج- التي تجيز القتل الرحيم، وتمكن الورثة من تقسيم تركة

¹ - زواي حكيم، تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، المجلد 9، العدد 2، 2016، ص 114.

² - القتل الرحيم أو الموت الرحيم اصطلاحاً: هو إنهاء حياة المريض الميؤوس من شفائه طبياً للحد من آلامه غير المحتملة بناء على طلبه الصريح أو الضمني، أو طلب من ينوبه، سواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة. وأول من استعمل كلمة أتانوزيا هو العالم والفيلسوف الإنجليزي فرنسيس بيكون (1561-1626) والتي استعارها من اللفظة اليونانية في كتاب الأورغانون الجديد، وحسب تعريف كلمة « Eu » « Euthanasie الجميل أو الهنيء أو برفق أو براحة و « Thanatos » الميتة أو الموت، وهو تعريف لا يحمل في طياته معنى القتل المتعمد. أنظر: بومدين فاطيمة الزهرة، القتل الرحيم في المنظور الطبي والقانون الوضعي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 10، ص 199. سمية بيدوح، الموت الرحيم: الفرد والكرامة (بحث في الفرد الإيتيقي ومفهوم الكرامة من خلال مشكلة الموت الرحيم)، مجلة مشكلات الحضارة، جامعة الجزائر 2، ص 2.

المحكوم عليهم بالموت الرحيم.¹

غير أن موقف الشريعة الإسلامية والتشريعات المستمدة منها كان صارماً بهذا الخصوص، حيث حرم الإسلام القتل الرحيم بهدف التخلص من الألم والمعاناة؛ إذ لا يجوز شرعاً، سواء بالنسبة للمريض إذا أقدم على الانتحار فيعد قاتلاً لنفسه، والطبيب يعد قاتلاً للمريض أيضاً إذا قام بإنهاء حياة المريض أو أن يقدم له وسيلة لينتحر بها.²

ولم يرد في التشريع الجزائري والمصري أي نص بخصوص القتل إشفاقاً³، غير أن جميع القوانين في أكثر دول العالم لا تعترف بالقتل الرحيم لأي سبب من الأسباب وتوجب العقاب على من يقوم به، فكل من تسبب عمداً في قتل غيره يعد قاتلاً. وفي فرنسا يعتبر القتل الرحيم جريمة قتل عمدي تتوفر فيها أركان الجريمة.⁴

المطلب الثاني:

انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

إن العامل الأساسي الذي يثير مشكلة تنازع القوانين في فك الرابطة الزوجية المختلطة هو تباين التشريعات في مفهوم مسألة الطلاق، الذي تختلف صورته وبشكل جلي بين التشريعات العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وبين التشريعات الغربية المستمدة من الشرائع السماوية الأخرى.

¹ - تعد هولندا أول دولة شرعت القتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة عام 2002، وذلك بعد العديد من الاستفتاءات التي دامت 25 سنة، حيث نص القانون الهولندي على اتباع إجراءات معينة، عند مطالبة المريض به صراحة، وأن تكون معاناته كبيرة ولا شفاء منها، كما يتعين على الطبيب استشارة زملائه، وهو ما نصت عليه المادة 10 من القانون الهولندي. كذلك القضاء البلجيكي أباح القتل الرحيم، والقانون البريطاني والإسباني والسويسري بشروط معينة. ينظر: عتيقة بلجبل، القتل الرحيم بين الإباحة والتجريم، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 6، ص 266.

² - فهيمة بوعبيدة، في مفهوم الموت الرحيم ومشروعيته، مجلة دراسات فلسفية، جامعة الجزائر، المجلد 13، العدد 13، دص.

³ - على عكس القانون السوري الذي كان موقفه واضحاً ونص صراحة من خلال المادة 538 من قانون العقوبات العام السوري على تجريم القتل الرحيم.

⁴ - فهيمة بوعبيدة، المرجع السابق، دص.

وعليه فإننا سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد صور الطلاق في التشريعات العربية الإسلامية (الفرع الأول)، ثم سننتقل لصور الطلاق في التشريعات الغربية المستمدة من الديانات السماوية الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

صور الطلاق في التشريعات العربية الإسلامية

كان الطلاق قبل الإسلام معروفاً عند العرب بغير تحديد أو انضباط لا للعدد زيادة عن الثلاثة أو نقصاناً، وكان حقا للزوج الذي بإمكانه مراجعة زوجته مهما كانت عدد الطلاقات مادامت في العدة. وعرفوا الظهار وكانوا يعدونه طلاقاً، وكذلك الإيلاء والخلع على وجه يختلف عما هو في الإسلام، وأجازوا اشتراط المرأة لحق الطلاق في عقد الزواج.¹

وقد لخصت أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- طلاق الجاهلية؛ حيث قالت: "كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها، وهي امرأته إذا راجعها وهي في العدة، وإن طلقها مائة مرة أو أكثر. حتى قال رجل لامرأته: والله لا أطلقك فتبيني مني ولا أويك أبداً، قالت: وكيف ذلك؟ قال: أطلقك؛ فكلما همت عدتك أن تتقضي راجعتك فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة، فأخبرتها فسكتت حتى جاء النبي ﷺ فأخبرته، فسكت النبي ﷺ حتى نزل القرآن: **﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾**.³

وعليه جاء الإسلام وشرع الطلاق ووضع ضوابطه وشروطه؛ على النحو الذي يحفظ لكلا الزوجين كرامته وشرفه، كعلاج نافع لداء عضال استعصى علاجه بالوسائل البشرية، تحقيقاً لنفع يعود على كل من الزوجين بعد تحول البيت الزوجي إلى جحيم لا يطاق لقوله تعالى: **﴿وَإِنْ يَتَمَرَّقا يَغْنِ اللّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾**.⁴ فنظام الطلاق في الإسلام كفالة لحق المرأة عندما يكون نشوز

¹ - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط 1، دار

المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2009، ص 22.

² - ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص 48.

³ - سورة البقرة، الآية: 229.

⁴ - سورة النساء، الآية: 130.

من الزوج؛ حيث منحها التشريع الإلهي الحق في مخالفته، وأن تشترط العصمة بيدها عند العقد، كما أن فيه كفالة لحق الرجل عندما يكون النشوز من الزوجة¹.

وعليه فقد سمح الإسلام بالطلاق عند الحاجة إليه، إلا أنه كرهه وعده من أبغض التصرفات الإنسانية المباحة لما قد يترتب عليه من أضرار اجتماعية وأسرية يكون الأطفال بسببها أول الضحايا، فضلا عما في الطلاق من تمزيق لعرى الأسرة التي هي الخلية الأساسية في بناء المجتمعات².

وقد خص المشرع الجزائري الباب الثاني من قانون الأسرة بعنوان "انحلال الزواج"، وعدد فيه صور فك الرابطة الزوجية من خلال نص المادة 48 من نفس القانون؛ حيث جاء فيها: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

انطلاقا مما سبق تنتهي الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية المستمدة عنها، بالطلاق³ بالإرادة المنفردة للزوج أو من ينوب منابه؛ كالوكيل والقاضي والزوجة إذا كانت مفوضة من الزوج (البند الأول)، أو الطلاق بتراضي الزوجين (البند الثاني)، بالإضافة إلى الطلاق بإرادة الزوجة بالمخالعة أو بالتطليق (البند الثالث).

كما ينتهي الزواج لظرف عارض يمنع بقاء النكاح أو تداركاً لأمر اقترن به حين إنشائه فجعل العقد غير لازم؛ ويُسمى انحلال العقد لهذين السببين فسخا⁴. (البند الرابع).

¹ - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 22-23.

² - ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص 56.

³ - تجدر الإشارة أن مصطلح فرق النكاح أعم من مصطلح الطلاق، ذلك لأنه يتضمن كل صور انحلال ميثاق الزوجية بما في ذلك الفسخ، و فرق الزواج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً، بعضهما يتوقف وقوع الفرقة به على حكم القاضي، وبعضها تقع الفرقة به بمجرد حصول سببها دون توقف على حكم من القاضي. أنظر: أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق- الخلع- حقوق الأولاد- نفقة الأقارب) وفقا لأحدث التشريعات القانونية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 4.

⁴ - أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص 4.

البند الأول:

الطلاق بالإرادة المنفردة

أولاً- مفهوم الطلاق وحكمه:

1- مفهوم الطلاق:

الطلاق في اللغة هو من المادة اللغوية طلق، وهو الترك، قيل طلقت البلاد؛ أي فارقتها وتركتها، والطلاق هو فك القيود¹. قال الراغب الأصفهاني: أصل الطلاق التخلية من الوثاق، يقال: أطلقت البعير من عقالها؛ أي أطلقت وفككت قيدها. ومنه طلقت المرأة؛ أي خليتها فهي طالق، ومخلاة عن جباله النكاح².

أما موجز تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي، "هو حل قيد النكاح، أو هو حل عقدة التزويج تجمع مباحث الفقه في التعريف الشرعي للزواج أو النكاح"³؛ أي تصبح المرأة من حلال النكاح، إلى محرمة وأجنبية. ويوجب زوال الملك باعتبار سقوط اليد عند انقضاء العدة في المدخول بها، وانعدام العدة عند عدم الدخول والعوض عند الخلع⁴.

ومن الناحية القانونية لم يعرف المشرع الجزائري الطلاق من خلال قانون الأسرة، في حين أن تعريفه كان واردا في نص المادة 48 قبل تعديل 2005؛ حيث جاء فيه: "الطلاق حل عقد الزواج". إلا أنه حذف هذه العبارة من النص وأعرض عن تعريفه بعد التعديل، تاركا الأمر للفقه.

وهو نفس ما جاء في الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "الطلاق هو حل عقدة الزواج".

¹ - ابن منظور، المصدر السابق، مادة طلق.

² - الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان دودي، ط4، دار القلم، دمشق، 2009، ص309.

³ - عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، ط1، دار الضياء، طنطا، المنصورة، 2007، ص09.

⁴ - أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد (الزواج والطلاق)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 142-143.

2- حكم إيقاع الطلاق:

إن الطلاق رغم ما يترتب عنه من آثار إلا أنه مشروع، ودليل مشروعيته:

أ- من الكتاب: ذلك لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾¹، وقوله عز وجل: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"². ومن ثبوت مشروعيته كذلك قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة".

ب- من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق".

ج- من الإجماع: أجمعت الأمة على جواز الطلاق، لأن المعقول يؤيده فيما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء الزواج ضرار لكلا الزوجين.³

فالطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، والأصل فيه الإباحة⁴، غير أنّ الطلاق ضرر ومحذور إلا للحاجة، ولا يكون من باب التدوق والتساهل ونكران النعمة، فلا يحل إلا لضرورة، ومن هذه الضرورة التي تبيحها، أن يرتاب الرجل في سلوكه مع زوجته أو أن يستقر في قلبيهما عدم القابلية⁵. لقوله ﷺ: "لعن الله كل ذواق مطلق"⁶، وقوله: "أيما امرأة اختلعت من زوجها من نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"⁷.

كما جاء في قوله ﷺ: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة"⁸.

¹ - سورة البقرة، الآية 236.

² - سورة البقرة، الآية 229. وقد جاء في التفسير الميسر: "فحكم الله بعد كل طلاقة هو إمساك المرأة بالمعروف وحسن العشرة بعد مراجعتها أو تخلية سبيلها مع حسن معاملتها بأداء حقوقها وألا يذكرها بسوء ولا يأخذ من المهر شيئاً".
أنظر: نخبة من العلماء، التفسير الميسر، ط2، الدار العالمية للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2010، ص36.

³ - ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص 56-57.

⁴ - أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 142-143.

⁵ - سيد سابق، المصدر السابق، ص163.

⁶ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 6، دط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1989، ص 2.

⁷ - شمس الدين السرخسي، نفس المصدر، ص 2.

⁸ - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، سنن ابن ماجه، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، دت، حديث رقم 2055، ص 354 - 355.

ثانياً - تقسيمات الطلاق:

1- الطلاق الصريح والطلاق الكنائي: يقسم الطلاق من حيث دلالة اللفظ إلى:

أ- الطلاق الصريح:

هو ما كان بلفظ لا يستعمل إلا في معنى الطلاق وحل قيد النكاح، ولا يحتمل غير هذا المعنى لغة أو شرعاً أو عرفاً. كقوله: أنت طالق، أو أنت مطلقة؛ أو طلقتك؛ أو طلق زوجتي أو امرأتي طالق. والصريح عرفاً، فهو ما كان بلفظ من غير مادة طلق وما اشتق منها، ولكنه جرى عرف الناس باستعماله في الطلاق كله كقوله: أنت عليّ حرام أو عليّ الحرام ونحوها من كل لفظ استعمله الناس في الحلف، فإن كان عرف الناس قد جرى على استعمال هذه الألفاظ للدلالة على الطلاق فإنها تكون طلاقاً صريحاً، أما إذا لم يجر عرفهم بذلك فلا تعتبر صريحاً بل كنائياً.

وعن حكم الطلاق الصريح فهو يقع في الحال ويرتب أثره دون توقف على نية المطلق، فسواء قصد إيقاع الطلاق أم لم يقصده يقع إذا استخدم لإيقاعه لفظاً صريحاً.

ب- الطلاق الكنائي:

هو ما تم بألفاظ لم يخصصها الشرع أو العرف للطلاق، بل تستعمل في الطلاق وغيره، وتحتل حل عقد الزوجية بحسب وضع اللغة. ومن ألفاظه قول الزوج لزوجته: أنت بائن، الحقي بأهلك، أمرك بيدك... وغيرها. فهذه الألفاظ وغيرها من قبيل الكنايات لأنها تحتل الطلاق.

أما حكم الطلاق الكنائي، فقد ذهب أبو حنيفة وأحمد إلى أن الكناية يقع بها الطلاق في حالتين: أن ينوي الزوج الطلاق، وأن تدل القرينة أو دلالة الحال على إرادة إيقاع الطلاق نوى أم لم ينو، وذهب مالك والشافعي إلى أنه لا يقع الطلاق بالكناية إلا بالنية فحسب؛ ولا عبرة بدلالة الحال أو القرينة، واستدلوا بقول كعب بن مالك لزوجته: "الحقي بأهلك حتى يقضي الله في هذا الأمر"، حيث لم تطلق منه لعدم النية¹.

¹ - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 30-31.

2- الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

يقسم الطلاق من حيث حكم الطلاق الواقع بالصيغة إلى:

أ- الطلاق الرجعي:

نص عليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 50 من ق.أ.ج¹، فهو الطلاق الذي يملك الزوج بعده أن يعيد مطلقته إلى الزوجية بعد الطلقة الأولى والثانية دونما حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة، إذا رضيت المطلقة بذلك أم لم ترض، فتصبح زوجته وما يترتب على ذلك من حقوق.

ب- الطلاق البائن: وهو قسمان:

■ **بائن بينونة صغرى:** هو الذي ينهي الزوجية بحيث لا يتمكن الزوج من إعادة الزوجة إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين. وهو ما سار عليه التشريع الجزائري في نص المادة 50 ق.أ.ج السابق ذكرها. وحالاته:

- إذا تم الطلاق قبل الدخول لأن المطلقة لا عدة لها والرجعة إنما تكون في العدة.
- إذا كان الطلاق على مال لأن الزوجة لا تدفع المال إلا لتفتدي نفسها من الزوج، وهذا لا يتم إلا بالبينونة.
- إذا تم التفريق من قبل القاضي بناء على طلب الزوجة في حالة الضرر أو الغيبة أو العيب، لأن رفع الضرر في هذه الحالات لا يتأتى إلا مع إنهاء الزوجية على غير رجعة.
- إذا طلقها طلقة واحدة وانقضت العدة ولم يراجعها.

■ **بائن بينونة كبرى:** هو الطلاق الذي ينهي الزوجية ولا يتمكن الزوج من إعادة الزوجة إلى عصمته إلا بعد أن تتقضي عدتها منه وتزوج بآخر فيدخل بها ثم يفارقها بالموت أو الطلاق، فيعقد عليها الأول برضاها وبمهر جديد. لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا خَيْرًا ﴾².

¹ - حيث جاء فيها: "من رجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن رجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

² - سورة البقرة، الآية 230.

وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 51 من ق.أ.ج.¹

كان الهدف من هذا التقسيم هو الإبقاء على الحياة الزوجية، وإعطائها الفرصة للاستمرار، حيث وقف الإسلام في هذا المجال موقفاً وسطاً بين الذين كانوا يعطون للزوج حق التطلق بلا حدود مما يلحق بالزوجة أشد الضرر وبين التشريعات التي تقضي بانتهاء الزوجية بمجرد طلاق واحدة.²

ثالثاً- الحكمة من جعل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

جعل الله عز وجل الطلاق بيد الرجل؛ له حق إيقاعه مستقلاً دون أن يتوقف على رضا الزوجة، فلا يشترط في الطلاق رضا الزوجين كما في عقد الزواج، لأنه لو اشترط ذلك في وقوع الطلاق فقلما يمكن إنهاء الزوجية بل ربما أصبح من المستحيل إنهاؤها. فقد تدعو الضرورة أحد الزوجين إلى التخلص من الزوجية بينما يتمسك الآخر ببقائه.

والحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل بما أن فك ميثاق الزوجية أمر له خطره، وتترتب عليه آثار ذات أهمية في الأسرة، راعى الله سبحانه وتعالى في تشريع أحكامه لعباده ما يناسب طباعهم، فلا بد أن يوضع بيد من يقدر هذه العواقب، ويفكر في الأمور ويزنها بميزان العقل؛ لذلك وضعه بيد الرجل. أما المرأة فقد خلقت بغرائز تجعلها أشد تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل، فهي تثور لأتفه الأسباب، وتتفعل لأوهى الأمور لا تبالي بما وراء العمل من نتائج ولا تزن غالباً بين ما تدعو إليه العاطفة وما يدعو إليه العقل. فلو جعل الطلاق إليها لحكمت عاطفتها وأنهت رابطة الزوجية لأتفه الأسباب وأقل المنازعات، ومن ناحية أخرى فإن جعل الطلاق بيد الرجل دون المرأة هو أن الطلاق تترتب عليه مطالب وحقوق مالية، يلتزم بها الزوج وحده. لهذا كان من الخير جعل الطلاق بيد الرجل.³

ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعاً بالنسبة لغالبية الدول العربية والإسلامية الجاعلة من الطلاق حقاً إرادياً أصيلاً للزوج دونما الرجوع إلى الزوجة؛ أي أن إرادتها تنعدم

¹ - حيث جاء فيها: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"

² - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 29 وما يليها.

³ - أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشعرية والمشكلات العلمية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق، د ط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009، ص 219-220.

أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني. فالمادة 48 من قانون الأسرة أكدت الصورة الأولى من الطلاق، وهي إرادة الزوج والنابعة أساساً من العصمة الزوجية المملوكة شرعاً للزوج، ذلك أن الثابت شرعاً وقانوناً هو ملكية العصمة للزوج، فالإسلام فوضه وحده للقيام بذلك.

كما أضاف المشرع الجزائري في نص المادة 49 من قانون الأسرة أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..." وبالتالي يعتبر الطلاق قضائي.

أما المشرع التونسي فلا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ولم يتعرض لهذه الصورة عندما عد صور فك الرابطة الزوجية في الفصل 31 من م.أ.ش.ت السابق ذكره. على عكس المشرع المصري.

البند الثاني:

الطلاق بتراضي الزوجين

لقد أضاف المشرع الجزائري صورة أخرى لانحلال الرابطة الزوجية ونص عليها في المادة 48 وهي الطلاق بالتراضي، فإذا أراد الزوجان حل الرابطة الزوجية بإرادتهما وعن قناعة، بإمكانهما اللجوء للطلاق بالتراضي.

وقد عرف المشرع الجزائري "الطلاق بالتراضي" من خلال المادة 427 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ كالآتي: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

فالطلاق بالتراضي إذاً هو اتحاد إرادة الزوج والزوجة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق. أي أن كلا الطرفين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة؛ ذلك أن أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، وأن دوامها أضحي ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب.

وعليه فإن الهدف المتوخى من استحداث التشريع الجزائري للطلاق بالتراضي هو تقصير الطريق والكف عن النزاع القضائي الطويل الأمد من أجل التوصل إلى اتفاق يخص جميع الآثار المترتبة عن الطلاق والتي تحظى بموافقة الطرفين.

¹ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008م.

والجدير بالذكر أن الاختلاف بين الطلاق بإرادة الزوج والطلاق بالتراضي يكمن أساساً في موافقة الزوجة على الانفصال وودية إحداث الأمر، عكس ما نلاحظه في الصورة الأولى؛ إذ عادة ما يلجأ الزوج للطلاق إذا رفضت الزوجة الانفصال.¹

أما بالنسبة للتشريع التونسي فقد حذا حذو المشرع الجزائري وأقر الطلاق بالتراضي في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث جاء فيه: "يحكم بالطلاق بتراضي الزوجين...".

البند الثالث:

إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

يمكن للزوجة إنهاء الرابطة الزوجية إذا جلبت لها أضرار مادية أو معنوية وتمكنت من إثباتها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعاً وقانوناً، وهذا ما يسمى بالتطليق (أولاً)، أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي تدفعه وهو ما يعرف بالخلع (ثانياً).

أولاً: التطليق حق ثابت شرعاً وقانوناً للمرأة:

بداية تجدر الإشارة أن التطليق لا يتم إلا بحكم قضائي، إذ يمكن للزوجة أن ترفع الأمر للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها متى توافرت الأسباب المنصوص عليها شرعاً وقانوناً.²

1- تعريف التطليق:

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق، وهذا على غرار فقهاء الشريعة وفقهاء القانون في عدم تبنيهم لتعريف دقيق وشامل للتطليق، واكتفوا بالإشارة إلى الحالات والأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق، وعليه يمكن تعريفه بأنه إنهاء للرابطة الزوجية بحكم من القضاء بناء على طلب الزوجة استناداً إلى سبب من الأسباب المذكورة في المادة (53) ق.أ.ج؛ كإضرار أحد الزوجين بالآخر

¹ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 24-25.

² - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 201.

أو مرضه أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما.¹

2- الدليل على مشروعيته:

• **من الكتاب:** لم تدل آيات في كتاب الله على مشروعية التطلق صراحة إلا أن هناك من الآيات ما يدل على أن للمرأة الحق في طلب التطلق إذا لحق بها ضررًا منه، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَغْتَابُوا﴾.²

• **من السنة:** حدثنا يحيى عن مالك عن عمر وبن يحيى المازني عن أبيه، أن رسول الله ﷺ قال: "لا ضرر ولا ضرار"³

3 - أسباب طلب التطلق:

نص المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة على الأسباب التي يمكن للزوجة طلب التطلق فيها على سبيل الحصر والتي سنقوم بتفصيلها كالاتي:

أ- عدم الإنفاق:

قال به المالكية والشافعية والحنابلة، أما الأحناف فلا يرون التطلق لعدم الإنفاق، لكن المشرع أخذ برأي الأئمة الثلاث، فأجاز التطلق لعدم الإنفاق في م 53 ووضع ضوابط هي:

- أن تلجأ الزوجة للقضاء طالبة الحكم لها بالنفقة على زوجها الممتنع عن الإنفاق ومؤدى هذا أن تنفذ عليه بهذا الحكم ويثبت امتناعه عن الامتثال لحكم النفقة.

- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج.

- عدم وجود متبرع يقوم بالإنفاق على الزوجة.⁴

¹ - عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند اولحاج البويرة، 2015، ص 75.

² - سورة البقرة الآية 231.

³ - يحيى بن كثير الليثي، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد صديق العطار، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2007، ص 491.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 112 - 113 .

ب- التطبيق للعيوب:

المقصود بالعيوب في هذا المقام هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها، أو هو كل ما يمنع أن يحول دون الاتصال الجنسي بين الرجل وزوجته.¹

فمن السنة ما روى أحمد في مسنده "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها فوضع ثوبه قعد على الفراش أبصر بكشحتها بياضا، فانحاز عن الفراش ثم قال: خدي عليك ثيابك ولم يأخذ منها شيئا". والأثر وإن كان عن الزوج فإنه يمكن الاستدلال به على حق الزوجة. وقد ذهب جمهور أهل العلم من الصحابة فمن بعدهم إلى أنه يفسخ النكاح بالعيوب، وإن اختلفوا في تفاصيل ذلك.²

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 53 بقوله: "... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، وما يعاب على هذه الفقرة أن مشرعا لم يقم بتحديد معايير أو ضوابط يستطيع القاضي من خلالها تقدير وتكييف العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

ج- التطبيق للهجر في المضجع:

يحق للزوجة أن تطلب التطبيق لهجر زوجها لها في المضجع، متى ثبت هذا الهجر وفاقته مدته أربعة أشهر، استنادا للفقرة الثالثة من المادة 53 ق.أ.ج.، وبناءً على ذلك فالزوجة التي هجرها زوجها وتريد أن تلجأ للقاضي لتطلب تطليقها منه يجب أن تتوفر على الشروط التالية:

- أن يهجرها في الفراش.

- أن يدوم الهجر أكثر من 4 أشهر بصفة مستمرة.

- أن يكون الهجر عمديا، أي لغير عذر شرعي مقبول.³

¹ - سعادي لعلا، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015، ص 264.

² - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006، ص 7-8.

³ - سعادي لعلا، المرجع السابق، ص 265.

وقد تعرض فقهاء المالكية لهذا الهجر فقالوا "واجتهدوا الحاكم وطلق على الزوج في حله لأعزلن عنها أو ترك الوطء ضرارا"، وابن تيمية يرى أن من حق الزوجة طلب التطلق إذ كان ترك الوطء بسبب عجز الزوج عنه.¹

د- التطلق للغيبة:

أجاز المالكية والحنابلة التفريق للغيبة، وقد استدلوا بقواعد رفع الضرر.² وهو نفس ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 5 من المادة 53، ولكنه اشترط رفع الدعوى بعد مرور سنة، وبشرط أن تكون الغيبة بدون عذر ولا نفقة.

هـ- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

لقد اتفق الفقهاء على أن الشرط الموافق لمقتضى العقد يلحق بأصل العقد ولا أثر له عليه ويجب الوفاء به، وإذا أخل أحد الزوجين به جاز له طلب التطلق لمخالفة هذا الشرط.³

وهو ما سار عليه المشرع الجزائري فأجاز للزوجة من خلال م 53 / 9 طلب التطلق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، والشروط المقصودة ما نصت عليها م 19 ق.أ.ج. السابق ذكرها، والتي أجاز القانون من خلالها للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم التعدد وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون وتبقى السلطة التقديرية للقاضي.

و- التطلق لكل ضرر معتبرا شرعا:

عرف المالكية الضرر بأنه ما لا يجوز شرعا، وضربوا لذلك أمثلة كهجر الزوج زوجته بلا مبرر شرعي وضربها أو سبها أو سب أبيها. والضرر بالمعنى الذي وصفه القانون يدخل فيه الضرر المعنوي والضرر النفسي، أي كل ما يلحق من ألم بسبب قول غير لائق بها.

والقضاء الجزائري في أحكامه يعتبر من الضرر أن لا يوفر الزوج لزوجته مسكنا منفردا بعد

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 113.

² - عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 11.

³ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 211.

الحكم عليه بذلك وطالت فترة الخصام بين الزوجين بسبب ذلك، كما اعتبر كل خلاف بين الزوجين لعدم الإنفاق ضررا والضرب الواقع من الزوج على زوجته ضررا.¹

ز- التظليق للحكم على الزوج في جريمة شرف:

وهي من الأسباب التي تفرد بها المشرع الجزائري للحكم بالتظليق، فاستنادا لنص م 4/53 يحق للزوجة طلب التظليق إذا حكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

ح- التظليق لمخالفة أحكام المادة 8 ق.أ.ج.:

بالرجوع لنص م 8 نجدها تنص على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية العدل. ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة..."، وعليه يتبين أن الحالة المقصودة في هذا النص والتي تعطي للزوجة الحق في طلب التظليق هي عدم إخبارها بذلك.²

ط- التظليق لارتكاب فاحشة مبينة:

وهي كذلك من الأسباب التي تفرد بها المشرع الجزائري للحكم بالتظليق، والمقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها في م 337 مكر من قانون العقوبات الجزائري.³

ك- التظليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

المقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة الذي يعرض الحياة الزوجية للانهايار والضياع.⁴ فالقانون أجاز للزوجة من خلال م 8/53 ق.أ.ج أن تطلب التظليق للشقاق إذا

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 123 - 124.

² - عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 19.

³ - سعادي لعلا، المرجع السابق، ص 288.

⁴ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 203.

استمر بينها وبين زوجها، وذلك حماية لها ولأولادها من النشوء في جو عائلي يسوده شقاق مستمر.¹

ثانياً: الخلع حق أصيل للزوجة شرعاً وقانوناً:

إذا كرهت الزوجة زوجها دون أن يبادلها الكره، وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها، فتكون منه ناشراً إن بقيت معه، فتضطر لعصيان ربه ومخالفة أحكام عقد الزواج وما يترتب من حقوق وواجبات.² وإذا انتفت أسباب التظليق المنصوص عليها في المادة 53 ق أ ج كذلك، جاز للزوجة طلب الخلع إذا كرهت زوجها لخلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك، وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته، إذ أجاز لها الشرع والقانون أن تخالعه بعوض تفدي به نفسها.³

1 - تعريف الخلع:

جاء في الاصطلاح الفقهي أن الخلع هو طلاق الرجل امرأته على فدية منها أو من غيرها أو طلاقها بلفظ الخلع ولو من غير مال.⁴ كما عرف بأنه صفة حكمية ترفع حل متعة الزوج بسبب عوض عن التظليق.⁵

أما من الناحية القانونية فلم يعرف المشرع الجزائري الخلع، واكتفى بالإشارة لمشروعيته من خلال المادة 54 ق.أ.ج حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالعه نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

يفهم من خلال نص المادة أن الزوجة غير ملزمة بتقديم أسباب طلب الخلع، حيث انحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي عند عدم الاتفاق عليه بين الزوجين.⁶

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 121.

² - يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009، ص 16.

³ - مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دط، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1988، ص 64.

⁴ - الصادق عبد الرحمان الغرياني، المصدر السابق، ص 703.

⁵ - المستاري نور الهدى، الخلع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 13.

⁶ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص 611.

2 - الدليل على مشروعيته للزوجة:

أ- من القرآن: قوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾¹.

ب- من السنة: ما ذكره أهل الحديث عن جميلة بنت عبد الله بن أبي وفي زوجها ثابت بن قيس بن شماس، فأنت رسول الله ﷺ وقالت: "فرق بيني وبين ثابت فأني أبغضه، وإني أكره الكفر في الإسلام"، فقال ثابت: "يا رسول الله مرها فلترد علي الحديقة التي أعطيتها" فقال لها الرسول: "ما تقولين؟ فقالت نعم وأزيدة" فقال عليه الصلاة والسلام لا بل حديقته فقط. ثم قال لثابت: "خذ ما أعطيتها وخل سبيلها، ففعل فكان ذلك أول خلع في الإسلام."²

ج- من الإجماع: قال ابن عبد البر في التمهيد: "وأجمع العلماء على إجازة الخلع بالصداق الذي أصدقها، إذا لم يكن مضرا بها وخافا ألا يقيما حدود الله."

وعليه فإن حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع يستند إلى أدلة قوية من الكتاب والسنة والإجماع.³

غير أنه لا يجوز للمرأة أن تطلب الخلع إلا لضرورة، ولا يجوز أن تكون من الذواقات كما جاء في الحديث: "إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات"⁴. والذواقون من الرجال هم الذين يتزوجون بالنساء لقضاء شهوة عابرة، ثم يملوهن ويطلقونهن ويبحثون عن غيرهن والذواقات كذلك.⁵

3- التكييف الفقهي والقانوني للخلع:

حدث جدل فقهي بخصوص تحديد طبيعة الخلع وهو كالاتي:

¹ - سورة البقرة، الآية 229

² - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المصدر السابق، ص 601.

³ - عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - أخرجه: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، ج 8، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1995، حديث رقم 7848، ص 24.

⁵ - تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، د ط، المكتب الإسلامي، بيروت. لبنان، 1970، ص 63.

أ- اعتباره يمينا أو معاوضة:

يرى الأحناف أن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج، فهو تعليق الطلاق من الزوج بقبول المال، أما بالنسبة للزوجة فيعتبر معاوضة، فبقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج مقابل افتداء نفسها من قيود الزوجية. كما يرون أن الخلع عقد رضائي ولا يتم إلا بالإيجاب والقبول فإذا لم يبدي الزوج قبوله لا يتم الخلع.

أما المالكية فيرون أن الخلع حق أصيل للزوجة يحق لها اللجوء إليه متى شاءت وإن أرادت ذلك، إذا تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها يعد ضربا من المحال، وهي بذلك لا تحتاج إلى قبول الزوج في مخالعتها.¹

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فقد فصل في هذا الأمر من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب المادة 54 منه، متأثرا برأي المذهب المالكي في اعتبار الخلع حقا أصيلا للزوجة، كما تضيف نفس المادة في الفقرة الثانية أن الطرفين يتفقان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده، على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.²

ب- اعتباره فسحا أم طلاقا:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الجديد والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد والزيدية والأمامية والإباضية، أن الخلع طلاق والواقع به طلاقه بائنة، واستدلوا بما رواه ابن عباس رضي الله عنه في قصة امرأة ابن شماس السالفة الذكر. ووجه الاستدلال: أن في الحديث الشريف دليل على أن الخلع طلاق لأمر رسول الله -عليه الصلاة والسلام- "لثابت" بالطلاق وليس الفسخ.³

أما الشافعية في القديم، والحنابلة في المشهور عنهم، والظاهرية فقالوا أن الخلع فسخ وليس طلاقا، واستدلوا بما روى ابن عباس في قضية امرأة بن شماس وأضافوا أن الرسول ﷺ أمر المرأة بأن

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 217.

² - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، نفس المرجع، ص 119.

³ - سماح شحاتة شهاب الدين، المرجع السابق، ص 115 - 118.

تتربص حيضة واحدة، حيث أن الخلع لو كان طلاقاً لما اقتصر على حيضة واحدة¹ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ بِتَرَبُّصٍ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾².

البند الرابع:

التفريق بالفسخ³

تعتبر الفرقة فسخاً إذا كان سببها مختصاً بالزوجة أو مشتركاً بين الزوجين، وأسباب الفسخ تتمثل في التفريق لعدم الكفاءة أو نقصان المهر عن مهر المثل. إذا تزوجت بغير كفاءة أو بأقل من مهر مثلها، فلها أو لوليها حسب الأحوال حق الاعتراض على هذا الزواج، وتعتبر الفرقة الخاصة بهذا السبب فسخاً. أو فساد العقد كما لو تزوجا بغير شهود، أو كالعقد على الأخت من الرضاع، أو على زوجة غيره أو معتدته؛ لأن الطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح. فإذا لم يكن الزواج صحيحاً كانت الفرقة فسخاً لا طلاقاً.

فعلى الزوج ما يوجب حرمة المصاهرة مع فروع زوجته الإناث أو أصولها، كذلك الزوجة مع فروع زوجها الذكور أو أصوله.

كذلك قد يفسخ النكاح بسبب تغيير ديانة أحد الزوجين، فإذا كان الزوجان يدينان بغير الإسلام وهما في دار الإسلام ثم أسلم الزوج؛ فإن كانت الزوجة كتابية فالنكاح يبقى صحيحاً، لأن الكتابية -مسيحية أو يهودية- محل لنكاح المسلم ابتداءً فكذا بقاء، وإن كانت مشركة فإن أسلمت بقي النكاح وإن أبت فرق بينهما. أما إذا أسلمت زوجة غير المسلم وهما في دار الإسلام، فسواء أكان الزوج غير المسلم كتابياً أم غير كتابي فرق بينهما إلا إذا أسلم.

¹ - سماح شحاتة شهاب الدين، المرجع السابق، ص 120، 121.

² - سورة البقرة الآية، 228.

³ - الفسخ في اللغة من فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ نفسه فاننقض وتفاسخت الأقبول؛ أي تناقضت والفسخ زوال المفصل عن موضعه وتفسخ الشيء زال عن موضعه ويقال فسخت الشيء بين البيعين والنكاح فانفسخ البيع والنكاح نقضته فاننقض وفسخ الشيء فرقه. أنظر: المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص 687.

أما الفسخ اصطلاحاً فهو حل الرابطة التي تربط بين الزوجين بسبب خلل وقع في العقد أو بسبب طارئ يمنع بقاءه. أنظر: السيد سابق، فقه السنة، ج2، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2003، ص 212.

كذلك يفسخ النكاح إذا ارتد أحد الزوجين بأن خرج عن دين الإسلام إلى غيره، سواء قبل الدخول أو بعده لأنه لا عصمة مع الردة.

أما عن الفرق بين الطلاق والفسخ، فهذا الأخير يكون بسبب أمر طارئ على العقد يمنع بقاءه واستمراره، كفسخ الزواج بسبب ردة الزوجة أو إياها الإسلام بعد أن أسلم زوجها ولم تكن كتابية، أو بسبب أمر اقتزن بإنشاء العقد جعله غير لازم من أول الأمر كفسخ الزواج بسبب عدم الكفاءة. أما الطلاق فيوقعه اللفظ الدال عليه من الزوج أو من يقوم مقامه.¹

الفرع الثاني:

صور الطلاق في الشرائع السماوية والتشريعات الغربية

بعض الدول ذات الغالبية الكاثوليكية لا تقبل من حيث المبدأ بانحلال الزواج إلا بالوفاة مثل بولونيا وإيطاليا وإسبانيا والأرجنتين، كما تطبق هذا المبدأ الطوائف الكاثوليكية في دول المشرق عامة، إلا أنه يمكن التفريق بين الزوجين في هذه الدول والطوائف لأحد الأسباب التي يكرسها القانون، كما يمكن أن يكون بإرادة الزوجة كما هو الوضع في القانون السوفييتي سابقاً، أو أن ينتهي بقرار قضائي بالتفريق أو الانفصال بين الزوجين مع الإبقاء على رابطة الزوجية.²

وعليه سنتطرق لصور فك الرابطة الزوجية في الشرائع السماوية (البند الأول)، ثم في القوانين الوضعية العربية والغربية المقتبسة عنها (البند الثاني).

البند الأول:

الطلاق في الشرائع السماوية

أولاً: الطلاق عند اليهود

تبيح الديانة اليهودية الطلاق بشرط وجود مبرر كعيوب الخلق وعذر الزنا في حق الزوجة. فبإمكان الزوج وفقاً للشريعة اليهودية أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة في حالة وجود عيب عضوي أو أخلاقي في الزوجة، ويشترط لصحة الطلاق أيضاً أن يصدر من زوج عاقل، ولا يقع الطلاق إلا بورقة مكتوبة.

¹ - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 6 وما يليها.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 140-141.

وإلى جانب الطلاق الإرادي يوجد الطلاق الإجباري الذي قد يكون بحكم القانون في حالة مخالفة شروط صحة انعقاد الزواج كالزواج بإحدى المحرمات، أو في حالة زنا أحد الزوجين. وقد يقع الطلاق الإجباري بحكم القضاء بناء على طلب الزوجة التطلق متى توافرت أسباب معينة، كما لو كان الزوج مريضاً مرضاً عضالاً أو معدياً أو إذا عجز عن أداء النفقة، أو إذا كان عنيفاً.¹

وفي التعاليم المعاصرة لليهود، تعطي الحق للزوج في أن يطلق زوجته لأتفه الأسباب، والمطلقة لا تعود لزوجها ولو طلقت من آخر أو مات عنها، وليس للمرأة حق في طلب الطلاق مهما كانت الأسباب. وحكم الطلاق عندهم الكراهة، ولا يكون إلا بأسباب كما ذكرنا كالعقم أو الزنا أو سوء الخلق، وعندهم إن مكثت الزوجة مع زوجها عشر سنين ولم تتجب وجب عليه أن يطلقها.

ثانياً: الطلاق عند المسيحيين

لما جاءت المسيحية حاربت ظاهرة الطلاق ونددت بها واعتبرتها كبيرة من الكبائر. "فلا يصح أن يفرق الإنسان ما جمعه الله" كما جاء في إنجيل "القديس متى". ومنذ ذلك الحين اعتبر الزواج "حدثاً مقدساً"، وظهرت الجهود الدينية لتنظيم أحكامه وقواعده وطقوسه باسم الدين، وارتفع في نظر المسيحيين إلى "نظرية مقدسة". غير أن الخلافات الطائفية والمذهبية بين المسيحيين (لا سيما بعد ثورة لوثر) أدت إلى تفاوت وجهات النظر بصدد ظاهرة الطلاق². فالأصل عندهم تحريم الطلاق بإرادة الزوج، بعكس ما هو عليه الوضع بالنسبة للزوج في الشريعة الإسلامية، واختلفوا في التطلق بحكم رئيسهم الروحي بناء على طلب أحد الزوجين كما يلي:

1- الكاثوليك:

عدم جواز التطلق لأي سبب كان، حتى في حالة الخيانة الزوجية؛ فيعتبرون الزواج سرا من أسرار الكنيسة المقدسة، إيماناً منهم بأبدية الزواج، ولا يفترق الزوجان إلا بالوفاة، كما اعتبروا أن كل من يتزوج بزوجة ثانية زان.³

¹ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 187.

² - ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص 46.

³ - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 21-22.

إلا أن الكنيسة الكاثوليكية ابتدعت نظام الانفصال الجسماني ليحل محل التطلق في الحالات التي تستحيل فيها المعيشة المشتركة بين الزوجين. وقد جرى الأخذ بهذا النظام لدى الكاثوليك، وامتد إلى طوائف أخرى مثل البروتستانت وغيرهم من الطوائف الأخرى التي تسمح به لفترة مؤقتة لتهدئة النفوس وترك فكرة التطلق.¹

ويعد الانفصال الجسماني بسبب الزنا عند الكاثوليك هو انفصال دائم، يفقد بموجبه الزوجان إمكانية العودة إلى الحياة المشتركة إلا إذا قبل الطرف البريء استئناف الحياة الزوجية مع الزوج الآخر على أساس أن ذلك حقا له دون المخطئ، أما غير ذلك من أسباب الانفصال فهي مؤقتة تعود بعدها الحياة الزوجية المشتركة بين الزوجين نتيجة لتوقف سبب الانفصال أو المصالحة بين الزوجين باتفاق صريح أو ضمني على استئناف الحياة المشتركة، إلا إذا دخل أحد الزوجين نهائيا في الرهبنة.²

كما توسع الكاثوليك في أسباب بطلان الزواج لتستوعب جزءاً من أسباب الطلاق فاعتبروا الزواج غير القابل للإبطال هو الزواج المقرر المكتمل.³

2- البروتستانت:

أجازوا الطلاق في حالتين: حالة الزنا بناء على طلب أحد الزوجين؛ وحالة تغيير الدين المسيحي إذا طلب الزوج الآخر التطلق، وعندهم الزواج لا يتميز بسر مقدس، ولا يمثل الكاهن الإرادة الإلهية. بعدها تبنا نظام الانفصال الجسماني كما أشرنا سابقاً.

3- الأرثوذكس:

فقد توسعوا أكثر من غيرهم في الحالات التي يجوز فيها التطلق، إلا أن الزواج عندهم سر مقدس، فلا ينعقد ولا ينحل إلا بممثل الإرادة الإلهية وهو الكاهن، ولا بد من مبررات لتحكم الكنيسة بالطلاق⁴ ومنها:

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 112-113.

² ناصر عثمان محمد عثمان، نفس المرجع، ص 109.

³ أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 21-22.

⁴ أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، نفس المرجع، ص 21-22.

- زنا أحد الزوجين.
- الردة عن الدين المسيحي إن طلب الآخر الطلاق.
- إصابة أحد الزوجين بالجنون المطبق أو المرض المعدي.
- اعتداء أحد الزوجين على الآخر اعتداءً جسمانياً.
- علة الزوج إذا مضى عليها ثلاث سنوات وكان يخشى على الزوجة من الفتنة.
- تهرب أحد الزوجين.
- إساءة العشرة الزوجية.
- الهجر.¹

ومنه فالمذهبان الأرثوذكسي والبروتستانتني أقل تشدداً من المذهب الكاثوليكي، ولكنهما يمنعان الزوجان من إعادة الزواج بعد التصريح بالطلاق في حالة الخيانة الزوجية، وتحرم على مرتكبيها الزواج بعد ذلك.²

لقد ظل هذا الوضع إلى غاية القرن الثامن عشر أين عاد الاختصاص إلى المحاكم المدنية في هذه المسألة وتم استبعاد الاختصاص الكنسي.³

البند الثاني:

الطلاق في التشريعات الغربية والتشريع الفرنسي

يختلف مفهوم الطلاق في القوانين الغربية مقارنة مع القوانين الإسلامية، ومن جهة أخرى شهدت أحكام الطلاق في الأنظمة الغربية تطوراً كبيراً مقارنة مع الأنظمة السابقة، خاصة فيما يخص صور الطلاق، وعليه فإننا سنتناول في هذا البند تطور مفهوم مسألة الطلاق في القوانين الوضعية الغربية (أولاً)، وسنخصص الشق الثاني منه لصور الطلاق في القانون الفرنسي (ثانياً)

¹ - محمد أحمد عابدين، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين مع أحكام محكمة النقض وآراء الفقه، دط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1984، ص 105. أنظر كذلك: أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 21-22.

² - ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص 46. أنظر كذلك: مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص 186.

³ - مسعودي يوسف، نفس المرجع ص 186-187.

أولاً: تطور الطلاق في التشريعات الغربية:

تستمد قوانين الطلاق الغربية أحكامها من مفاهيم القواعد الدينية السائدة في كل مجتمع.¹ فالقانون الإسباني مثلاً كان ينص على جعل طلبات الانفصال الجسماني من اختصاص المحاكم الكنسية، فيعتبر التفريق الجسماني مسألة موضوعية مثلها مثل الطلاق والزواج.² وفي دول مثل أستراليا وكندا ونيوزيلندا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، تقوم قوانين الطلاق أساساً على التقاليد النصرانية؛ حيث كان الطلاق في هذه الدول حتى منتصف القرن العشرين مسموحاً به للطرف البريء فقط، وتشمل أسباب التخليق الخطأ أو "الجريمة الزوجية" التي ارتكبها الطرف الآخر، وذلك مثل ارتكاب الزنا أو الهجر أو القسوة، وفي كثير من الحالات يكون طلب التخليق محلاً للنزاع؛ إذ يدعي كل من الخصمين أن الخصم الآخر هو المذنب، وأدى هذا الضرب من إجراءات التقاضي إلى إطالة أمد النزاع، وتمسك كل من الزوجين بادعاءاته وتحمله لمصروفات باهظة. وفي الستينيات من القرن العشرين، قام جمهور كبير من الناس بحملة نحو مدخل متحرر للطلاق، اعتقاداً منهم أن الخطأ قد لا يقع بالضرورة من أحد الطرفين فحسب وأنه لا معنى للحفاظ على زواج لن تتوافر له أسباب السعادة على الإطلاق.³

وعليه ظهرت في أوروبا المسيحية في القرون الأخيرة حركات ترمي إلى الحد من سلطة الكنيسة في شؤون الزواج وفي الاعتبارات المتعلقة بالطلاق، فلم تعد الشعوب تنظر إلى الزواج النظرة القدسية القديمة وأصبحت تنظر إليه نظرة اجتماعية إلى حد كبير.

ومن ثم نشأت فكرة الزواج كنظام مدني، وكان مهدها فرنسا ثم ألمانيا ثم انتشرت في ربوع أوروبا وروسيا، ومع ذلك فالقانون الفرنسي لا يبيح الطلاق إلا في حدود ضيقة، وأهم حالاته: ثبوت الزنا لأحد الزوجين، الإهانة البالغة في معاملة أحد الزوجين للآخر، الحكم على أحد الزوجين بعقوبة قضائية.

¹ - أثبتت الدراسات في الدول الغربية أن الزواج المختلط بين الأديان له تأثير في ارتفاع نسبة الطلاق، وعليه تم التعامل مع هذه الفجوة الدينية بانضمام أحد الزوجين لكنيسة الزوج الآخر عند المسيحيين. أنظر:

F. Thomas Coakley, Mixed Marriages (Their Causes, Their Effects, Their Prevention), The American Catholic Sociological Review, Published by: Oxford University, Vol. 11, No. 2, Jun 1950, p126-127.

² - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 186-187.

³ - ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص 45.

أما القانون الروسي فقد تساهل في هذا الصدد إلا أنه رتب ضمانات مالية للمطلقات.¹ وعند الإنجليز توسع القانون الإنجليزي في أسباب الطلاق فهي: الإخلال بالالتزامات الزوجية، تصدع الحياة الزوجية تصدعاً خطيراً، المرض المعدي والمنفر، الجنون، الهجر لمدة ثلاث سنوات فأكثر. وبعض هذه الدول توسع كثيراً في مبررات التطلق حتى غدا الاستثناء قاعدة عامة، وانتفخوا بلزوم عرض الأمر للتطلق على الكنيسة أو المحكمة لتحكم للراغب في الطلاق بالتفريق.

ولعل هذا الاختلاف بين الدول في الحالات التي يجوز فيها التطلق يرجع إلى الاختلاف في المذاهب المسيحية، فمثلاً القانون الإيطالي كان يمنع انحلال الزواج، ولم يأخذ بنظام الطلاق لأنهم جعلوا التعاليم الكاثوليكية مرجعاً لهم، وبقوا كذلك حتى اضطرت الحكومة عام 1970 إلى إباحة الطلاق في حالات الحكم بالسجن على أحد الزوجين، وفي حالات جرائم الخيانة الزوجية، بسبب ما تراكم من المشاكل بين الأزواج، وما أدى إليه من مشاكل اجتماعية.²

لذلك تقوم أسباب التطلق في العصر الحديث في كل من أستراليا ونيوزيلندا والمملكة المتحدة على مجرد ثبوت انهيار في العلاقة الزوجية الذي تستحيل معه المعاشرة أو التوفيق بين الزوجين. ويمكن إثبات ذلك بأن كلا من الزوجين يعيش مستقلاً عن الآخر عدداً معيناً من السنين. ومع ذلك لا يزال من الممكن في المملكة المتحدة تقديم أسباب مماثلة للأسباب المعروفة في القانون القديم لإثبات انهيار الحياة الزوجية. وفي بعض الأحيان توجه للزوجين نصائح للنظر في إمكانية إصلاح العلاقة الزوجية بينهما، وذلك قبل السير في إجراءات طلب التطلق.³

ثانياً: صور الطلاق والانفصال الجسماني في القانون الفرنسي

كغيره من التشريعات المقارنة نص المشرع الفرنسي من خلال المادة 227 من القانون المدني

¹ ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص 46-47.

² أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 22-23. أنظر كذلك: مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 186-187.

³ ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص 47.

أن الزواج ينتهي إما ب وفاة أحد الزوجين أو بالطلاق القانوني¹، وقد نص على الانفصال الجسماني كذلك في المادة 299 والذي يبي على الرابطة الزوجية قائمة مع التحلل من الالتزام بالمعيشة المشتركة.

أولاً- صور الطلاق المنصوص عليها في المادة 229 ق.م.ف:

عد المشرع الفرنسي صور الطلاق في الفصل الأول من الباب السادس المادة 229 من القانون المدني²، التي نذكر أهمها:

1- التطلق بسبب الغلط: le divorce pour faute

نص المشرع الفرنسي على التطلق بسبب الخطأ في الفصل الرابع من الباب السادس في المواد من 242 إلى 246 من قانونه المدني، ويدخل ضمن هذا النوع من التطلق عدة حالات نص عليها المشرع الفرنسي في مواد متفرقة، كسوء العشرة والضرر، والإخلال بالواجبات المتبادلة بين الزوجين المنصوص عليها في المادة 212³، كواجب الإخلاص والاحترام والتعاون والمساعدة في الواجبات المالية، بالإضافة إلى العنف الجسدي والإهانة، وانتهاك الحياة الزوجية وكل ما يؤدي إلى جعل الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين (المادة 242 ق.م.ف)، أو التعصب الديني⁴.

ولا يدخل عدم وجود توافق وانسجام بين الزوجين ضمن التطلق بسبب الخطأ، فقد وافقت محكمة النقض بالطلاق على الأخطاء المشتركة للزوجين، من خلال الإشارة إلى "الإهانة المتبادلة، وعدم الاحترام، والرغبة في إنهاء الحياة المشتركة بين الزوجين اللذين لا يتفقان على الحفاظ على

¹ - Art 227: « Le mariage se dissout: 1- Par la mort de l'un des époux ; 2- Par le divorce légalement prononcé ».

² - Art 229 LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 50: « Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. Le divorce peut être prononcé en cas: - soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2 ; - soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ; - soit d'altération définitive du lien conjugal ; - soit de faute ».

³ - Art 212 Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 - art. 2 () JORF 5 avril 2006: « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

⁴ - patrick courbe, droit civil (les personnes, la famille, les incapacités), 7^{ème} édition, dalloz, paris, 2009, p 104.

الرابطه الزوجية"، وهذه الوقائع تشكل انتهاكات جسيمة ومتجددة للواجبات والالتزامات المترتبة على الزواج، وتبرر تطبيق المادة 242 من القانون المدني.¹

وعليه يجوز للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء من أجل التماس التظليق بسبب الغلط الذي صدر من الطرف الثاني.²

2- الطلاق بالتراضي: le divorce par consentement mutuel

الطلاق بتراضي الزوجين في القانون المدني الفرنسي لا يختلف عما هو سائد عندنا، ذلك أن المشرع الجزائري أساسا تبنى نفس المصطلح المنصوص عليه في القانون الفرنسي "الطلاق بالرضا المتبادل".

والطلاق بالتراضي هو اتجاه رغبة كل من الزوجين إلى فك الرابطة الزوجية، والذي لا يتم إلا بحكم قضائي، بناء على طلب كلا الزوجين بتقديمهما عريضة لقاضي شؤون الأسرة من أجل الحكم بالطلاق بعد التأكد من إرادتهما وموافقتهما على الآثار التي تترتب عن هذا الانفصال، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادتين 230³ و232⁴ من القانون المدني، وأكدته القضاء الفرنسي في العديد من القرارات.⁵

كما أن الزوجين غير ملزمين بتبرير طلاقهما أو تقديم الأسباب للقاضي، وهذا الأخير غير ملزم بمعرفة هذه الأسباب.⁶

وتجدر الإشارة هنا إلى أن نظام الطلاق بالرضا المتبادل بين الزوجين كان ممنوعا في التشريع الفرنسي قبل إصلاحات 11 جويلية 1975 التي جاءت بتعديل القانون الداخلي للطلاق، أين اتجه

¹ - P.Guiomard,désaffection et divorce pour faute, dalloz , 23 mars 2011.

² - V. Avena-Robardet, Divorce pour faute: une procédure qui conserve tout son intérêt, Dalloz , 17 février 2011.

³ - Art 230 LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 50: « Dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce »

⁴ -Art 232 LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 50: « Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé... ».

⁵ - Voir: Cour de cassation - Première chambre civile, 30 septembre 2020 / n° 19-14.036

⁶ - patrick courbe, Adeline Gouttenoire , droit de la famille , sirey, 6ème édition, 2013, p 173.

جانب من الفقه إلى محاولة التقريب بين نظام الطلاق بقرار منفرد من جانب الزوج الذي تحصل عليه الزوجة باشتراط التعويض المالي، والطلاق بالرضا المتبادل بين الزوجين.¹

لكن حاليا قامت فرنسا بمبادرة تشريعية جديدة تتضمن أحكاما لتشجيع الطلاق بالتراضي خارج سلطة القضاء، هذا القانون الفرنسي الجديد يحمل رقم 16-11-630، الذي أطلق عليه "قانون تطوير القضاء" أو "قضاء القرن الواحد والعشرين"، صدر في العام 2016، وفي 17 نوفمبر 2016 صادق عليه المجلس الدستوري. ودخل حيز التنفيذ مطلع يناير من العام 2017 الجاري، يهدف هذا الإصلاح إلى جعل العدالة أكثر كفاءة وأبسط وأكثر سهولة في الوصول إليها وأكثر استقلالية²، لمواكبة التغيرات التي تقتضيها ظروف القرن الواحد والعشرين، كما يهدف إلى تخفيف العبء عن الجهاز القضائي وتشجيع الأطراف على حل نزاعاتهم في مجال الأحوال الشخصية بالتراضي.

حيث أصبحت إجراءات الطلاق تتم بعيدا عن القضاء والقضاة، وذلك من خلال قيام محامي الزوجين بإعداد وثيقة تتضمن تسوية لكل القضايا التي تجمع الزوجين وخاصة المادية منها، وذلك في إطار اتفاق وتراضي تام بين الزوجين، يتوج بالتوقيع على هذه الوثيقة من قبل الزوجين أولا ثم المحامين، ثم يتم تسجيلها رسميا لتكون جميع أحكامها نافذة.³

ثانيا - الانفصال الجسماني: la séparation de corps

الانفصال الجسماني هو وسيلة لإنهاء العلاقة بين الزوجين من الناحية الفعلية، ويقاؤها من الناحية الشكلية، وتعرفه النظم التي لا تتيح إنهاء رابطة الزوجية، فيتم اللجوء لفكرة التفريق الجسماني من أجل الحفاظ على الرابطة الزوجية من الناحية الشكلية.

والانفصال الجسماني هو المباعدة بين الزوجين، وإبقاء الرابطة الزوجية قائمة مع التحلل من

¹ - عبد الحق حنان، العشي نواره، إشكالية ترجمة المصطلح المستمد من الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري (انحلال الزواج والصلح نموذجا)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 5، 2020، ص 65-66.

² - Voir le site de le Ministère de la justice en France:

<http://www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/>
consulter le 15/05/2020. A23: 00h.

³ - هادي شلوف، دور المشرع الفرنسي في تسهيل إجراءات الطلاق بالتراضي خارج سلطة القضاء وتطبيقاته في القانون الدولي الخاص، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع القانون أداة الإصلاح والتطوير، العدد 2، الجزء 1، مايو 2017، ص 181-184.

الالتزام بالمعيشة المشتركة، وعرف بأنه "التفريق بين الزوجين في المعيشة - والتحلل من الحقوق والواجبات الزوجية مع بقاء رابطة الزوجية قائمة".

وعليه يمثل الانفصال الجسماني طريقاً لإنهاء الزوجية إنهاء حكماً يتم بحكم القاضي أو بالتراضي المصدق عليه من القاضي، وبه يتم المباحة بين الزوجين فلا تجمعهما معيشة مشتركة مدة معينة؛ مع بقاء رابطة الزوجية قائمة. وتنتهي حالة الانفصال بعد مدتها إما بالعودة إلى الحياة المشتركة، وإما بتحويل الانفصال إلى تطليق.¹

وقد ورد النص عليه في القانون المدني الفرنسي من خلال المواد من 296 إلى 309 من القانون المدني الفرنسي، حيث جاء في المادة 299 منه: "إن التفريق الجسدي لا يحل الزواج ولكن يضع نهاية لواجب التعايش".²

وتجدر الإشارة إلى أن الانفصال الجسماني يجب أن يصدر من طرف القضاء مثله مثل الطلاق، كذلك نجد تشابهاً بينهما فيما يخص الإجراءات، غير أن النتيجة ليست واحدة، فالطلاق ينهي الزواج ويستطيع الطليقان إعادة الزواج، أما الانفصال الجسدي لا يضع حداً للزواج وليس بإمكان الزوجين إبرام عقد زواج جديد.³

هذا النظام لا تعرفه الشريعة الإسلامية، إنما تعرفه الشرائع غير الإسلامية الموجودة مثلاً في مصر وسوريا ولبنان والعراق وكذا القوانين الأوروبية، وهو من الأهمية بالنسبة للنظم القانونية التي لا تجيز التطليق وكذلك الدول التي تحصره في نطاق ضيق. فهو نظام تعرفه التشريعات الغربية الأوروبية عموماً، إذ يكون بناء على طلب أحد الزوجين في الحالات ولنفس الأسباب الخاصة بالطلاق. على أساسه يحكم القاضي بالمباحة بين الزوجين لفترة معينة بحيث أنه يؤدي إلى وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة بينهما مع بقاء رابطة الزوجية قائمة

¹ - ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 108 وما يليها.

² - Art 299 Loi 75-617 1975-07-11 art. 1 JORF 12 juillet 1975 en vigueur le 1er janvier 1976: « La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation ».

³ - philips malaurie, laurent aynes, droit civil, la famille, 4ème édition, l'extenso édition, 2011, p349.

كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين باختيار أحد الطريقتين إما الصلح أو التطليق. ويتحول بقوة القانون إلى طلاق متى استمر مدة 03 ثلاث سنوات كاملة.¹

إن وفاة أحد الزوجين يضع حدا للتفريق الجسدي، وكذلك رغبة الزوجين في استئناف الحياة الزوجية ينهي حكم الانفصال وآثاره، بالإضافة إلى ترتب آثار الزواج مجددا،² وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 305 من القانون المدني.³

أما في حالة رغبة أحد الزوجين بتحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق فعلي، فيكفي إيداع طلب للمحكمة من طرف أحد الزوجين، بشرط مرور سنتين على حكم التفريق، وهو ما أورده المشرع الفرنسي في المادة 306 من القانون المدني.⁴ فإذا ما كان التطليق هو سبب الانتهاء ترتبت عليه كافة آثاره.

وتجدر الإشارة إلى أن الانفصال الجسماني لا تعرفه الشريعة الإسلامية؛ وإنما تعرفه الشرائع غير الإسلامية، وكذلك القوانين المقارنة. وقد امتد الأخذ بهذا النظام أيضا إلى كثير من النظم القانونية وخاصة النظم التي لا تعترف بالتطليق أو تلك التي تحصر نطاق تطبيقه في إطار ضيق.⁵

ويلاحظ أن بعض الدول التي اعتمدت هذا النظام تجيز الأخذ لاحقا له بما اصطلح على تسميته بتحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق، ومعنى ذلك أنه متى استمرت التفرقة بين الزوجين لمدة معينة، والتي كانت تتحدد في أغلب تشريعات الدول التي تبنت هذا النظام بثلاث سنوات، يتم احتسابها للزوجين ابتداء من تاريخ الفرقة بينهما قضاء، فإنه يتم بعدها تحويل هذا الانفصال الجسماني إلى طلاق بينهما، في حين أن هناك دولا أخرى من بين الدول التي تعتمد هذا النظام أيضا فإنها كانت

¹ - بوسهوة نور الدين، مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 320.

² - pascale guiomard, code civil, 112^{ème} édition, dalloz, paris, 2013, p 448.

³ - Art 305 Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 45 () JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986: « La reprise volontaire de la vie commune met fin à la séparation de corps. Pour être opposable aux tiers, celle-ci doit, soit être constatée par acte notarié, soit faire l'objet d'une déclaration à l'officier d'état civil.. ».

⁴ - Art 306 Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 22 () JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005: « A la demande de l'un des époux, le jugement de séparation de corps est converti de plein droit en jugement de divorce quand la séparation de corps a duré deux ans ».

⁵ - ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 108 وما يليها.

تمنع قيام الزوجين بتقديم مثل هذا التحويل وبذلك فانهما يبقيان هنا معلقين؛ فهما لا يعتبران متزوجين ولا يعتبران مطلقين.¹

المبحث الثاني:

القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه

تتحدد صور فك الرابطة الزوجية كما أوضحنا سابقا في المجتمع الإسلامي عموما والجزائري على وجه الخصوص وفق أحكام قوانين الأحوال الشخصية، بكل من الوفاة، والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي والتطليق والخلع والفسخ؛ بعكس الدول المتأثرة بالديانة المسيحية التي تعتمد -زيادة عن صور الطلاق التي تم بيانها- الانفصال الجسماني، وباعتمادها لهذا النظام بشأن مسألة فك الرابطة الزوجية، فإنها تكون بذلك خالفت الأحكام الواردة في التشريعات الإسلامية، ومؤداه كما أشرنا آنفا أنه إذا نشأ نزاع بين الزوجين فإنه يتم اللجوء بداية للفرقة بينهما في الفراش فقط؛ لذلك تم تسمية هذا النظام بنظام الانفصال الجسماني بين الزوجين.²

إن هذا التباين بين الدول في طرق فك ميثاق الزوجية فتح المجال لتنازع القوانين فيما بينها، وبالتالي من البديهي أن يختلف ضابط الإسناد الذي يحكم النزاع القائم بهذا الخصوص. فإذا أراد جزائري مسلم طلاق زوجته الفرنسية بإرادته المنفردة أمام المحاكم الفرنسية التي لا تعترف بنظام الطلاق بالإرادة المنفردة، أو إذا أراد مصري مسيحي رفع دعوى الانفصال الجسماني أمام المحاكم الجزائرية، التي لا تعرف هذا النظام في تشريعها، فما هو القانون الواجب التطبيق على مثل هذه المنازعات؟ وما هي المعوقات التي تواجه تطبيقه؟

سنحاول من خلال هذا المبحث تحديد القانون الواجب التطبيق على صور انحلال الزواج المختلط (المطلب الأول) ثم سنتناول بالدراسة المعوقات التي تواجه تطبيقه (المطلب الثاني).

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 131-132.

² - حبار محمد، نفس المرجع، ص 131-132.

المطلب الأول:

القانون الواجب التطبيق على صور انحلال الزواج المختلط

لقد تباينت القوانين في تحديد القانون الواجب تطبيقه على حالات انحلال الزواج، فمنها من أسندتها لقانون الموطن¹؛ كالقوانين الأنجلوسكسونية، على عكس بعض التشريعات الأخرى التي تسند مسائل الأحوال الشخصية لقانون جنسية الأشخاص²، وأسندت بعض الدول انحلال الزواج إلى قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين أو لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، في حين قوانين أخرى تخضع انحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة، وإلا فقانون الموطن المشترك وإلا فقانون القاضي.

في حين ميّزت بعض القوانين العربية بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، فأخضعت الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت النطق بالطلاق؛ أمّا التطليق والانفصال الجسماني فأسندته لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.³

انطلاقاً مما سبق سنحاول تحديد القانون الواجب التطبيق على صور انحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة (الفرع الأول) ثم سنتعرض لنطاق تطبيقه (الفرع الثاني).

¹ - يذهب أنصار الموطن إلى أن هذا الضابط أفضل من ضابط الجنسية من عدة نواحي، سياسية واجتماعية وعلمية، فتوطن الشخص المعني في دولة معينة، إنما يشهد بارتباطه بتلك الدولة ارتباطاً كبيراً على النحو الذي يعني ازدياد صلته بها عن الدولة التي يحمل جنسيتها، كما أنه القانون الواجب التطبيق حينما يكون هناك شخص بلا جنسية وهو ما يحدث كثيراً، فضلاً عن أن الأخذ بهذا الضابط يؤدي إلى تحقيق فائدة جمة وهي وحدة النظام القانوني للأسرة.

أنظر: ياسر محمد عبد العزيز هنا، المرجع السابق، ص 111.

² - وحجتهم في ذلك أن القانون السائد في الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته هو أحق القوانين لحكم المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة عامة، هذا بالإضافة إلى أن التثبيت من انتماء الشخص لدولة معينة هو أمر سهل ميسور على خلاف الحال لو كان المراد هو التحقق من توطن الشخص على إقليم دولة معينة. وأساس هذا الرأي هو سهولة قيام المتقدم بنقل موطنه من دولة لأخرى، ويفيد هذا الرأي لدى أنصاره وجوب الاعتداد بضابط الجنسية باعتباره أكثر تبياناً من ضابط الموطن، إلى غير ذلك من الحجج التي استند إليها القائلون بأفضلية ضابط الجنسية. أنظر:

ياسر محمد عبد العزيز هنا، نفس المرجع، ص 107.

³ - دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق ص 244.

الفرع الأول:

تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة

سنترك للقانون الواجب التطبيق على صور انحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري والتشريعات العربية المقارنة (البند الأول)، ثم سنتعرض للقانون الواجب التطبيق على صور انحلال الزواج في التشريعات الغربية، وسنركز دراستنا على موقف القانون الفرنسي باعتباره القانون الوضعي المقارن ومن خلاله نشير إلى بقية القوانين الوضعية في هذه المسألة (البند الثاني).

البند الأول:

القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في التشريع الجزائري والتشريعات العربية

أخذت معظم التشريعات العربية¹ فك الرابطة الزوجية المختلطة بالطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أما التطلاق والانفصال الجسماني فأسندته لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ومن بينها القانون المصري الذي حيث نص في المادة 13 فقرة 2 على ما يلي: "... أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطلاق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى."

وعليه فإن شروط انتهاء الزواج تخضع إلى قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، هذا يعني أن جميع المسائل المتعلقة بالشروط الموضوعية لصحة الطلاق والتطلاق والانفصال والتفريق يحكمها قانون جنسية الزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع الدعوى، أما المسائل المتعلقة بالإجراءات الشكلية للتطلاق أو الانفصال فهي تخضع عادة لقانون القاضي.

لذلك لا بد من الوقوف على معيار التفرقة بشكل خاص ما بين الشروط الموضوعية والشكلية لتفادي ما قد ينشأ من منازعات قد تثار في المستقبل كتلك المتعلقة بالإرث أو النسب والعدة والنفقة وغير ذلك من المشاكل المترتبة على وقوع الطلاق. ولا شك أن مسألة تكييف شروط صحة الطلاق

¹ - مثال ذلك: المادة 2/13 من القانون المدني المصري، المادة 1/13 من القانون المدني الليبي، المادة 2/19 من القانون المدني العراقي، المادة 2/14 من القانون المدني الأردني، المادة 2/14 من القانون المدني السوري، المادة 2/19 من القانون المدني السوداني

تخضع لقانون القاضي سواء كانت شكلية أو موضوعية.¹

وهو ما سار عليه المشرع الجزائري؛ حيث أخضع فك الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهو ما نص عليه من خلال المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري بقوله: "... يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". وعليه فإن ضابط الإسناد الذي أقره المشرع الجزائري بخصوص انحلال الرابطة الزوجية هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

ما يلاحظ من خلال نص المادة 2/12 هو إدراج المشرع الجزائري لمسألة الانفصال الجسماني بعد تعديل قواعد الإسناد سنة 2005²، غير أن مثل هذا التعديل الذي لحق صياغة نص المادة يبدو غير مفهوم؛ خاصة في غياب الأعمال التحضيرية التي قد تقيد في معرفة السبب الذي جعل مشرعنا يلحق عبارة "الانفصال الجسماني" بعبارة "انحلال الزواج؛ خاصة إذا راعينا أن مثل هذا النظام أنشأته القوانين الغربية ولا سند له في قانون الأسرة الجزائري، وأنه يبقى بعيدا كلية عن النظام القانوني الذي يحكم العلاقات الأسرية بالجزائر، بل وأنه يتنافى مع النظام العام الجزائري، لكنه يثير الخلافات في علاقات الزواج المختلط، خاصة في تنفيذ آثاره في الجزائر خلال فترة الانفصال، لا سيما فيما يتعلق بالحضانة المؤقتة للأطفال ونظام الأموال المشتركة بين الزوجين.³

مبدئيا يتضح أن استحداث هذا النوع من الانفصال يسري فقط على الأجانب الذين يدينون بغير الدين الإسلامي، وتعترف قوانينهم الشخصية بالانفصال الجسدي. ولعل السبب وراء تكريس مشرعنا لهذا النوع من التفريق غير المعروف عندنا شرعا وقانونا هو رغبته في توفير الحماية القانونية اللازمة للعلاقات الدولية الخاصة. محاولا تفادي الثغرات والفراغات القانونية التي كانت موجودة من قبل من بينها القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني، فقد يعرض على القاضي الجزائري نزاع بين الأجانب، كما لو رفع أحد الزوجين الفرنسيين دعوى انفصال جسدي أمام القضاء الجزائري. ففي هذه الحالة يطبق القاضي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهو القانون الفرنسي الذي يقر به في

¹ - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 172-173.

² - كان المشرع الجزائري ينص في المادة 12 من القانون المدني قبل التعديل على ما يلي: " يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"

³ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 133.

المواد الخاصة بالتفريق الجسدي التي تناولناها بالدراسة سابقا.¹

في سياق تحليلنا لنص المادة 2/12 فإن السؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هو هل تسري هذه القاعدة على كل صور فك ميثاق الزوجية المذكورة سابقا بما فيها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج؟ في حقيقة الأمر لم يوضح المشرع الجزائري نطاق تطبيق ضابط جنسية الزوج إذا ما كان يسري على كل صور فك الرابطة الزوجية المختلطة التي تشمل الطلاق والتطليق والخلع، إضافة إلى الانفصال الجسماني، غير أن استعماله لمصطلح "انحلال الزواج" يغنينا عن عناء البحث في الاجتهادات الفقهية والقضائية بخصوص هذه المسألة، وعليه فإن كل طرق فك الرابطة الزوجية دون استثناء ومن غير تمييز بين الطلاق والتطليق والخلع والانفصال الجسماني تخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ومثال ذلك إذا كان الزوج جزائريا والزوجة تونسية وقت رفع دعوى التطليق أمام القضاء الجزائري، يطبق وفقا لقواعد التنازع الجزائرية القانون الجزائري بوصفه قانون جنسية الزوج؛ وهو في هذه الحالة قانون الأسرة (المواد من 47 إلى 57).

وبالرجوع للمثال السابق، وليكن هنا الزوج تونسيا والزوجة لبنانية مثلا، ففي هذه الحالة يطبق القاضي الجزائري القانون التونسي كونه قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى التطليق.

ويرجع سبب اختيار قانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة إلى ما يتمتع به الزوج في مجتمعاتنا من سلطات واسعة داخل الأسرة؛ وإلى كونه يملك العصمة بيده لإنهاء زواجه بإرادته المنفردة وفقا لما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية.

غير أن الجدير بالذكر أن مشرعنا أورد استثناء على هذه القاعدة؛ حيث أخضع انحلال الرابطة الزوجية التي يكون أحد أطرافها جزائريا للقانون الجزائري وحده طبقا لنص المادة 13 من ق.م ج السابق ذكرها بالتفصيل والتحليل². بمعنى أنه لو وقع طلاق بين زوج إسباني مسلم وزوجة جزائرية أمام المحاكم الجزائرية، فإن القاضي الجزائري عملا بنص المادة 13 من القانون المدني، سوف يطبق

¹ تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 176.

² لمزيد من التفاصيل حول تحليل نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري أنظر ص 66 وما يليها من هذا الأطروحة.

قانون الزوجة على فك الرابطة الزوجية أي قانون الأسرة الجزائري على كافة الشروط الموضوعية لصحة الطلاق.

وفي حال إعمال هذا الاستثناء، فإنه يترتب عليه إخضاع كل طرق فك الرابطة الزوجية للقانون الجزائري وحده إذا تبين أن أحد الزوجين كان جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج حتى ولو فقدتها لاحقاً لهذا التاريخ.¹

إن تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى حلول غير منتظرة وغير منطقية، إذا كان الزوجان أجنبيين عند الزواج، ثم تجنس أحدهما بالجنسية الجزائرية بعد ذلك، فلا وجه لتطبيق القانون الجزائري إعمالاً للمادة 13؛ لأنه لم يكن أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، وعلى العكس من ذلك فلو كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج لتعين تطبيق القانون الجزائري حتى إذا صار الزوجان أجنبيين بعد ذلك.² وبالتالي يطبق القانون الجزائري على صور انحلال الرابطة الزوجية إذا كان الزوج وقت رفع الدعوى جزائري الجنسية، أو إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج؛ حتى وإن كانا يحملان جنسية دولة أخرى في نفس الوقت، ولو كانت جنسية فعلية، عملاً بأحكام المادة 2/22 من القانون المدني الجزائري.³

ونجد نفس هذا الاستثناء في معظم قوانين الدول العربية⁴، من بينها القانون المصري في المادة 14 من القانون المدني التي تنص على نفس الشيء إذ جاء فيها: "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده؛ فيما عدا شرط أهلية الزواج". وقد نقلت اللجنة هذا النص من القانون المجري؛ حيث جاء تقرير اللجنة المصرية التي أعدت القانون المصري، تعليلاً لإضافتها لهذا النص: "رعاية لقواعد القانون المصري

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 132.

² - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 235 - 236.

³ - حيث جاء فيها: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية. غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول...".

⁴ - أنظر المادة 19/5 من القانون المدني العراقي، المادة 41/1 من القانون السوري....

في شأن الزواج¹، وقد تعرض هذا الاستثناء لبعض النقد، من ذلك أنه إذا كان الغرض من هذا الاستثناء هو حماية الطرف الوطني المسلم؛ فإن في الأخذ بفكرة النظام العام ما يحقق نفس النتيجة، كما أن الاسترسال في الأخذ بهذا الاستثناء قد يؤدي إلى نتائج غريبة؛ فجدد القانون الجزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية وجزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد انعقاد زواجه، في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبيين قد اكتسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما.

ومن الأوفق حسب رأي الدكتور أعراب بلقاسم أن يخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع دعوى الطلاق.²

وبالتمعن في نص المادة 12 نجد أن المشرع الجزائري أغفل الإشارة إلى القانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (ونقصد هنا الطلاق اللفظي أي وقت إيقاع الطلاق)، على عكس بعض الدول العربية³ التي تفرق بين الطلاق من جهة والتطليق والانفصال الجسماني من جهة أخرى وهي بصدد تحديدها للقانون الواجب التطبيق، منها التشريع المصري في المادة 2/13 من القانون المدني السابق ذكرها؛ حيث فرق بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وباقي طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، فأخضع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لقانون جنسية الزوج وقت صدور الطلاق منه وتسنده باقي الطرق الأخرى لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.⁴

وبالتالي فإن القانون الذي يحكم انحلال الزواج عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة هو قانون جنسية الزوج وقت حصول النطق به، وفق لما جاء في قواعد التنازع المصرية، وذلك على غرار ما سلكته بعض التشريعات العربية.

ترجع الحكمة من وراء هذه التفرقة إلى أن الطلاق يكون وفقا للإرادة المنفردة للزوج، وبالتالي فقانون الزوج وقت إيقاع الطلاق يكون هو القانون الملائم لتنظيم إمكانية الطلاق وشروط استعماله.

¹ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 236.

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 258.

³ - ومن أمثلة ذلك: المادة 2/13 من القانون المدني المصري، المادة 1/13 من القانون المدني الليبي، المادة 2/19 من القانون المدني العراقي، المادة 2/14 من القانون المدني الأردني، المادة 2/14 من القانون المدني السوري.

⁴ - تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص 177. أنظر كذلك: درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 244-245.

أما التطبيق والتفريق الجسدي فهما يتوقفان على رفع دعوى أمام القضاء، فلا يقعان بمجرد إعلان الإرادة؛ ولذلك تعد لحظة رفع الدعوى بأحدهما هي الفاصل في تحديد القانون الذي سيحكم النزاع، ولا يعتد في تطبيق هذه القاعدة بجنسية الزوجة.¹

في حين أن ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 49 من ق أ ج التي جاء فيها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."؛ إذ يعتبر الطلاق قضائياً ولا يعتد بالطلاق اللفظي، وبالتالي إذا انحلت الرابطة الزوجية بالطلاق فإن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يطبق. وبذلك يكون المشرع قد وحد ضابط الإسناد الخاص بانحلال الزواج خلافا للقوانين العربية.

ويرى البعض 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 الاعتداد بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلا عن طريق حكم صادر عن المحكمة، ويعتبر حكم المحكمة كاشفا وليس منشئا، في حين يرى الرأي الراجح بأن حكم المحكمة منشئا وليس كاشفا، وذلك حسب المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري السابق ذكرها.²

أما عن سبب اختيار قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى من ناحية قواعد القانون الدولي الخاص، فإن المشرع قام بحل مشكلة التنازع المتحرك الناشئة عن التغيير في ضابط الإسناد الذي تطرقنا له في الباب الأول.³ فالمادة كانت صريحة وواضحة ولم تكتمف فقط بذكر الضابط المعتمد عليه والمتمثل في ضابط جنسية الزوج، إنما لتفادي الغموض والتأويلات المختلفة ذكر المشرع الوقت القانوني أو الزمن المعتمد عليه والمتمثل في وقت رفع الدعوى.⁴

ويلاحظ الكثير من الفقهاء في هذا الصدد أن هذا الاختيار (وقت رفع الدعوى) ليس هناك ما يبرره؛ إذ يؤدي إلى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء انعقاد الزواج من شأنه أن

¹ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 310.

² - درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 244-245.

³ - أنظر ص 66 من الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الأطروحة.

⁴ - تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص 177.

يجعل الرابطة الزوجية تتحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة؛ فقد يسمح بانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن أبدا في حسابها، ولم يكن في وسعها التبصر بها وقت انعقاد الزواج، ولا يخفى الضرر الذي يمكن أن يلحق بمصالح المرأة، ويؤثر على مركزها. فكان من الأجدر على المشرع إخضاع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، باعتباره القانون الذي يكون معلوما ومتوقعا للأطراف وقت إنشاء علاقة الزواج.¹

ونحن نتفق مع هذا الرأي الفقهي، فمن غير المعقول أن تفاجأ الزوجة بقانون تجهل قواعده وحقوقها فيه؛ خاصة مع وضع احتمال تحايل الزوج على القانون أو ما يعرف بالغش نحو القانون الذي أوضحناه سابقا، بتغيير جنسيته للتهرب من التزاماته أو كسب حقوق جديدة، والمثال على ذلك الشخص الذي لا يسمح قانونه بانحلال الرابطة الزوجية إلا بالوفاة أو الانفصال الجسماني، فيغير جنسيته عمدا لقانون يجيز الطلاق، أو الفرنسي الذي يكتسب الجنسية الجزائرية من أجل إبرام زواج ثان في الجزائر للتهرب من قانونه الذي يجرم تعدد الزوجات، وليكسب حق التعدد وفق القانون الجزائري. لذلك كان يجب على المشرع الجزائري إضافة نص قانوني في مواد التنازع، والذي نقترحه كالتالي: "إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الجزائري تطبق أحكام هذا الأخير على المسلمين فقط دون سواهم في مجال الأحوال الشخصية".

ولعل أفضل قانون يمكن أن يخضع له انحلال الزواج هو القانون الذي تكون الزوجة على علم به، ولا يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين. ويعتبر قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين هو القانون الذي يستجيب لهذين الاعتبارين، ولذلك فقد اختارته قوانين بعض الدول كضابط إسناد بالنسبة لانحلال الزواج²، وقد أخذت به أيضا اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال (المادة 8). وإذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة، ففي هذه الحالة لا مناص من عقد الاختصاص لقانون آخر؛ وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. ولعل اختيار هذه التشريعات لهذا القانون يرجع إلى كون الزوجين

¹ - درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 243-244. أنظر كذلك: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 256

² - مثل: القانون الكويتي المادة 40 من المرسوم الأميري رقم 5 لسنة 1962، القانون ليوناني في المادة 16 من القانون المدني.

على بصيرة كافية به، فلا يمكن لأحدهما أن يحتج بجهله به¹.

غير أن هناك تحفظاً وحيداً على أعمال قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وهو عندما يكون اكتساب الزوجة لتلك الجنسية المشتركة قد تم بقوة القانون؛ إذ يكون من الأفضل في مثل هذا الفرد عدم الاعتراف بقانون هذه الجنسية المشتركة لأن اكتسابها لم يتم باختيار الزوجة². وفي الأخير، وبالرجوع لنص المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري يمكننا تلخيص الانتقادات الموجهة سابقاً كما يلي:

- إن اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يعد اختياراً تعسفياً، ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد، وما دنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين؛ فمن الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر.

- إن اختيار القانون الوطني للزوج يعتبر إلى حد ما متعارضاً مع مبدأ المساواة بين الجنسين، وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري كالدستور مثلاً. لذلك كان من العدل والإنصاف إسناد انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج وليس وقت رفع الدعوى بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين، والأكثر تحقيقاً للعدالة ولا يمس المركز القانوني للزوج الآخر.

- إن الإشكال الفعلي يطرح بالنسبة للزوجة بسبب تغيير جنسية الزوج ما بين وقت الزواج ووقت رفع الدعوى أو تغيير القانون للداخلي.

- إن إخضاع انحلال الزواج لقانون الزوج وقت رفع الدعوى يطرح إشكالات من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تنحل وفقاً لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها العلم بقواعده وقت انعقاد الزواج، فيكون أكثر إضراراً بمصالحها³.

- ما يعاب على نص المادة كذلك أن المشرع الجزائري خالف أحكام الشريعة الإسلامية بعدم

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 257.

² - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 312.

³ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 233-234، أنظر كذلك: محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص

اعتداده بالطلاق الذي يقع بالإرادة المنفردة للزوج، خلافا لما ورد في التشريعات العربية التي فرقت بين ضابط الإسناد الذي يحكم الطلاق الذي يقع من الزوج (جنسية الزوج وقت إيقاع الطلاق)، وضابط الإسناد الذي يحكم التطليق والانفصال الجسماني (جنسية الزوج وقت رفع الدعوى).

- ربما كان من الأفضل أن يأتي نص المادة 2/12 خاليا من أي تحديد لوقت الاعتداد بالجنسية الوطنية للزوج تقاديا لمثل هذه الثغرات وليكون النص كذلك أكثر مرونة حيث يمنح للقاضي حرية الاختيار بما يتناسب مع كل مسألة تخص انقضاء الزواج.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد خالف القوانين العربية كعادته. ولتقاضي الإشكال الذي وقعت فيه التشريعات العربية والتشريع الجزائري، جاء بجل يحفظ المساواة بين الزوجين من خلال الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية؛ حيث جاء فيه ما يلي: "الطلاق والتفريق الجسدي ينظّمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها. وينظّم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى".

بتحليلنا لنص للفصل 49 من م.ق.د.خ.ت نلاحظ ما يلي:

- أن المشرع التونسي وضع ثلاثة ضوابط إسناد تحكم الطلاق والتفريق الجسدي، وهي:
 - ✓ ضابط أصلي يتمثل في قانون جنسية الزوجين المشتركة، وحددها بوقت رفع الدعوى.
 - ✓ ضابط احتياطي في حالة غياب الضابط الأصلي، وهو قانون آخر موطن مشترك للزوجين.
 - ✓ ضابط احتياطي آخر في حالة غياب الأول والثاني، وهو قانون دولة القاضي.
- أن المشرع التونسي بتبنيه لضابط الجنسية المشتركة للزوجين يكون قد طبق مبدأ المساواة بينهما.
- أن المشرع التونسي بتبنيه لعدة ضوابط إسناد يكون قد تقادى عدة إشكالات في تحديد القانون الواجب التطبيق على صور انحلال الرابطة الزوجية، فإذا تعذر تطبيق الضابط الأصلي يمر القاضي مباشرة لتطبيق الضابط الاحتياطي الأول، وإذا انتفى هذا الأخير يطبق الضابط الثالث.

من خلال تحليلنا لنص الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي نعتقد أنها تعتبر الحل الأمثل والملائم الذي يفضل تبنيه من طرف التشريع الجزائري والافتداء به بالنسبة للقانون

الواجب التطبيق على صور انقضاء الرابطة الزوجية، غير أن العيب الوحيد في نص الفصل أنه لم يفرق بين الطلاق والتطليق مثله مثل المشرع الجزائري بالرغم من أن القواعد الموضوعية المنصوص عليها في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية تميز بينها.

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على البطلان¹ والفسخ فلم ينص المشرع الجزائري والقوانين المقارنة على القاعدة التي تحكمهما، وذلك على خلاف ما عليه الحال في بعض التشريعات التي أخضعت فسخ الزواج أو بطلانه للقانون الذي يحكم انعقاد الزواج؛ وهو حل منطقي يفضل الأخذ به، ذلك أن أسباب بطلان الزواج عادة إلى تخلف ركن أو شرط من شروط انعقاده وصحته؛ وهي أمور يلزم توافرها طبقاً للقانون الذي يحكم الانعقاد، فإذا ما تخلفت هذه الشروط فمن المنطقي أن يحدد ذات القانون الجزاء على تخلفها.²

وبالنسبة للحلول الموجودة في الاجتهاد القضائي الجزائري، فعلى الرغم من أن القضاة الجزائريون يطبقون في كثير من الأحيان أحكام قواعد تنازع القوانين الواردة في المادتين 11 و12 من القانون المدني الجزائري، إلا أن التحليل الدقيق لأحكام المحكمة العليا سيكشف أن تطبيقها للقواعد المبدئية ليس مستقراً ولا ثابتاً، لأنه نادراً ما تشير إلى المادة 13 على الرغم من أنها معيار أولوية الإسناد فيها للقانون الجزائري إذا كان أحد الأطراف جزائرياً، وفي هذا الصدد فيما يتعلق بالطلاق على وجه الخصوص، فإن قضاة المحكمة العليا يتأكدون من التطبيق الإلزامي للقانون الجزائري إذا كان الزوج جزائرياً، وذلك استناداً للمادة 2/12 من القانون المدني. كذلك الأمر فيما يتعلق باختصاص المحاكم الجزائرية في مسائل التنازع في الزواج المختلط، فإن تطبيق القواعد المبدئية من قبل المحكمة العليا ليس ثابتاً على الإطلاق ولا يوجد تفسيراً قانونياً صحيحاً في قراراته؛ ويعود السبب حسب رأي الدكتور زروتي الطيب إلى حقيقة أنه باستثناء المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية

¹ - الزواج الباطل هو الذي يحدث فيه خلل من الناحية الجوهرية للعقد كعدم حصول التراضي بين الزوجين، فيكون العقد في هذه الحالة باطلاً أي منعدم الوجود ولا تترتب عنه أي آثار مطلقاً سواء تم الدخول أم لا. أنظر: وردة دلال، مدى ارتباط موانع الزواج بالنظام العام في ظل قانون الأسرة الجزائري، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 5، العدد 2، 2020، ص 78.

² - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 309. أنظر كذلك: أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2006، ص 126.

والإدارية (المأخوذة من المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي)، فإن القانون الجزائري - مثل العديد من القوانين الأخرى - لا يوفر قواعد تشريعية كافية في هذا الصدد. ففي اجتهاد قضائي حديث (القرار الصادر في 2013/03/14)، أكدت المحكمة العليا تطبيق المادتين 22 و 12 من القانون المدني في تنازع الزواج المختلط حيث تطابق معيار الربط مع قاعدة الاختصاص¹.

البند الثاني:

القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في التشريع الفرنسي

تذهب بعض التشريعات الغربية² وتطبق على الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت الزواج، ومنها من يطبق قانون الموطن المشترك في حال اختلاف جنسية الزوجين³. وبعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية تخضع الطلاق والتطليق لقانون القاضي إما لكونه قانون موطن الزوجين أو أحدهما، وإما لأنها تجعل الطلاق متعلقا بالنظام العام مما يسمح لقضاها بتطبيق القانون الوطني فحسب⁴.

وبعض الدول تخضع الطلاق والمسائل المتعلقة به إلى قانون الجنسية، ولا فرق لديها في أن تكون الزوجة (جنسية الزوج أو الزوجة)، وهذا ما أخذ به القانون الألماني؛ حيث استلزمت المادة 17 من قانون إصدار التقنين المدني لتطبيق القانون الألماني في التطليق أن يكون أحد الزوجين على الأقل ألمانيا وقت رفع الدعوى⁵.

¹ - Zerouti Tayeb, op.cit, p 247-248.

² - مثل بعض الدول الأوروبية (كالقانون الدولي الخاص الإسباني لعام 1974م 107 المعدلة بقانون 7 يوليو 1981، القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 مادة 18 و 20، والقانون الدولي الخاص اليوغوسلافي سابقا لعام 1983م 35) وبعض دول أمريكا اللاتينية واليابان. نقلا عن ياسر محمد عبد العزيز هنا، المرجع السابق، ص 108.

³ - ومن النظم التي تتبنى قانون الموطن: القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 مادة 61 والقانون الدولي الخاص البيروني لعام 1984. كما يعتد بهذا الضابط بعض الدول مثل الدول الأمريكية والدول الاسكندنافية في غالبيتها. نقلا عن ياسر محمد عبد العزيز هنا، نفس المرجع، ص 111.

⁴ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 141.

⁵ - علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 174. أنظر كذلك: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 258.

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي في شأن انقضاء رابطة الزوجية، فقد كان التنظيم الفرنسي لتنازع القوانين في موضوع انقضاء الزواج نتيجة لاجتهاد القضاء الفرنسي، نظرا لعدم وجود أي نص تشريعي بشأن القانون واجب التطبيق على انقضاء الزواج؛ فإذا كان الزوجان من جنسية واحدة فإن القضاء الفرنسي كان يخضع للتطبيق والانفصال الجسدي للقانون الوطني للزوجين، وكان هذا الحل مسلما به في القضاء ويستند إلى التفسير الإقليمي للمادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي القديم، وكان هذا التطبيق سواء في حاله الجنسية المشتركة للزوجين الفرنسيين أو في حالة اتحاد جنسية الزوجين الأجنبيين إلا أنه في 14 مايو سنة 1970 صدر حكم من محكمة باريس؛ حيث طبق هذا الحكم قانون الموطن المشترك على تطبيق الزوجين المتحدي الجنسية، وبهذا الحكم خرج على قانون الجنسية المشتركة.¹

وقد أخذ بهذا الحل القانون الفرنسي، حيث قررت المادة 309 من القانون المدني² خضوع الطلاق والانفصال الجسدي للقانون الفرنسي إذا كان الزوجان فرنسيين، أو إذا كان موطنهما المشترك هو الإقليم الفرنسي. كذلك عندما لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه، تكون المحاكم الفرنسية مختصة بالنظر في الطلاق أو الانفصال.³

وعليه نجد أن القانون الواجب التطبيق في حالة الجنسية المشتركة هو قانون الموطن المشترك،

¹ - مريم عبد الله احمد الجوفي، القانون الواجب التطبيق على الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 324.

² - 309 Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 2 () JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006: « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française:

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française.
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français.
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

³ - وقد أخذ بهذا الحل كذلك: القانون الدولي الخاص النمساوي في المادة 1/ 20 من القانون المدني، القانون الألماني في المادة 1/ 17 من القانون المدني، والقانون التركي في المادة 1/ 13 من القانون المدني، والقانون البولندي في المادة 18 من القانون المدني، والقانون الإسباني في المادة 1/ 107 من القانون المدني المعدل في 11 يوليو 1981، القانون البيروني المادة 2081 من القانون المدني، القانون الإنجليزي وهو من النظم القانونية التي تتخذ من الموطن ضابطا للقانون ولهذا فانه يطبق كانه قانون الموطن وقانون القاضي في ذات الوقت. نقلا عن: مريم عبد الله احمد الجوفي، المرجع السابق، ص 325.

ويظهر موقف المشرع الفرنسي من هذه المسألة في حرصه على تطبيق القانون الفرنسي في أغلب الحالات وعدم اللجوء إلى القانون الأجنبي إلا بصورة ثانوية. فمنذ أن أباح التشريع الفرنسي التطبيق عام 1884 طبقت المحاكم الفرنسية بشأنه القانون الشخصي للزوجين الأجنبيين (قانون جنسيتها المشتركة) أو قانون الموطن المشترك في حال اختلاف جنسيتها. إلا أن المادة 309 ق.م.ف السابق ذكرها، أعطت الاختصاص لقانون الموطن، أي أنها منحت الاختصاص الأصلي للقانون الفرنسي إذا كان الزوجان من الجنسية الفرنسية سواء كانت إقامتهما في فرنسا أم خارجها، أو إذا كان الزوجان أجنبيين مقيمين في فرنسا.¹

وفي المقابل أقرت باختصاص محدود للقانون الأجنبي، وهو الذي يحكم طلاق الزوجين الأجنبيين المقيمين خارج فرنسا. وهذا الاختصاص ناجم عن المفهوم المخالف للمادة 309 المذكورة التي تعطي اختصاصاً للقانون الفرنسي "في الحالة التي يتمتع فيها القانون الأجنبي عن إعلان اختصاصه؛ أي أنها منحت الاختصاص الاحتياطي للقانون الفرنسي إذا كانت التشريعات المعنية تجهل مؤسسة الطلاق (كما كان الحال في إسبانيا والبرتغال وإيرلندا). فعند الفقهاء جهل هذه التشريعات للطلاق بمثابة رفض القانون الأجنبي لحكم النزاع، وهذا ما يبرر تطبيق القانون الفرنسي صاحب الاختصاص الاحتياطي لتقرير الطلاق.²

وعليه فإن القواعد الانفرادية تجد مبرراً قويا لشرعيتها؛ حيث أن رعاية الطرف الوطني في العلاقة، ومن ثم تحقيق مصلحة أساسية للشارع الوطني في استقرار نظامه الاجتماعي لن تتأني إلا بهذا الطريق، وهو الأمر الذي يثبت وجود قصور في المنهجية الثنائية وعدم كفايتها لتحقيق رعاية مؤكدة في جميع الأحوال للطرف الوطني في علاقة الزواج، بما أنها تارة تجعل الاختصاص بحكم تلك العلاقة مشتركا بين القانون الوطني والقانون الأجنبي؛ مما قد يترتب عليه حرمان الطرف الوطني من

¹ - يعتقد الفقه الفرنسي أن إعطاء الأولوية لتطبيق التشريع الفرنسي في مسائل الزواج، سيكون ضرورياً للمضي قدما بمرونة عند التعامل مع المسلمين المتزوجين في فرنسا، ومن شأنه الحد من التعارض بين القوانين الفرنسية والمسلمة. أنظر:

A. S, Le mariage mixte franco-musulman(Annales juridiques, politiques, économiques et sociales), Alger, 1955, p 205. Article publier dans le site: <http://www.jstor.org/stable/1525620> Le 23-01-2016 01: 17, consulter le 12/09/2020. A23: 00 h.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 142 وما يليها

حق مقرر له وفقا لقانونه، وتارة أخرى تجعل الاختصاص لقانون الزوج، فإذا كان أجنبيا طبق على الزوجة الوطنية ولو كان في غير صالحها.¹

وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق قانون الموطن المشترك يسري حتى على الزوجين مختلفي الجنسية، وهو ما ظهر في العديد من الأحكام القضائية الفرنسية منها حكم "Rivière" الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، وحكم "Lewandowaki" حينما طبق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن المشترك، إضافة إلى حكم "Carcas" الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، وعليه فإن ما انتهى عليه القضاء الفرنسي هو تطبيق قانون الموطن المشترك وإن كان الزوجين مختلفي الجنسية، حتى وإن كان قانون كل منهما يمنع التطليق.²

من جهتنا ننتقد مسلك التشريع والقضاء الفرنسي ولا نؤيد موقفه فيما يخص إخضاع كل المقيمين في فرنسا للقانون الفرنسي وفقا لما جاء في قواعد التنازع الفرنسية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية؛ ذلك لأنه من شأنه التعارض مع حرية الفرد المنصوص عليها في الدساتير وأغلب المواثيق الدولية، بالإضافة إلى تعارضه مع المبادئ الدينية للفرد؛ بسبب أنه يخضع كل المقيمين في فرنسا لقانونه بالرغم من اختلاف المرجعية الدينية بين مختلف الجنسيات. فالجالية الجزائرية في فرنسا تعاني الكثير بسبب هذه القوانين التعسفية؛ فالزوج الجزائري مثلا يفقد العصمة وليس بإمكانه إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وفقا للأحكام الواردة في القانون الفرنسي الذي يخضع له.

حاليا دخلت الاتفاقية الأوروبية "معاهدة روما" حيز التنفيذ بتاريخ 2012/06/21³، والتي يتم بموجبها تحديد أي القوانين الواجب تطبيقها عند حدوث طلاق أو انفصال جسماني، إذ تعد معاهدة روما الأداة الأوروبية الأولى لتعزيز التعاون في مجال تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، بالإضافة إلى التزامات النفقة والأنظمة الزوجية، حيث تقر إمكانية اختيار القانون الذي يرغب الزوجان الاحتكام إلى نصّه عند النظر في أمر طلاقهم؛ فطبقا للمادة 5 من الاتفاقية يجوز للزوجين اختيار

¹ - حسام الدين فتحي عبد اللطيف ناصيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1990، ص 220-221.

² - مريم عبد الله احمد الجوفي، المرجع السابق، ص 328.

³ - Le règlement européen n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 (dit Rome III) entré en vigueur au 30 décembre 2010 s'applique depuis le 21 juin 2012. mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

قانونهما الوطني أو قانون الإقامة الاعتيادية... الخ

وتهدف هذه الاتفاقية، وفقاً للمادة التاسعة إلى: "إنشاء إطار قانوني واضح وشامل في مجال القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني في الدول الأعضاء المشاركة". ومع ذلك، فعلى الرغم من الطبيعة العالمية للاتفاقية إلا أنها لا تنطبق إلا في الدول الأربع عشرة المشاركة، وتتعلق فقط بالقانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني. فضيق نطاقها المادي والمكاني لا يعزز وضوح القواعد المطبقة على الخلاف الزوجي في الواقع، فهي لا تتعلق بوجود الزواج أو صحته أو الاعتراف به أو حتى فسخه أو حتى بآثار الطلاق.¹

وقد قامت المحاكم في فرنسا وبعض الدول الموقعة على الاتفاقية اعتباراً من تاريخ 2018.02.11 بالاحتكام إلى بنود معاهدة روما لاختيار أي القوانين لتطبيقها على مسألة طلاق معينة. فعلى سبيل المثال، يمكن لهم أن يختاروا تطبيق قانون الدولة التي يتمتع أحدهما بجنسيتها عند وقوع الطلاق؛ كأن يكون أحدهما ألمانياً مثلاً، فيتم حينها تطبيق أحكام القانون الألماني. فقد ساهمت هذه المعاهدة بوضع قواعد موحدة للنظر في قضايا الطلاق التي تستند إلى محل الإقامة المعتاد للزوجين وليس على أساس جنسيتها، وفي حال لم يتفق الزوجان على قانون معين، سيتم إخضاعهما لقانون الدولة التي يقيمان فيها وقت امتثالهما أمام المحكمة. أما بالنسبة للدول غير المنضمة فيتم تطبيق القوانين المحلية الخاصة بها للنظر في قضايا الطلاق كما هو معتاد.²

الفرع الثاني:

نطاق تطبيق القانون المختص بحكم صور انحلال الزواج المختلط

انتهينا إلى القول بأن قاعدة التنازع الخاصة بانحلال الزواج تقضي بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة لكل صور انحلال الزواج إعمالاً لنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، في حين أنها تختلف في قواعد التنازع للقوانين الوضعية المقارنة السابق ذكرها.

¹ - Gaëtan Escudey, Le couple en droit international privé (contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple), Thèse de doctorat, école doctorale de droit, Université de Bordeaux, 2016, p 81-82.

² - Petra HAMMJE, Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Revue critique de droit international privé, N° 2 , Dalloz, 2011, pp 294-296. Voir aussi: REITZER Camille, op cit, p 159.

وعليه فما هو مجال أعمال هذه القاعدة؟ أو ما هي المسائل التي تندرج ضمن نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج؟ (البند الأول) وفيما تتمثل المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيقه؟ (البند الثاني)

البند الأول:

تحديد ما يندرج ضمن نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج

إذا تم تحديد القانون الذي يحكم فك الرابطة الزوجية فإن هذا القانون يتسع مجال إعماله ليشمل الكثير من المسائل؛ فهو الذي يبين لنا أسباب فك الرابطة الزوجية، والآثار المترتبة على ذلك مع مراعاة مسألة النظام العام في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع متى أشارت قاعدة الإسناد الواردة بقانونه الوطني لإخضاع العلاقة المعروضة لقانون أجنبي¹. (كما سيتم بيانه لاحقاً)

وعليه فإنه يندرج في إطار مضمون الفكرة المسندة الخاصة بالقانون الذي يحكم انحلال الزواج، شروط انحلاله وآثاره؛ فهو الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفاً به في دولة هذا القانون أم لا، ومن له الحق في الطلاق؟ وما هي القيود التي ترد على استعماله؟ وهل يجوز التوكيل فيه أم لا؟ كما يبين لنا حالات التطلق والانفصال الجسماني وأسبابه وشروطه وصحة كل منهما، وكذلك القيود الواردة في استعماله². بمعنى يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إعمالاً لقواعد التنازع الجزائرية لإقرار مدى صحة الحق المكتسب وكذا آثار هذا الحق³.

فإذا تم رفع دعوى طلاق بين بلجيكي وإسبانية أمام القضاء الجزائري؛ فإن القانون البلجيكي (كونه قانون الزوج طبقاً لقواعد التنازع الجزائرية) يحكم كافة الشروط المتطلبية لانحلال الرابطة الزوجية، سواء كان ذلك عن طريق التطلق أو الانفصال الجسماني. وبذلك فإن هذا القانون هو المرجع بصدد تحديد من الزوجين يملك الحق في إيقاع الطلاق أو اتخاذ هذا الإجراء أو ذلك، وبطريقة أوسع فهو المرجع في معرفة مدى حق أحد الزوجين في اتخاذ الإجراء من عدمه، وأسباب التطلق

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 133

² - نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 64. أنظر كذلك: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 259.

³ - تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص 178.

والانفصال الجسماني وأثر الصلح ومرور الزمان على سقوط هذه الأسباب، كما يحكم القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات من حيث تحديد من يقع عليه عبء الإثبات والأدلة التي تقبل في الدعوى ومدى قوتها، والآثار الشخصية والمالية كما أسلفنا؛ والعلاقات بين الزوجين وأولادهم؛ كالحضانة والنفقة، وهذا طبقاً للقانون المختص بمقتضى قواعد التنظيم.¹

وعليه يسري القانون المختص على كل صور إنهاء هذه الرابطة سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو البطلان أو الفسخ، وإذا تعلق الأمر بالطلاق على مال فيبين هذا القانون الألفاظ التي يقع بها والحقوق المالية التي تسقط في وقوعه وما يترتب على بطلان المقابل.

مع الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري وحتى المصري لم يوضح ما إذا كانت قاعدة الإسناد المتعلقة بفك الرابطة الزوجية تشمل الطلاق بالتراضي والخلع، لذلك يمكن القول بأن قانون جنسية الزوج وقت الزواج هو الواجب التطبيق على كل ما يتعلق بالخلع والطلاق بالتراضي، فيحدد الألفاظ التي يقع بها وأنواعه، وهل يمكن أن يتم بالتراضي ومدى جواز الإنابة بشأنه، وما إذا كان يتقيد في وقت محدد أم لا، وهل يشترط الشقاق بين الزوجين أو حتى مجرد الكراهية من قبل المرأة من عدمه، والأهلية اللازمة لصحة وقوعه، وما يشترط في العوض والملتزم به، وهل يمكن أن يزيد عما دفعه الزوج أم لا.

كما يبين هذا القانون أيضاً ما إذا كانت الفرقة التي تقع بالخلع طلاقاً أم فسخاً، وما يسقط من حقوق الزوجين بعد الخلع وكل ما يترتب على الخلع من آثار.²

انطلاقاً مما سبق تنطبق المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري على الجانب الموضوعي لكل صور انحلال الرابطة الزوجية، دون الشكلي أو الإجرائي، والأمر سيان بالنسبة للمادة 2/13 من القانون المصري، والفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، والمادة 309 من القانون المدني الفرنسي.

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 115 وما يليها. أنظر كذلك: عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 231.

² جمال محمود الكردي، إشكاليات إنهاء رابطة الزوجية بالخلع في القانون الدولي الخاص، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 100-101.

البند الثاني:

المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيق القانون المختص بحكم انحلال الزواج

إذا كانت القاعدة المنصوص عليها في المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري تحكم طرق فك الرابطة الزوجية فيما يخص الموضوع فإن إجراءات التقاضي في هذا الشأن تخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع عملاً بالقاعدة التي تقرر أن "إجراءات التقاضي تخضع لقانون القاضي"¹.

فالجانب الشكلي أو الإجرائي لا تحكمه المادة 2/12 من القانون المدني؛ حيث تخضع المسائل الشكلية لقانون القاضي الذي رفع إليه النزاع، وهو الحل أو الموقف المتفق عليه فقها وقضاء، وهو المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري في المادة 21 مكرر من القانون المدني؛ حيث جاء فيها: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". من خلال نص المادة يتضح أن جميع الإجراءات المتعلقة بالطلاق والتطليق والانفصال الجسماني تخرج من مجال تطبيق قانون جنسية الزوج؛ حيث تخضع هذه الإجراءات لقانون القاضي وفقاً لأحكام القانون الجزائري.

وهو ما ورد في نص المادة 22 من القانون المدني المصري الذي جاء فيه: "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

كذلك سار المشرع التونسي على نفس النهج؛ حيث نص في الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية السابق ذكرها ما يلي: "... وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى".

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أنه إذا عرض على القاضي نزاع يتعلق بفك الرابطة الزوجية يتعين عليه أولاً تكييف المسألة إذا كانت من الموضوع لتخضع لأحكام التنازع الخاصة بالموضوع، أو من الإجراءات لتخضع لأحكام التنازع الخاصة بالإجراءات الشكلية.

¹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 133.

وهنا تثار صعوبة الفصل بين ما يعد من الإجراءات وما يعد من المسائل الموضوعية المتعلقة بانحلال الزواج، وذلك لما يوجد بينهما من اختلاف في القانون الواجب التطبيق على كل منهما؛ حيث تخضع الإجراءات -كما أسلفنا- لقانون القاضي في حين تخضع المسائل الموضوعية لقانون الإرادة، ولا شك أن الفصل في ذلك يعد من قبيل التكييف الذي يخضع إلى قانون القاضي؛ حيث يقوم هذا الأخير بتحديد طبيعة المنازعة المعروضة عليه ليقرر ما إذا كانت متعلقة بالموضوع، وتبعاً لذلك يطبق عليها قانون الإرادة؛ وما إذا كانت متعلقة بالإجراءات، وتبعاً لذلك يطبق عليها قانونه الشخصي باعتباره قانون القاضي.¹ ومثال ذلك لو رفع نزاع حول فك الرابطة الزوجية بين إيطالي وفرنسية أمام القاضي الجزائري سيطبق القانون الإيطالي على المسائل الموضوعية بصفته القانون المشار إليه طبقاً لقواعد الإسناد الجزائرية (م 2/12)، والقانون الجزائري على الإجراءات الشكلية إعمالاً كذلك لقواعد الإسناد الجزائرية (م 21 مكرر).

وتتبع المشكلة أساساً من أن إجراءات الطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني ليست واحدة في قوانين مختلف الدول، فهي من عمل السلطة التشريعية في بعضها، وعند جانب ثان هي من عمل سلطة دينية، وفريق ثالث يمنحها لسلطة القضاء؛ فقد يقع الطلاق بمحض إرادة الزوج، وقد لا يقع إلا إذا تم أمام موثق. ومما لا شك فيه أن الإجراءات اللازمة لانحلال الزواج ستختلف حسب الجهة المختصة بإيقاعه أو اتخاذ إجراءاته. كما يخرج من نطاق تطبيق قانون الإرادة الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تتخذ أثناء سير الدعوى المتعلقة بالتطلق أو الانفصال للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد مثل تقدير النفقة الوقتية للزوجة، والإذن للزوجة بالإقامة في سكن الزوجية أو في مكان يتفق عليه الطرفان، أو تعيينه المحكمة التي تنظر الدعوى من تلقاء نفسها، وتسليم الأثاث الضروري لها للاستعمال اليومي. فهذه الإجراءات كلها تخضع لقانون القاضي²، باعتبارها من التدابير

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 116. أنظر كذلك، نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 64. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 259. عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 231.

² بهذا الصدد قررت محكمة الاستئناف بالإسكندرية في قرار صادر بتاريخ 12 مارس 1951 تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم التطلق على النفقة الوقتية التي طلبتها الزوجة أثناء دعوى التطلق، ولا شك أن المحكمة قد أخطأت في خصوص تعيين القانون الواجب التطبيق لأن النفق الوقتية لا تعد من قبيل المسائل الموضوعية المتعلقة

الضرورة العاجلة التي يخضع تقديرها لقانون القاضي الشخصي، كما أن تقرير هذه الإجراءات يتعلق بالأمن المدني.

ويخرج من مجال تطبيق القانون الذي اتفق عليه الطرفان لحكم التطليق الحالة التي يتطلب فيها قانون جنسية الزوج تدخل سلطة عامة لإجراء التطليق، ومثال ذلك أن يشترط قانون الإرادة تدخل سلطة دينية معينة لإجراء التطليق، أو يشترط قانون الإرادة الحصول على موافقة السلطة التشريعية لإجراء التطليق؛ فتخضع هذه المسائل لقانون القاضي باعتبارها من مسائل الإجراءات.¹

هذا وقد تثير مسألة إجراء الطلاق أمام سلطة دينية خلافا كبيرا في الفقه والقضاء، هل هي من الإجراءات فتخضع بالتالي لقانون القاضي، أم أنها من المسائل الموضوعية فتخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج؟

يذهب القضاء الفرنسي قديما إلى اعتبارها من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، غير أن ذلك لم يعد متفقا عليه مع ما انتهت إليه أحكام القضاء الفرنسي الحديث في شأن تكييف شرط الطقوس الدينية الذي تتطلبه بعض التشريعات، إضافة إلى أن غالبية الفقه الفرنسي والمصري انتقد الموقف السابق للقضاء الفرنسي، ويرى بإدراجها ضمن المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي، والقول باعتبارها من المسائل الموضوعية يتنافى مع ما انتهى إليه القضاء الفرنسي من اعتبار شرط الطقوس الدينية التي تشترطه بعض التشريعات من الشروط الشكلية لا الموضوعية.²

في ذات السياق يرى الدكتور أشرف وفا محمد بالرجوع في هذا الشأن إلى القانون الذي يحكم

بالتطليق وإنما من مسائل الإجراءات الوقتية التي يطلب من القاضي اتخاذها، والتي يتعين لهذا السبب أن تخضع لقانون القاضي أي القانون المصري في هذه الدعوى. أنظر: أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 335-336.

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 117. أنظر كذلك، نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 64. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 259، عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 231.

² أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، نفس المرجع، ص 259-260. أنظر كذلك: أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 127.

المسائل الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية. فإذا كان هذا القانون يعتبر تدخل سلطة معينة من قبيل المسائل الموضوعية وجب اعتباره كذلك، ويخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أما إذا كان قانون جنسية الزوج يعتبر تدخل السلطة في إجراء التطليق من مسائل الإجراءات فإنه يخرج من مجال إعمال قانون جنسية الزوج ويخضع إلى قانون القاضي. وفي نفس السياق أجاز القانون المصري للفتصل في الدولة الأجنبية تحرير شهادات طلاق المصريين خارج الإقليم المصري.¹

هذا ويخرج عن نطاق القانون المختص بحكم إنهاء رابطة الزوجية بالخلع مسألة تكييف هذا الأخير، هل هو عقد معاوضة يلزم له كل ما يلزم لهذا النوع من العقود أم انه اتفاق على إنهاء رابطة الزوجية بالتراضي؟ إذ تعد هذه المسألة من مسائل التكييف، وتفسير قواعد الإسناد الوطنية تخضع لقانون القاضي.²

خلاصة ما سبق ذكره أنه يخرج من مجال تطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى المنصوص عليه في المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري المسائل المتعلقة بالإجراءات في منازعات الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، بالإضافة إلى إجراءات الإثبات وتقديم الأدلة مثل كيفية أداء اليمين في النزاع حول متاع البيت؛ حيث إن تلك المسائل من قبيل إجراءات التقاضي وبالتالي تخضع لقانون القاضي الذي يفصل في النزاع إعمالاً لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني:

المعيقات التي تواجه تطبيق القانون المختص وإشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية

بعدما تشير قاعدة الإسناد في دولة القاضي بتطبيق الحكم الأجنبي تواجه هذا الأخير صعوبات في التطبيق، وبالتالي سنتطرق في هذا المطلب لأهم المعوقات التي تواجه تطبيق القانون المختص بحكم انحلال الزواج المختلط (الفرع الأول)، وكذا إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بانحلال الزواج المختلط أمام القضاء الجزائري (الفرع الثاني).

¹ - أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 337.

² - جمال محمود الكردي، إشكاليات إنهاء رابطة الزوجية بالخلع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الأول:

حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم انحلال الزواج المختلط

أشرنا في الباب الأول أنه قد يحول مانع دون تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع إذا كان مخالفا للنظام العام، إلا أن حالات تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم صور فك الرابطة الزوجية تختلف عن حالات تدخله عند إبرام الزواج (البند الأول).

ويستبعد أيضا القانون الأجنبي الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية بسبب الغش نحو القانون الواجب التطبيق إذا وقع تحايل بتغيير الجنسية (البند الثاني).

البند الأول: تصادم القانون المختص بحكم انحلال الزواج المختلط مع مقتضيات النظام العام

أولاً- حالات تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الذي يحكم انحلال الزواج المختلط:

يستبعد تطبيق القانون المختص بفك الرابطة الزوجية المختلطة وفق ما أشارت إليه قواعد الإسناد في دولة القاضي إذا كان مخالفا للنظام العام. وهذا يرجع كما أوضحنا لتصادم مفهوم الطلاق أو الانفصال من تشريع لآخر، وتزداد حدة هذا التصادم بين التشريعات فيما يخص صور انحلال الرابطة الزوجية بالنظر إلى المبادئ والأحكام التي يقوم عليها تنظيم هذه المسائل في الدول الإسلامية مع المبادئ التي يقوم عليها تنظيمها في الدول الغربية¹، فبعضها يعتبره رابطة مؤبدة لا تتحل إلا بوفاء أحد الزوجين، وبعضها الآخر يقبل انحلاله، غير أنها تختلف فيما بينها حول أسبابه وطرقه، وبعضها الآخر يقبل به دون شروط. وهذا التباين في التشريعات بسبب المرجعية الدينية والثقافات والأعراف السائدة التي تساهم بشكل كبير في تنظيم العلاقات الأسرية²، وهو ما أدى بالنتيجة إلى تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يحكم المسائل المتعلقة بالطلاق، خصوصا في قوانين الدول التي تدين الإسلام؛ إذ غالباً ما يكون في تطبيق القانون الأجنبي مساساً بالحقوق المقررة لأحد الزوجين أو أحكاما تتعارض مع الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية. فعلى سبيل المثال يتدخل النظام العام

¹ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص 320.

² - N'diaye Marième. La réforme du droit de la famille: Une comparaison Sénégal-Maroc, open books , Presses de l'Université de Montréal, 2016, p277.

لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يحكم الطلاق بمجرد تغيير الزوج لديانته بأن أعتنق الإسلام ديناً له، 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 أعتنق الإسلام بينما ظلت زوجته كتابية؛ ذلك أن الحكم بإنهاء الزوجية في هذه الحالة يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز للمسلم الزواج من كتابية.¹ ويتعين كذلك استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي لا يبيح إنهاء رابطة الزوجية بسبب دخول الزوجة في الإسلام إذا ظل زوجها كتابياً؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية تمنع استمرار الزوجية في حالة اعتناق الزوجة للإسلام بينما بقي زوجها على كفره. فاستمرار حالة الزوجية بين المسلمة وغير المسلم يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن انقضاء الزوجية يستبعد إذا كان يقضي مثلاً بحرمان الزوج المسلم من حقه في الطلاق.²

وعليه إذا عرض نزاع أمام القاضي الجزائري بشأن دعوى طلاق شخص إيطالي أعتنق الإسلام من زوجته الإسبانية الكتابية يجب أن يستبعد القانون الإيطالي الواجب التطبيق الذي يقضي بالطلاق عند تغيير الديانة، حبذا لو كانت الزوجة ملحدة، وهنا لا يجوز للمسلم استمراره معها في العلاقة الزوجية، وبالتالي يجب أن نراعي في ذلك عدم تعارض القانون الأجنبي الذي تشير لتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية مع النظام العام الجزائري، فإذا حصل مثل هذا التعارض بينهما فإنه لا مناص هنا من تدخل النظام العام الجزائري كوسيلة في يد القاضي لاستبعاد مثل هذا القانون الأجنبي.³

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني الجزائري السابق ذكره، الذي أجاز من خلاله بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض إعمالاً للمبدأ العام الذي يقوم عليه التنازع والذي يقضي بضرورة أن تفسح الدولة المجال في قانونها الداخلي لتطبيق القانون الأجنبي، وهذا تحقيقاً لاعتبارات الملاءمة التي تقوم عليها قاعدة الإسناد الوطنية. هذه الأخيرة التي تتم صياغتها عادة في شكل مزدوج بما يسمح بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، لكن ذلك لا

¹ - علي خليل اسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 174-175. أنظر كذلك: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 261.

² - أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 130-131. أنظر كذلك: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 263.

³ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 132.

يعني أن المشرع قد منح صكا على بياض لمشرعي العالم. فمن غير المقبول أن يطبق القاضي الجزائري قانونا أجنبيا يتعارض مضمونه مع النظام العام في الجزائر؛ أي مع القيم والمبادئ الأساسية الجوهرية السائدة في المجتمع الجزائري. وبهذا تكون فكرة النظام العام صمام الأمان الذي يحمي هذه المبادئ والأسس.

لذلك فهو يلعب دورا هاما في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية؛ ذلك أن تطبيق القانون الأجنبي يفترض حد أدنى من التقارب بين الأصول القانونية للقانون الأجنبي وقانون القاضي.¹

فإذا افترضنا طلاق جزائرية من سعودي أمام القضاء الجزائري فلا مجال هنا لتدخل النظام العام؛ ذلك أن كلا الدولتين تنتميان لنفس النظام القانوني المستمد من الشريعة الإسلامية، أما إذا اشتمل النزاع على طرف أجنبي من الدول الغربية فيكون تدخل النظام العام واردا في أغلب الأحيان.

وما أثار انتباهنا في هذا المقام هو أن مسألة إعمال النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي والاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري كلاهما يقومان بنفس الدور؛ وهو حماية الطرف الوطني وكذا المبادئ الأساسية لنظام الدولة، حيث تبرز معالم أوجه الشبه بينهما مثلا في الحالة التي ترفع فيها دعوى انفصال جسماني بين جزائرية وفرنسي أمام القضاء الجزائري. فإذا طبق القاضي الجزائري الاستثناء الذي يقضي بسريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا يكون قد أحاط قواعد الإسناد الوطنية بالحماية وكذلك الطرف الوطني في العلاقة. والأمر نفسه إذا استبعد قانون الزوج الفرنسي الذي يجيز مسألة الانفصال الجسماني لمخالفته للنظام العام في الجزائر.

إن مسألة الدفع بالنظام العام كما ذكرنا سابقا تخضع لتقدير القاضي في هذا المجال لرقابة المحكمة العليا؛ ذلك أن الدفع بالنظام العام يعطل تطبيق قاعدة الإسناد، بمنعه لتطبيق القانون الأجنبي وبالتالي يفوت اعتبارات الملاءمة التي بنيت عليها قاعدة الإسناد.²

غير أن السؤال الذي يتبادر بهذا الصدد هو إذا ما طبق القاضي الوطني القانون الأجنبي

¹ - بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 324.

² - بوسهوه نور الدين، نفس المرجع، ص 325 وما يليها.

مخطئا بأن طبق قاعدة غير تلك التي يجب تطبيقها، فهل يجوز للمحكمة العليا أن تبسط رقابتها على ذلك الخطأ في تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه؟

لقد انقسمت قوانين الدول في معالجة هذه المسألة؛ بحيث اعترض الكثير منها على رقابة المحكمة العليا على تفسير القوانين الأجنبية، بينما ذهبت دول أخرى إلى الأخذ بمبدأ الرقابة. وإذا رجعنا إلى نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أنها تنص على ما يلي: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

- مخالفة القانون الداخلي.

- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

وعليه يفهم من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يسمح للمحكمة العليا برقابة تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية. فلو فرضنا أن قاعدة الإسناد أشارت باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، وتبين للقاضي أن القواعد التي تتضمنها شريعة من الشرائع الطائفية لغير المسلمين تتعارض مع النظام العام في بلده يتوجب عليه عندئذ استبعاد حكم الشريعة الطائفية ويخضع القاضي في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض.¹

أما في مصر فإن إعمال فكرة النظام العام المنصوص عليها في المادة 28 من القانون المدني السابق ذكرها لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن انقضاء رابطة الزوجية أضيق نطاقا عنه في الدول الأخرى، فالنظام القانوني المصري في هذا المجال نظاما قانونيا مركبا يتضمن عدة نظم خاصة بالطوائف المختلفة للوطنيين؛ فيوجد بجوار الشريعة الإسلامية التي تسمح بانتهاء رابطة الزوجية بالإرادة المنفردة شرائع ملية تسري على غير المسلمين من المصريين، وتختلف هذه الشرائع ضيقا واتساعا من حيث الشروط التي تتطلبها لانتهاء رابطة الزوجية.

¹ - مسعودي يوسف، تنفيذ أحكام الطلاق في القانون الدولي الخاص، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي لتامنغست، قسم الدراسات القانونية، الجزائر، العدد 6، فبراير 2012، ص 205.

لذلك فإن التعارض بين أحكام القوانين الأجنبية والنظام العام في مصر لا يصل عادة إلى نفس الدرجة من الحدة التي قد يكون عليها في دول النظم القانونية الموحدة؛ إذ لا يمكن القول بوجود أفكار محددة يقوم عليها النظام العام المصري في هذا الصدد سواء من حيث التوسع في السماح بانتهاء رابطة الزوجية أو من حيث التضييق من الحالات التي يجوز فيها انتهاء هذه الرابطة، ومن ثم يمكن القول بأن القاضي الوطني لن يستبعد أحكام القانون الأجنبي في هذا المجال إلا إذا كانت تتنافى مع الأسس العامة التي يقوم عليها النظام القانوني والاجتماعي بشكل عام في مصر، كما لو كانت أحكام القانون الأجنبي تقضي بحرمان الزوج المسلم من حقه في الطلاق¹. أو تسمح بانتهاء رابطة الزوجية لاختلاف الجنس أو اللون؛ ففي هذه الحالة يتعين على القاضي الوطني استبعاد أحكام القانون الأجنبي وعدم الحكم بانقضاء الزوجية نتيجة لاختلاف الجنس أو اللون.²

أما بالنسبة لتونس، وبالرغم من أنها دولة إسلامية التي من المفروض أنها تستمد المبادئ الأساسية لها في مجال الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية، إلا أن النظام العام فيها يخرج في بعض الأحيان عما هو وارد في أحكام الشريعة الإسلامية، ويختلف عنه في التشريعات الإسلامية المقارنة. فمثلا الطلاق بإرادة الزوج المنفردة المعروف في الجزائر يعد أمرا محظورا في تونس؛ حيث صدر حكم في تونس العاصمة بتاريخ 1977.04.19 استبعد بمقتضاه القاضي التونسي القانون المغربي في موضوع الطلاق، وذلك لتعارضه مع مقتضيات النظام العام التونسي الذي لا يسمح إلا بالطلاق القضائي، ويمنح للزوجة التونسية الحق في الحصول على التعويض عن الطلاق التعسفي. وبالمفهوم المعاكس إذا عرض على القاضي التونسي دعوى طلاق بين فرنسيين، لا مجال هنا لاستبعاد القانون الفرنسي بسبب مخالفته للنظام العام لأن النظم القانونية متشابهة، ذلك أن كلاهما لا

¹ بهذا الصدد قضت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ 12 يونيو 1951 بصحة الطلاق بالإرادة المنفردة الواقع من إيطالي اعتنق الإسلام والذي قام بتطبيق زوجته الإيطالية وقد طالبت هذه الأخيرة أمام المحكمة المصرية عدم اعتبار اعتناق زوجها الإسلام وتطبيقه لها حجة عليها استنادا إلى أن القانون واجب التطبيق في مجال انحلال الزواج هو قانون جنسية الزوج لأحكام القانون المصري أي القانون الإيطالي الذي لا يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة ولكن المحكمة قضت بصحة الطلاق الواقع من الزوج الإيطالي إعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تتعلق بالنظام العام وبالتالي استبعدت المحكمة تطبيق قانون جنسية الزوج. أنظر: أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 342.

² أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 130-131.

يسمح بالطلاق بالإرادة المنفردة، بخلاف الحالة التي يكون فيها الزوجين جزائريين لأن القانون الجزائري يجيز الطلاق بإرادة الزوج.

وفي فرنسا تظهر فكرة تدخل النظام العام بشكل واضح في مسائل الطلاق¹؛ حيث يمنع تطبيق القانون الأجنبي (كقوانين بعض الدول الإسلامية) التي تخول الزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة والتي تعتبره من المسائل المتعلقة بالنظام العام في القانون الفرنسي.²

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 الحكم يقبل الاحتجاج به في فرنسا إذا كان قد وقع وفقاً لما يقضي به قانون جنسية الزوجين المشتركة.³ فقد أصدرت محكمة باريس بتاريخ 1979/12/05 حكماً باعتبار الطلاق المغربي متفقاً مع مقتضيات النظام العام.⁴

وفي هذا السياق قسّمت المحاكم الفرنسية القوانين الأجنبية المرشحة للتطبيق أمامها إلى ثلاث فئات: الأولى تشمل القوانين التي لا تختلف عن القانون الفرنسي فيما يتعلق بالمبادئ الأساسية كالقوانين الأنجلوساكسونية؛ حيث يطبقها القاضي الفرنسي دون حاجة لإعمال الدفع بالنظام العام الفرنسي، والثانية تتضمن القوانين التي تعد أكثر تساهلاً من القانون الفرنسي في مسألة الطلاق. وهنا يجب التمييز بين الحالة التي يقبل فيها القانون الأجنبي الطلاق بشكل واسع وبشروط سهلة، ولكنه يكرس ضمانات لصالح الزوج الذي لم يبادر بطلب التطلاق فإنه يقبل التطبيق أمام القضاء الفرنسي.

بينما يرفض القضاء الفرنسي تطبيق القانون الأجنبي الذي يكرس الطلاق بإرادة منفردة، أو الذي

¹ - أشرنا فيما سبق أن النظام العام فكرة مرنة نسبية تغيير من مكان لآخر ومن زمان لآخر حتى في نفس الدولة، فالقانون الفرنسي قبل 1884 لم يكن يسمح بالطلاق وكان يعتبره مسألة تتعارض مع النظام العام الفرنسي. أنظر: بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 325.

² - علي إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 175.

³ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 262-263.

⁴ - مريم عبد الله أحمد الجوفي، المرجع السابق، ص 357.

يقبل الطلاق بسبب مرض عقلي للزوج دون أن يضمن أي حماية له، أو الذي لا يحترم مبدأ المساواة بين الزوجين.

أما بالنسبة للفئة الثالثة فتشمل القوانين الأكثر تشددا من القانون الفرنسي كالتي ترفض الطلاق أو تخضعه لشروط أشد صرامة. وهنا أقر القضاء الفرنسي بأن القانون الأجنبي الذي يمنع طلاق الفرنسي المقيم في فرنسا مخالفاً للنظام العام¹.

وعليه فإن تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج في الدول غير الإسلامية يكون في الغالب عندما يكون هذا القانون يبيح انحلال الزواج لأسباب لا يقرها قانون القاضي أو يكون أكثر تساهلا منه في إباحة الطلاق أو التطليق²، أو يكون من شأنه أن يتعارض مع المعطيات الأساسية لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع³.

وعلى الرغم من أن أحكام الطلاق الصادرة عن المحاكم المغربية واجبة التنفيذ على الأراضي الفرنسية بناءً على طلب الأطراف المعنية، استنادا إلى الاتفاقية الفرنسية المغربية⁴ بشأن الاعتراف بأحكام الطلاق، حيث تنص في المادة 16 على: "... القرارات الصادرة عن المحاكم المنعقدة في فرنسا أو في المغرب حائزة لقوة الأمر المقضي به على أراضي البلد الآخر... " غير أن الواقع يقول بغير ذلك نظرا للصعوبات على مستوى الاعتراف من قبل القضاة الفرنسيين بالطلاق الواقع في المغرب⁵.

¹ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 142 وما يليها.

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 262-263.

³ - حبار محمد، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - ظهير شريف رقم 1.71.015 بتاريخ 22 ربيع الثاني 1391 (16 يونيو 1971) بنشر الاتفاق المغربية بموجبه مقتضيات الاتفاقية القضائية المبرمة بين المغرب وفرنسا والنصين الملحقين به والبروتوكول المتعلق بالمهن القضائية الحرة والأعمال ذات الصبغة القانونية الموقع عليها بالرباط يوم 20 مايو 1965 والمذكرات المتبادلة بتاريخ 23 دجنبر 1968 و 8 أبريل 1969 بشأن تأويل بعض مقتضيات البروتوكول المذكور والرسائل المتبادلة بتاريخ 16 نونبر 1970 و 4 يناير 1971 بشأن تطبيق الفصل 34 من الجزء الثالث باتفاقية التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة يوم 5 أكتوبر 1957. الجريدة الرسمية عدد 3060 الصادرة في 23 يونيو 1971، ص 1347.

⁵ - Pierre MERCIER , Conflits de civilisations et droit international privé Polygamie et répudiation, vol 1, droz, Genève, Suisse, 1972, p 33.

ثانياً - وقت التقيد بالنظام العام لاستبعاد القانون الذي يحكم انحلال الزواج المختلط:

إن الوقت الذي ينظر فيه للقانون الأجنبي وما إذا كان يتعارض أم لا مع النظام العام في دولة القاضي هو عند الفصل في الدعوى أو النزاع، وبالتالي لا عبء بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع، وهو ما يعبر عنه بحالية النظام العام.

إذن الدفع بالنظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه متى اقتنع فعلاً أن القانون الأجنبي يتنافر ويتعارض تنافراً صارخاً مع النظام العام في دولته بما يجعله غير مقبول في الضمير الوطني للجماعة الوطنية؛ وهي مسألة اجتهادية كما قلنا سابقاً يستقل بها القاضي المطروح أمامه النزاع ويخضع فيها لرقابة المحكمة العليا.¹

ثالثاً - أثر الدفع بالنظام العام في مسألة انحلال الزواج المختلط

ذكرنا فيما سبق أن الأثر المترتب على استبعاد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام هو إحلال قانون دولة القاضي محله، وأشرنا أنه تستبعد الأحكام المخالفة للنظام العام فقط دون الأحكام الأخرى التي تبقى سارية المفعول؛ أي أن الاستبعاد يكون جزئياً للقانون الأجنبي، وهو ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام، كما في حالة الحقوق المكتسبة في خارج دولة القاضي.

فإذا كان النظام العام يعرض بمناسبة إنشاء حق في دولة القاضي؛ كأن يكون القانون الأجنبي يبيح أمراً يحظره قانون القاضي مثل أن يبيح الانفصال الجسماني، في حين أن قانون القاضي يمنعه، فنكون هنا بصدد نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي وتصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها؛ وهي مسألة اجتهادية كما قلنا يخضع تقديرها للقاضي المطروح أمامه النزاع. أو كأن يكون القانون الأجنبي يحظر أمراً يجيزه قانون القاضي، كأن يكون القانون الأجنبي لا يجيز الطلاق، في حين يكون قانون القاضي يبيحه.

وقد يطرح النظام العام على القاضي بمناسبة نفاذ حق اكتسب في الخارج واستوفى كامل أركانه ومقوماته وعناصره، ويطلب من القاضي ترتيب آثاره القانونية؛ وهو ما اصطلح على تسميته بمبدأ

¹ - بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق،

الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج أو الأثر المخفف للنظام العام.¹ كأن يعرض نزاع على القاضي الجزائري متعلق بصحة انفصال جسماني نشأ في دولة يبيح قانونها الانفصال الجسماني، أو نزاع يتعلق بصحة طلاق بين مسلم ومسيحية نشأ في دولة يجبر قانونها تطبيق الزوجة المسيحية من زوجها إذا اعتنق الإسلام؛ وعليه هل يعد نفاذ مثل هذه الحقوق المكتسبة في الخارج أمام القضاء الجزائري مخالفا للنظام العام؟

إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري حول مسألة إنشاء حق يتعلق بالانفصال الجسماني فلا يمكن أن نتصور إخضاع صحته للقانون الذي أنشأ الحق؛ أي أن القاضي الجزائري لا يمكنه أن ينشئ حقا يتضمن الانفصال الجسماني سواء تعلق الأمر بقاعدة الإسناد الواردة في المادة 12 أو المادة 13 مكرر، وعليه لا يتعلق الأمر في قواعد الإسناد بإنشاء هذا الحق؛ فهذا الموضوع يثير مخالفة النظام العام استنادا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي يستبعد هذا القانون الأجنبي الذي يجيز الانفصال الجسماني تطبيقا للأثر السلبي للنظام العام ويطبق بدله أو محله قانونه الوطني، تطبيقا للأثر الإيجابي للنظام العام حتى لا تبقى العلاقة القانونية بلا حل.

يفهم من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري أراد تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع يطرح أمام القاضي الجزائري حول الانفصال الجسماني كحق مكتسب في الخارج.²

أي أن الحق الذي نشأ واكتسب بالخارج هو واقعة لا يمكن إنكارها أو تجاهلها من جانب القاضي، وقد سار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه في مناسبات عديدة، من ذلك أنه وقبل 1884 كان القانون الفرنسي لا يجيز الطلاق ويعتبره أمرا منافيا للنظام العام الفرنسي، لكن الطلاق الذي يحدث في الخارج وتصدره جهات قضائية أجنبية؛ كان يمثل بالنسبة للقاضي الفرنسي واقعة لا يمكن إنكارها ولذلك رتب عليها جملة من الآثار القانونية كالنفقة أو الحضانة... وفقا لفكرة الأثر المخفف للنظام

¹ بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 327.

² كمال آيت منصور، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للأبحاث القانونية، المجلد 1، العدد 2، جامعة بجاية، 2010، ص 144 وما يليها.

العام أو الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج.¹

غير أن الإشكال يبقى مطروحا أمام القاضي الجزائري حول النزاع الذي يكون بسبب صحة هذه الحقوق وأثارها، فلا يمكن في القانون الجزائري أن نقرر قاعدة إسناد تطبيق على صحة الانفصال الجسماني بنفس الموقف المعتمد في بعض الدول التي تعترف به مثل فرنسا وإنجلترا وحتى مصر التي تقره في شرائعها الغير إسلامية؛ إذ يمكن في هذه الدول تطبيق النص حتى لإنشاء الحق، أي تقرير الانفصال الجسماني من طرف القاضي.

على هذا الأساس جاءت المادة 12 / 2 من القانون الجزائري لمواجهة النزاع المتعلق بحق مكتسب نشأ في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام، وبذلك من المنطق أن يطبق القاضي أحكام هذا القانون الذي أنشأ هذا الحق. كما لو تعلق الأمر بصحة انفصال جسماني نشأ وفق القانون الفرنسي، فيتعين على هذا القاضي الرجوع إلى القانون الفرنسي.² وبالتالي لا تتدخل مقتضيات النظام العام بهذا الصدد لاستبعاد هذا القانون، على الرغم من أن القانون الجزائري يجهل هذا النظام ولا يجيزه.

كذلك الأمر إذا طلب من القاضي أن يرتب جملة من الآثار القانونية عن الانفصال الجسماني تتعلق باحتفاظ المرأة وحقها في استعمال اسم زوجها، أو تتعلق بآثار الانفصال الجسماني على النظام المالي للزوجين، أو تتعلق بالنفقة.

يبدو أن المسألة أمام هذا الوضع اجتهادية وتقديرية بالنسبة للقاضي الجزائري، فإما أن يعتبر أن هذه الآثار القانونية المطالب بها بالنسبة لحقوق اكتسبت في الخارج وما كان لتكتسب في ظل القانون الجزائري هي آثار لا تصطدم مع النظام العام الجزائري إعمالا لما أسميناه سابقا الأثر المخفف للنظام العام أو الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج، فيكون متسامحا ومحترما للقوانين الأجنبية ولا يفرض مفاهيمه على غير المسلمين. فالنظام العام يكون تدخله متشددا إذا كان المسلم طرفا في المنازعات الدولية.

¹ - بوسهوة نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكليف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 328.

² - كمال آيت منصور، المرجع السابق، ص 145-150.

وإما أن يعتبرها هي بدورها مخالفة للنظام العام الجزائري ولا يعترف بها على الرغم من أنها اكتسبت في ظل قانون أجنبي يقرها ويعترف بها، فالمسألة إذن يخضع تقديرها للقاضي المطروح أمامه النزاع.¹

البند الثاني: استبعاد القانون المختص بحكم انحلال الزواج المختلط بسبب الغش نحو القانون:

يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الطلاق بسبب الغش نحو القانون عندما يقع هذا التحايل بتغيير الجنسية، وهو نفس السبب الذي يستبعد فيه القانون في الزواج؛ حيث يتهرب من تغيير جنسيته من حكم قانون أحواله الشخصية إلى قانون يحقق له غرضا يرمي إليه، وقد تناول الفقه هذه المسألة بصدد قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية الأميرة beufferment وتتخلص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من ضابط فرنسي، وبعد أن ساءت العلاقة بينهما ووقع انفصال جسماني بينها وبين زوجها بتاريخ 1874 وأرادت أن تحوله إلى طلاق، إلا أن القانون الفرنسي آنذاك كان لا يجيز الطلاق فانقلت إلى ألمانيا واكتسبت جنسية إحدى الدويلات هناك وحصلت على حكم بالتطليق وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، ثم تزوجت بأمير روماني، فطعن الزوج الأول في صحة هذا الزواج الثاني ورفض الاعتراف بحكم الطلاق السابق، وفعلا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في سنة 1878 ببطلان هذا الزواج بسبب الغش نحو القانون الفرنسي، لأن تغيير السيدة لجنسيتها كان القصد منه التحايل على أحكام القانون الفرنسي الذي كان يحضر الطلاق، وعليه قضت المحكمة بعدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزوجية الأولى قائمة.²

ونذكر هنا أن أثر الغش لا يمكن أن يكون هو البطلان لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراءه فيها، فيمكن لهذه الدولة أن تعتبره

¹ - بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 329.

² - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 206-207. أنظر كذلك: مريم عبد الله أحمد الجوفي، المرجع السابق، ص 364.

غير نافذ في إقليمها فقط، وبالتالي فإن أثر الغش هو عدم النفاذ لا البطلان.¹

إن ما أثار انتباهنا في هذه المسألة أنه هناك علاقة وطيدة بين استبعاد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام، واستبعاده بسبب الغش نحو القانون؛ ذلك أن تغيير المفاهيم في التشريعات ينعكس على فكرة النظام العام، وبالتالي يمتد كذلك لمسألة الغش نحو القانون، فإذا افترضنا أن الأميرة Beufferment قد قامت بالتصرف السابق ذكره بعد صدور قانون 11 يوليو 1975، فسيعدت القاضي بحكمها لأنه لا مجال لتدخل الدفع بالقانون لا بسبب النظام العام ولا بسبب الغش نحو القانون ذلك أن النظم القانونية أصبحت متشابهة في كلا الدولتين أي تبيح التطبيق.

وعليه يتضح مدى الاختلاف الكبير الذي حصل في توجه المشرع الفرنسي تجاه مسألة التطبيق، فبعد أن كان يقر بعدم جوازه وتقبيده في حدود ضيقة أصبح الآن يرى من خلال نصوص القانون الجديد أن التطبيق هو الحل الطبيعي لصعوبات الحياة الزوجية وأنه الحل إذا أصبح الاستمرار في الزواج مستحيلا، وهذا يعني حصول تطور في مفهوم التطبيق والنظام العام بصفة عامة.²

إذا حصل الزوجان على الطلاق طبقا لقانون جنسية أحدهما وكان هناك تقارب بين قانونيهما الشخصيان مقارنة مع أحكام القانون الفرنسي فلا يمكن اتهامهما بالغش أو رفض إعطاء الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان قد انتقل إلى الخارج رغبة في الخضوع لأحكام قانون القاضي الأجنبي الأقل تشددا.

وقد يكون التحايل باصطناع قاعدة التنازع، وذلك باختيار طلب الطلاق على قضاء معين، ومن ذلك إقامة لبنانيين مارونيين في فرنسا بصورة مصطنعة لغرض خضوعهما للقانون الفرنسي³ الذي يخضع الطلاق لقانون محل الإقامة من أجل الحصول على الطلاق والتهرب من تطبيق أحكام قانون الطائفة التي ينتميان إليها والتي تمنع انحلال زواجهما.⁴

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 197.

² - مريم عبد الله أحمد الجوفي، المرجع السابق، ص 354.

³ - صدر بهذا الصدد حكم عن محكمة باريس بتاريخ 1982/07/06 الذي قضى باعتبار السفر للخارج للحصول على التطبيق خصيصا والذي كان يصعب إتمامه داخل فرنسا، بأنه غش نحو القانون يستوجب عدم الاعتداد به. نقلا عن مريم عبد الله أحمد الجوفي، نفس المرجع، ص 365.

⁴ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 207.

كما قد يكون التحايل كذلك بتغيير الدين، كما لو اعتنق مصري مسيحي الدين الإسلامي لأجل طلاق زوجته بإرادته المنفردة، فهنا هل يستبعد القانون الواجب التطبيق إعمالاً لقاعدة الدفع بالغش نحو القانون أم لا؟

يرى الدكتور جعفر الفضلي بهذا الصدد أنه يتعين السماح للقاضي بعدم الاعتداد بهذا التغيير حتى لا يحقق الزوج غايته في حالة ما إذا كان الغرض من تغيير الدين هو التحايل على القانون.¹

الفرع الثاني:

إشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بانحلال الزواج المختلط

تنشأ نزاعات عديدة بين جزائريين وأجانب أو بين أجانب يقطنون بالجزائر حول فك الرابطة الزوجية المختلطة، ومن الطبيعي أن تصدر أحكام بشأنها تدعو الحاجة إلى تنفيذها على الإقليم الجزائري.

وتكمن أهمية تنفيذ الأحكام الأجنبية وفق أحكام القانون الدولي الخاص في كون القواعد التي يتم بموجبها تذييل الحكم تمس حقوق الأفراد المالية وأحوالهم الشخصية؛ مما يمكن أن يسبب ضياعاً لحقوق الأفراد. وهذا الذي يتطلب معه الأمر التعامل بنوع من المرونة مع مسألة تنفيذ هذه الأحكام حتى لا يتم المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد وبمراكزهم القانونية². بالإضافة إلى أن عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية سيؤدي إلى جعل دراسة موضوعات القانون الدولي الخاص وبخاصة ما يتعلق بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي³ مجرد دراسة نظرية لا وجود لها في الواقع العملي⁴ لأنه في

¹ - جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد1، 1988، ص245.

² - ياسين المعتمد، نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 13، العدد4، ص 114.

³ - تجدر الإشارة إلى أن ضوابط الاختصاص القضائي مبنية على سيادة الدولة الإقليمية أو الشخصية بسبب تعلق سيادة الدولة بالإقليم الذي يخضع لسلطانها والأشخاص الذين يتواجدون فيها. أنظر: لؤي حكمت وحيد، انقضاء الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، 2010، ص45.

⁴ - عبد اللاوي سامية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وفقاً للقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة خنشلة، المجلد1، العدد 2، جويلية 2014، ص 198-199.

حالة عدم الاعتراف بأحكام التطبيق الأجنبية، فإن ذلك سيؤدي بالأطراف المتنازعة إلى رفع دعوى قضائية أخرى؛ الأمر الذي يترتب عليه ضياع الوقت، وزيادة مصاريف التقاضي، ومن المحتمل أيضا وقوع تضارب في الأحكام.¹

وقد حاولت مختلف القوانين في العالم ومن بينها القانون الجزائري التوفيق بين مبدأ حماية السيادة الوطنية من جهة، ومبدأ الحفاظ على العلاقات الدولية وتحقيق العدالة من جهة أخرى، وذلك بإدراج مجموعة من القواعد القانونية لكيفية تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه أثناء مباشرة تنفيذ الأحكام القضائية هذه يواجه أطراف الحكم أو المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ إشكالات عدة تعيق مواصلة التنفيذ، وهذا قد يصدر لأي سبب قد يثيره المستفيد من التنفيذ أو المنفذ عليه أو الغير.²

وعليه ما هو الحكم القضائي الأجنبي؟ وما هي الشروط الواجب توافرها فيه ليقبل التنفيذ أمام القضاء الجزائري وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

يكون الحكم أجنبيا إذا صدر من محاكم دولة أجنبية بالمقابلة للحكم الوطني الذي يصدر باسم الدولة. وقد عرفه البعض بأنه: "الحكم الصادر عن هيئة قضائية باسم سلطان دولة أجنبية بمقتضى ما لها من وظيفة قضائية بصرف النظر عن مكان صدوره"،³ أو هو الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقا للنظام القانوني السائد في دولة معينة، والغالب أن تكون هذه السلطة هي القضائية في الدولة الأجنبية.⁴

وبالتالي يعد حكم الطلاق أو التطلق الصادر في تونس مثلا أجنبيا، إذا ما أريد تنفيذ أحكامه في الجزائر، كما يعتبر كذلك الحكم الصادر في الجزائر أجنبيا إذا ما أريد تنفيذ أحكامه وآثاره في

¹ - مسعودي يوسف، تنفيذ أحكام الطلاق في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 338-339.

² - بولحية سمية، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية، المركز الجامعي بريك، المجلد 1، العدد 1، جوان 2018، ص 91.

³ - بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على أعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، العدد 2، 1994، ص 53.

⁴ - ياسين المعتمد، المرجع السابق، ص 112.

تونس، حتى ولو كان أطراف الدعوى تونسيين. المهم أنه صدر في دولة غير الدولة التي سينفذ فيها. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ عكس بعض التشريعات، إلا أنه بالرجوع إلى اتفاقية الرياض¹ التي صادقت عليها الجزائر نجد المادة 25 فقرة أ من الاتفاقية قد عرفت الحكم الأجنبي موضوع الاتفاقية والذي يكون قابلاً للتنفيذ بأنه: "كل قرار أيا كانت تسميته يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أي جهة مختصة لدى أحد الأطراف المتعاقدة"².

وعلى الرغم من المراحل العديدة التي تمر بها رحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق بشأن الطلاق والصعوبات والمعوقات التي يصطدم بها (التكييف، الإحالة، أعمال ضابط الإسناد، الدفع بالنظام العام، الدفع بالغش نحو القانون...)، إلا أن ثماره لا توتى إذا لم ينفذ حكم الطلاق في بلد أجنبي آخر غير الذي صدر فيه.³ فمثلما يحول النظام العام دون تطبيق القانون الأجنبي المتعارض بشكل صارخ والمفاهيم الأساسية لبلد القاضي؛ فإنه يحول أيضاً دون إهمار الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية⁴، أو ما يعرف بنظام الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية أو دعوى تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، هذا الأخير الذي يرد به تلك المسطرة القضائية التي يتم سلوكها لإضفاء القوة التنفيذية على حكم أجنبي داخل التراب الوطني.⁵

وعلى هذا الأساس فالأحكام القضائية⁶ الأجنبية تقبل التنفيذ أمام القضاء الجزائري وفق شروط

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 47/01 المؤرخ في 2001/01/11 المتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 1983/04/06، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2001.

² - بولحية سمية، المرجع السابق، ص 93.

³ - مسعودي يوسف، تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 337.

⁴ - زاير فاطمة، المرجع السابق، ص 114.

⁵ - ياسين المعتمد، المرجع السابق، ص 112-113.

⁶ - تجدر الإشارة إلى أن الأحكام القضائية أنواع عدة تختلف باختلاف معيار تقسيمها فتنقسم من حيث مضمونها إلى أحكام منشئة وأحكام مقررّة وأحكام إلزامية، حيث أن الأحكام المنشئة هي الأحكام القضائية التي تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني، أما الأحكام المقررّة فهي الأحكام القضائية التي يقتصر دورها على القضاء بوجود الحق، وفيما يخص الأحكام الإلزامية (وهي موضوع دراستنا) فهي الأحكام التي تقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء معين وهذه الأحكام تكون قابلة للتنفيذ الجبري. أنظر: بولحية سمية، المرجع السابق، ص 92.

معينة¹. ويقضي الأمر هنا التمييز في شروط التنفيذ بين نوعين من الأحكام؛ الأحكام الصادرة عن محاكم دول لا تربطها مع الجزائر اتفاقية دولية خاصة بهذا الموضوع وتطبق عليها قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والأحكام الصادرة عن محاكم دول تربطها بالجزائر اتفاقيات دولية² ثنائية أو متعددة تتعلق بهذا الموضوع، ويطلق عليها عادة معاهدات التعاون القانوني والقضائي، وتطبق على تلك الأحكام الأجنبية القواعد والشروط المقررة في تلك المعاهدات، لأن المعاهدة تسمو على القانون؛³ وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁴

بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من طرف الدول التي لا ترتبط مع الجزائر بمعاهدة دولية نصت المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵ على الشروط الواجب توافرها في الحكم لكي يعتد به ويتم إماره بالصيغة التنفيذية من أجل ترتيب آثاره؛ حيث جاء فيها ما يلي: "لا

¹ - عبد اللاوي سامية، المرجع السابق، ص 186.

² - من بين الاتفاقيات القضائية الدولية التي وقعت عليها الجزائر نذكر منها: الاتفاقية بين الجزائر والمغرب المنعقدة 15 مارس 1963 والمصادق عليها بأمر رقم 68 69 بتاريخ 2 سبتمبر 1969. المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بأفران يوم 15 يناير 1969.

اتفاقية الرياض التي سبق الإشارة إليها، اتفاقية مبرمة مع فرنسا متعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بموجب الأمر 65- 149 المؤرخ في 29 يوليو 1965 واتفاقيات مع كل من تونس والمملكة المغربية وجمهورية مصر العربية. أنظر: بولحية سمية، المرجع السابق، ص 96.

³ - رزيقة قريشي، تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، العدد 17، جانفي 2018، ص 739.

⁴ - حيث جاء فيها: "إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات والاتفاقيات القضائية التي تدرج بين الجزائر وغيرها من الدول.

⁵ - يقابلها الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص حيث جاء فيه: "لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية: - إذا كان موضوع النزاع من اختصاص المحاكم التونسية دون سواها. - إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية. - إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع. - إذا كان القرار الأجنبي قد وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون البلد الصادر فيه أو غير قابل للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها. - إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل.

يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص.

- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه.

- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه.

- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر."

ونصت المادة 606 من نفس القانون على أنه "لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

-توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.

-توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.

-خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر.

فبحسب نص المادة 605 السابق ذكرها لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية وذلك متى كانت مستوفية للشروط التالية:

أولاً- ألا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص:

معنى ذلك أن يصدر الحكم أو القرار القضائي عن هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه، كما يتعين أن يكون الحكم صادرا في مادة من مواد القانون الخاص، فلا يعتد بحكم صادر في مادة جنائية أو إدارية، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها؛ حيث جاء في القرار رقم 14 74 69 الصادر بتاريخ 15 /12 /2011 أنه "لا تمنح محكمة مقر المجلس القضاء المختصة الصيغة

التنفيذية بأمر استعجالي أجنبي فاصل في الموضوع لمخالفته قواعد الاختصاص".¹

نذكر في هذا السياق أن مسألة تحديد ما إذا كان الحكم متعلقا بمسائل القانون الخاص من عدمه هي مسألة تكييف يجب الرجوع فيها إلى قانون دولة القاضي المعروض أمامه النزاع عملا بالقاعدة المعمول بها في التكييف.

ويرجع اشتراط كون الحكم الأجنبي متعلقا بمنازعات القانون الخاص إلى كون هذا الشرط نتيجة منطقية لشروط تطبيق قواعد تنازع القوانين حيث التنازع لا يثور إلا بين قوانين خاصة.²

كذلك لا يجوز الاعتراف بالحكم الأجنبي إذا كان الحكم موضوع التنفيذ فيه تحايل على قواعد الاختصاص (أي غش نحو الاختصاص)، أو صدر نتيجة إجراءات أهدرت فيها حقوق (أي غش في إجراءات التقاضي)؛ مما يجعله معيبا وغير قابل للتنفيذ في الدولة المطلوب فيها تنفيذ.

ثانيا - أن يكون الحكم الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي به وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها:

أي أن يكون الحكم نهائيا غير قابل للطعن بالطرق العادية لأن الحكم القابل للطعن هو حكم غير مكتمل الحجية، والحكمة من ذلك هي أن الحكم الأجنبي الذي لم يحز على قوة الشيء المحكوم فيه يكون قابلا للتعديل في البلد الذي صدر فيه، ولا يصح تنفيذ حكم قد يعدل في اليوم التالي ومن ثم يجب على القاضي الوطني الانتظار حتى يصبح الحكم نهائيا.³

وهو ما أخذت به المحكمة العليا في القرار رقم 70 22 48 الصادر بتاريخ 17 / 06 / 2009 "تتأكد الجهة القضائية وجوبا قبل إمرار الحكم الأجنبي بصيغة تنفيذية من قانونية محضر التبليغ والتكليف بالحضور إلى جلسة المنطوق فيها بهذا الحكم".

كذلك القرار رقم 55 57 65 الصادر بتاريخ 14.07.2011 "استناد جهة قضائية جزائرية إلى

¹ - بولحية سمية، المرجع السابق، ص 95. أنظر كذلك:

M. Pierre Lalive, L'application du droit public étranger, Institut de Droit international, Geneve, juillet 1975, P 162-163.

² - عبد اللاوي سامية، المرجع السابق، ص 188.

³ - بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على أعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 55.

حكم أجنبي غير مهور بالصيغة التنفيذية للفصل في قضية معروضة عليه خرق للسيادة الوطنية".¹

ثالثا- ألا يكون الحكم الأجنبي متعارضا مع حكم سبق صدوره من القضاء الجزائري:

وقد أكد القضاء الجزائري في العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا على شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي المراد تنفيذه مع حكم سبق وأن أصدرته المحاكم الجزائرية، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 50900 الصادر بتاريخ 2016.09.16: "لا يجوز إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم أجنبي متعارض مع حكم جزائري".²

والحكمة من هذا الشرط تكمن في أن الحكم القضائي الوطني أولى بالإنفاذ من الحكم الأجنبي متى كان الحكمان قد صدرا في دعوى واحدة ومتى اتحد الموضوع والسبب في كلتا الدعوتين وكان لهما نفس الخصوم.

ويرتبط هذا الشرط بمبدأ السيادة ولا يشترط أن يكون الأمر أو الحكم الصادر عن الجهات القضائية الجزائرية نهائيا حائزا لقوة الشيء المقضي به.³

رابعا- ألا يكون الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام:

لقد نص المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة على هذا الشرط في الفقرة الرابعة من المادة 605 السابق ذكرها حيث جاء فيها: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية اجنبية متى استوفت الشروط الآتية: ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر". ويعتبر الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا كان به مساس بالمبادئ الأساسية التي تقوم عليها الحياة الاقتصادية والاجتماعية في دولة معينة وفي وقت معين.⁴

وهو ما قضت به محكمة بشار في حكمها الصادر بتاريخ 2007/01/30 حيث رفضت هذه المحكمة إهمار حكم الطلاق الصادر بألمانيا بتاريخ 2004/07/01 بالصيغة التنفيذية وذلك بعد أن تبين لها أن هذا الحكم مبني على قانون الإجراءات المدنية الألماني وليس قانون الأسرة الجزائري

¹ - بولحية سمية، المرجع السابق، ص 94.

² - عبد اللاوي سامية المرجع السابق، ص 192.

³ - بولحية سمية، المرجع السابق، ص 95-96.

⁴ - بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على أعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 55.

المستمد من الشريعة الإسلامية، ولما كان تنفيذ الأحكام الأجنبية مقيدا بعدم تعارضها مع النظام في حين أنه لم يراعى في حكم الطلاق الصادر بألمانيا أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يترتب على ذلك رفض إمهارة هذا الحكم بالصيغة التنفيذية¹.

وقد جاء كذلك في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ما يلي: "المبدأ: إن إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي بالطلاق يعطي للحكم حجية الشيء المقضي فيه، وأن رفض القاضي لدعوى الرجوع لعدم التأسيس يعتبر تطبيق سليم للقانون. إن إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي بالطلاق بعد التأكد من عدم مساسه بالآداب العامة والسيادة الوطنية من طرف القاضي المختص هو تطبيق سليم للقانون".²

استكمالا للشروط السابق ذكرها والتي منها ما يتعلق بالمحافظة على سيادة الدولة، ومنها ما يهدف إلى مراقبة مشروعية الحكم الأجنبي، نضيف شرط المعاملة بالمثل أو ما يعرف بمبدأ التبادل؛ أي أن يعامل القاضي الوطني الأحكام الأجنبية المراد تنفيذها في الوطن نفس المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية المراد تنفيذها في هذه الدولة الأجنبية، بمعنى أنه إذا كانت الدولة الأجنبية تطبق على الأحكام الجزائرية نظام الدعوى الجديدة³. فإن القاضي الجزائري يجب أن يعامل الحكم الأجنبي نفس المعاملة، فيكون على المدعي الأجنبي أن يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم الجزائرية لاستيفاء حقه. أما إذا كانت الدولة الأجنبية المراد تنفيذ أحكامها في الجزائر تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ فيجب أن تعامل أحكامها أمام القاضي الجزائري بنفس المعاملة، مع الأخذ بعين الاعتبار الصورة المطبقة لإصدار

¹ - زابر فاطمة، المرجع السابق، ص 114-115.

² - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 254709، بتاريخ 2001/03/28، م ق، العدد 1، 2002، ص 312. نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص1176.

³ - تجدر الإشارة بهذا الصدد أن الدول تختلف في تحديد النظام الذي يحكم مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية، فهناك ثلاث نظم قانونية وهي: أسلوب المراجعة أو إعادة النظر في الحكم، أسلوب المراقبة، وأسلوب الدعوى الجديدة، أي نظام رفع قضية موضوعية جديدة أمام القضاء الوطني لاستصدار حكم قطعي وطني يكون واجب التنفيذ محليا. أنظر: بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على أعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، المرجع السابق، ص56.

الأمر بالتنفيذ كونها نظام مراقبة أو مراجعة.¹

وبالرجوع إلى التشريعات الأخرى نجد دولا كثيرة نصت على مبدأ التبادل، ومنها القانون التونسي في المادة 309 والقانون المصري في المادة 296 من قانون المرافعات المصري، أما فرنسا فلم تقر بمبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام الأجنبية وهو ما اعتمده المشرع الجزائري كذلك.² ويرى جانب من الفقه أن مبدأ المعاملة بالمثل هو تجسيد لمبدأ المساواة في السيادة بين الدول، فيما يرى جانب آخر أن هذا الشرط ذو طبيعة سياسية لا يجوز أن يعلق عليه تنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم تنفيذها، فينبغي للدولة أن تقدر مسألة جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية وفق ما تراه مناسبا للعدالة واستقرار المعاملات بصرف النظر عما تجري عليه الدول الأخرى.³

وفقا للمادة 608 فإن العمل بالشروط السابق ذكرها يجب أن لا يمس بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول؛ حيث أنه إذا وجدت معاهدة خاصة في هذا المجال مع دولة أجنبية لا تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما تطبق أحكام هذه المعاهدة وذلك ما يتلاءم مع المبدأ الدستوري القاضي بسمو المعاهدات الدولية على التشريع الوطني.⁴

خلاصة فإن كل حكم أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية؛ حيث يتم ذلك بموجب رفع دعوى الأمر بالتنفيذ أمام الجهة القضائية المختصة، وذلك من أجل منح القوة التنفيذية للحكم القضائي الأجنبي حتى يصبح قابلا للتنفيذ؛ إذ ترفع الدعوى أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ⁵، وهو ما جاء في نص المادة

¹ - عليوة عالية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الخاصة بمنازعات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، العدد 4، جانفي 2018، ص 409.

² - بولحية سمية، المرجع السابق، ص 191.

³ - مهداوي عبد القادر، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية طبقا لاتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغاربية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، العدد 2، 2014، ص 52.

⁴ - بولحية سمية، المرجع السابق، ص 96.

⁵ - بولحية سمية، نفس المرجع، ص 97.

607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹ وقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: " المبدأ: يختص القاضي الجزائري بالفصل في دعوى الطلاق بين جزائريين مقيمان في الخارج"²

وجاء في قرار آخر ما يلي: " من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج".³

كما جاء في قرار آخر مايلي: المبدأ: من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، أما في حالة الإقامة في بلد أجنبي فيسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن طرفي النزاع يقيمان في بلد اجنبي فإنه لا يمكن التخلي والامتناع على الفصل في النزاع القائم بين جزائريين لصالح قضاة أجنب و أن بإجابة قضاة الموضوع على الدفع المتعلق بعدم اختصاص القضاء الجزائري يكون قد أعطى تعليلا كافيا لقرارهم مما يستوجب رفض الطعن".⁴

استنادا لما سبق يجوز للمواطن الجزائري المتنازع أمام المحاكم الجزائرية في كل الأحوال، حتى ولو كان متوطنا أو مقيما بالخارج أيا كان نوع الدعوى.⁵

ويتضح أن الفكرة الرئيسية التي تتوقف عليها شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية هي فكرة النظام

¹ - حيث جاء فيها: " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ.

² - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف 1071158، (ع ف) ضد (ب ن)، المؤرخ في 2017/04/05.

³ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 84513، بتاريخ 1992/06/02، م ق، العدد 3، 1993، ص 91. نقلا

عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المرجع السابق، ص 699.

⁴ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 91144، بتاريخ 1993/06/23، م ق، العدد 1، 2004، ص 63. نقلا عن: سايس جمال، نفس المرجع، ص725.

⁵ - هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 66.

العام؛ ذلك أن كل الشروط التي ذكرناها نابعة أساسا من النظام العام.¹ ومنه يتضح أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الأمر بالتنفيذ، وذلك من خلال مراقبة الأحكام والسندات الأجنبية المراد تنفيذها؛ حيث يتوجب على القاضي الجزائري التأكد من اختصاص المحاكم الأجنبية، وعدم معارضة النظام العام.²

¹ - بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، المرجع السابق، ص 64.

² - مسعودي يوسف، تنفيذ أحكام الطلاق في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 341.

الفصل الثاني:

الآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط
والقانون الذي يحكمها في إطار العلاقات
الدولية الخاصة

تمهيد وتقسيم

بعد تفكك الرابطة الزوجية سواء بوفاة أحد الزوجين أو الحكم بالطلاق بصوره المختلفة تنتج مجموعة من الآثار قد تكون آثارا شخصية أو آثارا مالية، وقد تمس أحد الزوجين، كما قد تمتد إلى الأولاد. فكما يرتب انعقاد الزواج مجموعة من الآثار الشخصية والمالية، كذلك الأمر بالنسبة لانحلاله. إن التحدي الأكبر الذي يواجه الزيجات المختلطة يكمن في الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية كحقوق يصعب استحقاقها سواء من الناحية القانونية أو الإجرائية، وهذا يرجع طبعاً إلى التباين الواضح بين الدول في منظورها واعترافها بهذه الآثار. فهناك نظم قانونية لا تعترف بعدة الطلاق أو عدة الوفاة التي تعتبر مسألة شرعية في ديننا لا يجوز المساس بها أو تجاوزها، وهناك أيضاً نظم تحرم المرأة من حقها في النفقة أو التعويض التي تعد من الحقوق الثابتة لها شرعاً والنافذة بعد انحلال الرابطة الزوجية. وقد يثار النزاع فيما لو أقيمت دعوى عند انحلال الرابطة الزوجية بوفاة أحد الزوجين ومطالبة الزوج الآخر بحقه في التركة أو في الوصية. فهناك دول لا تجيز التوارث أو الإيصال بين الزوجين، وأخرى تمنع استحقاق الزوجة للتركة، ودول أخرى تساوي بين الرجل والمرأة في الميراث، وهناك أيضاً من تضع الزوجة في المراتب الأخيرة في الميراث.

ويزداد الأمر صعوبة في استيفاء الحقوق في إطار العلاقات الخاصة الدولية عند وجود أولاد ناتجين عن هذا الزواج المختلط؛ خاصة إذا كانت العلاقة القانونية متعددة الأطراف واختلفت جنسية كل طرف مثل مسألة استحقاق الحضانة (الأب، الأم، الطفل)، وهو ما يثير مشكلة تحديد القانون الذي يحكمها.

تفسيرا لما سبق ذكره تنشأ مشكلة التنازع بين قوانين الدول العلمانية وقوانين الدول الإسلامية؛ ما يؤثر سلباً على حقوق كل من الزوجين سواء الشخصية أو المالية، ويمتد هذا التأثير إلى الأبناء الناتجين عن الزيجات المختلطة خاصة فيما يخص الحضانة واستحقاقها، وحق الزيارة وما يلحقه نقل الطفل المحضون من بلد إلى آخر، وكيفية تعامل الدول الأطراف مع هذا الإشكال الذي يملأ المحاكم القضائية.

وعليه سنتطرق في هذا الفصل للآثار الناتجة عن انحلال الزواج المختلط بالوفاء والقانون الذي يحكمها (المبحث الأول)، ثم ننتقل للآثار الناتجة عن هذا التفكك بسبب الطلاق والقانون الذي يسري عليها (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط بالوفاة والقانون الذي يحكمها

إن جميع الأمم ومنذ الأزل اختلفت في معاملة المرأة المتوفى عنها زوجها أو حتى المطلقة، فمنها من رأى أنّ من وفاء المرأة لزوجها بعد موته ألا تبقى على قيد الحياة بعده ولو كانت في ريعان الشباب، ومنها من يوصي بها إلى شخص آخر بعد وفاته، أما العرب في الجاهلية فاختلقت أعرافهم وتقاليدهم، فمنهم من كان يرى أنّ أولياء الرجل أحق بها من أهلها إن شاءوا زوجها وإن شاءوا لم يزوجوها، وقيل أنّ أهل يثرب (المدينة المنورة) كانوا إذا مات الرجل منهم في الجاهلية ورث امرأته من يرث ماله.¹

وعلى هذا الأساس تختلف الآثار الناتجة عن انتهاء الرابطة الزوجية بوفاة أحد الزوجين كما أشرنا سابقاً، غير أننا سنركز في هذا المبحث على عدة المرأة المتوفى عنها زوجها كأثر من الآثار الشخصية لانحلال الزواج المختلط بالوفاة والقانون الذي يحكمها (المطلب الأول)، ومن ثم سننتقل بالدراسة إلى أبرز المسائل إثارة لتنازع القوانين؛ وهي حق التوارث والإيصاء بين الزوجين والقانون الذي يسري عليهما والمعوقات التي تواجه تطبيقه، وكذا مدى جوازهما في العلاقات الدولية الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

العدة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية المختلطة بسبب الوفاة

تختلف العدة بشكل عام من دولة إلى أخرى بسبب الانتماء الديني غالباً، كونها تعتبر مسألة شرعية محضة، الأمر الذي يفتح باب النزاع في العلاقات الدولية الخاصة، وعليه ما هو الفرق بين العدة في الشريعة الإسلامية والديانات السماوية الأخرى؟ وكيف تعاملت التشريعات الوضعية في القانون الدولي الخاص مع هذا التباين للفصل في هذه المسألة وإيجاد القانون الذي يحكمها؟
سنجيب عن هذا الإشكال في هذا المطلب من خلال التطرق إلى مضمون مسألة العدة في الشريعة الإسلامية والديانات السماوية الأخرى والقوانين الوضعية (الفرع الأول)، ثم بيان القانون الذي يحكمها (الفرع الثاني).

¹ - ثناء الكردي، العدة الشرعية للمرأة عبر التاريخ وفي الأديان السماوية، مقال منشور في موقع المساواة، مركز دراسات المرأة. أنظر الموقع: <http://musawasyr.org/?p=1339> تاريخ التحميل: 2020/03/02. سا: 5: 00.

الفرع الأول:

مضمون مسألة العدة في الشرائع الدينية والقوانين الوضعية

يجب الحداد على المتوفى عنها زوجها باتفاق لحق الشرع إذا كان الزوج صحيحاً، وبستوي في هذا جميع الزوجات؛ المسلمة وغير المسلمة، والصغيرة والكبيرة المدخول بها وغير المدخول بها.¹ وهو ما تبنته أغلب التشريعات الوضعية من بينها التشريع الجزائري.

البند الأول:

مضمون مسألة العدة في الشريعة الإسلامية والديانات السماوية

العدة في اللغة من العد والحساب وهي تربص المرأة المدة الواجبة عليها، وسمي زمان التربص عدة، لأنها تعده، وأصل عدد يدل على الإحصاء، يقال عدت الشيء، أي أحصيته.² أما في الاصطلاح الفقهي، فقد عرفها الفقهاء بأنها إسم لمدة تربص فيها المرأة عن التزويج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها، إما بالولادة، أو بالأقراء، أو الأشهر.³

ومن بين الأمور التي توجب العدة على المرأة هي وفاة زوجها عنها، وتكمن الحاجة من فرض العدة على المرأة بعد انتهاء زواجها في استبراء رحمها للتثبت من عدم وجود حمل عند جميع الطوائف.⁴ وقد ثبتت مشروعيتها في الكتاب والسنة والإجماع، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَنْدَرِبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنَحْشًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيهَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾.⁵ وقوله ﷺ: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشر".⁶

¹ - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 164.

² - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دط، مكتبة لبنان، بيروت، 2009، 2/396.

³ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار (شرح منقلى الأخبار)، دط، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2009، 6/341.

⁴ - أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 225.

⁵ - سورة البقرة، الآية: 234.

⁶ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دط، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1998، حديث رقم 5339، ص 1056.

وعليه فمدة المعتدة من وفاة في الشريعة الإسلامية هي أربعة أشهر وعشرة أيام، وقد تعاملت الأديان السماوية الأخرى مع المرأة المنفصلة عن زوجها بطلاق أو وفاة بطرق مختلفة. ففي الشريعة اليهودية إذا وقع الطلاق أو مات الزوج وجبت العدة على المرأة ومدتها تسعون يوماً.¹

أما العدة عند الطوائف المسيحية هي على الشكل التالي:

- عند الطائفة الأرثوذكسية ليس للأرملة أن تعقد زواج قبل انقضاء العدة القانونية وهي أربعة أشهر إذا تبين طبياً أنها غير حامل وهو ما أقرته في المادة 79 من قانون أحوالها الشخصية.

- الطائفة الإنجيلية أوجبت العدة وحددت مدتها في المادة 49 من قانون أحوالها الشخصية، فقد أوجبت العدة على الأرملة ومدتها ثلاثة أشهر بعد الوفاة، وإذا أرادت الزواج مرة أخرى تعتد لمدة تسعة أشهر إضافية.

- عند الكاثوليك ينص قانونهم على أحكام تفيد أن العدة تشكل المانع للزواج، ولعل الأمر يتعلق بديمومة ووحداية الزواج بشكل متشدد، غير أنه سبق لمجمع "نيقيا" أن أقر هذا المانع سنة 325 ميلادي؛ مما يعني أن هذا الشرط مقبول ضمناً. ولقد جاء في كتاب الناموس للمطران داود أن الشريعة المارونية² حددتها بعشرة أشهر، وقيل في مؤلف مختصر الشريعة بين الزيجات الممنوعة أن العدة سبعة أشهر لوفاة الزوج.³

البند الثاني:

مضمون مسألة العدة في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة

نص المشرع الجزائري عن مدة عدة المتوفى عنها زوجها في المادة 59 من قانون الأسرة؛ حيث جاء فيها: "تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ

¹ - ثناء الكردي، المرجع السابق، دص.

² - الكنيسة المارونية هي كنيسة مسيحية سريانية مشرقية اجتمعت نواتها الأولى حول القديس مارون بهيئة حركة رهبانية ما لبثت أن ضمت علمانيين، لذلك دعيت باسمه. أنظر: تقرير بعنوان: الكنيسة المارونية (المعتقد وأماكن

الانتشار)، مركز التأصيل للدراسات والبحوث عبر الموقع: <https://www.facebook.com/taseel/posts/10153136487893806>

تاريخ الاطلاع 2021/02/01. ص 23: 00.

³ - أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 227-228.

صدور الحكم بفقده"، ومنه فالمرأة المتوفى عنها زوجها إذا كانت غير حامل فتتربص بنفسها أربعة أشهر وعشرة أيام.

وهي نفس المدة التي نص عليها المشرع المصري في المادة 81 من قانون الأحوال الشخصية المصري بقوله: "تتقضي عدة المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام قمرية من تاريخ الوفاة، إن لم تكن حاملاً، فإن كانت حاملاً انقضت عدتها بوضع الحمل أو سقوطه وبراءة الرحم".

كذلك بالنسبة للتشريع التونسي الذي حذا حذو التشريعات العربية هذه المرة، ونص على مدة عدة الوفاة من خلال الفصل 35 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث جاء فيه: "... تعتد المتوفى عنها زوجها مدة أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة... أما الحامل فعدتها وضع حملها وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الوفاة".

ومنه يتضح أن الأحكام الواردة فيما يخص العدة في التشريع الجزائري والتشريعات العربية المقارنة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

أما عن التشريع الفرنسي والتشريعات الغربية عامة فهي لا تعرف مسألة العدة، وإن كانت مدة الانفصال الجسماني تعد نوعاً من العدة الطويلة الأمد؛ إذ يعيش خلالها الزوجان منفصلان جسمانياً، رغم أن عقد الزواج يظل قائماً بينهما، ولما كان الهدف من العدة في الشريعة الإسلامية التأكد من براءة رحم المرأة منعا لاختلاط الأنساب، فإن الدول الغربية تعمد إلى أعمال وسائل العلم الحديثة التي يتم بمقتضاها التوصل إلى معرفة يقينية ببراءة الرحم، وبالتالي لا تعترف بالعدة.¹

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على مسألة العدة بسبب الوفاة

لم ينص المشرع الجزائري على ضابط إسناد يحكم العدة على غرار التشريعات العربية المقارنة، لكن حسب تقديرنا يطبق عليها ضابط الإسناد المنصوص عليه في المادة 2/12 وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، كونها تندرج ضمن الآثار الشخصية لانحلال الرابطة الزوجية التي نص عليها المشرع في المواد 58 إلى 61 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني تحت عنوان "آثار الطلاق".

¹ - جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 30.

غير أن الدكتور أعرب بلقاسم يرى بأن العدة من الآثار التي تخص كل زوج على حدة، وبالتالي تخرج من نطاق قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 2/12 وتخضع لقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 10 من القانون المدني التي جاء فيها: « يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها جنسيتهم» معنى ذلك أن العدة تندرج ضمن الحالة الشخصية للمرأة وتخضع لقانونها الشخصي. غير أنه لم يحدد في هذا السياق ما إذا كانت العدة المقصودة عدة الوفاة أم عدة الطلاق.¹

ولا شك أن عدة الوفاة سواء كانت تندرج ضمن الآثار الشخصية لانحلال الرابطة الزوجية أو تعد من مسائل الحالة الشخصية للمرأة، تبقى مسألة تكيف ترجع للسلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثاني:

الآثار المالية المترتبة عن انحلال الزواج المختلط بسبب الوفاة

يخلف الزواج المختلط آثارا مالية بانعقاده وحتى بعد انحلاله، فقد يثار النزاع فيما لو أقيمت دعوى عند انحلال الرابطة الزوجية بوفاة أحد الزوجين ومطالبة الزوج الآخر بحقه في التركة أو في الوصية، ومن ثم فهناك دول لا تجيز التوارث أو الإيضاء بين الزوجين، وأخرى تمنع استحقاق الزوجة للتركة، ودول أخرى تساوي بين الرجل والمرأة في الميراث، هذا التباين سببه المرجعية الدينية للنظم القانونية، الأمر الذي يجعل من مسألتى الميراث والوصية حقلًا لتنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة.

وعليه سنتطرق في هذا المطلب لمضمون الآثار المالية النافذة بعد انحلال الزواج المختلط بسبب الوفاة (الفرع الأول)، ثم سننتقل إلى بيان التكيف القانوني لها والقانون الذي يحكمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مضمون الآثار المالية النافذة بعد انحلال الزواج المختلط بسبب الوفاة

من المعلوم أن الخلافة بسبب الموت نوعان، خلافة إجبارية يكون سببها القانون؛ أي تثبت بحكم القانون وهي ما يسمى بالميراث (البند الأول)، وخلافة اختيارية يكون مصدرها قانونيا أو اتفاقيا ويطلق عليها الوصية² (البند الثاني).

¹ - أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 261.

² - ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 144-145.

البند الأول:

حق التوارث بين الزوجين كأثر من الآثار المالية النافذة بعد الموت

الميراث¹ عند الفقهاء هو عبارة عن استحقاق الوارث نصيبه مما تركه الميت من مال أو حق²، أو هو ما خلفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقها بموته الوارث الشرعي، وقد وضعت الشريعة الإسلامية نظام الموارث على أحسن النظم المالية وأحكمها وأعدلها؛ فنظمت ملكية الإنسان للمال، ذكرًا كان أو أنثى بالطرق الشرعية، كما قررت انتقال ما كان يملكه الشخص أثناء حياته إلى ورثته بعد وفاته من الرجال والنساء، دون تمييز بين صغير أو كبير³.

يرجع تحديد أصحاب الحقوق في هذا المال، ونصيب كل وارث فيه كما جاء بيانه في القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة. فقد حدد الله تعالى نصيب كل وارث في هذا المال، وفصله في القرآن الكريم، وجاءت السنة النبوية فيه عن النبي محمد -صلى الله عليه وسلم- بالبيان والتمام والكمال، ووضع فقهاء الشريعة قواعد التقسيم فيه في علم أسموه علم الميراث أو علم الموارث⁴، وهو علم يبحث في فقه المسائل المتعلقة بالتركة والموارث ويسمى أيضا علم الفرائض⁵.

ومن هنا فإن انتقال ملكية ما يتركه المورث من أموال وحقوق إلى ورثته يخضع في الشريعة الإسلامية لنظام التركات والموارث. فموضوع التركات يتناول التركة وما تشتمل عليه من أموال وحقوق، وكيفية انتقالها إلى أصحابها من الورثة الشرعيين، وما يتعلق بها من أحكام شرعية، وكيفية

¹ - الميراث في اللغة: مصدر الفعل ورث؛ وأصله (موراث) انقلبت الواو ياء لسكونها وكسر ما قبلها، وهو مصدر (ورث) إرثًا وميراثًا، يقال ورث فلان قريبه، أو ورث أباه، ويطلق الميراث في اللغة على معنيين: الأول: البقاء ومنه سمي الله تعالى (الوارث) أي الباقي بعد فناء الخلق، والثاني: انتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين: سواء كان ماديا كالأموال أم معنويا كالعلم، ومنه يسمى مال الميت إرثًا لأنه بقية من سلف لمن خلف. أنظر محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص1. فؤاد عبد اللطيف سرطاوي، الوجيز في الوصايا والموارث، دط، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص51.

² -نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، دط، المكتبة التوفيقية، مصر، 1995، ص9.

³ -بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، ط3، دار هومة، الجزائر، 2013، ص15.

⁴ -عبد اللطيف فايز دريان، فقه الموارث في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، تقديم محمد رشيد قباني، ط1، المجلد الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2006، ص7.

⁵ - الفريضة هي قواعد في الفقه والحساب يتوصل بها إلى معرفة الحقوق المتعلقة بالتركة ونصيب كل وارث منها، أنظر فؤاد عبد اللطيف سرطاوي، المرجع السابق، ص50.

حسابها وتصفياتها من الحقوق المتعلقة بها، أما موضوع الموارث، فهو الذي يحدد الوارث من غيره، ومركزه في الميراث، وأحوال الورثة، ونسبة الحصة لكل من الورثة الشرعيين من التركة، وكذا شروط وأسباب وموانع الميراث، ومن من الورثة يحجب الآخر، وإلى غير ذلك من المسائل انطلاقاً من القواعد الفقهية والحسابية. وبالتالي فإن نظام التركات يبين موضع الحق، وأما نظام الموارث يحدد حق الإرث في حد ذاته، وكلا النظامين يخضعان لمصدر واحد للصلة الوثيقة بينهما.¹ وعليه فإن موضوع علم الميراث هو مال الميت ومن يستحقه، وثمرته هي إيصال الحقوق لأربابها على الوجه الشرعي الصحيح، وحكمه أنه فرض، استناداً من الكتاب والسنة والإجماع.²

لقد قرر الفقه الإسلامي أن الوارث يخلف المورث فيما له من حقوق لا فيما عليه من التزامات، وأن هذه الخلافة إجبارية أو إلزامية ولهذا لا يحتاج الوارث إلى قبول التركة، بعكس الخلافة الاختيارية وهي الوصية.³

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف الميراث تاركاً ذلك للفقه والقضاء، فقد عرفته المحكمة العليا بأنه ما يخلفه المورث من أموال وحقوق مالية، جمعها وتملكها أثناء حياته لمن استحقها بعد موته.⁴ غير أن المشرع الجزائري تناول مسألة الميراث بالتفصيل وخصص لها الكتاب الثالث من قانون الأسرة في المواد من 126 إلى 183.

أما عن أركان الميراث فهي ثلاث: المورث وهو الميت حقيقة أو الملحق بالأموال كالمفقود الذي حكم القاضي بموته، الوارث: وهو الحي حقيقة بعد المورث، أو الملحق بالأحياء كالحمل، والموروث: وهو ما يتركه الميت من مال وغيره.⁵ ويشترط لاستحقاق الميراث موت المورث حقيقة أو حكماً، وتحقق حياة الوارث.⁶

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 15—16.

² - فؤاد عبد اللطيف سرتاوي، المرجع السابق، ص 52.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 16.

⁴ - المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 24770، 14/04/1982، م ق، عدد 4، 1989، ص 55. نقلاً عن بلحاج

العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، نفس المرجع، ص 24.

⁵ - محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، المرجع السابق، ص 23.

⁶ - أنظر المواد 127-128 من قانون الأسرة الجزائري.

إن أسباب الميراث في الشريعة الإسلامية ثلاثة هي القرابة والزوجية¹ والولاء. ونظراً لانتهاه الرق في العالم فقد نصت القوانين على اعتبار السببين الأولين فقط،² لقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾³.

وقد نص المشرع الجزائري على أن الزوجية سبب من أسباب الميراث من خلال المادة 130 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء"⁴. ويراد بالزوجية عقد الزواج الصحيح سواء دخل الزوج بزوجه أم لم يدخل بها، وسواء مات عنها أم ماتت عنه قبل الدخول أو بعد الدخول.⁵

وترد نفس الأحكام السابقة الذكر في قانون الأسرة الجزائري بشأن الميراث على قانون الأحوال الشخصية المصري والتونسي، حيث خصص لها المشرع التونسي الكتاب التاسع من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية في المواد من 85 إلى 152.

أما مضمون نظام الميراث في القانون الفرنسي فهو يختلف تماما عما هو سائد في التشريعات العربية، فقد حدد المشرع الفرنسي المستحقين للإرث في المادة 731 وجعلهم على أربع درجات: الورثة الشرعيون؛ وهم الأبناء من النكاح الصحيح والأبوان والأجداد والأقارب والحواشي، والأولاد من النكاح الفاسد أي أولاد الزنا، والزوج والزوجة، ثم الخزينة العامة (بيت المال)، والأفراد من الدرجة الأولى (الورثة الشرعيون) يرثون عقب وفاة مورثهم بلا توقف على حكم القضاء لهم بالإرث، أما بقية درجات الورثة فلا يرثون إلا بعد حكم القضاء بتوريثهم.⁶

ولا يميز القانون الفرنسي بين الجنسين، أي أن للذكر مثل حظ الأنثى في الإرث، ولا يمكن لأي درجة أن ترث ما دام هناك درجة أعلى منها، سواء كان الورثة من أصول الميت أو فروعه فإن التركة تقسم إلى قسمين قسم للأب والأم يأخذانه مناصفة، وقسم للإخوة والأخوات، وإذا انعدم الأبوان ووجد

¹ - انظر نص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري.

² - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 157.

³ - سورة النساء، الآية 7.

⁴ - تقابها المادة 91 من القانون التونسي، والفصل 34 من القانون المغربي، المادة 35 من القانون الأردني، المادة 49 من القانون السوري.

⁵ - عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في الموارث والتركات، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص 18.

⁶ - عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص 51.

الإخوة فتقسم التركة إلى قسمين، قسم يعطى لمن يدلي إلى الميت من جهة الأب، وقسم يعطى لمن يدلي إلى الميت من جهة الأم. فإن كانوا من نكاح واحد قسم المال بينهم بالتساوي، ويأخذ الفرع حصة أصله المتوفي، وإلا قسم إلى قسمين قسم يعطى لمن تكون قرابته للميت من جهة الأب وقسم يعطى لمن تكون قرابته من جهة الأم، ويشترك الأشقاء في القسمين بسبب إدلائهم للميت من الجهتين، وإذا لم يكن للميت أبوان ولا إخوة ولا أخوات ولا أحد من نسلهم وكان له أصل من جهة واحدة كجد لأب قسم مال الميت إلى قسمين؛ قسم للأصول الأحياء وقسم لأقاربه الذين ينتسبون إليه من الجهة الأخرى، ويقسم المال بينهم بالتساوي عند استوائهم في القرب.¹

يلاحظ أن القانون الفرنسي لم يورث الزوج أو الزوجة إلا في حالة عدم وجود الورثة المذكورين أعلاه، وفي حالة وجود الورثة المذكورين يعطى للزوج أو الزوجة حق استثمار قسم من التركة بنسبة تسمح له أو لها بالمحافظة على وضعهما الاجتماعي الذي سبق وفاة المورث، أما الدولة فإنها لا تترث مال المتوفى إلا عند عدم وجود ورثة شرعيين وزوج المتوفى.²

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي جعل الأصل في الميراث أنه اختياري (بحكم من القاضي في بعض الحالات) وليس إجباري، بمعنى أنه للوارث الخيار بين قبول الميراث أو عدم قبوله فإذا قبله صار ملزما بجميع ديونه ولو لم تكف التركة.³

البند الثاني:

اختلاف أحكام الإيصاء بين الزوجين المختلفين في الديانة

تشير القاعدة أنه لا وصية لوارث، ومن المعلوم أن الزوجة تترث زوجها والزوج يرث زوجته، ومنه لا يجوز الإيصاء بينهما إلا بموافقة الورثة، غير أنه في حالات الزواج المختلط التي يكون فيها اختلاف الدين أمر وارد، لا يجوز التوارث بين الزوجين (وهو ما سنفصله لاحقا)، وبالتالي تختلف أحكام الوصية بين الزوجين في هذه الحالة فهل يجوز الإيصاء بينهما بدون إجازة الورثة أم لا؟

¹ - فؤاد عبد اللطيف سرتاوي، المرجع السابق، ص 76-77.

² - فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 13.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 37.

مبدئياً فالوصية هي هبة الإنسان غيره عيناً أو ديناً أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة بعد موت الموصي¹ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾²، وعليه تعتبر الوصية الحق الأول الثابت بعد الموت لغير المتوفي، والتي يتم إخراجها قهراً على الورثة ودون رضاهم مادامت في حدود الإطار الشرعي من التركة بعد استيفاء حق الميت في التجهيز والدفن وسداد الديون³.

وترتبط الوصايا عادة بالمواريث، ذلك لأن القانون الذي يحكم الوصية ويبين ضوابطها هو ذات القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بانتقال التركات بالميراث، لكن يبقى هناك ثمة فارق بينهما، فالوصية دون الميراث وهي تصرف غير ملزم في التركة وبارادة منفردة لا تنتج آثارها إلى بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له بها⁴.

وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوصية من مختلف المذاهب تعاريف متعددة، غير أننا أخذنا مسلك المشرع الجزائري⁵ في تبنيه لتعريف الأحناف الذي جاء فيه: هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع⁶.

وبالتالي فإن كل تصرف في أموال التركة من قبل صاحب المال بحياته على أن تنتقل هذه الملكية إلى الغير بدون عوض مالي وما بعد وفاته تعتبر وصية وتأخذ حكمها القانوني ولو تم استعمال تعابير أخرى، فتدخل في ذلك الهبة في مرض الموت⁷، وهو ما أكده المشرع الجزائري في

¹ _مسعود الهلالي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 45.

² _سورة البقرة، الآية 180.

³ _مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 444.

⁴ _علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 182-183.

⁵ - أنظر نص المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري. وتقابلها في ذلك المادة 916 من القانون المدني المصري، المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم 188 لسنة 1959، المادة 207 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 الصادر سنة 1953. الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. الفصل 173 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 204 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

⁶ - الياس ناصيف، الوصية (الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص)، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 11-12.

⁷ _ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 100.

المادة 204 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى قرار المحكمة العليا رقم: 219901 الصادر بتاريخ 16/03/1999.¹

وتكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة²، تجدر الإشارة أن عبارة "إجازة الورثة" يعني أن الإجازة لا تكون إلا بعد وفاة الموصي لأن الوارث لا يكتسب هذه الصفة إلا بعد وفاة مورثه³.

وفي السياق نفسه تشير المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وبما أن الزواج المختلط يرد فيه احتمال الاختلاف في الديانة، فالزوجة المسيحية مثلا لا تترث زوجها المسلم، وعليه تصبح الوصية للزوجة جائزة من غير الحاجة لموافقة الورثة، لكن في حدود الثلث كما أوضحنا.

فلم يشترط القانون لصحة الوصية اتحاد الدين⁴، لذلك تجوز وصية المسلم لغير المسلم، كما تجوز وصية غير المسلم للمسلم، وكما تجوز وصية اليهودي للمسيحي وهكذا، لأن الوصية صلة، والصلة تجوز مع اختلاف الدين، وأعمال البر تجوز بين أهل الأديان المختلفة لأن الأديان ما حرمت التواصل والتراحم. فإذا كانت الزوجة غير مسلمة، وكانت تابعة لدولة أجنبية لا تمنع قوانينها الوصايا لغير رعاياها فهي صحيحة نافذة، وإلا فهي غير نافذة، سواء كان الموصي مسلما أم غير مسلم، وذلك للمعاملة بالمثل، وتحقيق المساواة في التعامل الدولي⁵.

وترد نفس الأحكام السابقة الذكر في قانون الأسرة الجزائري بشأن الوصية على قانون الأحوال الشخصية المصري والتونسي.

¹ للاطلاع على حيثيات القرار أنظر: باديس ذيابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 117.

² أنظر المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

³ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 417.

⁴ أنظر نص المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري.

⁵ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية)، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ص 61.

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية والمعوقات التي تواجهه

من البديهي أن مشكلة تنازع القوانين في الميراث والوصية لا تطرح فيما لو كانت العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء وطنية العناصر¹، فإذا كان المتوفي أجنبياً أو أحد الورثة أو كانت التركة كلها أو بعضها في الخارج أصبحنا بصدد علاقة ذات عنصر أجنبي، ويجب علينا في هذه الحالة البحث عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بصدد².

لكن قبل تحديد القانون الواجب التطبيق تواجهنا مشكلة تنازع التكييف، حيث يقع الميراث والوصية بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية لذلك أحدثنا خلافاً فقهيًا واختلافاً تشريعياً بشأن تحديد القانون الذي يخضع له.

البند الأول:

التكييف القانوني للميراث والوصية كمرحلة أولية لتحديد القانون الذي يحكمه

إن ما يجعل تكييف الميراث والوصية عسيراً هو أن قوانين الدول مختلفة في وضع الأحوال والتصرفات في النظم القانونية، فمنها ما يدرجها ضمن طائفة الأحوال الشخصية (أولاً) ومنها ما يعتبرها من الأحوال العينية (ثانياً).

أولاً: تكييف الميراث والوصية ضمن فئة الأحوال الشخصية:

لقد اتجه الفقه في قوانين الدول العربية³ إلى عد الميراث والوصية من مسائل الأحوال الشخصية، كونه يرى أن الميراث والوصية يقومان على اعتبارات يغلب فيها الطابع الشخصي؛ كالحفاظ على مصالح الأسرة والعائلة وتنظيم تداول انتقال الثروات فيما بين السلف وخلفه. فالأمر يتعلق بخلافة الأسرة أكثر منها ملكية للأموال، سواء كانت عن طريق الخلافة في الميراث أم بالوصية، فهذه الأمور هي في

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 441.

² - ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج طبقاً لقواعد التنظيم الأوروبي رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 145.

³ - أنظر المواد: 17 قانون مدني مصري، 18 مدني أردني، 23 مدني عراقي.

مجلها اعتبارات ذات طابع شخصي¹، غير أن الاعتبار الأهم في إخضاع الميراث لقانون الأحوال الشخصية في بعض الدول هو خضوع تقسيم الميراث فيها لأحكام دينية بحتة مثل ما هو الحال بالنسبة للدول التي تخضع قوانين الأحوال الشخصية فيها لأحكام الشريعة الإسلامية ومن بينها الجزائر.² وعليه فإن القول الأصلح لحكم الميراث والوصية من وجهة نظر هذا الاتجاه هو في القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية عموماً وهو القانون الشخصي³.

وتختلف الدول بهذا الشأن في تحديد المقصود بالقانون الشخصي للمتوفي، حيث يذهب بعضها إلى الاعتراف بقانون جنسية الموصي⁴، كما هو الحال في العديد من الدول العربية عموماً⁵، ويذهب البعض الآخر⁶ إلى اعتبار القانون الشخصي هو قانون الدولة التي يوجد بها آخر موطن للمتوفي.⁷ أما عن موقف المشرع الجزائري بشأن تكييف الوصية والميراث، فهو يؤيد أصحاب هذا الرأي، في اعتبار الوصية والميراث من الأحوال الشخصية، هذا ما أكدته المادتين 774⁸ و 775⁹ من القانون

¹ - خضر حامد علي، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2011، ص 29-30.

² - آيت شاولي دليل، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت في القانون الجزائري، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 259.

³ - خضر حامد علي، المرجع السابق، ص 29-30.

⁴ - صاحب هذا التوجه هو الفقيه الإيطالي "مانشيني" الذي نادى باعتماد قانون الجنسية كمرادف للقانون الشخصي واجب التطبيق. أنظر عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 147.

⁵ - بالإضافة إلى بعض الدول الأوروبية كفرنسا وبلجيكا، والقانون الألماني الصادر لسنة 1986م، والقانون الإسباني الصادر سنة 1974... الخ

⁶ - كما هو الحال في القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987، والقانون البيروني لسنة 1984 والقانون الأمريكي، والإنجليزي... الخ. وأصحاب هذا التوجه هم رجال مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة الذي استقر العمل لديهم منذ القرن الخامس عشر على إخضاع حالة الشخص إلى قانون موطنه. أنظر عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 146

⁷ - ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 147.

⁸ - حيث جاء فيها ما يلي: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة".

⁹ - حيث جاء فيها ما يلي: "«يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها»

المدني الجزائري، وبالتالي يقتضي إخضاع هذه التصرفات للقانون الشخصي، وهو قانون جنسية المتوفي (الأمر الذي سنتطرق له بالدراسة لاحقاً).

ثانياً - تكييف الميراث والوصية ضمن فئة الأحوال العينية:

اعتبرت بعض النظم القانونية¹ أن الميراث والوصية من مسائل الأحوال العينية، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن انتقال المال عن طريق الميراث أو الوصية مهما كانت طبيعته ما هو إلا عملية من عمليات انتقال الملكية، فيخضعان بذلك لقانون الأحوال العينية؛ لأن الاختلاف الوحيد يكمن في سبب الانتقال وهو الوفاة بخلاف التصرفات الأخرى، ولكن الموضوع يبقى نفسه؛ وهو الأموال، وبالتالي القانون الذي يطبق هو نفسه القانون الذي يطبق على الأحوال العينية. لذلك لا بد أن تتبع التركات بالنظام القانوني الذي يخضع له المال نفسه أي القانون العيني².

ويقيم هذا الاتجاه تفرقة بين العقار والمنقول في تحديده لقاعدة التنازع؛ فيخضع الميراث في العقار لقانون موقع المال، أما الميراث في المنقول فيخضع لقانون موطن المورث، حيث أن هذا الموطن هو المكان الذي تتجمع فيه غالباً أموال المتوفي؛ لأنه المكان الذي كان يباشر فيه نشاطه التجاري، ولعل إخضاع التركة في العقار لقانون موقعه يعتبر تطبيقاً لقاعدة سائدة منذ القدم مفادها تطبيق قانون موقع المال، أضف إلى ذلك إخضاع التركة في المنقول لقانون موطن المتوفي يسير في ذات الاتجاه لأن موطن المتوفي هو المكان الذي توجد به الأموال المتعلقة بالتركة³.

البند الثاني:

تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية

أوضحنا فيما سبق أن الميراث والوصية قد حدث خلاف فقهي بشأن تحديد التكييف القانوني لهما على قولين؛ الأول يعتقد بأنهما يندرجان ضمن فئة الأحوال الشخصية للفرد، أما الثاني فيعتقد أن هذه التصرفات تدخل ضمن فئة الأحوال العينية، وبالطبع فإن كل قول من هذين القولين يخضع هذه التصرفات إلى قانون معين؛ حيث يرى أصحاب القول الأول أن كافة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت يطبق عليها قانون جنسية الشخص لحظة وفاته، بينما يرى أصحاب الرأي الآخر أنها تخضع

¹ مثل القانون الفرنسي، الأمريكي، الإنكليزي... الخ.

² شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 28.

³ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 145-146.

إلى قانون موقع المال.¹

لذلك سنتناول في هذا البند القانون الواجب التطبيق على الميراث (أولاً) والوصية (ثانياً)

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الميراث في الزواج المختلط

أشرنا سابقاً إلى أن المشرع الجزائري، على غرار القوانين العربية الأخرى، أدخل الميراث ضمن طائفة الأحوال الشخصية وأخضعه لقانون جنسية المتوفي، سواء كان عقاراً أو منقولاً؛ وهو ما نص عليه مشرعنا في المادة 16 من القانون المدني حيث جاء فيها: «يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته»، وهو النص المطابق للمادة 17 من القانون المدني المصري. وعليه لو توفي مصري تاركاً أموالاً بالجزائر وعرض النزاع على القاضي الجزائري، فسيطبق القانون المصري على النزاع باعتباره القانون المختص وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص الجزائري، والعكس صحيح إذا توفي جزائري وترك أموالاً في مصر، فالقاضي المصري سيطبق القانون الجزائري باعتباره القانون المختص حسب قواعد الإسناد المصرية.

وتتبع هذه القاعدة من المفاهيم الإسلامية المتبناة من طرف القانون الوضعي، أين جعل المذهب المالكي من العائلة الوريث الحصري للتركة. والواقع أن المبدأ الإسلامي هو مبدأ شخصي، يخضع لقانون الشخص كافة العلاقات القانونية التي تخصه، سواء كانت هذه العلاقات تعود للحالة العينية أم الحالة الشخصية.²

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يفرق بين ما هو عقار وما هو منقول إذا تعلق الأمر بتركة، فقد اعتمد على مبدأ وحدة التركة بنصه على إخضاع التركة بكاملها لقانون واحد حدده بقانون جنسية المتوفي، ومعنى ذلك أن العبرة هنا تتقرر لجنسية الهالك وقت وفاته ولا تتقرر لطبيعة المال موضوع التركة.³

¹ _ عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 182.

² _ لعطر فتيحة، المرجع السابق، ص 58.

³ _ حبار محمد، المرجع السابق، ص 77

وهي قاعدة الإسناد المعمول بها في كثير من الدول العربية¹ وبعض الدول الغربية²، وهو حل منطقي يتميز بالبساطة. فالذمة المالية للمتوفي واحدة، وبالتالي تخضع لقانون واحد دون التفريق بين عقار أو منقول، أو أن يتوقف القانون الواجب التطبيق على مكان تواجده. فالمواريث لا تمثل انتقال سلسلة الملكيات الخاصة، وإنما انتقال الذمة المالية.³

غير أن المشرع التونسي كعادته كان موقفه مخالفا لقوانين الدول العربية ووضع عدة ضوابط إسناد في الميراث؛ حيث جاء في الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي "يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها عند وفاته، أو لقانون دولة آخر مقر له، أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً".

أما بالنسبة للتشريعات التي تدخل الميراث في الأحوال العينية، فالبعض منها تخضعه كله سواء كان عقار أو منقول لقانون موطن المتوفي⁴، أو لقانون موقع المال⁵، وتفرق أغلب التشريعات بين العقار والمنقول؛ حيث يخضع الميراث في العقار لقانون موقع العقار، بينما تختلف في قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول؛ حيث أخذت بعض الدول⁶ بقاعدة إخضاع الميراث في المنقول لقانون آخر موطن للمتوفي، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي، بينما أخذ البعض الآخر⁷ بقاعدة إخضاع الميراث في المنقول لقانون جنسية المتوفي.

ويرى نبوييه أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية، ويرى أن إخضاع العقار لقانون والمنقول لقانون آخر تترتب عليه أوضاع شاذة؛ إذ قد

¹ - من أمثلة ذلك: المشرع الأردني في المادة 18 ق م، والمشرع الليبي في المادة 17 ق م، والمشرع السوري في المادة 18 ق م، والمشرع العراقي في المادة 22-23 ق م، والمشرع السوداني في المادة 24-25 ق م، المشرع الإماراتي في م 17 من قانون المعاملات المدنية، المشرع الكويتي في المادة 47 من القانون الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961.

² - من أمثلة ذلك: القانون الإيطالي، القانون الألماني، القانون اليوناني.

³ - لعطر فتحة، الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 59.

⁴ - من أمثلة ذلك: القانون النرويجي، القانون الأرجنتيني، القانون الدنماركي.

⁵ - مثل دول أمريكا اللاتينية.

⁶ - من أمثلة ذلك: القانون الانجليزي، القانون البلجيكي، قانون الولايات المتحدة الأمريكية.

⁷ - من أمثلة ذلك: القانون النمساوي، القانون المجري.

يخضع المنزل الموروث لقانون بينما يخضع أثاره لقانون آخر.¹

غير أن التطبيق الفعلي لقواعد الإسناد الخاصة بالميراث ليست بالأمر الهين في الزواج المختلط؛ خاصة إذا كانت جنسية وديانة المورث والوارث مختلفة. فمن التشريعات من لا يجيز التوريث عند اختلاف الدين، وأخرى تمنعه إذا اختلفت الجنسية. إذ يمكن لقاعدة الإسناد أن تشير لقانون أجنبي يكون تطبيقه اعتداء على النظام العام في دولة القاضي.

وبالتالي فالتساؤل الذي يطرح هو ما هي المعوقات والإشكالات التي يثيرها الميراث عند تطبيق قواعد الإسناد في انحلال الزواج المختلط؟ (1)، وما هي المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفي والمرتبطة بالشخص ارتباطا وثيقا؟ وما هي المسائل التي تخرج عن هذا النطاق باعتبارها مرتبطة بالأموال محل الإرث؟ (2).

1- المعوقات التي تواجه القانون المختص بحكم الميراث عند انحلال الزواج المختلط

من بين المعوقات التي قد تواجه تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد انعدام جنسية للمتوفي أو انعدامها، وحتى مسألة تعدد الشرائع السائدة في قانون جنسيته، إلا أن أبرز إشكال يواجهه القانون المختص هو استبعاده بسبب مخالفته للنظام العام في دولة القاضي. فهذا الأخير يعد من أهم المعوقات كونه يعد ميدانا خصبا في مجال الميراث.

وقد أوضحنا آنفا أنه من بين الوسائل المتاحة للقاضي من أجل استبعاد القانون الأجنبي هو تعارضه مع النظام العام، فيمكن لأية محكمة أن تقضي بقانون أجنبي اقتضته قاعدة الإسناد إلا إذا لم يكن في تطبيقه اعتداء على النظام العام في الدولة التي تتبعها المحكمة، وتعتبر الشريعة الإسلامية المحدد الأساسي للنظام العام في معظم الدول العربية، وأن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية من أجل قبول أو استبعاد القانون الأجنبي، وفي حالة استبعاده فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا ما خالف النظام العام أو الآداب العامة.²

أ- تكيف صحة الزوجية كسبب من أسباب الميراث وعلاقتها بالنظام العام:

أشرنا سابقا أن الزوجية تعد من أسباب الميراث، وقد نص المشرع الجزائري على أن الزوجية

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 79-80.

² - لوعيل قويدر، راجع عكاشة، المرجع السابق، ص 193.

سبب من أسباب الميراث من خلال المادة 130 من قانون الأسرة¹. ويراد بالزوجية عقد الزواج الصحيح سواء دخل الزوج بزوجه أم لم يدخل بها، وسواء مات عنها أم ماتت عنه قبل الدخول أو بعد الدخول. وعليه فلا توارث في وطء الزنا أو وطء الشبهة (وإن لحق به الولد) ولا بالعقد الفاسد أو الباطل². كما يشترط للتوارث بين الزوجين أن تكون الزوجية قائمة بينهما حقيقة أو حكماً كما في المعتدة من طلاق رجعي³، لأن المطلقة رجعيًا زوجة من جميع الوجوه؛ أما المطلقة طلاقاً بائناً، فإما أن يطلقها زوجها وهو صحيح، وإما أن يطلقها وهو مريض مرض الموت. فإن طلقها وهو صحيح فلا توارث بينهما، وكذلك الحال إن طلقها برضاها وهو مريض مرض الموت، وإن طلقها بغير رضاها وهو مريض مرض الموت، فإن ماتت قبله فلا توارث بينهما، وإن مات قبلها ففي ذلك خلاف بين الفقهاء.

حيث ذهب الحنفية إلى أنها ترث إذا مات وهي في العدة، وذهب المالكية والإباضية إلى أنها ترث حتى ولو تزوجت، وذهب الشافعية إلى أنها لا ترث مطلقاً، وذهب الحنابلة إلى أنها ترث ما لم تتزوج غيره⁴. كذلك الزوجة التي تبشر الفرقة من زوجها وهي مريضة مرض الموت أو ارتدت وماتت وهي في العدة يرثها الزوج رداً لقصدها ولو مات هو قبلها لم ترثه⁵.

وطالما أن الزوجية هي أصل أصيل في استمداد الحقوق الميراثية، وباعتبار أن القانون الجزائري هو المعيار في تحديد نوع العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة استناداً للمادة 11 من القانون المدني، ويعد التأكد من أن العلاقة شرعية من عدمها، بمعنى أن كل علاقة يكيفها القانون الجزائري بأنها زواج صحيح كانت زواج صحيح وكل علاقة يكيفها القانون الجزائري على غير ذلك فإنها تكون علاقة غير شرعية لا

¹ - تقابها المادة 91 من القانون التونسي، والفصل 34 من القانون المغربي، المادة 35 من القانون الأردني، المادة 49 من القانون السوري.

² - أنظر نص المادة 131 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - أنظر نص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري

⁴ - عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في الموارث والتركات، المرجع السابق، ص 15. أنظر كذلك: محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، المرجع السابق، ص 26. فؤاد عبد اللطيف سرطاوي، المرجع السابق، ص 90. عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 157،

⁴ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 17.

⁵ - عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في الموارث والتركات، المرجع السابق، ص 18.

تؤثر في الموارث شيئاً؛¹ كزواج المثليين السائد في فرنسا، أو زواج المتعة، أو الزواج بالمحارم.

فإذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يطالب فيه زوج عراقي بميراث زوجته الأردنية، وكان زواجهما زواج المتعة مثلاً، فالقاضي الجزائري لا يمنح الزوج نصيبه في الميراث لأن تكييفه لهذا النوع من الارتباط لا يدخل في الزواج الصحيح.

ب- اختلاف ديانة الزوجين في الميراث وعلاقتها بالنظام العام:

أشرنا أنه من الآثار الشرعية المترتبة على الزواج، التوارث بين الزوجين، حيث يثبت حق التوارث بين الزوجين بمجرد إتمام عقد الزواج، ما لم يكن هناك مانع من موانع الميراث كاختلاف الدين.²

ويقصد باختلاف الدين في الميراث كل حالة لا يكون فيها دين المورث ودين الوارث واحداً، سواء تعلق الأمر بميراث بين مسلم وغير مسلم، أو بميراث بين أتباع بقية الديانات، أو مع من لا دين لهم، فقد كان ولا زال مانع اختلاف الدين دون سواه من بقية موانع الإرث مثيراً لجدل فقهي كبير، كأن يكون الميت مسلماً وقد توفي عن زوجة كتابية، أو العكس.³ فإذا تزوج جزائري مسلم بلبنانية مسيحية، أو أن تزوجت جزائرية مسلمة بفرنسي مسيحي وتوفي أحدهما فلا توارث بينهما، فكلاهما لا يرث من تركته الآخر لاختلاف الدين.⁴

لأن اختلاف الدين يكون بالإسلام والكفر. وقد أجمع العلماء على أن الكافر لا يرث المسلم ولا

¹ جمال عياشي، العقارات الموروثة كسبب من أسباب تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع الجزائري، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 283.

² جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 57.

³ حواسي يامنة، الإشكالات القانونية للميراث الناتج عن الزواج المختلط، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، المجلد 5، العدد 2، 2017، ص 123.

⁴ وهو ما أكدته المحكمة العليا، حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: " المبدأ: يجب الميراث لمن كان مسلماً يوم موت المورث ومن أسلم بعد موته فلا حق له في الميراث حسب قول الإمام مالك. وإن القضاء بمنح صفة الوارث للزوجة الأجنبية التي لم تعتق الإسلام في حياة زوجها إلا بعد وفاته هو مخالفة للقانون". أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 244899، بتاريخ 20/06/2001، م ق، 2003، العدد 1، ص 345.

المسلم يرث الكافر لقوله ﷺ: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"¹ متفق عليه، وهذا هو مذهب الأئمة الأربعة رضوان الله عليهم، لظاهر الحديث الشريف؛ لأن الإرث أساسه التناصر والتعاون، وهذا منتفٍ بين المسلم وغير المسلم، أما ما عدا الإسلام فهو ملة واحدة حسب رأي الحنفية والحنابلة والشافعية فالنصراني يرث اليهودي واليهودي يرث قريبه النصراني وهكذا، لأن ملة الكفر واحدة. فالكفار يتوارث بعضهم من بعض مهما اختلفت أديانهم وتعددت نحلتهم.² كما لو عرض على القاضي الجزائري نزاع حول استحقاق التركة لزوجة فرنسية مسيحية من زوجها المتوفي وكان مسيحياً كذلك، فهنا يجوز له منحها هذا الحق لأنه لا يمس بمقتضيات النظام العام.

والعبرة بكون الوارث مسلماً أو كافراً هي وقت وفاة المورث. فإذا كانت المخالفة قد زالت قبله فإن المانع يرتفع، وذلك بأن تسلم الزوجة قبل موت زوجها، فحينئذ يجري التوارث بينهما، أما إذا أسلمت بعد وفاته وقبل قسمة التركة، فلا توارث بينهما عند جمهور الفقهاء، وقال الحنابلة إن أسلم الكافر ولو كان مرتداً قبل قسمة التركة فإنه يرث ترغيباً له في الإسلام، ولو أسلم قبل قسمة بعضها ورث فيما بقي.³

أما عن موقف المشرع الجزائري، فلا وجود لنص صريح بخصوص هذه المسألة في قانون الأسرة، إلا أن هذا لا يعني بأنه لا يعتد باختلاف الدين كمانع من موانع الإرث، حيث أنه أحال بموجب المادة 222 من قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها حيث جاء فيه: "المبدأ: من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعاً أن لا يرث الكافر المسلم والمسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئاً.

ولما تبين من قضية الحال أن الطاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم ويتعين بذلك رفض الطعن".⁴

¹ - أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دط، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1998، حديث رقم 6764، ص 1291.

² - فؤاد عبد اللطيف السرطاوي، المرجع السابق، ص 94.

³ - محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، المرجع السابق، ص 27.

⁴ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 123051، بتاريخ 1995/07/25، م ق، العدد 1، 1996، ص 113.

وهذا ما سارت عليه التشريعات العربية التي تبني نصوصها على أحكام الشريعة الإسلامية، أما التشريعات الغربية فلا تعد اختلاف الدين ضمن موانع الميراث، وعليه فلا تثار مسألة الدفع بالنظام العام في حالة توريث زوج مسلم من زوجته المسيحية في القانون الفرنسي مثلاً.

ت- اختلاف جنسية الزوجين في الميراث وعلاقتها بالنظام العام:

إن اختلاف الجنسية بين الزوجين في الزواج المختلط لا يمنع من حق التوارث بينهما. فاختلاف الجنسية في الميراث هي كل حالة لا تكون فيها جنسية المورث وجنسية الوارث واحدة، ويعبر عنها في الفقه الإسلامي باختلاف الدار، أي أن يكون الوارث من دار الإسلام، والمورث من دار الحرب أو العكس، وعليه فلا خلاف بين الفقهاء على أن اختلاف الدار لا يمنع التوارث بين المسلمين؛ لأن ديار الإسلام واحدة، لا تتباين فيما بينها مهما تباعدت حدودها وتعددت حكوماتها، أما اختلاف الدارين بين غير المسلمين فقد اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

القول الأول: اختلاف الدارين بين غير المسلمين مانع من موانع الإرث بينهم، وذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة؛ ذلك أن الميراث يبنى على العصمة والولاية، ولا عصمة ولا ولاية بينهما، لذلك ينتفي الميراث بينهما. فالمسيحي الإيطالي إذا كان له قريب في دولة معادية لإيطاليا لا يرثه لانعدام التناصر والتعاون بين الدولتين.

القول الثاني: اختلاف الدارين بين غير المسلمين لا يعتبر مانعاً من موانع الإرث فيما بينهم. ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة، واستدلوا عليه بأن المنع من الميراث عقوبة، ولا عقوبة إلا بنص، ولم يرد نص على أن اختلاف الدارين مانع من موانع الإرث.¹

وعليه فإن اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين وبين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها،² كما هو معمول به في القانون الفرنسي. فمن موانع الإرث عندهم اختلاف الدارين، ويقصد به اختلاف دار الإقامة وحدود الدولة؛ وهو بذلك لا يقصد به نفس المعنى المقصود في الشريعة الإسلامية لأن القانون الفرنسي قانون وضعي لا ينظر

¹ حواصي يامنة، المرجع السابق، ص 123 - 130.

² لوعيل قويدر، راجع عكاشة، تنازع القوانين في الميراث والوصية والوقف في التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 8، ص 191.

إلى اختلاف الدين، وإنما ينظر إلى اختلاف الدار وحدود الدولة.¹

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم ينص على أن اختلاف الجنسية يعد مانعاً من موانع الإرث، وأحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فلا أثر لاختلاف الدار (الجنسية) في الميراث، وهذا ما أكده القضاء الجزائري.²

ث- مسائل الميراث الأخرى المخالفة للنظام العام:

إضافة إلى ما سبق ذكره يمكننا عد مسائل الميراث المخالفة للنظام العام في القانون الجزائري والتشريعات العربية المقارنة وهي:

- منع التوارث بين الجنس أو العرق أو اللون.

- المساواة بين الذكر والأنثى في الإرث كما هو معمول به في القانون الفرنسي.

- توريث قاتل المورث قتل العمد.³

- توريث ابن الزنا أو ولد اللعان أو الأبناء الغير شرعيين.

- توريث المتبنى والكفيل.

- التوارث بين المسلم وغير المسلم.

- منع الزوجة من الإرث قبل أو بعد الدخول بها.

- تقديم ذوي الأرحام على ذوي الفروض أو العصبية.

- منع الحمل من الميراث.

- توزيع تركة المفقود قبل صدور الحكم بوفاته.⁴

¹ - عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص 54.

² - حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي: "إن اختلاف الجنسية لا يعني عدم التوارث كما أن وحدة الجنسية لا تعني بالضرورة التوارث". المحكمة العليا، ملف رقم 33509، قرار صادر بتاريخ 1984/7/9، المجلة القضائية، العدد 3، 1989، ص 60-64.

³ - وهو المانع الذي نص عليه المشرع الفرنسي كذلك (قتل الوارث مورثه أو الشروع في قتله، أو رميه بتهمة باطله من شأنها أن تقضي عليه لو صحت، وترك التبليغ عن قاتله عند علمه به). أنظر: عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص 54.

⁴ - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول مسائل الميراث بين المسلم وغير المسلم (دراسة تحليلية نقدية على ضوء أحكام قواعد تنازع القوانين والاجتهاد القضائي)، مجلة مقاربات، جامعة الجلفة، المجلد 5، العدد 3، 2019، ص 182.

2- تحديد المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفي والمقصاة منها:

إن مجال إعمال القانون الواجب التطبيق يقتصر أساسا على المسائل الموضوعية للميراث، أما إجراءات الميراث فلا تدخل في مضمون فكرة هذا الأخير، بل تدخل في مضمون فكرة الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي.¹

أ- المسائل التي تدخل في نطاق قانون جنسية المتوفي:

يدخل في نطاق قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة باعتباره القانون الذي يحكم الميراث في المسائل التالية:

- أسباب الإرث (القربة والزوجية م 126 ق أ ج)

- وقت استحقاق الإرث أو وقت افتتاح التركة كما يعبر عنه الشراح الفرنسيون (المادة 127 ق أ ج)

- شروط استحقاق الإرث: (معرفة هل يشترط تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة أو يكفي تحقق حياته وقت موت المورث حكما م 133 ق أ ج، معرفة هل يرث الحمل أم لا وما إذا كان يستحق الميراث بمجرد وجوده جنينا أم يشترط ميلاده حيا م 134 ق أ ج²، معرفة حكم توارث من ماتوا في نفس الوقت أو لم يعلم وقت موت كل منهم م 129 ق أ ج³.)

- بيان الورثة ومراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم (أصحاب فروض، عصبية، أو ذوي أرحام)⁴

- موانع الإرث: (قتل المورث المادة 135 ق أ ج⁵، والمرتد، وولد اللعان (م 138 ق أ ج).⁶

- تصفيه التركة.

¹ - لعطر فتيحة، المرجع السابق، ص 62-63.

² - حيث جاء فيها ما يلي "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حي إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

³ - حيث جاء فيها ما يلي "إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في ذلك الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أو لا".

⁴ - آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 260-261.

⁵ - حيث جاء فيها: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم: قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل أصليا أو شريكا- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية"

⁶ - حيث جاء فيها: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

- التدابير التحفظية والمستعجلة.

- تعيين المقدم لإدارة التركة لغاية مباشرة القسمة لظرف خاص كوجود حمل ضمن الورثة.

- أنواع القسمة رضائية أو قضائية وكيفية إجراء القرعة.

- العول والرد.

- الحجب بنوعيه حجب الحرمان وحجب النقصان.

ب- المسائل المقصاة من نطاق قانون جنسية المورث:

- دعاوى الدائنين.

- دعاوى المرتهنين.

- العقود المبرمة في مرض الموت

- نفي أو إثبات النسب أو الزوجية للمورث.

- إشهار العقار الممتلك بالميراث.¹

- تنظيم حالة الشيوخ الناجمة عن الميراث.

- التركة الشاغرة: وهي التركة التي لا وارث لها وقد نص المشرع الجزائري في المادة 773 من

القانون المدني² أن الأموال الشاغرة التي لا مالك لها تؤول لأملك الدولة، وهو ما أكدته المادة

2/180 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "... إذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى

ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".³

غير أن الإشكال يبقى مطروحا، وهو لأي دولة تؤول التركة الشاغرة؟ هل تؤول للدولة التي

¹ - إقروفة زبيدة، القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014، مداخلة منشورة بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 276-277.

² - حيث جاء فيها ما يلي: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي لا مالك لها، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

³ - وهو ما سار عليه المشرع المصري في المادة 4 من ق م مصري، والمشرع المغربي في الفصل 267 من قانون المسطرة المغربية.

ينتمي إليها المورث بجنسيته؟ أم تؤول للدولة التي توجد أموال التركة على إقليمها؟

يرى فقهاء القانون أن حل هذا الإشكال يتوقف على مسألة التكييف؛ أي في حق الدولة على الأرض الشاغرة- فإذا كيفنا حق الدولة على أنه حق إرث، باعتبار أن الدولة وارثة لمن لا وارث له اعتبرنا انتقال التركة إليها خاضعا للقانون الذي يحكم الميراث، وحينئذ تؤول التركة إلى الدولة التي اعتبرنا انتقال التركة إليها خاضعا للقانون الذي يحكم الميراث، أما إذا كيفناه على أنه حق مبني على سيادتها أو أنه مال ضائع على إقليمها، حينئذ تؤول التركة إلى الدولة التي على إقليمها باعتبارها مالا لا مالك له.

وبالنسبة للتشريع الجزائري والتشريعات العربية المقارنة، فإن التركة تؤول للدولة التي توجد على إقليمها الأموال؛ ذلك أن هذه الدول تستمد قوانينها المتعلقة بالمواريث من أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر التركة الشاغرة مالا ضائعا.¹

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الوصية في الزواج المختلط

لقد فرق المشرع الجزائري فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الوصية -على غرار التشريعات العربية المقارنة- بين الشروط الموضوعية (1) والشروط الشكلية (2). كما أنه استبعد هذا القانون إذا خالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر (3).

1- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية:

يقصد بالشروط الموضوعية للوصية تلك الشروط الجوهرية الأساسية التي يجب توافرها جميعا، وإذا تخلف شرط واحد يؤدي إلى البطلان. وهي متعلقة بالإرادة والمشروعية وقابلية المال لأن يكون محلا للوصية². وهي تنقسم إلى شروط تتعلق بالموصي وشروط تتعلق بالموصى له، وشروط تتعلق بالموصى به³.

أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته. فقد

¹ - لوعيل قويدر، راجع عكاشة، المرجع السابق، ص 192-193.

² - ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 102.

³ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 414.

نص في المادة 16 من القانون المدني على أنه: «يسري على الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته».

ويستخلص من نص المادة 16 أن شروط صحة الوصية تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وهو ما يتماشى مع ما هو مقرر عندنا شرعا وقانونا من أن الوصية لا ترتب آثارها إلا بوفاة الموصي¹.

بمعنى أنه إذا كان الشخص الموصي بجزء من ماله وقت الوفاة جزائريا يطبق القانون الجزائري على الوصية، وهو في هذه الحالة قانون الأسرة الجزائري (المواد من 184 إلى 201)².

والجدير بالذكر أن قانون جنسية الموصي وقت الوفاة يسري على جميع الأحكام الموضوعية الخاصة بالوصية؛ كتحديد شروط عمل الوصية، النصيب الجائز للإيضاء به وآثارها، غير أنه يستثنى من مجال أعمال هذا القانون أهلية الإيضاء التي تبقى خاضعة لقانون جنسية الموصي وقت إبرام الوصية³.

وهي قاعدة الإسناد المعمول بها في كثير من الدول العربية⁴ منها المشرع المصري الذي نص في المادة 17 من القانون المصري على ما يلي: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

غير أن الإشكال يكمن في تكييف ما يعد من الشروط الموضوعية، وما هو القانون الواجب التطبيق إذا اعتبرنا أن الوصية هي من جهة تصرف قانوني يتم بالإرادة (أ)، ومن جهة أخرى هي تبرع ينفذ بعد الموت أي لا تتحقق آثاره إلا بعد موت الموصي؟⁵(ب).

¹ حبار محمد، المرجع السابق، ص 143.

² محمد سعادي، المرجع السابق، ص 142.

³ زيدون بختة، تنازع القوانين في التصرفات التبرعية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، المجلد 1، العدد 4، ص 71-72.

⁴ من أمثلة ذلك: المشرع الأردني في المادة 18 من قانونه المدني، والمشرع الليبي في المادة 17 ق.م، والمشرع السوري في المادة 18 ق.م، والمشرع العراقي في المادة 22-23 ق.م، والمشرع السوداني في المادة 24-25 ق.م.

⁵ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 268.

أ- المسائل الموضوعية المتصلة بالوصية باعتبارها مجرد تصرف قانوني.

يتعلق الأمر هنا بالأهلية العامة للموصي وقت الإيصاء أو وقت عمل الوصية، وصحة الإرادة¹؛ حيث تنص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل»، ويجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب. وعليه إذا صدرت وصية عن غير البالغ، أو عن المجنون، أو المعتوه كانت باطلة².

فهذه المسائل لا ترتبط بفكرة الخلافة العامة قدر ارتباطها بالوصية كتصرف قانوني، فهي تقتضي الاعتداد بقانون جنسية الموصي عند الإيصاء، وتبدو أهمية هذه المسألة في حالة تغيير الموصي لجنسيته بعد الإيصاء.

ومع ذلك فإن الوصية ورغم كونها تصرفا قانونيا، إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها ما بقي الموصي حيا³، وبهذه المثابة فإن شروطها الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصي، ومن هنا يتعين أن يعتد أيضا بقانون جنسية الموصي وقت الوفاة عند تقدير مدى أهلية الموصي للإيصاء⁴.

ب- المسائل الموضوعية المتصلة بفكرة الميراث في الوصية.

هذه المسائل تتعلق بالميراث وتؤثر فيه، وتعد من بين هذه المسائل بصفة خاصة مدى حرية الموصي بالإيصاء سواء من حيث القدر الجائز للإيصاء⁵، أو من حيث الأشخاص الذي يجوز الإيصاء لهم⁶.

ولا خلاف بين الفقه في وجوب تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة على جميع المسائل الموضوعية المتصلة بالميراث اتصالا وثيقا لتعلقها بفكرة الخلافة بسبب الموت.

¹ _ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 269.

² _ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 54

³ _ أنظر المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ _ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 320.

⁵ _ أنظر نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

⁶ _ أنظر المواد 187-188-189 من قانون الأسرة الجزائري.

2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية:

إن مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد الوصية هي مسألة تدخل في مضمون فكرة الشكل وتخضع للقانون الذي يحكمه، ولا شأن لها بالتالي بالقانون الذي يحكم الموضوع.¹

وتختلف القوانين بخصوص الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه الوصية، فيستلزم بعضها ضرورة اتخاذ الشكل الرسمي أي تتم بمحرر على يد موثق مختص، ويكتفي بعضها الآخر بالشكل العرفي أي الاكتفاء بكتابة ورقة مخطوطة باليد وموقع عليها، وتفرض بعض الدول جزاء معيناً على عدم احترام الشكل المطلوب في إعداد الوصية.² فعن المشرع المصري لم يشترط شكلاً معيناً لإبرام الوصية ويجوز أن تكون شفاهاً أو تحريراً³، على عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري؛ حيث نص في المادة 191 من قانون الأسرة على أن الوصية تثبت بعقد توثيقي، ويكون ذلك بتصريح أمام الموثق وتحرير عقد⁴ بذلك أو بحكم قضائي ويؤشر به على هامش أصل الملكية⁵.

أما عن القانون الواجب التطبيق على الشكل في الوصية، فاعتبار الوصية تصرفاً في التركة يعني أنها تعتبر تصرفاً قانونياً، وبالتالي يقتضي الرجوع إما لقانون الموصي وقت الإيضاء أو لقانون الدولة التي تمت فيها الوصية⁶.

وقد حدد المشرع المصري ضوابط الإسناد في شأن الوصية من حيث الشكل على غرار أغلب التشريعات العربية⁷ في المادة 2/17 من القانون المدني فنص على أنه: «يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيضاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».

فيتضح لنا بأن المشرع المصري أراد من هذا النص بأن الوصية وما في حكمها من التصرفات

¹ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 319-321.

² جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 410-411.

³ ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 102.

⁴ تكتمل فيه إجراءات العقود من بيان صفة الموصي، الموصى له، الموصى به.

⁵ مسعود الهلالي، المرجع السابق، ص 55.

⁶ علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 183.

⁷ أنظر، المادة 18 من القانون المدني الأردني، المادة 18 من القانون المدني السوري، المادة 23 و 26 من القانون

المدني العراقي... إلخ.

تكون صحيحة وفق القانون المصري، وذلك في حالة تم إجراؤها بالشكل المقرر في قانون جنسية الموصي وقت الإيضاء أو قانون بلد الإبرام.¹ فيجوز للأجنبي المقيم في مصر من تحرير وصية وفقا للشكل المقرر في القانون المصري.²

وهو ما سار عليه المشرع الجزائري وفقا لما جاء به في المادة 19 من القانون المدني؛ حيث جاء فيها: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية". وعليه تخضع الوصية في جانبها الشكلي لقانون بلد الإبرام، أو لقانون جنسية الموصي وقت الإيضاء.

معنى ذلك أن الجزائريين المتواجدين بالخارج يمكنهم أن يحرروا الوصية في الشكل الذي يقضي به قانون جنسيتهم وقت الإيضاء؛ أي وقت عمل الوصية، أو طبقا للقانون المحلي؛ أي القانون المحلي الأجنبي بالنسبة للجزائري 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.³

وبما أن الوصية كأى تصرف إرادي تيرم أثناء حياة الموصي فيجب أن تخضع للقواعد العامة الخاصة بشكل التصرفات القانونية، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يحذف الفقرة الثانية من المادة 16 من القانون المدني لتفادي التكرار فقط.⁴

وبهذا لكي تكون الوصية صحيحة من الجانب الشكلي، فإما أن تكون مبرمة وفقا لقانون محل إبرامها أي تطبيق قاعدة LOCUS أو لقانون الموطن المشترك للطرفين، أو للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية أي قانون جنسية الموصي الوارد في المادة 16 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما أخذت به فرنسا.⁵

وقد أضافت اتفاقية لاهاي المنعقدة في أكتوبر سنة 1961 أن شكل الوصية يجوز أن يخضع لقانون موطن الموصي أو لقانون محل إقامته العادي، وإذا وقعت الوصية على عقار فيجوز أن

¹ _ خضر حامد علي، المرجع السابق، ص 153.

² _ علي خليل إسماعيل الحديثي، المرجع السابق، ص 183.

³ _ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 82.

⁴ _ تنص الفقرة 2 من المادة 16 (الملغاة) على ما يلي: «يسري على شكل الوصية، قانون الموصي، وقت الإيضاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية...».

⁵ _ أنظر نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

يخضع الشكل لقانون موقع العقار¹.

3- مسائل الوصية المخالفة للنظام العام:

للقاضي الحق في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ما خالف النظام العام والآداب العامة² (م 24 ق م ج) فيما يتعلق بمسائل الوصية كأن تكون القاعدة القانونية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر قواعد أمرّة عندنا وذلك على النحو التالي:

- إذا أوصى الموصي بما يزيد عن الثلث ولم يجزه الورثة.

- إذا أوصى الموصي للوارث، فلا وصية لوارث إذا لم يجزها الورثة.

- من قتل الموصي عمدا.

- منع الحمل من الوصية رغم ولادته حيا (م 187 ق أ ج)³.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي تجوز الوصية بأكثر من الثلث، ولا تجوز بأكثر من نصف الأموال إن كان الموصي عند موته لم يترك إلا ولدا شرعيا، وبأكثر من الثلث إن مات عن ولدين، وبأكثر من الربع إن مات عن ثلاثة أولاد فأكثر⁴. وبالتالي فإن تطبيق هذه القاعدة لا يعد مخالفا للنظام العام في فرنسا، غير أنه يعد خرقا للنظام العام ومبادئ الشريعة الإسلامية في الجزائر⁵.

أما فيما يخص الإيصال بين الزوجين في الزيجات المختلطة فقد أشرنا سابقا أنه جائز في حدود الثلث، ومن غير موافقة الورثة إذا كانت الزوجة لا ترث زوجها أو الزوج لا يرث زوجته بسبب اختلاف الدين، وعليه فإن إبرام الزوج الجزائري المسلم وصية في حدود الثلث لزوجته الفرنسية المسيحية أمر جائز شرعا وقانونا؛ فلم يشترط القانون لصحة الوصية اتحاد الدين، لذلك تجوز الوصية في هذه الحالة

¹ - محمدي بوزنية آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 507.

² - أنظر كذلك قرار المحكمة العليا، غ أ ش، الملف رقم 63219، الصادر بتاريخ 17/10/1990،، للاطلاع على حيثيات القرار أنظر: زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ط2، دار هومة، الجزائر، 2016، ص43.

³ - لوعيل قويدر، راجع عكاشة، المرجع السابق، ص198.

⁴ - عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد1، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2009، ص 36.

⁵ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص60.

لكلا الطرفين. وعليه فهذه المسألة لا تخالف النظام العام في قوانين الدول الإسلامية عامة والقانون الجزائري خاصة.

المبحث الثاني:

الآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط بالطلاق والقانون الذي يحكمها

لا شك أن الطلاق يترتب أضرار لأحد الزوجين أو كليهما، لذلك فإن فك الرابطة الزوجية بالطلاق تستتبعها نتائج قانونية عديدة يعبر عنها بالآثار القانونية للطلاق، وهي في معظمها التزامات أو واجبات تقوم في حق أحد الزوجين لصالح الطرف الآخر وهذا لفترة محددة.

إن انحلال ميثاق الزوجية في إطار الزواج المختلط وما يخلفه من آثار تعترضه العديد من الصعوبات سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق أو الاختصاص القضائي، أو على مستوى تنفيذ الأحكام ومنحها الصيغة التنفيذية، وذلك بسبب الاصطدام الدائم بمفهوم النظام العام، وخاصة عندما يكون الطرف الآخر منتما لإحدى الدول الغربية مع ما يحمله من اختلاف في المرجعية الثقافية والدينية اللذان يساهمان في تحديد القانون الواجب التطبيق والنظام العام بشكل كبير.

وتنقسم آثار الطلاق في الزيجات المختلطة إلى آثار شخصية تتمثل في العدة¹ والحضانة (المطلب الأول)، وآثار مالية تنحصر في التعويض عن الطلاق التعسفي والنفقة والسكن والنزاع حول متاع البيت (المطلب الثاني).

¹ - إن مسألة العدة كأثر من آثار الطلاق تسري عليها نفس الأحكام التي ذكرناها في عدة الوفاة فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليها، غير أنها تختلف عن عدة الوفاة في بعض الأحكام مثل المدة والسبب، لذلك تفاديا للتكرار والحشو سنتجاوز هذه المسألة، وللاطلاع على تفاصيل مسألة العدة ومضمون القانون الواجب التطبيق عليها أنظر 318 وما يليها من هذه الأطروحة.

المطلب الأول:

الحضانة كأثر من الآثار الشخصية لانحلال الزواج المختلط في العلاقات الدولية الخاصة

سنركز دراستنا على الحضانة كونها تتداخل فيها عدة اعتبارات، فهي تعد أبرز أثر من الآثار التي يخلفها الانفصال بين الزوجين، إذ تعد حق من حقوق الطفل الواجب إحاطته بسياج صلب من الحماية والرعاية، ومن جهة أخرى هي أكثر النزاعات العويصة التي تطرح على القاضي وذلك لارتباطها المباشر بالطفل الذي يشكل المحور الأساسي في العلاقة، مما يتعين معه على القاضي أن يكون حريصا في الحكم طبقا لما يحقق مصلحة المحضون.

إن الحضانة في القانون الدولي الخاص علاقة متعددة الأطراف (الأب، الأم، الطفل)، ومن المحتمل أن يختلفوا جميعا في الجنسية، كأن يكون الزوج مصريا والزوجة إسبانية والطفل ولد في روسيا مثلا، فيحمل جنسية والديه بالإضافة إلى الجنسية الروسية على أساس حق الإقليم، هذا ما يثير مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكم النزاع الذي ينشب حول حضانة الطفل بعد تفكك الرابطة الزوجية المختلطة.

ولما كانت مسألة الحضانة لا تثور طالما كانت أوامر الأسرة متماسكة، فإنه بمجرد الخلاف تبرز الحضانة للوجود باعتبارها المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس¹، والتي يحتاج فيها الطفل إلى رعاية واهتمام، بل وتبرز في تنازع القوانين مشكلة تحديد الطبيعة القانونية أو التكليف القانوني للحضانة نظرا لاختلاف الفقه والقضاء في تحديدها لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها.²

¹ - يثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات وهي أنواع:

- ولاية التربية: فالدور الأول منها يكون للنساء. فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء؛ لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايته.
- الولاية على النفس: وهي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه تربية وحفظ من لا يشغل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل أو كبير مجنون وذلك برعاية شؤونه تقديم طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه.

- الولاية على المال إن كان له مال: وذلك يتم برعاية مصالحه وحفظ ماله دون هدره إلى الوقت الذي يكون فيه أهلا لحفظ ماله وصيانته. أنظر: إشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة مقارنة)، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 213-214.

² - إشوي عماد، نفس المرجع، ص 211.

وبالتالي ما هو التكييف للقانوني للحضانة؟ وما هو القانون الذي يحكمها؟ هل تندرج ضمن آثار انحلال الزواج ويطبق عليها ضابط الإسناد الذي يحكم هذه الآثار؟ أم أنها تخرج من هذه الفكرة وتخضع لقاعدة إسناد مستقلة؟

للإجابة عن هذه التساؤلات لا بد من دراسة مفهوم أو مضمون فكرة الحضانة والاختلاف الفقهي والتشريعي بشأن تكييفها (الفرع الأول) وتأثير هذا الاختلاف في تحديد القانون الذي يحكمها، إضافة إلى أهم المعوقات التي تواجه تطبيقه والحلول البديلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الاختلاف الفقهي والقانوني حول مضمون الحضانة وتكييفها

أولت الديانات السماوية والتشريعات الوضعية اهتماماً بالغاً بالحضانة، ومهما اختلفت في مفهومها وطبيعتها، إلا أنها تتفق على عدها حقاً من حقوق الطفل¹ الواجب إحاطته بالرعاية والحماية اللازمتين.

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا الفرع الاختلاف الفقهي والقانوني حول مضمون الحضانة (البند الأول)، ثم تحديد التكييف القانوني لها (البند الثاني).

البند الأول:

الاختلاف الفقهي والقانوني حول مضمون الحضانة

تختلف الديانات السماوية والتشريعات الوضعية بشأن تحديد مضمون مسألة الحضانة، ابتداءً من تعريفها وأركانها وشروطها وترتيب مستحقيها وانتهاءً بأسباب سقوطها وانتهائها.

أولاً- الاختلاف الفقهي حول مضمون مسألة الحضانة

يعتبر الحق في الحضانة² من أهم الحقوق التي أقرها الدين الإسلامي والشرائع السماوية للطفل.

¹ - الصحيح أن حق الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة، فليس حقاً خالصاً للصغير، وليس حقاً خالصاً للأم غير أن حق الصغير أقوى لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير، ذلك لأن من حق الولد أن يهتم به والداه منذ ولادته. أنظر: أكرم ياغي، المرجع السابق، 181.

² - تعددت المفاهيم اللغوية والاصطلاحية لكلمة حضانة فقد وجدناها في مصادر متنوعة غير أننا نتبنى المفهوم اللغوي التالي "الحضانة من الحضان وهو ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع

فهذا المخلوق الضعيف في حاجة ماسة إلى من يقوم برعايته وحفظ حياته وتحقيق مصالحه. وقد ارتأينا دراسة مسألة الحضانة من هذا الجانب نظرا للمرجعية الدينية التي تستند عليها القوانين الوضعية في سن أحكامها.

تتفق جل الطوائف الدينية على تحديد أركان الحضانة وشروطها، فللحضانة ركنان هما: الحاضن والمحضون، ورسم الفقهاء لكل منهما صفات تحدد معالمه وتميزه عن غيره، فبينوا بأن المحضون هو العاجز عن القيام بنفسه، والحاضن هو الذي يتولى حفظ العاجز وتربيته والقيام بشؤونه.¹

أما عن شروط مستحقي الحضانة سواء كان الحاضن رجلا أو امرأة فهي:

- البلوغ والعقل فلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا مجنونة ومعتوه ولا معتوهة، لأن هؤلاء جميعا في حاجة لمن يتعهدهم، وأن يكون الحاضن قادرا على تربية المحضون وصيانتهم والمحافظة عليه، ومؤدى هذا أن الحضانة لا تثبت لعاجز أو مريض.

- أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق المحضون، ومؤدى ذلك لا تثبت الحضانة لفاسق.

- إذا كانت الحضانة من النساء تعين أن تكون ذات رحم محرم من الصغير وألا تكون متزوجة بأجنبي، وهذا الشرط بإجماع الفقهاء. لقوله ﷺ: " أنت أحق به ما لم تتكحي".

- عدم تغير الدين، بأن يقوم الحاضن بتربية المحضون على دين أبيه، فالفقه الإسلامي يشترط إسلام الحاضن لاستحقاقه الحضانة وهو ما ذهب إليه الأحناف والمالكية والشافعية.² كذلك الأمر عند جميع الطوائف.

أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في شقيها، والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة وحضن الصبي يحضنه حضنا: جعله في حضنه ورباه، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه، وحضان جمع حاضن، لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه. أنظر: ابن منظور، المصدر السابق، مادة حضن.

أما في الاصطلاح الفقهي فقد عرفها المالكية بأنها: " حفظ الولد في مبيته ومؤنته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"، وعرفها الكاساني "حضانة الأم ولدها وضعها إياه إلى جنبها واعتزلها إياه عن أبيه ليكون عندها، تقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه. أنظر: أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 333. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 24.

¹ - عز الدين محمد الغرياني، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية، دط، منشورات إلقاء، مالطا، 1997، ص 43.

² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 152.

- وأضافت الطوائف المسيحية أن تكون الحاضنة سليمة من الأمراض السارية.¹

أما عن مستحقي الحضانة وترتيبهم وتحديد مدتها، فقد أجمعت الشرائع على أن الحضانة تكون في الأصل للأم؛ حيث أعطت الشريعة اليهودية الحق للأم في حضانة طفلها حتى يكمل ست سنوات والبنات حتى تتزوج، وإذا رغب الولد في الإقامة مع أمه بعد انتهاء الحضانة فلا يمكن للأب أخذه بالقوة.²

وكذلك الأمر لدى الطوائف المسيحية، الذين أسندوا الحضانة للأم، ثم لمن يليها من النساء من قريبات الولد، وإلا فتنتقل للأب ثم إلى أقارب الولد من الرجال³، غير أن لدى الكاثوليك والإنجيليين فإن حق الحضانة يكون للأم ثم للأب وبعدها للمحكمة. أما حق الحضانة عند الروم الأرثوذكس فللأب.

وتنتهي الحضانة ببلوغ الولد سبع سنوات والأنثى تسعة سنوات عند الأرثوذكس، أما عند الإنجيليين فتنتهي ببلوغ سبع سنوات سواء للذكر أو الأنثى، غير أن الطائفة الكاثوليكية لم تحدد مدة الحضانة تركتها للمحكمة مراعاة لمصلحة المحضون.⁴

وبالنسبة لفقهاء الإسلام فقد أعطت النصوص الشرعية الأولوية لحضانة الصغير إلى الأم أيضاً، فمن السنة أن قضى رسول الله ﷺ في الحضانة خمسة قضايا: جاءت امرأة فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء وحجري له حواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله: "أنت أحق به ما لم تتكحي".⁵

ومن الإجماع يروي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراهه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاه إياه، وقال لعمر الفاروق: "ريحها وحسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك".

أما من المعقول فقد أثبتت الدراسات أن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب والعطف والحنان،

¹ - أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 182.

² - صالح محي الدين الكيلاني، المرجع السابق، ص 78.

³ - صالح محي الدين الكيلاني، نفس المرجع، ص 171.

⁴ - أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 181 وما يليها.

⁵ - سليمان الجستستاني، سنن أبي داوود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1971، ص 2276، (الحديث صححه الألباني).

وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة ومتوازنة.¹

أما عن ترتيب الحواضن فقد اتفق فقهاء الدين الإسلامي الحنيف على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال، وحثهم في ذلك أنه إذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب. يقتضي القياس أن تكون للنساء أولا دون الرجال، فالنساء أليق بالحضانة لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة، واتباعا لذلك رتبوا الحواضن النساء، وجعلوا بعضا مقدم على بعض حسب قرابتهن أو شفقتهم، وذلك وفقا لنظرة كل واحد منهم إلى مصلحة المحضون، ثم الرجال حسب ترتيبهم في الإرث. فأجمعوا أن تكون الأم هي صدر القائمة (كما سبقت الإشارة)، فهي أولى من غيرها في تربية أطفالها ولا ريب أن لهذا الموقف ما يبرره واقعا أيضا، إذ أن الأم لها الحضانة والرضاع لأنها أعرف بالتربية وأقدر عليها لهذا قدمت الأم رعاية لمصلحة الطفل، ثم تليها أم الأم.

وإذا اتفقت كلمة الفقه حول هذا الترتيب الأولي، إلا أن ما اختلفت فيه هو الترتيب الذي يلي الأم وأم الأم، وفي هذا يرى الإمام مالك أن الخالة هي التي تلي الأم وأم الأم ثم أم الأب، إعمالا بالحديث الذي قال فيه عليه الصلاة والسلام "الخالة أم"، بينما تقدم الشافعية بأن الأخت من الأب أولى بالحضانة من الأخت لأم، في حين اتفق الحنابلة والشافعية على أن يكون الأب بعد الأم وأم الأم ثم أمه، أما الحنفية ذهبوا إلى أن التي تلي الأم وأم الأم هي أم الأب ثم الأب.²

إن سن انتهاء حضانة الذكر في الشريعة الإسلامية عند من حددها بالسن هي سبع سنين قمرية عند البعض وتسع عند البعض الآخر، وهي أقصى سن تحدد لانتهاء الحضانة عند فقهاء الشريعة، أما بالنسبة للأنثى فإن جمهور الفقهاء فقد حددوا مدة انتهاء الحضانة ببلوغها المحيض، ومنهم من حددها بزواجها ودخول زوجها بها كما ذهب إليه المالكية.³

أما عن السفر بالمحضون فالحنفية والمالكية والشافعية يرون أنه ليس لغير الأم أن تسافر بمحضونها إلا بعد إذن الأب أو العصبه، ويرى الحنفية أنه يحق للأم السفر بالمحضون (سفر نقلة)

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص302.

² - حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص 329 - 330.

³ - عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، المجلد 4، العدد 1، ص 189-190.

إن انتقلت إلى مكان قريب، والمالكية والشافعية والحنابلة لا يثبتون هذا الحق للأُم أيضاً إلا إذا كان المكان قريباً.¹

ثانياً - اختلاف مضمون الحضانة في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة:

اختلفت مواقف التشريعات الوضعية في سن أحكام الحضانة باختلاف المرجعية الدينية والانتماء الطائفي لكل دولة، وبالرغم من هذا الاختلاف إلا أنها أولت أهمية كبيرة للوسط العائلي الذي يولد الطفل في كنفه ويعيش فيه إيماناً بالأثر المباشر والكبير للوسط العائلي في التكوين الجسدي والنفسي للطفل، الأمر الذي ينعكس على توجهاته وملكاته في مستقبل حياته إيجاباً وسلباً، ولهذا وجب أن ينشأ الطفل في بيت يملأه الدفء والحنان.²

أورد المشرع الجزائري بدوره ترسانة قانونية متينة لحماية حقوق الطفل بموجب القانون رقم 12/15 المتعلق بحماية الطفل³، ونص على أحكام الحضانة في قانون الأسرة من خلال المواد من 62 إلى 72، وقد حدد مفهومها في نص المادة 62 ق.أ.ج⁴ بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

وعرفها المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه".

كما عرفت المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها: "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

في حين أن التشريع المصري رقم 44 لسنة 1979 المتعلق بالأحوال الشخصية قد أعرض عن تعريف الحضانة تاركاً ذلك لاجتهاد القضاء والفقهاء.

¹ - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 520.

² - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 214.

³ - القانون رقم 12/15 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015 يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، العدد 39.

⁴ - تقابلها المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، والمادة 143 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 النافذ... الخ

إلا أن التعريف الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في رأينا أشمل وأعمق، كونه يجمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الصحية والدينية والتربوية والأخلاقية والمادية.

أما عن الأحكام المتعلقة بالحضانة فنشير إلى أن مشرعنا قد خرج في بعض المواقع عما ورد في الفقه خلال تعديله لقانون الأسرة سنة 2005. ففي ترتيب الحواضن بموجب المادة 64 من ق.أ.ج¹، الذي كان قد كرسه لأصحاب الحق في الحضانة، أبقى على حق الحضانة للأم غير أنه قدم الأب على الجدة للأم وجعله في المرتبة الثانية بعد الأم في استحقاقه لحضانة ابنه²، ثم الجدة للأم، فالجدة لأب، ثم الخالة ثم العممة، وأخيرا أضاف الأقربون درجة.

ونعتقد أن هذا التعديل كان في محله كون الأم والأب أحق بأولادهم من غيرهم، إضافة إلى أن الطفل ينسب لأبيه، ونفقته تكون واجبة على الأب. فمن غير المعقول أن يكون هو الملزم بالنفقة وأم الأم أولى بحضانة ابنه، زيادة على ذلك فإن إسناد الحضانة للأب بعد الأم يختصر الكثير من المشاحنات والنزاعات التي تكون غالبا حول النفقة وبدل الإيجار.

إلا أن الجدير بالذكر أن المعيار الأساسي في تحديد مستحقي الحضانة هو مصلحة المحضون³؛ حيث أكد المشرع الجزائري من خلال المادة 64 من ق.أ.ج على عبارة: "مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"، فقد يتغير ترتيب الحواضن الوارد في النص مراعاة لمصلحة الطفل،

¹ - تنص المادة 64 من ق أ ج على: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة للأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العممة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

² - وهو في ذلك يتفق مع المشرع المغربي حيث جاء في المادة 171 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم للأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب أكثر أهلية..."

³ - بالرغم من أن المشرع لم يضع تعريفا لمصلحة المحضون غير أنها تمتاز بخصائص نذكر منها:
- أنها قاعدة ذاتية وشخصية بمعنى أنها تتعلق بكل طفل على حدة وعليه فان القاضي ينظر لكل طفل على حده ويحدد مصلحته اللائقة به.

- أنها قاعدة متغيرة حسب الزمان والمكان والملابسات وعمر الطفل ولكن رغم كل هذا فإن القاضي لا بد من أن يتمسك بأساسيين لا يمكن تجاوزهما أبدا هما: تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية، تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل. أنظر سنوسي علي، اختلاف التشريعات وأثرها في تحريك تنازع القوانين في موضوع الحضانة (دراسة مقارنة على بعض التشريعات العربية)، مجله البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، 2018، ص 360.

لأن هذا الترتيب غير إلزامي بالنسبة للقاضي الذي منحه المشرع السلطة التقديرية في اختيار الأصلح للطفل مع الاستعانة بمختصين نفسانيين ومرشدين اجتماعيين لمساعدته في انتقاء من يكون أهلا لحضانة الطفل¹.

وهو ما أكدته قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/03/10 حيث جاء فيه: "تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ.ج، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"².

وألزم المشرع كذلك في الفقرة الأخيرة من نفس المادة القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لمستحقها في نفس الحكم وبطريقة آلية، غير أنه أعرض عن توضيح شروطها وكيفيةها وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي³.

أما المشرع المصري فقد اختلف عن نظيره الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة، حيث أسندها للأم، تليها المحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، وجعل الأب في المرتبة الرابعة بعدما كان في المرتبة السادسة عشر قبل التعديل⁴.

إلا أن موقف المشرع التونسي فقد كان غير واضح بالنسبة لترتيب الحواضن، حيث أقر بمقتضى

¹ - وهو نص عليه المشرع الجزائري في المادة 425 من ق.أ. حيث جاء فيها: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة...".

وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 330566، بتاريخ 2005/05/18، م م ع، 2005، عدد 1، ص 301. الذي جاء فيه: " المبدأ: يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية". بالإضافة إلى قرار آخر صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 153640، بتاريخ 18 / 2 / 1997، م ق، العدد 56، سنة 1997، ص 33.

² - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 613469، بتاريخ، 2011/03/10، م م ع، العدد 1، 2012، ص 285.

³ - وقد نص المشرع الجزائري في المادة 7 من قانون حماية الطفل المذكور آنفا ما يلي: " يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يتخذ بشأنه.

يأخذ بعين الاعتبار في تقدير المصلحة الفضلى للطفل لاسيما جنسه وسنه وصحته واحتياجاته المعنوية والفكرية والعاطفية والبدنية ووسطه العائلي وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه"

⁴ - أنظر نص المادة 20 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري.

الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الحضانة لأحد الأبوين، ولم يحدد صاحب الأولوية، غير أنه يفهم من الفصول من 59 إلى 67، أن الأم تقدم على الأب في استحقاقها لحضانة أطفالها.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 287 من القانون المدني على أنه: "يمكن للقاضي أن يسند ممارسة السلطة الأبوية لأحد الأبوين إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك".¹ كما أنه نص في المادة 1/371 على أن السلطة الأبوية هي مجموعة من الحقوق والواجبات التي يكون هدفها النهائي مصلحة الطفل الفضلى.²

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري وبموجب المادة 65 ق.أ.ج³ تنقضي الحضانة عن أسندت له بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات، أما الأنثى ببلوغها سن الزواج، ومنه تختلف مدة حضانة الذكر عن مدة حضانة الأنثى. هذا وقد سمح المشرع للحاضنة إذا كانت أما غير متزوجة بتمديد فترة الحضانة إلى أن يبلغ المحضون الذكر 16 سنة، وبمفهوم المخالفة يجوز للأب إسقاط حق الأم في الحضانة إذا لم تطالب بتمديدها. ولم يبين المشرع الجزائري مصير البنت بعدها لكن يفهم ضمنا أن انتهاء الحضانة إذا لم يتم طلب تمديدها تعطي للأب الحق في ضم ابنته إليه، على أن يراعي القاضي في كل الحالات مصلحة المحضون.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يوضح من خلال نص المادة 65 ق.أ. المقصود بسن الزواج بالنسبة للبنت، هل يقصد به سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 7 ق.أ.ج (19 سنة) أو إبرام البنت لعقد زواجها فعليا؟

يبدو أن مشرعنا يقصد بسن الزواج بلوغ الفتاة 19 سنة كاملة، غير أننا من جهتنا نتبنى موقف المالكية في هذه المسألة الذي يميل إلى تحديد مدة انقضائها بزواجها ودخول زوجها بها.

هذا وقد تسقط الحضانة إذا وجد مانع من استحقاقها، والقانون حدد موانع وأسباب سقوطها في المواد 66-67-68-70 ق.أ.ج وهي:

¹ - Art 287/2 loi n° 93-22 du 08/01/1993: "si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents".

² - Art 371-1 LOI n°2019-721 du 10 juillet 2019 - art. 1: « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

³ - حيث جاء فيها ما يلي: " تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

- التزوج بغير قريب محرم لقوله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تتكحي". وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 66 من قانون الأسرة¹.

- اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 السالفة الذكر² ومن بين هذه الشروط تربية الولد على دين أبيه.

- التنازل عن الحضانة ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون (م 66 ق.أ.ج).

- يسقط حق استحقاق الحضانة بالسكوت عن طلبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر، هذا ما ذهب إليه المالكية واعتد القانون الجزائري برأيهم³.

- تضيف المادة 70 ق.أ.ج أن الجدة أو الخالة الحاضنة يسقط استحقاقهما للحضانة إذا سكنتا بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم.

والملاحظ أن القانون اعتبر عمل المرأة الحاضنة لا يشكل سببا من الأسباب التي تسقط الحضانة بموجب نص المادة 2/67؛ حيث نصت على أنه "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

لقد أجمعت أغلب التشريعات العربية المقارنة على هذه الشروط، إلا أن المشرع التونسي أضاف في الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن الحاضنة إذا سافرت بالولد المحضون مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته اتجاه منظوره سقطت حضانتها. أما المشرع الجزائري فلم يكن موقفه واضحا بهذا الشأن، ونص في المادة 69 من ق.أ.ج على ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الحق للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون". والملاحظ من نص المادة أن المشرع لم يتكلم عن مسألة السفر بالمحضون فحسب وإنما استقر الحاضن في بلد أجنبي، وقد جعل مسألة الإبقاء على الحضانة أو

¹ - تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

² - تنص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه".

³ - أنظر نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري.

إسقاطها عن الحاضن في هذه الحالة للسلطة التقديرية للقاضي، مع مراعاة مصلحة المحضون.¹ غير أن القضاء استقر في هذه المسألة على إسقاط الحضانة عن الأم التي تقيم بالمحضون في بلد أجنبي، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل لاحقاً.

وأخيراً إذا أسندت الحضانة للأم في حالة الطلاق التزم الأب وفقاً لنص المادة 72 من ق.أ.ج بتوفير مسكن ملائم للحاضنة حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف تجاه ولدها المحضون، وفي حالة عدم تمكنه من ذلك ألزم بدفع قيمة الإيجار لإيجاد مسكنٍ تقطن فيه الوالدة وولدها المحضون لتسهيل عملية الرعاية والتربية في ظروف ملائمة تصون كرامة الحاضنة والمحضون.²

البند الثاني:

الاختلاف حول التكيف القانوني لمسألة الحضانة

قد يثور نزاع بعد تفكك الرابطة الزوجية بأحد الطرق المنصوص عليها سابقاً على من له الحق في حضانة الأولاد الناتجين عن الزواج المختلط، ويتعين على القاضي عندئذ البحث في قواعد التنازع في قانونه عن ضابط الإسناد الذي يسري على الحضانة، وإذا لم يوجد وجب عليه عندئذ التوسع في تحديد مفهوم الفئة المسندة استناداً لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها حتى يتمكن من إعطاء الوصف القانوني المناسب لمسألة الحضانة كمرحلة سابقة، وبالتالي تحديد القانون الذي يحكمها؛ حيث يلجأ إلى قانونه الوطني بمفهومه الواسع لتحديد الوقائع وتكييفها بغية إسنادها إلى ضابط الإسناد الذي يشير إلى القانون الواجب التطبيق.³

¹ وبهذا الصدد تنص المادة 1/9 من اتفاقية حقوق الطفل على ما يلي: "تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما إلا عندما تقرر السلطات المختصة رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل..." أنظر الموقع:

<https://www.unicef.org/ar/%D9%86%D8%B5%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9-%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%81%D9%84%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9-%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%81%D9%84#>

تاريخ الاطلاع: 2019/08/25. ص 18: 00

² غنية قري، المرجع السابق، ص 151.

³ مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 217.

فإذا عرض على القاضي الجزائري نزاع مشتمل على عنصر أجنبي حول إسناد الحضانة، فلكي يفصل في طلب الحضانة يتعين عليه معرفة القانون واجب التطبيق بالرجوع إلى قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني. فإذا ما رجع القاضي إلى هذه القواعد ولم يجد قاعدة تتكلم عن الحضانة، بل وجد قواعد بشأن الزواج والطلاق وآثارهما؛ فإن عليه أن يحدد الوصف القانوني للحضانة حتى يتمكن من معرفة قاعدة الإسناد المناسبة، ولا يتحقق له ذلك إلا بتحديد نوع وطبيعة ومصدر الحق أو الالتزام محل النزاع، فيتمكن من إدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية.¹

من خلال ما سبق طرح الإشكال التالي: ما هي الطبيعة القانونية للحضانة؟ هل تكيف ضمن آثار الزواج وتخضع للقانون الذي يحكمها؟ أم تعد أثراً من آثار الطلاق ويسري عليها القانون الذي يسري على آثار الطلاق؟ أم أنها من آثار النسب وتخضع لضابط الإسناد الذي يحكم النسب؟

تباينت التشريعات حول تحديد التكيف القانوني للحضانة؛ مما زاد من حدة تنازع القوانين بين الدول بشأنها. فهي تتداخل ضمن أفكار متعددة، تارة ضمن فكرة الزواج باعتبارها أثراً من آثاره؛ بحيث تتعلق بالبنوة، وتارة ضمن فكرة الطلاق على اعتبار أن النزاع القائم بشأنها لا يثور إلا عند الطلاق أو التطليق أو الخلع، وتارة أخرى ضمن علاقة الأولاد بالأباء. في حين يرى آخرون أنها أثر من آثار النسب.² ويمكن حصر رأي الفقه في شأن هذه المسألة في أربع اتجاهات أساسية:

أولاً- تكيف الحضانة ضمن آثار عقد الزواج:

يذهب غالبية الفقه الفرنسي³ إلى عد الحضانة أثراً من آثار عقد الزواج على أساس أن الولد المعني بالحضانة ناتج عن علاقة زواج، وبذلك فهي تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون الزوج وقت الانعقاد⁴، غير أن هذا الاتجاه تعرض للعديد من الانتقادات أبرزها أنه لا يمكن

¹ - صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 12.

² - سنوسي علي، المرجع السابق، ص 358-359، أنظر كذلك: إشيوي عماد، المرجع السابق، ص 210.

³ - pierre mayer, droit international privé, Montchrestien édition, première édition, paris, 1977, p423.

⁴ - وهو ما تبناه القضاء والفقه المصري بعدة أحكام قضائية منها حكم صادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1952/02/26. أنظر: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، ج 2، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 238.

الحديث عن مشكلة الحضانة إلا بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التظليق.¹

وفي رأينا أن هذا النقد كان في محله، فلا يمكن تكييف الحضانة كنزاع قانوني قائم بين طليقين على أنها أثرا من آثار عقد الزواج الذي تم إنهائه.

ثانيا- تكييف الحضانة ضمن آثار النسب:

ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار النسب على أساس أنها التزام يقع على من يثبت إليه نسب المحضون²، إلا أن هذا الرأي منتقد أيضا كون النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة له برعايته؛ لذا فإن الحضانة أثر مستقل بذاته يتولى القانون تحديده من حيث مصدر الالتزام بها وآثارها.³

وفي اعتقادنا أنه لا يمكن تبني هذا الرأي إلا في بعض الجوانب المشتركة بين النسب والحضانة مثل الولاية على النفس، وثبوت النفقة للطفل سواء في ثبوت نسبه لوالده، أو إسناد حضانته لمستحقها.

ثالثا- تكييف الحضانة ضمن أحكام الولاية:

اتجه بعض الفقه المصري إلى تكييف الحضانة ضمن أحكام الولاية إعمالا لنص المادة 16 من القانون المدني المصري والتي مفادها: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته". غير أن هذا الاتجاه تعرض للنقد كون الولاية المقصودة في هذا النص هي الولاية على المال، ولا يمكن قياس الولاية على النفس إلى الولاية على المال لاختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها الأحكام الخاصة بكل من المسألتين. فالأولى تشمل تربية الطفل ورعايته، أما الثانية فهي حفظ مال الصغير وإنماؤه.⁴

رابعا- تكييف الحضانة ضمن آثار انحلال الزواج:

يتجه هذا الرأي الفقهي إلى تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، بحجة أن

¹ - زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص 116.

² - خالد بو عروس، المرجع السابق، ص 67.

³ - سنوسي علي، المرجع السابق، ص 368.

⁴ - إشوي عماد، المرجع السابق، ص 217.

الأطفال أثناء الحياة الزوجية يكونون تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين، أما بعد انفصالهما بالطلاق أو التطلق يثور نزاع حول من تستند إليه حضانة الأولاد.¹

ومن جهتنا نتفق مع هذا الرأي الفقهي ونتبناه تأسيسا عما أخذ به المشرع الجزائري من حيث تنظيمه ووضعه لأحكام الحضانة في الفصل المتعلق بآثار الطلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى أن دعوى الحضانة لا تثور إلا عند تفكك الرابطة الزوجية، كذلك فإن تحديد من تؤول إليه الحضانة يكون في نفس الحكم الصادر بشأن الطلاق، وبالتالي تكيف الحضانة ضمن آثار انحلال الزواج، ويسري عليها القانون الذي يحكم هذه الآثار.

فإذا عرض نزاع على القاضي الجزائري بين زوج جزائري وزوجة فرنسية حول إسناد حضانة أولادهما يلجأ القاضي أولا إلى تكيف المسألة ضمن آثار انحلال الزواج استنادا لقانونه الوطني تطبيقا لنص المادة 9 ق.م.ج. ثم يخضعها للقانون الذي يحكم هاته الآثار.

وعلى هذا النهج سارت معظم القوانين الأوروبية؛ كالقانون الفرنسي في قانونه المدني الصادر في 12 / 6 / 1804، الذي يذكر أن الديانة المسيحية تعد الأصل للكثير من القوانين الأوروبية، حيث أن هذه الديانة تنظر إلى الحضانة كأثر من آثار الطلاق، ومن جهة أخرى تنظر إليها على أنها حق للأم ما دام الطلاق صدر لصالحها ولا انتقل هذا الحق إلى الأب.²

أخيرا نذكر أن إدخال الحضانة في إطار فكرة انحلال الزواج أو إخراجها منها تعتبر مسألة تكيف يخضع القاضي في إجراءاته لقانونه الشخصي (كما أشرنا سابقا). فإذا اعتبرها من مسائل انحلال الزواج طبق عليها القانون الذي يخضع له انحلال الزواج، وإذا رآها خارج إطار تلك الفكرة بحث لها عن القانون الواجب للتطبيق على الفكرة التي تدخل فيها.³

الفرع الثاني:

القانون الذي يحكم منازعات الحضانة والزيارة وأهم المعوقات التي تواجه تطبيقه

تعتبر الحضانة، كما أسلفنا، من أهم الآثار التي يخلفها الانفصال بين الزوجين؛ حيث تعد أبرز القضايا المطروحة على مستوى المحاكم وبصفة دائمة، لذلك فقد حظيت باهتمام كافة التشريعات

¹ - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 116.

² - سنوسي علي، المرجع السابق، ص 362.

³ - ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 132.

الوضعية التي أحاطتها بالكثير من المواد القانونية لتنظيمها في إطار العلاقات الداخلية. أما في إطار العلاقات الخاصة الدولية، فنظرا لأنها علاقة متعددة الأطراف، ومن الوارد أن تختلف جنسيتهم جميعا، فقد أثارت مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكمها.¹ وحتى بعد تحديد هذا القانون تواجهه العديد من الصعوبات التي تعيق تطبيقه.

ويرتبط بالحضانة مباشرة مسألة أخرى هي الزيارة، والتي تمثل أهم الحقوق التابعة للحضانة لما لها دور في رقابة المحضون وتكوين شخصيته.² وعليه سنقوم من خلال هذا الفرع بتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة والزيارة إذا ثار نزاع بين الوالدين المنفصلين بشأنها (البند الأول)، ثم سننتقل إلى تبيان أهم المعوقات التي تواجه تطبيق هذا القانون والحلول البديلة له لفض المنازعات التي تقوم بهذا الصدد (البند الثاني).

البند الأول:

تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة والزيارة في الزواج المختلط

سننظر في هذا البند للقانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة في الزواج المختلط (أولا) ثم ننتقل للقانون الواجب التطبيق على منازعات الزيارة في الزواج المختلط (ثانيا).

أولاً- تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة في الزواج المختلط

نظرا لتباين الدول في التكييف القانوني لمسألة الحضانة الذي أوضحناه سابقا فقد اختلفت أيضا في تحديد القانون الذي يحكمها، خاصة وأن معظم التشريعات لم تخصصها بقاعدة إسناد مستقلة. الأمر الذي انعكس سلبا على هذه المسألة، فنجد أن هناك عدة قوانين تتزاحم فيما بينها لحكمها، وبالتالي يثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على قضية إسناد الحضانة وآثارها؟

تعددت الآراء بشأن الإجابة على هذا التساؤل. فالأجاء الفقهي المصري الذي ينادي باعتبار الحضانة من آثار الزواج يخضعها لقانون جنسية الزوج وقت الزواج³، ويحكم هذا القانون وفقا لأحكام

¹ - إشوي عماد، المرجع السابق، ص 217.

² - نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 11، العدد 2، ص 488.

³ - أنظر أحكام محكمة القاهرة الابتدائية دائرة الأحوال الشخصية للأجانب: حكم صادر في مايو 1951، قضية رقم 75 لسنة 1950. حكم في 12 يونيو 1951، قضية رقم 121 لسنة 1950. حكم في 15 يناير 1952 قضية رقم 79 لسنة 1951، قضية رقم 57 لسنة 1951، نقلا عن عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 323.

القضاء المصري مسئولية الحاضن، وحق الزيارة، وأجرة الحضانة، وانتقالها، وانتهائها¹. أما الاتجاه الذي يدرجها ضمن آثار النسب يطبق عليها قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، ويرى هؤلاء أن هذا الحل يحقق فائدة كبيرة متمثلة في وحدة القانون الواجب التطبيق على مسائل ثلاث وثيقة الصلة ببعضها البعض، ألا وهي ثبوت نسب الولد من أبيه وحضانتها والولاية على نفسه².

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد الشديد؛ الأول هو إذا غير الأب جنسيته، والثاني إذا توفي الأب قبل ولادة الطفل، فأى القانونين أصلح؟ قانون وفاة الأب أو قانون وقت الزواج. إذا فضلنا قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى، فإنه قد يحصل تحايل على القانون؛ وذلك بتغيير الأب جنسيته بهدف الاستفادة من قانون دولة معينة لا علاقة له بالنسب.

كما أن الرأي القائل بتكليف الحضانة كأثر من آثار الطلاق يخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهو ما جرى عليه العمل في بعض الفقه والقضاء المصري متأثراً بالفقه والقضاء الأوروبي³.

أما الفقه المصري القائل بأنها تدخل في إطار حكم الولاية فقد أخضعها للقانون الذي يسري على الولاية؛ وهو قانون جنسية الطفل المحضون⁴، قياساً على ما هو منصوص عليه في المادة 16 من

¹ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 321.

² ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 134.

³ سنوسي علي، المرجع السابق، ص 368-369.

⁴ وهو ما قرره محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ 2 فبراير 1954 والمنشور بمجلة التشريع والقضاء. السنة السادسة، العدد 19، الحكم رقم 89، ص 359-362. حيث جاء فيه: "وحيث إنه فيما يتعلق بالحضانة فإنه لا شأن لعقد الزواج بها حتى تعتبر أثراً من الآثار المترتبة عليه، ذلك أنه يرجع عند بحث أمر الحضانة وصاحب الحق فيها إلى أمور أخرى متعددة بعيدة كل البعد عن عقد الزواج نفسه. من هذه الأمور سن الصغير ومصالحته وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع فيها. وعلى ذلك فإنه لا يصح أن ينظر إلى الحضانة باعتبارها أثراً من الآثار التي يرتبها عقد الزواج وبالتالي لا يصح أن تطبق في خصوصها وفي خصوص صاحب الحق فيها قاعدة الإسناد الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشرة من القانون المدني المصري. وحيث إن واقع الأمر هو أنه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينة بالنسبة للحضانة، ومن أجل ذلك فإن المحكمة ترى أن تأخذ في شأنها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير الذي تجب حمايته قياساً على ذلك على ما هو منصوص عليه في المادة 16 من القانون المدني المصري، وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون الإنجليزي هي الواجبة التطبيق في شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبار أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتها إلى المدعية هما إنجليزيان تبعاً لوالدهما المدعى عليه الإنجليزي الجنسية. وحيث إن الحضانة في القانون الإنجليزي تقديرية للمحكمة؛ تعهد بها لمن تراه أقدر على رعاية الصغير، وتسترشد المحكمة فيها بمصلحة الصغير البحتة لهذا فإن المحكمة ترى أن تعهد للمدعية بحضانة ولديها لأنهما في حضانتها فعلاً؛ ولأنهما لا يزالان محتاجين لرعايتها لصغر سنهما، ثم ما تدل عليه ظروف الدعوى وأقوال الشاهدين من أن المدعى عليه قد أهمل المذكورين وتركهما من زمن بعيد مع والدتهما المدعية ترعاها وتتكفل بشؤونهما." نقلاً عن: ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 133.

القانون المدني المصري السابقة الذكر.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه المعاصر، مستندا لنصوص بعض الاتفاقيات الدولية، إلى ضرورة تطبيق القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته، على أن ينحصر البحث بين القانون الذي يحكم انحلال الزواج، وقانون جنسية الطفل.¹ وقد تبنت بعض أحكام القضاء هذا الرأي في الشق القائل بتطبيق قانون جنسية الطفل، على اعتبار الحضانة حق من حقوق الصغير الواجب حمايته وتحقيق مصلحته، وأنها ليست من آثار الزواج أو الطلاق ولا من مسائل الولاية على المال²، لذلك قررت المحكمة أن قانون جنسية الطفل هو الأفضل لحمايته.³

هذا أيضا ما ذهب إليه الدكتور الطيب زوتي، وقد برر رأيه كذلك بوجود مراعاة مصلحة المحضون، فيقول: «إن المتصفح لأحكام قانون الأسرة يستنتج أن منح الحضانة مرتبط بمراعاة مصلحة المحضون مما يقتضي إسنادها إلى قانونه الشخصي...»⁴

وفي تصورنا أن هذا الرأي كذلك يمكن انتقاده خاصة في الحالة التي يتعدد فيها الأولاد المطلوب إسناد حضانتهم وتعدد جنسياتهم. فإذا كان قانون جنسية الطفل الأول يمنح الحضانة للأم والثاني يمنحها لأم الأم والثالث يمنحها للأب؛ ينتشت الأطفال بين هؤلاء الثلاث ويمكن أن ينشؤوا في بلدان مختلفة، لذلك نرى هذا أمر غير مقبول وغير إنساني.

إن السبب الذي أدى إلى تعدد وتشعب الآراء الفقهية والأحكام القضائية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة يرجع إلى إغفال أغلب تشريعات الدول تخصيص ضابط إسناد يحكمها؛ مما فتح المجال للفقه والقضاء لتولي هذه المهمة.

¹ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 321.

² - وهو ما قرره محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في 1 يونيو 1976، القضية رقم 5 1976، أحوال شخصية أجنبية، حيث جاء فيه "... من غير المستساغ اعتبار الحضانة التي تتصل اتصالا وثيقا بحقوق الصغار وربطتهم بوالديهم من آثار الزواج أو الطلاق. وعلى ذلك فلا تخضع الحضانة لقاعدتي الإسناد الخاصة بهما، كما لا يمكن إخضاعها كذلك لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على المال المنصوص عليها في المادة 16 مدني مصري، إذ لا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال ولذلك ترى المحكمة أنه يتعين تطبيق قانون جنسية الصغير لأن الحضانة حق لهذا الصغير وقد وضعت لحمايته، وإن كان هذا سيؤدي من الناحية العملية إلى تطبيق قانون الأب وهو في واقعة الدعوى القانون الفلسطيني". نقلا عن: هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 348-349.

³ - ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، المرجع السابق، ص 134.

⁴ - زوتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما وعملا، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 55.

ونذكر أن معظم التشريعات التي لم تركز قاعدة إسناد للحضانة ألحقتها بالقانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج¹، وهذا ما أخذ به القانون المدني المصري من خلال المادة 2/13 السابق ذكرها. فغالبية الفقه المصري يجمع على أن الحضانة تعد من آثار انحلال الزواج، ومنه تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، واستثناء يطبق القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج م 14 ق.م.م؛ فلا اعتبار لتغيير الجنسية الذي يطرأ لأي من الزوجين في الفترة ما بين انعقاد الزواج وبين الطلاق أو رفع دعوى الحضانة.

وهذا ما أكدته الحكم القضائي الصادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية بأنه: "متى كان من الثابت أن المدعى عليه فلسطيني بينما المدعية مصرية، ومن ثمة فإن القانون الوطني هو الواجب التطبيق عملاً بنصي المادتين 13 و14 من القانون المدني إذا كان الثابت أن ابنته المدعية كانت مصرية وقت الزواج". وكذلك قضية زوج بريطاني الجنسية رفع دعوى أمام القضاء المصري ضد زوجته بريطانية الجنسية؛ طلب فيها ضم ولديه إلى حضانتها، فقضت المحكمة بتطبيق القانون البريطاني على الحضانة باعتباره القانون الذي يحكم آثار الزواج وآثار التطلاق؛ سواء فيما بين الزوجين أو في العلاقة بينهما وبين الأولاد.²

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فبالرغم من عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة؛ فإن الأمر جار على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره³، وهو في هذه الحالة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى استناداً لنص المادة 2/12 السابق ذكرها.⁴ وعلى هذا يرجع القاضي إلى قانون الأسرة الجزائري لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة، ويمتد نطاق تطبيقه لمن تسند له، والوقوف على أجرتها ومراتبها وأسباب انقضائها وسقوطها أو التنازل عنها، وتحديد نفقة المحضون.

¹ - من أمثلة ذلك: المادة 14 من القانون المدني السوري، المادة 3/19 من القانون المدني العراقي، المادة 2/13 من القانون المدني الليبي... الخ

² - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 188-189.

³ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 221.

⁴ - تم التطرق للتحليل التفصيلي والنقد الموجه لنص المادة 2/12 في الفصل الأول من الباب الثاني ص 273 ومايلها.

كما يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا لنص المادة 13 من القانون المدني. فقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي؛ حيث أسندت المحكمة الابتدائية الحضانة للقانون الإيطالي، ولكن الزوجة الجزائرية طعنت في هذا الحكم على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج ولم يصدر بشأنها مرسوم لنزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، فقررت المحكمة العليا نقض هذا الحكم على أساس نص المادة 13 ق مدني، واعتبرت الحضانة أثرا من آثار انحلال الزواج وطبقت القانون الجزائري.¹

ومن جهتنا نؤيد موقف الفقه والقضاء القائل بتكليف الحضانة ضمن آثار الطلاق كون الطلاق هو السبب والنزاع حول الحضانة هو نتيجة لهذا السبب، بالإضافة إلى الحجج التي أوضحناها سابقا. وعليه إخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

ومن جهة أخرى، فإن في تكريس ضابط جنسية الزوج على مسائل الحضانة يسمح بتطبيق القوانين الإسلامية على الجالية الجزائرية المقيمة في الخارج، في حين أن تبني قانون الموطن مثلا قد يؤدي إلى تطبيق قوانين غير إسلامية على أحوالهم الشخصية.

غير أننا وبالرغم من المحاسن التي تجوب تطبيق قانون جنسية الزوج على الحضانة، فنحن لا نتبنى هذا الموقف ولا نؤيده كون الأب بإمكانه التحايل على القانون وتغيير جنسيته حسب القانون الذي يخدم مصالحه، وقد يكون لهذا التغيير مضرة للطفل أو للأم.

فإذا افترضنا أن قانون جنسية الزوج الأصلية يمنح حق الحضانة للأم، وقانون جنسيته المكتسبة أثناء رفع الدعوى (أي بعد التغيير) يمنحها للأب؛ خاصة مع صعوبة إثبات مسألة التحايل على القانون ومن ثم استحالة الدفع بالغش نحو القانون. فالمسألة هنا تخلف أضرارا للأم وأحقيتها وأولويتها في الحضانة، كما تنتج أضرارا للطفل الذي يحرم من عطف وحنان أمه.

كذلك الأمر إذا كان القانون الذي اكتسب الأب جنسيته لا يعترف بثبوت حق النفقة للطفل ويلزم الأم بها.

وعلى هذا الأساس، ونظرا لحساسية هذه المسألة فنحن نقترح خلق أو صياغة مادة قانونية

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 170082، صادر بتاريخ 17/02/1998، المجلة القضائية، 2000، العدد1، ص167-170.

جديدة ومستقلة يدرج من خلالها المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق على كل ما يتعلق بمسألة الحضانة، حسما للخلاف الفقهي المتداول بشأنها، وحبذا لو تكون ضوابط إسناد اختيارية ينتقي من خلالها القاضي ما يراه أصح لحماية الطفل مثلما فعل المشرع التونسي، أو على الأقل لا يقيد القاضي بضابط إسناد واحد ويمنحه عدة خيارات لاختيار الأصلح للطفل بعد الاطلاع على الوقائع المادية الموجودة بين يديه بالاستعانة بخبراء ومرشدين اجتماعيين طبعاً.

ونرشح أن تكون صياغة النص كالتالي: "يختار القاضي القانون الأصلح للطفل في مسألة إسناد الحضانة وترتيب مستحقيها، وحق الزيارة، وأجرة الحضانة، وسقوطها وانتهائها، أحد القوانين التالية:

- القانون الذي ينتمي إليه الطفل بجنسيته.
- القانون الذي ينتمي إليه الطفل بموطنه.
- القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية.
- القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع.

مع مراعاة عدم مخالفة أحد ضوابط الإسناد المذكورة سابقاً لمقتضيات النظام العام والآداب العامة في الجزائر".

ونستشهد في رأينا لما ذهب إليه الدكتور ناصر عثمان محمد عثمان، وهو "إمكانية صياغة قاعدة مادية في شأن الحضانة؛ قاعدة هدفها توفير الحماية الأكبر والأفضل للطفل من بين عدة قوانين، ويمكن للقاضي المصري أن يسند حكمه في وضع هذه القاعدة إلى نص المادة 24 مدني مصري الذي يخوله وضع قواعد تنازع غير منصوص عليها بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص".¹

خلافاً لأغلب التشريعات العربية التي أهملت النص على القانون الذي يحكم الحضانة -ومن بينها التشريعين المصري والجزائري- كان موقف المشرع التونسي واضحاً؛ حيث أقر صراحة² في

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، طبقاً لقواعد التنظيم الأوربي، رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 135.

² نذكر أيضاً أن موقف المشرع الكويتي كان واضحاً بشأن تكريس ضابط إسناد يحكم مسألة الحضانة؛ حيث جاء في المادة 43 من القانون رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ما يلي: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة". كذلك الأمر بالنسبة للمشرع القطري في المادة 20 من قانونه المدني.

الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية ما يلي: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، وبطبق القاضي القانون الأفضل للطفل". من خلال نص الفصل نستخلص ما يلي:

- أن الحضانة تعد أثرًا من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم فك الرابطة الزوجية.

- أن المشرع التونسي نص على ثلاث ضوابط إسناد تسري على الحضانة، تتمثل في قانون انحلال الزواج، قانون جنسية الطفل، قانون موطن الطفل.

- جعل المشرع التونسي ضوابط الإسناد الخاصة بالحضانة اختيارية.

- أضاف المشرع التونسي في الفقرة الأخيرة من الفصل عبارة "القانون الأفضل للطفل؛ حيث أعطى للقاضي السلطة التقديرية في اختيار القانون الذي يراه أفضل حماية للطفل ويخدم مصلحته.

أما فيما يخص القانون الفرنسي فقد جاء خاليا من أحكام الحضانة؛ إذ كيف بعض القضاء الفرنسي الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، ويسري عليها القانون الذي يحكمه¹، ووسع القضاء الفرنسي دائرة اختصاصه بتطبيق القانون الفرنسي² بشأن المنازعات المتعلقة بالطلاق والانفصال الجسماني متى كان أحد الزوجين حاملا للجنسية الفرنسية، أو إذا كان الزوجان كلاهما لهما موطن في فرنسا، أو إذا لم يعترف أي قانون أجنبي بصلاحيته، في حين تكون المحاكم الفرنسية تقبل النظر في الطلاق أو الانفصال الجسماني³، ويمكن إسقاط هذه القواعد على مشكلات الحضانة بين الأجانب المقيمين بفرنسا.⁴

غير أن الغالب لدى القضاء الفرنسي يعد حضانة الأطفال من المسائل المؤقتة أو الإجرائية، وبالتالي لا تخضع للقانون الذي يحكم الطلاق والانفصال الجسماني، وإنما يطبق عليها قانون القاضي باعتبارها من المسائل الإجرائية. أما في حالة صدور الحكم النهائي بشأن الانفصال فيعقد الاختصاص

¹ - طاهري آسيا، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، جامعة الجزائر 2، المجلد 4، العدد 2، 2020، 149.

² - أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 12، العدد 2، 2019، ص 188.

³ - Voir Art 309 c.c.f.

⁴ - نور الهدى بولمش، المرجع السابق، ص 495.

لقانون جنسية الطفل كونه القانون الذي يحقق مصلحته؛¹ وهو ما أكده القضاء الفرنسي.

ثانيا - تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الزيارة في الزواج المختلط

إذا كانت الحضانة من أهم الآثار الشخصية اللاحقة لانحلال الزواج؛ فإن الحق في الزيارة يعد من بين توابع الحضانة ويرتبط بها ارتباطا مباشرا، فهو من أهم حقوق المحضون والمحضون له، فهي قيام من بيده المحضون بتمكين صاحب الحق في الزيارة من رؤيته والجلوس إليه والتحدث معه.

وبالرغم من أن المشرع قد حاول الإلمام بجميع الأحكام المتعلقة بالحضانة وتنظيمها في قانون الأسرة، إلا أنه قد أغفل حق الزيارة بصفة كلية رغم ما يطرحه هذا الحق من إشكالات أمام القضاء نظرا لكون معظم حالات انحلال الزواج لا تنتهي بودية؛ خاصة في الأحوال المشتملة على طرف أجنبي وعودة كل طرف إلى وطنه بعد انحلال الرابطة الزوجية المختلطة، ما قد يثير مشكلة تنازع القوانين فيها.²

وتجدر الإشارة أن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب؛ بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أمره، وضمان للإشراف على الصغير ورقابته ورعايته³ نظرا لضعفه وحاجته إلى من يتدبر أحواله، إذ لا بد من تقوية صلة الرحم وتمتين الروابط الأسرية؛ خاصة إذا كان هذا الحق ممنوحا للأب أو الأم في حالة منح الحضانة لغيرهما.⁴

على الرغم من الأهمية التي تكتسبها مسألة الزيارة سواء بالنسبة لمستحقيها أو بالنسبة للطفل المحضون إلا أن المشرع الجزائري اكتفى بالنص على حق الزيارة بعبارة وحيدة في المادة 64 ق. أ.ج؛ حيث جاء فيها: «وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة»، وعليه فالمشرع الجزائري لم يفصل في شأن حق الزيارة مطلقا، وبذلك يكون قد منح للقاضي المعروض عليه النزاع كامل السلطة لتنظيمها وتقرير مستحقي الزيارة، ومكانها ومدتها وكيفيةها، ويكون ذلك وفقا لما تقتضيه المصلحة المثلى للطفل المحضون.

¹- batiffol henri, paul lagarde, droit international privé, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, tome 1, 7e édition. Paris, 1981, p 453.

²- بولمش نور الهدى، المرجع السابق، ص 488.

³- وقد جاء في حيثيات أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: «...لأن الهدف من الزيارة هو مراقبة المحضون عند الحاضنة». أنظر: ق م ع، غ أ ش، ملف رقم 258479، بتاريخ 2001/1/23، م ق، عدد 2، 2001، ص 300.

⁴- يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص 87-88.

ولعل ذلك مرده كون الحق في زيارة الصغير مثله مثل جميع توابع وأحكام الحضانة الأخرى من صميم مصلحة المحضون. وهذه الأخيرة نظرًا متروكًا لقاضي شؤون الأسرة.¹ بالإضافة إلى أن تحديد مدة ومكان الزيارة يختلف من طفل لآخر حسب سنه وصحته... إلخ، ويكون حسب الظروف والأحوال لكل من الأب والأم، وإن كان الوضع في انحلال الرابطة الزوجية المختلطة يختلف تمامًا عن انحلالها بين الوطنيين. فالنزاع حول زيارة المحضون في هذه الحالة ينتقل بين أفراد إلى بين دولتين لكل واحدة منها قوانين تنظم المسألة حسب منظورها الخاص.²

ومثلما هو الحال في الحضانة، فالزيارة كذلك لم يخصصها المشرع بنص قانوني ينظم قواعد الإسناد بشأنها، وعليه فالقانون الواجب التطبيق على الزيارة لا يكون إلا بإسقاط أحكام تنازع القوانين في الحضانة عليها باعتبار حق المحضون له في زيارة المحضون ورؤيته متفرعا عن الحضانة. وبالتالي فهما يشتركان في القانون المختص بمنازعاتها الداخلية منها والدولية.³

هذا وتبقى مسألتا الحضانة والزيارة من أعقد وأبرز المشكلات المترتبة عن فك الرابطة الزوجية المختلطة بين الجزائريين والأجانب، كونها توفر التكفل والعناية والتربية والمتابعة للطفل الذي هو في حاجة لازمة لها.⁴ لذلك كان من الواجب تنظيمها ضمن اتفاقيات دولية (وهو ما سنتناوله بالتفصيل لاحقا).

البند الثاني:

المعوقات التي تواجه تطبيق ضابط الحضانة والزيارة والحلول البديلة عنه

قد يواجه القاضي صعوبات وعراقيل عند تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بشأن النزاع القائم حول الحضانة وتوابعها (أولا)، وعليه لجأت بعض الدول ومنها الجزائر إلى إبرام اتفاقيات دولية كحلول بديلة لفض النزاعات المتعلقة بالحضانة والزيارة (ثانيا).

أولا- المعوقات التي تواجه تطبيق ضابط الجنسية وإشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية على

منازعات الحضانة والزيارة:

مما لا شك فيه أن حضانة الأطفال المنحدرين من زواج مختلط تعد أكثر مسألة تثير المنازعات القضائية على مستوى العلاقات الدولية الخاصة، بداية من التنازع حول تكييفها ووصولًا للقانون الذي

¹ - بولمش نور الهدى، المرجع السابق، ص 489.

² - يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 87-88.

³ - بولمش نور الهدى، المرجع السابق، ص 494.

⁴ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 221-

يحكمها، وانتهاء بصعوبة تنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها.

وقد أسلفنا الذكر أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة وتوابعها يختص به قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 2/12 شأنها شأن الطلاق والانفصال الجسماني، على أساس تكييفها ضمن آثار فك الرابطة الزوجية، غير أن القاضي الجزائري بالرغم من وجود قاعدة إسناد يرتكز عليها لحل مشكلة تراحم عدة قوانين حول النزاع القائم بشأن الحضانة فإنه تواجهه الكثير من العراقيل التي تحول دون تطبيق هذا القانون؛ كأن يكون الأب منعدم الجنسية أو له جنسيات عديدة، أو يثبت الاختصاص لقانون جنسيته بالتحايل. فقد يلجأ الزوج إلى تغيير جنسيته للقانون الذي يمنحه حق الحضانة؛ مما يتعين على القاضي إثبات حالة الغش نحو القانون والدفع به لاستبعاد القانون الأجنبي، وقد يواجه القاضي صعوبة في تفسير القانون الواجب التطبيق أو تفسيره.

ولما كان أهم عائق يواجهه القاضي بخصوص قضايا الحضانة والزيارة هو تصادم القانون المختص بمقتضيات النظام العام، بالإضافة إلى صعوبة تنفيذ الأحكام الأجنبية بهذا الشأن، ما جعلنا نتطرق لكليهما بالتفصيل كما يلي:

1- تصادم القانون المختص بحكم الحضانة والزيارة مع مقتضيات النظام العام:

إن أكثر الصعوبات التي تعترض القاضي حين فصله في النزاع المتعلق بالحضانة والزيارة هو تصادم القانون الواجب التطبيق مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فإن كانت جل التشريعات تجعل مصلحة المحضون الهدف الأساسي الذي يجب مراعاته من طرف القضاء؛ إلا أنها لا تتفق على مفهوم موحد لهذه المصلحة، لذلك غالبا ما يثور الدفع بالنظام العام فيستبعد القانون الأجنبي المختص ويطبق قانون القاضي.¹

وتتحقق مخالفة النظام العام للأحكام المنظمة للحضانة في العديد من الحالات؛ كأن يؤسس القانون الأجنبي الحق في الحضانة على أسس تمييزية عنصرية، أو بما يضر بمصلحة الطفل. فاتفق الوالدين على التنازل عن الحضانة بما يضر بمصلحة الطفل يعد مخالفا للنظام العام، كما تطبق فكرة النظام العام الذي يميز بين نشوء الحق وإرادة الاحتجاج به، فالحق الذي نشأ واكتسب في دولة أخرى كالطلاق مثلا قد يؤدي إلى قيام النزاع حول حضانة الأطفال. فالمشرع الجزائري ترك للقاضي سلطة

¹ - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 118.

تقديرية واسعة لتحديد مقتضيات وأسس النظام العام حسب مفاهيم نظامه القانوني.¹ فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 69 ق.أ.ج منح السلطة التقديرية للقاضي بأن يمنح الحضانة أو يسقطها في الحالة التي يريد فيها من أسندت إليه الحضانة الاستقرار في بلد أجنبي، مع مراعاة مصلحة المحضون دائما.

غير أن كل القرارات القضائية التي وقعت بين أيدينا لا نجد من بينها قرارا واحدا يمنح حق الحضانة لأم تقيم في بلد أجنبي²، وعليه نتصور أن القضاء الجزائري استقر على منح الحضانة لأحد الوالدين المقيم بالجزائر؛ حيث جاء في أحد قراراته ما يلي: "من المقرر قضاء حول مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر؛ فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها".³

فبعد انحلال الزواج بين جزائري وإيطالية في الجزائر يمنح القاضي الجزائري حق الحضانة للأم الإيطالية تطبيقا لما ورد في المادة 64 من ق.أ.ج إذا كانت مقيمة بالجزائر، أما إذا كانت تقيم بالخارج فيسقط عنها حق الحضانة لأن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه استنادا لما جاء في المادتين 62 و67 ق.أ.ج، فحق الحضانة للأم الأجنبية مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة.⁴

وهو ما أكدته قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19/02/1990 حيث جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، وبلاد تختلف عن أخلاقنا ودينتنا ولغتنا ومبادئنا، وهذا من دون شك يعرض تربية الأولاد للخطر، كما هو حاصل في قضية الحال؛ مما يعد قضاء مخالفا للشريعة والقانون ويستوجب نقض

¹ - المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، الجزائر، المجلد 05، العدد 1، ص 111-112.

² - تجدر الإشارة في هذا الصدد أن الوالدان إذا كانا يقيمان معا في الخارج، فلا يثور أي إشكال فيما يخص تربية الأولاد على دين أبيهم وبحق الزيارة. وهو ما أكدته قرار المحكمة الصادر بتاريخ 23/06/1993، م ق، العدد 1، 1994، ص 72.

³ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 52207، بتاريخ 02/01/1989، م ق، العدد 4، 1990، ص 74.

⁴ - مسعودي يوسف،، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 221-222.

القرار المطعون فيه".¹ وقد جاء في قرار صادر بتاريخ 16/04/1979 ما يلي: "المبدأ: لقد ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت من سجل الكنيسة والشهادات على التمسح في الملف، لكن المجلس مع هذا المبدأ للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك، لهذا استوجب النقض".²

بالإضافة إلى قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12/10/2005 حيث جاء فيه أنه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون لوحده وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 62 من ق.أ والاجتهاد القضائي وبفصل قضاة الموضوع كما فعلوا، يكونون فعلا قد أخطؤوا في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة".³ زيادة على العديد من الأحكام والقرارات القضائية في هذا الصدد.⁴

وما أثار انتباهنا من خلال استقرائنا للعديد من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بشأن منازعات الحضانة، استنتجنا أن القضاء الجزائري راعى في أحكامه مسألة الانتماء أكثر من مراعاته لمصلحة المحضون؛ ذلك أنه منح الحضانة للأم مقيمة بالجزائر مع أنها غير مسلمة ولا يملك أية ضمانات على تربية هذه الأم لمحضونها على الدين الإسلامي عندما يغلق عليهما باب واحد، في حين أنه أسقط الحضانة عن الأم المقيمة في بلد أجنبي خوفا من تربيته على غير دين أبيه مع أنها مسلمة. ومنه نخلص حسب تقديرنا أن مخالفة النظام العام في نظر قضاة الموضوع بصفتهم أصحاب السلطة التقديرية في مسائل الحضانة، يكمن في الإقامة بالمحضون في بلد أجنبي، وهو المعيار الذي يؤسسون عليه أحكامهم، وليس تربية المحضون على غير دين أبيه.

فلو افترضنا انحلال الرابطة الزوجية أمام القضاء الجزائري بين جزائري مقيم بإسبانيا وإسبانية كتابية مقيمة في الجزائر سيمنح القاضي الجزائري حق الحضانة للأم الإسبانية، مع أنها كتابية، بحجة

¹ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 59013، بتاريخ 19/02/1990، م ق، العدد 4، 1991، ص 190.
² - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 19287، بتاريخ 16/04/1979، ن ق، العدد 2، ص 108، نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ط1، منشورات كلبيك، الجزائر، 2013، ص 137.
³ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 334543 بتاريخ 12/10/2005، م.م.ع، العدد 62، 2008، ص 381.
⁴ - أنظر بهذا الصدد كذلك قرار المحكمة العليا، ملف رقم 111048، الصادر بتاريخ 21/11/1995، ن ق، العدد 52، ص 102.

أن تتم تربية المحضون على دين أبيه الذي لا يمد الجزائر بأية علاقة إلا بجنسيته التي اكتسبها على أساس حق الدم، وبالتالي فإن الخلفية الحقيقية لمنح هذا الحق للأُم الأجنبية مقيد بإقامتها في الجزائر. أما بالنسبة للحالة التي يتم عرض النزاع فيها أمام القاضي الأجنبي فإنه لا يطبق القانون الجزائري؛ خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف القاضي الأجنبي؛ خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة.¹

وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، حيث استبعد في قراره الصادر بتاريخ 1974/07/11 القانون الأجنبي الذي يعطي حضانة الأطفال لأحد الوالدين على أساس اعتبارات سن أو جنس الطفل. نتيجة لمخالفة هذا القانون للنظام العام الفرنسي، فاذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي على مسألة الحضانة وكان هذا القانون الأجنبي يصطدم بالمبادئ الأساسية في القانون الفرنسي فإن هذا القانون يستبعد باسم النظام العام.²

2- إشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة والزيارة:

إن الإشكال الذي يجعلنا نتساءل في هذا الشأن هو مدى إمكانية إمرار الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بشأن الحضانة والزيارة بالصيغة التنفيذية في الجزائر؟

في هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجب إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بحق زيارة المحضون خارج الحدود بشرط أن يكون صادراً عن الجهة القضائية المختصة محلياً".³

وجاء في قرار آخر أنه: "من المقرر قانوناً أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون".⁴ الأمر الذي أكدته قرار آخر جاء فيه: "... ولما كان من الثابت في قضية

¹ - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 191.

² - مريم عبد الله أحمد الجوفي، المرجع السابق، ص 369، أنظر كذلك: المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 114.

³ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 84513، بتاريخ 1992/06/02، م ق، العدد 3، 1993، ص 91. نقلاً عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ط1، المرجع السابق، ص 699.

⁴ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51066 مؤرخ في 1988/11/13، م.ق، عدد 3.

الحال أن الطاعنة طلبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذين أسندا حضانة البنيتين إلى أمهما فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنيتين يغير من معتقداتهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما... فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون".¹

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 605 من ق.إ.م.إ.ج (السابق ذكرها) بأنه لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر إذا جاء مخالفا لقواعد الاختصاص الجزائري التي تقضي بإسناد الطلاق للقانون الجزائري، أو إذا جاء متعارضاً مع ما سبق أن قضى به حكم جزائري بين نفس الأطراف وحول نفس الموضوع، أو لتعارضه مع النظام العام الجزائري.²

وفي نفس السياق، وحرصاً على تربية الطفل على دين أبيه رفضت محكمة التعقيب التونسية إمرار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية خوفاً على ما يترتب نقل المحضون لبلد أجنبي من انفصاله عن دينه.³

ولنفس المبررات رفض القضاء التونسي إمرار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية لإسناده الحضانة للأم المقيمة بألمانيا فقضت محكمة التعقيب بأنه: "لا يكتسي الحكم الأجنبي بإسناد حضانة الطفل التونسي إلى أمه الأجنبية المستقرة بألمانيا الصيغة التنفيذية، إذا تضمن ما يخالف قواعد النظام العام التونسي".⁴

ثانياً-الحلول البديلة المكرسة لفض المنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة ومدى فعاليتها:

إن مسألة توحيد قواعد التنازع في مسائل الأحوال الشخصية ليست بالأمر السهل بسبب اختلاف مرجعيات الدول في سن قوانين أحوالها الشخصية، لذلك يجب السعي نحو إبرام اتفاقيات⁵ التعاون

¹ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 52207، قرار سابق ذكره.

² - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 56.

³ - المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 113.

⁴ - أنظر محكمة التعقيب، 19 أكتوبر 1985، نشرة محكمة التعقيب، 1985، جزء 2، ص. 61. نقلاً عن زاير

فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 123.

⁵ - تعرف الاتفاقية بأنها اتفاق بين دولتين أو أكثر من أجل إيجاد حل لمسألة معينة، كما تعد أهم مصدر للقانون الدولي الخاص، ويظهر دورها في كونها تهدف إلى وضع حل للصعوبات الناتجة عن الاختلاف في قوانين الدول. أنظر أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 11، العدد 2، 2020، ص 576.

القضائي الثنائية أو الجماعية من أجل التقليل من صعوبات تطبيق قاعدة الإسناد خصوصا في مجال الحضانة¹؛ حيث تعد المعاهدات الدولية مصدرا من مصادر القانون الدولي، بل هي أفضل وسيلة للارتباط القانوني بين الشعوب؛ لذلك لجأت الدول في سبيل حل مشاكل مسائل الحضانة إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة.²

1- الاتفاقيات الدولية المبرمة لفض المنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة:

حفاظا على مصلحة المحضون أبرمت الدول اتفاقيات متعددة أهمها:

أ- اتفاقية لاهاي:

تعددت اتفاقيات لاهاي بشأن حل الإشكالات التي تترتب عن تنازع القوانين حول الحضانة؛ حيث أخضعت اتفاقية لاهاي المبرمة في 5 أكتوبر سنة 1961 المتعلقة بحماية القصر³ الحضانة لقانون الموطن المعتاد للطفل باعتباره المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره⁴. أما اتفاقية لاهاي المبرمة في 25 أكتوبر 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 ديسمبر 1983 المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال⁵ فيبرز دورها في تحقيق مصلحة الطفل في أمور الاختطاف المتعلقة بحضانتها، بالإضافة إلى مساعدة الحاضن المحروم من الحضانة والولي المحروم من زيارته⁶.

¹ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 219.

² - إشوي عماد، المرجع السابق، ص 217.

³ - Convention Concernant La Compétence Des Autorités Et La Loi Applicable En Matière De Protection Des Mineurs (Conclue le 5 octobre 1961). Voir le site:

<https://assets.hcch.net/docs/fd683a46-3cf1-4460-ad90-29398b80d5c7.pdf>

Consulter le 03/04/2020. Heure de consultation: 23: 00.

⁴ - Voir Art 3 de la convention LA HAYE du 5 octobre 1961: « Un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les Etats contractants ». voir le site:

<https://assets.hcch.net/docs/fd683a46-3cf1-4460-ad90-29398b80d5c7.pdf> Consulter le:

03/04/2020. Heure de consultation: 23: 30.

⁵ - la Convention de La Haye du 25 Octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants est entrée en vigueur Le 1er décembre 1983. Voir le site:

<https://www.hcch.net/fr/news-archive/details/?varevent=338>

Consulter le 04/04/2020. Heure de consultation: 1: 00.

⁶ - وقد عرفت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا إذ بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1988 حوالي 49 دولة. كما تضمن اتفاقية حقوق الطفل عدد من المواد تخص المحضون وأهمها المواد من 9 إلى 12 فقد حددت المادة 12 كما وأن المادة 11 في فقرتها الأخيرة. سمحت للدول الأطراف باتخاذ تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعودتهم بصورة غير مشروعة. أنظر إشوي عماد، المرجع السابق، ص 222.

وأخيراً اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1996¹ المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التنفيذ والاعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والتدابير لحماية الأطفال؛ حيث تختص هذه الاتفاقية بالحماية الدولية للطفل من بينها نزاعات الوالدين حول حضانة الأطفال.²

ب- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989³:

حيث جاء في المادة 3 من الاتفاقية ما يلي: "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى. تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانوناً عنه، وتتخذ تحقيقاً لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة...".

ج- الاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بالأطفال وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة الموقعة في لوكسمبورغ بتاريخ 20 ماي 1980.

د- كذلك من الآليات التي سعت الدول إلى تبنيها لمعالجة المشكلات الناجمة عن حضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة لجنة التعاون الدولي التي أنشأتها مصر بشأن هذه المنازعات، وتضم في عضويتها بعض رجال القضاء وممثلين عن وزارات الداخلية والخارجية ودار الإفتاء. وتعكف هذه اللجنة على دراسة ملفات المنازعات المتعلقة بحضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة بغية تسويتها ودياً وإيجاد الحلول لها وفقاً لما تقضي به أحكام التشريع المصري والاتفاقيات الدولية في هذا

¹ -Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Voir le site: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=70>
Consulter le 04/04/2020. Heure de consultation: 2: 00.

² - أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المرجع السابق، ص 578.

³ - صدرت هذه الاتفاقية بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44/ 25 بتاريخ 11/ 20/ 1989 ودخلت حيز التنفيذ اعتباراً من 02/06/1990 وقد صادقت عليها جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة باستثناء الولايات المتحدة والصومال. أنظر الموقع:

<https://www.unicef.org/ar/%D9%86%D8%B5%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9-%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%81%D9%84%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9-%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%81%D9%84#>

تاريخ الاطلاع: 2020/04/05 على الساعة: 22: 00.

الصدد.¹ وتطبيقا لذلك أبرمت مصر اتفاقية ثنائية مع المغرب بتاريخ 27 ماي 1998.² بالإضافة إلى العديد من الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين المغرب وإسبانيا³ والاتفاقية الثنائية بين المغرب وفرنسا⁴ لإيجاد حلول للمنازعات القائمة بشأن الحضانة والزيارة بين الزوجات المختلطة المغربية الإسبانية، والمغربية الفرنسية. هذا بالإضافة إلى الاتفاقية الفرنسية التونسية الصادرة في 18 مارس 1982 المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة.⁵

إن هذه الاتفاقيات تدعو إلى التعاون للقضاء على النقل غير المشروع للطفل من خلال تدخل السلطات المحلية لكلا الدولتين، وهي تركز على حماية الطفل؛ إذ تمنح جملة من الضمانات لممارسة حق الحضانة والزيارة، كما تسهر على كفالة حرية تنقل المحضون بين البلدين.⁶

¹ - مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 228-229.

² - ظهير شريف رقم 1.99.9 صادر في 10 ربيع الأول 1420 (24 يونيو 1999) بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة في 2 صفر 1419 (27 ماي 1998) بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، ج.ر. عدد 4718، بتاريخ 10 ربيع الأول 1420 الموافق ل 19 غشت 1999.

³ - ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 26 من محرم 1420 (13 ماي 1999) بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمديرد بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، الجريدة الرسمية رقم 4700 الصادرة يوم الخميس 17 يونيو 1999، ص 1544. أنظر الموقع:

https://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/ar/Bilaterales/Espagne/EJ_resp_dec_garde_enf_ES_P.htm

تاريخ الإطلاع: 2020/05/02. على الساعة: 3: 00.

⁴ - ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 11 من ربيع الأول 1407 (14 نوفمبر 1986) بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981، الجريدة الرسمية، عدد 3910 الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 1987، ص 931. أنظر الموقع:

https://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/droitsenfants/Convention/CJ_etat_personne&famille_FR.htm

تاريخ الإطلاع: 2020/05/04. على الساعة: 3: 30.

⁵ - أنظر نص الاتفاقية عبر الموقع:

<https://assets.hcch.net/docs/040772c4-5ebf-4362-af0e-64cc6c7d7ddc.pdf>

تاريخ الإطلاع: 2020/05/04. على الساعة: 4: 30.

⁶ - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 39.

2- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة لفض المنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة¹:

سنحاول من خلال هذه الجزئية التطرق إلى أهم ما جاء في هذه الاتفاقية ومجال تطبيقها، ومنه نطرح تساؤلا لنجيب عنه في الأخير، يتمثل فيما يلي: ما مدى فعالية الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في إيجاد الحلول المتعلقة بالمنازعات الناشئة حول الحضانة وحق الزيارة؟ وهل يمكن اعتبارها حلا بديلا لسد النقص التشريعي القائم بهذا الخصوص؟

أ- مضمون الاتفاقية الجزائرية الفرنسية:

نظرا لكثرة النزاعات المختلطة بين الجزائريين والفرنسيين بسبب الارتباط التاريخي والسياسي بين الدولتين عقدت الجزائر وفرنسا اتفاقية ثنائية موقعة في 21/06/1988² لحل المنازعات التي تنشأ بين مواطنيهما المتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة، وذلك رغبة من البلدين في دعم التعاون القضائي، وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال وحرية تنقلهم بين البلدين، واقتناعا منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنظمة مع والديه الذين هما في حالة انفصال؛ حيث جاء في المادة 2 من الفصل الأول منها ما يلي: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما

¹ تجدر الإشارة أن هذه الاتفاقية جاءت نتيجة لتصرفات بعض الآباء الجزائريين الذين دفعتهم قرارات المحاكم الفرنسية بحرمانهم من حضانة أولادهم إلى اختطافهم والإبقاء عليهم في الجزائر وحرمان الأمهات الفرنسيات من لقاء أطفالهن، ولم تظهر هذه الاتفاقية إلى الوجود إلا بعد سنوات من المفاوضات وتبادل الرسائل بين الجزائر وفرنسا منذ 18 سبتمبر 1980 بشأن التعاون والمساعدة القضائية المتعلقة بحضانة الأطفال. أنظر: غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 9، ديسمبر 2017، ص 149-150.

² مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988، الجريدة الرسمية عدد 30، 1988، ص 1097-1098.

إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

-تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

-تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

-ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم

-اطلاع السلطة المركزية الملتزمة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.

-تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه".

وقد أكدت المادة 6 من نفس الاتفاقية على ضمان حق ممارسة الزيارة للأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودها، وأضافت المادة 8 منها بوجوب التعهد بين الطرفين على ضمان عودة الطفل إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما.¹

وقد كرست هذه الاتفاقية آليات لحماية حق المحضون له في الزيارة تصل إلى حد المتابعة الجزائية؛ حيث جاء في المادة 7 منها: "يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر. يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة".

وبالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات، يتبين أن التبعات الجزائية التي تتحدث عنها المادة 07 أعلاه نصت عليها المادة 328 ق.ع.ج وجاء فيها أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به..."; وذلك لأن عبارة الحضانة الواردة في نص المادة تأخذ مدلولاً واسعاً يشمل حتى عدم احترام الحكم المتعلق بالزيارة. وعليه فإن زيارة المحضون ورؤيته حق للأبوين لا يجوز منع من استحققه منهما عنه وإلا عد ذلك تعسفاً في استعمال الحضانة، ولا يكون التعسف في استعمال الحضانة وعرقلة حق الزيارة بمنع

¹ - أنظر المرسوم رقم 88-144 السابق ذكره.

الزيارة والرؤية عن مستحقها كليا فحسب، بل يدخل ضمن ذلك أيضا مماثلة الحاضن في تنفيذ الحكم أو إصراره على أماكن وأوقات لا تتناسب الزيارة إضرارا بالطرف الآخر. غير أن الملاحظ أن الاتفاقية لم تنص على التبعات التي يتعرض لها صاحب حق الزيارة إذا تعسف في استعمال حقه، كعدم إعادة الطفل فعليا بعد إنهاء الزيارة.¹

ب- نطاق تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية:

إن التساؤل الذي يمكننا إبدائه بهذا الصدد هو عن نطاق تطبيق هذه الاتفاقية من حيث الأشخاص؛ أي من هم الأطفال والآباء الذين تعنيهم الاتفاقية دون غيرهم؟

تعنى الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بحماية الحياة الأسرية للأزواج؛ أي تتعلق بحماية الأطفال الشرعيين الناتجين عن علاقة زواج مختلط شرعي لا غير، بينما علاقات المعاشرة غير الشرعية لا يتمتع أفرادها بنفس الحماية، وبالتالي تستبعد الأطفال الطبيعيين المولودين نتاج علاقة غير شرعية، ومنه لا يمكن لفرنسية أنجبت طفلا من جزائري خارج إطار الزواج الدفع بهذه الاتفاقية من أجل استعادة طفلها الطبيعي الذي يحتضنه أبوه بطريقة غير شرعية بالجزائر، كما أن القاضي الفرنسي من جهته رفض تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على الأطفال الطبيعيين المولودين من أمهات فرنسيات وآباء جزائريين، ولم يحكم لهم بممارسة حق الزيارة. والجزائر من جهتها سهلت عودة حوالي 50 طفل غير شرعي من أم فرنسية إلى فرنسا منذ سنة 1985.

كذلك الأمر بالنسبة للأطفال بالتبني فهم أيضا يخرجون من مجال الحماية التي تفرضها هذه الاتفاقية، وهذا تطبيقا لأحكام المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، إلا أن بعض الفقهاء الفرنسيين انتقدوا الموقف الجزائري المتبنى بخصوص الأطفال الطبيعيين لكونه يقلص من مجال تطبيق الاتفاقية.

غير أن تشريع الأسرة الجزائري وضع نظاما بديلا للتبني، وهو ما يعرف بالكفالة الذي أشرنا إليه سابقا، والذي يثير عدة تساؤلات حول ما إذا كانت أحكام الاتفاقية تشمل الطفل المكفول أم لا؟ فالزوج الجزائري والزوجة الفرنسية اللذان كفلا طفلا أمام القضاء الجزائري، وأراد الزوج حضانة هذا الطفل بعد طلاقه بفرنسا، وبالمقابل تحاول زوجته هي الأخرى الاحتفاظ بهذا الطفل وحضانته؛²

¹ - بولمش نور الهدى، المرجع السابق، ص 497

² - غالي كحلة، المرجع السابق، ص 151-152.

حيث أغفلت نصوص الاتفاقية بيان موقفها حول نطاق تطبيق أحكامها على الأطفال المكفولين من عدمه. وبهذا الصدد يمكننا إسقاط أحكام القرار الصادر بتاريخ 2011/03/10 على هذه الحالة، والذي جاء فيه: "لا تسري آثار الطلاق من حضانة ونفقة على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الطفل الكافل".¹ وعلى هذا الأساس نرجح أنه لا يمكن تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على الطفل المكفول.

ونضيف كذلك أن مجال إعمال هذه الاتفاقية لا يكون إلا على الأطفال الناتجين عن زواج مختلط جزائري فرنسي؛ أي لا يمكن تطبيقها على الأزواج الجزائريين المقيمين بفرنسا، أو الفرنسيين المقيمين بالجزائر. وهنا يمكن استحضار عدة حالات أين أقبل الآباء الجزائريين على ترحيل أطفالهم إلى الجزائر بعد طلاق أمهاتهم الجزائريات المقيمات بفرنسا اللاتي رفضن العودة إلى أرض الوطن، وعليه فإن هذه الاتفاقية لا تجد لها مجالاً للتطبيق إلا على الأمهات الفرنسيات المتزوجات من جزائريين أو الجزائريات المتزوجات من فرنسيين، وتستبعد كذلك من التطبيق في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين جزائرياً أو فرنسياً والزوج الآخر من جنسية مختلفة.²

ج- المعوقات التي تواجه تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ومدى فعاليتها:

بالرغم من أن هذه الاتفاقية أبرمت لإيجاد حلول تركز على مصلحة الأطفال المنحدرين من زواج مختلط جزائري فرنسي بعد انفصال والديهم، وضمان حقوق الحاضن والمحضون وصاحب الحق في الزيارة؛ إلا أنه من الناحية العملية لم تحقق كل الأغراض المنتظرة منها، ولا تخلو من صعوبات في التطبيق، فهي تثير عدة إشكالات خاصة فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الذي غالباً ما يمنح للقضاء الفرنسي على أساس مسكن الزوجية المشتركة³، إضافة إلى أنها لم تتطرق لحالة المحضون الشخصية، خاصة جنسيته رغم أهميتها وارتباطها بتحقيق مصلحته. ولهذا فإن حسم هذه المشاكل يكون بوضع قاعدة إسناد خاصة يدرج فيها الاختصاص التشريعي للقانون الشخصي للطفل، ولا يستبعد هذا القانون إلا إذا كان يتعارض مع مصالحه.

كذلك قصور موادها؛ فهي لم تتعرض مطلقاً إلى مكان ممارسة حق الزيارة وأوقاتها ومدتها

¹ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 613481، بتاريخ 2011/03/10، م م ع، العدد 1، 2012، ص 290.

² - غالي كحلة، المرجع السابق، ص 153.

³ - أنظر نص المادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية السابقة ذكرها، التي جاء فيها ما يلي: " يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة".

بالرغم من بعد المسافة بين الطفل المحضون وصاحب الحق في الزيارة، وهذه هي الأمور التي غالبا ما يثور النزاع بشأنها.¹

كما تتجلى عيوب هذه الاتفاقية من خلال تفضيل الأم الحاضنة والتي تكون في كل الأحوال من جنسية فرنسية مقيمة مع محضونها في فرنسا، إلى جانب استبعادها لبعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي وقانون الأسرة الجزائري سواء ما يتعلق بالقواعد الشكلية أو القواعد الموضوعية المتعلقة بممارسة الحضانة.²

وقد تتعارض أحكام هذه الاتفاقية مع مقتضيات النظام العام الجزائري، فيمكن للقاضي الوطني أن يستبعد الأحكام الأجنبية التي تعنى بتنظيم الحضانة إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة في دولته، وهو ما يؤدي إلى حدوث مشاكل في تنفيذ هذه الأحكام القضائية عند صدورها سواء من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية، خصوصا في حالة إسناد حضانة الطفل إلى الأم الفرنسية لكونها أولى بحضانة الطفل وممارسة الحضانة في فرنسا، نظرا لتمسك القاضي الفرنسي بتطبيق قواعد قانونية تبعا لجنسية المدعية.³

نشير هنا أن مثل هذه الأحكام تكون مخالفة لمقتضيات النظام العام كونها تتعارض مع ما نصت عليه أحكام المادة 62 ق.أ.ج، التي تشترط في الحاضنة تربية المحضون على دين أبيه، وهذا أمر مستحيل في بلد غير مسلم خصوصا إذا كانت الأم كتابية.

ونرى أن هذا التعارض يبرز كذلك في الحالة التي نصت عليها المادة 69 ق.أ.ج التي تمنع الحاضنة من السفر بالمحضون والاستقرار في بلد أجنبي، مع أنه مكرس بموجب الاتفاقية.⁴

مثل هذه المشاكل وغيرها لا نجد لها حولا في بنود الاتفاقية، هذا ما قد يؤدي إلى تنازع الاختصاص بين المحاكم الجزائرية والمحاكم الفرنسية، أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي

¹ - بولمش نور الهدى، المرجع السابق، ص 497، أنظر كذلك: غالي كحلة، المرجع السابق، ص 153. إشوي عماد، المرجع السابق، ص 218.

² - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 40.

³ - غالي كحلة، المرجع السابق، ص 156.

⁴ - التحليل التفصيلي لهذه الفقرة تطرقنا له في عنوان: "المعوقات التي تواجه تطبيق ضابط الجنسية على منازعات الحضانة والزيارة". ص 371 وما يليها من هذه الأطروحة.

لتعارضه مع النظام العام الجزائري¹. وبهذا يكون القاضي الجزائري قد خالف أحكام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية خاصة نص المادة 3 منها²، والمادة 9 من نفس الاتفاقية³، ويكون بذلك قد عارض القاعدة الدستورية التي نصت عليها المادة 150 من دستور 2016 والتي جاء فيها أن المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون.⁴

هذا وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك؛ إذ تجاهلت أحكام هذه الاتفاقية في أحد قراراتها الذي أيدت فيه حكما قضى بإسقاط الحضانة عن الأم التي مُنحت لها بموجب حكم فرنسي، كونها مقيمة في فرنسا لمخالفته النظام العام وهي جزائرية الجنسية فكيف لو كانت فرنسية؟ الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى جدوى هذه الاتفاقية.⁵

كما أن الاتفاقية لم تعالج مسألة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية؛ إذا ظهر ما يدفع للمراجعة، مع أنها أشارت في المادة 5 من الاتفاقية "إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل"، وعليه يطرح إشكال مفاده هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من نفس القاضي الفرنسي الذي أسند الحضانة إلى الأم، مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62 منه حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟

إن هذا الأمر مستبعد بالنظر إلى الاعتبارات التي تقوم عليها الأنظمة القانونية في كلا الدولتين⁶، وعليه يتضح أن المشرع الفرنسي أدرج ضمنا في الاتفاقية أحكام القانون الوضعي الفرنسي.⁷

وحسب وجهة نظرنا، نرى في هذا الصدد أن السبب وراء قصور هذه الاتفاقية وعدم فعاليتها وقدرتها على إيجاد حلول للمنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة هو عدم تعديلها منذ سنة 1988 بما

¹ - المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 179.

² - حيث جاء فيها ما يلي: "يتمتع الوالدان الممتازان، بقوة القانون، في تراب كل من الدولتين بالمساعدة القضائية دون مراعاة مواردتهما، من أجل تطبيق هذه الاتفاقية".

³ - حيث جاء فيها ما يلي: "تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة للخروج من التراب الوطني".

⁴ - غالي كحلة، المرجع السابق، ص 156.

⁵ - بولمش نور الهدى، المرجع السابق، ص 497.

⁶ - المكي صلوح، المرجع السابق، ص 179.

⁷ - إيشوي عماد، المرجع السابق، ص 219.

يتمشى مع المنازعات الدولية الحديثة لسد النقائص التي تشوبها بالتركيز على متطلبات مصلحة المحضون من جهة، وأصحاب الحق في الحضانة والزيارة من جهة أخرى، وعليه يتطلب الأمر إعادة مراجعة بنود هذه الاتفاقية وتعديلها باتفاق البلدين.

المطلب الثاني:

الآثار المالية لانحلال الزواج المختلط بسبب الطلاق والقانون الذي يحكمها

باعتبار أن الطلاق حقيقة اجتماعية وشرعية واقتصادية بات من الضروري الحفاظ على حقوق المطلقين التي كفلها الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم (خاصة الزوجة المطلقة)، وما ينتج عن الطلاق من آثار لا سيما في الجوانب المادية التي استمد المشرع الجزائري حلولها من أحكام الشريعة الإسلامية، وتتجسد هذه الحقوق المادية أساسا في إلزام المطلق بدفع تعويضات لمطلقاته جراء الطلاق، فيوجد ما يسمى بالتعويض الذي يكون نتاج استعمال الزوج لحقه في الطلاق دون أن يكون هناك مبرر شرعي لذلك، والمتعارف عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وينشأ عن الطلاق أيضا عدة تعنتها المطلقة ويلزم المطلق أن يدفع لها مقابل اعتدادها وهو ما يسمى بنفقة العدة. كذلك من بين الآثار التي يخلفها الطلاق نزاع الطرفين حول متاع البيت وتمسك كل طرف بملكية هذا المتاع.

إن اختلاف مضمون الآثار المالية للطلاق من بلد لآخر من شأنه أن يطرح مشكلة تنازع القوانين إذا اشتمل على عنصر أجنبي، لذلك سنتناول بالدراسة في هذا المطلب مضمون الآثار المالية لانحلال الزواج المختلط بسبب الطلاق (الفرع الأول)، ومن ثم سنبين القانون الواجب التطبيق على هذه الآثار والصعوبات التي تعترضه على صعيد العلاقات الدولية الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تحديد مضمون الآثار المالية لانحلال الزواج المختلط بسبب الطلاق

لا شك أن الطلاق يترتب ضرارا لأحد الزوجين أو كليهما، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في عدة مواد من قانون الأسرة مثل المواد 52، 53 مكرر، 55 من هذا القانون، وترك للقاضي سلطة تقدير الضرر والحكم للطرف المتضرر بتعويض عادل، وعليه فتقدير القاضي للضرر يندرج ضمن تقديره للوقائع وتقدير الوقائع من طرفه يعتبر إحدى المراحل الأساسية للحكم القضائي.

سننظر في هذا الفرع لمسألة التعويض المالي كأثر لانحلال الرابطة الزوجية المختلطة (البند الأول)، ثم سنمر لمسألة النفقة الوقتية ضمن (البند الثاني) و متاع البيت ضمن (البند الثالث).

البند الأول:

التعويض كأثر مالي لانحلال الرابطة الزوجية المختلطة

لم يكن مصطلح التعويض في الفقه الإسلامي شائعا ولم يكن مستخدما من قبل الفقهاء بل كانوا يستخدمون مصطلح الضمان، فكان الفقهاء يستعملون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب أداءه كتعويض مثل العين المملوكة فإنها تلزم من أتلفها.¹

أما اصطلاح التعويض فهو مأخوذ من الفقه القانوني، نظرا لأنه المتعارف عليه بين الناس والذي يتردد بين الألسنة عند وقوع الضرر. هذا لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من تعريف التعويض.

فالتعويض في الشريعة: هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره، والضرر: "هو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، وقد سبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادي..."².

ومما لا شك فيه أن التعويض حق كل ضرر خاصة الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي (أولا)، أو الضرر الناتج عن التطلق لسبب من الأسباب الواردة في م 53 ق أ (ثانيا).

أولا- حق المرأة في التعويض عن الطلاق التعسفي:

يعد التعويض عن الطلاق التعسفي من أهم الآثار المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، خاصة وأنه أضحى يشكل حيزا كبيرا من قضايا محاكمنا، وهذا يرجع ربما لنقص الوازع الديني عند الرجل وانعدام الوقار والرصانة في اتخاذ القرارات؛ لذلك ألزم الشرع والقانون الزوج المتعسف في إيقاع الطلاق بدفع تعويض مالي كوسيلة ردعية لمنع هذا التعسف من جهة، ومن

¹ - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 96.

² - خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق (دراسة فقهية مقارنة)، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 3.

جهة أخرى لجبر الضرر¹ الحاصل للمطقة.

ففي الحالة التي يسيء الرجل فيها استعمال حقه الشرعي في إيقاع الطلاق يلتزم بدفع تعويض للضرر الذي سببه لزوجته، وعليه يحكم على الرجل بأنه متعسف في إيقاع الطلاق نتيجة للضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق الطلاق؛ فلا بد من رفع لهذا الضرر أو التعويض عنه.

إذن التعسف في الطلاق هو: "إيقاع الطلاق على الزوجة ظلما من غير مبرر، أو مقتضى مشروع". فقد ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى اعتبار الطلاق التعسفي كنوع من أنواع الأضرار التي يوجب تعويضا ماليا؛ كعقوبة على إساءة الزوج لاستعمال حقه، وهو ضرر مادي أو معنوي.²

ولكي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لا بد من أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين، وأن يكون الزوج صاحب الطلاق بإرادته المنفردة ومتعسفا في طلب الطلاق. فإذا حدث وأن طلق الزوج زوجته بغير سبب مشروع أو حاجة تدعو إليه كان متعسفا في استعمال حقه وقرينة على قصده إيذاء زوجته، ولذلك فقد فرض عليه القانون في هذه الحالة بالتعويض للزوجة عن الضرر الذي أصابها جراء ذلك.³ وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 52 ق.أ حيث جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". من خلال استقراءنا لنص المادة لاحظنا أن مشرعنا لم يعرف الطلاق التعسفي ولم يذكر صورته، وإنما اكتفى ببيان النتيجة المقصودة منه فقط؛ وهي سوء استعمال الزوج لحقه في الطلاق ليس على أساس استعمال هذا الحق وإنما على أساس الآثار السلبية التي ترتبت عنه. غير أنه يمكننا الرجوع للقواعد العامة بشأن التعسف في استعمال الحق من خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني فإن كل من ارتكب فعلا بخطئه وتسبب في ضرر للغير يلزم

¹ - تجدر الإشارة أن الضرر نوعان: ضرر معنوي أو أدبي وهو الذي يصيب كيان الإنسان المعنوي، كأن يصيب شرفه أو إحساسه أو عاطفته، مثل السب والشتم، وضرر مادي وهو الأذى الذي يصيب الإنسان نتيجة الإخلال بمصلحة مالية للمضروب، ويدخل في الفعل الضار، وهو كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء أكان بطريقة المباشرة أو التسبب. أنظر: رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 50-51.

² - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، نفس المرجع، ص 50-52.

³ - عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص 205.

بالتعويض، وأضاف المشرع في المادة 124 مكرر من القانون المدني¹ التي تنص على صور التعسف في استعمال الحق حيث جاء فيها: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

ولم يخرج مشرعنا بهذا الصدد عما جاء في أحكام الفقه؛ حيث وضع فقهاء الشريعة صورا عامة للتعسف في استعمال الحق أجملوها في غيبة المصلحة في استعمال الحق، وتفاهة المصلحة في استعمال الحق، وعدم مشروعية المصلحة في استعمال الحق. ففي هذه الأحوال يعتبر استعمال الحق تعسفيا.²

أما في الحالة التي يبدر فيها الزوج طلاقه لزوجته، كأن يثبت نشوزها أو الحكم عليها بعقوبة لأجل جريمة الزنا مثلا، فإن هذا لا يعد تعسفا، وعليه لا يحكم للزوجة بالتعويض.³

وما يعاب على نص المادة 52 ق.أ.ج أنها جاءت مبهمة وغامضة بكل المقاييس؛ ذلك أن مشرعنا لم يوضح فيها الحالات التي يكون فيها الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق ولا نوع الضرر إن كان ماديا أو معنويا، وعليه يتضح أن المشرع أعطى السلطة التقديرية المطلقة للقاضي لتقرير وجود تعسف من عدمه. فإذا تبين له تعسف الزوج في الطلاق حكم بالتعويض للزوجة جراء الضرر اللاحق بها، وإذا لم يتبين له ذلك لا يحكم بالتعويض.

بالرجوع إلى قرارات القضاء الجزائري التي وقعت بين أيدينا لاحظنا خلوها من صور الطلاق التعسفي أو الحالات التي يعتمد عليها القاضي كمعيار لتقرير التعسف من عدمه، إلا أن انعدام نص

¹ - أضيفت المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر 44، ص 23.

² - سعادي لعلا، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 326.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة (نصا وشرحا)، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 62.

قانوني يؤسس القاضي عليه حكمه بهذا الصدد، من البديهي أن يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية استنادا لنص المادة 222 ق.أ.ج، فقد وضع الفقهاء صورا خاصة بحالات التعسف في استعمال حق الطلاق وأجملوها في:

- طلاق البدعة.¹

- طلاق الهازل والسكران: فلا يصح أن يستعمل الزوج لفظ الطلاق هازلا، كما لا يصح أن يتلفظ به إلا وهو عاقل.

- الطلاق في مرض الموت²: وهي الحالة التي يكون فيها الطلاق بقصد الحرمان من الميراث، فإذا طلق الزوج زوجته بغير رضاها وهو مريض مرض الموت ثم يموت في ذلك المرض، اعتبر مرضه قرينة على قصده بطلاقه حرمان زوجته من الميراث.³

فإن كانت المرأة لا تزال في عدتها من طلاق ترثه لبقاء آثار الزوجية، ولو كان الطلاق بائنا؛ لأنه أراد إبطال حقها في الميراث. أما إذا أقام الدليل على أنه لم يرد من طلاقه حرمانها، فلا ترث إذا كان الطلاق بائنا. كأن يكون الطلاق برضاها أو أن تخالعه هي، أو أن تكون غير مستحقة للإرث منه عند الطلاق؛ كأن تكون كتابية مثلا أو تكون مرتدة لأن الردة واختلاف الدين مانع من الإرث كما هو معهود.⁴

وعليه إذا طلق الزوج زوجته بدون رضاها وهو مريض مرض الموت، ظلما يقصد به التهرب من ميراثها لذلك سموه طلاق الفار وردوا عليه قصده؛ وذلك بتوريثها منه حتى وإن كان الطلاق بائنا. فقد أجاز الفقهاء توريث المطلقة في مرض الموت لأن المطلق تعسف في استعمال حقه⁵، بشرط أن تظل الزوجة مستحقة للإرث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة، وهو ما قال به الحنفية، وأضافوا أن

¹ - هو الطلاق المخالف للسنة، وهو ما كان في حيض أو كان أكثر من طلقة في مرة واحدة أو وقع في طهر حصل فيه جماع. أنظر: الصادق عبد الرحمان الغرياني، المصدر السابق، ص 669.

² - لم يعرف القانون المدني مرض الموت فيرجع في تعريفه إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رئيسيا للتشريع. وقد اختلف الفقهاء في تعريف المريض مرض الموت، غير أننا نرجح تعريف الحنابلة بقولهم: " كل ما كان سببا صالحا للموت من الأمراض ". أنظر خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص 153.

³ - سعادي لعلا، المرجع السابق، ص 325 وما يليها.

⁴ - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 108.

⁵ - خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص 154.

يطلقها في مرض موته طلاقاً بائناً وأن يموت بسبب هذا المرض وهي في العدة من الطلاق، وأن لا يوقع الزوج الطلاق مكرها وأن لا تكون الزوجة راضية به. وقد أخذ بتوريث الزوجة في طلاق الفار أبو حنيفة ومالك وأحمد.¹

وهو ما أخذ به قرار صادر بتاريخ 1998/03/17 حيث جاء فيه: "المبدأ: إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث".²

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة فغالبيتها لم تذكر الطلاق في مرض الموت؛ أو ما يسمى طلاق الفار كصورة من صور الطلاق التعسفي، وإنما يستشف من قوانينها كقاعدة عامة لتصرفات المريض مرض الموت³؛ حيث كانت مواقفها متباينة في تحديد حالات التعويض عن الطلاق التعسفي، فمنهم من اشترط أن يكون الطلاق من غير سبب أو مبرر شرعي (عدم وجود سبب معقول لإيقاع الطلاق)؛ وهو الشرط الغالب، ومنهم من اشترط ضرورة حدوث ضرر مادي أو معنوي بسبب الطلاق، ومنهم من قال بالتعويض بمجرد عدم رضا الزوجة بالطلاق. فالقانون المصري قد نص في المادة 18 مكرر⁴ من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة...".

نرى أن المشرع المصري وضع عدة معايير لتقرير التعويض للمطلقة من طلاق تعسفي نذكرها كالتالي:

- أن تكون الزوجية قائمة وصحيحة، وتكون الزوجة مدخول بها.

¹ - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 108-109.

² - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 179696، بتاريخ 1998/03/17، إق، عدد خاص، 2001، ص 98.

³ - من بين القوانين التي أدرجت في نصوصها الطلاق في مرض الموت صراحة نذكر القانون السوري في المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لسنة 1953 حيث جاء فيها ما يلي: "من باشر سبباً من أسباب البيئونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طانعا بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت".

⁴ - تقابلها المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة 148 من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، المادة 119 من مشروع القانون العربي الموحد.

- أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة.

- أن يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

- أن لا يكون الطلاق بسبب من الزوجة.

وعليه نستنتج أن ما ورد في المادة 18 مكرر ق.أ.ش.م بخصوص المتعة جاء موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما عن المشرع التونسي فقد اختلف موقفه تماما عن بقية التشريعات واعتبر الأساس في الحكم بالتعويض أو الجارية، كما ذكرتها مجلة الأحوال الشخصية التونسية، هو الضرر المادي أو المعنوي المترتب عن الطلاق، سواء مس الرجل أو المرأة؛ حيث أعطى الحق لمن تضرر منهما للمطالبة بالتعويض، وهو ما التمسناه من خلال الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.¹

بالعودة إلى تحليل نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن مشرنا ترك مسألة تحديد قيمة التعويض للاجتهاد القضائي بصفة مطلقة في تقرير التعسف وتقدير قيمته، وهو ما أكدته قرار صادر بتاريخ 2006/07/12 الذي جاء فيه: "المبدأ: تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم".² وهذا يدل على أن مشرنا منح السلطة التقديرية لقضاة الموضوع لتحديد قيمة مبلغ التعويض، الذين يلجؤون بدورهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية، غير أن هذا المنفذ لا يخلو من الصعوبات نظرا لوجود اختلاف بين الفقهاء في أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي. غير أن الراجح في الفقه ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي يحكم حسب الحالة المادية للزوج استنادا لقوله تعالى "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين".³

تطبيقا لأحكام شريعتنا الغراء جاء في قرار صادر بتاريخ 1989/04/02 ما يلي: "المبدأ: من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع

¹ - حيث جاء فيه "... ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه..."

² - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 368660، بتاريخ 2006/07/12، م م ع، العدد 2، 2006، ص 483.

³ - سورة البقرة الآية 236.

للرقابة. فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية¹.

من خلال ما سبق نرى بوجوب وضع المشرع لمقياس أو ضابط معين يعتمد عليه القاضي الجزائري لتحديد قيمة التعويض، وأن يكون مقدار التعويض بمقدار الضرر الواقع على المطلقة، مع مراعاة الظروف المادية للزوج.

خلافًا لموقف المشرع الجزائري، كانت مواقف أغلب التشريعات المقارنة واضحة في هذه المسألة. فعن المشرع المصري ذكر قيمة التعويض من خلال المادة 18 مكرر السالفة الذكر، بتقديرها بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدّة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط.

أما المشرع التونسي فذكر أن الجارية تدفع للمرأة بعد انقضاء العدة على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن، وتكون قابلة للزيادة أو النقصان، وهو ما نص عليه القانون التونسي في المادة 31 السابقة الذكر.

وبهذا نستنتج أن قوانين الأحوال الشخصية قد أوجبت التعويض عن الطلاق التعسفي عن الضرر المعنوي والمادي الناتج بفعل إساءة الرجل لاستخدام حقه، واتفقت على معنى التعسف في الطلاق؛ وهو الطلاق لغير سبب معقول، ولكنها لم تحدد هذه الأسباب، وتركت تقديرها لسلطة للقاضي يحدد إن كان هذا سببا معقولا تستوجب به المطلقة التعويض أم لا.²

والسؤال الذي يتبادر في أذهاننا بهذا الخصوص؛ ما هو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي للحكم بالتعويض؟ هل هو وجود عنصر التعسف في إيقاع الطلاق فقط، أو يشترط وقوع ضرر للزوجة من جراء هذا التعسف، أو توافر العنصرين معا؟

حسب تقديرنا فإن قاضي الموضوع إذا رأى تعسفا في إيقاع الطلاق من طرف الزوج؛ كأن يكون السبب الذي اعتمد عليه غير جدي، فإنه يحكم مباشرة بالتعويض للزوجة دون البحث في حدوث الضرر أو مدى جسامته؛ بمعنى أن توفر عنصر التعسف كاف لتقرير التعويض للمطلقة بغض النظر

¹ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 32779، بتاريخ 1984/04/02، م ق، العدد 2، 1989، ص 61. نقلا

عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المرجع السابق، ص 61.

² - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 110.

عن وقوع الضرر من عدمه. والدليل على ذلك القرار السابق ذكره الصادر بتاريخ 2006/07/12 الذي جاء فيه: "المبدأ: تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم"؛ حيث لاحظنا من خلال القرار أن قضاة الموضوع قالوا "التعويض عن الطلاق التعسفي" ولم يقولوا "التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي"، وهذا يدل حسب رأينا أن القضاء الجزائري ربط التعويض بالتعسف ولم يربطه بالضرر ونوعه ومدى جسامته. ونعتقد أن السبب في ذلك هو أن عنصر الضرر في حالة الطلاق التعسفي يكون مفترضا في كل الأحوال ولا يحتاج إلى إثبات.

ويرى الدكتور عبد الفتاح تقيّة في هذا الصدد أن القاضي يستحيل عليه إثبات وجود الضرر من عدمه، إلا إذا استعان بأشخاص من أقارب الزوجين ويعرفان ظروف معيشتها.¹

ونشير إلى أن الفقه الإسلامي قد حسم الأمر حينما قرر أن التعويض يكون للمرأة، سواء تعسف الزوج في الطلاق أو لم يتعسف، وسواء وقع الضرر أو لم يقع، وهذا التعويض هو ما يسمى في الفقه الإسلامي "بالمتعة" تدفع للمطلقة جبرا لخاطرها لما أصابها من حزن وأسى جراء الطلاق الذي أوقعه الزوج واستبد فيه²، وهذا لتفادي التضارب بين الأحكام القضائية التي قد تصيب في بعض الأحيان وقد تخطئ في أحيان أخرى. فإذا ربطنا التعويض للضرر اللاحق بالمطلقة بالتعسف، فإن القاضي قد يدرك التعسف وقد لا يدركه؛ ذلك لأن الطلاق أساسا يبنني على أسرار خفية لا يستطيع القاضي اكتشافها. وعلى هذا الأساس ألزم الفقه الإسلامي المطلق بدفع غرامة مالية (المتعة) للمطلقة ولم يحدد ذلك بتعسف أو غيره، وإنما ربط هذا الحكم بعلة إذا وجدت وجد الحكم معها. ولذلك كان الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية أولى لأنها فرضت التعويض ولم تربطه لا بالتعسف ولا بالضرر، بشرط ألا يكون الطلاق بسبب الزوجة أو بطلب منها.³ وهو ما أكده قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/12/29 حيث جاء فيه: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن

¹ - عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012، ص 223.

² - تجدر الإشارة إلى أن هناك خلاف بين العلماء في المتعة أهي على سبيل الوجوب أم هي على سبيل الندب والاستحباب؟ وقد ذهب الحنفية والحنابلة في المشهور إلى وجوب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول وقبل الفرض. غير أن الرأي الثاني القائل بالاستحباب هو الراجح. أنظر: المصري مبروك، المرجع السابق، ص 236.

³ - المصري مبروك، نفس المرجع، ص 235-236.

طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة".¹

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل يعد المشرع الجزائري نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي شيء واحد أم أنهما منفصلان؟

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على مصطلح "المتعة"، غير أنه ورد في عدة قرارات قضائية. ففي قرار صادر بتاريخ 1971/02/10 جاء فيه: "المبدأ: نفقة المتعة واجبة على المطلق يحكم بها القاضي لو لم تطلب المطلقة"،² وقد جاء في قرار آخر أنه: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل".³

يلاحظ من خلال القرارين السابقين وغيرهما من القرارات التي وقعت بين أيدينا وجود تناقض بهذا الصدد؛ فتارة يوهننا القضاء الجزائري أن نفقة المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي، وتارة أخرى يشير إلى أنهما مختلفين ومنفصلين عن بعضهما.

ومن جهتنا نعتقد أن التعويض يترتب عن التعسف في إيقاع الطلاق، والمتعة تترتب عن ضرر الطلاق، لكنهما وجهان لعملة واحدة كونهما يقرران للزوجة بعد الطلاق لجبر الضرر اللاحق بها. فمن غير المعقول أن يحكم القاضي بتعويضين لذات الضرر، بالإضافة إلى أن كلاهما يعد عقوبة للزوج الذي طلق زوجته بدون مبرر.

والدليل على تقديرنا أن المتعة هي نفسها التعويض هو أن أغلب التشريعات العربية⁴ جاءت قوانينها بلفظ "المتعة" عند نصها على التعويض عن الطلاق التعسفي.

¹ - قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 43860، بتاريخ 1986/12/29، م ق، العدد 2، ص 41.
² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم غير موجود، بتاريخ 1971/02/10، ن ق، 1972، العدد 2، ص 66. نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ط1، المرجع السابق، ص109.
³ - أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 41560، بتاريخ 1986/04/07، م ق، 1989، العدد 2، ص 69.
⁴ - مثال ذلك: المادة 115 من قانون الأسرة القطري، المادة 140 من ق.أ.ش الإماراتي، المادة 67 من ق.أ.ش الفلسطيني، المادة 138 من ق.أ.ش السوداني، المادة 64 ق.أ.ش الكويتي، بالإضافة إلى القوانين المذكورة سابقا.

أما الدكتور عبد العزيز سعد فيرى "أن المتعة ليست تعويضا عن ضرر وإنما هي واجب معنوي وأخلاقي على المتقين وعلى المحسنين بعد الدخول وبعد الطلاق الذي لا يتعسف فيه الزوج، ولا يترتب عليه ضرر مباشر للمطلقة، لكن إذا ثبت تعسف الزوج في ممارسة حقه في الطلاق وثبت أنه ألحق ضررا بالمطلقة فإن ذلك الضرر سيكون موجبا للتعويض قضاء".¹

وهناك إشكال آخر يثيره نص المادة 52 ق.أ وهو؛ من هي المطلقة التي تستحق التعويض؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الجزائري، نجد أن الفقهاء اختلفوا في تحديد المطلقات المستحقات للمتعة، غير أن الراجح أن المتعة للمطلقة، ولم يقصر الشرع هذه المتعة على حالات التعسف فقط؛ وإنما شملت معظم حالات الطلاق (سواء رجعية كانت أم بائمة أم مطلقة ثلاثا، وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده)، دون المختلعة والمفتدية أو التي كان الطلاق بسبب منها استنادا إلى العلة، فمتى كان للمطلقة دور في الطلاق فلا متعة لها.

وقد فرق الفقه الإسلامي بين المطلقات وميز بينهن في حكم المتعة وجوبا وندبا على النحو

التالي:

- **مطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق:** لها المتعة قولاً واحداً إما على سبيل الوجوب وهذا

ما أفتى به جمهور الفقهاء؛ وهو الصحيح والراجح وما ينبغي الأخذ به، وإما عن سبيل الاستحباب وهذا بعيد عن مقاصد الشريعة الإسلامية.

- **مطلقة قبل الدخول وقد فرض لها مهرها:** لها نصف الصداق، وهو رأي الجمهور وذهب قلة

من الفقهاء إلى أن لها المتعة.

- **مطلقة بعد الدخول:** وهذه على الراجح من الأقوال لها المتعة وجوبا وعلى القول الثاني لها

المتعة استحباباً.²

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، المرجع السابق، ص172.

² - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 236-237.

ثانيا - حق الزوجة في التعويض عن التظليق للضرر¹:

أوضحنا فيما سبق أن المشرع الجزائري نص في المادة 53 من قانون الأسرة على الأسباب التي يمكن للزوجة طلب التظليق فيها، غير أنه لم يكتف بمنحها حق التظليق فقط؛ بل أجاز للقاضي بعد حكمه بالتظليق أن يحكم بالتعويض المطلقة نتيجة الضرر الذي لحق بها جراء الفرقة للأسباب الواردة في المادة أعلاه، وهو الحق الذي كرسه مشرعنا من خلال المادة 53 مكرر من قانون الأسرة؛ حيث جاء فيها ما يلي: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتظليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". ويظهر من خلال نص المادة أنها جاءت على سبيل الجواز وليست قاعدة إلزامية؛ إذ يستشف من مصطلح "يجوز" أن حق المرأة في التعويض عن التظليق يرجع فيه للسلطة التقديرية للقاضي، قد يحكم به، وقد يعرض عنه، وذلك حسب الوقائع المادية الموجودة أمامه في القضية.

المبدأ: من المقرر قانونا أنه يجوز تظليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضا إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو هل تلزم الزوجة بإثبات الضرر اللاحق بها؟ وفي حالة إثباته هل يجب على القاضي الحكم لها بالتعويض عن هذا الضرر؟

إن عدم تمكن الزوجة الطالبة للتظليق من إثبات الضرر يمنعها من الحصول على التعويض، فطبقا للقواعد العامة كل من يدعي واقعة عليه إثباتها. وعليه يتوجب على الزوجة المتضررة إثبات الواقعة المنشأة للضرر، أما سلطة القاضي في هذا الشأن فتتمثل في تقدير الدليل المقدم له في الأخذ به أو استبعاده.²

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من يعتبر أن الحكم بالتظليق في حد ذاته جبرا للضرر الذي حل

¹ - الضرر في اللغة: بالفتح مصدر وتضم بالضر وهو ضد النفع، ويطلق الضرر على سوء الحال والشدة والضييق. أنظر: أبو الطاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، ط1، لبنان، 2004، ص 750.

أما في الاصطلاح: فهو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه، أو في مصلحة معتبرة له شرعا، سواء كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية أو لا. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 50.

² - مخالفة سعاد، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 65 وما يليها.

بالمطلقة، وبالتالي يغني عن التعويض¹، غير أن المعمول به في القضاء الجزائري عكس ذلك تماما؛ حيث جاء في قرار صادر بتاريخ 1998/07/21 ما يلي: "متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطلق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطلق والتعويض معا بثبوت تضررها عليه؛ فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة وتعويضها طبق صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"². وعليه يتبين لنا من خلال القرار أنه في حالة إثبات الزوجة للضرر الحاصل لها يحكم لها بالتعويض إلى جانب التطلق. وهو ما أكدته قرار آخر صادر بتاريخ 1996/04/23؛ حيث جاء فيه: "المبدأ: من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطلق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا"³. إضافة إلى قرار صادر بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه: "المبدأ: من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع.

ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة، وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة؛ وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون"⁴.

البند الثاني:

النفقة كأثر مالي لانحلال الرابطة الزوجية المختلطة

للنفقة عدة أنواع تستحقها المطلقة بحسب الحالة، فالمعتمدة مادامت في العدة فهي محتسبة لحق زوجها ولا يحق لها أن تتزوج غيره حتى تنتقض عدتها، ولهذا تجب على مطلقها النفقة بمشتملاتها، وعليه يقصد بنفقة العدة ما تستحقه المعتمدة من نفقة أثناء العدة.

فمن الأحكام الملزمة للمرأة المطلقة هي احترام الأجل الذي أوجبه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، وهذا يوجب لها على مطلقها النفقة خلال فترة العدة التي تختلف عدتها باختلاف سببها،

¹ منصورى نورة، التطلق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 87.

² أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 192665، بتاريخ 1998/07/21، إ ق، 2001، عدد خاص، ص 116.

نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، ط 1، المرجع السابق، ص 1043.

³ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 135435، بتاريخ 1996/04/23، م ق، العدد 1، 1998، ص 129.

⁴ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 216865، بتاريخ 1999/03/16، إ ق، عدد خاص، 2001.

كما أن هناك حالات لاستحقاق هذه النفقة وحالات أخرى تسقط فيها نفقة العدة.¹

فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً تجب لها النفقة؛ لأنها في مقام الزوجية، ولأن ملك النكاح قائم؛ فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله. أما المعتدة من طلاق بائن فقد اختلفوا على عدة أقوال؛ حيث قال الحنفية بوجوب النفقة مطلقاً سواء كانت حاملاً أو غير حامل.

أما المالكية والشافعية فقالوا بعدم وجوب النفقة للبائن على الزوج إلا إذا كانت حاملاً، وأدلتهم من الكتاب لقوله تعالى: "وَ إِنْ كُنْ أُولَاتٍ حُمِلْنَ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"². دلت الآية الكريمة على وجوب النفقة للبائن إذا كانت حاملاً فقط لأن ما في بطنها ولده، وهو مسؤول على النفقة عليه. ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في رواية فاطمة بنت قيس: "ليس لك عليه نفقة ولا سكنى"، دل الحديث دلالة صحيحة على عدم وجوب النفقة للمعتدة من طلاق بائن³.

أما الرأي الراجح فهو رأي الحنفية القائل بأن المطلقة الحق في السكن والنفقة، وهو ما تبناه المشرع الجزائري⁴؛ حيث جاء في المادة 61 ق أ ج "لا تخرج المرأة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

ما يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري أعطى للمطلقة الحق في النفقة والسكن في فترة العدة دونما تمييز بين ما إذا كانت مطلقة من طلاق رجعي أم بائن؛ لأن المشرع لا يأخذ إلا بالطلاق الصادر بموجب حكم قضائي والذي يعتبر طلاقاً بائناً⁵.

أما بالنسبة للمرأة التي لا تجب عليها النفقة: المعتدة بسبب فرقة جاءت من قبلها وهي محظورة غير مشروعة، والمعتدة من فرق بعد زواج فاسد أو دخول بشبهة، كذلك المعتدة من وفاة⁶.

¹ حفصية دونة، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014-2015، ص 143 - 144.

² سورة الطلاق: الآية 6.

³ سميرة عبد المعطي محمد ياسين، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2007، ص 76 وما يليها.

⁴ سعادي لعلا، المرجع السابق، ص 353.

⁵ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 152.

⁶ عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص 192.

بالإضافة إلى أن هناك ما يسمى بالنفقة الوقتية، وهي التي تطالب بها الزوجة عند رفع دعوى التطلاق أو أثناء نظرها لتقرير نفقة مؤقتة لحاجتها العاجلة في ضرورات المعيشة؛ وذلك بهدف إصدار حكم وقتي إلى غاية الحكم في الدعوى الأصلية حتى لا يترتب على بقاء القضاء إضراراً بها، مع الإشارة إلى أن هذا الحكم لا يفصل وليس له تأثير في جوهر النزاع.¹

وعليه يبدو جلياً علاقة النفقة الوقتية بالطلاق؛ حيث إن هذه النفقة ليست بذات تأثير على انحلال الزواج والقرار الصادر فيه، ولكن لا يمكن طلبها في هذه الحالة إلا استناداً لتوافر حالة من حالات الانحلال ثم رفع دعوى بصددها.²

وقد نصت مختلف القوانين على جواز المطالبة بالنفقة المؤقتة أثناء نظر الدعوى الأصلية بالنفقة، ومن ذلك المادة 921 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 المعدل حيث جاء فيها: "المستحق النفقة أن يستصدر أمراً من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية له"، كما جاء في المادة 323 من ق.إ.م.إ ما يلي: "... يؤمر بالنفاد المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف... في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة".

ونشير كذلك إلى أن نفقة الولد المحضون إذا لم يكن له مال؛ فإن نفقته تكون في مال أبيه إذا كان موسراً، فعليه أن يدفع للحاضنة نفقة الصبي وكسوته وغطاءه ووطاءه، وكل ما يحتاج إليه المحضون.³

البند الثالث:

النزاع حول متاع البيت

غالباً ما يساهم الزوجان في توفير محتويات البيت وما يشمله من أثاث وأدوات منزلية في جو من التفاهم والمحبة والتعاون والتآزر لتوفير كل مستلزمات المعيشة المشتركة؛ خاصة وأن العرف الغالب في الجزائر وفي أغلب الدول العربية هو مساهمة الزوجة في تكوين متاع البيت عبر الجهاز الذي تجلبه معها يوم زفافها، غير أن هذه العلاقة قد تتحول إلى شقاق والشقاق ينتهي بالطلاق، ومن ثم سلسلة من المنازعات القضائية حول ادعاء كل من الزوجين ملكيته لمتاع البيت، وإنكار الطرف الآخر بوجوده

¹ - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 296.

² - ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 140.

³ - علاوة أحمد بوشوشة، أحكام الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2008، ص 155.

أصلاً، وعليه يعد النزاع القائم بشأن متاع البيت من أهم آثار انحلال الرابطة الزوجية وأعقدها نظراً لصعوبة الإثبات فيه. وتزداد هذه الصعوبة أكثر في الزواج المختلط نظراً للمرجعية الدينية في حل قضاياها على مستوى المحاكم، فإذا افترضنا انحلال الرابطة الزوجية بين جزائري وأجنبية غير مسلمة، وقام نزاع حول متاع البيت بين الطليقين أو ورثتهما أمام القاضي الجزائري؛ فكيف يمكن لهذا الأخير حل النزاع الذي تحيل قواعد الإسناد فيه إلى تطبيق القانون الجزائري (م 12 ق.م.ج) وهو قانون الأسرة، الذي بدوره يركز على أحكام الشريعة الإسلامية في فض هذا النزاع بتوجيه اليمين القانونية للزوجين على ملكية المتاع إذا لم تكن لأحدهما بينة طبقاً للمادة 73 من قانون الأسرة.

والإشكال المطروح في هذه الحالة: كيف يمكن للقاضي حل النزاع القائم بشأن متاع البيت بين الزوجين أو ورثتهما؟ وأمام وجود نص قانوني وحيد يعالج هذه المسألة، ما مدى إعمال القاضي لسلطته التقديرية خاصة في الحالة التي تكون فيها الزوجة الأجنبية غير مسلمة؟

قبل الإجابة على هذه التساؤلات وجب علينا الخوض في مضمون مسألة متاع البيت وأهم الأحكام المتعلقة بها في الزواج العادي، لنرى إن كان بإمكاننا الأخذ بها وإسقاطها على الزواج المختلط. وعليه ما هو متاع البيت وما هي المنازعات التي تثار بشأنه؟

متاع البيت هو كل ما يمكن أن يتم الانتفاع به في بيت الزوجية من فراش وأثاث وأدوات منزلية، يستوي في ذلك إن يكون مما يخص الرجال، أو مما يخص النساء أو مما يخص الرجال والنساء على حد سواء.¹

وقد عرفه الفقه بأنه: "ما يحتاج إليه الزوجان عند زفاف الزوجة إلى زوجها من أثاث والأدوات اللازمة لإعداد بيت الزوجية"². كما عرفه محمد الأزهر في كتابه شرح مدونة الأسرة المغربية بقوله: "المراد ما ينتفع به في بيت الزوجية ويشمل الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية وغيرها"³. من خلال التعريفات السابقة نستخلص أن متاع البيت هو كل ما يحتوي عليه بيت الزوجية المشتركة. من مكوناته الأثاث، والأدوات المنزلية، والجهاز الذي تأتي به الزوجة ليلة زفافها، وغيرها من المستلزمات التي ينتفع بها الزوجان.

¹ عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الإحياء، جامعة باتنة، العدد 5، 2002، ص 261.

² بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دت، ص 226.

³ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 71.

لم يأتِ المشرع الجزائري بتعريف لمتاع البيت تاركا الأمر لتفسير القضاء¹، واكتفى بتكريس حل في حال نشوب نزاع بهذا الخصوص، متبعا في ذلك ما ذهب إليه الفقه؛ حيث جاء في المادة 73 من ق.أ.ج² ما يلي: "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين". وبهذا يكون مشرعنا أخذ برأي الإمام مالك في هذا الشأن؛ حيث جاء في المدونة الكبرى: "قلت أرأيت إن تنازعا في متاع البيت الرجل والمرأة جميعا، وقد طلقها أو لم يطلقها أو ماتت، أو مات هو قال: قال مالك: ما كان يعرف أنه من متاع الرجال، فهو للرجل، وما كان يعرف أنه من متاع النساء، فهو للنساء وما كان يعرف أنه يكون للرجال والنساء، فهو للرجل، لأن البيت بيت الرجل وما كان من متاع النساء ولى شراءه الرجل، وله بذلك بينة فهو له، ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه ما اشتراه لها، وما اشتراه إلا لنفسه، ويكون أحق به، إلا أن يكون لها بينة أو لورثتها أنه اشتراه لها، قلت: أرأيت ما كان في البيت من متاع الرجال أقامت المرأة البينة أنها اشتريته، قال: هو لها"³.

إن المتمعن في النصين القانوني والفقهني يلاحظ أن قيام النزاع حول متاع البيت يثير عدة إشكالات، غير أن الإشكال الحقيقي الذي يواجه القاضي حين فصله في مثل هذا النزاع هو الإثبات. هذا وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري يعتمد في إجراءات الإثبات على قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بالدليل فإنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، والإشكال المطروح هنا هو هل هناك نظام خاص في إثبات النزاع المالي بين الزوجين؟ وهنا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقرارات المحكمة العليا في الإثبات.

¹ - نشير أن القضاء الجزائري كذلك أعرض عن تعريف متاع البيت، ولم يكلف نفسه حتى عناء حصر مشتملاته، ولهذا الأمر أهمية بالغة، نذكر على سبيل المثال الحالة التي تأخذ فيها الطليقة وثائق طليقتها الخاصة (جواز السفر مثلا) انتقاما منه على طلاقه لها تعسفا مثلا، فهل يمكن لهذا الأخير إقامة دعوى على أساس نزاع حول متاع البيت أم غير ذلك؟ وعليه نقترح أن يبدي القضاء تعريفا لمتاع البيت ويعد من خلاله مشتملاته وكل الأمور التي يمكن أن يقوم مثل هذا النزاع بشأنها.

² - يقابلها الفصل 34 من مدونة الأسرة المغربية.

³ - الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد 2، ج3، دار صادر، مصر، دت، ص 266-267. أنظر كذلك: الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك، ط1، مطبعة السعادة، 1323هـ، 117-116/3.

ولا يقتصر الإثبات على طريقة واحدة وإنما يشمل عدة طرق بعضها متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية والبعض مختلف فيه، ورغم تعدد وسائل الإثبات إلا أن الوسائل المتفق عليها هي المعمول بها في ساحة القضاء¹ وهي أدلة مباشرة كالإقرار والكتابة، وأخرى غير مباشرة، وهي اليمين² والبيينة. وتجدر الإشارة أن مسألة النزاع حول متاع البيت لها قواعدها الخاصة سواء عند الخصام حول وجود المتاع، أو لمن تؤول ملكيته.

في حالة وقوع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع البيت، وحتى يتمكن القاضي من الفصل فيه ينبغي عليه أولاً التأكد من وجود المتاع من عدمه. فإذا ادعت الزوجة أنها تركت مجوهراتها أو أغراضها في بيت الزوجية قبل مغادرتها، أو ادعى الزوج أنها أخذت أغراضه؛ يلجأ إلى القضاء لاسترجاع حقوقهما. فإذا كانت محل إنكار من الطرف الآخر تطبق القاعدة الفقهية: "البيينة على المدعي واليمين على من أنكر"³، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري في النزاع حول وجود المتاع من عدمه؛ حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات " البيينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁴. وهو ما أكدته قرار آخر صادر بتاريخ 1995/01/31.⁵ إضافة إلى قرار صادر بتاريخ 2016/10/05.⁶

وعليه في حالة وقوع نزاع بين الزوجين حول وجود المتاع، وكانت هنالك بيينة أو دليل على وجوده وعدم استرجاعه من طرف المدعي؛ فالأمر لا يثير أي إشكال، وعليه يمكن للزوج المدعي إقامة البيينة بكل الطرق الجائزة قانوناً، كتقديم فواتير شراء المتاع المتنازع عليه أو شهادة الشهود. فإذا

¹ - حفصية دونة، المرجع السابق، ص 51.

² - اليمين في الاصطلاح الفقهي هي توكيد الشيء بذكر إسم أو صفة لله تعالى. أنظر: الصادق عبد الرحمان الغرياني، المصدر السابق، ص 351.

³ - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دط، 1989، ص 369.

⁴ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 216836، بتاريخ 1999/03/16، إ.ق، عدد خاص، 2001، ص 245.

⁵ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 112673، بتاريخ 1995/01/31، ن ق، عدد 49، 1996، ص 237.

⁶ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 1007595 صادر بتاريخ 2016/10/05، غير منشور، نقلاً عن بن هبيري عبد الحكيم، النطاق الإجرائي والموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات (إشكالات الإثبات في منازعات متاع البيت في قضايا فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والممارسة القضائية أنموذجاً)، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، المركز الجامعي إيليزي، عدد خاص، ماي 2018، ص 112.

قدم أحد الزوجين دليلاً أو بينة فإن القاضي يحكم له بما طلبه، كما أن الإقرار يحسم النزاع، في هذه المسألة باعتباره سيد الأدلة¹. وهذا ما استقر عليه القضاء في الجزائر، فقد أخذت المحكمة العليا بعدة قرارات بمبدأ الإقرار، ومن ذلك القرار المؤرخ بتاريخ 1987/12/7؛ حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن أثاث البيت مبدئياً هو ملك للزوج وللزوجة أن تثبت عكس ذلك، ومن المقرر أيضاً أن كل شخص لا يحكم عليه بشيء إلا إذا اتخذ موقفاً واضحاً فيما يطلب منه بالإقرار أو الإقرار، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفاً للقواعد الشرعية والقانونية".

نستخلص مما تقدم أنه في حالة عدم تقديم دليل على وجود المتاع من طرف المدعي، يلجأ القاضي إلى إعمال القاعدة أعلاه؛ فيوجه اليمين الحاسمة للمدعى عليه، فإذا حلف ربح دعواه وإذا نكل حكم عليه².

وعليه فالقاعدة السابق ذكرها يجوز إعمالها من طرف القضاة في حالة إنكار وجود متاع البيت من أحد الزوجين، وفي الغالب الطرف المنكر هو الزوج، ويبقى على الزوجة حينها أن تقدم البينة على وجود المتاع أو يقر المدعى عليه بوجوده حتى يفصل القاضي لصالحها. أما إذا عجزت عن تقديم البينة وأنكر الطرف الآخر، فإن القاضي سيطبق القاعدة أعلاه ويوجه اليمين للمدعى عليه، وتكون يمين فاصلة³.

وما تجدر الإشارة إليه أن اليمين المقصودة في هذه الحالة ليست يمين إثبات وإنما يمين إنكار (يمين النفي) يوجهها القاضي للزوج الذي ينفي وجود المتاع المتنازع فيه⁴.

هذا، وقد ينشأ نزاع حول متاع البيت بين الزوجين بعد طلاقهما أو بين أحد الزوجين وورثة المتوفي منهما بسبب الاختلاف حول ملكية متاع البيت وليس لأحدهما بينة⁵. فبعد تأكد القاضي أن ما يدعيه أحد الزوجين من متاع موجود فعلاً، يأتي دور إثبات ملكية أحد الزوجين له، غير أنه في الغالب لا يكون بيد أحد الزوجين دليل أو بينة يقنع من خلالها الجهة القضائية المختصة بأن الشيء

¹ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 86097، بتاريخ 1992/10/27، م ق، 2001، ص 233.

² - أنظر نفس القرار.

³ - حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت (قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاتها القضائية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، المجلد 58، العدد 1، 2021، ص 138.

⁴ - حسيني عزيزة، نفس المرجع، ص 137.

⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 163.

المتنازع عليه ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة.¹

وفي هذه حالة (أي عدم وجود البينة أو الدليل)، وضع المشرع الجزائري نص المادة 73 السابق ذكره للفصل في هذه المسألة، وهنا نشير أن مجال إعمال أحكام هذه المادة يكون في إطار النزاع حول ملكية المتاع وليس وجوده.

يتضح من خلال تحليلنا لنص المادة 73 ق.أ.ج السابق ذكرها أن ما يصلح استعماله للرجال ومن مستلزماتهم كأدوات الصيد والتجارة أو الأدوات الكهرومنزلية، التي غالبا ما يشتريها الرجل، فهي له بعد أن يحلف بأنها ملك خالص له ويأخذه، أما إذا كان ما يصلح استعماله للنساء أو من الأشياء التي جلبتها المرأة معها لبيت الزوجية كالحلي والأفرشة وغيرها من الأشياء التي عادة ما تجلبها الزوجة ليلة زفافها، وليس لها دليل على ملكيتها فإنها تحلف اليمين القانونية وتأخذها²، وعليه فإن اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع.

وهو ما قضى به القضاء الجزائري في عدة قرارات نذكر منها: قرار صادر بتاريخ 1986/01/27؛ حيث جاء فيه ما يلي: "إذا اختلف الزوجان على متاع البيت، وكان مما يصلح عادة للنساء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين"³.

غير أن مسألة التفريق بين ما هو ملك للزوج عادة وعرفا، وبين ما هو ملك للزوجة عادة وعرفا، مسألة لا يحكمها ولا ينظمها معيار محدد ومتفق عليه، وإنما هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع استنادا إلى العادات والتقاليد المعروفة لدى إقليم المتقاضين. لهذا يجب على قاضي الموضوع أثناء الفصل في قضية النزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو للنساء عادة وما هو للرجال.⁴

أما إذا ثبت أن المتاع يصلح لكليهما أي استعماله مشترك لكلا الزوجين يفتسمانه مع أداء اليمين، استنادا لما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 73 المذكورة. وبهذا يكون مشرعنا قد أخذ في هذا الشق برأي الشافعية والحنابلة، فالشافعي قال: "إذا اختلف الرجل والمرأة في

¹ - حفصية دونة، المرجع السابق، ص 34.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 163-164.

³ - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39775، بتاريخ 1986/01/27، م ق، العدد 1، 1989، ص 108.

⁴ - حفصية دونة، المرجع السابق، ص 74.

متاع البيت الذي هما فيه ساكنان، وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما، فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء... فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعا، فالمتاع بينهما نصفان، لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك، والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك، فلما كان هذا تمكنا وكان المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه إلا بهذا".¹

وقال الحنابلة في حالة الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل إن كان المتاع في أيديهما معا قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما.²

وهو ما أخذ به القضاء الجزائري في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/04/21؛ حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يقسمانها مع اليمين".³ وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2002/03/13 ما يلي: "يتقاسم الزوجان في حالة النزاع الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين".⁴

ظهر خلاف فقهي حول طبيعة هذه اليمين؛ فهناك من اعتبرها يمين حاسمة، وهناك من اعتبرها يمين متممة، في حين يرى اتجاه آخر أن اليمين التي يؤديها كل زوج فيما يخصه ليست من قبيل اليمين الحاسمة، ولا من قبيل اليمين المتممة التي يوجهها القاضي استكمالا واستيفاء لما لديه من حجج وأدلة، فهي يمين قانونية تدعم موقف مؤديها، ذات خصوصية فريدة تجمع ما بين خصائص اليمين المتممة لأن القاضي هو من يوجهها من جهة، وتشبه من جهة أخرى اليمين الحاسمة لأنها تحسم النزاع نهائيا، فهي يمين من نوع خاص.⁵

نستخلص مما تقدم أنه إذا وقع نزاع بين الطليقين أو بين ورثة المتوفي منهما ضد الباقي على قيد الحياة حول ملكية متاع البيت (وليس وجوده). فمن قدم البينة على ملكيته يحكم له بناءً عليها، أما

¹ - الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الفكر للطباعة والنشر، ج5، ط 2، 1983، ص 103.
² - ياسين رشيد عمر الزبياري، الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل (دراسة مقارنة)، ط 1، دار دجلة، عمان، الأردن، 2009، ص 80.
³ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 189245، بتاريخ، 1998/04/21، إ.ق، عدد خاص، 2001، ص 242
⁴ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 277411، بتاريخ 2002/03/13، م.م.ع، العدد 2، 2004، ص 359.
⁵ - بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 106 - 116 - 118.

إذا لم تكن بينة لأحدهما، يأتي دور القاضي للفصل في النزاع ويوزع الأمتعة الموجودة للنساء فيما هو مخصص للنساء مع اليمين، وللرجال فيما هو معتاد لهم مع اليمين، والمشتريات بينهما يتقاسمانها كذلك مع اليمين، تطبيقاً منه لأحكام المادة 73 ق.أ.ج.

وبالعودة لنص المادة 73 ق.أ.ج، ومن خلال استقراءنا لها يمكننا توجيه جملة من الانتقادات التي استخلصناها، ومنها نجيب عن التساؤل الذي أبقناه سابقاً، والمتعلق باختلاف الدين في الزواج المختلط، وهو ما سنقوم به من خلال النقاط التالية:

-أشرنا في العديد من المرات مدى أهمية التكييف القانوني في بحثنا وقدرته على تغيير ضابط الإسناد الذي يحكم العلاقة، فقد يبدو لنا من الوهلة الأولى (حسب نص المادة 73) أن النزاع حول متاع البيت يثور فقط عند انحلال الرابطة الزوجية، ومنه كيف ضمن الآثار المالية لإنهاء الرابطة الزوجية والدليل على ذلك وضع المشرع له في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، غير أن المادة 73 ق.أ. السابقة الذكر جاءت بمصطلح وحيد وهو "الزوجين" ولم تقل "الطلقين"، وبالتالي يمكن أن يثور هذا النزاع حتى أثناء قيام الزوجية؛ مما يوحي بتكييف المتاع ضمن الآثار المالية للزواج، وإن كان أمراً مستبعداً أن يتخاصم زوجان تربطهما علاقة زواج وربما أولاد أمام القضاء حول أحقية كل واحد منهما وملكيته لمتاع البيت، لكنه وارد أن يتخاصم ورثة المتوفي منهما مع الزوج المتبقي على قيد الحياة، غير أن المعمول به في القضاء الجزائري تكيفه ضمن الآثار التي تترتب عن الطلاق.

-استكمالاً للنقطة السابقة يجب على المشرع الجزائري أن يقتدي برأي فقهاء الشريعة الإسلامية (سبق ذكره)، بتحديد نطاق تكريس الحل الوارد في المادة 73 ق.أ. للفصل في النزاع القائم حول متاع البيت، هل يأخذ به في حال قيام النكاح أو بعد وقوع الفرقة أو في كلتا الحالتين؟

-لم يفصل المشرع الجزائري في مسألة ملكية الجهاز الذي تأتي به الزوجة لبيت الزوجية، بعكس نظيره المغربي في المادة 34 من مدونة الأسرة المغربية¹، والقانون المصري في القانون رقم 1 لسنة 2000 (كما سنرى لاحقاً).

-يبدو لنا أن نص المادة 73 ق.أ. عند تطبيقه من طرف القضاء يطرح الكثير من الإشكالات، وفيه مجال واسع لإعمال سلطتهم التقديرية، وهو ما قد يؤدي إلى خطأ في مجال تطبيق المادة 73

¹ - حيث جاء فيه: " كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكاً لها..."

على وقائع لا تنطبق عليها مثل: النزاع حول وجود المتاع من عدمه، أو النزاع بشأن الهدايا المقدمة أثناء فترة الخطوبة، أو منازعات الصداق... إلخ.

- كما يحتوي النص على قصور تشريعي كبير، فالمشرع عالجه في مادة قانونية واحدة بالرغم من أهميته البالغة، ولم ينص على الحالة التي تكون فيها الزوجة أو ورثتها غير مسلمين، وترك الأمر مبهماً. وعليه بالنسبة للتساؤل الذي أبدناه آنفاً بخصوص اختلاف الدين؛ كأن تكون الزوجة مسيحية والزوج مسلماً، فكيف يمكن للقاضي توجيه اليمين إلى الزوجة غير المسلمة؟

تطبيقاً لأحكام المادة 222 ق.أ.ج التي تقضي بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني فقد قال السرخسي عن النزاع بين الزوجين في متاع البيت عند اختلاف الدين بقوله: "وإن كان أحدهما كافراً والآخر مسلماً، فالمسلم والكافر في ذلك سواء لأنهما في قوة اليد يستويان، فإن يد كل واحد منهما يد نفسه، وهي يد ملك، فيستويان في الاستحقاق، ويستوي إن وقعت المنازعة بينهما في حال قيام النكاح، أو بعد وقوع الفرقة بأي وجه، وقعت الفرقة بينهما سواء كانت الفرقة من قبل الزوج أو من قبل المرأة".¹ وعليه يتضح أنه يمكننا إسقاط أحكام المادة 73 ق.أ على النزاع حول متاع البيت في الزواج المختلط مع اختلاف الدين.

وبما أننا لم نجد أي اجتهاد قضائي نؤسس عليه موقفنا، قمنا بإسقاط أحكام البينة على اليمين القانونية الخاصة بالنزاع حول متاع البيت. فقد نص المشرع الجزائري في المادة 434 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية القديم² على أنه في حالة كون الخصم يدين بديانة أخرى، فإنه يؤدي يمينه بالصيغة والأوضاع المقررة في ديانته. غير أنه لم ينص على هذه الحالة بعد التعديل. وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة السابق جاء لينص على الحالة التي يكون فيها الشاهد الواجب عليه تأدية اليمين غير مسلم.

وقد جاء في نص المادة 42 من الدستور المعدل في 6 مارس 2016 أن حرية العقيدة والدين مضمونة، كما أنه يساوي بين مواطني الدولة والأجانب. وبالرغم من أن المادة 1064 من ق.إ.م.إ الجديد تلغي صراحة نص المادة 434 من القانون القديم، إلا أنها تبقى سارية المفعول لأنها محمية بمبدأ سمو الدستور على هرم النصوص القانونية في الدولة.

¹ - ياسين رشيد عمر الزبياري، المرجع السابق، ص 85.

² - تقابلها المادة 108 من قانون الإثبات العراقي، المادة 127 من قانون الإثبات المصري، المادة 129 من قانون البينات السوري...

هذا وقد نص المشرع في المادة 2/152 من ق.م.إ على أن "الشاهد يحلف اليمين بأن يقول الحقيقة، وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال"، لكن الملاحظ هنا أن القانون لم يبين كيفية حلف اليمين؛ لذلك يجب على الشاهد المسيحي أو اليهودي أو شاهد يدين بديانة أخرى أن يؤدي اليمين على حسب الأوضاع الخاصة بديانتهم إن طلب ذلك. فإذا كان الشاهد مسيحياً يضع يده على الإنجيل ثم يحلف.¹ ومنه نعتقد أنه بإمكاننا القياس في مثل هذه الحالات على اليمين التي تؤدي أثناء الشهادة (كبينة)، وإسقاط أحكامها على اليمين التي تخص النزاع حول متاع البيت. فإذا كانت يمين شهادة الشهود غير المسلمين مقبولة وجائزة قانوناً، مع أنهم ليسوا أطرافاً في النزاع، فمن باب أولى تقبل يمين أصحاب الحق في النزاع؛ وهم الزوجة أو ورثتها. وبالتالي إذا قام نزاع بين مسلم وطليقته المسيحية حول متاع البيت أمام القاضي الجزائري سيطبق القانون الجزائري وفقاً للمادة 12 / 2 ق.م.ج التي تحيل لتطبيق المادة 73 ق.أ.ج، بالإضافة إلى مواد الإثبات السابقة الذكر.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة فقد ألزم المشرع المصري من خلال القانون رقم 1 لسنة 2000 المأذون قبل توثيق عقد الزواج إعلام الزوجين بما يجوز الاتفاق عليه من شروط، بما فيها الاتفاق لمن تؤول ملكية المنقولات الزوجية، فإذا وجد هذا الاتفاق كان ملزماً، ومن يدعي عكسه فعليه إقامة الدليل على ما يدعيه.

وهو ما جسده الواقع العملي؛ إذ تلجأ الزوجة إلى تدوين المنقولات التي جاءت بها في قائمة يوقع عليها الزوج، وهذا ما يسير عليه القضاء المصري؛ فإذا وجدت هذه القائمة فالعبرة بما هو ثابت بها، وإن لم تتوفر فجميع المنقولات الموجودة في بيت الزوجية ملك للزوجة حسب العرف السائد في مصر، إلا إذا كان الشيء المتنازع فيه مما يختص به الرجال، أو أثبت الزوج عكس ذلك بكافة طرق الإثبات الشرعية بما فيها شهادة الشهود.

وعليه فقد أخذ القضاء في مصر برأي الحنفية، أما المتاع المشترك بين الزوجين، فالعمل بالقول الراجح في المذهب، فيكون القول للزوجة أو ورثتها فيما يجهز به أمثالها عادة، وفيما زاد عن ذلك فالقول للزوج.²

¹ - شمام منير، موقف القاضي الجزائري إزاء أداء الشاهد غير المسلم اليمين، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 3، العدد 8، ص 202 وما يليها.

² - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 362.

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للطلاق والمعيقات التي تواجهه

تطرقنا آنفا لضابط الإسناد الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية بجميع صورها، وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لقواعد الإسناد الواردة في المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، كما أشرنا فيما سبق أن الطلاق يترتب آثارا شخصية وأخرى مالية، وعليه هل يسري نفس ضابط الإسناد الذي يحكم الطلاق أو التطلق أو الانفصال على الآثار المالية لهذا الانحلال أم لا؟

إذن سنتناول ضمن هذا الفرع القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال الزواج المختلط (البند الأول)، ثم سنمرر للمعيقات التي تواجه تطبيقه (البند الثاني).

البند الأول:

تحديد القانون الذي يحكم الآثار المالية للطلاق

لم يخصص المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة ضابط إسناد يحكم الآثار الشخصية أو حتى المالية المترتبة عن الطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني؛ مما يتعين إخضاعها للقانون الذي يحكم هذه الصور.

وعلى هذا الأساس يدخل في مجال تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى كافة الآثار التي تترتب على الطلاق والتطلق والانفصال الجسماني. فالآثار التي تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق كحق المطلقة أو المنفصلة في النفقة وحققها في الاحتفاظ باسم زوجها بعد انتهاء الزواج وحققها في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفا نتيجة الضرر الذي أصابها منه، كذلك تحديد المدة التي يستمرها الانفصال، وهل يتحول إلى طلاق؟ وما هي شروط ذلك؟ وإلى أي مدى يمكن للزوجة المنفصلة أن تحمل اسم زوجها في فترة الانفصال؟ وكذلك تعيين محل الإقامة اللازم للزوجة؛ فكلها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى باعتبارها من آثار انحلال الزواج.

بينما لا يدخل في مجال تطبيق هذا القانون الآثار التي تتصل بحالة الزوج أو الزوجة كل على حدة بعد الطلاق أو التطلق أو الانفصال فهي تخضع للقانون الشخصي؛ أي قانون جنسية كل طرف على حدى. فيخضع لقانون جنسية المطلقة إمكانية استرداد الاسم الذي كانت تحمله المرأة قبل الزواج،

والمدة التي ينبغي للمطلقة انتظارها للزواج من جديد، ويخضع لقانون جنسية المطلق حق الزوج المطلق في أن يعقد زواجا جديدا. فكلها مسائل تخرج من نطاق قانون الزوج وتخضع للقانون الشخصي للمطلقين لأنها لا تعتبر من آثار انقضاء رابطة الزوجية.¹

إضافة إلى خروج كافة الآثار المتعلقة بالنشر والعلانية، والتي تقصد إلى إعلام الغير بالطلاق أو الانفصال الجسماني. فالقواعد التي تحكم تلك المسائل تعد من قواعد البوليس والأمن التي تخضع لحكم القانون المحلي؛ وهو ما يترتب عليه خضوعها لقانون القاضي الذي يحكم الإجراءات، الذي يلزم بإجراء النشر والعلانية لكي تسرى آثار الطلاق وفق الأشكال السائدة في قانون هذا المحل.²

إذن فإن الآثار المترتبة عن انحلال الزواج منها ما يخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ومنها ما يخضع للقانون الشخصي لكل طرف على حدى.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق هو هل الاستثناء الوارد في المادة 13 ق.م.ج والمادة 14 ق.م.ج³ القاضي بإخضاع انحلال الرابطة الزوجية التي يكون أحد أطرافها جزائريا للقانون الجزائري أو مصريا للقانون المصري يشمل آثار انحلال الزواج أم لا ؟

حسب تقديرنا بما أن آثار الطلاق تخضع للقانون الذي يحكم فك هذه الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو التطلق أو الانفصال الجسماني، فمن المنطق إسقاط كل الأحكام الواردة بشأن الطلاق على آثار؛ بمعنى أنه إذا رفع نزاع حول أثر من آثار الطلاق أمام القاضي الجزائري وكانت الطليقة جزائرية، فإن هذه الآثار تخضع لقانون جنسيتها وهو القانون الجزائري.

بالعودة إلى القانون الواجب التطبيق (الوارد في المادة 2/12 ق.م.ج، والمادة 2/13 ق.م.ج والفصل 49 م.ق.د.خ.ت)⁴ فهو يسري على مسألة التعويض (أو متعة المطلقة كما تسمى في أغلب الدول العربية)؛ ذلك باعتبار أن حق المطلقة في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها

¹ - صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، المرجع السابق، ص 358. أنظر كذلك: نسرين شريقي، سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 65، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 260-262. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج طبقا لقواعد التنظيم الأوروبي رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 118.

² - ناصر عثمان محمد عثمان، نفس المرجع، ص 119.

³ - تم ذكر المادتين 13 ق.م.ج، 14 ق.م.ج بالتفصيل والتحليل في الباب الأول من هذا البحث. أنظر ص 66 ومايليها.

⁴ - سبق لنا تحليل ونقد هذه المواد القانونية بالتفصيل في الفصل الأول من هذا البحث. أنظر ص 272 وما يليها.

تسفيًا يدخل في نطاق الآثار التي تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق.¹ كذلك النفقة المترتبة على انقضاء الزواج فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى في شروطها ومقدارها، بالإضافة إلى النزاع حول متاع البيت، لكونه أثرًا من آثار الطلاق أو التطلق.²

فمن المشرع التونسي فقد نص في الفصل 2/51 على أنه يسري على نفقة الزوجين القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحلّ الرابطة الزوجية.

إلا أن النفقة الوقتية التي يحكم بها القاضي لصالح الزوجة المطلقة ريثما يفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطلاق فيحكمها قانون القاضي لاعتبارات لها علاقة بالأمن لدولة القاضي؛ لأنها تعتبر في بعض الأنظمة القانونية من النظام العام.³

وقد اختلف الفقه والقضاء حول تكييف مسألة النفقة الوقتية وقواعد الإسناد التي تحكمه؛ حيث ذهب اتجاه إلى عدها أثرًا من آثار الزواج شأنها شأن النفقة العادية⁴، وبالتالي تخضع لضابط الإسناد الذي يحكم هذه الأخيرة. وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد تأسيسًا لوجوب التمييز بين النفقة العادية وبين الإجراءات الوقتية التي قد تفضي لتقرير القضاء بمعونة مالية لأحد الخصوم بصفة مستعجلة، بالإضافة إلى أن النفقة الوقتية لا تعد من الحقوق التي يقرها قانون الموضوع ولكنها مجرد إجراء يطلب إلى القضاء اتخاذه على سبيل التأقيت لإيجاد حل سريع لحالة من حالات الضرورة؛ وما يصدر

¹ - أعراب بلقاسم،، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 260.

² - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 151. أنظر كذلك: ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج طبقًا لقواعد التنظيم الأوروبي رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 118.

³ - درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 245-246.

⁴ - وهو ما قرره محكمة الإسكندرية الابتدائية في حكم لها بتاريخ 18 مارس 1950، والذي أيدته محكمة استئناف الإسكندرية بتاريخ 12 مارس 1951، وقد صدر هذا الحكم بمناسبة دعوى تطليق رفعتها زوجة بريطانية على زوجها البريطاني طالبة الحكم بإلزامه بأن يدفع لها ولابنها نفقة وقتية أثناء نظر الدعوى مستند في ذلك إلى أحكام القانون الإنجليزي التي تخولها الحق في أن تطلب من المحكمة النازرة في دعوى الطلاق؛ وفي أية حالة تكون عليها الدعوى تقرير نفقة وقتية لها حتى يفصل في دعواها، وقد طلبت الزوجة هذه النفقة الوقتية لها ولولدها استنادًا لنص الفقرة الأولى من المادة 13 والمادة 15 اللتين يعقدان الاختصاص للقانون الإنجليزي، بوصفه قانون جنسية الزوج (المادة 13)؛ وقانون المدين بنفقة الابن (المادة 15)، وقد استجابت المحكمة لطلب الزوجة. أنظر: ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، طبقًا لقواعد التنظيم الأوروبي، رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 140.

فيها هو مجرد حكم وقتي.¹

ونادى جانب آخر من الفقه بإخضاع النفقة الوقتية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج؛ باعتبارها من آثاره، وبالتالي يسري عليها القانون الذي يحكم المسألة وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. إلا أن الفقه الراجع يتجه كما أوضحنا إلى تطبيق قانون القاضي على النفقة الوقتية على أساس تكييفها من الإجراءات الوقتية التي يطلب من القاضي اتخاذها لاعتبارات تتعلق بمصلحة الدولة في تدبير حل سريع لحالة من حالات الضرورة لتعلقها بالأمن المدني؛ فهي تعد من القواعد ذات التطبيق الضروري التي تفلت من مجال التنازع وتدخل في النظام العام للدولة²، مما يقتضي إعمالها في جميع الأحوال ولو تضمن النزاع المطروح أمام القضاء الوطني عنصراً أجنبياً³.

ومن جهتنا نؤيد هذا الرأي في تصنيف النفقة الوقتية ضمن المسائل الإجرائية التي تتعلق بالنظام العام، وكذا إخضاعها لقانون القاضي حتى وإن اشتملت على عنصر أجنبي لاعتبارات عدة أهمها: رفع الضرر عن الزوجة وسد حاجياتها الضرورية، ولكونه الحل الأمثل لإلزام المدين بها لتسديدها في أسرع وقت ممكن.

وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات العربية، ومن بينها المشرع المصري في المادة 22 من القانون المدني التي تنص على: "يسري على الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات". يتضح أن المشرع المصري يخرج الإجراءات الوقتية والتحفظية بما فيها النفقة الوقتية للزوجة من مجال تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج، ويكون القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية بل والإجراءات الوقتية والتحفظية عموماً هو قانون القاضي باعتبارها من التدابير الضرورية العاجلة، وكذلك فإن تقرير هذه الإجراءات يعد أمراً

¹ - ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، طبقاً لقواعد التنظيم الأوربي رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 141.

² - وقد أخذت محكمة القاهرة الابتدائية بهذا الرأي في حكمها الصادر في 21 نوفمبر 1951، والتي رفضت تطبيق القانون الإيطالي، بوصفه قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، على طلب الزوج تخفيض النفقة الوقتية المحكوم عليه، وذلك كما تقول المحكمة: " عن الغرض من النفقة الوقتية هو سد الرمز ومنع الزوجة من الاندفاع نحو الرذيلة، وأنه لا يسمح بطلب تعديل هذه النفقة على أساس لا يتفق مع طبيعة الإجراء الوقتي...". وبهذا اعتبرت المحكمة النفقة الوقتية من مسائل الأمن المدني ومن مسائل الإجراءات في نفس الوقت. أنظر: ثامر حمود هادي، المرجع السابق، ص 382.

³ - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 296 وما يليها. أنظر كذلك: هشام صادق عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 271-272.

متعلقا بالأمن المدني.¹

كما نص المشرع المصري على الاختصاص القضائي الدولي في مسائل النفقة الوقتية المستعجلة وغيرها من دعاوى الاستعجال؛ إذ نصت المادة 34 من قانون المرافعات المصري على: "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية". وتطبيقاً للمبدأ السالف تختص محاكم الدولة بطلب النفقة الوقتية الذي تتقدم به الزوجة الأجنبية أثناء نظر دعوى التطلق المرفوعة أمام المحكمة المختصة في دولة أخرى ولو لم يكن القضاء الوطني مختصاً بالنزاع الأصلي (دعوى التطلق).²

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 49 من م.ق.د.خ.ت الذي جاء فيه: "... ينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى". والمشرع الجزائري من خلال نص المادة 21 مكرر حيث جاء فيها ما يلي: "تسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". وعليه فإن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية هو قانون القاضي المعروض أمامه النزاع. فإذا نشأ نزاع بين فرنسيين مقيمين في الجزائر حول النفقة الوقتية سيسري عليها القانون الجزائري باعتباره قانون دولة القاضي. وبمفهوم المخالفة، إذا نشأ ذات النزاع بين جزائريين مقيمين بفرنسا سيكون الاختصاص القضائي للقانون الفرنسي ويسري بهذا الشأن القانون الفرنسي؛ وهو ما أكدته أحد قرارات المحكمة العليا، حيث جاء فيه: المبدأ: "لا يختص القضاء الجزائري بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق القائمة بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية؛ حيث ثبت إن الطاعن والمطعون ضدهما يقيمان خارج التراب الوطني لذلك فإن القضاء الوطني (بالجزائر) غير مختص بالفصل في نفقة الإهمال ونفقة المعيشة والمتاع وبدل الإيجار؛ لأن هذه العناصر ملازمة لإقامة الأطراف ومكان تواجدهم، ولما قضى قضاة مجلس قضاء تيزي وزو بخلاف ذلك فإن قضاءهم جاء مخالف للقانون".³

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، طبقاً لقواعد التنظيم الأوروبي، رقم 1259 لسنة 2010، المرجع السابق، ص 140-141.

² السيد خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 40، 2009، ص 97-98.

³ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40233، مؤرخ في 2008/03/12، م م ع، العدد 1، 2008، ص 257. 260.

البند الثاني:

المعوقات التي تواجه تطبيق القانون الذي يحكم الآثار المالية للطلاق

أولاً: حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم آثار الطلاق

تعارض القاضي عند محاولة حل النزاع المتعلق بالآثار المالية للطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني معوقات أو عراقيل سبق تفصيلها في مسائل عديدة تتعلق بالبحث والتي يمكننا إيجازها فيما يلي:

- تصادم القانون الأجنبي المختص بحكم آثار الطلاق مع مقتضيات النظام العام، ومن ثم استبعاده وتطبيق قانون القاضي (م 24 ق.م.ج)؛ كأن يقضي القانون الأجنبي بحرمان المرأة المطلقة من النفقة أو التعويض.

- صعوبة تطبيق القانون الأجنبي المختص في حالة انعدام أو تعدد الجنسية. فإذا كان التنازع بين جنسيتين أجنبيتين فأكثر ليس من بينهما جنسية دولة القاضي؛ فعليه أن يبحث عن الجنسية الفعلية، وإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص يطبق القانون الجزائري، ويسري قانون الموطن لمنعدم الجنسية (م 22 من القانون المدني الجزائري).

- ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي بالتحايل للتهرب من أحكام القانون المختص. فقد يلجأ الزوج إلى تغيير جنسيته لقانون يعفيه من دفع النفقة؛ مما يتعين على القاضي إثبات حالة الغش نحو القانون والدفع به لاستبعاد القانون الأجنبي، وبالتالي ثبوت الاختصاص لقانونه الوطني تطبيقاً لأحكام المادة 24 ق.م.ج.

- إسناد مسائل آثار الطلاق لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع، أو ما يعرف بالتعدد التشريعي، سواء كان تعدداً إقليمياً كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا؛ أو طائفيًا مثل لبنان والعراق...، فهنا يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها حل هذه المشكلة؛ فيحيل إلى القانون الواجب التطبيق، وتسمى هذه بالإحالة الداخلية أو التفويض. وقد أخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة 23 ق.م.ج¹ والمصري في المادة 26 من ق.م.

- صعوبة تفسير القانون الأجنبي الواجب تطبيقه. فقد يبدو له معناه غير واضح، فيلجأ إلى

¹ - تقابلها المادة 26 من القانون المدني الليبي، المادة 28 من القانون المدني السوري. المادة 2/32 من القانون المدني العراقي.

تفسير هذا القانون الذي يخضع لرقابة المحكمة¹؛ لذلك يتوجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبق في بلده الأصلي.²

- إذا واجه القاضي صعوبة في إثبات القانون الواجب التطبيق على آثار الطلاق. فقد أسند الاختصاص للقانون الوطني عند الاستحالة المادية للقانون الأجنبي، أي متى تعذر على الخصوم إثبات مضمون القانون الأجنبي، بسبب الصعوبات التي تحول دون ذلك بعد استفاد جميع الوسائل المقررة لذلك اختار المشرع الجزائري تطبيق قانون القاضي المعروض عليه النزاع.³ وهذا ما نصت عليه المادة 23 مكرر ق.م.ج السابق ذكرها.

ثانيا: إشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالآثار المالية للطلاق

ذكرنا في العديد من المرات أنه يجب إهمار الأحكام الأجنبية الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالصيغة التنفيذية إذا كانت صادرة من جهة مختصة ولا تخالف النظام العام في دولة القاضي. فإذا كان الحكم أو القرار الأجنبي يقضي بحرمان المطلقة من حقوقها المالية بعد الطلاق، أو كان يمنحها حق إعادة الزواج دون انقضاء مدة العدة بعد الطلاق؛ فلا يمكن للقاضي تذييله بالصيغة التنفيذية لمخالفته لمقتضيات النظام العام.

وجاء في قرار آخر أنه: "من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

¹ - أنظر بهذا الصدد المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الفصل 2/34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، المادة 425 من القانون المصري.

² - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 182 وما يليها.

³ - سهام عكوش، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2009-2010، ص 45.

خلاصة الباب الثاني:

كخلاصة لهذا الباب، اتضح أن انحلال الزواج المختلط سواء بالوفاة أو بالطلاق يطرح مشكلة تتنازع القوانين نظرا لتباين النظم القانونية في صور انحلاله ومدى اعترافها بآثاره كحقوق يصعب استحقاقها، فبعض التشريعات تعتبر الزواج رابطة مؤبدة لا تتحل إلا بالوفاة، وبعضها الآخر لا يعترف إلا بالانفصال الجسماني، والبعض لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، بينما ثمة نظم قانونية لا تعترف بالعدة وتحرم المرأة من حقها في النفقة أو التعويض، وعليه فإن انحلال الزواج المختلط والآثار الناتجة عنه تعترضه العديد من المعوقات سواء من حيث الاختصاص التشريعي أو الاختصاص القضائي، أو على مستوى تنفيذ الأحكام الأجنبية بشأنه، حيث تكمن الصعوبة بداية بمشكلة التكيف كون أغلب مسائله تقع بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، ثم صعوبة تطبيق القانون الأجنبي إذا قضت قواعد الإسناد باختصاصه، وذلك بسبب التصادم الدائم مع النظام العام.

وتتجسد غالبا مسألة الدفع بالنظام العام في منازعات الطلاق وآثاره كالنفقة والحضانة والزيارة والتعويض، بالإضافة إلى الآثار المترتبة عن انحلال ميثاق الزوجية بالوفاة كالعدة والميراث والوصية، خاصة عندما يكون الطرف الآخر مختلف الديانة. فإذا كان القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية يقضي بحرمان الزوج من حقه في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، أو يقضي بحرمان المطلقة من حقوقها المالية بعد الطلاق، أو كان يمنحها حق إعادة الزواج دون انقضاء مدة العدة بعد الطلاق، فيجب على القاضي استبعاده وتطبيق قانونه الوطني محله، كذلك الأمر بالنسبة للحكم أو القرار الأجنبي فلا يمكن للقاضي تذييله بالصيغة التنفيذية إذا ثبت له مخالفته لمقتضيات النظام العام في الجزائر.

لقد حاول المشرع الجزائري سد النقص التشريعي ومواكبة قواعد التنازع للإمام بجميع مسائل الأحوال الشخصية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، حيث تتجلى هذه القواعد في استحداث ضابط إسناد يحكم الانفصال الجسماني ليسري على الأجانب الذين يدينون بغير الدين الإسلامي بالرغم من أنه يتنافى مع النظام العام الجزائري، غير أن اختيار المشرع الجزائري لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على كل صور انحلال الزواج بما فيها الانفصال الجسماني عرضه للنقد كونه يتعارض مع مبدأ المساواة بين الزوجين.

وإذا كان المشرع الجزائري قد سعى إلى حد كبير لسد الثغرات القانونية التي تمس بانحلال الزواج المختلط وآثاره، إلا أنه لم يخصص ضابط إسناد لحكم الآثار الشخصية والمالية المترتبة عن

انحلال الزواج المختلط ولم يوضح ما إذا كانت هذه الآثار تخضع لأحكام المادة 2/12 من ق.م بما فيها مسألة الحضانة على الرغم من أهميتها ومساسها بالطفل وكونها تعد أكثر مسألة تثير المنازعات القضائية على مستوى العلاقات الدولية الخاصة، وبالمقابل حاول التشريع الجزائري إيجاد حلول لفض المنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة في الزواج المختلط الجزائري الفرنسي بإبرام اتفاقية جزائرية فرنسية، غير أنها لم تحقق الأهداف المرجوة من الناحية العملية.

وعلى العموم فالقاضي عند فصله في نزاع يتعلق بانحلال الزواج المختلط وآثاره يواجه الكثير من العراقيل التي تحول دون تطبيق القانون المختص، كأن يكون الشخص منعدم الجنسية أو له جنسيات عديدة، أو يثبت الاختصاص لقانونه بالتحايل، أو يتصادم مع مقتضيات النظام العام، أو يسند النزاع لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع سواء كان تعددا إقليميا أو طائفيا. كما قد يواجه القاضي صعوبة في تفسير أو إثبات القانون الواجب التطبيق.

الخاتمة

ما يجدر ذكره واستخلاصه كخاتمة لهذه الأطروحة المتعلقة بقضية الزواج المختلط وما يحيط به من جدل فقهي وقضائي وقانوني واجتماعي، وبعد النظر والملاحظة والتحليل والمقارنة في قضاياها وجوانبه، بدءاً بمفهومه وأسبابه تمهيدا إلى سبل انعقاده وإثباته، وما يعترى ذلك من عقبات ومشكلات قانونية واختلافات تشريعية وفقهية، إلى الآثار والانعكاسات المترتبة على إبرامه وانحلاله بالطلاق أو بالوفاة، فإنه يمكننا استخلاص أن الزواج المختلط وعلى الرغم من أهميته في تقارب الشعوب والحضارات إلا أنه بات مشكلة تؤرق النظم القانونية في تكييفه نظرا لتباين مفهومه من دولة إلى أخرى، فعدم وجود توافق في الآراء حول تعريفه وتصنيفه كمختلط من شأنه أن يطرح إشكالا يتمثل في مدى دخول العلاقة القانونية حيز القانون الدولي الخاص من عدمه، لذلك فهذا الموضوع يطرح في حد ذاته مشكلة وغموض لأنه يشير إلى صفة يكمن الشك في وجودها، فما يعتبر مختلط في مجتمع معين لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، نظرا لتداخل بعض المحددات: كالحالة الاجتماعية، اللغة، الثقافة، الجنسية، العرق (لون البشرة)، المذهب، الدين، العقيدة، بالإضافة إلى العادات والتقاليد السائدة في كل دولة.

وعليه فإنّ هذا التباين يفتح المجال أمام القاضي لإجراء التكيف اللازم لمعرفة طبيعة العلاقة المطروحة أمامه أولا قبل الفصل فيها ليقوم بعد ذلك بتحديد القانون الذي يحكمها وفق ما تشير إليه قواعد الإسناد في قانونه الوطني، وقد يصطدم غالبا بعراقيل يمكن أن تحول دون تطبيق القانون المختص بحكم العلاقة القانونية محل النزاع.

لذلك فإن رحلة فض المنازعات المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط وآثاره وانحلاله تعترىها العديد من العقبات، ومنه حاولنا من خلال هذه الأطروحة الإلمام بالمسائل التي تطرح إشكالا فيه؛ حيث عالجنا في الباب الأول انعقاد الزواج المختلط، من خلال الشروط الشكلية والموضوعية لانعقاده، وكذا إثباته، والباب الثاني لانحلال الزواج المختلط ومدى اختلاف التشريعات في ذلك، والآثار المترتبة عن انعقاده وانحلاله، والمعوقات التي تواجه القاضي حين فصله في النزاع المعروض، وما لها من انعكاسات على حقوق الزوجين والأبناء.

وقد رصدنا جملة من النتائج مرتبة كما يأتي تعقبها ما أمكن تقديمه من اقتراحات وتوصيات:

أولاً- النتائج:

- حاول المشرع الجزائري تكريس الحماية القانونية اللازمة للأفراد في العلاقات الدولية الخاصة من خلال سن جملة من التعديلات أوردها في القانون المدني وقانون الجنسية، غير أن هذه التعديلات لم تكن كافية، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية التي لا يزال يغلب عليها طابع الاجتهاد القضائي والفقه.

- أحسن المشرع الجزائري صنعا حين تبنى ضابط الجنسية في جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وذلك لتفادي إخضاع الأجانب لأحكام الشريعة الإسلامية والوطنيين لغير أحكامها.

- إن الصعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج المختلط تبرز بداية من تحديد التكييف القانوني للقضية محل النزاع، خاصة وأن المشرع الجزائري لم يضع معيارا محددًا لتصنيفها، كما أنه لم يضع لكل مسألة ضابط إسناد يحكمها؛ فالمسائل التي تعتبر صحيحة في دولة ما قد تعتبر باطلة في دولة أخرى، والاختلاف في وصف طبيعة العلاقة القانونية يؤدي إلى الاختلاف في تعيين القانون الواجب التطبيق؛ وهذا ما يفضي بدوره لاختلاف الأحكام القضائية في القضية الواحدة تبعا للقانون الذي سيحكمها.

- يعترض الزواج المختلط العديد من الصعوبات سواء من حيث الاختصاص التشريعي أو الاختصاص القضائي، أو على مستوى تنفيذ الأحكام الأجنبية بشأنه، وذلك بسبب التصادم غالبا مع النظام العام، خاصة عندما يكون الطرف الآخر مختلف الديانة.

- أقر المشرع الجزائري أنّ زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب يخضع لأحكام تنظيمية؛ غير أنه لم يصدر بهذا الشأن إلا تعليمة واحدة من طرف وزير الداخلية اشترطت الحصول على رخصة الزواج المختلط، مع شرط شهادة اعتناق الدين الإسلامي في طالب الزواج الأجنبي الذي يرغب بالزواج من جزائرية.

- رغم صحة الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب في الخارج، واستيفاءه جميع أركانه وشروط انعقاده، إلا أن الزوجين يصطدمان بواقع مغاير لما هو منصوص عليه، ذلك أنّ القضاء الجزائري يعتبره زواجا عرفيا ينقصه الإثبات؛ حيث قرّرت وزارة العدل بأنّ هذه العقود ليست سندات تنفيذية، وبالتالي فهي غير قابلة للإمهار بالصيغة التنفيذية، وتدرج ضمن العقود المغفلة؛ حيث

يتكفل القضاة بإصدار حكم إثبات وتصحيح عقود الزواج المختلط وتسجيلها على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية.

- فرق المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بين ضابط الإسناد الذي يحكم المسائل الموضوعية والشكلية للزواج المختلط، فأخضع إجراءات انعقاده وإثباته إما لقانون بلد الإبرام أي طبقا لقاعدة LOCUS، أو قانون الموطن أو الجنسية المشتركة للزوجين، أو القانون الذي يحكم الشّروط الموضوعية الذي حدده بقانون جنسية الزوجين، غير أنه لم يظهر موقفه الصريح إذا كان الزوجان يختلفان في الجنسية، لكن اتضح أن القضاء أخذ بالتطبيق الموزع للقانونين إلا فيما يخص المسائل المخالفة للنظام العام التي تطبق تطبيقا جامعا.

- انتهج المشرع الجزائري ضابط إسناد واحد يطبق على جميع آثار الزواج، سواء كانت مالية أم شخصية، وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج تقاديا لنشوء مشكلة التنازع المتغير.

- الملاحظ أن نص المادة 1/12 ق.م.ج لم يكن كافيا لسد النقص التشريعي ورفع اللبس عن الجدل الفقهي بشأن التكييف القانوني للنظام المالي للزوجين ومدى خضوعه لأحكام هذا النص، خاصة في ظل وجود نظام مالي اتفاقي يبرم بين الزوجين، ووجود ضوابط إسناد تحكم الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في المادة 18 ق.م.ج، غير أن إخضاع النظام المالي للقانون الذي يحكم آثار الزواج يقينا من مسألة تعدد التشريعات في حال تعدد مواقع الأموال الخاصة بالزوجين.

- اتضح أن مسألة الأهلية واسم الزوجة لا تندرج ضمن الآثار الشخصية للزواج، وهي تخضع حسب نص المادة 10 من ق.م.ج للقانون الشخصي؛ أي قانون جنسية الشخص.

- أحسن المشرع الجزائري صنعا بتكريسه لضابط إسناد يحكم النسب في المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري وهو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاته قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسيته وقت الوفاة.

- استحدث المشرع الجزائري نصا خاصا بالتبني يخاطب الأجانب (المادة 13 مكرر 1 ق.م) يقر بسريان قانون جنسية كل من المتبني والمتبني وقت إجراء التبني، ويسري على آثاره قانون جنسية المتبني، لكن لم يبين موقفه في حالة اختلاف جنسيتهما عكس المشرع التونسي الذي أجاز التبني وأخذ بمبدأ التطبيق الموزع للقانونين إلا فيما يتعلق بموانع التبني التي تطبق تطبيقا جامعا.

- الأصل أنه لا أثر للزواج المختلط على جنسية الزوجين بقوة القانون، غير أنه يحق لأحدهما اكتساب جنسية زوجه بشروط ميسرة، فمن خلال تعديل المشرع الجزائري لقانون الجنسية استحدث طريقا جديدا لاكتسابها وهو "الزواج المختلط"، واستثناء من الأصل فإن زواج الوطنية من أجنبي يؤثر على جنسيتها بالفقد إذا ذهبت إرادتها للتخلي عن جنسيتها بسبب الدخول في جنسية زوجها وقد صدر مرسوم يأذن بذلك.

- اتجه التشريع الجزائري بعد تعديله قانون الجنسية إلى إعمال مبدأ المساواة بين الأب والأم في نقل الجنسية الأصلية للأولاد، بعدما كان ينص على حق الدم من جهة الأب فقط، فبغض النظر عن كون الولد شرعيا أم غير شرعي فإنه يتمتع بجنسية أمه الجزائرية على أساس حق الدم، وذلك بغض النظر عن إقليم ولادته داخل الجزائر أو خارجها.

- إذا ثبت للقاضي مخالفة القانون الأجنبي المختص لمقتضيات النظام العام الجزائري وقت الفصل في النزاع أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون استبعده وعمل بالقانون الجزائري محله تطبيقا لنص م 24 من ق.م.ج، غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري في هذا أنه لم يحدد المقصود بالنظام العام وترك الأمر لاجتهاد القضاء، وهو ما أهدر حقوق الأفراد بسبب تعسف بعض القضاة في استبعاد القانون الواجب التطبيق بحجة مخالفته للنظام العام بالرغم من رقابة المحكمة العليا.

- يعد الزواج المختلط من أكثر القضايا إثارة لتنازع القوانين وتدخل النظام العام لاختلافه من دولة إلى أخرى، فتعدد الزوجات مثلا أمر يتعارض مع النظام العام الفرنسي والتونسي بل يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون رغم جوازه في القانون الجزائري، في حين أن إثبات زواج المسلمة بغير المسلم كمثال آخر يعتبر من أسباب الدفع بالنظام العام حسب منظور المشرع الجزائري، بخلاف التشريع الفرنسي والتونسي، لذا وجدت الكثير من الجزائريات ضالتهن في إبرام عقود زواجهن مع غير المسلمين.

- يعتبر إثبات زواج مختلط بين مثليين من الجرائم الأخلاقية الماسة بالنظام العام حسب القانون الجزائري، غير أن الحكم في هذه المسألة سيختلف إذا عرض النزاع أمام القضاء الفرنسي، الذي يجيزه قانونه ويمنح للزوجين من نفس الجنس نفس الحقوق الممنوحة للزوجين من جنس مختلف.

- أخضع المشرع الجزائري جميع طرق فك الرابطة الزوجية المختلطة في جانبها الموضوعي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إعمالاً لنص المادة 2/12 من ق.م، أما الجانب الشكلي فيسري عليه قانون القاضي تطبيقاً لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني.
- إن اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج فيما يخص آثار الزواج المختلط وانحلاله عرضه للانتقاد لعدم مساواته بين الرجل والمرأة في اختيار ضابط الإسناد.
- حاول المشرع الجزائري تفادي الثغرات القانونية باستحداثه للانفصال الجسماني بالرغم من أنه يتنافى مع النظام العام الجزائري، لكن اتضح أنه يسري فقط على الأجانب الذين يدينون بغير الدين الإسلامي، رغبة منه في توفير الحماية القانونية اللازمة للعلاقات الدولية الخاصة.
- لم يخصص المشرع الجزائري ضابط إسناد يحكم الآثار الشخصية والمالية المترتبة عن انحلال الزواج المختلط، مما يتعين إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلاله، مع الإشارة إلى أنه لا تدخل في مجال تطبيق هذا القانون الآثار التي تتصل بحالة الزوج أو الزوجة كل على حدى كالعدة مثلاً، حيث تخضع للقانون الشخصي للمعتدة، كذلك مسألة النفقة الوقتية التي تعد من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.
- تعاني الجالية الجزائرية بفرنسا بسبب قواعد التنازع الخاصة بانحلال الزواج المختلط، ذلك أن المشرع الفرنسي يخضع كل المقيمين في فرنسا للقانون الفرنسي؛ فالزوج الجزائري ليس بإمكانه إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وهو الأمر الذي من شأنه التعارض مع حرية الفرد ومبادئه الدينية.
- يتدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل انحلال الرابطة الزوجية إذا كان يمنع الطلاق ويعتبره رابطة مؤبدة لا تتحل إلا بالوفاة، أو لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج المسلم مثلما هو الحال في تونس وفرنسا. أو لا يعترف بالعدة أو يحرم المرأة من حقها في النفقة أو التعويض. كما يستبعد القانون الأجنبي الذي يحكم بالطلاق بمجرد تغيير الزوج لديانته بأن اعتنق الإسلام دينا له بينما ظلت زوجته كتابية، كذلك إذا كان لا يبيح إنهاء رابطة الزوجية بسبب دخول الزوجة في الإسلام إذا ظل زوجها على كفره.
- إذا كان الحكم أو القرار الأجنبي يقضي بحرمان المطلقة من حقوقها المالية بعد الطلاق، أو كان يمنحها حق إعادة الزواج دون انقضاء مدة العدة بعد الطلاق، فلا يمكن للقاضي تذييله بالصيغة

التنفيذية لمخالفته لمقتضيات النظام العام.

- لم يبين المشرع الجزائري موقفه من التكييف القانوني للفقد، ولم يدرج ضابط إسناد يحكم الموت الحكمي بسبب الفقد في المادة 15 من القانون المدني التي نص فيها على الغيبة؛ بالرغم من أن تحقق واقعة وفاة أحد الزوجين من عدمه قد تكون موضوع النزاع، وقد تكون شرطا لقيام النزاع في قضايا معينة منها الميراث والوصية أو إنهاء الرابطة الزوجية حكما.

- تتدخل مقتضيات النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي بشأن الموت الحكمي لأحد الزوجين إذا كان يجيز الموت الرحيم المعروف في بعض البلدان الغربية كالتشريع الهولندي، ويستبعد القاضي الجزائري كذلك القرار الأجنبي الذي يفضي بتقسيم تركة أحد الزوجين المحكوم عليه بالقتل الرحيم.

- تعد كل من مسألة الميراث والوصية في الزواج المختلط ميدانا خصبا لتنازع القوانين، وتكمن الصعوبة بداية بمشكلة التكييف كونهما يقعان بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، غير أن المشرع الجزائري صنفهما من الأحوال الشخصية وأخضعهما لقانون جنسية المتوفي، غير أن ما يعاب على مشرعنا بهذا الشأن أنه لم يبين موقفه من حالات الزواج المختلط التي يكون فيها اختلاف الدين أمرا واردا، إذ يجوز الإيصال بين الزوجين في حدود الثلث دون إجازة الورثة إذا امتنع التوارث بينهما لاختلاف الدين، وعليه فهذه المسألة لا تخالف النظام العام الجزائري.

- تتدخل مقتضيات النظام العام في مسألتى الميراث والوصية بشكل جلي إذا اختلف الزوجان في الديانة، فمن التشريعات من لا يجيز التوارث أو الإيصال بين الزوجين إذا اختلفا في الدين، وأخرى تمنعه إذا اختلفت الجنسية، وأخرى تساوي بين الرجل والمرأة في الميراث مثل القانون الفرنسي، كما يدفع القاضي بالنظام العام إذا كانت الزوجية غير شرعية كزواج المثليين السائد في فرنسا، أو زواج المتعة، أو الزواج بالمحارم، وعلى العموم فالقانون الجزائري هو المعيار في تحديد نوع العلاقة القائمة إذا كانت زواجا صحيحا أم لا.

- أغفل المشرع الجزائري تكييف الحضانة وتخصيص ضابط إسناد يحكمها، بالرغم من أنها تعد أكثر مسألة تثير المنازعات القضائية على مستوى العلاقات الدولية الخاصة، غير أن الفقه والقضاء ألحقها بالقانون الذي يحكم انحلال الزواج واعتبرها من آثاره، لذا تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

- رغم إيجابيات تطبيق قانون جنسية الزوج على الحضانة، لكن الأب بإمكانه التحايل وتغيير جنسيته حسب القانون الذي يخدم مصالحه للتهرب من النفقة أو كسب الحضانة، وقد يكون لهذا التحايل مضار على الأطفال أو الأم المطلقة.

- من خلال استقراءنا للعديد من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بشأن منازعات الحضانة، استنتجنا أن القضاء الجزائري راعى في أحكامه مسألة الانتماء أكثر من مراعاته لمصلحة المحضون، ذلك أنه منح الحضانة لأم مقيمة بالجزائر مع أنها غير مسلمة، في حين أسقطها عن الأم المقيمة في بلد أجنبي خوفا من تربيته على غير دين أبيه مع أنها مسلمة. ومنه فإن مخالفة النظام العام في نظر قضاة الموضوع بصفتهم أصحاب السلطة التقديرية في مسائل الحضانة، تكمن في الإقامة بالمحضون في بلد أجنبي، وهو المعيار الذي يؤسسون عليه أحكامهم، وليس تربية المحضون على غير دين أبيه.

- حاول التشريع الجزائري إيجاد حلول لفض المنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة بإبرام اتفاقية جزائرية فرنسية، كون الزواج الجزائري الفرنسي يعتبر الأكثر تجسيدا للزيجات المختلطة، غير أن هذه الاتفاقية لم تحقق الأهداف المرجوة من الناحية العملية، إذ تثير عدة إشكالات خاصة فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الذي غالبا ما يمنح للقضاء الفرنسي على أساس مسكن الزوجية المشتركة، وعليه يتضح أن المشرع الفرنسي أدرج في الاتفاقية ضمنا أحكام قانونه الوضعي، وهو ما أدى إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزائر لتعارضه مع النظام العام.

- أورد المشرع الجزائري في المادة 13 من ق م ج استثناء عن القاعدة المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 منه يقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، غير أن ما خلصنا إليه أن هذا الاستثناء ومسألة إعمال النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي يقومان بنفس الدور؛ المتمثل في حماية الطرف الوطني وكذا المبادئ الأساسية لنظام الدولة.

- أخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى، بينما رفض الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية وبالتالي استبدل القانون الواجب تطبيقه بقانونه الوطني، وهو ما عرضه للنقد، فمن غير المعقول تطبيق القانون الجزائري المبنية أحكامه على الشريعة الإسلامية على أشخاص يدينون بديانة أخرى.

- أخيرا نقول أنه وعلى الرغم من وجود قاعدة إسناد يرتكز عليها القاضي لحل مشكلة تنازع القوانين في الزواج المختلط، إلا أنه يواجه الكثير من العراقيل التي تحول دون تطبيق القانون المختص. كأن يكون الشخص منعدم الجنسية أو له جنسيات عديدة، أو يثبت الاختصاص لقانونه بالتحايل، أو يتصادم مع مقتضيات النظام العام، أو يسند النزاع لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع سواء كان تعددا إقليميا أو طائفيا، كما قد يواجه القاضي صعوبة في تفسير أو إثبات القانون الأجنبي، وعليه أسند المشرع الاختصاص للقانون الوطني (م 23 مكرر ق.م.ج).

ثانيا - التوصيات:

- ما يعترى الزواج المختلط من عقلانية واجتهاد يحتاج إلى ضبط قانوني يحتكم إليه القاضي ضمن قواعد محددة ومضبوطة بدل الاجتهاد الذي كثيرا ما يؤدي إلى سلبيات وآثار غير مرجوة ولا كافية في حل مسائل الزواج المختلط من حيث الانعقاد والانحلال وضمان حقوق أطرافها.

- إن مسألة توحيد قواعد التنازع في مسائل الأحوال الشخصية ليست بالأمر السهل بسبب اختلاف مرجعيات الدول في سن قوانين أحوالها الشخصية، لذا يجب إبرام اتفاقيات التعاون القضائي الثنائية والجماعية للتقليل من مشكلات تنازع القوانين.

- تخصيص محاكم افتراضية لحكم مسائل الأحوال الشخصية في العلاقات الدولية الخاصة، وهي ضرورة حتمية أكدتها أوضاع جائحة كوفيد 19 كمثال عن حاجة العالم إلى المحاكم الافتراضية بصفة عامة والمختصة بمسائل الزواج المختلط بصفة خاصة، حيث يمكن لهذا الحل أن يوفر الكثير من التسهيلات على الأشخاص من بينها مشاق السفر والمتطلبات المادية والمصاريف القضائية.

- إن عدم كفاية القواعد القانونية المكرّسة من طرف المشرع الجزائري وغموضها، أدت إلى ظهور صعوبات تعترض هذا النوع من الزيجات في إثبات زواجهم أمام المحاكم الجزائرية، لذلك نقترح الاقتداء بموقف المشرع الفرنسي في إعطاء حجية لعقد الزواج المختلط المحرّر من طرف السلطات الأجنبية، حيث اشترط قيده في سجل الحالة المدنية الفرنسي من البداية.

- نوصي بضرورة اتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على مستقبل الأسرة الجزائرية بشأن الزيجات المختلطة بين المرأة الوطنية والأجنبي التي قد تصيب المجتمع بالخلل على المدى البعيد، خاصة

مع تعذر فرض الرقابة الكافية على اعتناق الدين الإسلامي بالنسبة للزوج الأجنبي الذي يكون في غالب الأحيان شكلي فقط. وعليه يجب تكريس نص قانوني عقابي لردع المرأة الجزائرية في حال زواجها من شخص لا يدين بالدين الإسلامي.

- يجدر بالمشروع الجزائري تحديد التكييف القانوني لكل مسألة من مسائل الزواج المختلط حتى يسهل على القاضي إيجاد القانون الذي يحكمها، بالإضافة إلى ضرورة حصر وتحديد المسائل المخالفة للنظام العام ومنح القاضي سلطة تقديرية محدودة للحد من التعسف في استبعاد القانون الأجنبي حماية لحقوق الأفراد.

- إن رحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق والتطبيق الفعلي له لا يكون مجديا ما لم تنفذ الأحكام القضائية الصادرة بشأن مسأله، لذلك نقتراح إبرام اتفاقية جماعية مفادها التزام الدول الأطراف بإمهار الأحكام القضائية المتعلقة بالزواج المختلط وانحلاله بالصيغة التنفيذية في حدود ما يسمح به القانون.

- كان الأحرى بالمشروع الجزائري تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين بشأن آثار الزواج، وإن اختلفا في الجنسية فتطبيق قانون الموطن المشترك بوصفه قانونا محايدا؛ لأن في أعمال قانون جنسية الزوج مضرة بالزوجة، أو على الأقل تحويل وقت انعقاد الزواج إلى وقت التقاضي، وعلى هذا الأساس نقتراح على المشروع الجزائري تعديل نص المادة 12 من القانون المدني الجزائري لتصبح على النحو الآتي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وقت التقاضي على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج".

- وجوب إعادة النظر في نص المادة 13 مكرر، وتكريس حل في الحالة التي تتغير فيها جنسية الأب عند إثبات نسب عدة أولاد، إذ لا يعقل أن يخضع إثبات نسب طفلين لقانونين مختلفين، لذا كان الأحرى بالمشروع الجزائري الإبقاء على ضابط الإسناد الذي يحكم آثار الزواج، كونه ثابت لا يتغير، ولم ينص على خضوع النسب للاستثناء الوارد في المادة 13 ق.م.ج، بالإضافة إلى أنه أهمل إدراج ضابط إسناد يحكم البنية غير الشرعية، لذا نقتراح تطبيق قانون جنسية الأم بشأنها لأن الطفل يثبت نسبه لها في كل الأحوال، وهو ما يحقق المصلحة والحماية له، وفي نفس الوقت لا يمس بالنظام العام. أما في حالة ما إذا كانت جنسية الأم مجهولة فنفضل تطبيق قانون القاضي لذات الأسباب المذكورة، وعليه نقتراح إعادة صياغة المادة 13 مكرر كالتالي: "يسري على النسب

الشرعي وآثاره، قانون جنسية الأب وقت الزواج، ويسري على النسب الغير شرعي قانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل. يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها إذا كان أحد الوالدين جزائرياً".

- كان الأجدر بالمشروع الجزائري بيان ما إذا كانت الأنظمة المالية للزواج تندرج ضمن آثاره وتسري عليها أحكام المادة 12 ق.م.ج، لذلك نقترح الاقتداء موقف المشرع التونسي الذي نص صراحة على مصطلح النظام المالي للزوجين من خلال الفصل 48 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، وأخضعه لعدة ضوابط إسناد. وعليه نرشح تعديل نص المادة 12 ق.م.ج على هذا النحو التالي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج بما فيها النظام المالي للزوجين التشريعي والاتفاقي الذي يختاره الزوجان".

- يتعين على المشرع الجزائري التفريق بين الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يقع بمجرد إعلان الإرادة وباقي صور انحلال الزواج التي تتوقف على رفع دعوى أمام القضاء على غرار ما ذهب إليه التشريع المصري الذي أخضع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لقانون جنسيته وقت إيقاعه للطلاق.

- لم ينص المشرع الجزائري على القانون الواجب التطبيق على البطلان والفسخ، لذلك نقترح أن تخضع للقانون الذي يحكم انعقاد الزواج، ذلك أن أسباب بطلان الزواج أو فسخه ترجع عادة إلى تخلف ركن أو شرط من شروط انعقاده وصحته؛ وهي أمور يلزم توافرها طبقاً للقانون الذي يحكم الانعقاد.

- كان من الأفضل أن يأتي نص المادة 2/12 خالياً من أي تحديد لوقت الاعتراف بالجنسية الوطنية للزوج ليكون أكثر مرونة، حيث يمنح للقاضي حرية الاختيار بما يتناسب مع كل مسألة تخص انقضاء الزواج، أو على الأقل إسناد انحلال الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج وقت الزواج وليس وقت رفع الدعوى بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين، والأكثر تحقيقاً للعدالة ولا يمس المركز القانوني للزوج الآخر. ونعتقد أن الحل الأمثل والملائم الذي يفضل تبنيه من طرف المشرع الجزائري لتفادي كل الانتقادات التي وجهت إليه هو نص الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، لأنه يحفظ المساواة بين الزوجين، بالإضافة إلى تكريسه لضوابط أصلية وأخرى احتياطية.

- كان الأحرى بالمشعر الجزائري تكيف مسألة الحضانة وتخصيص ضابط إسناد يحكمها، على أن تكون ضوابط أصلية وضوابط احتياطية يختار القاضي من خلالها القانون الأصلح لحماية الطفل عملاً بمبدأ المصلحة الفضلى للمحضون المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري على غرار ما ذهب إليه المشعر التونسي، لذلك نقترح صياغة مادة قانونية جديدة تكون كالتالي: "يختار القاضي القانون الأصلح للطفل في مسألة إسناد الحضانة وترتيب مستحقيها وحق الزيارة وأجرة الحضانة وسقوطها وانتهائها أحد القوانين التالية: القانون الذي ينتمي إليه الطفل بجنسيته- القانون الذي ينتمي إليه الطفل بموطنه- القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية- القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع. مع مراعاة عدم مخالفة أحد ضوابط الإسناد المذكورة سابقاً لمقتضيات النظام العام والآداب العامة في الجزائر".

- إعادة مراجعة بنود الاتفاقية الجزائرية الفرنسية وتعديلها بما يتماشى مع المنازعات الدولية الحديثة لسد النقائص التي تشوبها بالتركيز على مصلحة المحضون من جهة وأصحاب الحق في الحضانة والزيارة من جهة أخرى.

- نقترح وضع ضوابط إسناد احتياطية تحكم مسألتي الميراث والوصية في العلاقات الدولية الخاصة، نظراً للصعوبات التي تواجه القاضي حين فصله في المنازعات المتعلقة بهذا الخصوص كقانون الموطن، أو قانون الدولة التي ترك الهالك فيها أملاكاً مثلما فعل المشعر التونسي في الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

- كاقترح أخير فإن قواعد التنازع في الزواج المختلط أمر خطير كونها تمس عدة اعتبارات من بينها حقوق الأفراد من جهة والدين الإسلامي الذي يعد روح النظام العام من جهة أخرى، وعليه ينبغي على المشعر الجزائري إبداء اهتمام أكثر بمسائله من خلال صياغة قانون يحكم العلاقات الدولية الخاصة تفصيلاً وإجمالاً أسوة بالتشريع التونسي.

A decorative rectangular border with intricate floral and scrollwork patterns in each corner, framing the central text.

قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أولاً: قائمة المصادر

▪ باللغة العربية:

I. كتب الحديث:

1. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2003.
2. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، سنن ابن ماجه، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية.
3. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، ط1، مكتبة الصفاء، القاهرة، 2003.
4. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دط، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1998.
5. الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد 2، ج3، دار صادر، مصر، دت.
6. أبو داوود سليمان بن الأشعث الجستستاني الأزدي، سنن أبي داوود، ج 2، دط، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دت.
7. سليمان الجستستاني، سنن أبي داوود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1971.
8. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة، دت.
9. محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج9، ط1، عالم الكتب للطباعة والنشر، السعودية، دت.

II. كتب التفسير:

1. الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان دودي، ط4، دار القلم، دمشق، 2009.
2. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ط1، دار الإمام مالك، باب الوادي، الجزائر، 2009.
3. محمد بن يوسف بن حيان، تفسير البحر المحيط، تحقيق عادل أحمد علي معوض، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، دت.
4. محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، دط، دار التونسية للنشر، 2007.
5. إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، ج4، ط1، دار طيبة للنشر، 1997.
6. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج2، ط11، المكتبة التوفيقية دار الصابوني، 2013.
7. نخبة من العلماء، التفسير الميسر، ط2، دار العالمية للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2010.

III. كتب الفقه:

1. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دط، 1989.
2. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 2002.
3. صالح بن إبراهيم البليهي، عقيدة المسلمين والرد على الملحدين والمبتدعين، ط2، المطابع الأهلية، الرياض، 1993.
4. محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة، الزواج، ط1، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، دت.
5. محمد بن عثيمين، شرح العقيدة الواسطية لشيخ الإسلام بن تيمية، المجلد1، ط6، دار بن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 2000.
6. نخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، ط1، مجمع الملك فهد، المملكة العربية السعودية، 2009.

7. يحيى بن كثير الليثي، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد صديق العطار، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2007.
8. الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الفكر للطباعة والنشر، ج5، ط2، 1983.
9. الإمام سحنون بن سعيد التتوخي، عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك، ط1، مطبعة السعادة، 1323هـ.

IV. كتب اللغة:

1. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق أمين عبد الوهاب والصادق لعبيدي، ط1، دار إحياء التراث، بيروت، 1999.
2. أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، ج8، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، 1995.
3. أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، ط1، دار الفكر، سوريا، 2007.
4. أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة، دت.
5. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج6، دط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1989.
6. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2008.
7. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح (تاج اللغة العربية وصحاح العربية)، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ج4، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، دت.
8. محمد بن يوسف بن حيان، تفسير البحر المحيط، تحقيق عادل أحمد علي معوض، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، دت.
9. أبو الطاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، ط1، لبنان، 2004.

V. الاتفاقيات الدولية:

1. الاتفاقية القضائية بين الرياض وفرنسا متعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بموجب الأمر 65-149 المؤرخ في 29 يوليو 1965.

2. اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 1983/04/06، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 47/01 المؤرخ في 2001/01/11، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2001.
3. إتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1978 بين دول السوق الأوروبية المشتركة والمتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية .
4. الإتفاقية القضائية بين الجزائر ومصر، الموقع عليها يوم 29-02-1964، المصادق عليها بالأمر رقم 65-195، المؤرخ في 29-07-1965، الجريدة الرسمية رقم 68.
5. الإتفاقية القضائية بين الجزائر وتونس، الموقع عليها يوم 26/07/1963، المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 63/450، المؤرخ في 14/11/1963، الجريدة الرسمية رقم 87.
6. إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 22 جانفي 1996 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96/51 المؤرخ في 2 رمضان 1416هـ/الموافق ل 22 جانفي 1996 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 6 بتاريخ 24 جانفي 1996.
7. اتفاقية المرأة السياسية 1952، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 640 (د-7) المؤرخ في 20 كانون الأول/ديسمبر 1952 تاريخ بدء النفاذ: 7 تموز/يوليو 1954.
8. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976.
9. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان بتاريخ 27 يونيو 1981 في كينيا بمناسبة الدورة الثامنة عشر لمنظمة الوحدة الأفريقية. دخل الميثاق حيز التنفيذ في 21 أكتوبر 1986 .
10. الميثاق العربي لحقوق الإنسان 1954...الخ. الميثاق العربي لحقوق الإنسان اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية 5427 المؤرخ في 15 سبتمبر 1997.
11. اتفاقية لاهاي المبرمة في 25 أكتوبر 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 ديسمبر 1983 المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال.

12. الاتفاقية القضائية بين الجزائر والمغرب المنعقدة 15 مارس 1963 والمصادق عليها بأمر رقم 68 69 بتاريخ 2 سبتمبر 1969. المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بأفران يوم 15 يناير 1969، ج ر 77.
13. اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرار رقم: 1040 (د-11)، والمؤرخ في 29 يناير 1957. ودخلت حيز التنفيذ في 11 أغسطس 1958.
14. اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الأمم المتحدة بقرار الجمعية العامة، رقم 44/ 25 بتاريخ 20 11/ 1989، دخلت حيز التنفيذ اعتباراً من 02/06/1990.
15. الاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بالأطفال وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة الموقعة في لوكسمبورغ بتاريخ 20 ماي 1980.
16. الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988، المصادق عليها بالمرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988، الجريدة الرسمية عدد 30، 1988.
17. اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدة بتاريخ 14 مارس 1978، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداءً من 01 سبتمبر 1992.
18. اتفاقية لاهاي المؤرخة 23 نوفمبر 2007 بشأن القانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة الناشئة عن العلاقات الأسرية أو النسب أو الزواج.
19. اتفاقية لاهاي المتعلقة بخفض حالات انعدام الجنسية المنعقدة في 1961 التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1975.
20. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 بباريس اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217000 (د-3)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.
21. الاتفاقية المغيرة بموجبها مقتضيات الاتفاقية القضائية المبرمة بين المغرب وفرنسا والنصين الملحقين بها والبروتوكول المتعلق بالمهن القضائية الحرة والأعمال ذات الصبغة القانونية الموقع عليها بالرباط يوم 20 مايو 1965 والمذكرات المتبادلة بتاريخ 23 دجنبر 1968 و 8 أبريل 1969 بشأن تأويل بعض مقتضيات البروتوكول المذكور والرسائل المتبادلة بتاريخ

- 16 نونبر 1970 و 4 يناير 1971 بشأن تطبيق الفصل 34 من الجزء الثالث باتفاقية التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة يوم 5 أكتوبر 1957. الجريدة الرسمية عدد 3060 الصادرة في 23 يونيو 1971، ص 1347، ظهير شريف رقم 1.71.015 بتاريخ 22 ربيع الثاني 1391 (16 يونيو 1971).
22. الاتفاقية بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي، الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981، ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 11 من ربيع الأول 1407 (14 نوفمبر 1986)، الجريدة الرسمية، عدد 3910 الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 1987.
23. الاتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد، ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 26 من محرم 1420 (13 ماي 1999) ، الجريدة الرسمية رقم 4700 الصادرة يوم الخميس 17 يونيو 1999 .
24. اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة في 2 صفر 1419 (27 ماي 1998) بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، ظهير شريف رقم 1.99.9 صادر في 10 ربيع الأول 1420 (24 يونيو 1999)، ج.ر. عدد 4718، بتاريخ 10 ربيع الأول 1420 الموافق ل 19 غشت 1999.
25. الاتفاقية الفرنسية التونسية الصادرة في 18 مارس 1982 المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة.

VI. النصوص القانونية الوطنية:

▪ النصوص التشريعية:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 69-438 المؤرخ في 07/12/1996، ج.ر. عدد 76 لسنة 1996، المعدل بموجب القانون 03/02 المؤرخ في 2002، ج.ر. رقم 25، القانون رقم 19/08 المؤرخ في 2008، ج.ر. رقم 63، القانون رقم 01/16 المؤرخ في 2016، ج.ر. رقم 14.

2. الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، العدد 15، الصادرة في فبراير 2005.
3. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادرة في سبتمبر 1995، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر، العدد 31، الصادرة في مايو 2007.
4. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008م.
5. القانون رقم 15/12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015 يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، العدد 39.
6. الأمر 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المعدل والمتمم بالقانون 14/08 المؤرخ في 20 غشت 2014، ج ر عدد 2014/49، المتعلق بالحالة المدنية.
7. الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم : 02/05 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية 15، 2005.
8. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري. المعدل والمتمم إلى غاية قانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 .
9. الأمر رقم 66/211 المؤرخ في 21.07.1966 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر
10. القانون رقم 08/11 المؤرخ في 25/06/2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.
 - النصوص التنظيمية:
 - المراسيم التنفيذية:
1. المرسوم التنفيذي رقم 156.2000 المؤرخ في 28.06.2000 المتضمن الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية التي تنص على انه من صلاحياتها إصدار شهادات إثبات الإسلام وكذا اعتناق

الإسلام. ونظمت هذه الشهادة بموجب القرار الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف رقم 580 المؤرخ في 16.09.2014 الذي يحدد شروط وكيفيات إصدار شهادة إثبات الإسلام وشهادة اعتناق الإسلام.

- المراسيم الرئاسية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 26/11/2002 المتعلق بالوظيفة القنصلية، الجريدة الرسمية عدد 79 .

2. المرسوم الرئاسي رقم 08 / 426 المؤرخ في 30 ذي الحجة 1429 الموافق ل 28 ديسمبر 2008، المتعلق برفع التحفظ عن المادتين 2 و 9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5 بتاريخ 21 جانفي 2009.

- التعليمات الوزارية:

1. التعليمات الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية تحت رقم 02 بتاريخ 11/02/1981 تم إعادة تنظيمها بتاريخ 25. 11. 2018 تحت رقم 09 تحت مسمى "تنظيم إصدار رخصة الزواج".

VII. النصوص القانونية المقارنة:

1. ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب.
2. ظهير شريف رقم 1.02.172 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.
3. القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري.
4. القانون رقم 131 الصادر بتاريخ 16 يوليو 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري.
5. القانون رقم 89 لسنة 1960م الخاص بإقامة الأجانب في مصر وتعديلاته بالقانون 88 لسنة 2005م .
6. القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية في تونس.

7. قانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27-11-1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص للجمهورية التونسية.

11. مجلة الجنسية التونسية من الأمر الصادر سنة 1956 المعدل بالمرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فبراير 1963 المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية.

12. القانون رقم 03-70 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184، بتاريخ 5 فبراير 2004 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية.

13. القانون الفرنسي رقم 16-11-630 المتضمن أحكام لتشجيع الطلاق بالتراضي خارج سلطة القضاء، الذي أطلق عليه "قانون تطوير القضاء" أو "قضاء القرن الواحد والعشرين"، صدر في العام 2016، وفي 17 نوفمبر 2016 صادق عليه المجلس الدستوري. ودخل حيز التنفيذ مطلع يناير من العام 2017 .

VIII. الاجتهادات القضائية:

▪ الوطنية:

1. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1071158، قضية ع. ف ضد ب. ن، المؤرخ في 2017/04/05.

2. قرار المحكمة العليا، ملف رقم غير موجود، بتاريخ 10/02/1971، ن ق، العدد 2، 1972.

3. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 19287، بتاريخ 16/04/1979، ن ق، العدد 2.

4. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 24770، 14/04/1982، م ق، عدد 4، 1989.

5. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 32779، بتاريخ 02/04/1984، م ق، العدد 2، 1989.

6. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 33509، صادر بتاريخ 09/07/1984، المجلة القضائية، العدد 3، 1989.

7. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 35934 المؤرخ في 25/02/1985، م ق، العدد 1، 1989.

8. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39775، بتاريخ 27/01/1986، م ق، العدد 1، 1989.

9. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 41560، بتاريخ 07/04/1986، م ق، العدد 2، 1989.

10. المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 43860، بتاريخ 29/12/1986، م ق، العدد 2.

11. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 47915، 1987/02/07، م.ق، العدد3، 1990.
12. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 515996، بتاريخ 1988/11/07، ن.ق، العدد 45.
13. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51066 مؤرخ في 1988/11/13، م.ق، عدد3.
14. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 52207 مؤرخ في 1989/01/02، م.ق، عدد4، 1990.
15. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/01/16، ملف رقم 51715، م.ق، العدد 2، 1992.
16. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 59013، بتاريخ 1990/02/19، المجلة القضائية، العدد 4، 1991.
17. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 84513، بتاريخ 1992/06/02، م.ق، العدد3، 1993.
18. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 86097، بتاريخ 1992/10/27، م.ق، 2001.
19. قرار المحكمة العليا، ملف رقم غير موجود، بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية، العدد1، 1994.
20. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 112673، بتاريخ 1995/01/31، ن.ق، عدد 49، 1996.
21. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 123051، بتاريخ 1995/07/25، م.ق، العدد1، 1996.
22. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 111048، الصادر بتاريخ 1995/11/21، ن.ق، العدد 52.
23. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 135435، بتاريخ 1996/04/23، م.ق، العدد1، 1998.
24. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 153640، بتاريخ 1997/ 2 /18، م.ق، العدد 56، 1997.
25. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 170082، بتاريخ 1998/02/17، م.ق، العدد1، 2000.
26. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 179696، بتاريخ 1998/03/17، إ.ق، عدد خاص، 2001.
27. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 189245، بتاريخ 1998/04/21، إ.ق، عدد خاص، 2001.
28. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 192665، بتاريخ 1998/07/21، إ.ق، عدد خاص، 2001.
29. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 216836، بتاريخ 1999/03/16، إ.ق، عدد خاص، 2001.

30. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 258479، بتاريخ 2001/1/23، م ق، عدد 2، 2001.
31. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 254709، بتاريخ 2001/03/28، م ق، العدد 1، 2002.
32. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 244899، بتاريخ 2001/06/20، م ق، العدد 1، 2003.
33. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 277411، بتاريخ 2002/03/13، م.م.ع، العدد 2، 2004.
34. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 296020 المؤرخ في 2002/12/25، م ق، 2004.
35. قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 330566، بتاريخ 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2005.
36. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 334543، بتاريخ 2005/10/12، م.م.ع، العدد 62، 2008.
37. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 368660، بتاريخ 2006/07/12، م م ع، العدد 2، 2006.
38. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 390091، 2007/04/11، م.م.ع، العدد 1، 2008.
39. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 398948، بتاريخ 2007/11/14، م م ع، العدد 1، 2011.
40. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 40233 مؤرخ في 2008/03/12 مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2008.
41. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ، ملف رقم 466390، 2008/11/12، م.م.ع، 2008، العدد 2.
42. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 605592، بتاريخ 2009/10/15، م م ع، العدد 1، 2010.
43. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 613469، بتاريخ، 2011/03/10، م م ع، العدد 1، 2012.
44. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 613481، بتاريخ 2011/03/10، م م ع، العدد 1، 2012.
45. قرار المحكمة العليا، الملف رقم 0942668 بتاريخ 2016/02/03، العدد 1، الجزائر.
46. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1005800، بتاريخ 2016/7/13، العدد 2.
47. المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 1007595 صادر بتاريخ 2016/10/05، غير منشور.
48. قرار المحكمة العليا، الملف رقم 1028971، بتاريخ 2016/12/07، العدد 2، الجزائر.
49. قرار المحكمة العليا، الملف رقم 1247444، بتاريخ 2018/11/07.

50. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 1007595، صادر بتاريخ 2016/10/05.
51. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، الملف رقم 63219، الصادر بتاريخ 1990/10/17.
52. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 246924، الصادر بتاريخ 2000-11-21، م ق، العدد 2، 2001.
53. قرار المجلس الأعلى، قضية ف.م ضد ص.ع، صادر بتاريخ 1989/01/02، م ق، العدد 4، 1990.

▪ العربية:

1. محكمة القاهرة الابتدائية،، حكم رقم 78، بتاريخ 13 يناير 1953، مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد 16.
2. حكم صادر عن محكمة التعقيب التونسية، 19 أكتوبر 1985، نشرية محكمة التعقيب، 1985، جزء 2.
3. حكم صادر عن محكمة القاهرة الابتدائية، ملف رقم 89، بتاريخ 2 فبراير 1954، مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد 19.
4. حكم صادر عن محكمة جنوب القاهرة الابتدائية، أحوال شخصية أجنبي، القضية رقم 5 1976 في 1 يونيو 1976.

▪ باللغة الأجنبية:

I. Conventions :

1. CONVENTION DE LA HAYE Concernant La Compétence Des Autorités Et La Loi Applicable En Matière De Protection Des Mineurs (Conclue le 5 octobre 1961).
2. la *Convention de La Haye du 25 Octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* est entrée en vigueur Le 1er décembre 1983.
3. Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

4. Le règlement européen n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 (dit Rome III) entré en vigueur au 30 décembre 2010 s'applique depuis le 21 juin 2012. mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

II. Lois :

1. Loi n°2004-439 du 26 mai 2004, relative au divorce ,(JORF), 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005 .
2. Loi 75-617 1975-07-11, portant réforme du divorce , (JORF)12 juillet 1975 en vigueur le 1er janvier 1976 .
3. Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006(JORF) 15 novembre 2006 en vigueur le 1er mars 2007. Décret n°2007-773 du 10 mai 2007 pris pour l'application de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil.
4. Loi n°2006-399 du 4 avril 2006(JORF),en vigueur 5 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.
5. Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux (JORF)14 juillet 1965 en vigueur le 1er février 1966.
6. Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 . (JORF) 12 juillet 1966 en vigueur le 1er novembre 1966. . Décision n° 2019-826 QPC du 7 février 2020
7. Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale (JORF) 5 juin 1970 en vigueur le 1er janvier 1971 .
8. Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 (JORF) 5 janvier 1972 en vigueur le 1er août 1970 relative à l'autorité parentale1972.
9. Loi n°77-1447 du 28 décembre 1977 portant réforme du titre IV du livre Ier du code civil : des absents(JORF) 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978.
- 10.Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 (JORF) 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986 . Ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire.
- 11.Loi n°93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité (JORF) en vigueur le 23 juillet 1993.
- 12.Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 Décision n° 2019-826 QPC du 7 février 2020(JORF) en vigueur le 6 juillet 1996) .

13. Loi n°97-987 du 28 octobre 1997 (JORF) en vigueur le 29 octobre 1997.
Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire.

III. Ordonnances :

1. Ordonnance 58-779 1958-08-23 (JORF) 30 août 1958 .
2. Ordonnance n° 45/2447 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française
3. Ordonnance n°2005-428 du 6 mai 2005 (JORF) 7 mai 2005.
4. Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 (JORF) 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006.
5. Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 (JORF) 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006.
6. Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 (JORF) 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006 .

IV. Arrêts de la cour de cassation :

1. Cour administrative d'appel de Lyon, 6ème chambre, 25 août 2020 / n° 20LY00547.
2. Cour administrative d'appel de Versailles , 2ème Chambre, 9 juillet 2020 / n° 19VE02222.
3. Cour administrative d'appel de Versailles, 1ère chambre, 19 mai 2020 / n° 19VE02428.
4. Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 1 décembre 2011, n° 10-27.864.
5. Cour de cassation - Première chambre civile, 30 septembre 2020 / n° 19-14.036.
6. Cour de cassation (Ch. civ.) , 18 mars 1878 (S. 1878. 1. 193).
7. Cour de cassation , Première chambre civile 9 novembre 1993 / n° 91-19.310.
8. Cour administrative d'appel de Douai, 1ère chambre 15 septembre 2020 / n° 19DA02653.
9. Cour de cassation, Première chambre civile, 18 mars 2020, n° 18-15.368

ثانيا: قائمة المراجع

▪ باللغة العربية:

I. الكتب:

1. إبراهيم النعمة، الإسلام وتعدد الزوجات، ط2، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 1984.
2. إبراهيم بن تيجان جكيبي، الزواج المثلي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، دط، أوقاف مركز باحثات لدراسات المرأة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1437هـ. كتاب إلكتروني: [/https://bahethat.com/product/22673](https://bahethat.com/product/22673)
3. إبراهيم علواني، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، دط، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009.
4. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2006.
5. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
6. أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد (الزواج والطلاق)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
7. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق - الخلع - حقوق الأولاد - نفقة الأقارب) وفقا لأحدث التشريعات القانونية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
8. أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2009.
9. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج1 وج2، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
10. أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، ط1، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.
11. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

12. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خريصة، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 65.
13. أشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
14. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
15. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع الاختصاص القضائي الدولي: الجنسية)، د ط، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 21.
16. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ج1، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
17. أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعا وفقها وقضاء، ط 2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
18. أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأشكال الحديثة للزواج والطلاق، د ط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.
19. أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
20. أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب (دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والشرعية الإسلامية)، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010.
21. إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013.
22. باديس ذيابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012.
23. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية"، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دت.

24. برهان غليون، نظام الطائفية من الدولة إلى القبيلة، ط1، المركز الثقافي العربي، بيروت، 1995.
25. بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
26. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
27. بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، ط3، دار هومة، الجزائر، 2013.
28. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
29. بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
30. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الفجر، 2007.
31. بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
32. تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، د ط، المكتب الإسلامي، بيروت. لبنان، 1970.
33. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية)، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
34. جمال محمود الكردي، إشكاليات إنهاء رابطة الزوجية بالخلع في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
35. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
36. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
37. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط5، مكتبة لبنان، بيروت، 2008.

38. حبار محمد، القانون الدولي الخاص، د ط، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
39. حسام الدين فتحي ناصف، أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد أسرة الوطنية والأجنبي (دراسة مقارنة)، دط، شركة الإيمان للطباعة، القاهرة، 1996.
40. حسن الهداوي، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دط، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
41. خالد حسن حمد الجبالي، الزواج المختلط بين المسلمين والإسبان من الفتح الإسلامي للأندلس وحتى سقوط الخلافة (92-422)، ط3، مكتبة الآداب، القاهرة، 2009.
42. خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق (دراسة فقهية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، دط، الإسكندرية، مصر، 2012.
43. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية (دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
44. دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، الكتاب الأول، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
45. دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، دط، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.
46. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الأردن، 2010.
47. رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
48. رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
49. رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
50. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط 1، مطبعة الفسيحة، 2010.

51. زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دط، دار هومة، الجزائر، 2011.
52. زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، ط2، 2016.
53. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دط، مطبعة الفسيلى، 2008.
54. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية (تنازع القوانين)، ج1، دط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
55. سالم بن عبد الغني الزافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار ابن الحزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002.
56. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ج2، ج3، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
57. سماح شحاتة شهاب الدين، الطرق الشرعية لحل المشكلات العصرية للمرأة في تولية المرأة لمنصب القضاء والمناصب السياسية وفيما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية (الخلع، الحضانة، الذمة المالية)، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
58. صالح محمد محي الدين الكيلاني، مسائل الأحوال الشخصية بين الديانات الثلاث (اليهودية- المسيحية- الإسلام)، ط 1، دار يافا للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
59. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
60. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2004.
61. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
62. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
63. صليحة بن عاشور، نظرية الذمة بين الشريعة والقانون دفاثر السياسة والقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد 1، جانفي 2009.

64. طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013.
65. الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، ط2، 2016.
66. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط 1، مطبعة الفسييلة، 2010.
67. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، دار هومة، الجزائر، 2011.
68. عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
69. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
70. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002.
71. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار البحث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 1986.
72. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996.
73. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط3، دار هومة، الجزائر، 2018.
74. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1961.
75. عبد الفتاح تقية، الوجيز في المواريث والتركات، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011.
76. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.
77. عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد1، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2009.

78. عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، تقديم الشيخ الدكتور محمد رشيد قباني، ط1، المجلد الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2006.
79. عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
80. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
81. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2008.
82. عدنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة (دراسة تحليلية مقارنة)، دط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.
83. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، ج 2، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
84. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، ج 2، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
85. عز الدين محمد الغرياني، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية، دط، منشورات إلقاء، مالطا، 1997.
86. عطية فياض، الضوابط الشرعية لنكاح المرأة الكتابية، ط1، دار النشر للجامعات، مصر، 2002 .
87. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
88. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
89. عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.
90. عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

91. عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، ط1، دار الضياء، طنطا، المنصورة، 2007.
92. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (الجنسية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
93. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تتازع القوانين)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.
94. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011.
95. فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
96. فؤاد عبد اللطيف سرطاوي، الوجيز في الوصايا والمواريث، دط، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
97. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص (تتازع القوانين وتتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.
98. حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة (نصا وشرحا)، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
99. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية)، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001.
100. محمد أحمد عابدين، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين مع أحكام محكمة النقض وآراء الفقه، دط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1984.
101. محمد الصائغ، الزواج المثلي مفسدة نفسية وأخلاقية، ط1، مؤسّسة البلاغ للطباعة، لبنان، 2010.
102. محمد الصدر، الطائفية في نظر الإسلام، ج5، ط1، دار مكتبة البصائر، بيروت، دت.
103. محمد باوني، عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)، ط1، منشورات مكتبة اقرأ، قسنطينة، الجزائر، 2009.

104. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019.
105. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط1، دار الخلدونية.
106. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
107. محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزوجين، ط2، دار العواصم للنشر، الجزائر، 2014.
108. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
109. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
110. محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
111. مسعود الهاللي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
112. مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، ط1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
113. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
114. مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، د ط، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1988.
115. مصطفى محمد مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقہ الإسلامي، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

116. ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي-تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2005.
117. منصور حاتم الفتلاوي، نظرية الذمة المالية (دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
118. منصور نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
119. ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، د ط، دار هومة، الجزائر، 2013.
120. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
121. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج طبقاً لقواعد التنظيم الأوروبي رقم 1259 لسنة 2010، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
122. نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
123. نسرين شريقي، كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
124. نسيمه جلاخ، الحماية الدولية لحقوق المرأة في المواثيق الدولية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
125. نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، د ط، المكتبة التوفيقية، مصر، 1995.
126. نصري أنطوان دياب وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009.
127. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.
128. هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دولياً بنظرها، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

129. هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
130. هشام صادق، دروس في القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، دط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
131. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين_ الاختصاص القضائي الدولي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ت.
132. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج1، المجلد1، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
133. الياس ناصيف، الوصية (الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص)، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
134. ياسين رشيد عمر الزبياري، الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل (دراسة مقارنة)، ط 1، دار دجلة، عمان، الأردن، 2009.
135. يحيى أحمد زكرياء الشامي، آثار الزواج في القانون الدولي الخاص والفقہ الإسلامي (دراسة في مسائل الجنسية والميراث والنفقة)، د ط، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016.

II. الأطروحات والرسائل الجامعية:

1. إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007.
2. أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، حقوق المرأة في المواثيق الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، دت.
3. ثامر حمود هادي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2014.
4. حسام الدين فتحي عبد اللطيف ناصيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1990.
5. حسن جاد الشهاوي، قضاء الجنسية وإثباتها، دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2009.

6. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.
7. خالد بوعروس، الزواج المختلط-الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2006-2007.
8. سعادي لعلا، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
9. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
10. شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016-2017.
11. عبد الحميد محمود محمد عليو، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانونين المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2004.
12. لعطر فتيحة، الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.
13. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.
14. مريم عبد الله احمد الجوفي، القانون الواجب التطبيق على الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.
15. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2005-2006.

16. ياسر محمد عبد العزيز هنا، القانون الواجب التطبيق على انقضاء عقد الزواج، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2002.
17. ياسمين أبو العلا علي أبو العلا النمر، مدى احترام مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018.
18. يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019.
19. جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
20. خضر حامد علي، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2011.
21. زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011.
22. زلاسي بشري، الزواج المختلط (إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001.
23. سميرة عبد المعطي محمد ياسين، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2007.
24. سهام عكوش، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2009-2010.
25. شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
26. شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
27. عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2012.

28. عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند اولحاج البويرة، 2015.
29. عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006.
30. عزمي مسعود عبد الله أبو معني، أثر الزواج في اكتساب الجنسية وفقدها، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، مصر، 2005.
31. علاوة أحمد بوشوشة، أحكام الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2008.
32. عون عمار، التوافق الزوجي (دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري-عربي والزواج المختلط الجزائري-أجنبي)، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2013-2014.
33. لوي حكمت وحيد، انقضاء الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، 2010.
34. مخالفة سعاد، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
35. المستاري نور الهدى، الخلع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014.
36. مناور علي منور أبو الغنم، تنازع الجنسيات في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، قسم القانون، جامعة الدول العربية، 2003.
37. يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009.

III. المقالات العلمية:

1. إبراهيم خالد يحيى، نحو توضيح نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 2، ديسمبر 2019.
2. إبراهيم رحمانى، مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، العدد 8، جوان 2009.
3. أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 12، العدد 2، 2019.
4. أمحمدي بوزينة آمنة، اشكالات تنازع القوانين حول مسائل الميراث بين المسلم وغير المسلم (دراسة تحليلية نقدية على ضوء أحكام قواعد تنازع القوانين والاجتهاد القضائي)، مجلة مقاربات، المجلد 5، العدد 3، جامعة الجلفة، 2019.
5. أمحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 11، العدد 2، 2020.
6. بطاهر خديجة، بن شويخ صارة، التقييد الإجرائي لزواج الجزائريين والجزائريات من الأجانب في السفارات الأجنبية بالجزائر، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 12، العدد 3، جويلية 2020.
7. بلجلبل عتيقة، القتل الرحيم بين الإباحة والتجريم، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 6.
8. بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة محمد بن أحمد وهران، المجلد 3، العدد 1، 2012.
9. بلعير عبد الكريم، اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج على ضوء تعديل قانون الجنسية الجديد لسنة 2005، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، المجلد 6، العدد 1.

10. بلقاسم عقيلة، رباحي أحمد، تنازع القوانين بشأن كفالة الأطفال المهملين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 4، نوفمبر 2017.
11. بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على أعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، العدد 2، 1994.
12. بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، المجلد 45، العدد 2، 2008.
13. بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، المجلد 3، العدد 1، 2012.
14. بن هبري عبد الحكيم، النطاق الإجرائي والموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات (إشكالات الإثبات في منازعات متاع البيت في قضايا فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والممارسة القضائية أنموذجا)، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، المركز الجامعي إيليزي، عدد خاص، ماي 2018.
15. بن يحيى أبو بكر الصديق، ضامن عبد القادر، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 3.
16. بوسهوه نور الدين، المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية، مجلة أبحاث ودراسات، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 3، العدد 5، 2011.
17. بوسهوه نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكيف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدية، المجلد 1، العدد 1، 2011.
18. بوشنافة جمال، حق الطفل في الجنسية في التشريع الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 10، العدد 4، 2018.
19. بولحية سمية، إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية، المركز الجامعي بريك، المجلد 1، العدد 1، جوان 2018.

20. بومدين فاطيمة الزهرة، القتل الرحيم في المنظور الطبي والقانون الوضعي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 10.
21. بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، المجلد 1، العدد 2، 2013.
22. بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، المجلد 1، العدد 2، 2013.
23. تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 6، 2008.
24. جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11.
25. جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، 1988.
26. جبدل كريمة، الذمة المالية للزوجين لقراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، المجلد 6، العدد 2، 2015.
27. حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، المجلد 2، العدد 7، 2017.
28. حسان نادية، دراسة تحليلية للأمر 05-01 المعدل لقانون الجنسية الجزائرية (استعمال تقنية التعديل لوضع أحكام جديدة جوهرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية)، كلية الحقوق جامعة الجزائر، المجلد 50، العدد 4، 2013.
29. حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت (قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة وتطبيقاتها القضائية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، المجلد 58، العدد 1، 2021.
30. حواسي يامنة، الإشكالات القانونية للميراث الناتج عن الزواج المختلط، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 5، العدد 2، جامعة أدرار، 2017.

31. خدام هجيرة، حرية الزوجة في التصرف في مالها (بين نقائص التشريع والواقع الأسري المعاش)، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 3، العدد 1.
32. الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 1، العدد 25.
33. درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وتحليله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، العدد 4، جانفي 2011.
34. دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المدية، العدد 2، سبتمبر 2017.
35. ربيحة إغاث الذمة المالية للزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 1.
36. رحاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة القانون الدولي والتنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، المجلد 4، العدد 1، 2016.
37. رزيقة قريشي، تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، العدد 17، جانفي 2018.
38. زبيدة اقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 3، العدد 1.
39. زواي حكيم، تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، المجلد 9، العدد 2، 2016.
40. زياد حمد عباس الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد (2/26)، دت.
41. زيدون بختة، تنازع القوانين في التصرفات التبرعية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، المجلد 1، العدد 4.

42. سامية عبد اللّوي، الجنسية الجزائرية بين فقدان والاسترداد في ظل الأمر 01/05، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد 1، جانفي 2020.
43. سمية بيدوح، الموت الرحيم: الفرد والكرامة (بحث في الفرد الإيتيقي ومفهوم الكرامة من خلال مشكلة الموت الرحيم)، مجلة مشكلات الحضارة، جامعة الجزائر 2.
44. سنوسي علي، اختلاف التشريعات وأثرها في تحريك تنازع القوانين في موضوع الحضانة (دراسة مقارنة على بعض التشريعات العربية)، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، 2018.
45. السيد خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 40، 2009.
46. شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر، المجلد 1، العدد 1، 2011.
47. شمام منير، موقف القاضي الجزائري إزاء أداء الشاهد غير المسلم اليمين، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 3، العدد 8.
48. صليحة بن عاشور، نظرية الذمة بين الشريعة والقانون دفا تر السياسة والقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد 1، جانفي 2009.
49. طالب حفيظة، الاتفاق على الأموال المشتركة بين الزوجين (راتب الزوجة بين الشريعة والقانون)، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 15، 2011.
50. طاهري آسيا، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، جامعة الجزائر 2، المجلد 4، العدد 2، 2020.
51. عبد الحق حنان، العشي نورة، إشكالية ترجمة المصطلح المستمد من الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري (انحلال الزواج والصلح نموذجا)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 5، 2020.
52. عبد اللّوي سامية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وفقا للقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة خنشلة، المجلد 1، العدد 2، جويلية 2014.

53. علال طحطاح، النزعة البراغماتية في إنشاء أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، الجزائر، المجلد 2، العدد 1، 2018.
54. علام الساجي، إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري (مقارنة أنتروبولوجية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 10، العدد 4.
55. عليوة عالية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الخاصة بمنازعات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، العدد 4، جانفي 2018.
56. عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، المجلد 4، العدد 1.
57. عيسى معيزة، الرخصة الإدارية في زواج الجزائريين بالأجانب على صور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 7، العدد 2، 2019.
58. عيشوبة فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 1، العدد 2، 2015.
59. غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 9، ديسمبر 2017.
60. فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، العدد 11، جوان 2017.
61. فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة بومرداس الجزائر، العدد 17، جوان 2017.
62. فتيحة يعقوبي، ربيعة حزاب، آثار الزواج المختلط في تنازع القوانين والتشريعات المقارنة، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 4، العدد 16، جوان 2019.
63. فهيمة بوعبيدة، في مفهوم الموت الرحيم ومشروعيته، مجلة دراسات فلسفية، جامعة الجزائر، المجلد 13، العدد 13.

64. قسوري فهيمة، يزيد عربي باي، عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة عبد الحق بن حمودة جيجل، العدد 7، ديسمبر 2018.
65. كمال آيت منصور، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للأبحاث القانونية، جامعة بجاية، المجلد 1، العدد 2، 2010.
66. كيجل كمال، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، المجلد 9، العدد 2، 2011.
67. لوعيل قويدر، راجع عكاشة، تنازع القوانين في الميراث والوصية والوقف في التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 8.
68. محمد أمين تيراوي، استقلالية الذمة المالية للزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي(دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والاقتصاد، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي مرسلني عبد الله بتييازة، المجلد 8، العدد 16، ديسمبر 2019.
69. محي الدين جمال، وقفة قانونية بين قانون الجنسية الجزائري 1970 و2005، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 4، العدد 7.
70. مسعودي يوسف، تنفيذ أحكام الطلاق في القانون الدولي الخاص، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي لتامنغست، قسم الدراسات القانونية، الجزائر، العدد 6، فبراير 2012.
71. مفيدة ميدون، أثر الزواج المثلي على الاستقرار الأسري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 4، العدد 4، ديسمبر 2019.
72. المكي صلوح، شهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، الجزائر، المجلد 05، العدد 1.
73. مهداوي عبد القادر، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية طبقا لاتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغاربية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، العدد 2، 2014.

74. ناتوري كريم، دراسة لأهم التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائرية بموجب الأمر رقم 01/05، المجلة الأكاديمية للأبحاث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 3، العدد 1، 2012.
75. نعيبي عبد المنعم، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الإحياء، جامعة باتنة، العدد 15.
76. نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 11، العدد 2.
77. هديد فضيل، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2014/12/19.
78. هواري ليلي، حماية حق الطفل في الجنسية في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، العدد 7، ديسمبر 2016.
79. وردة دلال، مدى ارتباط موانع الزواج بالنظام العام في ظل قانون الأسرة الجزائري، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 5، العدد 2، 2020.
80. ياسين المعتمد، نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة الجلفة، المجلد 13، العدد 4.
81. يسمينة العجال، مدى إعمال قواعد القانون الدولي العام في مجال الجنسية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 3، العدد 2، 2010.
82. يسمينة لعجال، التخلي عن الجنسية بين سلطة الدولة وإرادة الفرد، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، العدد 8، جانفي 2013.

IV. المقالات الإلكترونية:

1. مولود صياد، زواج الجزائريات بالأجانب يتفشى في ظل العولمة وعصر الإنترنت، مقال منشور عبر جريدة الحوار الجزائرية بتاريخ 2018/08/26. عبر الموقع:
<https://www.elhiwardz.com/national/133622>
2. منية غانمي، لهذا السبب يلجأ جزائريون لتونس للزواج من الأجانب، مقال منشور عبر جريدة العربية نت بتاريخ 2018/04/10، عبر الموقع: <https://www.alarabiya.net/north-africa>

3. الكنيسة المارونية ..المعتقد وأماكن الانتشار، مركز التأصيل للدراسات والبحوث على الموقع:
<https://www.facebook.com/taseel/posts/10153136487893806>
4. **ثناء الكردي**، العدة الشرعية للمرأة عبر التاريخ وفي الأديان السماوية، مقال منشور في موقع المساواة، مركز دراسات المرأة. أنظر الموقع: <http://musawasyr.org/?p=1339>
5. **علجية عيش**، جزائريات يُبرمن عقد زواجهن خارج التراب الوطني، مقال منشور عبر جريدة التحرير بتاريخ 2019/10/05، مقال إلكتروني
<https://www.altahrironline.com/ara/articles/340998>

V. المداخلات:

1. **إشوي عماد**، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة مقارنة)، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.
2. **إقروفة زبيدة**، القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014، مداخلة منشورة بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.
3. **آيت شاوش دليلة**، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت في القانون الجزائري، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 259.
4. **آيت مولود ذهبية**، إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015
5. **بوسهوة نور الدين**، مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام، المرجع السابق، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية

- الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.
6. تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.
7. جمال عياشي، العقارات الموروثة كسبب من أسباب تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع الجزائري، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.
8. زلاسي بشرى، نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.
9. مدوري زايدي، تسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مداخلة منشورة في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015.
10. هادي شلوف، دور المشرع الفرنسي في تسهيل إجراءات الطلاق بالتراضي خارج سلطة القضاء وتطبيقاته في القانون الدولي الخاص، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع القانون أداة الإصلاح والتطوير، العدد 2، الجزء 1، مايو 2017.

VI. البحوث والندوات والقرارات :

1. ألفي بقطر حبشي، الزواج المختلط وأحكامه في القانون المصري، أنظمة الأحوال الشخصية (خبرات في قوانين العائلة والزواج المختلط والتبني)، وقائع ثلاث ندوات عقدت في ايانابا قبرص

- بدعوة من مجلس كنائس الشرق الأوسط وحدة التربية المسيحية في 24 إلى 28 /11/ 1986 و 13 إلى 16 /6/ 1988 و 7 إلى 11 /8/ 1989، بيروت لبنان، 1990.
2. تقرير بعنوان: الكنيسة المارونية (المعتقد وأماكن الانتشار)، مركز التأصيل للدراسات والبحوث عبر الموقع: <https://www.facebook.com/taseel/posts/10153136487893806>
3. دار الإفتاء المصرية المتعلقة استقلال كل من الزوجين بذمته المالية بتاريخ 2003/10/3 عبر الموقع: [/https://www.dar-alifta.org/ar/](https://www.dar-alifta.org/ar/)
4. قرار وفتاوى عن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة وعن انفصال الذمة المالية بين الزوجين، مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشر بدبي الإمارات العربية المتحدة يوم 30 صفر - 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 - 14 نيسان 2005
5. وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 21-26/10/1422هـ الموافق 5-10/01/2002م.
- باللغة الفرنسية:

I. Les ouvrages

1. Abdelouahed MANAF, Problèmes du couple mixte face au droit et la société (cas franco-marocain), Imprimerie NAJAH EL JADIDA, 1990 .
2. Batiffol Henri, paul lagarde, droit international privé, tome 1, 7e édition, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1981.
3. Elizabeth Warnock Fernea, Guests of the Sheik: An Ethnography of an Iraqi Village, anchor books, 1995.
4. Fadlallah Ibrahim, La famille légitime en droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage), Dalloz, paris, 1977.
5. Hugues Fulchiron, Le mariage pour tous dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes, Annuaire international de justice constitutionnelle, Tome 30, 2015.

6. Jean-Marie Bischoff, Le mariage polygamique en droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, 3e année, tome 2, 1980-1981.
7. Lagarde , la nationalité française, paris , dalloz, 3^e édition, 1997.
8. Loussouran et Bourel , Droit international privé, 3edition ,1980.
9. Mohand issad , droit international privé , O.P.U, tome1,alger,1986.
- 10.P.Guimard, désaffectation et divorce pour faute, dalloz, 23 mars 2011.
- 11.pascale guimard, code civil, 112^{ème} édition, dalloz, paris, 2013.
- 12.Patrick Courbe, Adeline Gouttenoire , droit de la famille , sirey, 6ème édition, 2013.
- 13.Patrick Courbe, droit civil (les personnes, la famille, les incapacités), 7émé édition, dalloz, paris, 2009.
- 14.Paul Lagarde , la nationalité française, dalloz, 3^e édition, paris, 1997.
- 15.Philips Malaurie, laurent aynes, droit civil, la famille, 4ème édition, l'extenso édition,2011.
- 16.Pierre Mayer, droit international privé, Montchrestien édition, première édition, paris, 1977.
- 17.Sébastien Jahan, Le mariage mixte au XVIIIe siècle, open Edition, tome 113, n° 1, 2006.

II.Thèse de doctorat :

1. Bouchra Jdaini, La répudiation en droit malikite marocain selon la convention franco-marocaine de 1981. Mémoire pour l'obtention du DEA (Diplôme des études approfondies), Perpignan, France, 1997.
2. Gaëtan Escudey, Le couple en droit international privé (contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple), Thèse de doctorat, école doctorale de droit, Université de Bordeaux, 2016
3. Gaëtan Escudey, Le couple en droit international privé (contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple), Thèse de doctorat, école doctorale de droit, Université de Bordeaux, 2016.
4. Lilia Aït Ahmed, Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen, Thèse de doctorat en droit, Département de droit

international et européen, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 12 janvier 2021.

5. Nathalie KLEIN, Le rôle des mariages mixtes dans la préservation des liens culturels en situation d'immigration, thèse de doctorat, Institut d'Etudes Politiques, Université Lumière Lyon 2, 2008.
6. REITZER Camille, Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance : l'exemple de la circulation du statut de couple, Thèse de doctorat en droit, université paris 2, panthéon Assas, soutenue le 18 Novembre 2019.

III.Articles :

1. - Lotfi Chedly, Le mariage de la musulmane avec le non musulman entre l'universalisme des textes et le conservatisme de la jurisprudence et de la pratique administrative, Revue marocaine d'études internationales, Numéro spéciale, octobre 2003.
2. A.S, Le mariage mixte franco-musulman(Annales juridiques, politiques, économiques et sociales), Alger, 1955.
3. Abdulaziz Othman Altwaijri, La femme en islam et son statut dans la société islamique, C.N.R.S Editions, Numéro 4, 2014.
4. AFP, L'Allemagne autorise le mariage gay par un vote au Parlement Article publier sur France 24, le 30/06/2017, sur le site :<https://www.france24.com/fr/20170630-allemande-mariage-gay-vote-parlement-merkel>.
5. Ann Laquer Estin, Marriage and divorce conflicts in the international perspective, Duke journal of comparative & international law, Vol 27, 2017.
6. Charles W. Taintor, Marriage in the Conflict of Laws, Vanderbilt Law Review, Vol 10, 1957.
7. Elise ralsen, Le mariage blanc et le droit international privé, RJOI (revue juridique de l'océan indien), numéro 2, 2001.
8. F. Thomas Coakley, Mixed Marriages (Their Causes, Their Effects, Their Prevention) , The American Catholic Sociological Review, Published by: Oxford University, Vol. 11, No. 2, Jun 1950.

9. Gérard Neyrand, Marine M'Sili, Les couples mixtes dans la France contemporaine (Mariage acquisition de la nationalité française et divorce, French Edition, Vol. 52, No. 3, May - Jun 1997.
- 10.H. B, Le mariage mixte franco-musulman, Institut National d'Etudes Démographiques, French Edition, Vol. 32, No. 2, alger, 1977.
- 11.Jean-Jacques Brot, Les mariages forcés, Préfet d'Eure-et-Loir, France.
- 12.Josiane Le Gall, Transmission identitaire et mariages mixtes (recension des écrits), Document de travail, Groupe de recherche ethnicité et société, Centre d'études ethniques, Canada, 2003.
- 13.M. Pierre Lalive, L'application du droit public étranger, Institut de Droit international, Geneve, juillet 1975.
- 14.Mathieu Habji, Delphine Verien, Le mariage mixte Du désir à la haine, Revue VST (Vie sociale et traitements), no 76, 2002/4
- 15.Mustapha Harzoune, histoire de l'immigration, Article publier en 2012 sur le site: <https://www.histoire-immigration.fr/questions-contemporaines/societe-et-immigration/qu-est-ce-qu-un-couple-ou-un-mariage-mixte>
- 16.N'diaye Marième. La réforme du droit de la famille : Une comparaison Sénégal-Maroc, open books , Presses de l'Université de Montréal, 2016.
- 17.Petra HAMMJE, Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Revue critique de droit international privé, N° 2 , Dalloz, 2011.
- 18.Pierre Mercier , Conflits de civilisations et droit international privéPolygamie et répudiation, vol 1, droz, Genève, Suisse, 1972.
- 19.R. Beaupère et autres, Le Problème des mariages mixtes, Bibliothèque œcuménique, n° 4, Archives de sociologie des religions, 15e Année, No. 29 , Janvier-Juin 1970.
- 20.Rançois Rigaux, Droit privé matériel et règles de conflit de lois, Revue belge de droit international, éditions bruylant, bruxelles, 1991.
- 21.Sylvain Guillaud-Bataille, Droit international privé : mariage et divorce, les enjeux internationaux, NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE , N° 18 , 2 MAI 2014, Paris.

22. Thomas baty, capacity and form of marriage in the conflict of laws, yale law journal. inner temple, London.
23. Thomas Evrard, le mariage en droit international prive ,ADDE, 10déc 2015.
24. V. Avena-Robardet, Divorce pour faute : une procédure qui conserve tout son intérêt, Dalloz , 17 février 2011.
25. Vincent Delaporte, forme des actes (loi applicable a la forme des actes juridiques), dalloz , 2001 , actualiser juin 2013 .
26. Vincent Delaporte, forme des actes (loi applicable a la forme des actes juridiques), dalloz , 2001 , actualiser juin 2013
27. Wassila Ltaief, Conventions internationales : mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord, ERES (Revue internationale des sciences sociales), n° 184, 2005.
28. Zeina el Tibi, La place de la femme dans l'islam, C.N.R.S. Editions, numéro 4, 2014.
29. Zerouti Tayeb, Le mariage mixte dans la jurisprudence, Revue Annales de l'université d'alger, volume 30, numéro 3, 2016.

IV.Sites électronique :

1. https://www.un.org/ar/udhrbook/pdf/UNH_AR_TXT.pdf
2. https://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/ar/Bilaterales/Espagne/EJ_resp_de_c_garde_enf_ESP.htm
3. <https://assets.hcch.net/docs/77839277-8ad0-4267-92fc-8440ba128577.pdf>
4. le Ministère de la justice en France : <http://www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/>
5. <http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=208>
6. http://tdb2.tanta.edu.eg/staff/ProfInfo.aspx?staff_id=285
7. <https://assets.hcch.net/docs/040772c4-5ebf-4362-af0e-64cc6c7d7ddc.pdf>
8. https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homosexuel
9. <https://www.dar-alifta.org/ar/>
10. <https://www.dictionary.com/browse/ethnicity>
11. <https://www.dictionary.com/browse/mixed-marriage>
12. <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/polygamie/62306>
13. <https://www.unicef.org>

14. https://www.wikiberal.org/wiki/Mariage_libre
15. LE MARIAGE MIXTE CELEBRE EN France:
<https://www.astibordeaux.fr/app/download/12603036/LE+MARIAGE+MIXTE++.pdf>
16. Le statut de la femme et de l’homme en droit islamique :
<https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droitshumains/religion/dossier/foyers-de-tensions/droits-des-femmes>.
17. wikipédia , l’encyclopédie libre:
https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_entre_personnes_de_m%C3%A4me_sexe_en_France#:~:text=Le%20mariage%20entre%20personnes%20de,un%20homme%20et%20une%20femme.
18. Mariage gay en Allemagne: "un vote pour l'amour":
<https://www.france24.com/fr/20170630-mariage-gay-allemande-vote-lamour>
19. Wikipédia ,L’encyclopédie libre , Mariage homosexuel :
https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homosexuel
20. Wikipédia ,L’encyclopédie libre, Polygamie en France :
https://fr.wikipedia.org/wiki/Polygamie_en_France#:~:text=La%20polygamie%20en%20France%20concerne,se%20pacser%20avec%20plusieurs%20partenaires.
21. Wikipédia ,L’encyclopédie libre, Mariage entre personnes de même sexe en France :
https://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_entre_personnes_de_m%C3%A4me_sexe_en_France#:~:text=Le%20mariage%20entre%20personnes%20de,un%20homme%20et%20une%20femme
22. <http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=208>



فهرس الموضوعات

أ	المقدمة
الباب الأول: انعقاد الزواج المختلط وانعكاساته على الوضع الحقوقي للأسرة	
2	تمهيد وتقسيم
الفصل الأول: الأحكام المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة	
5	تمهيد وتقسيم
7	المبحث الأول: تأصيل مسألة الزواج المختلط والتكليف القانوني لها
7	المطلب الأول: التأصيل التاريخي والفقهي والقانوني للزواج المختلط
8	الفرع الأول: التأصيل التاريخي للزواج المختلط في المجتمع الإسلامي والجزائري
8	البند الأول: كرونولوجيا الزواج المختلط في المجتمع الإسلامي
9	البند الثاني: كرونولوجيا الزواج المختلط في المجتمع الجزائري
12	الفرع الثاني: التأصيل الفقهي والقانوني للزواج المختلط وبيان صورته
12	البند الأول: المفهوم الشرعي والقانوني للزواج المختلط
12	أولاً- اختلاف مفهوم الزواج في الشريعة الإسلامية والتشريعات الدينية
16	ثانياً- الاختلاف القانوني حول مفهوم الزواج المختلط
20	البند الثاني: صور الزواج المختلط
20	أولاً- صور الزواج المختلط في المجتمع العربي
22	ثانياً- صور الزواج المختلط في المجتمع الجزائري
22	1- الزواج المختلط الجزائري العربي
23	2- الزواج المختلط الجزائري الأجنبي
24	المطلب الثاني: التكليف القانوني للزواج المختلط كإجراء أولي لإيجاد القانون الذي يحكم مسأله

25	الفرع الأول: مضمون التكيف في مجال تنازع القوانين
25	البند الأول: مفهوم التكيف القانوني في مجال تنازع القوانين.....
28	البند الثاني: القانون الواجب التطبيق في عملية التكيف القانوني.....
32	الفرع الثاني: أهمية مرحلة التكيف لحل المنازعات المتعلقة بمسائل الزواج المختلط
33	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في انعقاد الزواج المختلط والمعيقات التي تواجهه
34	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية والموضوعية للزواج المختلط
34	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في الزواج المختلط.....
34	البند الأول: تحديد مضمون الشروط الشكلية للزواج المختلط.....
38	البند الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج المختلط.
39	أولاً- القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج عند تحريره.....
39	1- الزواج المبرم خارج الإقليم الجزائري
51	2- الزواج المبرم داخل الإقليم الجزائري.....
52	ثانياً: إثبات الزواج المختلط والصعوبات التي تعترضه
57	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط....
57	البند الأول: تحديد مضمون الشروط الموضوعية للزواج المختلط.....
60	البند الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط
60	أولاً- اختلاف التشريعات حول ضابط الإسناد الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج
62	ثانياً- كيفية إعمال ضابط القانون الشخصي للزوجين (الجنسية المشتركة)...
66	ثالثاً: الاستثناء الوارد على ضابط القانون الوطني للزوجين.....

67	المطلب الثاني: المعيفات التي تواجه تطبيق القانون المختص بمسائل انعقاد الزواج المختلط
68	الفرع الأول: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بقوة القانون
69	البند الأول: تصادم القانون الأجنبي المختص بمسائل انعقاد الزواج المختلط مع مقتضيات النظام العام
70	أولاً- مضمون فكرة النظام العام
70	1- تعريف النظام العام
71	2- خصائص النظام العام
72	3- شروط إعمال فكرة النظام العام
73	4- موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من فكرة النظام العام ...
75	5- أثر إعمال النظام العام في مسائل انعقاد الزواج المختلط.....
77	ثانياً- مظاهر إعمال النظام العام في مسائل انعقاد الزواج المختلط.....
77	1- إشكال تعدد الزوجات بين المشروعية والتجريم وعلاقته بالنظام العام
88	2- إشكال الزواج المختلط المثلي بين المشروعية والتجريم وعلاقته بالنظام العام
94	3- إشكال اختلاف الدين في الزواج المختلط وعلاقته بالنظام العام
96	البند الثاني: استبعاد القانون المختص بسبب الغش نحو القانون
97	أولاً- مضمون فكرة الغش نحو القانون
97	1- تعريف الغش نحو القانون
99	2- شروط الدفع بالغش نحو القانون
101	3- الأثر المترتب عن إعمال الدفع الغش نحو القانون
102	ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من مسألة الدفع بالغش نحو القانون

103	الفرع الثاني: إشكال الإحالة ودورها في استبعاد القانون المختص عند انعقاد الزواج المختلط
103	البند الأول: مضمون فكرة الإحالة
104	أولاً- أنصار الاتجاه المؤيد للإحالة
104	ثانياً- أنصار الاتجاه المعارض للإحالة
105	ثالثاً- التوفيق بين الاتجاهين
106	البند الثاني: موقف التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة من مسألة الإحالة
106	أولاً: موقف التشريعات المقارنة من مسألة الإحالة
107	ثانياً- موقف المشرع الجزائري من مسألة الإحالة
111	البند الثالث: دور الإحالة في حماية النظام العام عند انعقاد الزواج المختلط
الفصل الثاني:	
الآثار المترتبة عن الزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة	
115	تمهيد وتقسيم
116	المبحث الأول: الآثار الشخصية للزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة ...
117	المطلب الأول: التكيف القانوني للآثار الشخصية للزواج المختلط والقانون الذي يحكمها
117	الفرع الأول: التكيف القانوني للآثار الشخصية للزواج المختلط كمرحلة أولية لتحديد القانون الذي يحكمها
118	البند الأول: المسائل المتفق على تكيفها ضمن الآثار الشخصية للزواج
118	أولاً- الحقوق والواجبات الزوجية
122	ثانياً- إثبات نسب الولد إلى والده كأثر من آثار الزواج الشخصية
123	1- إثبات النسب الشرعي
127	2- إثبات النسب غير الشرعي في الدول الغربية (البنوة الطبيعية)

128	3- بنوة التبني والكفالة
132	البند الثاني: المسائل المختلف على تكييفها ضمن الآثار الشخصية للزواج.....
132	أولاً- النفقة الزوجية
135	ثانياً- تكييف أهلية المرأة المتزوجة والقانون الذي يحكمها
141	ثالثاً- الاسم الناشئ عند الزواج: (اسم المرأة المتزوجة)
144	الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه.....
150	البند الأول: القانون الواجب التطبيق على مسائل النسب في الزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه.....
150	أولاً- القانون الواجب التطبيق في إثبات النسب الشرعي
157	ثانياً- القانون الواجب التطبيق على النسب الغير شرعي (البنوة الطبيعية)..
161	ثالثاً- القانون الواجب التطبيق على بنوة التبني والكفالة
166	البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على النفقة الزوجية
168	المطلب الثاني: تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين والأبناء المنحدرين منه..
169	الفرع الأول: مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين والأبناء
169	البند الأول: تحديد مفهوم فكرة الجنسية
171	البند الثاني: تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين والأبناء المنحدرين منه..
171	أولاً- تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين
173	1- مبدأ وحدة الجنسية في العائلة
174	2- مبدأ استقلال الجنسية في العائلة
175	3- التوفيق بين مبدأي الوحدة والاستقلال
176	4- موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين
	البند الثاني: المساواة بين الزوجين في نقل الجنسية الأصلية للأبناء على أساس

179	حق الدم
184	الفرع الثاني: شروط اكتساب وفقد الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط....
184	البند الأول: شروط اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط في القانون الجزائري
184	أولاً- الشروط الواجب توافرها في الزواج المختلط المكسب للجنسية
185	ثانياً- الشروط المتعلقة بطالب الجنسية
186	البند الثاني: شروط فقدان الجنسية الجزائرية بسبب الزواج المختلط
188	المبحث الثاني: الآثار المالية للزواج المختلط في إطار العلاقات الدولية الخاصة
188	المطلب الأول: مضمون الآثار المالية للزواج المختلط فقها وتشريعا
190	الفرع الأول: الأنظمة المالية للزواج في الفقه الإسلامي والتشريعات العربية والتشريع الجزائري
190	البند الأول: الأصل في تكريس استقلال الذمة المالية للزوجين
195	البند الثاني: تكريس نظام الاشتراك المالي استثناءً
200	الفرع الثاني: الأنظمة المالية للزواج في القانون الفرنسي
200	البند الأول: صور الأنظمة المالية للزواج في القانون الفرنسي
201	أولاً- نظام فصل الأموال régime de séparation des biens
202	ثانياً- نظام الاشتراك في الأموال
203	1- نظام الاشتراك القانوني Régime de communauté légale
203	2- نظام الاشتراك الاتفاقي La communauté conventionnelle
205	3- نظام المساهمة في المكتسبات Régime de participation aux acquits
205	البند الثاني: مكونات الأموال المشتركة بين الزوجين وسلطاتهما عليها
206	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه

207	الفرع الأول: التكيف القانوني للنظم المالية في الزواج المختلط
207	البند الأول: تكيف النظام المالي التشريعي
210	البند الثاني: تكيف النظام المالي الاتفاقي
212	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية للزواج المختلط.....
213	البند الأول: القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية للزواج في القانون الجزائري والقوانين العربية المقارنة
219	البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية للزواج في القانون الفرنسي
225	خلاصة الباب الأول
الباب الثاني:	
انحلال الزواج المختلط وانعكاساته على الوضع الحقوقي للأسرة	
228	تمهيد وتقسيم
الفصل الأول:	
صور انحلال الزواج المختلط والقانون الذي يحكمها في إطار العلاقات الدولية الخاصة	
231	تمهيد وتقسيم
232	المبحث الأول: صور انحلال الرابطة الزوجية في الشرائع الدينية والتشريعات الوضعية
233	المطلب الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة
234	الفرع الأول: الاختلاف الفقهي والقانوني حول تقرير واقعة الوفاة الحكمي لأحد الزوجين
238	الفرع الثاني: اختلاف التشريعات حول تكيف واقعة وفاة أحد الزوجين والقانون الذي يحكمها
241	المطلب الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق
242	الفرع الأول: صور الطلاق في التشريعات العربية الإسلامية
244	البند الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....

249	البند الثاني: الطلاق بتراضي الزوجين
250	البند الثالث: إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة
250	أولاً: التطليق حق ثابت شرعا وقانونا للمرأة
255	ثانياً: الخلع حق أصيل للزوجة شرعا وقانونا
258	البند الرابع: التفريق بالفسخ
259	الفرع الثاني: صور الطلاق في الشرائع السماوية والتشريعات الغربية
259	البند الأول: الطلاق في الشرائع السماوية
259	أولاً: الطلاق عند اليهود
260	ثانياً: الطلاق عند المسيحيين
260	1- الكاثوليك
261	2- البروتستانت
261	3- الأرثوذكس
262	البند الثاني: الطلاق في التشريعات الغربية والتشريع الفرنسي
263	أولاً: تطور الطلاق في التشريعات الغربية
264	ثانياً: صور الطلاق والانفصال الجسماني في القانون الفرنسي
270	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط والمعوقات التي تواجهه
271	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على صور انحلال الزواج المختلط
272	الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة
272	البند الأول: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في التشريع الجزائري والتشريعات العربية
282	البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في التشريع الفرنسي ..
286	الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون المختص بحكم صور انحلال الزواج المختلط ..

287	البند الأول: تحديد ما يندرج ضمن نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج
289	البند الثاني: المسائل التي تخرج عن نطاق تطبيق القانون المختص بحكم انحلال الزواج
292	المطلب الثاني: المعوقات التي تواجه تطبيق القانون المختص وإشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية
293	الفرع الأول: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم انحلال الزواج المختلط
305	الفرع الثاني: إشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بانحلال الزواج المختلط
الفصل الثاني:	
الآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط والقانون الذي يحكمها في إطار العلاقات الدولية الخاصة	
317	تمهيد وتقسيم
318	المبحث الأول: الآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط بالوفاة والقانون الذي يحكمها
318	المطلب الأول: العدة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية المختلطة بسبب الوفاة
319	الفرع الأول: مضمون مسألة العدة في الشرائع الدينية والقوانين الوضعية
319	البند الأول: مضمون مسألة العدة في الشريعة الإسلامية والديانات السماوية
320	البند الثاني: مضمون مسألة العدة في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة
321	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على مسألة العدة بسبب الوفاة
322	المطلب الثاني: الآثار المالية المترتبة عن انحلال الزواج المختلط بسبب الوفاة
322	الفرع الأول: مضمون الآثار المالية النافذة بعد انحلال الزواج المختلط بسبب الوفاة
323	البند الأول: حق التوارث بين الزوجين كأثر من الآثار المالية النافذة بعد الموت.
326	البند الثاني: اختلاف أحكام الإيضاء بين الزوجين المختلفين في الديانة
329	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية والمعوقات التي تواجهه

329	البند الأول: التكيف القانوني للميراث والوصية كمرحلة أولية لتحديد القانون الذي يحكمه
329	أولاً: تكيف الميراث والوصية ضمن فئة الأحوال الشخصية
331	ثانياً- تكيف الميراث والوصية ضمن فئة الأحوال العينية
331	البند الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية
332	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الميراث في الزواج المختلط
334	1 - المعوقات التي تواجه القانون المختص بحكم الميراث عند انحلال الزواج المختلط
340	2- تحديد المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفي والمقصة منها
342	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الوصية في الزواج المختلط
342	1- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية
345	2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية
347	3 - مسائل الوصية المخالفة للنظام العام
348	المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن انحلال الزواج المختلط بالطلاق والقانون الذي يحكمها
349	المطلب الأول: الحضانة كأثر من الآثار الشخصية لانحلال الزواج المختلط في العلاقات الدولية الخاصة
350	الفرع الأول: الاختلاف الفقهي والقانوني حول مضمون الحضانة وتكييفها
350	البند الأول: الاختلاف الفقهي والقانوني حول مضمون الحضانة
350	أولاً- الاختلاف الفقهي حول مضمون مسألة الحضانة
354	ثانياً- اختلاف مضمون الحضانة في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة ..
359	البند الثاني: الاختلاف حول التكيف القانوني لمسألة الحضانة
360	أولاً- تكيف الحضانة ضمن آثار عقد الزواج

361	ثانيا- تكيف الحضانة ضمن آثار النسب
361	ثالثا- تكيف الحضانة ضمن أحكام الولاية
361	رابعا- تكيف الحضانة ضمن آثار انحلال الزواج
362	الفرع الثاني: القانون الذي يحكم منازعات الحضانة والزيارة وأهم المعوقات التي تواجه تطبيقه
363	البند الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة والزيارة في الزواج المختلط
363	أولا- تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة في الزواج المختلط
370	ثانيا- تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الزيارة في الزواج المختلط
371	البند الثاني: المعوقات التي تواجه تطبيق ضابط الحضانة والزيارة والحلول البديلة عنه
371	أولا- المعوقات التي تواجه تطبيق ضابط الجنسية وإشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية على منازعات الحضانة والزيارة
372	1- تصادم القانون المختص بحكم الحضانة والزيارة مع مقتضيات النظام العام
375	2- إشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة والزيارة
376	ثانيا-الحلول البديلة المكرسة لفض المنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة ومدى فعاليتها
377	1- الاتفاقيات الدولية المبرمة لفض المنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة
380	2- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة لفض المنازعات المتعلقة بالحضانة والزيارة
386	المطلب الثاني: الآثار المالية لانحلال الزواج المختلط بسبب الطلاق والقانون الذي يحكمها
386	الفرع الأول: تحديد مضمون الآثار المالية لانحلال الزواج المختلط بسبب الطلاق.

387	البند الأول: التعويض كأثر مالي لانحلال الرابطة الزوجية المختلطة
387	أولاً- حق المرأة في التعويض عن الطلاق التعسفي
397	ثانياً- حق الزوجة في التعويض عن التطلق للضرر
398	البند الثاني: النفقة كأثر مالي لانحلال الرابطة الزوجية المختلطة
400	البند الثالث: النزاع حول متاع البيت
410	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للطلاق والمعوقات التي تواجهه
410	البند الأول: تحديد القانون الذي يحكم الآثار المالية للطلاق
415	البند الثاني: المعوقات التي تواجه تطبيق القانون الذي يحكم الآثار المالية للطلاق
415	أولاً: حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم آثار الطلاق.....
416	ثانياً: إشكال تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالآثار المالية للطلاق.....
417	خلاصة الباب الثاني
420	الخاتمة
432	قائمة المصادر والمراجع
477	فهرس الموضوعات
	الملخص



الملخص

الملخص:

يطرح الزواج المختلط من حيث انعقاده وآثاره وانحلاله العديد من الإشكالات ذات البعد الدولي، سواء على الصعيد القانوني أو القضائي أو السياسي أو الديني أو حتى الاجتماعي؛ باعتباره من مسائل الأحوال الشخصية التي تعدُّ أكثر فروع القانون إثارة لتنازع القوانين وتدخل مقتضيات النظام العام، وهذا نظراً لارتباط تشريع الأحوال الشخصية بدين الدول والأعراف والتقاليد والثقافات المختلفة السائدة فيها، والتي يبني عليها هذا الأخير. وقد اختلفت تشريعات الدول حول مفهوم الزواج المختلط وضوابطه وتكييف مسأله، مما يثير مشكلة تنازع القوانين وصعوبة إيجاد ضابط الإسناد المناسب الذي يقود القاضي إلى القانون الواجب التطبيق للفصل في محل النزاع.

ورغم أن المشرع الجزائري قد سنَّ قواعد تنازع القوانين التي تحكم منازعات الزواج المختلط، إلا أن عمومية هذه القواعد وغموضها وعدم كفايتها يثير مشكلات ومعوقات للقاضي يجعلها لا تستجيب دائماً للقضايا الملموسة، خاصة وأن أغلب الاجتهادات القضائية المستشهد بها غير مستقرة على مبادئ أساسية وتعوزها الدقة والتحكم في آليات تنازع القوانين؛ الأمر الذي انعكس على حقوق الزوجين والأطفال المنحدرين من هذه الزيجات المختلطة.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط، تنازع القوانين، التكييف، النظام العام، ضابط الإسناد، الأحكام الأجنبية.

Résumé :

Le mariage mixte, dans sa conclusion, ses effets et sa dissolution, pose de nombreux problèmes de dimension internationale, que ce soit sur le niveau juridique, judiciaire, politique, religieux ou encore social. Comme l'une des questions de statut personnel, qui est considérée comme la branche du droit la plus controversée et interfère des exigences de l'ordre public, et cela est dû au lien de la législation sur le statut personnel à la religion des pays et aux différentes coutumes, traditions et des cultures qui y règnent, sur lesquelles celle-ci est bâtie. Les législations des pays diffèrent sur la notion de mariage mixte, ses contrôles et l'adaptation de ses questions, ce qui pose le problème des conflits de lois et la difficulté de trouver le lien d'attribution approprié qui conduit le juge à la loi applicable pour statuer sur l'objet de litige.

Malgré que le législateur algérien ait édicté des règles de conflits de lois régissant les litiges matrimoniaux mixtes, la généralité, l'ambiguïté et l'insuffisance de ces règles posent des problèmes et des obstacles au juge, les faisant ne pas toujours répondre à des cas concrets, d'autant plus que la plupart de la jurisprudence citée est incertain sur les principes de base et manque de précision et de contrôle sur les mécanismes de conflit de lois ; Cela s'est répercuté sur les droits des époux et des enfants de ces mariages mixtes.

Mots clés : Le mariage mixte, conflits de lois, la qualification, l'ordre public, les jugements étrangers, lien de rattachement.

Abstract :

Mixed marriage, in its conclusion, its effects and its dissolution, poses many problems of international dimension, whether on the legal, judicial, political, religious or social level. As one of the personal status issues, which is considered to be the most controversial branch of law and interferes with public order requirements, and this is due to the link of personal status legislation to the religion of countries and to the different customs, traditions and cultures that reign there, on which it is built. The legislations of the countries differ on the concept of mixed marriage, its controls and the adaptation of its questions, which raises the problem of conflict of laws and the difficulty of finding the appropriate link of attribution which leads the judge to the law applicable to rule on the subject of the dispute.

Although the Algerian legislator has enacted rules of conflict of laws governing mixed matrimonial disputes, the generality, ambiguity and insufficiency of these rules pose problems and obstacles to the judge, causing them not always to respond to cases concrete, especially since most of the case law cited is uncertain about the basic principles and lacks precision and control over the mechanisms of conflict of laws; This affected the rights of the spouses and children of these mixed marriages.

Key words: Mixed marriage, conflict of laws, the qualification, public order, foreign judgments, Attribution link.