

يعد الزواج من أهم مسائل في الأحوال الشخصية ويشكل كغيره من العلاقات الأسرية مجالا خصباً لتنازع القوانين بسبب تشعب هذه العلاقات واتصالها بأكثر من نظام قانوني واحد فالزواج لا يتم فقط ضمن أفراد الدولة الواحدة، بل أيضاً بين أفراد من دول مختلفة بحيث يدعى الزواج عندها بالزواج المختلط فتحكمه عدة قوانين دون أن يكون حكراً على إحداها<sup>1</sup>. ويسمى زواجا مختلطاً إذا كان طرفاه من جنسيتين مختلفتين عند انعقاده، وهو يثير من الناحية القانونية مشاكل خاصة بتنازع القوانين، بالنسبة لانعقاده، ويشكل بوصفه هذا ظاهرة قانونية جد معقدة طرحت نقاشاً كثيراً في المجال القانوني، والفقه، والقضائي، لا سيما فيما يخص مسألة عدم تأثيره على الجنسية أو مسألة تأثيره المزدوج على جنسية طرفيه، فيصبح بذلك إما وسيلة لاكتساب أحد الزوجين، جنسية الزوج الآخر وإما سبباً لفقد الجنسية<sup>2</sup>، مما أدى ذلك إلى ظهور نظريات فقهية تولت تنظيم أثر الزواج على الجنسية، كان لهذه النظريات الدور البناء في حل هذه النزاعات.

ومما يزيد من تعقيد مسألة الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص أيضاً اختلاف وتعدد القوانين المنظمة للزواج باختلاف الدول، وتعدد داخل الدولة الواحدة، مما يؤدي ذلك إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الزواج.

وبناءً على ما تقدم فإن دراستنا لهذا الفصل ستكون في مبحثين أساسيين:

نتطرق في المبحث الأول لدراسة الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، وتخصص المبحث الثاني إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط.

## المبحث الأول: الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص

يعد الزواج المختلط من أهم الروابط العائلية إثارة لتنازع القوانين<sup>3</sup>، ففي خضم التحولات الاجتماعية والاقتصادية والعلمية والثقافية التي طرأت على الأفراد والمجتمعات، ظهر ما يسمى

<sup>1</sup> - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 129.

<sup>2</sup> - سالم عطية أمينة، أثر الزواج المختلط على الجنسية في ظل أمر 01/05، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010 - 2011، ص 08.

<sup>3</sup> - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، جامعة الجزائر، ط1، 2010، ص 18.

بالزواج المختلط، وهو ارتباط زوجي بين ذكر وأنثى من جنسيتين مختلفتين، مع مراعاة اختلاف اللغة والثقافة والعادات الاجتماعية<sup>1</sup>.

وقد تضاعفت نسبة الزواج المختلط في الآونة الأخيرة إلى أن أصبحت ظاهرة اجتماعية في معظم دول العالم، وذلك بسبب العولمة وتأثيراتها على المجتمع وتوفير التواصل ومواقفه عبر الانترنت وسرعة التقدم التكنولوجي، دفعت الناس إلى الاختلاط والتزاوج خارج إطار الدولة الواحدة، رغم وجود بعد ثقافي وديني، ولهذا يعد الزواج المختلط واحدا من أهم أسباب اكتساب الجنسية في الغرض الذي تتزوج فيه الأجنبية من الوطني، كما أنه يعد واحدا من أهم أسباب زوال الجنسية في الغرض الذي تتزوج فيه الوطنية من أجنبي، فالزواج المختلط يكون سببا في تغيير جنسية الزوجة، وهذا ما أدى إلى بروز نظريتان فقهيّتان، تولتا تنظيم أثر الزواج المختلط في جنسية الزوجة.

وفي هذا الإطار سوف نتعرض إلى مفهوم الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص (في المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى النظريات الفقهية التي تولت تنظيم أثر الزواج المختلط في جنسية الزوجة (في المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص

الزواج سنة من سنن الله في خلقه، إذ خلق الله الإنسان على هذه الشاكلة، خلق الذكر وخلق الأنثى، وجعل بينهما المودة والرحمة، وهي الطريق إلى اقتراب القطبين وينتج عن امتزاجهما الأبناء والأجيال، فلولا الزواج لانقطع نسل البشرية.

ولأن الإسلام هذا الدين الواقعي لم يتجاهل كون الزواج المختلط حقيقة ثابتة لا يمكن إنكارها، قال تعالى : **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا<sup>١</sup> إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ<sup>٢</sup> إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ<sup>٣</sup> (13)** .

ونسعى في هذا المطلب إلى تبيان مفهوم الزواج المختلط في قانون الأسرة الجزائرية ثم مفهومه في القانون الدولي الخاص.

<sup>1</sup> - عون عمار، التوافق الزوجي: دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري، عربي والزواج المختلط الجزائري أجنبي، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، 2013-2014، ص 01.

<sup>2</sup> - سورة الحجرات الآية 13

### الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط في قانون الأسرة الجزائري:

الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعي، هدفه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، وإحصان الزوجين والحفاظ على الأنساب من الاختلاط<sup>1</sup>.

أما المقصود بالزواج المختلط فهو كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية، وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية، ومثال ذلك زواج جزائري مسلم بألمانية مسيحية، أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم<sup>2</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 31 من ق، أ، ج المعدلة بالأمر 05-02 على أنه "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية".

وبالتالي فإن كل زواج مختلط أبرم بالجزائر وفقا لمبادئ قانون الأسرة الجزائري، يعتبر صحيحا مرتبا لكافة آثاره، فإن القانون الجزائري ينص على احترام القانون الوطني لكل من الزوجين (المادة 11 من ق، م، ج المعدلة بالقانون رقم 05-10)<sup>3</sup> كما أنه يمنع إبرام زواج جزائرية مسلمة بأجنبي غير مسلم وهذا ما نصت عليه المادة 30 من ق، أ، ج المعدلة<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص:

الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الإنسان، وهو عقد قران شرعي بين الرجل والمرأة على أساس ديني، وقانوني، لاختيار شخصي للقرينين، توجد بتصور وأفكار مشتركة في إطار الرضا، والتفاهم والتوافق الزواجي لبناء الحياة الزوجية<sup>5</sup>، وإذا كان الزواج رابطة قانونية بين رجل

<sup>1</sup> - تنص المادة 04 من الأمر رقم 05-02: المؤرخ في 7 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن ق، أ، ج: الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 355.

<sup>3</sup> - تنص المادة 11 من الأمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم (75-58) المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 20 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

<sup>4</sup> - تنص المادة 30 ق، أ، ج على: " يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة،....، زواج المسلمة من غير المسلم"

<sup>5</sup> - عون عمار، المرجع السابق، ص 46.

وامرأة تقوم على أسس اجتماعية وأخلاقية ودينية، فإنه يعتبر زواجا مختلطا متى كان طرفاه ذا جنسيتين مختلفتين وقت انعقاد الزواج.

وبناء على ذلك فإن الزواج المختلط يجمع بين شريكين في علاقة زوجية بين رجل وامرأة وكل منهما يحمل جنسية غير جنسية الزوج الآخر<sup>1</sup>، وبمعنى آخر كل من الزوج والزوجة أجنبي عن الآخر لحمله جنسية مغايرة لجنسية الطرف الآخر.

ويرى الدكتور هشام خالد " الزواج المختلط " أنه "ذلك الزواج الذي يتم بين شخصين مختلفي الجنسية"<sup>2</sup>.

ولهذا صار الزواج المختلط حقيقة لا يمكن تجاهلها ولم يعد المستغرب زواج جزائري بفرنسية أو زواج جزائرية بسعودي.

وعلى ضوء ما سبق ذكره من المفاهيم التي صبت في مضمون مفهوم الزواج المختلط فإنه يمكننا تقديم مفهوم الزواج المختلط على أنه: "ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا، فهو إذن تلك الرابطة التي تحتوي على عنصر أجنبي فكل طرف فيها يحمل جنسية خاصة به تختلف عن جنسية الطرف الآخر.

**المطلب الثاني: النظريات الفقهية التي تولت تنظيم أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة:**

تختلف مواقف التشريعات في أثر زواج وطني بأجنبية على جنسيتها فيما إذا كانت الزوجة تدخل في جنسية زوجها تلقائيا أم أن هناك شروطا معينة، أو تبقى محتقة بجنسيتها السابقة<sup>3</sup> وهذا ما أدى إلى ظهور نظريتان فقهيتان، تولتا تنظيم اثر هذا الزواج.

وعلى هذا الأساس سوف يتم تسليط الضوء على أبرز ما ورد في هاتين النظريتين مع بيان موقف المشرع الجزائري من النظريتين.

<sup>1</sup>-أنظر، ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 88.

<sup>2</sup>- هشام خالد، دروس في الجنسية ومركز الأجانب، ج1، الجنسية، دط، د.د.ن، سنة 90/1991، ص 18.

<sup>3</sup>- الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين، العربية والقانون العرسي، دط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 147.

### الفرع الأول: نظرية وحدة الجنسية (النظرية التقليدية)

يرجع أصل هذه النظرية إلى القانون الروماني فهي من أقدم النظريات الفقهية والمذاهب الفكرية التي تولت تنظيم أثر الزواج على جنسية الزوجة<sup>1</sup>.

ومؤدى هذه النظرية هي أن تكون الجنسية واحدة في العائلة، فالزوجة تدخل مباشرة وبقوة القانون بجنسية زوجها تلقائياً وبمجرد انعقاد الزواج<sup>2</sup>، ولقد أورد أنصار هذه النظرية عدة حجج دافعا عنها نذكر منها ما يلي:

1- أن من شأن وحدة الجنسية في الأسرة تجنب مشكل تنازع القوانين في بعض مسائلها الخاضعة في بعض الدول لقانون جنسية الزوجين<sup>3</sup>.

2- أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى تحقيق الانسجام العاطفي بين الزوجين وعدم تعرضه لأي تزعزع أو تصدع، ينبغي أن تسود فيها وحدة الجنسية، ولما كان الزوج هو رب الأسرة، والزوجة تخضع لسلطته، فالمنطق يقضي بدخول الزوجة في جنسية زوجها كأثر لزوجها به ونجاح الأسرة، وتجانسها، يؤدي إلى انسجام وتجانس المجتمع، لأن هذا الأخير يتكون من مجموع الأسر وذلك يضمن بالتالي استقرار الدولة<sup>4</sup>.

3- أن مصلحة الدولة تقتضي الأخذ بمبدأ وحدة الجنسية، إذ أن وحدة الجنسية خير وسيلة لتحقيق سرعة اندماج الزوجة الأجنبية في مجتمع زوجها، وبذلك تتحقق المصلحة العامة للدولة عن طريق تجانس أفراد الأسرة الواحدة سياسياً واجتماعياً، الشيء الذي يحقق تماسك وتجانس ركن الشعب، كما أن الدولة قد تلجأ لضم الزوجات الأجنبيات المتزوجات بوطنيين إلى جنسيتها لضم المزيد من السكان إليها إذا كانت من الدول التي تفتقر للسكان، أو تدعم نفوذها بهم في الخارج إذا كانت من الدول المصدرة للسكان<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - مثنى محمد عبد القيسي، أثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، جامعة بابل 2002، ص 04.

<sup>2</sup> - عكاشة عبد العال: أحكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب، ج 1، في الجنسية اللبنانية، د.ط، الدار الجامعية، بيروت 1999، ص 193.

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، تنازع الاختصاص القضائي، الجنسية، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص 134.

<sup>4</sup> - أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 133.

<sup>5</sup> - أنظر، الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، المرجع السابق، ص 148.

وما يعاب على هذه النظرية أنه:

- 1- ليس صحيحا القول أن مصلحة الدولة تقتضي فرض جنسيتها على الزوجة لأن هذا الأمر ينطوي على كثير من المخاطر ذلك أن مصلحة الدولة تتركز في حقها من منع النساء غير المرغوب فيهن من اكتساب الجنسية لأسباب سياسية وأخلاقية.
- 2- أن هذه النظرية لا تأخذ بنظر الاعتبار التطورات الحاصلة في المجتمعات المعاصرة ذلك أن فرض جنسية الزوج على الزوجة يناقض الأصول المثالية في مادة الجنسية والتي تقوم على مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسيته<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: نظرية استقلال الجنسية (النظرية الحديثة)

ظهرت النظرية الحديثة منذ الربع الأول للقرن 20م، أين ساد مبدأ المساواة بين الجنسين نتيجة كفاح التنظيمات النسائية وبصفة خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية، ومنها انتشرت إلى بقية الدول.

ومؤدى هذه النظرية تحقيق المساواة التامة بين الجنسين فيكون من حق الزوجة أن تتمتع بجنسية مستقلة عن جنسية الزوج، اللهم إلا إذا رغبت هي في الدخول في جنسية الزوج فيكون الأمر معلقا على إعلان رغبتها في اكتساب جنسية الزوج<sup>2</sup>. ولقد أورد أنصار هذه النظرية عدة حجج دافعا عنها نذكر منها ما يلي:

- 1- أن دخول الزوجة في جنسية زوجها بقوة القانون، قد يضر بمصالح الدولة المستوردة للسكان، مثل فرنسا، إذ في هذه الحالة سوف ينفصل عدد كبير من رعايا هذه الدولة على إثر زواجهن من أجانب، وكذلك فإن فرض جنسية الزوج على الزوجة بقوة القانون، يتعارض مع المبادئ المثالية في مادة الجنسية والتي تقتضي بعدم فرض الجنسية على أحد دون إرادته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 1، في الجنسية والموطن، وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)، ط 1، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص 202.

<sup>2</sup> - عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 195.

<sup>3</sup> - قصي محمد العيون، شرح أحكام الجنسية بالإضافة إلى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 88.

2- أن الاعتراف للمرأة بكامل حريتها واستقلالها عن الرجل في ظل المعطيات القانونية الدولية والوطنية الحديثة وما أكدته المواثيق الدولية خاصة يتناقض مع الإبقاء على نظرية تبعية الزوجة لزوجها في الجنسية سواء بسبب الزواج أو بواسطة التجنس لما يشكله من إهدار لحريتها.

وما يعاب على هذه النظرية أنه قد تصبح الزوجة عديمة الجنسية إذا كانت الدولة تشترط لدراسة طلب الزوجة المتعلق بكسب جنسية زوجها أن تتخلى عن جنسيتها أولاً، وبعدها ترفض السلطة المختصة طلب الزوجة مثلما هو الحال عليه في التشريع اليمني<sup>1</sup>، ومن جهة أخرى أن الأخذ بهذه النظرية سوف يؤدي إلى وقوع كثير من الزوجات في حالة ازدواج الجنسية<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظريتين:

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية استقلال الجنسية، فهو لم يتناول أثر الزواج على جنسية الزوجة، الأمر الذي يعني أن الزواج في قانون الجنسية الجزائرية لا يرتب أي أثر على جنسية الزوجة، فتبقى محتفظة بجنسيتها، وما عليها إن أرادت الدخول في جنسية زوجها الجزائرية إلا سلوك طريق التجنس وفقاً لشروط التجنس، ودون الاستفادة من أي شرط مخفف<sup>3</sup>، وقد عدل المشرع الجزائري موقفه بهذا الخصوص بحيث جعل الزواج سبباً من أسباب اكتساب الجنسية بتعديل عنوان الفصل الثالث من " اكتساب الجنسية بفضل القانون " إلى " اكتساب الجنسية بالزواج "<sup>4</sup>.

وبهذا قد تفادى المشرع الخط الذي كان ينطوي عليه قانون الجنسية السابق إذ تم تنظيم مسألة الجنسية وثبوتها بحسب حالتها أصلية أو مكتسبة، فأصبح الأمر الآن يتعلق بالجنسية الأصلية من جهة، واكتساب الجنسية الجزائرية من جهة أخرى، ويندرج تحتها الزواج المختلط وهو طريق جديد لاكتساب الجنسية الجزائرية لم يكن ينص عليه أمر ( 86/70 )، وإنما استحدثه المشرع الجزائري بموجب التعديل الجديد (05-01).

<sup>1</sup> - سالم عطية أمينة، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> - مثنى محمد عبد القيسي، المرجع السابق، ص 12.

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 137.

<sup>4</sup> - قريشي رزيفة، أثر الزواج المختلط على أفراد الأسرة - دراسة مقارنة على ضوء تعديل 2005 لقانون الجنسية الجزائرية - رسالة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2009 - 2010، ص 39.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري تطرق في قانون الجنسية الجزائرية لعام 1970 المعدل والمتمم بالأمر 05-01 لمسألة الجزائرية التي تتزوج من أجنبي، وأثر الزواج على جنسيتها، بحيث تبقى محتفظة بجنسيتها الجزائرية بالرغم من زواجها من أجنبي، مع إمكانية فقدانها للجنسية الجزائرية بإثبات اكتسابها لجنسية زوجها الأجنبي ورغبتها في التخلي عن جنسيتها الجزائرية وصدر إذن من وزير العدل بمرسوم يسمح لها بالتخلي عن الجنسية الجزائرية وله في ذلك كامل السلطة التقديرية في القبول والرفض، وهذا ما نصت عليه " المادة 18 ف 3 من ق.ج.ج.<sup>1</sup> وفي الأخير نستنتج أنه بموجب أحكام المادة 09 مكرر من ق.ج.ج، بدى المشرع أقل تشددا، بحيث يبقى محتفظا بجنسيته الأصلية، ولكن يحق له طلب اكتساب جنسية زوجته طبقا للشروط التي يقرها قانون الزوج بخصوص الجنس<sup>2</sup>.

وقد حاول المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الجنسية الجزائرية سنة 2005 مراعاة مصلحة الطفل من عدة نواحي إلا أنه جعل ذلك كأثر من آثار جنس، أحد الوالدين، تلقائيا حيث تنص المادة 17 من الأمر 05-01 على الآثار الجماعية بقولها: " يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون جزائريين في نفس الوقت كوالدهم، على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين، ابتداء من بلوغهم سن الرشد"، فلم يعد ذلك يخضع للسلطة التقديرية للسلطة المختصة كما أنه منح الطفل الذي امتد إليه أثر جنس أبيه أو أمه فرصة التخلي على الجنسية الجزائرية المكتسبة خلال سنتين، من بلوغه سن الرشد.

ولعل عدم ترتيب المشرع أي أثر على جنسية الأولاد من جراء اكتساب أحد والديهما الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط مقصود، ما دام أنه في ظل أمر 05-01 وعملا بمبدأ المساواة التامة بين الرجل والمرأة في نقل جنسية الأولاد فتح طريق اكتساب الجنسية الجزائرية بمجرد الانتساب إلى أم جزائرية أو أب جزائري على حد سواء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 18 ف 3 من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية على: "تفقد الجنسية الجزائرية المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي وتكتسب جراء زواجها جنسية زوجها وأذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية".

<sup>2</sup> - جبار صلاح الدين، اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مجلة الفكر، العدد 11، ص 147.

<sup>3</sup> - جبار صلاح الدين، المرجع نفسه، ص 154-155.



## المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط

يعتبر الزواج من أفسح المجالات في العلاقات القانونية، سواء كانت على المستوى الداخلي أو على صعيد العلاقات الدولية الخاصة، التي تتعدد فيها المسائل القانونية، ويثور بصددتها تنازع القوانين، ومن ثمة صعوبة تحديد القانون الذي يحكمها باعتبار أن الزواج هو المجال الخصب لتنازع القوانين.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتطرق في المطلب الأول منه للقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الواجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحا، وفي المطلب الثاني منه القانون الذي يسري على الشروط الشكلية.

### المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

يجب الإشارة إلى المقصود بهذه الشروط وبيانها، لتحديد القانون الذي يسري عليه، وتعرف على أنها تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب عن هذه العلاقة البطلان<sup>1</sup>.

ولقد تباينت الآراء في القانون المقارن في تحديد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج فأول اتجاه ذهب إلى إخضاع هذه الشروط لقانون موطن كلا الزوجين مثل القانون الانجليزي وبعض الدول الاسكندنافية، والاتجاه الثاني يخضعها لقانون محل إبرام الزواج دون التفرقة بين الشكل والموضوع وهذا ما أخذ به القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية، أما عن الاتجاه الثالث فقد أخذ به القوانين العربية والقانون الفرنسي، وكذلك القانون الجزائري وذلك بإسناد الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين<sup>2</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الثالث والذي يخضع الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين، كقاعدة عامة واستثنى من تطبيق هذه القاعدة حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، من هنا يتضح أن المشرع الجزائري استند إلى ضابط الجنسية

<sup>1</sup> - ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 88.

<sup>2</sup> - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج 1، تنازع القوانين، د. ط، مطبعة الكاهنة،

2004، ص 149.

لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، وهذا ما يثير عدة صعوبات في التطبيق.

**الفرع الأول: القاعدة العامة: " خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين "**

لقد جرت العادة على أن الزواج دائما ما تسبقه مقدمة تسمى الخطبة وقد اختلفت التشريعات حول طبيعتها في تكييفها وعموما يخضع تكييف الخطبة لقانون القاضي، وقد أدى هذا الاختلاف إلى صعوبة في تحديد القانون الذي يسري عليها ولذلك لا يمكن للأطراف العدول عنها، وإذا عدل أحد الخاطبين يسأل على أساس المسؤولية العقدية فتسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد كالقانون الانجليزي والألماني<sup>1</sup>، وهناك اتجاه ثاني اعتبر الخطبة أنها مجرد وعد بالزواج، وليست عقد والعدول عنها يترتب الالتزام لكن أحيانا ما يصاحب العدول عنها أضرار تلحق بأحد الخاطبين، فيسأل الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية.

إلا أن المشرع الجزائري، فلم يضع قاعدة تتنازع تسري على الخطبة، وتبع في ذلك كلا من القانون الفرنسي والمصري في هذا الشأن، إذ اعتبر الخطبة عبارة عن وعد بالزواج وذلك بصريح المادة 05 من ق.أ.ج المعدلة بقولها: " الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"<sup>(2)</sup>.

وتكييف الخطبة يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك طبقا للمادة 09 من ق.م.ج التي تنص: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين"، وعلى هذا الأساس تعتبر الخطبة طبقا للنظام القانوني الجزائري وعدا، فهي لا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج<sup>3</sup>، لكن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول يمكن مساءلة الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية. وبالتالي تطبق عليها قاعدة التنازع التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، وذلك طبقا لنص المادة

<sup>1</sup> - أنظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 148 - 149.

<sup>2</sup> - المادة 05 من القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، رقم 15.

<sup>3</sup> - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،

2007 - 2008، ص 9 - 10.

20 ق.م.ج في فقرتها 1 بقولها: " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".

أما فيما يتعلق بالقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج فقد أسنده المشرع الجزائري لقانون الجنسية وعبر عنه بالقانون الوطني، وهذا ما أشار إليه في المادة 11 ق.م.ج والتي تنص على أنه: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" <sup>1</sup>، ومن هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أخضع هذه الشروط لقانون جنسية الزوجين، فإذا كان الزوجين من جنسية واحدة فإن القانون الواجب التطبيق على زواجهما هو قانون جنسيتهما الوطني، لكن عندما يتعلق الأمر بزوجين من جنسية مختلفة، فهنا يثار إشكال في تطبيق قانون الجنسية؟ فهل تخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل منهما معا أم تخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل طرف على حدى؟. تضمن الفقه إلى إيجاد حل وذلك بظهور تطبيقين هما :

### أولاً: التطبيق الجامع

ينادي أنصار هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، باعتبار أن كلا من القانونين وضع شروطه لرابطة الزوجية التي لا تتحقق إلا بين الزوجين، ولم يقصر اهتمامه على ناحية واحدة من هذه الرابطة <sup>2</sup>، ومعنى ذلك أن الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية، إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر.

### ثانياً: التطبيق الموزع:

ونعني بذلك أنه يجب أن تتوافر في كلا الزوجين الشروط الموضوعية التي ينص عليها قانون جنسية كل من الزوجين على انفراد <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 69.

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج 1، ط 8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص 231.

ويميز كذلك في هذا الصدد، الفقه الألماني بين الشروط التي لها صفة فردية والتيس عادة ما تتعلق بالشخص، فيمكن تطبيق بشأنها التطبيق الموزع، وأما الشروط التي لها صفة مزدوجة والتي تتعلق بالرابطة الزوجية فيطبق بشأنها التطبيق الجامع<sup>1</sup>.

وفي هذا الشأن نجد أن المشرع التونسي ينص صراحة في المادة 45 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص على التطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين.

وكذلك أخذ المشرع الجزائري بالتطبيق الموزع في نص المادة 11 من ق، م، ج المعدلة وقد أكد على ذلك في نص المادة 97 فقرة 1 من ق، ح، م، ج<sup>2</sup> والتي تنص على أنه: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

فقد اعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين، أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج.

#### الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على القاعدة العامة

أورد المشرع الجزائري استثناء هام خروجاً عن القاعدة السابقة التي تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين، بالنسبة للدول التي تأخذ بذلك إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء حيث أعطى المشرع الجزائري الاختصاص بالنسبة للشروط الموضوعية لعقد الزواج للقانون الجزائري وحده، شريطة أن يكون أحد طرفي العلاقة الزوجية جزائرياً وقت إبرام الزواج، ويستثنى من ذلك شرط الأهلية، الذي يبقى دائماً خاضعاً لقانون جنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية<sup>3</sup>، وهذا ما أقرته المادة 13 من ق، م، ج حيث نصت على أنه:

"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12

<sup>1</sup> - ينص الفصل 45 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه أخضع الشروط الأصلية للقانون الشخصي للزوجين على كل حدة.

<sup>2</sup> - أمر 20-70 يتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014.

<sup>3</sup> - أنظر، بلعير عبد الكريم، "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، مطبوعة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،

2004-2005، ص 80.

إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".  
أخضعت هذه المادة الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً إلا فيما يخص شرط الأهلية، فالقاعدة العامة بالنسبة للأهلية تقضي بخضوعها للقانون الشخصي، سواء كان هذا القانون، قانون الموطن كما هو الشأن بالنسبة للأرجنتين، البرازيل، إنجلترا، أو قانون الموطن، والجنسية معاً كتشريعات أمريكا اللاتينية التي تخضع الأهلية لنظام مختلط فأهلية رعاياها تخضع لقانون الجنسية، في حين يسري على أهلية الأجانب قانون الموطن، أو قانون الجنسية لوحده، كما هو الحال بالنسبة لتشريعات الدول العربية<sup>1</sup>.  
وحسب ما تقضي به التشريعات العربية على العموم، والمشرع الجزائري على وجه الخصوص، فإنه إذا تزوج جزائري بفرنسية، وثار النزاع بشأن القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري، تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده تطبيقاً للاستثناء الوارد في المادة 13 ق،م،ج، باستثناء أهلية الزوجة الفرنسية فتخضع للقانون الفرنسي، تطبيقاً للمادة 10 ق، م، ج<sup>2</sup>.  
ومتى تقرر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بموجب المادة 13 ق،م،ج فإن الشروط الموضوعية للزواج سوف تخضع للأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري الذي يستوجب لصحة هذا الزواج رضا الزوجين<sup>3</sup>، أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية للزواج<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، - دراسة مقارنة-، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، دط، 1989، ص 25، 26.

<sup>2</sup> - تنص المادة 10 ق، م، ج، ف1 على أنه: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص، وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

<sup>3</sup> - حيث تنص المادة 09 من ق، أ، ج على أنه: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ".

<sup>4</sup> - حيث تنص المادة 09 مكرر من ق، أ، ج على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدين، انعدام الموانع الشرعية لزواج ".

### الفرع الثالث: الصعوبات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق أمام القضاء الجزائري

إذا كانت قاعدة الإسناد الوطنية المستندة إلى ضابط الجنسية هي ضابط الإسناد في القانون الجزائري، قد بينت القانون الواجب التطبيق إلا أن هناك صعوبات قد تعترض القاضي، وهو بصدد أعمال هذه القاعدة، إذ تعترضه صعوبات يثيرها رضا ضابط الجنسية، فقد يكون أحد الزوجين متمتع بأكثر من جنسية واحدة، وقد يكون عديم الجنسية، وقد يغير أحدهما أو كلاهما جنسيته، كما قد يتوصل القاضي إلى أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع والطوائف، وقد يجد القاضي نفسه أمام مشكلة الإحالة الدولية.

#### أولاً: تعدد الجنسيات:

التعدد في الجنسية أو ما يسمى بتراكم الجنسيات، أو ازدواج الجنسية، أو التنازع الإيجابي للجنسيات مسميات بمعنى واحد، يفيد تمتع الشخص بأكثر من جنسية وفقاً لقانون دولتين أو أكثر، أي أن يتراكم على الشخص أكثر من جنسية نتيجة تباين أسس تنظيم الجنسية في تشريعات الدول المختلفة، وبذلك يضحى الفرد متعدد الصفة الوطنية، حيث يكون وطنياً في أكثر من دولة<sup>1</sup>، ففي هذه الحالة يكون القاضي أمام فرضيتين :

#### أ- في حال تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها:

في هذا الفرض يبرز التنازع بين الجنسيات، وجنسية دولة القاضي غير متواجدة، فلا مجال هنا للبحث عن حذف، وإنما عن مفاضلة واختيار بين الجنسيات المختلفة والمطروحة والحلول الفقهية المتعددة تقضي إما بتفضيل الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون جنسية دولة القاضي، أو ترك التحديد لصاحب العلاقة، أو تفضيل الجنسية الأقدم أو الجنسية الأحدث<sup>2</sup>. ولكن الراجح هو أن العبرة تكون بالجنسية التي تكشف الوقائع والظروف أن الشخص كان أكثر ارتباطاً بها، ويغلب القاضي هذه الجنسية لإعطاء الاختصاص لها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، د، ط، د.د.ن، 2012، ص 42.

<sup>2</sup> - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية لطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1994، ص 274.

<sup>3</sup> - حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1980، ص 57.

ففي هذا الغرض أوجب المشرع الجزائري في المادة 22 ف 1 ق.م.ج<sup>1</sup> تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص، وهي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، وذلك متى كانت الجنسيات المتنازعة جنسيات أجنبية.

#### ب- تعدد الجنسيات مع وجود جنسية القاضي الناظر في النزاع من بينها:

في هذه الحالة تفضل الجنسية الوطنية على غيرها، وبالتالي يؤخذ بجنسية دولة القاضي، لأن هذه الأخيرة تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورا حازفا، فتحذف مسبقا محل إمكانية للمفاضلة أو الاختيار، فهي تطبق دون سواها، فقواعد الجنسية هي قواعد عامة، إقليمية التطبيق، ترفض أي فكرة للتزاحم، فالمشرع الوطني ينفرد بتحديد شروط اكتساب جنسيته أو شروط زوالها واكتساب الفرد لجنسية دولته يمنع مسبقا بالنسبة للفرد كل بحث في توافر شروط جنسية دولة أخرى<sup>2</sup>.

وتبعا لذلك إذا وجد القاضي أن أحد الزوجين متعدد الجنسيات، ومن بين جنسياته جنسية دولة القاضي، فإنه يطبق قانون جنسية القاضي، وهذا ما أيده المشرع الجزائري ونص عليه في المادة 22 ف 2 ق<sup>3</sup>، م، ج، وهذا الرأي معمول به لحل التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات):

#### ثانيا- انعدام الجنسية:

تظهر هذه المشكلة عندما يكون الشخص المراد تحديد الاختصاص القانوني في العلاقة التي يكون طرفا فيها عديم الجنسية (بلا جنسية)، وعديم الجنسية " هو الشخص الذي تتخلى عنه جميع دول العالم لعدم انتسابه إلى أي منها فيضى في مركز سلبي، ويعد أجنبي بشكل مطلق أمام أية دولة<sup>4</sup>.

ويذهب الرأي الراجح فقها إلى إسناد الأحوال الشخصية لمنعدم الجنسية لقانون الموطن وقد أخذ بهذا الرأي الكثير من التشريعات الوطنية، وتبناه المشرع الجزائري بموجب تنميته للمادة 22 ق، م، ج في فقرتها 3<sup>5</sup>، ويميل الرأي الغالب إلى إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية

<sup>1</sup> - حيث تنص م 22 ف 1 ق، م، ج، على: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية ".

<sup>2</sup> - أنظر، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 273.

<sup>3</sup> - حيث تنص م 22 ف 2 ق، م، ج، على: " غير إن القانون الجزائري يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول الأجنبية جنسية تلك الدول ".

<sup>4</sup> - عبد الرسول الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص 263.

<sup>5</sup> - حيث تنص م 22 ف 3 ق، م، ج، على: " في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون المواطن أو قانون محل الإقامة ".

إلى قانون الموطن، فإن لم يكن له موطن ينسب الاختصاص لقانون محل الإقامة، وإن تعذر تعيين موطن أو محل إقامة عديم الجنسية، فقد استقر العرف الدولي على أن يطبق القاضي في هذه الحالة قانونه في حكم الأحوال الشخصية لعديم الجنسية، وهناك من القوانين العربية أوكلت للقضاء مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الجنسية<sup>1</sup>.

### ثالثاً: التنازع المتحرك:

ثمة فروض يقترن فيها عنصر الزمان، بعنصر المكان في نفس العلاقة القانونية، وذلك نتيجة تغيير واقعي في ظرف الإسناد، يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء معين، من نطاق تطبيق قانون، إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة الإسناد، وهذا ما يطلق عليه باصطلاح التنازع المتحرك أو التنازع المتغير، فالتنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد، ومن هذه الناحية يتحقق عنصر الزمان، ولكنه من جهة أخرى، ينشأ بين قانونين صادرين عن مشرعي دولتين مختلفتين، وفي هذا يظهر عنصر المكان، وبهذا يتميز عن التنازع الزمني الذي يحدث في حدود سيادة دولة واحدة، وعن التنازع الثابت، في أن التنازع المتحرك يحدث بعد نشوء العلاقة القانونية لتدخل عامل المكان، مما يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد، من وقت المنازعة فيها، فتكون العلاقة محكومة بقانونين متعاقبين<sup>2</sup>.

ويمكن تصور مشكل التنازع المتحرك أمام القاضي الجزائري، إذا تعلق الأمر بإبرام عقد الزواج، متى قام الزوج بتغيير جنسيته، فيكتسب بموجب هذا التغيير جنسية القاضي أو يتخلى عنها، وبذلك يتم تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق، فيجد القاضي هنا إشكالا حول القانون الذي يعتد به، هل يطبق قانون الجنسية الجديدة، أو قانون الجنسية القديمة على الشروط الموضوعية للزواج حتى ينعقد صحيحاً؟.

ولحل مشكلة التنازع المتحرك، ومسايرة لموقف التشريعات في غالبية الدول، حل التنازع المتحرك بين القوانين على أساس فكرة المفاضلة والملائمة بين القوانين المتنازعة، وهذا الحل قد

<sup>1</sup> - رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 21، 22.

<sup>2</sup> - موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 116.



تبناه المشرع الجزائري بالنسبة للتنازع الثابت حين وضع قواعد إسناد محددة (مثلا تفضيل قانون الجنسية على قانون الموطن).

وقد لجأ المشرع الجزائري أحيانا لإجراء مفاضلة بين القانونين المتعاقبين (مثلا تفضيل قانون جنسية الزوج الجزائري وقت انعقاد الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا، فيعتد القاضي تبعا لذلك بضابط الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج لا غير)<sup>1</sup>.

#### رابعاً: الصعوبات التي يثيرها التعدد التشريعي أو الطائفي

قد تثار الصعوبة في حالة الإسناد إلى قانون بلد تتعدد فيه الشرائع إقليمياً وظائفاً وتكون بصدد تعدد إقليمي عندما تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين، كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، وتكون بصدد تعدد شخصي في حالة التعدد الطائفي، وكما هو الشأن في مصر ولبنان، ومعظم دول الشرق الأوسط، وغالبا ما يكون التعدد الطائفي (الشخصي) على اعتبار الديانة أو الجنس<sup>2</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 23 ف 1 ق، م، ج، على أنه في حالة التعدد الإقليمي أو الطائفي، فالقانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه، هذا النص يعالج ما يسمى بالإحالة الداخلية أو التفويض، وبموجبه يتكفل القانون الأجنبي المختص بتوزيع الاختصاص التشريعي داخليا، وتعيين شريعة الإقليم الواجبة التطبيق أو الشريعة الطائفية التي ينتمي إليها الشخص، ولا إشكال إذا وجد في القانون الأجنبي المختص حل لهذه المسألة، سواء كان البلد الذي يجب تطبيق قانونه به تعدد إقليمي مثل الولايات المتحدة الأمريكية أو طائفي كالعراق، سوريا، لبنان، فقواعد التنازع لتلك الدول هي التي تحدد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة<sup>3</sup>، وفي حالة عدم النص على ذلك بين المشرع الجزائري للقاضي الجزائري، القانون الواجب التطبيق في الفقرة 2 من المادة 23 ق م، ج المعدلة والمتممة: " إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع

<sup>1</sup> - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 116 و 123.

<sup>2</sup> - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، ط 1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 110.

<sup>3</sup> - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع نفسه، ص 133.

الغالب في البلد، في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي".

#### خامسا: الصعوبات التي يثيرها مشكل الإحالة

إن سبب مشكلة الإحالة هو حالات التنازع السلبي، وذلك بأن ترفض قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لنفسها، وتسند لقانون أجنبي، غير أن قاعدة الإسناد في هذا القانون الأخير، ترفض بدورها هذا الاختصاص لقواعدها الموضوعية، وتعهده به إلى قانون آخر، قد يكون هو قانون القاضي الناظر في النزاع، أي إحالة من الدرجة الأولى، وتسمى أيضا بالرد أو الرجوع - كما قد يكون قانون دولة ثالثة وهذا ما يسمى بالإحالة من الدرجة الثانية<sup>1</sup>.

وتكون الإحالة من الدرجة الأولى عندما تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد لدولة القاضي، الاختصاص إلى قانون هذا الأخير، ومثال ذلك كأن يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع بشأن أهلية انجليزي متوطن بالجزائر، فبتطبيق قاعدة الإسناد الجزائرية يثبت الاختصاص للقانون الانجليزي، بوصفه قانون جنسية الشخص، ولكن القانون الانجليزي، لا يعترف لنفسه بالاختصاص في هذه الحالة، إذ هو يقضي بتطبيق قانون الموطن وهو القانون الجزائري، وبهذا يرد الاختصاص إلى قانون القاضي<sup>2</sup>.

وتكون الإحالة من الدرجة الثانية، عندما تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، الاختصاص، لا إلى قانون القاضي، وإنما لقانون أجنبي آخر<sup>3</sup>، ومثال ذلك كأن يعرض أمام القاضي الجزائري نزاع حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج بين انجليزي وإيطالية متوطنان في إيطاليا، فوفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية الواردة في المادة 11 ق،م،ج سيقضي القاضي بتطبيق القانون الانجليزي

<sup>1</sup> - موشعال فاطمة، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> - زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 - 2011، ص 87.

<sup>3</sup> - زيدون بختة، المرجع نفسه، ص 88.

بالنسبة للزوج، ولكن القانون الانجليزي يرفض الاختصاص، ويسنده إلى القانون الإيطالي باعتباره قانون الموطن<sup>1</sup>.

إن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى حين يحيل القانون الأجنبي المسألة إلى القاضي الوطني، وهذا ما نص عليه في المادة 23 مكرر 1 ق، م، ج على أنه: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحوالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص<sup>2</sup>.

ونستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري رفض الإحالة كمبدأ عام، حيث يفرض على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد التنازع فيه، إلا إذا أحوالت هذه الأخيرة إلى القانون الجزائري، ففي هذه الحالة يتم قبول الإحالة.

أي أن المشرع الجزائري أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، ورفض الإحالة من الدرجة الثانية أي عندما يحيل القانون الأجنبي إلى قانون أجنبي آخر، وفي هذه الحالة يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الجزائرية، على الرغم من قواعده الإسنادية رفضت الاختصاص، وأحوالته إلى قانون آخر<sup>3</sup>.

وبعد أن تعرفنا على القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، نتطرق فيما يلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لهذا العقد.

### المطلب الثاني: القانون المختص بحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج

إن البحث في مسألة القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج يتطلب توضيح مفهوم الشروط الشكلية للزواج، ثم الانتقال لتحديد ضوابط الإسناد التي تحكم هذه الشروط الشكلية.

<sup>1</sup> - شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 57.

<sup>2</sup> - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص، وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 94 - 95.

<sup>3</sup> - بشور فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة آكلي محند أولى البويرة، 2013 - 2014، ص 17.

### الفرع الأول: تحديد المقصود بالشروط الشكلية

يدخل في شروط الزواج الشكلية كل ما يتعلق بالإجراءات وبمسائل الاختصاص والنشر عن الزواج، والمعارضات التي تقدم فيه، والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج وشهوده وتحرير عقده وإثباته<sup>1</sup>، فالشروط الشكلية هي الأوضاع اللازمة لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي وكذلك الأوضاع اللازمة لإثبات التصرف وعلايته<sup>2</sup>، ومن ثم تتصل الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج بالقلب أو المظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج<sup>3</sup>.

وليس من السهل التمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، لأن لكل نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلق بالزواج، لذلك يلجأ القاضي لمسألة التكييف، بقصد إعطاء وصف الوقائع أو التصرفات لإدراجها ضمن فكرة مسندة، وبالتالي إسنادها للقانون، الذي يسري عليها، أو بعبارة أخرى التكييف، وتحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية يسند حكمها لقانون معين<sup>4</sup>.

وتعتبر أغلب الدول المسيحية شهر الزواج في شكل ديني، شرطاً شكلياً في حين أن بعض البلدان كاليونان وإسبانيا وبلغاريا تعتبر شهر الزواج في شكل ديني شرطاً موضوعياً<sup>5</sup> وباختلاف هذا التكييف تختلف قواعد الإسناد ويختلف القانون الواجب التطبيق.

وبالنسبة للدول الإسلامية بما أن الزواج ليس في الشريعة الإسلامية نظاماً دينياً، وإنما هو نظام مدني، إذ لا يشترط لانعقاده رجل دين أو احترام طقوس معينة، يمكن القول أن شرط المراسيم الدينية تعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر، وقد قال: بهذا التكييف الفقه المصري.

### الفرع الثاني: تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط

يخضع الزواج باعتباره تصرفاً قانونياً من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية، وهي قاعدة لويس "locus"، والتي تقضي

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70.

<sup>2</sup> - مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص 2، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، د.ط، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 2008، ص 222.

<sup>3</sup> - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 409.

<sup>4</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 43.

<sup>5</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70.

بخضوع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أنه يخضع شكل الزواج أيضا للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين<sup>1</sup>، وقد أسند المشرع الجزائري الشروط الشكلية لأكثر من ضابط، ونص في ذلك في المادة 19 من ق، م، ج. وبناء على ذلك يمتد إلى ضابطين أساسيين لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج مع اختلاف مواقف التشريعات.

#### أولا- ضابط محل الإبرام:

قد أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصنعتة، المؤرخة في 14 مارس 1978 والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من أول ماي 1991<sup>2</sup> في مادتها 2، أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي قاعدة لوكيس locus.

فهناك بعض الدول التي خصت شكل الزواج بضابط إسناد مستقل عن قاعدة الإسناد التي تحكم الشكل عموما، ومن ذلك ما تقضي به القوانين العربية في العراق والكويت والمغرب والأردن والإمارات العربية المتحدة، وهناك نظم أخرى سوت بين الزواج والتصرفات الإرادية من حيث الشكل فأخضعتة للقاعدة العامة في شكل التصرفات، وهو الحل المعمول به في جل الأنظمة القانونية، ولكن مع اختلاف في طبيعة القاعدة ما إذا كانت إلزامية أو اختيارية<sup>3</sup>. فبعض الدول تخضع الشروط الشكلية في الزواج لقاعدة "locus" على سبيل الإلزام بحيث لا يجوز تطبيق قانون آخر عليها كالو، م، أ وانجلترا واليابان<sup>4</sup>، وبعض الدول تجعل هذه القاعدة اختيارية كالقانون المصري والقانون العراقي والكويتي والسوري والإيطالي، وهناك دول تجعل هذه القاعدة إلزامية بالنسبة للزواج المبرم على إقليمها، واختيارية بالنسبة للزواج المبرم في الخارج كالقانون النمساوي والألماني والبولوني<sup>5</sup>.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد جسد قاعدة محل الإبرام في المواد: 95- 97- 71 ق، ح، م، فنصت المادة 95 ق، ح، م، ج المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي على أنه

<sup>1</sup> - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 153.

<sup>2</sup> - هذه الاتفاقية الدولية موجودة بالموقع التالي: [www.hcch.com](http://www.hcch.com)

<sup>3</sup> - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 154.

<sup>4</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 70.

<sup>5</sup> - أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 241- 242.

محل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين، والأجانب، يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا لمكان الإبرام، وبذلك منح المشرع الجزائريين والأجانب الحق في تحرير عقودهم وفق قانون المحل ومنه تفصح المادة عن تبني المشرع الجزائري لقاعدة "locus" في مجال الشروط الشكلية وذلك بإخضاعها لقانون المكان الذي تمت فيه أو الشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري، باعتباره قانون محل الإبرام<sup>1</sup>، كما اعتبرت المادة 97 ق، ح، م، ج الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج.

والملاحظ أن هذا النص لا يتناول إلا الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية، وأما الذي يعقد بين جزائرية وأجنبي فهو مسكوت عنه مما يجعلنا نستنتج أن زواج الجزائرية بأجنبي في الخارج لا يجوز عقده في الشكل المحلي، ويرجع سبب ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايل على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم<sup>2</sup>.

وأما فيما يتعلق بزواج الأجانب في الجزائر، فلهم الخيار بين عقد زواجهم وفق الشكل المحلي وبين عقده وفق قانون جنسيتهم وهذا إذا كان الطرفان من جنسية واحدة، وأما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين فإنه على الزوجين احترام كل الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري والإقامة داخل الإقليم لمدة لا تقل عن شهر وقد نصت على ذلك المادة 71 ق، ح م، ج.<sup>3</sup>

والملاحظ هو أن المادة 19 ق، ح، م، ج، وم 95 ق، ح، م، ج يشتركان في أن الشروط الشكلية تخضع لقانون محل الإبرام، وقد جعل المشرع هذه القاعدة إلزامية في حالة اختلاف الأطراف في الجنسية، وذلك استنتاجا من نصوص قانون الحالة المدنية السالفة الذكر.

<sup>1</sup> - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 30، 31.

<sup>2</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 243.

<sup>3</sup> - م 71 ق. ح. م. ج. تنص على: " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما، أو السكن الذي يقيم فيه أحدهما باستقرار منه شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين "

ثانيا: ضابط الجنسية المشتركة:

وقد يخضع الزواج من حيث الشكل لقانون الجنسية المشتركة في حال اتحاد الزوجين في الجنسية، سواء تعلق الأمر بالدول التي اعتبرت قاعدة خضوع الشكل لقانون محل إبرامه اختيارية، أو الدول التي اعتبرت خضوع الشكل للقانون المحلي إلزامه، وذلك لأن غالبية الدول تسمح لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها<sup>1</sup>. والواقع أن غالبية الدول تجيز اليوم لرجال السلك السياسي والقنصلي في الخارج أن يقوموا بعقد زواج رعايا دولهم، ولو كان الشكل الذي تم فيه الزواج مخالفا لشكل الزواج في البلد الذي هم معتمدون لديه<sup>2</sup>.

وأقرت هذا الاختصاص أيضا بعض المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف أو الثنائية كاتفاقية لاهاي لسنة 1902<sup>3</sup>، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية المبرمة في 24 أبريل 1963 التي أجازت في مادتها 5 للسلك الأجنبي إبرام زواج رعاياهم، كما أقرت اتفاقية لاهاي لسنة 1978 صلاحية إبرام الزواج من طرف السلك الدبلوماسي في الدول المعتمدين فيها إذا كان الزوجان من رعاياهم، ولا يمنعهم القانون المحلي هذا وقد أجازت أيضا الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974 للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان المستقبلين من دولة القنصل<sup>4</sup>.

كما نص على هذا الاختصاص قانون الحالة المدنية الجزائري لسنة 1970 حيث نصت المادة 96 من هذا القانون على أنه "أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين، صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين، أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية". استنادا إلى هذه المادة يعتبر صحيحا زواج الجزائريين المبرم طبقا للقانون الجزائري أمام الأعوان الدبلوماسي أن القناصل في الدول المعتمدين فيها، ونلاحظ أن هذه المادة لم تعلن اختصاص رجال الأحوال الدبلوماسيين، أو القناصل على أي شرط، ولذلك لا يشترط في صحة

<sup>1</sup> - أنظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 72.

<sup>3</sup> - محفظة هذه الاتفاقية بالنسبة للدول الأطراف بعدم الاعتراف بالزواج المبرم في الخارج حسب الشكل المحلي إذا كان قانونها يتطلب الشكل الديني وكان الزوجان من رعاياها (المادة 5 منها)

<sup>4</sup> - شبور ونورية، المرجع السابق، ص 76.

العقد الذي يقومون بتحريره طبقا للقانون الجزائري أن تعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها مثل ما يشترط ذلك القانون المدني المصري<sup>1</sup>.

كما قضت المادة 97 في فقرتها 2 من نفس القانون على أن يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية، وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، ولكن يثير الزواج المبرم بهذه الطريقة مشكلتان، تخصان مدى الاحتجاج به في دولة القاضي وفي دولة الممثل الدبلوماسي، ففي الدولة الأولى أي الدولة التي أبرم فيها الزواج يتوقف الأمر على ما إذا كان قانون محل الإبرام يعترف بهذا الاختصاص للسلك السياسي الأجنبي مثلا للقانون الألماني لا يسمح به، مما يستوجب ضرورة مراعاة الشكل المحلي لإبرام عقود الزواج التي يكون فيها الطرفان أو أحدهما أجنبيا وإلا فقضي ببطلانه شكلا، في حين تجيز قوانين أخرى كالقانون الفرنسي للسلك الدبلوماسي الأجنبي إبرام الزواج بين رعاياهم، ولكن لا يعترف به إذا كان أحد الزوجين أجنبيا أو فرنسيا، وتوجد دول أخرى لا تتيح لسلكها الدبلوماسي هذا الاختصاص أصلا كما هو الشأن في بعض دول أمريكا اللاتينية<sup>2</sup>.

ويتربط على ذلك أن للجزائريين في الخارج أن يعقدوا زواجهم طبقا للشكل المحل البلد الذي يتم فيه الزواج، فإذا كان هذا الشكل حديثا وكان الزوجان مسلمين، فإن زواجهما يكون مقبولا في القانون الجزائري، أما إذا كان الشكل دينيا وكان الزوجان الجزائريان مسلمين، فلا يجوز لهما إجراء زواجهما في هذا الشكل، أما إذا كانا غير مسلمين فلهما إجراؤه في هذا الشكل وللجزائريين أيضا إجراء الزواج أمام رجال السلك القنصلي الجزائري في الخارج<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 245.

<sup>2</sup> - الطيب زروتي القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، المرجع السابق ، ص 155 - 156.

<sup>3</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 73.