القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج الالكتروني

The law applicable to the electronic marriage contract

سارة لشطر

جامعة البليدة 2 (الجزائر)

saralachter14@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/08/14 تاريخ القبول: 2022/12/23 تاريخ النشر: 2023/06/18

ملخص:

لم يتوقف تأثير شبكة الانترنت وتقنية المعلوماتية على المجال التجاري فقط بل تعدى إلى المجال الاجتماعي للدولة وذلك من خلال بداية انتشار عقود الزواج الالكترونية، حيث يتم العقد من خلال الوجود الافتراضي للمتعاقدين والولي والشهود ويكون في هذا المجلس الافتراضي سماع الإيجاب والقبول.ويتم إبرام العقد عن بعد عبر الشبكة العالمية دون حضور الأطراف والولي والشهود في مجلس واحد. وعليه بات من الضروري البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا العقد الدولي، لاسيما في ظل تنازع القوانين.

كلمات مفتاحية: الزواج.، الزواج. الالكتروني.، القانون. الواجب. التطبيق.، الشروط. الموضوعية.، الشروط. الشكلية.

Abstract:

The impact of the Internet and information technology did not stop on the commercial sphere only, but also transcended the social sphere of the state, through the beginning of the spread of electronic marriage contracts, where the contract is made through the virtual presence of contractors, guardians and witnesses, and in this virtual council, the offer and acceptance are heard. The contract is concluded remotely. Through the global network without the presence of the parties, guardian and witnesses in one council. Accordingly, it has become necessary to search for the law applicable to this international contract, especially in light of conflict of laws.

Keywords: Marriage electronic marriage; applicable law; substantive conditions; formal conditions.

1- مقدمة

ساهم التطور التكنولوجي والتقني لوسائل الاتصالات وكذلك الاستعمال الواسع لشبكة الانترنت في تسهيل التواصل بين الأشخاص عن بعد،حيث استطاعت التقنيات الحديثة فرض حضورها المادي بقوة في حياتنا اليومية مما فتح المجال للعديد من المعاملات الالكترونية، وظهر ما يسمى بالحكومة الالكترونية، والتجارة الالكترونية والإدارة الالكترونية وغيرها.

وقد ساهم هذا التطور في إيجاد عقود لم تكن تعرف من قبل ألا وهي العقود الإلكترونية، فالعقد الالكتروني هو"اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية."

وعرف أيضا على أنه:"عبارة عن نوع من العقود المبرمة عن بعد ما بين غائبين من حيث المكان باستخدام وسيلة اتصال فوري هي الانترنت، وهذا التعاقد يتم بالكتابة من خلال تبادل الرسائل الالكترونية أو بالصوت عبر تبادل الحديث عبر الشبكة أو عبر استخدام تقنية تبادل الصوت

والصورة معا، وهو عقد يتميز بالطريقة التي ينعقد بها حيث يتلاقى الإيجاب والقبول على الشبكة العالمية للاتصال عن بعد مكونين بذلك اتفاقا." (1)

فهو عقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، غير أن كلا من المتعاقدين يرى الآخر ويسمعه، إلا أنهما ليس في مجلس واحد، ويمكن أن يكونا المتعاقدين في دولة واحدة،أو في دولتين مختلفتين.وقد اعتمد البعض هذه الطريقة الحديثة لإبرام عقود الزواج أيضا، حيث أصبح عقد الزواج الإلكتروني متاحا للأشخاص الذين لم تسعفهم الظروف لإتمام هذا العقد حضوريا.

ومن أبرز الأسباب التي ساعدت في انتشار عقود الزواج الالكترونية الاعتماد على الإدارة الالكترونية في إبرام هذه العقود، حيث تقدم بعض الدول خدمات إلكترونية تتيح إتمام جميع إجراءات عقد الزواج إلكترونياً من خلال منصة، بكل يسر وسهولة، وتتيح الخدمة للمستفيد تسجيل بياناته وبيانات عقد الزواج، ثم حجز موعد ليتم عقد الزواج بشكل إلكتروني بعدها يوثق العقد، دون حضور المستفيد للمحكمة.

الإشكالية

تتم عقود الزواج الالكترونية من خلال الوجود الافتراضي للمتعاقدين والولي والشهود ويكون في هذا المجلس الافتراضي سماع الإيجاب والقبول والاتفاق على المهر وعلى شروط الطرفين على مرأى ومسمع الأطراف والشهود. وعلى اعتبار أن هذا العقد صحيح قائم شرعا و قانوننا، خاصة إذا تم في ظل قانون واحد حيث أن الطرفين يقيمان في دولة واحدة ومن جنسية واحدة، منعتهم الظروف لحضور العقد. فالمشكل يظهر عندما يكون أحد الطرفين في دولة، و الطرف الآخر في دولة أخرى، أو يكون كلا من الطرفين في دولة والعقد يتم في

(1) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، عمان، ط2، 2010م، ص 71.

دولة ثالثة، زيادة على ذلك يختلفان في الجنسية، فما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة؟ وما مدى مواكبة واستجابة الحلول الوضعية المقررة لفض تنازع القوانين في مسائل الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الجزائري لتطورات تكنولوجيا الاتصالات؟ وأثر هذا على توسيع نطاق العلاقات الدولية الخاصة، وهل تساهم هذه القواعد في حل المشكلات العملية للتنازع ؟ أم أننا في حاجة لإضافة قواعد إسناد جديدة؟.

و للإجابة عن هذه الأسئلة وضعنا الخطة الآتية:

أولا : القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج الالكتروني.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج الالكتروني.

2.القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج الالكتروني.

اختلفت الآراء الشرعية والقانونية حول مدى صحة إبرام عقود الزواج عبر وسائل الاتصالات الحديثة، غير أنه يمكننا القول برجحان بإجراء عقد الزواج عبر وسائل الاتصالات التي تمكن من نقل الصوت والصورة عبر شبكة الانترنت، وذلك لتوفر شروط النكاح من التلفظ بالإيجاب والقبول، و سماع كل من المتعاقدين للآخر ورؤيته ومعرفته له، ووجود الولي والشهود، وكون المتعاقدين غائبين لا يؤثر على صحة العقد، فالعاقدين غائبين بشخصيهما، ولكنهما يعقدان عقد الحاضرين يسمع كل منهما الآخر كما يسمعهما الشهود وهما يتبادلان صيغة العقد الإيجاب والقبول (1).

فإذا كان ذلك بحضور ولي الزوجة، وكذا الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإضافة الشكلية أو الرسمية انعقد العقد شرعا وقانونا وفقا للمواد(2) 9 و9 مكرر و10 و18ق أ ج. (3).

وبالرجوع إلى نص المادة 10 نجد أن المشرع الجزائري قد نص على أن الأصل في التعبير عن صيغة عقد الزواج تكون باللفظ و استثناء يجوز من العاجز الإيجاب والقبول بكل ما يفيد معنى النكاح كالكتابة و الإشارة، ويمكن أن يدخل في العجز- إلى جانب تعذر النطق – تعذر الحضور لمجلس العقد، فالنص لم يحدد المقصود بالعجز،إلى جانب مساواة المشرع الجزائري في الحجية بين الكتابة العادية و الكتابة الالكترونية بمقتضى المادة 323مكرر ق م ج(4).

---

(1) إبراهيم رحماني،إبرام عقود الزواج عن طريق الوسائط الالكترونية الحديثة دراسة مقارن، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، ع4، ذو الحجة 1437هـ- سبتمبر2016، ص100.

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، دط، 2013، ص246 .

(3)القانون رقم 84-11 المؤرخ في9 رمضان عام 1404هـ الموافق9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

(4) عبد الرحيم صالحي، انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري-، دفاتر السياسة والقانون، ع7، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، جوان 2012، ص194.

ثم إن القواعد العامة الواردة في القانون المدني الجزائري بعد تعديل القانون رقم 05-10المؤرخ في 20-06-2005 أجازت التعبير عن الإرادة إلكترونيا متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها عبر الأجهزة الإلكترونية المحمية و الآمنة من الغش و الخداع(1)

ولكن هذا يحتاج من الناحية العملية إلى تأسيس وتدعيم هياكل وآليات الحكومات الإلكترونية، وإنشاء وكالة وطنية لأمن المعلومات(2). ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج الالكتروني لابد من تحديد زمان ومكان انعقاده، وكذلك تكييف شروط عقد الزواج والتفريق بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية.

1.2 الشروط الموضوعية لعقد الزواج في القانون الجزائري:

لقد تناول قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحا دون أن يميز بين ما يعتبر منها من الشروط الموضوعية وما يعتبر منها من الشروط الشكلية. غير أنه على صعيد القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بين شكل الزواج وموضوعه، ويرتب على ذلك إخضاع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي تخضع له الشروط الشكلية. (3)

الشروط الموضوعية للزواج في القانون الدولي الخاص الجزائري تشمل كافة الشروط الأساسية لصحته كعقد؛ أي أركان عقد الزواج وشروطه.

الشروط الموضوعية للزواج هي الشروط المتمثلة في العاقدين (الزوج والزوجة)، المعقود عليه (الاستمتاع الذي يقصده الطرفان)،الصيغة (التراضي) والتي اعتبرها المشرع الجزائري الركن الوحيد في عقد الزواج وهذا في المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري من الأمر 05 – 02، والرضا هو تطابق إرادة الزوجين لإحداث الزواج ويكون بالإيجاب والقبول. هذا من جهة إلا أن عقد الزواج يحتاج لشروط الصحة والتي هي حسب قانون الأسرة الجزائري المنصوص عليها في المادة 09 مكرر، أهلية الزواج والتي حددها المشرع الجزائري في المادة 07 من قانون الأسرة بسن 19 سنة كاملة بالنسبة للمرأة والرجل معا، الولي الذي ذكره المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأسرة وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر هي تختاره. (4)

الصداق وهو مبلغ من المال يقدم للزوجة بغرض النكاح طبقا للمادة 14 من القانون نفسه، إضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية وهو كل مانع يحول دون إتمام الزواج وقد تكون موانع مؤبدة (سبب دائم لا يزول) وأخرى مؤقتة

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص246.

(2) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص246.

(3) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين،ج1، دار هومه، ط 2013، ص228.

(4)القانون رقم 84-11 المؤرخ في9 رمضان عام 1404هـ الموافق9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

(تزول) طبقا للمادة 23 من قانون الأسرة، إضافة إلى اعتبار المانع الصحي من موانع الزواج ويجب الإشارة إلى أن الموانع هي من النظام العام. (1)

هذا بالنسبة للقانون الجزائري.

غير أن الدول تختلف فيما بينها في تحديد مضمون هذه الشروط وقد يتم استبعاد البعض منها لتعارضها مع النظام العام والسياسة التشريعية للدول الأوربية القائمة على تسوية حقوق المرأة بحقوق الرجل كما هو الشأن بالنسبة للولاية في الزواج ومسألة تعدد الزوجات. بل أنه يلاحظ وجود تضارب بين مقتضيات التشريعات العربية فيما بينها فمثلا نجد القانون التونسي يمنع على الأجانب سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين إبرام زواج متعدد في تونس رغم أن قانونهم الوطني يبيح ذلك. (2)

2.2 ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج

اختلف الفقه القانوني في طريقة تكييف الشروط الموضوعية لعقد الزواج لتحديد القانون الواجب التطبيق، وقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: وهو إسناد الشروط الموضوعية إلى قانون محل إبرام الزواج وهذا دون التمييز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية.

الاتجاه الثاني: وهو الذي يتجه لإخضاع الشروط الموضوعية إلى موطن الزوجين.

الاتجاه الثالث: وهو الغالب والذي يخضع الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية الزوجين والذي أخذت به كل من فرنسا وألمانيا وحتى اتفاقية لاهاي 1902 المادة 01 منها(3). وكذلك القانون الجزائري في المادة 11 من القانون المدني التي تنص على " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"(4)

وبالرجوع إلى نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية يتأكد تفضيل المشرع الجزائري تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج. وهذا على الرغم من أن نص المادة 97 جاء أحادي الجانب إذ تطرق لزواج الجزائرين في الخارج

(1)عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009، ص70. بلحاج العربي، المرجع السابق،ص103.

(2)يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الاجتهاد، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، ع01، جانفي 2012. ص59.

(3)يوسف مسعودي، المرجع ، ص60.

(4)الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20رمضان 1395الموافق26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

ولم يتطرق لزواج الأجانب في الجزائر أو خارجها. فإنه لا يوجد ما يمانع من إعطاء نص المادة97 تفسيرا مزدوجا حيث يخضع الأجانب بالنسبة لزواجهم الذي يعقد في الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم(1)

وقد سبق القول بأن المادة 11 قانون مدني أخضعت الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية كل من الزوجين إلا أنه هناك استثناء ورد في المادة 13 قانون مدني "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج." (2)

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

وهذا الاستثناء الوارد في المادة 13 يعتبر تكريسا لتطبيق القانون الجزائري على حساب القانون الأجنبي من قبل القاضي الجزائري، وهو كذلك حماية لخصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر، وتكريسا للمساواة بين الرجل والمرأة في تحديد القانون الواجب التطبيق(3).

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

وتطبيق قانون الجنسية على الشروط الموضوعية لصحة الزواج يكون وقت إبرام عقد الزواج، ولا يتأثر فيما بعد العقد إذا غير أحد الزوجين جنسيته لاحقا، وكذلك فإن تطبيقه لا يثير أي إشكال إذا كانا الزوجان متحدي الجنسية، وإنما يثار الإشكال في حال اختلاف جنسيتهما،(4) فكيف يطبق القاضي قانون الجنسية في هذه الحالة؟

قبل الإجابة يجب توضيح أن هناك شروط فردية كالأهلية والرضا وأخرى مزدوجة متعلقة بالزوجين كالموانع. اختلف الفقهاء حول تطبيق قانون الجنسية فمنهم من أخضع الشروط الموضوعية لكل من جنسية الزوج وجنسية الزوجة وهو ما يسمى "بالتطبيق الجامع" إلا أنه انتقد في كونه صعب من حيث التطبيق العملي، وكذا يضيق حالات انعقاد الزواج المختلط . غير أن أغلبية الفقه اتجه نحوى إخضاع الشروط الموضوعية إلى جنسية كل طرف على حدا وهذا هو "التطبيق الموزع" ولكن ما

(1)أعراب بلقاسم، المرجع السابق،ص229 .

(2)الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20رمضان 1395الموافق26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

(3)بلال عثماني، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة ميرة عبد الرحمان، بجاية، عدد خاص، 2015،ص 188.

(4)أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، مصر، دط، دت، ص 313.

لموانع الزواج من خطورة وحساسية اشترط الفقهاء في هذه الناحية "التطبيق الجامع" ومثال ذلك أن محكمة استئناف باريس قد اعتبرت وجود زواج سابق مانع من موانع الزواج المزدوجة أي المتعلقة بالرابطة الزوجية وقد أبطلت على هذا الأساس زواج فرنسية مع كمروني متزوج على الرغم من أن قانونه الشخصي يبيح تعدد الزوجات(1).

أولا: التطبيق الجامع

ينادي أنصار هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، بمعنى أنه يستوجب على كل زوج أن يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، وإضافة إلى ذلك الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الوطني لزوجه في ذات الوقت(2). بمعنى إدماج أحكام كل من القانونين ثم تطبيق هذه الأحكام على كل من الزوج والزوجة. (3)

والحجة التي يستند إليها هذا الاتجاه أن المقصود من قاعدة الإسناد هو حماية الرابطة الزوجية ذاتها، ولتلافي قيامها صحيحة في نظر دولة أحد الزوجين وغير صحيحة في نظر قانون دولة الزوج الآخر، وكذلك لكي لا يكون لأحد القوانين امتياز على القانون الآخر. ولقد لاقى هذا الاتجاه انتقادا كبيرا، ذلك أن من شأنه إهدار القواعد الأكثر تساهل وإعمال القوانين الأكثر تشددا (4)، وبالتالي تقل فرص انعقاد الزواج المختلط، ونظرا لكون القول بالتطبيق الجامع لكل الشروط الموضوعية لصحة الزواج غير منطقي، أخذت معظم التشريعات بتطبيقه في بعض منها فقط، وهي الشروط التي تتمتع بالصفة المزدوجة والتي تخص العلاقة الزوجية في حد ذاتها ، ومن أمثلة هذه الشروط موانع الزواج كالقرابة والموانع الصحية والتي منها الأمراض الجسمانية والأمراض العقلية، ومسألة الارتباط بزواج سابق وكذلك مسألة اختلاف الدين، ويخرج منها العوائق الإقليمية والعنصرية.(5) أما المشرع الجزائري فقد نص على موانع الزواج في قانون الأسرة من خلال المواد من 23،24،30 منه وبالتالي تخضع للتطبيق الجامع للقانونين نظرا لخطورتها وتعلقها بالنظام العام، وكونها تخص الرابطة الزوجية ذاتها (6).

ثانيا الثاني: التطبيق الموزع

(1)أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص235.

(2)أحمد عبد الحميد عيشوش، المرجع السابق، ص 313.

(3)صالح الدين جمال الدين، تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون–، دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006،ص216.

(4)صالح الدين جمال الدين، المرجع نفسه ،ص217.

(5) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري– تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000،ج1، ص 162

(6) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 61.

وليكون عقد الزواج المختلط صحيحا يجب تطبيق الشروط الموضوعية المطلوبة على كل فرد في قانونه، وهذا الرأي السائد فقها وقضاء، والهدف من هذا التطبيق حماية مواطني الدولة إلى جانب التقليل من فرص بطلان الزواج المختلط (1).

ونجد المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع في تطبيقه للشروط الموضوعية في عقد الزواج، وهذا ما أكده في نص المادة 11 ق م ج التي تنص على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين ." وهذا ما يظهر من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة، فاستعمال المشرع لعبارة "لكل من الزوجين" دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الذي ينادي بالتطبيق الموزع فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمال "لكلا من الزوجين" ولكن يستثني نص هذه المادة كل ما يتعلق بالموانع التي يطبق بشأنها التطبيق الجامع(2).

وإذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بالتطبيق الموزع بالنسبة للشروط الموضوعية لعقد الزواج، وستثنى موانع الزواج حيث تخضع للتطبيق الجامع حماية للعلاقة الزوجة وهذا في عقود الزواج التقليدية، فانه يمكننا تطبيق القواعد نفسها على عقود الزواج الالكترونية، فتواجد المتعاقدين و ضابط الحالة المدنية أو الموثق في دول مختلفة لا يؤثر على إمكانية التطبيق الموزع على الشروط الموضوعية لعقد الزواج الدولي الالكتروني.

3.القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج الالكتروني

1.3 الشروط الشكلية لعقد الزواج في القانون الجزائري:

تعرف الشروط الشكلية بأنها الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة وإظهارها في صورة مادية محسوسة فهي تتعلق بالمظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج حتى يصبح معمول به لدى الغير(3) فهي مجموعة من المسائل المتعلقة بإجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية(4). ومن هذه الشروط الشهادة و إبرام الزواج أمام الجهات الدينية و القانونية المختصة لإعلانه وتوثيقه. لدى فتسجيل عقد الزواج أو إشهاره شرط لإحداث العقد آثاره القانونية اتجاه الغير.

وبالرغم من أن الزواج من العلاقات الخاصة التي تعقد بين الأفراد بتوافق إرادة العاقدين (الزوج والزوجة)، إلا أنه يختلف عن بقية عقود القانون الخاص من حيث تعذر التحلل من آثاره باتفاق خاص بين الزوجين أو استبعاد هذه الآثار وفقا لمبدأ سلطان الإرادة. فالمشرع في كل دولة يحمي آثاره بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها. ولما كانت القواعد

(1)زلاسي بشرى، الزواج المختلط إشكالية التنازع من حيث انعقاده وآثاره، ماجستير تخصص العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون ، الجزائر، السنة الجامعية 2000_2001، ص 69.

(2) دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جانفي 2011، مج3، ع4، ص240.

(3) هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج _دراسة مقارنة_، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دط، 2006، ص48

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 264.

المنظمة للزواج وآثاره وموانعه تتأثر بالعوامل الدينية والأخلاقية والاجتماعية والمثل العليا الأخرى في كل جماعة، لذا فإن أصول هذه القواعد تختلف من دولة إلى أخرى وهذا الاختلاف يؤدي إلى تباين أحكام التشريعات بشأنها في الدول المختلفة وبالتالي يؤدي إلي تنازع القوانين(1).

وقد أخضع المشرع الجزائري الشروط الشكلية لضوابط إسناد وهي ضابط محل إبرام عقد الزواج (2) وكذلك أخضعها لضابط الجنسية المشتركة(3).

ويبرم عقد الزواج أما أمام الموثق وإما أمام الموظف مؤهل قانونا، يقصد بالموظف المؤهل قانونا ضابط الحالة المدنية الذي هو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نوابه كما يجوز لرئيس المجلس أن يفوض أي عون بلدي يقوم بوظيفة دائمة لا يقل عمره عن 21 سنة لممارسة مهامه كضابط للحالة المدنية لتسجيل وقيد جميع العقود بما فيها عقد الزواج(4). أما خارج الوطن يعتبر ضباط الحالة المدنية رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية، و يجوز أن ينوب عن هؤلاء من يقوم بمهامهم بموجب مقرر من وزير الخارجية شريطة أن يكونوا موظفين في السلك الدبلوماسي (5)

كل عقد لا يبرم أمام الموثق، أو الموظف المؤهل قانونا يعتبر عقدا عرفيا والعقد العرفي هو العقد الذي يبرم بحضور جماعة من المسلمين وبتوافر الشروط والأركان الشرعية إلا أن مثل هذه العقود لا ترتب آثارها القانونية أي (الحقوق والواجبات)، إلا بعد تثبيتها بحكم من الحكمة المختصة (6).

2.3 ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج

(1)غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص100،https://almerja.com/reading.php?idm=149405

(2) سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر،1986، ص 157.

(3) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، 2004،ج1، ص 153.

(4)المواد 1 و 2 و 3 فقرة 2 من الأمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون 22 الحالة المدنية.

(5) المادتين 2 فقرة 4 و104 من قانون الحالة المدنية.

(6)بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة "دفاتر مخبر حقوق الطفل"، تصدر عن مخبر حقوق الطفل بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، ،ع 10، 2008، ص17.

فقد أخضع المشرع الجزائري الزواج باعتباره تصرفا قانونيا من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية، بحيث تقضي بخضوع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن يخضع شكل الزواج أيضا للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين(1).

المادة 19 ق م ج" يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيق".

وقد وقع جدال فقهي حول هذه المادة، بحيث يرى البعض بأنها لا تدخل ضمن مجال الزواج إنما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى جانب آخر أن المادة 19 ق م ج تنطبق على الزواج باعتباره عقدا مثل سائر العقود، ولهذا في حالة عدم وجود نص خاص، يرجع إلى تطبيق القاعدة العامة، أي تطبيق المادة 19 ق م ج ، ومع هذا الجدل، وبوجود نصوص خاصة في قانون الحالة المدنية الجزائري واستنادا على وجه الخصوص لنصوص المواد 95،96،97 يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط محل الإبرام (المادة 95 والمادة 97ف1 من قانون الحالة المدنية) وبضابط الجنسية المشتركة سواء الجنسية المشتركة بين الزوجين في المادة 96 من ق ح م، أو الجنسية المشتركة بين أحد الزوجين والقنصل في المادة 97 ف2 ق ح م (2).

أولا: ضابط محل إبرام عقد الزواج

جسد المشرع الجزائري قاعدة محل الإبرام وذلك في المواد 71 ،95 ،97 من قانون الحالة المدنية، فنصت المادة 95 ق ح م المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب، يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا لمكان الإبرام، وذلك وفقا لنص المادة 97 ق ح م التي تنص على أنه: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ."كما يعتبر عقد الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا، إذا أبرم وفقا للشروط المتبعة والمطبقة في بلد العقد على عدم مخالفة الزوج (3) الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لانعقاد الزواج،

(1) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص 153.

(2) رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، ماجستير القانون الدولي الخاص،جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2010_2011، ص27-28.

(3)سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط3 ،دار هومة للطباعة، الجزائر، ص259

و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول في هذا النص زواج جزائرية بأجنبي، ما يدفعنا إلى القول أن هذا الزواج لا يجوز عقده في الشكل المحلي، ويرجع السبب في ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، غير أن هذا التخوف ليس في محله، ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية يعتبر الضمان الكافي لعدم استطاعة عقد الزواج مع غير مسلم (1).

أما فيما يخص زواج الأجانب في الجزائر، فلهم الخيار بين عقد زواجهم وفقا للشكل المحلي، وبين عقده وفق قانون جنسيتهم المشتركة، أما إذا كانا مختلفي الجنسية، فإن الشكل المحلي يصبح إلزاميا بالنسبة لهم، ومتى تم زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي، فإنه على الزوجين احترام الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري (2) ، وهذا ما نصت عليه المادة 71 ق ح م "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ." وهذا أيضا ما نصت عليه المادة 19 من ق م ج سابقة الذكر التي تخضع أشكال العقود بين الأحياء إلى الإشكال الواجبة لإتباع في البلد الذي أبرمت فيه.

ثانيا: ضابط الجنسية المشتركة

قد يخضع الزواج من حيث الشكل القانوني للجنسية المشتركة في حال اتحاد الزوجين في الجنسية، سواء تعلق الأمر بالدول التي اعتبرت خضوع الشكل لقانون محل إبرامه اختيارية، أو الدول التي اعتبرت خضوع الزواج للشكل القانوني المحلي إلزامية وذلك لأن أغلبية الدول تسمح لرعاياهم بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها(3).

وقد أقرت هذا الاختصاص بعض المعاهدات الدولية مثل معاهدة اتفاقية لاهاي 1902 واتفاقية فينا 1963 وأجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان المستقبليان من دولة القنصل(4).

كما نصت عليه القوانين الداخلية لاسيما المادة 96 ق ح م التي تنص على: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية ."

ونصت المادة 97 ق ح م ج على الزواج المختلط "على أن يجري مثلا ذلك بالنسبة للزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، غير أنه إذا كانت

(1)عراب بلقاسم، المرجع السابق، ص243

(2) رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص31-32.

(3)زروتي الطيب – القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين المرجع السابق، ص 155

(4) رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص 31-32.

الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا يتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم".

باعتبار الزواج تصرف قانونيا من الناحية الشكلية فإنه يخضع لقاعدة لوكس غير أن الدول تختلف في اعتبار هذه القاعدة اختيارية أم إلزامية

فنظرا إلى بعض القوانين التي أخذت بقاعدة لوكس على سبيل الإلزام بحيث لا يجوز تطبيق قانون آخر كاليابان والقانون الأمريكي. غير أن أغلبية الدول تأخذ بالقاعدة على سبيل الاختيار وكذا تجيز إخضاع الشروط الشكلية لقانون جنسية الزوجين وقد أخذت به كل من القانون الفرنسي والمصري والألماني والكويتي.

أما القانون الجزائري فيعتبر هذه القاعدة إلزامية في الحالة التي يكون فيها الزوجين متحدي الجنسية وفي حالة اختلاف جنسيتهما فتخضع الشروط الشكلية لمحل الإلزام وهذا طبقا لنص المادة 19 قانون مدني "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"(1).

أما بالنسبة للزواج الذي يعقد في الخارج فقد أجاز القانون أن يتم الإشراف عليه من قبل الدبلوماسيين أو القناصلة(2). اتفاقية لاهاي الخاصة بالزواج لسنة 1902 الخاصة بالزواج والاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 – 05 – 1974 وهو ما نصت عليه المواد 96 – 97 من قانون الحالة المدنية (أمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970) حيث اعتبر الزواج الذي يعقد أمام الدبلوماسيين أو القناصل صحيحا.

إلا أن المادة 97 ف 2 من قانون الحالة المدنية التي نصت على " ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية" استثنت زواج الجزائرية بأجنبي وأشارت إليه في المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري. حيث اشترطت إجراءات خاصة وهي الحصول على ترخيص تسلمه المصالح الإدارية الخاصة بشؤون الأجانب في الجزائر, وقد تضمنت تعليمة وزارية مشتركة بين وزير الداخلية ووزير العدل إضافة إلى شرط الإسلام في طالب الزواج الأجنبي الذي يرغب بالزواج من جزائرية." (3)

وان كان الأصل أن يطبق قانون محل إبرام عقد الزواج على الشروط الشكلية، إلا أنه يجوز أيضا أن يخضع العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعي.

أم بالنسبة لعقود الزواج المختلط الالكترونية فأعتقد أنه لا يمكن تطبيق ضوابط الإسناد نفسها بل يجب أن يكون للمتعاقدين صلة بمكان إبرام الزواج الالكتروني فمثلا لا يمكن عقد زواج جزائريين مقامين في الجزائر في السعودية مثلا لمجرد

(1)زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين ،المرجع السابق ، ص 159

(2) زلاسي بشرى ، المرجع السابق ، ص109.

(3)زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري المرجع السابق ، ص 159

أن المملكة السعودية سهلت إجراءات عقد الزواج الكترونيا بإرسال جميع الوثائق الكترونيا وتحديد موعد مع المأذون الكترونيا وتسجيل العقد دون التنقل إلى المحكمة، فلابد من أن تكون لأحد المتعاقدين أو لكلاهما صلة بمكان إبرام العقد.

وعليه يمكن القول أنه لابد من وضع قواعد إسناد خاصة بالنسبة لعقد الزواج الالكتروني سواء للشروط الشكلية أو الموضوعية.

4. خاتمة:

تعتبر عقود الزواج الالكترونية من العقود المستحدثة التي ساهمت في ظهورها وسائل الاتصال، حيث مكنت من إبرام عقد الزواج عن بعد مثله مثل باقي العقود التجارية، غير أن عقد الزواج له قداسية تستدعي وضع قواعد قانونية خاصة لإبرام عقود الزواج الالكترونية، حماية للأسرة والمجتمع.

فلا يمكن الاعتماد على القواعد العامة في إنشاء مثل هذه العقود، كما أنه لا يمكن الاعتماد على القواعد القانونية المتعلقة بالعقود الالكترونية، فلا مجال لمقارنة عقود الزواج الالكترونية بعقود التجارة الالكترونية على أساس أن كلاهما عقد.وعليه استخلصنا مجموعة من النتائج:

1_ ضرورة الاعتماد على القواعد العامة في القانون المدني الجزائري إلى حين استصدار قواعد قانونية خاصة بعقود الزواج المختلط الالكترونية.

2_ وضع قواعد إسناد خاصة بعقود الزواج المختلط الالكترونية لتسهيل معرفة القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود.

5. قائمةالمراجع:

الكتب

1. أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، مصر، دط، دت.
2. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين،ج1، دار هومه، ط 2013.
3. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، عمان، ط2، 2010م.
4. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، دط، 2013.
5. زروتي الطيب – القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة،2000 .
6. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية.
7. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر،1986.

8. سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط3 ،دار هومة للطباعة، الجزائر.
9. صالح الدين جمال الدين، تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون–، دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006.
10. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009.
11. غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، https://almerja.com/reading.php?idm=149405
12. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج _دراسة مقارنة_، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دط، 2006.

المجلات

1. إبراهيم رحماني،إبرام عقود الزواج عن طريق الوسائط الالكترونية الحديثة دراسة مقارن، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، ع4، ذو الحجة 1437هـ- سبتمبر2016.
2. بلال عثماني، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة ميرة عبد الرحمان، بجاية، عدد خاص، 2015.
3. بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة "دفاتر مخبر حقوق الطفل"، تصدر عن مخبر حقوق الطفل بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، ، ع 10، 2008.
4. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جانفي 2011، مج3، ع4.
5. عبد الرحيم صالحي، انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري–، دفاتر السياسة والقانون، ع7، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، جوان 2012.
6. يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الاجتهاد، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، ع01، جانفي 2012.

الرسائل الجامعية:

1. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، ماجستير القانون الدولي الخاص،جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2010_2011.

2. زلاسي بشرى، الزواج المختلط إشكالية التنازع من حيث انعقاده وآثاره، ماجستير تخصص العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون ، الجزائر، السنة الجامعية 2000_2001.

القوانين

1. الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20رمضان 1395الموافق26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في9 رمضان عام 1404هـ الموافق9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.