قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري

بقلم فتيحة يوسف عماري[*]

مقدمة:

خصص المشرع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من القانون المدني لقواعد الإسناد في مختلف المسائل القانونية، وذلك بعدما بين في المادة 9 منه، القاعدة في شأن القانون الذي يخضع له التكييف، وهو "قانون القاضي" على غرار كافة التشريعات العربية[1] كما بين في المادة 21 حكم التعارض بين أحكام المواد السابقة الذكر – أي المواد من 9 إلى 20 – وبين قانون خاص أو معاهدة خاصة[2]

ثم بين في المادة 22 كيفية تحديد قانون الجنسية عندما يسند إليه حكم العلاقة[3]

كما قرر في المادة 23 تطبيق قواعد الإسناد الداخلي في الدولة الواجب تطبيق قانونها، وذلك بالنسبة للدول ذات الشرائع المتعددة[4]

---

[*] أستاذة مكلفة بالدروس، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.

[1] تقابلها المادة 10 من القانون المدني المصري، والمادة 11 مدني سوري، والمادة 10 مدني ليبي، المادة 1/17 مدني عراقي، المادة 31 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 الصادر في 14 فبراير سنة 1961 والذي انفرد به المشرع الكويتي بتنظيمه في هذا القانون للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي من حيث تنازع القوانين تشريعيا وقضائيا.

[2] تنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر"
وتقابلها في تشريعات الدول العربية المواد 23 مدني ليبي، المادة 23 مدني مصري، المادة 25 مدني سوري، المادة 29 مدني عراقي، المادة 68 من القانون الكويتي، السابق الذكر

[3] تنص المادة 22 من القانون المدني الجزائري: "في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي 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.
وفي حالة انعدام الجنسية يعين القاضي القانون الواجب تطبيقه"
تقابلها في تشريعات الدول العربية المواد التالية: المادة 25 مدني ليبي، 25 مدني مصري، 27 مدني سوري، 33 مدني عراقي، المادة 70 من القانون الكويتي، السابق الذكر.

[4] تنص المادة 23 من القانون المدني الجزائري: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه"
تقابلها المواد التالية: المادة 26 مدني ليبي، 26 مدني مصري، المادة 28 مدني سوري، المادة 31 مدني عراقي، المادة 71 من القانون الكويتي، السابق الذكر.

وأخيرا. أكد في المادة 24 على استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى كانت أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب العامة في الجزائر[5]

وسوف نقتصر هنا على بحث قواعد الإسناد في بعض المسائل من الأحوال الشخصية، ونتساءل عن القانون الواجب التطبيق في قواعد التنازع الدولي في هذه المسائل.

تختلف الدول فيما بينها في إسناد مسائل الأحوال الشخصية فبعضها يسندها لقانون الجنسية (كالدول اللاتينية والدول العربية)، وبعضها لقانون الموطن (كالدول الجرمانية). ولكل وجهة نظره الذي يبررها بحجج لا داعي لسردها هنا[6]

يحسن بنا، قبل البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، أن ننوه إلى أن ضابط الإسناد المعمول به في الجزائر، على غرار التشريعات اللاتينية والعربية، هو قانون الجنسية بوصفه القانون الشخصي. وقد عبر المشرع الجزائري عن قانون جنسية الشخص بتعبيرات مختلفة. فهو أحيانا يستعمل عبارة "قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج" (المادة 1/12 و2 من القانون المدني)، "قانون المدين بالنفقة" (المادة 14 من القانون المدني)، "قانون الشخص الذي تجب حمايته" (المادة 15 من القانون المدني). "قانون المورث أو الموصي" (المادة 16 من القانون المدني).

هذا وتختلف الدول على إيجاد إطار محدد يشمل جميع مسائل الأحوال الشخصية، علما بأن موضوع هذه الأخيرة هو البحث عن المسائل التي تتعلق بالشخص مقابل تلك التي تتعلق بالمال.

والواقع أن بيان ما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية هو مسألة تكييف تخضع، بالنظر إلى وطنية قواعد الإسناد، لقانون القاضي، وتختلف من دولة إلى دولة بحسب حاجاتها، وظروفها، وتاريخها، وتراثها[7]

---

[5] تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر"
تقابلها المواد التالية: المادة 28 مدني ليبي، المادة 27 مدني مصري، المادة 30 مدني سوري، المادة 32 مدني عراقي، والمادة 73 من القانون الكويتي، السابق الذكر.

[6] د.علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص، 1984، ص من 57 إلى 61.

[7] د.عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، 1977، ص 172.

ومن هنا، يتبين مدى اتساع مجال الأحوال الشخصية في دولة عنه في الأخرى. فبينما يضيق نطاق الأحوال الشخصية في فرنسا. ويقتصر على الحالة والأهلية. يتسع في إيطاليا ليشمل الميراث. والوصية. والهبة...إلخ.

وما يهمنا هنا هو مجال الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري مع الاستئناس بأحكام القانون المقارن في المسائل التي لم يرد بشأنها حكم صريح في القانون الجزائري.

ويتسع موضوع الأحوال الشخصية في القانون الجزائري ليشمل جميع المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة[8]. والمتمثلة في الحالة والأهلية العامة. وحماية ناقص الأهلية. والزواج والمشارطات المالية التي تصاحبه. والطلاق والتطليق. والبنوة. وإثبات النسب. والولاية والوصاية والقوامة. والنفقة بين الأقارب. والميراث والوصية والهبة...إلخ.

أولا: الحالة والأهلية:

1 – الحالة:

أ – الحالة بالنسبة إلى الشخص الطبيعي:

يقصد بالحالة للشخص الطبيعي الحالة الخاصة. وهي مجموع الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته وتتمثل أساسا في صفات أساسها الواقع كالجنس. والسن. والصحة. أو أساسها القانون كالزواج والحجر.

وهذه الحالة هي التي يقع بشأنها تنازع القوانين. وقد خصتها التشريعات اللاتينية، والعربية –ومنها التشريع الجزائري– بقاعدة إسناد خاصة تقضي بإخضاعها لقانون جنسية الشخص[9] وذلك بخلاف التشريعات الجرمانية التي أخضعتها لقانون الموطن. فهذا القانون هو الذي يحكم كافة عناصر الحالة المدنية للشخص الطبيعي من بداية الشخصية إلى نهايتها. بما في ذلك روابط الأسرة مع ملاحظة أن المشرع الجزائري –على غرار التشريعات

---

[8] القانون رقم 84–11 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر بتاريخ 9 يونيو سنة 1984

[9] المادة 10 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 1/11 مدني ليبي، المادة 11 مدني مصري، المادة 12 مدني سوري، المادة 1/32 من القانون الكويتي، السابق الذكر

العربية – قد نص على قواعد إسناد خاصة ببعض هذه الروابط تسند هي الأخرى لقانون جنسية الشخص مع ضبط الوقت الذي يتحدد بالنظر إليه القانون الواجب التطبيق، مثل وقت انعقاد الزواج، ووقت رفع دعوى الطلاق، مما سنبينه فيما بعد.

ب – حالة الشخص الاعتباري:

وتشمل كل ما يتمتع به الشخص الاعتباري من شخصية معنوية من حيث تنظيمه، وتكوينه، وتصرفاته، وانقضائه وقد أخضع المشرع الجزائري كل ذلك للقانون الجزائري.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 2/10 من القانون المدني: "... أما الأشخاص الاعتبارية من شركات، وجمعيات، ومؤسسات وغيرها التي تمارس نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري" ونفس الحكم بالنسبة للتشريعات اللاتينية والعربية.

وتنص المادة 2/547 من القانون التجاري الجزائري: "تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري"

2 – الأهلية وحماية عديمي الأهلية:

أ – الأهلية:

إن خضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته، هي قاعدة عامة مأخوذ بها في كافة التشريعات اللاتينية وقد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 1/10 من القانون المدني. والمراد بالأهلية هنا **أهلية الأداء**. كما أن المراد بهذه الأخيرة الأهلية العامة – وليس الأهلية الخاصة – والتي أساسها التمييز، وهي التي قصد المشرع أن يخضعها لقانون جنسية الشخص، ويخضع تكييف الأهلية – طبقا للقاعدة العامة في التكييف – لقانون القاضي.

وعلى هذا الأساس، فإن الأهلية العامة للجزائري تخضع للقانون الجزائري. وتقضي المادة 40 من القانون المدني: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19)

سنة كاملة" كما تخضع الأهلية العامة للأجنبي لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأت بحكم خاص فيما يتعلق بالأهلية التجارية – والتي نص عليها في المادتين 5 و6 من القانون التجاري – في مجال التنازع الدولي. في حين، نرى أن المشرع الفرنسي أضاف فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون التجارة الفرنسي. نصها: "...تخضع أهلية التاجر فرنسيا كان أو أجنبيا لقانون البلد الذي يتخذ فيه مقر نشاطه التجاري"[10]

وإذا كان سريان قانون الجنسية هو الأصل في القانون الجزائري – وفي العديد من تشريعات الدول المعاصرة[11] – طبقا لنص المادة 1/10 من القانون المدني، إلا أنه قد أدخل استثناء على ذلك، مؤداه خضوع الأهلية لقانون القاضي. نصت عليه المادة 2/10: "... ومع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها. إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه. فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة"

وحتى يطبق هذا الاستثناء لابد من توافر الشروط التالية:

- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي يدخل في دائرة المعاملات المالية
- أن يعقد التصرف في الجزائر وينتج آثاره فيها.
- أن يكون نقص أهلية العاقد الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه أما إذا كان ظاهرا. كما لو كان صبيا صغيرا. أو مجنونا جنونا مطبقا. فلا يعمل بهذا النص.

---

[10] د. عز الدين عبد الله: المرجع السابق الذكر، ص 230، هامش 3.

[11] تقابلها في تشريعات الدول العربية المواد التالية: 11 مدني ليبي، 11 مدني مصري، 12 مدني سوري، 2/18 مدني عراقي، 33 من القانون الكويتي. السابق الذكر. كما تضمنت تشريعات الدول الغربية نصوصا تهدف إلى نفس الغرض. إذ نصت المادة 3/7 من القانون المدني الألماني أنه: "إذا أبرم أجنبي تصرفا قانونيا في ألمانيا وكان عديم الأهلية أو ناقصها بالنسبة لهذا التصرف فإنه يعد مع ذلك أهلا لإبرام هذا التصرف إذا كان القانون الألماني يعتبره كذلك" ومن ذلك أيضا المادة 9 مدني يوناني، والمادة 2/28 مدني برتغالي... إلخ.

أن يكون الأجنبي الذي قام بهذا التصرف كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري. وإن كان ناقصا طبقا لقانون جنسيته

ب – حماية عديمي الأهلية:

تعتبر النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية في أموالهم. من المسائل التي تناولها قانون الأسرة الجزائري[12]

تسند المادة 15 من القانون المدني الجزائري الاختصاص التشريعي لحماية عديمي الأهلية – ومن في حكمهم – لقانون جنسيتهم. وليس لقانون جنسية القائم بالحماية[13]. وذلك أن هذه النظم قد تقررت لحماية عديمي الأهلية وسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية

ويلاحظ أن المقصود بالولاية في المادة 15 هي الولاية على المال. فهذا النوع الأخير هو الذي يخضع لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته أما الولاية على النفس فهي تعد من آثار الزواج أو من آثار النسب وهي في كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب.

نطاق تطبيق قانون الشخص الذي تجب حمايته:

تقضي المادة 15 من القانون المدني الجزائري: "يبين قانون الشخص الذي يجب حمايته القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين، والغائبين".

وعلى هذا الأساس فإن هذا القانون – أي قانون الأسرة الجزائري – هو الذي يبين جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية عديمي أو غير كاملي الأهلية. فيرجع إلى قانون جنسية الشخص المراد حمايته لمعرفة طبيعة نظام الحماية الذي يجب أن يشمل به: هل هو نظام الولاية الشرعية أم نظام الوصاية أم القوامة، أو غير ذلك من النظم. كذلك يرجع إلى هذا القانون لبيان من تثبت له الولاية، ومن يصلح أن يكون

---

[12] أنظر الكتاب الثاني الولاية – الوصاية – التقديم من قانون الأسرة الجزائري.

[13] تقابلها المواد التالية. المادة 16 مدني ليبي، المادة 16 مدني مصري، المادة 20 مدني عراقي، المادة 46 من القانون الكويتي، السابق الذكر.

وصيا أو قيما أو وكيلا عن الغائب. كما أن هذا القانون هو الذي يبين حدود وظيفة القائم بالحماية وصلاحياته للقيام بها. وواجباته وما يستحقه مقابل عمله

ثانيا: الزواج

الزواج هو "اتفاق يتم بين الرجل والمرأة وفقا للأوضاع المقررة قانونا بقصد تأسيس أسرة شرعية" ويرتب القانون على هذه الرابطة كثيرا من الحقوق والواجبات بالنسبة لكل من الزوجين.

ويعتبر الزواج من أكبر المواضيع التي يتسع فيها الخلاف بين قوانين مختلف الدول. ذلك أن الفكرة الاجتماعية التي تقوم عليها هذه الرابطة تختلف من مجتمع إلى مجتمع، فبينما يتميز الزواج في الدول الإسلامية بكونه رابطة يمكن أن تتعدد. وأن تنحل بإرادة الزوج وحده، يعتبر في الدول الغربية رابطة تقوم على وحدة الزوجة ولا تقبل الانحلال.

غير أنه يتعين على القضاة في هذه الدول. عند تحديدهم لفكرة الزواج في العلاقات ذات الطابع الدولي، عدم التقيد بهاتين الخصيتين. والأخذ بجوهر فكرة الزواج في ذاته بمفهومه العام المتعارف عليه في مختلف الدول[14]

ولما كان الزواج يعد من أهم الروابط التي تحدد مركز الشخص من أسرته. فقد حرصت التشريعات العربية – ومنها التشريع الجزائري – على تنظيمه بقواعد إسناد خاصة تشمل جميع الجوانب المختلفة للعلاقة الزوجية من نشأتها حتى انقضائها. ولم تكتف التشريعات بالنص على قاعدة الإسناد الخاصة بانعقاد الزواج، بل نصت أيضا على قاعدة إسناد تبين القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج. وأخرى تبين القانون المختص بانحلال الرابطة الزوجية

وقبل أن نتناول هذه المسائل، نرى أنه من الضروري الكلام عن الخطبة التي تعتبر مقدمة للزواج في قوانين مختلف الدول. علما بأن أغلب هذه القوانين – ومنها القانون الجزائري – لم تخصها بقاعدة إسناد خاصة[15]

---

[14] د.عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 248

[15] وذلك بخلاف القانون الكويتي، السابق الذكر، إذ خص الخطبة بنص صريح وهو نص المادة 35 وهو كالآتي. تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية إلى كل خاطب. ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة. ومن فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ"

1 – الخطبة:

لقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 5 على أن: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها:

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

– لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه.

– وإن كان العدول من المخطوبة. فعليها رد ما لم يستهلك".

لقد اختلف الرأي في القانون الواجب التطبيق الذي تخضع له الخطبة. والنتائج المترتبة عن العدول عنها.

اتجه رأي في القديم إلى القول بإخضاع الخطبة لقاعدة الإسناد في العقود[16] كما اختلف الرأي حول القانون الواجب التطبيق على النتائج الناجمة عن الخطبة. ويتجه الرأي الراجح في فرنسا إلى تطبيق القانون المحلي باعتبار فسخ الخطبة **فعلا ضارا**.

وفيما يتعلق بالقانون الجزائري. وإن كان لم يخص الخطبة بقاعدة إسناد تبين القانون الواجب التطبيق عليها، إلا أنه يسهل تعيين ذلك عن طريق عملية التكييف التي يتبين من خلالها أن الخطبة من مسائل قانون الأسرة. وهذا يتطلب إخضاعها للقاعدة العامة التي تحكم حالة الأشخاص (المادة 10 من القانون المدني)، ألا وهي قانون الجنسية.

واستنادا إلى ذلك نخلص إلى أن الخطبة – في القانون الجزائري – تخضع من حيث الموضوع لقانون جنسية الطرفين (الخطيب والمخطوبة)، وإن اختلفا جنسية يطبق القانون الوطني لكل من الطرفين عملا بنفس القاعدة العامة بشأن الشروط الموضوعية للزواج (المادة 11 من القانون المدني). وإذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت الخطبة، فإننا نرى بأن القانون الجزائري وحده ينفرد بحكم الخطبة وآثارها، وآثار العدول عنها، أي النتائج المترتبة عن العدول في ذاته (المادة 5/2–3–4 من قانون الأسرة الجزائري) قياسا على ما يحكم الزواج وآثاره كما سوف نرى (المادة 13 من القانون المدني).

---

[16] أنظر في هذا الخلاف: د.عز الدين عبد الله، المرجع السابق الذكر، ص 252 هامش رقم 1.

أما الشروط الشكلية للخطبة فتخضع إما لقانون جنسية كل من الخطيب والمخطوبة. وإما للشكل المحلي أي قانون البلد الذي تمت فيه تطبيقا للمادة 19 من القانون المدني. كما سيأتي تفصيل ذلك عند الكلام عن شكل الزواج.

2 – تحديد القانون الذي يحكم انعقاد الزواج:

إن عقد الزواج – كتصرف إرادي – يتضمن نوعين من الشروط: شروطا **موضوعية** وشروطا **شكلية**

وقد بين المشرع الجزائري صراحة قاعدة الإسناد التي يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج.

أما بالنسبة للشروط الشكلية. فالظاهر أنه اكتفى بقاعدة الإسناد التي نص عليها في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للتصرفات القانونية بصفة عامة (المادة 19 من القانون المدني).

ولما كانت قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج تختلف عن تلك الخاصة بالشروط الشكلية، فإنه يتعين – إذا ما أثير نزاع يتعلق بشروط انعقاد الزواج – معرفة ما إذا كان الشرط محل النزاع يعد شرطا شكليا أو موضوعيا، وذلك حتى يتسنى تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق. ويتم ذلك عن طريق التكييف الذي يخضع لقانون القاضي.

أ – تحديد قاعدة الإسناد فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج:

تنص المادة 1/11 من القانون المدني الجزائري "الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين"[17]

---

[17] تقابلها المادة 12 من القانون المدني المصري، و13 مدني سوري، و12 مدني ليبي، و19 مدني عراقي، والمادة 36 من القانون الكويتي، السابق الذكر. ونلاحظ أن هذا الأخير كان واضح في الصياغة بالنسبة لذلك إذ تنص المادة 36 من هذا القانون: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج كالأهلية وصحة الرضا وشرط الخلو من موانع الزواج إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية، فإن اختلفت وجب الرجوع بالنسبة إلى كل زوج إلى قانون جنسيته.

إن قانون جنسية كل من الزوجين هو الذي يسري على زواجهما، ويعتد بهذا القانون وقت إبرام عقد الزواج فقط، بحيث لا يتأثر عقد الزواج إذا ما تغيرت جنسية أحد الزوجين.

غير أن تطبيق هذه القاعدة يثير بعض الصعوبات، وذلك في حالة اختلاف جنسية الزوجين، حيث يثور التساؤل عن المقصود باصطلاح "قانون كل من الزوجين". هل يتعين تطبيق القانونين تطبيقا جامعا، أم يكفي تطبيق كل منهما تطبيقا موزعا؟

يتجه الرأي الغالب إلى القول بالتطبيق الموزع[18]، بمعنى أنه يكفي لانعقاد الزواج أن يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط، وذلك أن كل مشرع يهدف إلى حماية مواطنيه بالدرجة الأولى. غير أن هذا التطبيق الموزع لا يكون بصورة مطلقة، بل لابد من التطبيق الجامع فيما يتعلق بموانع الزواج لخطورتها سواء كانت الموانع مؤبدة أو مؤقتة. فيكفي أن يتضمن أحد القانونين النص عليها لكي لا ينعقد الزواج صحيحا. وقد نص القانون الكويتي صراحة على ذلك في المادة 36 منه: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج كالأهلية وصحة الرضا وشرط الخلو من موانع الزواج إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية، فإن اختلفت وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته".

والواقع أن فكرة **النظام العام** تلعب دورا هاما في مجال الشروط الموضوعية للزواج بشكل عام، إذ أن التعارض ما بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي يبرر استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا ما كان هذا القانون يجيز أمرا لا يقره النظام العام في بلد القاضي، فيتعطل الأخذ بهذه الشروط في الدولة التي يراد فيها إبرام عقد الزواج.

ويترتب على ذلك أن يمتنع في هذه الدولة (كالجزائر مثلا)، إبرام عقد زواج يجيزه القانون الأجنبي (كزواج المرأة المسلمة بغير مسلم)، وإما أن يمنع القانون الأجنبي أمرا

---

[18] د.عز الدين عبد الله، المرجع السابق الذكر، ص 260 هامش 2. وعلي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص، 1984، ص 69 – فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الجزء الثاني – 1975 ص 196.

ويكون هذا المنع مخالفا للنظام العام في بلد القاضي. كأن يصح في دولة إسلامية عقد زواج لا يجيزه القانون الأجنبي، كالسماح بانعقاد زواج ثاني للزوج المسلم.

الاستثناء: انفراد القانون الجزائري بحكم الشروط الموضوعية للزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا

إذا كانت المادة 11 من القانون المدني الجزائري قد أخضعت شروط الزواج الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين، فقد نصت المادة 13 منه على استثناء. مؤداه سريان القانون الجزائري وحده على انعقاد الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص **أهلية الزواج**[19]

والظاهر أن المشرع الجزائري – كغيره من التشريعات العربية – قد استبقى بالنسبة للأهلية للزواج حكم القاعدة الواردة بالمادة 10 من القانون المدني.

وبالتالي لو تزوج جزائري بفرنسية خضع انعقاد الزواج للقانون الجزائري من حيث كافة الشروط الموضوعية إلا أهلية الزوجة للزواج تخضع للقانون الفرنسي.

ولقد انتقد الفقه مؤدى هذا الاستثناء بإطلاقه الحكم في إخضاع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني دون الأجنبي كلما كان أحد الزوجين وطنيا واعتبر ذلك طريقة للتوسع في نطاق النظام العام[20]

هذا ولقد ضبط القانون الجزائري الوقت الذي يعتد فيه بقانون جنسية الشخص وهو "وقت انعقاد الزواج"، والحكمة من ذلك معالجة ما يسمى بالتنازع المتغير. فحسم الأمر بالنسبة للوقت الذي يعتد فيه بجنسية المعني. فالعبرة بانعقاد الزواج حتى ولو أصبح الزوجان أجنبيين بعد ذلك.

---

[19] ونفس الحكم بالنسبة للتشريعات العربية – المادة 14 م ليبي، 15 م سوري. 14 م. مصري، والمادة 5/19 م. عراقي.

[20] أنظر د. محمد المبروك اللافي. تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص 123 هامش رقم 1.

ب - الشروط الشكلية للزواج:

إن المقصود بالشروط الشكلية للزواج هو الأوضاع اللازمة لإظهار الإرادة، وإثبات التصرف وعلانيته.

أما بالنسبة لقاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية، فلم يتعرض لها المشرع الجزائري، واقتصر فيها على تطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة 19 من القانون المدني باعتبارها تتناول كافة الأعمال التي تتم بين الأحياء، وقد تضمنت هذه المادة أكثر من ضابط إسناد، فيجوز أن تخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل إبرام العقد، كما يجوز أن تخضع لقانون جنسية الزوجين إن اتحدا جنسية، مثلا إذا تم الزواج بين جزائريين وفقا لقانون جنسيتهم، فإنه يتم وفقا للمادة 18 من قانون الأسرة التي تنص: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا القانون ((ملاحظة المادة 9 تتعلق بالشروط الموضوعية)).

كما أنه من وجهة نظر النصوص الوضعية، فإن اختصاص القانون المحلي يبدو مستمدا من المواد 95، 96 و97 الواردة في الأمر المتعلق بالحالة المدنية الصادر في 1970 (الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970).

غير أن نصي المادتين 95 و96 لم يتناول سوى عقود الحالة المدنية المبرمة في الخارج والتي تخص الجزائريين أو الأجانب، ولم تتطرق إلى الزواج المعقود في الجزائر بين أجانب.

غير أنه يستخلص من نص المادة 71 من نفس الأمر أنه يحق للأجانب عقد زواجهم إذا كان لأحد الزوجين إقامة في الجزائر منذ شهر على الأقل، وفي هذه الحالة يعقد الزواج وفقا للشكل المطلوب في القانون الجزائري. مع ملاحظة أن المادة 19 السابقة الذكر، والتي تتناول كافة الأعمال التي تتم بين الأحياء تتيح للأطراف مع ذلك، باختيار الخضوع لقانون جنسيتهم المشتركة.

أما فيما يخص الزواج المعقود في الخارج، فقد تناولته المادة 1/97 و2 - من نفس الأمر إذ اعترفت بالزواج المعقود في البلدان الأجنبية من قبل زوجين جزائريين، أو بين جزائري وأجنبية.

ونلاحظ أن المشرع قد أغفل في هذا النص الزواج المعقود بين جزائرية وأجنبي، وكأنه قد انصرف إلى التفكير في عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم. غير أنه لا مبرر لهذا الإغفال إذا كان النص ذاته قد أتى بتحفظ يتعلق باحترام قانون الموضوع. هذا من جهة. ومن جهة أخرى، قد يكون زواج الجزائرية بأجنبي مسلم. وبالتالي لابد من حسم ذلك بالنسبة لكلا الجنسين.

ويترتب على ما تقدم أن الجزائريين المعقود زواجهم في الخارج يمكن أن يتم وفقا للشكل المحلي للبلد الذي يتم فيه الزواج، متى كان هذا الشكل مدنيا، مع التقيد بالشروط الموضوعية لقانون الزوجين إن اتحدا جنسية. وللقانون الجزائري في حالة زواج الجزائري بأجنبية مع تأشير الزواج في القنصلية الجزائرية (المادة 1/97، 2 من الأمر 70).

هذا وقد أسندت بعض التشريعات العربية ذلك إلى أكثر من ضابطين من حيث أن الزواج ينعقد صحيحا إذا تم وفقا للشكل المقرر في القانون الذي يحكم الزواج من حيث الموضوع، أي قانون جنسية الزوجين إن اتحدت جنسيتهما، أو وفقا لقانون موطن المتعاقدين، أو وفقا لقانون البلد الذي تم فيه الزواج[21]

ومن جهة أخرى لم يكتف القانون العراقي، والقانون الكويتي لم يكتفيا بالقاعدة العامة، بل جاءا بقاعدة خاصة بشأن ضابط الإسناد الذي يحكم الزواج من حيث الشروط الشكلية[22]

هذا ويخضع إثبات الزواج للقانون الذي يحكم شكله. فلو تم الزواج وفقا لقانون شكل محل إبرام العقد، خضع الإثبات لهذا القانون. في حين لو تم وفقا للقانون الشخصي

---

[21] أنظر في ذلك القانون المصري في المادة 20 مدني، إذ ينص على ما يلي: "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك"، تقابلها المادة 20م. ليبي، والمادة 21م. سوري.

[22] إذ نص القانون العراقي في المادة 1/19 على ما يلي: "... أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين" كما نص القانون الكويتي في المادة 37 على: "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج، كالتوثيق والمراسيم الدينية، إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين.

ويجب احترام نصوص قانون جنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالإعلان أو النشر عن الزواج، ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الإعلان أو النشر بطلان الزواج في غير البلاد التي خولف قانونها"

للزوجين. لخضع الإثبات لهذا القانون[23]. فمثلا لو عقد الزواج بين جزائريين وفقا لقانونهم المشترك. يخضع الإثبات للمادة 22 ق. أسرة التي تنص على: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية"

ثالثا: آثار الزواج

إذا انعقد الزواج صحيحا وفقا للقانون المختص دوليا، فسوف يطرح التساؤل عن القانون الذي يحكم الآثار التي تترتب عليه، علما بأن هذه الآثار تنقسم إلى آثار شخصية وأخرى مالية. وتتمثل الأولى في الحقوق والواجبات بين الزوجين[24]

أما الآثار المالية فهي غير معروفة، لأن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي. بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة. والقانون الجزائري يعتمد نظام فصل الأموال كما جاء في نص المادة 2/38 من قانون الأسرة: "للزوجة حرية التصرف في مالها"

لقد أخضعت التشريعات العربية –ومنها القانون المدني الجزائري في المادة 1/12– آثار الزواج لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. وبهذا الشرط الأخير تكون هذه التشريعات قد واجهت الحالة التي يغير فيها الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج.

هذا وقد أتت هذه التشريعات –ومنها القانون الجزائري في المادة 13 من القانون المدني– باستثناء، مؤداه انفراد القانون الوطني لحكم الآثار إذا كان أحد الزوجين وطنيا.

والملاحظ أن المقصود "الزوجة" إذا كانت جزائرية وكان زوجها أجنبيا، وليس الزوج لأن هذا الأخير إذا كان وحده جزائريا، فإن القانون الجزائري هو وحده الذي يسري تطبيقا للأصل العام (المادة 1/12 من القانون المدني السالفة الذكر) وليس للاستثناء.

---

[23] وقد نص القانون الكويتي صراحة على ذلك في المادة 38: "يرجع في إثبات الزواج إلى القانون الذي خضع له الزواج في أوضاعه الشكلية"

[24] المنصوص عليها في المواد من 36–39 من قانون الأسرة الجزائري.

ومن المسائل التي تطرح بحدة فيما يتعلق بآثار الزواج، ويثور بصددها إشكالا هي مسألة النسب، ولم يخصه المشرع الجزائري – شأن كثير من التشريعات العربية – بنص صريح، ولهذا نرى من الضروري التعرض لذلك بشيء من التفصيل.

أ – النسب:

عدد قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان "النسب" في الفصل الخامس منه بعض المسائل من الأحوال الشخصية "البنوة والإقرار بالأبوة والأمومة وإثبات النسب في المواد من 40–45" كما أشار لموضوع التبني وتحريمه شرعا وقانونا (المادة 46 من قانون الأسرة).

وبعد تكييف هذه المسائل واعتبارها من الأحوال الشخصية، تتبين قاعدة الإسناد الخاصة بها وفقا لما تقضي به القواعد العامة في القانون الوطني. وبدون شك أن هذه القواعد تقضي بإخضاعها للقانون الشخصي – قانون الجنسية – ما دامت معتبرة من الأحوال الشخصية، وليس في تطبيق قانون الجنسية الواجب التطبيق أية صعوبة إذا لم يكن هناك اختلاف في الجنسية ما بين أطراف العلاقة وإنما تثور الصعوبة في حالة اختلاف جنسية الأب عن الابن، أو إذا ما تغيرت جنسية الأب مثلا ما بين وقت الحمل ووقت الميلاد أو وقت النزاع.

وهناك نوعان من البنوة: بنوة شرعية وبنوة طبيعية.

يقصد بالبنوة الشرعية نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواج صحيح. أما البنوة الطبيعية أو غير الشرعية فهي ثمرة علاقة غير مشروعة بين الوالدين، وبالتالي فإن البنوة الطبيعية تختلف عن البنوة الشرعية في أن الأولى تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر، في حين أن البنوة الشرعية ينتمي فيها الابن إلى الأب والأم.

إن القانون الجزائري لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية، وبالتالي تعطي النصوص المخصصة لهذا الموضوع الأولوية للبنوة الأبوية[25].

---

[25] أنظر المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". والمادة 28 من القانون المدني: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده" كما أن المادة 1/6 من قانون الجنسية تعتبر الولد المولود من جزائري جزائريا بالنسب. ولا تعطي الأم جنسيتها إلى ولدها إلا إذا كان الأب مجهولا أو عديم الجنسية (المادة 2/6، 3 من قانون الجنسية). كما أن المادة 44 من قانون الأسرة: "يثبت النسب للأم لمجهول النسب"

ب – قاعدة الإسناد في النسب:

إن المشرع الجزائري لم يتطرق في قواعد التنازع إلى هذا الموضوع. علما أن البنوة هي جزء من الحالة، فهي تخضع للمادة 10 من القانون المدني الجزائري. غير أن الصعوبة تثور إذا ما اختلفت جنسية الشخص المراد إثبات بنوته عن جنسية الوالد – الأب أو الأم – المراد الانتساب إليه، بحيث يثور التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتداد بجنسيته في هذا الصدد.

إن البنوة الشرعية باعتبارها أثرا من آثار الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج دون النظر للتغير الذي يطرأ على جنسية الزوج فيما بين وقت انعقاد الزواج ولحظة ميلاد الابن تطبيقا للمادة 1/12 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر[26]

وفي حالة البنوة غير الشرعية – أي حالة الولد المجهول النسب – فإنه يتعين تطبيق قانون الشخص المطلوب الانتساب إليه وفيما يتعلق بالوقت الذي يعتد فيه بجنسية الشخص المراد الانتساب إليه – والتي هي الأم – فإنه يتعين الاعتداد بوقت الميلاد باعتباره الوقت الذي ترجع إليه البنوة غير الشرعية.

ويترتب على ما تقدم أنه يرجع إلى قانون جنسية الأب في شأن إثبات نسب الولد من أبيه في البنوة الشرعية، وفي الإقرار بالأبوة وإنكارها، وكذلك في الحقوق والواجبات، ولقانون جنسية الأم لمجهول النسب.

غير أن هناك صعوبة تنتج عن الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حالة ضد أبويه أو أحدهما، ويمكن تصور ذلك في حالتين:

---

[26] وقد حسمت بعض التشريعات العربية هذه المسألة بنص صريح، من ذلك القانون العراقي، إذ نص في المادة 4/19 على ما يلي: "المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الأباء والأولاد يسري عليه قانون الأب"، في حين ينص القانون الكويتي في المادة 41 منه على: "يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها. وإذا مات الأب قبل الميلاد، سرى قانون جنسيته وقت الوفاة"

1 – حالة الولد المنسوب لأمه لعدم معرفة الأب أو لانعدام جنسيته (المادة 2/6، 3 من قانون الجنسية)[27]

2 – حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين (المادة 1/7 من قانون الجنسية).

ففي هاتين الحالتين، تتنازع المسألة قانونين قانون الولد وقانون أبويه أو أحدهما.

هذا وتنص المادة 2/7 من قانون الجنسية على أن: "غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذا ثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي، وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي وفقا لقانون جنسية هذا الأخير"

وهذه الحالة الأخيرة (اللقيط الذي يتمتع بالجنسية الجزائرية تطبيقا للاستثناء على أساس رابطة الإقليم) هي التي تثير الإشكال بحدة.

وإزاء هذا الوضع اختلف الفقه في مسألة ثبوت نسبه، فهل يجب أن يثبت نسبه وفقا للقانون الأجنبي لأحد الأبوين الذي رفعت الدعوى ضده أو وفقا لقانون البلد الذي وجد به أي القانون الحالي للولد؟

يتجه الرأي الغالب من الفقه[28] إلى أن ثبوت النسب يجب أن يتم طبقا لقانون جنسية من يريد إثبات نسبه منه من الأبوين. وتظهر صحة هذا الرأي إذا عرفنا أن تكييف إثبات النسب يعد من مسائل قانون الأسرة أي من ضمن الأحوال الشخصية، وبالتالي يخضع لقانون جنسية من يدعي إثبات النسب إليه. ومن جهة أخرى، لا ننسى أن القانون الأجنبي غير مختص تشريعيا أثناء نظر الدعوى، وذلك لعدم ثبوت البنوة المطالب بها بعد، ولهذا يرى بعض الفقه الجزائري[29]، أنه من الأفضل في هذه الحالة تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الولد، اللهم إلا إذا اصطدم ذلك بالنظام العام.

---

[27] هذا وتقضي المادة الخامسة (5) من اتفاقية جامعة الدول العربية باكتساب الولد المولود لأم عربية وفي بلد عربي لم تثبت نسبته إلى أبيه قانونا لجنسية أمه، وأنها تزول عنه ويكتسب جنسية أبيه العربي بعد ثبوت النسب إليه إن لم يكن قد أتم 18 سنة.

[28] ومن هذا الرأي علي علي سليمان: المرجع السابق الذكر، ص 246.

[29] د. محند إسعاد، المرجع السابق، ص 314.

رابعا: انحلال الزواج (الطلاق)

إن الطلاق هو حل عقدة الزواج. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة على أن "الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

قاعدة الإسناد بشأن انحلال الزواج وآثاره:

قبل أن نبين قاعدة الإسناد بشأن انحلال الزواج، يجب أن ننبه إلى أن المشرع الجزائري لم يفرق -بخلاف القانون المصري والقوانين التي حذت حذوه- بين الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، وبين التطليق الذي يكون بناء على طلب الزوجة، إذ في كل الحالات يتوجب إثبات الطلاق بحكم[30]، وهذا لا يكون إلا بناء على دعوى.

واستنادا إلى ذلك، نجد المشرع الجزائري قد أخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، بينما أسندت التشريعات العربية انحلال الزواج لقاعدتين: إحداهما خاصة بالطلاق، وهي تخضع ذلك لقانون الزوج وقت الطلاق، والثانية خاصة بالتطليق والانفصال وتخضع ذلك لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[31].

ولقد تعرضت فكرة "انفراد قانون الزوج بحكم مسائل الطلاق والتطليق وقت رفع الدعوى" إلى النقد من حيث إنه من شأن ذلك جعل رابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج. ويظهر هذا المشكل خاصة بالنسبة للزوجة إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت انعقاد الزواج، ووقت رفع دعوى الطلاق أو التطليق، ولم تدخل هي في جنسيته، وكان قانون الزوج

---

[30] تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر"

[31] المادة 2/13 م. مصري وتقابل المادة 2/14 م سوري، والمادة 2/13 مدني ليبي، المادة 3/19 م. عراقي.

وقت انعقاد الزواج يجيز الطلاق والتطليق، في حين أن قانونه وقت رفع الدعوى يكون غير ذلك، أو العكس[32].

وهذا ما حاولت التشريعات العربية تفاديه بنصها على استثناء مؤداه انفراد القانون الوطني بحكم الطلاق إذا كان أحد الزوجين وطنيا، والاعتداد بقانون الزوج وقت انعقاد الزواج. وكان الأجدر بهذه القوانين أن تضع هذا الضابط في كل الحالات سواء تعلق الأمر بأجنبيين أو بأجنبي ووطني[33].

غير أن تطبيق هذا الاستثناء قد يؤدي إلى نتيجة غريبة في حالة ما يكون أحد الزوجين وطنيا (جزائريا) وقت انعقاد الزواج، ويصبح هو الآخر أجنبيا نتيجة تغيير جنسيته، بحيث يترتب على ذلك أن كلا الزوجين أجنبيين وقت رفع دعوى الطلاق، ومع ذلك يحكم هذه المسألة القانون الجزائري تطبيقا للاستثناء الوارد بالمادة 13 السالفة الذكر، في حين أنه لا يوجد ما يبرر ذلك[34]

أما في الحالة المعاكسة – وهي كون الزوجين أجنبيين وقت انعقاد الزواج ويصبحا وطنيين أو يكون الزوج وطنيا وقت رفع الدعوى – فيحكم هذه المسألة القانون الجزائري تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 2/12 السالفة الذكر.

هذا فيما يتعلق بالقانون الذي يخضع له انحلال الزواج والذي خصه المشرع الجزائري بنص صريح. أما آثار الطلاق فلم يتناولها، كما فعل في آثار الزواج.

الظاهر أن آثار الطلاق يحكمها القانون الذي يخضع له الطلاق، وهو قانون الزوج وقت رفع الدعوى – تطبيقا للقاعدة العامة – واستثناء القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

---

[32] أنظر كل من عز الدين عبد الله – المرجع السابق الذكر ص 308–309، وعلي علي سليمان: السابق الذكر، ص 76، فؤاد عبد المنعم وسامية راشد، السابق الذكر، ص 315.

[33] وقد وفق القانون الكويتي حينما نص في هذه المسألة في المادة 40 منه على ما يلي: "يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج"

[34] من هذا الرأي فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، السابق الذكر، ص 224.

ويقصد بآثار الطلاق سواء تلك التي يرتبها الطلاق في علاقة المطلقة بالمطلق – وأهمها العدة من حيث المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة لتتزوج من جديد –، أو علاقة الأولاد بالوالدين بعد الطلاق. وما يهمنا هو هذه الأخيرة.

إن الآثار التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبنائهم تعتبر من أهم المسائل التي يجب أن ينظر فيها القاضي خلال النظر في الدعوى. وتتمثل هذه في: "الحضانة والنفقة الغذائية للمحضون".

الحضانة والنفقة الغذائية للمحضون:

لم يخص المشرع الجزائري مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة تبين القانون الواجب التطبيق عليها كغيره من بعض التشريعات العربية[35].

غير أنه يسهل تبيان ذلك من خلال عملية التكييف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 9 من القانون المدني السابقة الذكر. وبالتالي فإن الحضانة – وفقا لهذا القانون – هي من مسائل قانون الأسرة، وتعتبر من آثار الطلاق[36]. وعلى هذا تنطبق عليها القاعدة العامة التي تحكم الطلاق، أي قانون الزوج وقت رفع الدعوى (المادة 12 من القانون المدني السابقة الذكر)، وانفراد القانون الجزائري بحكمها إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج تطبيقا للاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني، ويتمثل ذلك في قانون الأسرة الجزائري. فهذا الأخير هو الذي يحدد لمن تثبت الحضانة، وانقضائها وسقوطها[37]، ومن تجب عليه نفقة المحضون. وبالتالي لا مجال لما أثاره بعض الفقه الجزائري[38]، من مشاكل سوف تنجر عند تطبيق المادة 12

---

[35] بخلاف القانون الكويتي الذي نص صراحة على قاعدة إسناد في هذا الشأن، إذ تنص المادة 43 منه على ما يلي: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"

[36] أنظر المواد من 62–72 في الفصل الثالث: آثار الطلاق من قانون الأسرة الجزائري.

[37] وهناك مرسوم رقم 88–144 المؤرخ في 26 يوليو 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، حيث نصت المادة 8 منه على التنفيذ الفوري للأحكام المتضمنة حق الزيارة، كما نصت المادة 10 من نفس المرسوم: "يصدر الحكم القضائي الذي ينص على الاعتراف بحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وتنفيذها في صيغة نفاذ مؤقت رغم ممارسة أي حق في الطعن"

[38] د. محند إسعاد: قواعد التنازع، الجزء الأول: ص 311.

من القانون المدني وذلك أن النفقة – بالنسبة للأولاد – تعتبر أثرا من آثار الطلاق[39]، ولا مجال لإدخال المادة 14 من القانون المدني[40]. فهذه خاصة بالنفقة بين الأقارب.

وقد اختلف الفقه حول القانون الذي يحكم الحضانة. فمنهم من رأى فيها أنها أثرا من آثار الزواج، وهناك من رأى أنها أثرا من آثار الطلاق، كما اتجه الرأي الغالب إلى اعتبارها أثرا من آثار النسب وبالتالي تخضع لقانون الأب وقت ميلاد الابن[41].

والملاحظ أنه سواء اعتبرنا الحضانة أثرا من آثار الزواج، أو من آثار الطلاق، أو أثرا من آثار النسب، ففي كل الحالات النتيجة واحدة من حيث القانون الواجب التطبيق على الحضانة وهو قانون الزوج كقاعدة عامة، وهو بديهيا الأب، لأن مسألة الحضانة لا تطرح إلا بالنسبة للبنوة الشرعية الناجمة عن الزواج الصحيح.

غير أن الاختلاف يبقى في ما يتعلق بضبط الوقت الذي يعتد به بالنسبة لجنسية الزوج أي الأب، والذي هو وقت انعقاد الزواج في حالة اعتبار الحضانة أثرا من آثار الزواج، أو وقت الطلاق، ورفع دعوى الطلاق في حالة اعتبارها أثرا من آثار الطلاق. غير أن هذا الاختلاف يزول إذا علمنا بأن إعمال القانون في كل الحالات مقيد بالاستثناء إذا كان أحد الزوجين عربيا (أو جزائريا). إذ القانون العربي (أي الجزائري) وحده الواجب التطبيق، إذ يصبح ضبط الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الزوج واحد وهو "وقت انعقاد الزواج"، حتى وإن تحصل هذا الزوج على جنسية دولة أخرى.

---

[39] تنص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته"

[40] تنص المادة 14 من القانون المدني الجزائري على أن: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها" هذا وأنه على الصعيد الدولي نصت المادة الأولى (1) من اتفاقية لاهاي لسنة 1956 والخاصة بالالتزام بالنفقة نحو الأولاد على إخضاعها لقانون الموطن المعتاد للولد، وإن حرمه هذا القانون منها فإن الاختصاص ينعقد للقانون الذي تعينه قواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع.

[41] أنظر بصدد هذا الخلاف: د.محمد المبروك اللافي – المرجع السابق الذكر، ص 140–141.

خامسا: الميراث والوصية

وفقا لنص المادة 1/16 من القانون المدني[42]. يتبين مدى حرص المشرع الجزائري على إخضاع التركة لقانون واحد، هو قانون جنسية المورث وقت الوفاة. ولم يفرق بين الميراث – الذي هو خلافة إجبارية – وبين الوصية – التي هي خلافة اختيارية – من حيث القانون الواجب التطبيق. كما أنه تجنب تعدد القوانين التي تحكم التركة إذا ما كانت الأموال موزعة في عدة دول أو كان الورثة منتمين إلى عدة جنسيات، وذلك بالأخذ بجنسية المورث دون غيره من القوانين، كقانون موقع الأموال أو قانون جنسية الورثة أو الموصى لهم.

كما أن المشرع قد ساوى بين العقارات والمنقولات. فلم يخضع كل منهما لقانون كما فعلت بعض التشريعات – كقوانين بريطانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا، وبلجيكا –[43].

أ – الميراث:

قد سبق أن وضحنا أن المشرع الجزائري نص على اعتبار الميراث من ضمن مسائل الأحوال الشخصية[44]، وأخضعه كلا لقانون جنسية المتوفى. بينما أدخلته بعض التشريعات في الأحوال العينية وأخضعته لقانون موطن المتوفى.

هذا وتفرق بعض التشريعات بين العقار والمنقول. فتخضع ميراث العقار لقانون موقع العقار، والميراث في المنقول لقانون موطن المورث – كفرنسا، وإنكلترا، والولايات المتحدة الأمريكية – بخلاف إيطاليا وألمانيا واليونان التي أخضعته لقانون جنسية المورث.

---

[42] تنص المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الميراث والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، تقابله المادة 17م.مصري، 17م.ليبي، المادة 1/19 م.سوري، المادة 47 من القانون الكويتي، والمادة 22 مدني عراقي، وهذا الأخير وضح ذلك أكثر بنصه في المادة 1/22 على: "قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته مع مراعاة ما يأتي:

(أ) – اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه..."

[43] د.عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 337.

[44] الكتاب الثالث من قانون الأسرة. الميراث.

مجال تطبيق قاعدة إسناد الميراث لقانون جنسية المتوفى:

إن قانون جنسية المورث – وهو في الجزائر قانون الأسرة – هو الذي يتكفل بتبيان شرط استحقاق الإرث، ومن هم الورثة ومراتبهم، ودرجة القرابة التي تخول هذا الحق، كما يحدد نصيب كل وارث من التركة. كما يبين متى يعتبر المفقود في حكم الغائب، وشروط توريث الجنين، وموانع الإرث... إلخ.

هذا وإن من أصعب المسائل التي يتناولها قانون المورث وقت الوفاة، بيان الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الورثة، وكيفية هذا الانتقال ووقته.

فمن المتعارف أن التشريعات تختلف في هذا الصدد اختلافا أساسيا. فالإرث في الشريعة الإسلامية إجباري، أي يثبت للورثة بحكم القانون، ولا يجوز للوارث رفضه. كما يشمل الإرث مجموع الحقوق المالية

أما الالتزامات المالية فلا تكون محلا للإرث، وبالتالي لا يجوز التنفيذ على أموال الوارث الشخصية لأداء ديون تتعلق بالتركة ذاتها[45]

في حين أن الإرث في بعض التشريعات الغربية هو حق اختياري يشمل الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث. وبالتالي فإن ديون التركة تنتقل إلى الورثة، وللدائن حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصية حتى ولو لم يكن مصدرها الإرث. وهو حق اختياري يجوز للوارث رفضه أو قبوله بشرط الجرد.

ويلاحظ أن قانون جنسية المورث قد يتعطل إذا ما اصطدم بفكرة النظام العام، كتوريث غير المسلم للمسلم، وقاتل المورث لمخالفة ذلك للنظام العام في البلاد الإسلامية.

أما التركة التي لا وارث لها، فتؤول إلى الخزانة العامة طبقا لنص المادة 4/184 من قانون الأسرة الجزائري[46].

---

[45] سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض: الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، السابق الذكر، ص 259.

[46] وقد أورد القانون العراقي نص صريح في قواعد التنازع الدولي في المادة 2/22 على: "الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك"

ب - الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت:

لما كانت الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وثيقة الصلة بنظام الإرث، فقد حرص المشرع الجزائري على إخضاعها - من حيث الشروط الموضوعية - إلى نفس قاعدة الإسناد التي يخضع لها الإرث، أي إخضاعها لقانون جنسية الموصى وقت الوفاة. كما أنه لم يخضعها من حيث الشروط الشكلية لقاعدة الإسناد التي تحكم أشكال التصرفات القانونية بصورة عامة. والمنصوص عليها بموجب المادة 19 من القانون المدني[47]، وإنما أخضعها لقاعدة إسناد خاصة نصت عليها المادة 2/16 من القانون المدني: "غير أنه يسري على شكل الوصية، قانون الموصى وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت"[48].

وقد عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 1/184 من قانون الأسرة: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". كما بين القانون المدني نوعين من التصرفات تعتبر مضافة إلى ما بعد الموت، وذلك في:

المادة 1/776: التي تتعلق بالتصرفات التي تصدر من المريض مرض الموت ويكون مقصودا منها التبرع.

والمادة 777: التي تتعلق بالتصرفات التي تصدر لوارث ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة.

وبناء على ما تقدم، إذا عرض نزاع على القضاء الجزائري يتعلق بتصرف قانوني، فأول ما يلجأ إليه القاضي هو تكييف هذا التصرف فيما إذا كان عاديا، أو يعد من الوصايا، أو تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت. ويكون ذلك وفقا للقاعدة العامة للتكييف تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي.

---

[47] تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجب أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين"

[48] تقابلها المادة 2/17م.ليبي، 17م.مصري، 18م.سوري، 2/48 قانون كويتي.

1- قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية:

طبقا لنص المادة 1/16 من القانون المدني السالفة الذكر. يتضح أن المشرع الجزائري أخضع الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لنفس القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للإرث.

ويقصد بالشروط الموضوعية مجمل الشروط اللازمة لصحة الوصية من الناحية الموضوعية سواء تعلقت بالموصى، أو الموصى له، أو الموصى به

غير أنه يثور التساؤل حول خضوع كافة الشروط الموضوعية لقانون جنسية الموصى وقت الوفاة.

لقد اختلف الفقهاء في ذلك[49]، ومرد هذا الخلاف أن بعض هذه الشروط يرد على الوصية بوصفها تصرفا إراديا، والبعض الآخر يرد عليها بحكم اتصالها اتصالا وثيقا بالميراث.

فالوصية - وفقا لقواعد قانون الأسرة الجزائري - "تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت"، وهي تنعقد عند صدورها من الموصى، ولكن يتوقف نفاذها على موته وقبول الموصى له وقد اشترط المشرع الجزائري (في المادة 18 من قانون الأسرة) في الموصى أن يكون سليم العقل، وأن يكون بالغا 19 سنة على الأقل. ولذا يتجه الرأي الغالب، والتشريع الحديث إلى أن أهلية الموصى، وصحة الإرادة، والمحل والسبب في الوصية تخضع لقانون الموصى وقت عمل الوصية[50]، ونفس الحكم بالنسبة للتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لسريان أحكام الوصية عليها بنص صريح[51].

أما سائر الشروط الموضوعية التي ترتبط بالميراث ارتباطا وثيقا، فتخضع لقانون جنسية الموصى وقت الوفاة.

---

[49] أنظر هذا الاختلاف في. الوجيز في القانون الدولي الخاص - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، السابق الذكر، ص 268، وعز الدين عبد الله، السابق الذكر، ص 361.

[50] من هذا الرأي عز الدين عبد الله: الجزء 2، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين.

[51] أنظر المادتين 776-777 من القانون المدني الجزائري، السالف ذكرهما.

2 – قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية:

وفقا لنص المادة 2/16 من القانون المدني السالفة الذكر. يتبين أنه لكي تكون الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت صحيحة من الناحية الشكلية، لابد من مراعاة الشكل الذي نص عليه قانون محل إبرام الوصية، أو قانون جنسية الموصى وقت الإيصاء

وبناء على ذلك، إذا ما أراد أجنبي إبرام وصية في الجزائر، فيستطيع إجراءها وفقا للشكل المقرر في قانون جنسيته وقت الإيصاء أو إتباع الشكل الذي يقرره القانون الجزائري باعتباره قانون محل إبرام الوصية.

أما إذا أراد جزائري إبرام وصية في الخارج، فإنه يتعين عليه، إما إتباع الشكل المقرر في قانون محل الإبرام أو إتباع الشكل المقرر في القانون الجزائري. والظاهر أن المشرع الجزائري لم يتطرق لانعقاد الوصية، بل تكلم عن إثباتها بعقد رسمي وفي حالة وجود مانع تثبت بحكم[52] ويفهم من ذلك أن هذه الرسمية مشترطة أيضا للانعقاد.

ثامنا: الهبة

أخرج المشرع الجزائري موضوع الهبة من نطاق القانون المدني – بخلاف القانون المصري وبعض التشريعات العربية[53] – وأدخلها في نطاق الأحوال الشخصية[54].

ونلاحظ أن مختلف التشريعات – سواء منها ما يدخل الهبة في نطاق الأحوال الشخصية، أو ما يدخلها في الأحوال العينية – تعتبر الهبة عقدا يلزم فيه توافر كافة

---

[52] تنص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تثبت الوصية:

1 – بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

2 – وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية"

[53] كالقانون الليبي الذي اعتبرها من مسائل المعاملات ونُظمها من حيث الشكل والموضوع في المواد من 475–493، وبالتالي يسري بشأنها القواعد الخاصة بالعقود: محمد المبروك اللافي، السابق الذكر، ص 160.

[54] قانون الأسرة الجزائري، الفصل الثاني، المواد من 202 إلى 212.

الأركان الموضوعية من إيجاب وقبول وتمليك في الحال، وهو عقد رسمي. ويترتب على اختلال هذه الشروط بطلان الهبة[55].

ونظرا لاعتبار الهبة في القانون الجزائري من مسائل قانون الأسرة، فهذا يسهل تعيين قاعدة الإسناد في هذا المجال، وبالتالي تخضع لقانون الشخص الواهب وقت الهبة، وهو قانون الأسرة الجزائري. فهذا الأخير هو الذي يحكم أهلية الواهب. وسائر الشروط الموضوعية للهبة وآثارها.

وكنا نتمنى لو أن المشرع الجزائري قد حسم هذه المسألة بنص صريح، وإن كان قد أهمل ذلك في القانون المدني الصادر في 1975، لأنه كان ينوي إدراجها في قانون الأسرة الصادر في 1984. ولهذا كان من الأجدر له الإتيان بنص خاص في قانون الأسرة، يبين فيه إسناد هذه المسألة

أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية، فالهبة تصرف قانوني ليس مضافا إلى ما بعد الموت، وبالتالي تخضع من حيث الشروط الشكلية إلى القاعدة العامة التي تخضع لها كافة التصرفات القانونية والمنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني السالفة الذكر.

هذا وقد حسم القانون الكويتي مسألة الهبة والقانون الذي يحكمها من حيث الشروط الموضوعية والشكلية، فنص في المادة 49 منه على ما يلي: "يسري على الهبات قانون جنسية الواهب وقت الهبة، أما أحكام المقدار الذي يجوز التبرع به والمقدار الذي يجب إبقاؤه للورثة فيسري عليه قانون جنسية الواهب وقت الموت.

ويخضع شكل الهبة لقانون جنسية الواهب وقت الهبة أو قانون البلد الذي تمت فيه الهبة"

والله ولي التوفيق

---

[55] تنص المادة 206 من قانون الأسرة: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"

المراجع

أ – المؤلفات

1 – د. محند إسعاد: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة د. فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

2 – د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

3 – د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

4 – د.فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.

5 – د. محمد المبروك اللافي: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي، ليبيا، 1994.

ب – القوانين

1 – **القانون المدني الجزائري**: القانون رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26، وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

2 – **قانون الأسرة الجزائري**: القانون رقم 84–11 المؤرخ في 1984/6/9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.