النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري

بقلم بلعيور عبد الكريم
أستاذ مكلف بالدروس
بكلية الحقوق ببن عكنون

تمهيد :

يخضع الزواج سواء كان بين رعايا دولة واحدة أو كان بين رعايا دولتين إلى سنة من سنن الله تعالى في خلقه، فهي فطرية مطردة دون انقطاع ودون توقف منذ الأزل ولا يستطيع الإنسان أن يحيد عنها مهما كان لونه أو عرقه أو دينه أو عرفه وتقاليده ومهما كان انتماؤه أيضا إلى دولة من دول العالم وفقا لمفهوم الانتماء في العصر الحديث.

ورغم ذلك فإن المجتمعات والدول تختلف قديما وحديثا من حين إلى آخر في مفهوم الزواج في حد ذاته بالنظر إلى الفكرة التي يقوم عليها في المجتمعات والدول والأديان، حيث نجده في البعض منها يقوم على الوحدانية وعدم جواز تعدد الزوجات وهو زواج مؤبد لا ينحل ولا ينتهي إلا بوفاة أحد الزوجين[1] بينما يقوم في مجتمعات أخرى على قبول تعدد الزوجات وإمكانية حله سواء بإرادة الزوج وحده أو بحكم قضائي[2] كما هي الحال في بعض الأنظمة القانونية العربية ومنها القانون الجزائري طبقا للفقرة الثانية(2) من المادة 12 مدني جزائري.

وتختلف أيضا المجتمعات والدول في كيفية تنظيم وإبرام عقد الزواج حيث تعتبره بعض الدول نظاما مدنيا لا يحتاج فيه الأمر إلى طقوس دينية بل ينعقد بالتراضي أمام

موظف عام يؤهله القانون للقيام بذلك بينما هناك دول أخرى تعتبره نظاما دينيا وتشترط لقيامه طقوسا ومراسيم دينية كما هي الحال في اليونان.

وإذا كانت الإختلافات متعددة ومتشعبة في الفلسفة الثقافية والإجتماعية والخلقية والدينية التي يقوم عليها الزواج في كل مجتمع[3] فإن الإختلاف الأساسي والرئيسي الذي جعل الدول بدورها تختلف في مسألة تنظيم الزواج يعود إلى المبدأ الذي أقره القانون الدولي العام مفاده سيادة كل دولة التشريعية في تنظيم ووضع القواعد القانونية المناسبة لحل تنازع القوانين التي تحدثها العلاقات الدولية الخاصة ومنها العلاقة الزوجية.

ولما كان الزواج يندرج ضمن الأحوال الشخصية في كل تشريعات الدول العربية وبعض الدول الغربية ونفس الحكم في التشريع الجزائري، فإن الزواج المختلط يعتبر من مواضيع الأحوال الشخصية التي يتسع فيه الخلاف بين قوانين الدول،

وقد أدى الإختلاف في مفهوم الزواج على النحو السابق إلى الإختلاف في النظم القانونية التي تنظمه وتحكمه داخل كل دولة، مما جعل كل دولة لها قواعد إسناد وطنية خاصة بها تتلائم هذه القواعد مع ما تراه يحقق العدل والعدالة في مجتمعها بين الأفراد.

وقد ترتب على ذلك اختلاف قواعد الإسناد بين الدول لأن الإختصاص التشريعي هو وطني قد أدى من جهة أخرى إلى اختلاف أخطر يتمثل في الإختلاف في القانون الواجب التطبيق ما دامت قواعد الإسناد تختلف بين دولة وأخرى، ومن هذه الزاوية تبرز إلى الوجود في مجال الزواج ظاهرة تنازع القوانين.

ولما كان للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه وتبين القانون الذي يحكمه هذه الأهمية البالغة فقد تم اختيارنا لدراسته من حيث انعقاده وآثاره وانحلاله وذلك وفقا للإشكالية التي تطرح في هذا المجال وهي:

ماذا يعني مصطلح الزواج بصفة عامة ومصطلح الزواج المختلط بصفة خاصة، وما هي الشروط الواجب توفرها سواء كانت موضوعية أو شكلية لقيام الرابطة الزوجية، وما هو القانون الذي يحكم تكييف عقد الزواج وما هي قواعد الإسناد الجزائرية التي تحكم

الزواج المختلط أصلا واستثناء في التشريع الجزائري ومتى يجوز للقاضي الجزائري استبعاد تطبيق القانون الأجنبي رغم أن قواعد الإسناد الوطنية تقضي باختصاصه.

للإجابة عن هذه الأسئلة وما يتفرع عنها من أسئلة أخرى نقسم الدراسة إلى أربعة مباحث أساسية وكل واحد منها يقسم بدوره إلى مطالب سوف نتناول في المبحث الأول قاعدة الإسناد الخاصة بإبرام عقد الزواج المختلط ونخصص المبحث الثاني إلى قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج الشخصية والمالية، ونتناول في المبحث الثالث قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج، والمبحث الرابع والأخير سوف نخصصه لقاعدة الإسناد الخاصة بتطبيق القانون الجزائري وحده طبقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الأول: قاعدة الإسناد الخاصة بإبرام عقد الزواج المختلط.

المطلب الأول: تعريف الزواج

أولا: تعريف الزواج بصفة عامة.

عرف الزواج في مجال الأحوال الشخصية بعدة تعاريف فقهية وتشريعية يصعب حصرها في هذا المقام ومنها: الزواج اتفاق بين رجل وامرأة وفقا للأوضاع المقررة قانونا بقصد تأسيس أسرة شرعية.

وقد عرفه القانون الأمريكي بأنه: علاقة بين رجل وامرأة ينشئها عقد مدني وفقا للشروط التي يحددها[4].

أما القانون الفيليبيني فقد عرفه بأنه: ذات صفة دائمة بين رجل وامرأة بغرض إنشاء أسرة وحياة عائلية.

وعرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة الرابعة (4) بأنه: عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

وإذا كانت هذه التعاريف تندرج تحت مفهوم الزواج العام الذي يعالج الرابطة الزوجية داخل المجتمعات والدول بين أفراد الدولة الواحدة، فهل هناك مصطلحا آخر عندما تكون تلك الرابطة الزوجية تتعدى حدود الإقليم الواحد، هذا ما نتعرف عليه فيما يلي:

ثانيا: تعريفه بصفته زواجا مختلطا:

عرفت العلاقة الزوجية التي تسمى بالزواج المختلط من طرف الفقه القانوني للقانون الدولي الخاص وكذلك من طرف شراح القانون المختصين في هذا المجال، وكذا علماء علم الإجتماع بعدة تعاريف نذكر منها مايلي:

عرفه البعض بأنه: الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي وإذا تم بين زوجين مختلفي الجنسية سمي بالزواج المختلط[5].

وعرفه البعض الآخر بأنه: الزواج الذي ينتمي فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة، وهذا الإختلاف يتحقق ساعة إبرام الطرفين لعقد الزواج[6].

ويعرفه البعض الآخر بأنه: الإتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة[7].

فهذه التعاريف الأخيرة هي التي تضمنت مضمون مصطلح الزواج المختلط الذي تثور بشأنه مسألة تنازع القوانين وجاءت من أجله قواعد الإسناد لكي تبين القانون الواجب التطبيق عليه، وهو ما عالجته قواعد الإسناد الجزائرية في المواد 11 و 12 و 13 من القانون المدني الجزائري والتي سوف تكون لاحقا محل الدراسة بالتفصيل لأنها جاءت بقواعد خاصة بالزواج المختلط وفقا لهذه التعاريف الأخيرة.

وبالتالي فإن المصطلح القانوني الصحيح والدقيق الذي تتضمنه قواعد القانون الدولي الخاص المقارن هو الزواج المختلط الذي تكتنفه من حين إلى آخر اختلافات في النظم القانونية التي تحكمه في الدول واختلافات أيضا في المفاهيم التي يقوم عليها من دولة إلى أخرى.

وقد أدت تلك الإختلافات إلى نسبة عالية في إثارة تنازع الإختصاص القانوني في العلاقات الدولية الخاصة وخاصة الأحوال الشخصية التي يجسد الزواج المختلط إحدى موادها الأساسية البارزة إلى جانب المواد الأخرى والتي نظمها المشرع الجزائري ابتداء من المادة 10 وانتهاء بالمادة 16 من القانون المدني الجزائري وقد أخضعها جميعا إلى قانون الجنسية كضابط إسناد على غرار قوانين الدول العربية وبعض من الدول الغربية في حين أن بعض القوانين تجعل الإختصاص التشريعي في الأحوال الشخصية من صلاحية قانون الموطن على أساس أن قواعد الإسناد فيها تأخذ بضابط الموطن[8] كما هي الحال بالنسبة إلى القانون الأمريكي والنرويجي والدنماركي، والإنجليزي وبلاد الإسكندنافية[9].

ولما كانت قواعد الإسناد قواعد وطنية داخلية تضعها كل دولة وفقا لظروفها السياسية والإقتصادية والإجتماعية خاصة أنها هي التي تحدد للقاضي الجزائري المعروض عليه النزاع القانون المختص، فإننا سوف ندرسها في مجال الزواج المختلط وفقا للنظام القانوني الجزائري فيما يلي:

المطلب الثاني: تكييف الزواج وقاعدة الإسناد التي تحكمه.

قبل التطرق إلى شروط الزواج المختلط وفقا لقاعدة الإسناد التي تحكمه في القانون الجزائري ينبغي تحديد مفهوم تكييف الزواج ومدى أهميته في مجال القانون الدولي الخاص و ماهي قاعدة الإسناد التي تحكمه وذلك على النحو الآتي:

أولا : مفهوم التكييف ومدى أهميته في تحديد الشروط الموضوعية والقانون الذي يحكمه.

يعتبر التكييف القانوني في أية علاقة قانونية عملية فنية يهدف المشرع من وراء تنظيمها تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني لتلك العلاقة التي تثيرها المنازعة، وهي في مجال القانون الدولي الخاص المنازعة ذات العنصر الأجنبي، ووضعها في طائفة من

طوائف النظم والروابط القانونية التي وضع لها المشرع الوطني في كل دولة من الدو
وضع لها قاعدة إسناد 10 هي التي ترشد القاضي المعروض عليه النزاع إلى القانو
الواجب التطبيق كما هي الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد التي تحكم الزواج المختلط الوارد
في المادة 11 من القانون المدني الجزائري حيث حدد بأن قانون الزوجين هو الواجب
التطبيق على شروط الزواج الموضوعية.

ولذلك فإن للتكييف أهمية بالغة تعترض القاضي في جميع المنازعات التي تعرض علي
في جميع العلاقات القانونية المختلفة والمتنوعة في مصادرها وإشكالاتها، غير أن أهمي
التكييف تزداد أكثر في مجال القانون الدولي عن المنازعات التي تتضمنها علاقات رعاي
الدولة الواحدة التي يقوم فيها القاضي بالتكييف من أجل الوصول إلى معرفة القاعدة
القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق في قانونه الوطني.

في حين يقوم القاضي بالتكييف في منازعات القانون الدولي الخاص – الزواج
المختلط – من أجل تحديد قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق، وقد يكون
قانونا أجنبيا وقد يكون قانونا وطنيا.

ومما يزيد أهمية للتكييف وصعوبته في نفس الوقت في مجال القانون الدولي الخاص
أن الواقعة أو العلاقة القانونية التي تكون محل النزاع، قد يسري عليها أكثر من
تكييف11 مثال ذلك أن يقوم زوج بضرب زوجته ويكيف هذا الفعل على أنه فعل ضار
تحكمه قاعدة الإسناد التي تقرر بأن العمل الضار يخضع إلى قانون محل وقوعه وهو ما
أخذ به المشرع الجزائري في المادة 20 من القانون المدني الجزائري وسائر التشريعات
العربية.

ولكن قد تكييف تلك الواقعة التي قام بها الزوج وفقا لنظم قانونية أخرى في دولة
معينة على أنها أثر من آثار الزواج وبالتالي تسري عليها قاعدة الإسناد التي تقرر بأن آثار
الزواج تخضع إلى قانون جنسية الزوج، وليس قانون المحل الذي وقعت فيه الواقعة كما
هي الحال وفقا للتكييف السابق.

ولما كان الأمر على هذا النحو المشار إليه سابقا، فإن العلاقة الزوجية التي تكون ذات العنصر الأجنبي قد يختلف تكييفها من دولة إلى أخرى بحكم أن كل دولة لها قواعد اسناد خاصة بها، ومن هنا تبرز أهمية البحث عن القانون الذي يحكم التكييف في حد ذاته لأنه يعتبر المرحلة الأولى تسبق محلة أعمال قواعد الإسناد في حد ذاتها، فما هو القانون الذي يحكم التكييف هذا ما نستعرضه فيما يلي:

ثانيا : القانون الذي يحكم التكييف طبقا لقاعدة الإسناد الجزائرية.

يمكن القول بصفة مباشرة بأن أول قاعدة اسناد في قواعد التنازع الجزائرية قام بتنظيمها المشرع الجزائري هي قاعدة الإسناد الخاصة بنظرية التكييف والقانون الذي يحكمه في المادة التاسعة(9) من القانون المدني التي تنص: "يكون القانون الجزائري وحده هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

يفهم من هذا النص الذي ينظم مسألة التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري بأنه قد جاء بقاعدة إسناد عامة تنطبق على كافة المنازعات والعلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي وبالتالي تشمل العلاقة الزوجية ذات العنصر الأجنبي عندما تكون محلا للتكييف وهذا يعني أن قاعدة الإسناد التي وردت في المادة 9 ليست قاعدة إسناد خاصة بالزواج بل هي قاعدة عامة ينبغي على القاضي الجزائري الرجوع إليها في جميع العلاقات الدولية الخاصة التي تحتاج إلى تحديد نوعها ومن ضمنها العلاقة الزوجية.

أما القانون الذي يحكم التكييف طبقا لقاعدة الإسناد العامة المشار إليها آنفا فإن المشرع الجزائري قد أخضعه إلى قانون القاضي[12] أي أنه أخذ بنظرية الفقيه الفرنسي بارتان وهو ما أخذت به معظم تشريعات الدول[13].

وتجدر الملاحظة أن المقصود من الرجوع إلى القانون الجزائري لتحديد طبيعة النزاع ألا يفسر تفسيرا ضيقا، بل المقصود هو الرجوع إلى مجموع المبادئ القانونية المعمول

بها في المجتمع الجزائري سواء كان مصدرها تشريعا أو شريعة إسلامية أو عرفا أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وعليه فإن مسألة التكييف هي المرحلة التي تسبق جميع مراحل حل النزاع في القانوز الدولي الخاص ومنها ما يتعلق بتكييف شروط الزواج الموضوعية والشكلية التي تتطلبها قوانين الدول المختلفة فما هي هذه الشروط وما هي قاعدة الإسناد التي تحكمها:

المطلب الثالث: قاعدة الإسناد الخاصة بإبرام عقد الزواج المختلط.

تمهيد: الزواج باعتباره من التصرفات الإرادية فإنه يستلزم توافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية14 الأولى يتوقف وجوده على وجودها ويؤدي عدم توفرها إلى عدم قيامه.

أما الثانية فهي تتصل في حقيقة الأمر بالمظهر الخارجي الذي ينصب فيه الزواج ويبرزه إلى العالم الخارجي أمام الناس وبه يتجسد أمام أفراد المجتمع الإقتران الذي بين رجل وامرأة.

تلك الشروط وضع لها المشرع قواعد تحكمها منها قواعد إسناد خاصة بالشروط الموضوعية وأخرى قواعد إسناد عامة ولكنها تنطبق أيضا على الشروط الشكلية للزوج، ولكن قبل ذلك كله جرت العادة على أن يسبق الزواج أو يبدأ عادة بمرحلة الخطبة[15].

وبالتالي فإن دراسة الزواج من حيث انعقاده وتحديد قواعد الإسناد الخاصة به تمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: هي مرحلة الخطبة.

أولا: مفهوم الخطبة والقانون الذي يحكمها.

الخطبة كما يراها البعض هي: اتفاق رجل وامرأة على استعدادهما بصورة أولية على عقد الزواج[16] ويرى البعض الآخر بأنها: مجرد وعد بالزواج، ولا يترتب عليها أي أثر من تلك التي يرتبها عقد الزواج[17] وقد اعتبرها آخرون مقدمة للزواج[18].

وهناك من عرفها بأنه: مرحلة انتقالية تفصل بين التفكير في الزواج وإبرام عقد الزواج[19] بينما يرى الفقه الفرنسي بأن الخطبة هي عقد عادي أو اتفاق ذات طابع عائلي ممهد للزواج[20] وقد عرفها جانب من الفقه العربي بأنها عبارة عن: وعد متبادل بالزواج في المستقبل بين رجل وامرأة[21].

وقد عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة الخامسة (5) من قانون الأسرة المعدل في 28 فبراير 2005 عرفها بأنها "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

وبناء على هذه المفاهيم والتعاريف الفقهية والتشريعية يمكن القول بأن الخطبة تعتبر مرحلة وسطى بين التفكير والإستعداد للزواج وإبرام عقد الزواج بصفة نهائيا، فالخطبة إذن ليست إلا تمهيد أو مقدمة لإبرام عقد الزواج لأن هذا الأخير لا يتم دفعة واحدة بل تسبقه مرحلة اختيار كل طرف شريك حياته.

ويفهم أيضا من هذه التعاريف وغيرها أن الخطبة لا تلزم أيا من الطرفين المتواعدين بإتمام عقد الزواج فلكل من الخاطب والمخطوبة الحرية المطلقة في العدول عن الخطبة وهو ما جاء في نص المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري المشار إليها سابقا. والقول بغير ذلك يخالف النظام العام الجزائري كأن يلزم قانون الخاطب أو المخطوبة الطرف الآخر بإتمام الزواج، فيكون القاضي الجزائري ملزما باستبعاد تطبيقه لمخالفته للنظام العام القائم في الجزائر في مسألة الزواج.

وذلك لما فيه من إكراه بصفة مباشرة على الزواج[22] الأمر الذي يخالف النظام العام عندنا في الجزائر ومعظم الدول العربية التي تأخذ مفهوم الخطبة من الشريعة الإسلامية التي تعتبرها مجرد وعد بالزواج وليست عقدا للزواج كما هي الحال في بعض الدول[23] مثل القانون الإنجليزي والألماني والنمساوي والسويدي ويترتب عن الخطبة في هذه القوانين آثارا قانونية معينة وتسري عليها قواعد الإسناد التي تسري على عقد الزواج في حد ذاته ومن هنا إذا ورد في الخطبة شرطا يقضي بإتمام إبرام عقد الزواج وعرض النزاع أمام القاضي الجزائري عليه أن يرفض تطبيق ذلك لأنه مخالف للأسس الجوهرية التي يقوم

عليها المجتمع الجزائري، ولكن إذا لم تكن مخالفة للنظام العام فما هي قاعدة الإسناد التي تحكمها وما هو القانون الواجب التطبيق عليها هذا ما نستعرضه فيما يلي:

ثانيا: ماهو القانون الذي يحكم الخطبة وهل لها قاعدة إسناد خاصة بها.

تختلف قوانين الدول في مسألة تحديد القانون الذي يحكم الخطبة وتنظيم قواعد إسناد خاصة بها، ويلاحظ في هذا المجال بأن المشرع الجزائري لم يحدد القانون الواجب التطبيق على الخطبة ولم ينص على قاعدة إسناد خاصة بها وحدها، كما هي الحال بالنسبة لبعض القوانين الأخرى[24].

ولكن رغم عدم وجود قاعدة إسناد تحكمها في التشريع الجزائري ونظرا لإعتبارها من مقدمات عقد الزواج نفسه وفقا للرأي الراجح في الفقه فليس هناك شك في اعتبراها جزء منه، وبالتالي تخضع لنفس قاعدة الإسناد التي يخضع لها الزواج في حد ذاته.

ويترتب على خضوع الخطبة إلى نفس قاعدة الإسناد التي تحكم الزواج الواردة في المادة 11 من القانون المدني الجزائري والخاصة بالشروط الموضوع لإبرام عقد الزواج التي سوف ندرسها لاحقا، فهي تخضع من حيث شروطها الموضوعية إلى قانون جنسية الطرفين – الخاطب والمخطوبة– وتخضع من حيث شروطها الشكلية إلى قانون المحل على النحو الذي يحكم شكل الزواج[25] أي خضوعها إلى القواعد العامة المخصصة لحكم شكل التصرفات القانون القانونية [26] وهو ما جاءت به المادة 19 من القانون المدني الجزائري على النحو الذي سوف نراه في حينه، وتخضع من حيث آثارها إلى قانون جنسية الخاطب قياسا على قاعدة الإسناد التي تحكم آثار الزواج[27] الواردة في الفقرة الأولى من المادة 12 شريطة ألا يكون قانون الدولة التي ينتمي إليها الخاطب متعارضا مع النظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع[28] وتخضع من حيث العدول عنها أو فسخها إلى قانون جنسية الطرف الذي يستعمل هذا الحق وفي حالة إساءة استعماله وترتيب عنه أضرارا للطرف الآخر فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون المحل الذي وقع تحت سلطانه العدول أو الفسخ باعتباره فعلا ضارا يسأل صاحبه عنه وهو ما تقضي به

المادة [20] من القانون المدني الجزائري المنظمة لقاعدة الإسناد الخاصة بالفعل الضار، مع العلم أن هناك من يرى خضوع الفسخ أو العدول إلى قانون الجنسية لكل من الخاطب والمخطوبة أو إلى قانون جنسية الخاطب وحده في حالة عدم وجود جنسية مشتركة[29].

أما الهدايا التي جرت العادة على تقديمها خلال فترة الخطبة وتقدم في أغلب الحالات من طرف الخاطب إلى المخطوبة والمتمثلة في الشبكة والحلي إلى غير ذلك من الهدايا لأخرى، فإن القانون الذي يحكمها اختلفت الآراء[30] والإجتهادات الفقهية في شأنه، إذ يرى البعض بضرورة خضوعها إلى قانون الإرادة، ويرى البعض خضوع الهدايا إلى قانون جنسية الخاطبين31 على أساس أنها تدخل في مضمون انعقاد الخطبة في حد ذاتها، وذهب اتجاه ثالث إلى القول بأنها تخضع إلى القانون المحلي الذي تحقق فيه الإثراء، وذلك على أساس أن رد الهدايا ما هو في حقيقة الأمر إلا تطبيق من تطبيقات فكرة الإثراء بلا سبب[32].

وإذا كانت هذه هي المرحلة الأولى التي تسبق الزواج فما هي المرحلة التي تليها ويتم فيها إبرام عقد الزواج وفقا لقاعدة اسناد خاصة بها إذا ما تحققت شروط موضوعية محددة، هذا ما نستعرضه فيما يلي:

المرحلة الثانية: انعقاد عقد الزواج.

لكي تتضح مرحلة إبرام الزواج المختلط في مجال القانون الدولي الخاص بصفة واضحة ينبغي تحديد قاعدة الإسناد التي تحكم هذه المرحلة ثم الشروط الموضوعية الواجب توفرها لقيام عقد الزواج صحيحا والقانون الذي يحكمها، ومدى استبعاده عند مخالفته للنظام العام وذلك كله على النحو الآتي:

أولا: تحديد قاعدة الإسناد الخاصة بانعقاد الزواج.

يعتبر المشرع الجزائري قد حسم الأمر في القانون المدني الجزائري في شأن تنازع القوانين بالنسبة إلى القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج

وذلك في المادة 11 التي تنص "يسري على الشروط الموضوعي الخاصة بصحة الزا القانون الوطني لكل من الزوجين".

يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة إسناد خاصة بالشر الموضوعية لصحة الزواج واعتبرها الوسيلة الأساسية لتحديد القانون الواجب التط في المنازعات المتعلقة بالزواج المختلط.

ويفهم أيضا أن قاعدة الإسناد الواردة في المادة 11 ليست هي التي تتولى الح للنزاع المطروح إنما وظيفتها الأساسية كما هي واضحة من صياغة وأسلوب المادة هي الإشارة إلى قانون مختص يتولى تقديم الحلول للنزاع33 لأن قواعد الإسناد بص عامة هي قواعد غير مباشرة[34].

ويفهم أيضا من مضمون المادة 11 بأن المشرع الجزائري قد حرص صراحة على وض قاعدة إسناد خاصة يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوع لإبرام عقد الزواج دون أن يضع قاعدة إسناد خاصة بشروطه الشكلية، بل ترك ه الأخيرة تخضع إلى القاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات الواردة في المادة 19 عل النحو الذي سنراه لاحقا.

ويفهم أيضا من هذه القاعدة الخاصة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج المختل بان المشرع الجزائري قد ساير التشريعات الحديثة حيث جعلها قاعدة تنازع مزدوجة لأنها تقضي بخضوع الجزائريين فيما يتعلق بشروط الزواج الموضوعية إلى قانو جنسيتهم، وأن الأجانب أيضا يخضعون في شروط الزواج الموضوعية إلى قانو جنسيتهم.

وإذا كان المشرع الجزائري قد وضع قاعدة إسناد خاصة بالشروط الموضوعي للزواج فما المقصود بهذه الأخيرة وما هو القانون الذي يطبق عليها هذا ما نستعرضه فيم يلي :

ثانيا : ما المقصود بالشروط الموضوعية للزواج.

بداية يمكن القول بأن المقصود من مصطلح الشروط الموضوعية للزواج هي تلك

الشروط اللازمة لقيام الرابطة الزوجية التي يترتب على تخلفها انتفاء الزواج وتتعلق عموما بأركان العقد من تراض ومحل وسبب.

وتنقسم الشروط الموضوعية في الزواج المختلط إلى قسمين رئيسيين :

القسم الأول: يتضمن مجموعة من الشروط يطلق عليها الفقه مصطلح الشروط الإيجابية كالأهلية وترافق إرادة الزوج والزوجة ورضاء الوالدين ومرافقة الولي إذا لزم الأمر، والكفاءة في الزوج في بعض الحالات وصلاحية الزوجين كالبلوغ وصلاحية الزوجة لأن تكون محلا لعقد الزواج[36].

أما القسم الثاني: فإن شروط الزواج فيه يطلق عليها الفقه مصطلح الشروط الموضوعية السلبية عكس المصطلح الوارد في القسم الأول وهي ما يسمى بموانع الزواج[37] مثال ذلك وجود قرابة موجبة للتحريم بين الرجل والمرأة سواء كانت تلك القرابة مبينة على قرابة الدم أو كانت قرابة مصاهرة أم كانت قرابة مصدرها الرضاع، ويدخل أيضا ضمن الموانع ارتباط المرأة بزواج لا زال قائما، أو أنها مازلت في فترة العدة، أو أنها تختلف عن الزوج في الدين إذا كانت المرأة مسلمة[38] والرجل غير مسلم كما هي الحال في الشريعة الإسلامية.

وتجدر الملاحظة أو الإشارة في هذا المجال أن معظم قوانين الدول العربية تستمد شروطها الموضوعية للزواج من الشريعة الإسلامية[39] ومنها بطبيعة الحال النظام القانوني الجزائري ودليلها في ذلك ما ورد في المادة 22 من قانون الأسري الجزائري التي تقضي بأن ما لم يرد في هذا القانون - قانون الأسرة - يجب الرجوع فيه إلى ما تتضمنه الشريعة الإسلامية من قواعد ومبادئ وأحكام، يضاف إلى ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه يجب على القاضي الجزائري في حالة عدم وجود نص تشريعي أن يحكم بما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالتالي فإن الولاية العامة في مجال الأحوال الشخصية، هي للشريعة الإسلامية ورغم ذلك فإن تلك الشروط سواء كانت شروط صحية أو نفاد أو لزوم قد تختلف فيها

المذاهب الفقهية الإسلامية وتؤدي إلى اختلافات بين تشريعات الدول العربية بحكم المذهب الذي تعمل به كل دولة من الدول العربية والإسلامية[40].

ويمكن القول من خلال استعراضنا لمختلف الشروط التي تتطلبها الشريعة الإسلامية لانعقاد عقد الزواج بأنها تعتبر من الشروط الموضوعية ماعدا شرط الشهادة التي تدخل في مسألة إثبات وعلانية الزواج ويحكمها القانون الذي يحكم الشكل.

أما بالنسبة للنظم القانونية غير الإسلامية التي تعتمدها بعض الدول الأخرى فإنها تعتبر شرط إجراء الزواج وفقا لطقوس دينية معينة تعتبره شرطا موضوعيا.

ولذلك فإن الزواج في هذه الحالة لا ينعقد صحيحا في تلك الدول إلا بتدخل رجل الدين أو القيام بطقوس محددة وهي ليست مجرد صورة يظهر من خلالها اتفاق الطرفين على الزواج وإبرازه إلى العالم الخارجي كما هي الحال في الشريعة الإسلامية، بل هو شرط جوهري لا ينشأ عقد الزواج صحيحا من الناحية القانونية دون أن يتحقق[41].

ولا يفوتني أن أذكر مرة أخرى بأن مسألة تحديد طبيعة الشرط هل هو شرط شكلي أم موضوعي انعقاد الزواج هي من مسائل التكييف[42] يعود فيها الإختصاص القانوني إلى القانون الجزائري على النحو الذي سبق بيانه.

وغني عن البيان بأن الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط طبقا لقاعدة الإسناد الجزائرية الواردة في المادة 11 المشار إليها سابقا لم تخرج عن الشروط التي تتضمنها الولاية العامة للشريعة الإسلامية، وهو ما نجده مجسدا في أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي يشترط لقيام الرابطة الزوجية أن يتوفر أول شرط جوهري هو التراضي بين الزوج والزوجة والولي والشاهدان والصداق، وتوافر الأهلية وانعدام الموانع الشرعية وهي كلها واردة صراحة في المادة 9 منه43 ولكن ما هو القانون الذي يحكمها هذا ما نستعرضه فيما يلي:

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

قد يثور نزاع أمام القاضي الجزائري في صحة الزواج المختلط لتخلف شرط من

شروطه الموضوعية وبالتالي على القاضي أن يحدد الشروط اللازمة لقيام الرابطة الزوجية، ومن ثمة يتعين عليه البحث عن القانون الذي يحكم هذه الشروط خاصة أن الزواج المطروح أمامه هو زواج مختلط[44].

ونشير في هذا المجال بأن الأنظمة القانونية للدول والآراء والإتجاهات الفقهية مختلفة وليست موحدة بالنسبة إلى القانون الذي يحكم تلك الشروط ومقسمة بين ثلاثة اتجاهات بصفة عامة:

الإتجاه الأول: ذهب أنصاره إلى تطبيق قانون المحل الذي أبرم فيه الزواج المختلط على شروطه الموضوعية وهو ما تأخذ به قوانين الولايات المتحدة وبعض دول أمريكا اللاتينية[45].

الإتجاه الثاني: يرى أنصاره ضرورة تطبيق القانون الشخصي للزوجين المتمثل في موطن الزوجية وهو ما أخذ به القانون الإنجليزي وسايرته بعض قوانين البلاد الأسكندنافية[46].

الإتجاه الثالث: ذهب أنصار هذا الإتجاه الذي يجري به العمل في معظم دول العالم ومنها القانون الجزائري إلى إخضاع شروط الزواج الموضوعية إلى قانون جنسية الزوجين[47]

وقد جاء موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة حاسما وصريحا في المادة 11 المشار إليها سابقا حيث تقضي بأن الشروط الموضوعية لعقد الزواج يرجع في شأنها إلى قانون جنسية الزوجين، ورغم عدم تحديدها صراحة الوقت الذي يعتد فيه بقانون الزواج، إلا أن الفقه يجمع أن الوقت المقصود هو وقت الزواج نفسه[48] وحتى لو تغيرت جنسية أحد طرفي العلاقة الزوجية أو كلاهما فإن القانون المذكور يبقى معمولا به ولا يتغير[49].

ويرى بعض الفقهاء بأن العلة من الأخذ بقانون جنسية الزوجين واضحة لأننا في هذا المجال بصدد إنشاء علاقة زوجية يترتب عليها آثار في غاية الأهمية في حالة الإنسان- لأن الزواج يدخل في مفهوم الحالة- ولن يكون منطقيا أن تقوم هذه العلاقة الزوجية وتكون

صحيحة وفقا لقانون أحد الطرفين، بينما تكون غير صحيحة وباطلة وفقا لقانون الطرف الآخر في نفس العلاقة الزوجية[50].

وإذا كان هذا الإتجاه الأخير الذي جعل الشروط الموضوعية للزواج من اختصاص قانون جنسية الزوجين هو الذي أخذ به المشرع الجزائري بصريح نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري فإن القاضي الجزائري يجد نفسه خلال أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بتلك الشروط أمام ثلاثة فروض هي:

الفرض الأول: وحدة جنسية الزوج والزوجة:

ليست هناك صعوبة في أعمال قاعدة الإسناد في مثل هذا الفرض[51] إذ يجب على القاضي الجزائري الرجوع مباشرة إلى تطبيق قانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما كل من الزوج والزوجة وبالتالي يكون قد طبق حكم قاعدة الإسناد الجزائرية الخاصة بالزواج المختلط.

الفرض الثاني: انعدام جنسية الطرفين.

وفي هذا الفرض أيضا لا توجد صعوبة أمام القاضي الجزائري في مسألة القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج بالنسبة لعديمي الجنسية ذلك أن الرأي الراجح والمستقر عليه فقهيا وقضائيا وتشريعيا وحتى في المعاهدات الدولية[52] هو تطبيق قانون موطن الزوجين اللذين لا جنسية لهما فإن لم يكن لهما ذلك طبق قانون محل إقامتهما العادية وهذا بالنسبة لكل الأحوال الشخصية ومنها الزواج.

وقد أكد المشرع الجزائري الأخذ بهذا الرأي في المادة22 من القانون المدني بعد تعديلها في سنة 2005 حيث جاء في الفقرة الثالثة ما يلي: "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة" وبذلك قد أصبح منسجما مع الإتفاقيات الدولية لأنه كان قبل هذا التعديل يأخذ بنفس الحكم ولكن كانت السلطة التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق بيد القاضي[53] الأمر الذي كان يعتبر غير

مضبوط على النحو الذي جاء به التعديل الجديد الذي يتماشى مع الأحكام القضائية الدولية والآراء الفقهية الحديثة ويسهل مهمة القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع.

غير أن قاعدة الإسنادة المستعملة في هذا الفرض ليست قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 11، بل قاعدة الإسنادة الواردة في المادة 22 فقرة 3 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية في أحواله الشخصية، والزواج كما أشرنا من قبل يدخل في مفهوم حالة الشخص.

الفرض الثالث: إختلاف جنسية الزوجين.

في هذا الغرض تظهر الصعوبة الحقيقية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، لأننا نجد الزوج تابعا لدولة ما والزوجة تابعة لدولة أخرى كأن يكون الرجل إيطاليا والمرأة فرنسية.

وقد اتجه الفقه في مسألة أو كيفية تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج في مثل هذه الحالات التي تختلف فيها جنسية الطرفين إلى اتجاهين هما :

الإتجاه الأول: يرى أنصاره الأخذ بالتطبيق الجامع للقانونين.

ذهب فريق من الفقه التقليدي إلى القول بأن الزواج المختلط لا يكون صحيحا حسب وجهة نظرهم إلا إذا تم وفقا للقانونين[54]، وهذا يعني أن تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج، لا يتحقق إلا باستيفاء الزوج شروط الزواج في قانونه هو وفي قانون زوجته أيضا، وفي نفس الوقت يجب استيفاء الزوجة بدورها على شروط قانونها وشروط قانون زوجها.

وبمعنى آخر أن انعقاد الزواج المختلط طبقا لهذا الإتجاه ينبغي إدماج كل من الشروط المطلوبة في القانونين ثم تطبيق الأحكام الناتجة عنهما على كل من الزوج والزوجة، لأن المقصود من قاعدة الإسناد في هذا المجال حماية الرابطة الزوجية في حد ذاتها، لكي

يكون قيامها صحيحا في نظر قانون الدولتين معا، وليس صحيحا في نظر دولة وغ
صحيح في نظر الدولة الأخرى[55].

غير أن هذا الاتجاه قد تعرض إلى انتقاء شديد حيث أنه من الناحية العملية فيه تحي
وإهدار للقواعد الأكثر تساهلا لانعقاد الزواج، والاقتصار على تطبيق قواعد التنازع الأكث
تشددا.

لكل من قانوني الزوجين[56] ومما لا شك فيه أن هذه النتيجة التي نصل إليها من خلا
التطبيق الجامع، هي نتيجة لا تثقف بل تتنافى مع الغاية التي يستهدفها ويسعى إلى
تحقيقها أنصار الفقه الفرنسي القائل بهذا الرأي وتتمثل تلك الغاية في احترام تطبيق كل
من قانون الزوج والزوجة لقيام عقد الزواج[57].

ولذلك فإن الفقه الحديث سواء على مستوى غالبية الفقه الفرنسي أو الفقه العربي قد
هاجر فكرة التطبيق الجامع Application
cumulative وأخذ باتجاه آخر نستعرضه فيما يلي:

الإتجاه الثاني: التطبيق الموزع Application distributive

في مقابل الإنتقادات الموجهة إلى فكرة التطبيق الجامع المشار إليها آنفا اتجه الفق
الحديث إلى ترجيح وتفضيل الأخذ بالتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين l بمعنى أن
يكفي لإنعقاد الزواج صحيحا أن يتوفر في كل طرف على حدة الشروط الموضوعية التي
يتطلبها قانون دولته دون أن تطلب منه استيفاء الشروط الموضوعية التي يطلبها ويقررها
الطرف الآخر، مثال ذلك أن تكون هناك علاقة بين رجل فرنسي الجنسية وامرأة تتمتع
بالجنسية الأمريكية فإنه يكفي لانعقاد الزواج طبقا لهذا الإتجاه أن يتوفر في الزوج ما
يتطلبه القانون الفرنسي وحده، وأن يتوفر في الزوجة الأمريكية ما يتطلبه القانون
الأمريكي وحده أيضا وهذا هو في حقيقة الأمر مضمون قاعدة الإسناد الجزائرية التي جاء
بها المشرع الجزائري في المادة 11المشار إليها سابقا حيث يتضح منها أنه يعتد بصفة
أساسية فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج بقانون الزوجين[58].

وترجع الحكمة في اشتراط الرجوع إلى قانون الزوج والزوجة مع ضرورة الأخذ بالتطبيق الموزع إلى أن الزواج رابطة قانونية جديدة تنشأ بين شخصين منفصلين ومستقلين عن بعضهما البعض[59] قبل قيام تلك الرابطة، وبالتالي ليس معقولا ولا منطقيا عدم الأخذ حال إنشائها بقانون دولة أحد الطرفين اللذين يريدان الدخول في هذه الرابطة الزوجية.

وإذا كان المشرع الجزائري قد حسم الأمر في مسألة التطبيق الموزع فإن قاعدة الإسناد الواردة فيه ليست مطلقة لأن هناك شروط موضوعية سلبية أخرى توجد إلى جانب الشروط الموضوعية الإيجابية وتأتي في صيغة المنع وقد سميت فعلا بموانع الزواج وهي متعددة ومتنوعة حددها قانون الأسرة الجزائري[60] وهي شروط تتصل بجوهر وعمق الرابطة الزوجية في ذاتها بحيث لا يمكن أن تتحقق دون أن تمس كلا الطرفين[61] ومن ثمة فإن القاضي الجزائري مجبر في حالة وجود مانع من موانع الزواج أن يأخذ بالتطبيق الجامع بالنسبة لشروط الزواج الموضوعية.

رابعا : هل يمكن للقاضي الجزائري استبعاد القانون الأجنبي الذي أمرت بتطبيقه قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج الواردة في المادة 11 مدني جزائري.

تجيب المادة 24 من القانون المدني الجزائري والمعدلة بتاريخ 20 يونيو 2005 على هذا السؤال حيث تنص: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له اختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

يفهم من مضمون هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة إسناد عامة أجاز فيها استعمال النظام العام والآداب العامة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص واحلال محله القانون الجزائري وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من نفس المادة بقولها "يطبق القانون الجزائري محل القانون المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

ولما كان الزواج بصفة عامة هو أكثر المواضيع في القانون الدولي الخاص الذي يستخدم فيه القضاء في معظم الدول النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي

المختص[62] فإن القاضي الجزائري يقوم بدوره بالمراقبة والسهر على عدم استفضا قواعد وأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق على شروط الزواج الموضوعية مع فكر النظام العام في الجزائر كان يكون مثلا الزواج مثليا المعمول به في هولندا واسبانيا وفي بعض مقاطعات كندية وبلجيكية أو يكون هذا الزواج عبارة عن إتفاق مدني ليس له الصف الرسمية ورغم ذلك يرتب آثارا قانونية كالميراث على الرغم من عدم الإعتراف به كزوا رسمي وهو مستعمل في بعض الدول الغربية، أو يكون قانون أحد الزوجين يعتبر اختلاف اللون أو الجنس مانعا لانعقاد الزواج[63] ويمنع المسلم من الزواج بأخرى، أو يجيز الزوا تحت ضغط وإكراه أو تدليس[64].

ففي جميع هذه الحالات وغيرها من الحالات الأخرى التي ينطبق عليها مفهوم النظا العام في الجزائر أجاز المشرع الجزائري طبقا للمادة 24 المشار إليها استبعاد تطبي القانون الأجنبي المختص من طرف القاضي الوطني إذا كان هذا القانون يحمل في طيا وأحكامه تعارضا واستضاما مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع الجزائري ومنب العادات والتقاليد ومبادئ الأخلاق وما جاءت به الشريعة الإسلامية خاصة أن الزوا مستمد في كل أحكامه منها فكل ذلك هو جزء من نسيج[65] المجتمع الجزائري الذي تحك أحواله الشخصية مثل معظم الدول الغربية والإسلامية[66].

وبالتالي إذا ما توفرت إحدى مقتضيات النظام الجزائري فإن على القضاء الجزائر المعروض عليه النزاع أو الجهة المختصة بإبرام عقد الزواج أو توثيقه الإمتناع واستبعا تطبيق القانون الأجنبي الذي أمرت به قاعدة الإسناد الخاصة بشروط صحة الزوا الموضوعية الواردة في المادة 11 السالفة الذكر.

وإذا كانت هذه هي الشروط الموضوعية للزواج المختلط والقانون الذي يحكمها على ضوء قاعدة الإسناد الخاصة بها، هل هناك شروط أخرى شكلية لهذا الزواج، وهل هناك قاعدة إسناد في التشريع الجزائري خاصة بها، وما هو القانون الذي يحكمها في حالة وجودها، هذا ما نستعرضه على النحو التالي :

المطلب الرابع: الشروط الشكلية للزواج المختلط والقانون الذي يحكمها

الأصل أن عقد الزواج من العقود الرضائية يقوم على التراضي، لا يتطلب لوجوده أي إجراء شكلي إلا ما تتحقق به علانيته وإشهاره، غير أن قوانين الدول الوضعية المختلفة وتحت تأثير الإعتبارات الدينية نجدها في غالب الأحيان ما تستلزم أمورا جعلت من الزواج عقدا أو تصرفا شكليا.

وقد اعتبر كل من الرأي الراجح في الفقه والقضاء تلك الأمور الواردة في القوانين الوضعية شروطا شكلية في الزواج يترتب على تخلفها جزاءا معينا.

وقد أشرنا سابقا بأن تحديد طبيعة الشرط هل هو موضوعي أم شكلي يخضع إلى قانون القاضي باعتباره تكييفا وفقا للمادة 9 من القانون المدني الجزائري.

وما دام الأمر على هذا النحو فإن دراسة شروط الزواج الشكلية والقانون الذي يحكمها وفقا لقواعد الإسناد الجزائرية لا بد من دراستها على النحو التالي:

أولا: مفهوم الشكلية في التصرفات القانونية.

إن مفهوم الشكلية الحديثة في التصرفات القانونية يمكن القول بأنه يتراوح بين مفهومين أساسيين، أحدهما ضيق والآخر واسع[67] على النحو التالي:

أ- المفهوم الضيق للشكلية:

يعني هذا المفهوم أن التعبير عن الإرادة في التصرفات القانونية ليس تعبيرا حرا، إنما مقيد بشكل يفرضه المشرع بنصوص توضع سلفا.

وبناءا على هذا المفهوم الضيق أن أي تصرف من التصرفات القانونية يكون شكليا، عندما يفرض المشرع على من يقوم بالتعبير عن الإرادة شكلا محددا، يجب عليه أن يتقيد به في تصرفه وإلا كان باطلا.

وتجدر الملاحظة هنا بأن الشكلية بهذا المفهوم لا تحول دون اختيار صاحب العقد الشكلي الوسيلة التي بواسطتها يحقق الشكل الذي فرضه عليه المشرع كما لو تطلب

القانون شرط الكتابة كشكل للإنعقاد ولكنه في نفس الوقت ترك له الحرية في اختيار نوع الكتابة رسمية كانت أم عرفية[68].

ومما لا شك فيه أن الشكلية بهذا المفهوم الضيق تبدو متناقضة مع مبدأ الرضائية وبالتالي فإن الشكلية المقصود منها في هذا المفهوم محصورة في الشكل المفروض للتعبير عن الإرادة عند قيام الشخص بالتصرف، وبعبارة أخرى تلك الشكلية المطلوبة لإنعقاد التصرف وصحته، ومن هنا يتميز التصرف الشكلي عن التصرف الرضائي[69].

ب-المفهوم الموسع للشكلية:

تعنى الشكلية وفقا للمفهوم الموسع بأنها عبارة عن أداة الفن القانوني لها في مجال التصرفات القانونية مجالا واسعا للتطبيق، لأنه يعتبر من مظاهر الشكلية ليس فقط تلك التي يتطلبها القانون لإنعقاد التصرف وصحته، بل أيضا الشكلية التي يؤدى عدم احترامها أو مراعاتها إلى عدم الفاعلية القانونية للتصرف القانوني مهما كانت درجته[70].

وبالتالي لم يعد الإرتباط وفقا للمفهوم الموسع للشكلية ارتباطا ضيقا بين الشكلية ومبدأ الرضائية، حيث أن هذه الأخيرة ستدخل في مجال الشكلية طالما أن غياب شكلية محددة سيجعلها مشوبة بعدم الفاعلية بصورة من الصور على الرغم من صحة التصرفات القانونية.

ولذلك يعتبر من مظاهر الشكلية وفقا لهذا المفهوم الموسع الإشكال المطلوبة لإثبات التصرفات التي يحددها القانون سلفا وهو ما أخذ به الرأي الراجح في الفقه، ونفس الحكم بالنسبة للإشكال المطلوبة للعلانية والشهر.

ومن هنا يمكن القول بأن الشكلية في مجال الزواج المختلط باعتباره تصرفا قانونية تندرج في هذا المفهوم الأخير، وهو ما نستعرضه على النحو التالي:

ثانيا: تحديد المقصود من الشروط الشكلية للزواج المختلط.

المقصود من الشروط الشكلية في عقد الزواج وفقا للرأي الغالب في الفقه الحديث، هو

الشكليات التي تتصل بالأوضاع اللازمة لإظهار[71] الإرادة في عقد الزواج وكذلك قواعد وإجراءات إثباته وعلا نيته، وكل ما هو لازم لإبرامه ويتصل بصفة أساسية بمظهره الخارجي الذي يتم فيه[72]، ويشمل أيضا كل ما يتعلق من إجراءات ومسائل اختصاص والنشر الخاص بالزواج والمعارضات التي تقوم بشأنه وإجراءات الزواج بالوكالة وإجراءات إشهاره وشهوده[73] وتحريره.

وتجدر الملاحظة بأن هناك بعض الدول تعتبر شهر الزواج في الشكل الديني شرطا موضوعيا كما هي الحال بالنسبة لليونان وبلغاريا وإسبانيا، في حين تعتبره كل الدول العربية التي تأخذ في مسألة الزواج بالشريعة الإسلامية ومعظم الدول المسيحية شرطا شكليا.

وبالرجوع إلى بعض النصوص التشريعية في النظام القانوني الجزائري نجدها تتضمن في مضامنها نفس المعنى المقصود المشار إليه سابقا إذ تعتبر الإجراءات المتعلقة بتسجيل عقد الزواج التي يقوم بها ضابط الحالة المدنية طبقا للمادة 71 من قانون الحالة المدنية أو التي يقوم بها الموثق طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة[74] تعتبر كلها من الشكلية التي تلحق بالزواج.

ونفس الحكم بالنسبة إلى كل البيانات المتعلقة التي تتعلق بإثبات الزواج وبيانات خاصة بالزوجين وأخرى بالموطن أو الموثق الذي قام بتحرير عقد الزواج ووقع عليه وهو ما جاءت به المادة 22 من قانون الحالة المدنية[75]، وتعتبر أيضا من الشكل إجراءات الوكالة التي يتم الزواج بمقتضاها الزواج وفقا للمادة 20 من قانون الأسرة سواء كانت مكتوبة كتابة رسمية أو كانت شفوية لأن نص المادة جاء عاما ولم يحدد شكلا معينا[76].

وتعتبر أيضا من الشكل الإجراءات والبيانات التي تتعلق بالزواج الذي يتم خارج الجزائر أمام الهيئات الدبلوماسية الجزائرية عن طريق الموظفين المشرفين على دوائر ومراكز القنصليات الجزائرية المخولين قانونا القيام بهذه الوظيفة باعتبارهم ضباطا للحالة المدنية لكل جزائري يقيم بالخارج ويتزوج هناك وذلك طبقا للمادة [103] من قانون الحالة المدنية، ويعتبر أيضا من الشكل كل الإجراءات التي تتم وفقا لقانون البلد الذي أبرم

الزواج فيه وكانت تلك الإجراءات بطبيعة الحال مدنية فيكون زواجا صحيحا الجزائر[77].

ثالثا: ماهو القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج في التشريع الجزائ للإجابة على هذا السؤال لابد من دراسة المادة 19 المنظمة لشكل التصرفات القانونية النحو التالي:

1 - خضوع شكل الزواج إلى قانون المحل الذي تم فيه.

أخذ المشرع الجزائري في المادة 19 بقاعدة لوكيس LOCUS التقليدية[78] التي أخذ الفقه والقضاء ومعظم تشريعات الدول مع الإختلاف في مدى إلزاميتها[79] وهي القاع التي تقر بخضوع شكل التصرف إلى قانون المحل الذي تم فيه، وقد أكدت المادة [97] قانون الحالة المدنية الجزائري تلك القاعدة الواردة في المادة 19 من القانون المد الجزائري المعدلة بقانون رقم 05-01مؤرخ في20 يونيو 2005.

ويترتب على ذلك أن الزواج الذي يتم وفقا للشكل الذي يتطلبه قانون المحل الذي تم ف الزواج يعتبر صحيحا[80] ولذلك يعتبر البعض بأن هذا الحل هو حل عالمي[81].

ويترتب على ذلك أن الزواج الذي يتم في الجزائر أمام الموظف المختص أو الموث وفقا للإجراءات والبيانات المطلوبة في القانون الجزائري يعتبر زواجا صحيحا في دو أخرى التي اعتمدت قاعدة لوكيس LOCUS في نصوصها التشريعية.

ويعتبر أيضا الزواج الذي يتم بين الجزائريين في الخارج طبقا لتلك القاعدة صحيح في الجزائر إذا تم وفقا للنظام القانوني المألوف في بلد الإبرام، وهو ما نصت علي صراحة المادة 97 من قانون الحالة المدنية حيث تنص "إن الزواج الذي ينعقد في بل أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعد صحيحا إذا أبرم وفقا للإجراءات الشكلية المتبعة في ذلك البلد ويشترط أن لا يخالف الجزائري الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكانية عقد الزواج".

ويترتب على أحكام المادة 19 من القانون المدني والمادة 97 من قانون الحالة المدنية،

بأن للجزائريين الموجودين بالخارج إبرام زواجهم وفقا للشكل الذي يتطلبه قانون البلد الذي يتم فيه الزواج[82] ويكون صحيحا في الجزائر.

وعليه إذا كان هذا الشكل مدنيا وليس دينيا وكان في نفس الوقت الزوج والزوجة مسلمين فإن هذا الزواج يعتبر زواجا صحيحا ومقبولا في نظر النظام القانوني الجزائري أما إذا كان الشكل دينيا فلا يجوز لهما إجراؤه وفقا لهذا الشكل وبالتالي يعتبر زواجا غير صحيح ومخالفا للنظام العام في الجزائر بعبارة أخرى أن حق الجزائريين في إبرام زواجهم وفقا للشكل المطلوب محليا، ليس حقا مطلقا83 بل هو مقيد بعدم مخالفته للأنظمة القانونية بمفهومها الواسع في الجزائر.

ويفهم أيضا من مضمون المادة 19 باعتبارها تضمنت قاعدة عامة تنطبق على الجزائريين وعلي الأجانب فإن لهؤلاء الأجانب الموجودين في الجزائر إبرام زواجهم وفقا للشكل المطلوب في القانون الجزائري طبقا لقاعدة لوكيس LOCUS التي أخذ بها المشرع الجزائري، ويكون زواجهم صحيحا في الخارج إذا كانت تلك الدول تعتبر بدورها شكل الزواج شكلا مدنيا. أما إذا تم الزواج في الخارج وفقا للشكل المطلوب في قانون المحل وكان الشكل مدنيا فإنه يعتبر صحيحا في الجزائر[84].

وعليه يتبين من القاعدة العامة التي جاء بها المشرع الجزائري في نص المادة 19 أنه يجوز أن يتم الزواج بين أجنبيين متحدى الجنسية أو مختلفيها وفقا للشكل المقرر في البلد الذي أبرم فيه الزواج[85] ويكون صحيحا في الجزائر.

إذا كان هذا هو الحل الذي أخذت به قوانين بلاد العالم وقننه المشرع الجزائري على غرار القوانين الأخرى هل هناك قانون غير قانون المحل يمكن أن يحكم شكل الزواج هذا ما نستعرضه فيما يلي:

2 ـ قانون الموطن المشترك للزوجين:

أجازت المادة 19 المنظمة للقانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية إلى جانب قانون المحل الأخذ بقانون الموطن المشترك للزوجين ما دام الزواج من التصرفات القانونية.

ويجوز أيضا بمفهوم المخالفة للأجانب في الجزائر أن يبرموا زواجهم لدى جهاتهم المتمثلة في هيئات دبلوماسية أو قنصلية مختصة وفقا للإشكال المطلوبة في دولهم[91] إذا كانت هذه الأخيرة تخول لهم هذه السلطة.

وفي حالة اختلاف جنسية الزوج عن جنسية الزوجة يتعين في هذه الحالة الرجوع إلى الإشكال المطلوبة في كل من الدولتين أي إبرام الزواج أمام قنصلية كل من الزوج والزوجة[92].

4 ـ خضوع شكل الزواج إلى القانون الذي يحكم الموضوع من الناحية التطبيقية.

إذا رجعنا إلى مضمون المادة 19 التي تضمنت القاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية نجدها قد قننت في محتواها جواز خضوع شكل الزواج إلى أربعة قوانين قانون المحلي وقانون الموطن وقانون الجنسية المشتركة.

وإذا ما عرفنا المعنى المقصود من القانون الذي يحكم موضوع الزواج أنه نفسه المعنى الذي ينطبق على قانون الجنسية المشتركة للزوجين لكان معنى ذلك أن القوانين الأربعة الواردة في نص المادة19 تنحصر عند تطبيقها على شكل الزواج في ثلاثة قوانين المشار إليها فقط.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد فتح الباب واسعا أمام الزوجين في اختيار القانون الذي يحكم شكل الزواج الأمر الذي يؤدي حتما إلى تيسير صحة الزواج من الناحية الشكلية وتلك هي الحكمة التشريعية من قاعدة الإسناد التخييرية التي جاءت بها المادة 19 بحيث يكفي لإعتبار الزواج صحيحا في نظر القانون الجزائري أن يستوفي الشكل المطلوب والمقرر في أحد القوانين الثلاثة المذكورة آنفا حتى لو كان باطلا وفقا لقوانين أخرى.

ولذلك فإن صياغة نص المادة 19 العامة تسمح بإدراج عقد الزواج ضمن مضمون قاعدة التنازع التي يتضمنها النص في عمومه، يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري لو أراد استبعاد الزواج من نطاق تطبيق تلك القاعدة العامة لنص صراحة على ذلك كما فعل في مواضيع أخرى ووضع قاعدة خاصة بالقانون الذي يحكم شكل الزواج.

ويترتب على ذلك إذا اتحد الزوجان في الموطن فليس هناك ما يمنع تطبيق قانون الموطن المشترك على شكل عقد الزواج الذي يتم بينهما[86]، مثال ذلك أن يتم زواج جزائريين في الخارج ويكون موطنهما مشتركا فإن قانون هذا الموطن في بلد أجنبي إذا تم الزواج وفقا للشكل الذي يتطلبه يكون زواجا صحيحا في الجزائر.

وبالمقابل يجوز للأجانب الموجودين بالجزائر أن يعقدوا زواجهم وفقا للشكل الذي يقره القانون الجزائري باعتباره قانون الموطن وذلك إذا تم وفقا للإجراءات والبيانات المطلوبة أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وفقا لأحكام المادة 71 من قانون الحالة المدنية الجزائري[87]، فيكون زواجهم صحيحا طبقا للنظام القانوني الجزائري.

أما إذا كان زواج الأجانب بالخارج وتم وفقا لقانون الموطن المشترك للزوجين من الناحية الشكلية يكون صحيحا في الجزائر وفقا لمضمون المادة 19 من القانون المدني الجزائري والمادة 71 من قانون الحالة المدنية الجزائري أيضا.

3 ـ خضوع شكل الزواج إلى قانون جنسية الزوجين المشتركة:

تعتبر القاعدة العامة الواردة في المادة 19 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات قد جاءت من أجل التيسير على المتعاقدين[88] ولذلك أجاز فيها المشرع الجزائري للزوجين إبرام عقد الزواج وفقا لجنسيتهما المشتركة في حالة اتحادها وفي حالة اختلافها يجب الرجوع إلى قانون جنسية كل منهما[89].

ولما كان الشكل الذي تقوم به الهيئات الدبلوماسية والقنصلية تعتبره معظم النظم القانونية ومنها التشريع الجزائري من الإشكال الوطنية لكل من الزوجين فإنه يترتب على ذلك بالنسبة للجزائريين الموجودين بالخارج جواز زواجهم الذي يتم أمام رؤساء المراكز الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية متى كان الزواج بين جزائريين أو جزائري وأجنبية وفقا للإجراءات والبيانات التي يتطلبها القانون الجزائري[90] فيكون زواجا صحيحا في الجزائر وهو ما أكدته أحكام المادة 96 و 103 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

وعليه لا يجوز تقييد القاعة العامة الواردة في حكم التصرفات القانونية بدون نصوص قانونية تقضي بذلك و لذلك يصح القول أن هذه المادة ليست خاصة بشكل الزواج ولكنها تنطبق عليه لأنه من التصرفات القانونية.

وإذا كانت هذه هي الشروط الموضوعية والشكلية للزواج وهذه هي القوانين التي تحكمها طبقا لقواعد الإسناد الجزائرية، فما هي قاعدة الإسناد التي تحكم الآثار المترتبة عن الزواج المختلط هذا ما نستعرضه فيما يلي :

المبحث الثاني: قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج المختلط.

نظم المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالآثار التي يرتبها عقد الزواج الذي استوفى شروطه الموضوعية والشكلية على النحو السالف بيانه، وذلك في الفقرة الأولى من المادة 12 المعدلة بقانون رقم 05-01 المؤرخ في 20 يونيو 2005 التي تنص "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها الزواج".

فما هي هذه الآثار الشخصية والمالية التي وردت في صياغة ومضمون هذه الفقرة وما هو القانون الواجب التطبيق على تلك الآثار بنوعيها هذا ما نستعرضه على النحو الأتي:

المطلب الأول: تحديد مفهوم الآثار المترتبة على عقد الزواج.

تضمنت قاعدة الإسناد الواردة في التشريع الجزائري، كما هو واضح من نص المادة المذكورة سابقا نوعين من الآثار درج الفقه والقضاء ومعظم التشريعات على تسمية البعض منها بالشخصية والبعض الآخر بالمالية على أساس اتصال الأولي مباشرة بعلاقة الزوج بالزوجة من حيث الحقوق والواجبات فيما تتصل الثانية بالذمة المالية لكل منهما في مجال العلاقات المالية.

ولكي تتضح المفاهيم أكثر ينبغي دراسة كل نوع على حدة فيما يلي :

أولا : مفهوم الآثار الشخصية.

المقصود من الآثار الشخصية التي جاءت في قاعدة الإسناد الجزائرية المأخوذة من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية على غرار معظم قوانين الدول العربية والإسلامية المقصود هو النتائج القانونية والدينية والشرعية والخلقية تتولد عنها مجموعة من الحقوق والإلتزامات تقع على عاتق الزوج والزوجة[93].

ويدخل في مفهوم الآثار الشخصية وفقا للشريعة الإسلامية باعتبارها صاحبة الولاية العامة في هذا المجال[94] كل الحقوق والإلتزامات المتقابلة بين الزوج والزوجة[95] ومنها المعاشرة والمساكنة والإخلاص وحرمة المصاهرة وانتساب الأولاده وحق الزوج في الطاعة ورعاية شؤونه وحق الزوجة في النفقة الزوجية و المهر والعدل في حالة تعدد الزوجات[96].

فهذه الحقوق والإلتزامات جميعا تعتبر من الآثار الشخصية حتى لو كانت في البعض منهما ذات الطابع المالي مثل حق النفقة والمهر، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المفهوم الموسع للآثار الشخصية المترتبة على عقد الزواج في المادة 36 من قانون الأسرة المعدل سنة 2005 حيث تضمنت سبعة فقرات أكدت كلها على ضرورة احترام حقوق الزوجين المتبادلة الناتجة عن الرابطة الزوجية.

وغني عن البيان بأن مسألة ما يعتبر من الحقوق الشخصية أو المالية هي مسألة تكييف يرجع فيها إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع وذلك وفقا لقاعدة الإسناد العامة الواردة في المادة 9 من القانون المدني الجزائري المشار إليها سابقا.

وتترتب إلى جانب الآثار الشخصية آثارا مالية في كثير من النظم القانونية الغربية فما المقصود منها، هذا ما نستعرضه فيما يلي:

ثانيا : مفهوم الآثار المالية وفقا للنظم الغربية.

المقصود من الآثار المالية المترتبة على الزواج هي القواعد القانونية أولا الإتفاقية المعمول بها في بعض المجتمعات الغربية في مجال آثار الزواج والتي بمقتضاها يتم

تحديد حقوق وواجبات كل طرف في الرابطة الزوجية من حيث ذمتهما المالية كتحديد من صاحب ملكية الأموال وإرادتها ومن يقوم بإدارتها وتسيير شؤونها ومن يتحمل الديون التي قد تقع قبل قيام الزواج وخلال قيامه وبعد إنتهائه[97] وتحديد كيفية تسوية المنازعات التي تثور بعد زوال الزواج بطريقة من الطرق في مسألة الحقوق، وتبين أيضا تلك القواعد التي تحكم الآثار المالية من له الحق في الإنتفاع بتلك الأموال[98] وتعني أيضا الآثار المالية النشاطات المالية[99] المصاحبة لإبرام عقد الزواج التي يحدد فيها الزوجان النظام الذي يحكم أموالهما وذلك في عقد مستقل يسمى مشارطة الزواج CONTRAT DE MARIAGE.

هذا هو مفهوم الآثار المالية السائدة في بعض المجتمعات الغربية تحكمها نظم قانونية متعددة نذكر أهمها فيما يلي:

1 ـ نظام الاشتراك المالي LE REGIME EN COMMUNAUTE.

وبموجب هذا النظام تكون الأموال المملوكة للزوجين مملوكة ملكية مشتركة ويخصص جزء منها لإشباع حاجات الأسرة[100].

ويتم سداد الديون من هذه الأموال المخصصة لإشباع متطلبات الأسرة أي الوفاء بالديون الناشئة عن حاجيات الأسرة [101] ويكون للزوج الصلاحية في إدارة الأموال المخصصة لشؤون الأسرة وقد يتطلب الأمر في بعض التصرفات موافقة الزوجة، ولا مانع طبقا لهذا النظام من قيام الزوج بإدارة وتسيير أموال زوجته الخاصة التي ليست محل اشتراك، وإذا انتهت الحياة الزوجية فإن الأموال المشتركة يتم توزيعها بمقتضى هذا النظام بين الزوج والزوجة أو بين الورثة في حالة الوفاة[102].

ونشير بأن لهذا النظام الفرنسي مجالات واسعة يطبق فيها من خلال ثلاثة صور مختلفة على النحو التالي:

الصورة الأولى لتطبيق نظام الإشتراك القانوني:

وفقا لهذه الصورة أو لهذه الطائفة من الأموال فإن هذه الأخيرة تكون مملوكة ملكية مشتركة بين طرفي الرابطة الزوجية ولذلك تسمى بنظام الإشتراك العام la communauté universelle تضمنته المادة 1526 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي[103].

الصورة الثانية لتطبيق نظام الإشتراك القانوني.

طبقا لهذه الصورة فإن الإشتراك الذي يقتضيه هذا النظام يكون قاصرا على الأموال المنقولة والمكتسبةLa communaute de meuble et acquets وهو ما قضت به المادة 1494 من القانون المدني الفرنسي.

وعليه فإن العقارات المملوكة قبل الزواج لا ينطبق عليها حكم الإشتراك بل تبقى مستقلة بحسب ملكيتها من الزوج أو الزوجة بينما المنقولات التي تكون موجودة عند الزواج وكذلك المكاسب التي يكتسبها الزوجان خلاله سواء كانت عقارات او منقولات تكون شركه بينهما[104].

الصورة الثالثة: لتطبيق نظام الإشتراك المالي

جاءت وفقا لمضمون المادة1589 من القانون المدني الفرنسي تحت مصطلح قانوني يتفق الفقه على تسميته بنظام الإشتراك المخفف[105] La communaute reduite aux acquets وهو النظام الذي يحتفظ فيه كل من الزوج والزوجة بالأموال المملوكة قبل الزواج بصفة مستقلة ولا يشتركان إلا في المكاسب أو المدخرات التي يتم الحصول عليها من الطرفين بعد إبرام الرابطة الزوجية بصفة شرعية وقانونية.

وتجدر الإشارة بأن هذا النظام هو الذي يلجأ إلى تطبيقه في فرنسا عند عدم اختيار نظاما آخرا من طرف الزوجين وقت انعقاد عقد الزواج.

أما إذا كانا قد اختارا نظاما آخر فلا يجوز اللجوء إلى الإشتراك المخفف.

2ـ نظام الانفصال المالي**Régime de la separation de biens**.

الإنفصال المالي يعتبر من الأنظمة السائدة في المجتمعات الغربية ليست في دولة واحدة، بل معمول به في بلاد الإنجلوساكونية منها الولايات المتحدة وبريطانيا ومن مسار في فلكهما في هذا المجال[106].

وبموجب نظام الإنفصال المالي يكون كل من الزوج والزوجة مستقلا في أمواله يستطيع أن يتصرف فيها وأن يستغلها لفائدته وهو الذي يقوم بإدارتها شخصيا أو بواسطة من ينوب عنه قانونا في حالة الضرورة.

وبالتالي هناك استقلالية تامة في الأموال الخاصة التي يملكها الزوجان، ما عد المصاريف والأعباء التي تحتاج إليها الأسرة فهي[107] مسؤولية مشتركة بينهما يشارك في دفعها كل من الزوج والزوجة وقد تكون في بعض الأحيان النفقة الغذائية على عاتق أحدهما كما هي الحال في بريطانيا ويسمى هذا الإستثناء بـpension alimentaire.

3 ـ نظام الدوطة Régime dotal

بموجب هذا النظام الذي كان سائدا في فرنسا وألغي بقانون13 يوليو 1965 فإن الزوجة كانت تقدم جزء من مالها إلى زوجها مقابل القيام بإدارته وتسييره واستغلاله والإنتفاع بما يعود عليه من أرباح في نفقة احتياجات ومصاريف الأسرة[108] وفي نفس الوقت لا يجوز للزوج في هذا النظام بيع أو التصرف أو الحجز على هذا الجزء من المال المقدم من طرف الزوجة، أما بقية أموالها الأخرى فهي حرة في التصرف فيها أو استغلالها أو تسييرها أو بيعها أو رهنها أو أي إجراء ترى مناسبا لأموالها.

هذه هي الآثار المترتبة على الزواج الشخصية والمالية فما هو القانون الذي يحكمها، هذا ما نتعرف عليه فيما يلي:

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط.

تتوقف مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة أخرى تسبقها وهي تكييف الآثار المترتبة على الزواج هل هي شخصية أم مالية في نظر قانون القاضي المعروض عليه النزاع[109].

وقد اختلفت أحكام تشريعات الدول واختلفت أيضا الآراء الفقهية والأحكام القضائية في تحديد طبيعة تلك الآثار حيث ذهب البعض إلى اعتبارها من الأحوال العينية وبالتالي يحكمها قانون موقع المال[110] وقد اعتبرها البعض الآخر من المشارطات الزوجية المرافقة لعقد الزواج وبالتالي تخضع إلى قانون الإرادة، بينما اعتبرها اتجاه ثالث بأنها من الأحوال الشخصية ومن ثمة يحكمها قانون الجنسية.

وقد أخذا المشرع الجزائري بهذا الإتجاه الأخير في قاعدة الإسناد الخاصة بآث الزواج المختلط الواردة في المادة المشار إليها حيث يستفاد منها صراحة بأن القانو الواجب التطبيق على آثار الزواج هو قانون جنسية الزوج[111] وقت إبرام عقد الزواج.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري بتحديده للوقت الذي يعتد فيه بجنسية الزوج بوقد انعقاد الرابطة الزوجية يكون قد وضع حدا لتنازع القوانين فيما لو غير الزوج جنسيته بعـ قيام الرابطة الزوجية[112] حيث جعل الآثار المترتبة عنها الشخصية والمالية تبقى خاضعا إلى نفس القانون الذي تم في ظله الزواج.

ومما لا شك فيه أن المشرع يقصد بقانون جنسية الزوج في هذه المسألة هو القانون المطبق في الدولة التي يحمل الزوج جنسيتها وقت انعقاد الزواج على الآثار المترتبة عنه بما في ذلك ما يتعلق بالمال ولا يعتد بجنسية الزوج الجديدة حتى لو كانت هي نفسها جنسية الزوجة أي جنسية مشتركة ما دام النص واضح في سريان قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج[113] وليس بقانون وقت نشأة النزاع بين الزوج والزوجة.

غير ان هناك بعض الفقهاء يفضلون في حالة تغيير جنسية الزوج إلى جنسية زوجته بتطبيق قانون الجنسية المشتركة على آثار الزواج لأنه يصبح هذا القانون الجديد هو لأقرب إلى العلاقة الزوجية أي هو القانون الذي له صلة بتلك العلاقة أكثر من غيره.

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي من الناحية النظرية إلا أننا نختلف معه لأنه لا يعالج نازع القوانين في عدة فروض أخرى منها تمتع الزوج بأكثر من جنسية عند إبرام عقد زواج ومن ثمة يبقى التنازع قائما إذا غير جنسية دولة دون الأخرى وبالتالي يكون شترك في الجنسية مع زوجته بالنسبة للجنسية التي تنازل عنها واكتسب جنسية زوجته لى أثرها ولكنه في نفس الوقت يبقى مختلف الجنسية مع زوجته بالنسبة للدولة التي لم ير جنسيتها.

كذلك الأمر بالنسبة إلى الحالة المحتملة التي قد يغير فيها الزوج جنسيته مرة أخرى التالي هل يطبق قانون جنسيته الأولى أم قانون جنسيته الثانية أم قانون الجنسية

الجديدة ومن ثمة تكون احكام القانون الذي يطبق على آثار الزواج غير مستقرة الأمر الذي تجنبه المشرع الجزائري منذ البداية.

ويبدو واضحا أن المشرع الجزائري قد فضل قانون جنسية الزوج على قانون جنسية الزوجة بالنسبة إلى آثار الزواج لأن الرجل باعتباره زوجا هو رب العائلة[114] هذا من جهة ومن جهة أخرى لإستحالة تطبيق قانونين في وقت واحد كما هي الحال في قاعدة الإسناد الخاصة بإبرام عقد الزواج الواردة في المادة 11 حيث أمرت بالرجوع إلى قانون الزوجين مع التطبيق الموزع.

وهناك حالة أخرى ليس لها حلول في حالة الأخذ بالجنسية المشتركة وهي الحالة التي يفقد فيها الزوج جنسيته الجديدة فما هو القانون في هذه الحالة الذي يحكم آثار الزواج، بينما طبقا للقاعدة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 12 ثابتة وتبقى قائمة وصالحة للتطبيق في جميع الحالات حتى في حالة فقده للجنسية بعد انعقاد عقد الزواج.

ولذلك نحن مع موقف المشرع الجزائري في تحديده بقاعدة إسناد خاصة بآثار الزواج سواء كانت شخصية أو مالية أكد من خلالها عدم فتح الباب أمام الزوجين والزوج على وجه الخصوص تغيير جنسيته عن طريق استعمال وسائل الغش من أجل تغيير قاعدة الإسناد وبالتالي تغيير القانون الواجب التطبيق على الآثار المترتبة على الزواج[115].

وما يلاحظ على قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج التي تبناها المشرع الجزائري هو اختلاف هذه الأخيرة عن القاعدة التي خصصها لانعقاد الزواج حيث أخضع فيها شروط الزواج الموضوعية إلى قانونين كما سبق بيانه، في حين أخضع آثاره إلى قانون واحد لأنه لا يمكن تطبيق قانون الزوج والزوجة في آن واحد على آثار الزواج إذ لن يتسنى تطبيق أيهما عند الاختلاف إلا بمخالفة القانون الآخر[116] ولذلك يبدو أن المشرع الجزائري قد فضل توحيد النظام القانوني الذي يطبق على آثار الزواج وجعله قاصرا على قانون جنسية لزوج دون الأخذ بقانون جنسية الزوجة تفاديا لتنازع قانون الزوجة مع قانون الزوج في حالة تطبيعهما معا.

ويلاحظ على قاعدة الإسناد الجزائرية الخاصة بآثار الزواج من جهة أخرى اختلافها عن قواعد الإسناد التي أخذت بها بعض القوانين الغربية حيث أخضعت آثار الزواج بنوعيها إلى قانون الجنسية المشتركة ومنها قانون ألمانيا الاتحادية لعام 1986 وكذلك القانون اليوناني والبرتغالي، وتهدف من خلال ذلك تحقيق مبدأ المساواة بين الزوج والزوجة أمام قواعد الإسناد[117].

ورغم أن دخول أغلب المسائل السابقة في مفهوم آثار الزواج المختلط وخاصة الآثار الشخصية إذ لم تكن محل شك إلا أن هناك بعض الصعوبات تعترض تطبيق قانون جنسية الزواج، وهو ما نستعرضه فيما يلي :

صعوبات تطبيق قانون جنسية الزوج:

هناك عدة مشاكل تعترض تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج المختلط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 12 المعدلة التي جعلت الإختصاص في مسألة آثار الزواج من صلاحية قانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج، وهذه الصعوبات أو المشاكل التي تعترض التطبيق يمكن تحديدها فيما يلي :

1 ـ في مجال مشارطات الزواج:

عرفنا من قبل بأن هناك بعض التشريعات الأجنبية ترتب على الزواج نظاما ماليا جديدا يتحدد بموجبه مركزا قانونية لأموال الزوجين سواء في الفترة التي تسبق الزواج أو خلاله أو بعده، وعرفنا بأن هذا النظام قد يكون قانيا وقد يكون اتفاقيا، إذ يحق وفقا لهذا الأخير أن يعقد الزوجان اتفاقا يطلق عليه في بعض التشريعات الغربية وبعض الفقهاء مصطلح مشارطات الزواج

contrat du mariage يتفق فيه على كل المسائل المتعلقة بالحقوق والواجبات المتعلقة بأموالهم[118].

وفي هذا المجال يثور التساؤل عن حكم قاعدة الإسناد التي تحكم مشارطات الزواج هل هي القاعدة الخاصة بالعقود باعتبار المشارطات عقدا وبالتالي يحكمها قانون الإرادة أم تخضع إلى قانون الجنسية باعتبارها أثرا من آثار الزواج.

ورغم الخلاف في طبيعة المشارطات المالية وما يترتب عنها من مشاكل عن تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج في الأنظمة التي تفرق بين الآثار الشخصية والمالية فإن المشرع الجزائري قد حسم الخلاف حيث أخضع الآثار بنوعيها في قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج مهما كان نوع وطبيعة المشارطات المالية ونظامها القانوني او الإتفاقي[119].

وإذا كانت قاعدة الإسناد في التشريع الجزائري تنطبق على الآثار الشخصية والمالية وتخضع إلى قانون جنسية الزواج وقت إبرام عقد الزواج حتى لو كان هذا المال عقارا وموجودا خارج حدود دولة الزوج فما هو حكم أموال الزوجين التي تكون موجودة في الجزائر بالنسبة للحقوق العينية التي يقررها القانون الأجنبي ولا يقررها القانون الجزائري هذا من جهة ومن جهة أخرى مدى جواز الإحتجاج في الجزائر بما يترتب على النظام المالي في الخارج من حقوق للزوجين:

مثال ذلك أن يكون قانون جنسية الزوج وقت قيام الرابطة الزوجية يقرر هنا قانونيا عاما لصالح الزوجة على كافة أموال الزوج ليكون ضمانا لحسن تسييره وإدارته لأموال زوجته، فإن مثل هذا الرهن لن يطبق على الأموال الكائنة فوق الإقليم الجزائري، والسبب في ذلك عدم وجود هذا النوع من الرهون في النظام القانوني الجزائري.

ونفس الحكم بالنسبة للحالة التي يقرر فيها قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج عدم جواز التصرف في أموال الزوجة فإن هذا القيد الذي قرره قانون الزوج لا يمكن العمل به بالنسبة إلى الأموال الموجودة في الجزائر ما لم تتوفر فيها الشروط التي يتطلبها القانون المدني الجزائري.

ويرجع السبب في عدم تطبيق قانون جنسية الزوج وبالتالي عدم سريان هذا القيد إلى عتباره قيدا على حق الملكية في حد ذاته يترتب عنه تعديل آثار حق الملكية كما حددها لمشرع الجزائري، وبالتالي لكي يتحقق ذلك ينبغي أن تتوفر الشروط القانونية اللازمة فقا للقانون الجزائري وليس قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج[120].

أما بالنسبة إلى إمكانية الاحتجاج بما قد يرتبه النظام المالي المتبع من حقوق عينية أصلية أو تبعية داخل الجزائر على أموال الزوجين، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الاحتجاج بتلك الحقوق إلا بتوفر إجراءات الشهر التي يتطلبها القانون الجزائري[121] باعتباره قانون موقع المال.

2 ـ النفقة الزوجية:

هناك مشاكل وصعوبة في تحديد مفهوم النفقة الزوجية العادية التي هي حق للزوجة يرتبه عقد الزواج الذي يبرم صحيحا والنفقة الوقتية التي تطالب بها الزوجة provisoire pension خلال رفع الدعوى لمواجهة حاجة الزوجة العاجلة و ضرورة حاجيات الحياة وخاصة في حالة هجر زوجها عنها أو امتناعه عن الإنفاق عنها قبل صدور الحكم القضائي[122].

ويمكن فهم هذه الصعوبة بالنظر إلى وجود قاعدة إسناد خاصة بالنفقة بين الأقارب في المادة 14 من القانون المدني الجزائري التي تختلف في حكمها عن قاعدة الإسناد الواردة في الفقرة الأولى من المادة 12 المعدلة من نفس القانون.

وبالتالي فإن النفقة بين الأقارب تخضع إلى قانون المدين بها وقد يكون المدين بها هو الزوج وقد تكون الزوجة[123] وقد يكون أحد الأقارب في العائلة ومن ثمة فهي ليست أثرا من آثار الزواج إنما هي مبنية عل القرابة.

أما النفقة الزوجية فهي نتيجة من النتائج المباشرة التي يرتبها عقد الزواج الصحيح ومن ثمة فهي تخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج وفقا لقاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج ولا علاقة لها بقاعدة الإسناد السالفة الذكر الخاصة بالنفقة بين الأقارب.

أما النفقة الوقتية فقد كيفها البعض بأنها من آثار الزواج يحكمها قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج وهو رأي مرجوح، وكيفها آخرون بأنها لها علاقة بالطلاق وبالتالي يحكمها قانون جنسية الزوج وقت دفع الدعوى[124] وهو الأقرب إلى المنطق القانوني.

المبحث الثالث: قاعدة الإسناد الخاصة بحل الرابطة الزوجية

المطلب الأول: هل الزواج طبقا للقواعد العامة والقانون المقارن

هناك أسباب غير إرادية[125] تعتبر قوية لا دخل فيها لإرادة الإنسان في حل الرابطة الزوجية مثال ذلك الوفاة[126] أي موت أحد الزوجين.

وهناك أسباب أخرى إرادية[127] معلقة على إرادة الزوج وحده كالطلاق، الشريعة الإسلامية[128] وقد يكون انقضاء الزواج عن طريق انقضاء وهو ما يسمى بالتطليق أي يطلق الزوج زوجته ويصدر في شأنه حكم قضائي، يضاف إلى ذلك في بعض النظم القانونية الأخذ بفكرة التفريق الجسدي أو كما يسمى عند البعض بالإنفصال الجسماني[129] الذي يقوم أساسا على التفريق بينهما في المعيشة من جهة والمباعدة في حياتهما الزوجية دون أن يترتب على ذلك خلال فترة الإنفصال الجسماني حل الرابطة الزوجية في حالة عودتهما بعد ذلك إلى الحياة الطبيعية، ويبدو أن هذا النظام قد عملت به بعض الدول في أنظمتها القانونية التي ترى في الزواج صفة الأبدية لا ينتهي إلا بالوفاة.

وقد اختلفت الدول في تشريعاتها في مسألة القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية وذهبت مذاهب شتى نذكر أهمها فيما يلي:

المذهب الأول: خضوع حل الرابطة الزوجية إلى قانون الموطن في حالة اتحاد الزوجين الجنسية

تأخذ الكثير من دول أروبا الغربية في قواعد اسنادها الوطنية الخاصة بانقضاء الرابطة الزوجية بقانون الموطن المشترك للزوج والزوجة في حالة اتحادهما في الجنسية[130]، وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص الحديث في عدة دول منها، يوغوسلافيا، والمجر، وألمانيا، وتركيا، وسويسرا، وهو الحل المعمول به أيضا في الدول التي تجعل الموطن ضابط إسناد للقانون الشخص كما هي الحال في كل من النظام الإنجليزي والأسترالي والبيروني[131].

المذهب الثاني: خضوع حل الرابطة الزوجية إلى قانون الجنسية باعتباره قانون الشخص.

أخذت معظم تشريعات الدول الأروبية وكذلك دول أمريكا اللاتينية بقانون الجنسية مع الإختلاف فيما بينها، في تعيين هذا القانون هل هو القانون الذي يحكم أثار الزواج باعتبار التطليق إنهاء لهذه الآثار أم قانون آخر، وهل هو قانون الجنسية المشتركة أم قانون جنسية الزوج وحده في حالة اختلاف جنسية الزوج عن الزوجة مع التطبيق الجامع أو الموزع، ومراعاة فكرة النظام العام ومدى تعطيل تطبيق قانون الجنسية الواجب التطبيق في بعض أحكامه أو يستبعد كلية وقد أشرنا سابقا إلى فكرة الدفع بالنظام العام فلا داعي إلى تكرارها في هذا المجال أما إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية فإن حدة الاختلاف قد زادت أكثر بين قوانين هذه الدول في مسألة القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية بحيث لم يعد هناك مذهبا موحدا بينها بل اختلفت على النحو التالي:

ففي القانون الدولي الخاص النمساوي تقضي قواعد الإسناد فيه وخاصة المادة 18 ف 1 والمادة 20 ف 1 منه بالأخذ في مسألة حل الزواج بقانون آخر جنسية مشتركة ما دام أحد الزوجين ما زال محتفظا بها.

وفي حالة عدم تحقق ذلك يطبق قانون الدولة التي لهما بها إقامة عادية وفي حالة عدم وجودها يطبق قانون آخر إقامة عادية مشتركة شريطة أن يكون أحد الطرفين ما زال مقيما أي محتفظا بإقامته في تلك الدولة وفي حالة عدم توفر ذلك، يرى القانون الشخصي للزوج المدعي وقت بالتطليق[132].

أما في القانون الألماني فإن قاعدة الإسناد الواردة في المادة17 ف 1 فإنها تقضي بخضوع حل الرابطة الزوجية إلى قانون الدولة محل الإقامة العادية للزوجين أو قانون الدولة التي كان لهما بها آخر محل إقامتهما العادية ما دام أحدهما ما زال محتفظا بإقامته بها، وفي حالة عدم تحقق ذلك يطبق احتياطا قانون الدولة التي يكون الزوجان ما زالت لهما روابط أكثر وثوقا بها من غيرها.

وفي حالة عدم سماح القانون الواجب التطبيق بإجراء التطليق طبقا للقانون الألماني

الذي يجيزه وكان المدعي يتمتع بالجنسية الألمانية وقت التطليق أو وقت إبرام عقد الزواج فإن القانون الذي يحكم حل الزواج في هذه الحالة هو القانون الألماني[133].

وقد لجأ القانون المدني الإسباني في المادة 107 المعدلة بقانون 1981 إلى الأخذ في مسألة حل الرابطة الزوجية بقانون محل الإقامة العادية للزوجين وفي حالة عدم توفر ذلك فإن القانون الإسباني هو الواجب التي في كل الحالات التي تكون فيها المحاكم الإسبانية هي المختصة بالفصل في دعوى التطليق.

أما القانون السويسري فقد أخذ في حل الرابطة الزوجية بقانون الجنسية المشتركة، وإذا اختلفت جنسية الزوجين أو كان قانونهما لا يجيز انحلال الرابطة الزوجية أو يجيزه ولكنه يخضعه لشروط غير عادية يصعب تحققها، أو كان أحد الزوجين يتمتع بالجنسية السويسرية، أو كان أجنبيا ولكنه يقيم في سويسرا منذ على الأقل سنتين، أو كان الاختصاص القضائي يعود إلى المحاكم السويسرية على أساس أنها بلد الأصل ففي جميع هذه الحالات أيضا يخضع حل الرابطة الزوجية إلى القانون السويسري.

وقد أخضع المشرع البلجيكي حل الرابطة الزوجية إلى قانون الزوج الذي رفع الدعوى، وفي حالة عدم تحقق ذلك يطبق القانون البلجيكي على إمكانية ومقبولية التطليق، ويسري القانون البلجيكي في جميع الأحوال على الأسباب التي تؤدي إلى التطليق.

وفي الأخير يمكن القول في هذا المذهب بأنه يصعب علينا تحديد اتجاها موحدا بين دول أوروبا الغربية في مسألة حل الرابطة الزوجية.

المذهب الثالث: خضوع حل الرابطة الزوجية إلى قانون القاضي

تأخذ الأنظمة القانونية في بلاد الأنجلوأمريكية بقاعدة خضوع الطلاق في مفهومه العام إلى قانون القاضي lex fori على أساس توطن الزوجين أو أحدهما في بلد القاضي المعروض عليه النزاع أو تكون محل إقامة أحد الزوجين العادية فوق الإقليم الوطني.

وقد أخذت بهذا المذهب دول أخرى نذكر منها الإتحاد السوفياتي سابقا، والنرويج، والإكوادور والأرجواي والشيلي في أمريكا اللاتينية، والدانمارك وغيرها[134].

المذهب الرابع: خضوع حل الرابطة الزوجية إلى قانون الدولة التي يتبعها الزوجان وقت بدء الإجراءات.

عرف هذا المذهب في تشريعات بعض الدول التي كانت تسود فيها الإيديولوجية الاشتراكية حيث ترفض انفراد قانون جنسية الزوج بحل الرابطة الزوجية لأن ذلك حسب وجهة نظرها يخل بمبدأ المساواة بين المرأة باعتبارها زوجة والرجل بصفته زوجا.

وفي هذا الصدد يقضي القانون الدولي الخاص والمرافعات لدولة تشيكوسلوفاكيا سابقا الصادر عام 1963 في مادته 22 بأن حل الرابطة الزوجية بالتطليق يخضع إلى قانون الدولة التي يتبعها الزوج والزوجة وقت بدأ الإجراءات.

وفي حالة تعدد تلك الدول التي يتبعها الزوجان وكأن يكونا مختلفي الجنسية فإن القانون التشيكوسلوفاكي هو الواجب التطبيق ويطبق أيضا هذا الأخير في حالة عدم إجازة القانون الأجنبي الواجب التطبيق حل الزواج عن طريق التطليق أو يجيزه ولكن بشروط مشددة وغير عادية، وذلك إذا كان طرفي العلاقة الزوجية او أحدهما يعيش لمدة طويلة في تشيكوسلوفاكيا[135].

وإذا كان الأمر على هذا النحو طبقا للقواعد العامة، والقانون المقارن بالنسبة لحل الرابطة الزوجية فإن ما يلاحظ على هذه المواقف المختلفة عدم وجود في بعض الدول قاعدة اسناد خاصة بالطلاق تحدد لنا القانون الواجب التطبيق عليه، كما هي الحال في غالبية الدول العربية والإسلامية رغم أنه سبب من أسباب انقضاء الرابطة الزوجية.

ويرجع بعض الفقهاء ذلك إلى عدم معرفة تلك الأنظمة في تلك الدول نظام الطلاق في حد ذاته كما هي الحال في الدول العربية والإسلامية التي تستمده من الشريعة الإسلامية، فما هو موقف المشرع الجزائري من حل الرابطة الزوجية بالنظر إلى الإختلافات المتباينة بين المذاهب المختلفة المشار إليها سابقا هذا ما نستعرضه فيما يلي:

المطلب الثاني: حل الرابطة الزوجية طبقا للقانون الجزائري.

أولا: مضمون قاعدة الإسناد الجزائرية.

خصص المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بحل الزواج المختلط في الفقرة الثاني (2) من المادة12 من القانون المدني الجزائري وقد جعل ذلك خاضعا إلى قانون جنسيا الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين طرق الحل التي تؤدي كلها إلى حل الرابطا الزوجية وهي الطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني حيث تنص المادة 12 ف 2صراحة:"ويسري على إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

ومن خلال هذا النص يتضح لنا بأن المشرع الجزائري إذا كان قد اعتد بقانون جنسية الزوج بالنسبة لحكم آثار الزواج سواء كانت شخصية او مالية على أساس أن الزوج هو رب الأسرة، فإنه لم يخرج عن هذه القاعدة في مجال حل الرابطة الزوجية.

ولكنه لم يفرق بين حل الزواج الذي يتم بالطلاق بالإرادة المنفردة الذي يخضع في بعض القوانين العربية إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق مثل القانون المدني المصري في مادته 13 ف 2 وبين حل الزواج بالتطليق والإنفصال الجسماني[136] وفقا للتعديل الجديد الذي طال المادة 12 من القانون المدني[137].

وقد ترتب على خضوع انحلال الزواج في جميع صوره إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في التشريع الجزائري، وبالتالي أن موقف المشرع الجزائري هذا قد حسم في معضلة تنازع القوانين التي تثور عند خضوع حل الرابطة الزوجية إلى أكثر من قانون واحد، ولم يسلك الطريق الذي سلكه في مسألة الشروط الموضوعية للزواج التي أخضعها في المادة 11 المشار إليها سابقا، إلى قانون جنسية الزوجين، ويعود السبب في ذلك أن أعمال تلك القاعدة في مجال حل الرابطة الزوجية أمر عسير ويكاد يكون مستحيلا، إذ قد يسمح قانون أحد الطرفين بحل الرابطة الزوجية في حين لا يجيز قانون الطرف الآخر ذلك، فيكون الزواج في مثل هذه الحالات زواجا أعرج كما يسمى في الفقه الإنجليزي[138].

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن المشرع الجزائري في المادة 12 ف 2 لا يقبل بحل الرابطة الزوجية بالطلاق الذي يصدر بالإرادة المنفردة كما تقضي به الشريعة الإسلامية بل لا بد من صدور حكم من المحكمة المختصة[139] وذلك على أساس أن الرجل المسلم غالبا ما يسيء استعمال هذه الرخصة ولذلك وجب تقييده.

غير أن هناك من يرى بان المشرع الجزائري لم يقيد إرادة الزوج في حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة فهي حرة، بحيث إذا أصر عليه فعلى القاضي أن يستجيب له ويحكم بالطلاق ويعتبر هذا الحكم كاشفا للطلاق وليس منشئا كما هي الحال بالنسبة للتطليق[140].

وقد وجه الفقه العربي لهذا الموقف الذي أخذت به معظم القوانين العربية[141] التي جعلت حل الرابطة الزوجية يخضع إلى قانون جنسية الزوج سواء عن طريق الطلاق أو التطليق أو الإنفصال الجسماني انتقادا شديدا خاصة بالنسبة إلى الأضرار التي قد يلحقها بالزوجة، إذ من شأنه جعل حل الرابطة الزوجية طبقا لقانون لم تعرفه ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج[142] فهي لا تخضع له أساسا ومع ذلك تضطر الخضوع له في حالة تغيير الزوج لجنسيته رغم أنها لم تدخل في جنسيته الجديدة وقد يكون قانون جنسيته الأولى الذي تم في ظله الزواج لا يجيز له الطلاق أو التطليق في حين أن قانون جنسيته الثانية (الجديدة) وقت الطلاق أو رفع الدعوى يجيز له ذلك مما يترتب عليه إلحاق ظلم بالزوجة[143] الأمر الذي أدى ببعض التشريعات إلى الأخذ في مسألة انحلال الزواج بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كما هي الحال في المادة 16 من القانون اليوناني لعام 1940 التي تقضي بأنه يسري على الطلاق والتفريق قانون آخر جنسية مشتركة، فإن لم توجد يسري قانون الزوج وقت انعقاد الزواج ونفس الحكم في القانون الكويتي[144].

وهناك تشريعات أخرى أروبية ولاتينية، بعضها جعل انحلال الزواج يخضع لقانون جنسية الزوج وحده، وبعضها الآخر يخضع الإنحلال إلى قانون جنسية كل من الزوجين مع التطبيق الموزع.

أما في بلاد الأنجلوساكسونية وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية فإن حل الرابطة الزوجية يخضع إلى قانون القاضي[145].

وذلك لأن هذه المسألة تمس بالآداب العامة والنظام العام وغالبا ما يكون قانون القاضي هو قانون موطن الزوجية[146].

غير أن الإنتقاد الموجه إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى الذي أخذ به المشرع الجزائري ليس صحيحا أنه يؤدي في جميع الحالات التي يغير فيها الزوج جنسيته إلى الأضرار بزوجته ذلك أنه في بعض الحالات يكون قانون جنسيته لا يجيز حل الرابطة الزوجية مع العلم أن قانون جنسيته الأولى يجيز له ذلك وبالتالي فإن المسألة نسبية تكون في بعض الحالات لصالح الزوجة.

ثانيا: نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الجزائرية:

ينبغي دراسة عدة جوانب قانونية في إطار نطاق تطبيق قانون دولة الزوج وقت رفع الدعوى وفقا للفقرة الثانية من المادة 12 المنظمة لقاعدة الإسناد الجزائرية التي تحكم انحلال الرابطة الزوجية وتلك الجوانب القانونية هي:

1 ـ فيما يتعلق بأسباب انقضاء الزواج والشروط الموضوعية لانحلاله.

إذا كانت مسألة الطلاق أو التطليق أو الإنفصال الجسماني، هي عبارة عن أفكار مسندة لا بد من الرجوع في حالة تحديد مفهومها إلى قانون القاضي طبقا لقاعدة الإسناد الواردة في المادة 9 على النحو السابق الذي أشرنا إليه سابقا في مجال التكييف، فإن للطلاق، والتطليق والإنفصال الجسماني في مجال حل الرابطة الزوجية أسباب وشروط يجب توفرها لإنهاء الزواج.

ولذلك يدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج وقت النطق بالطلاق أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في التطليق والإنفصال الجسماني، كل ما يتعلق بتحديد أسباب الطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني[147] ويرجع إلى هذا القانون بالنسبة إلى الشروط الموضوعية المتعلقة بإثبات الوقائع التي يستند إليها سبب الطلاق أو التطليق أو

الإنفصال الجسماني سواء تعلق الأمر بمحل الإثبات أو بعبئه، والأدلة التي تقبل في الإثبات والقوة الثبوتية المهيئة أو الغير مهيئة.

أما فيما يتعلق بالمسائل الخاصة بطرق استعمال الأدلة وقواعد إجراءات الإثبات كأداء الشهادة وتعيين الأشخاص لا يجوز لهم أدائها وكيفية تقديم دليل الإثبات الكتابي وغير ذلك من الإجراءات فهي تخضع جميعا إلى قانون القاضي[148].

وعليه فإن جميع المسائل الإجرائية القضائية المتعلقة بدعوى التطليق والإنفصال الجسماني تخرج عن نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج الذي يحكم حل الرابطة الزوجية الوارد ة في قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج في الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني، وتخضع إلى قانون القاضي الذي يعود إليه الإختصاص الفصل في النزاع.

2 ـ فيما يتعلق بآثار انحلال الرابطة الزوجية:

من المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج سواء بسبب الطلاق أو التطليق أو الإنفصال الجسماني الآثار التي يحدثها هذا الحل للرابطة الزوجية وهي عديدة ومتنوعة منها:

نفقة الزوجة المطلقة، التعويض ومقداره وكيفية تحديده في الحالات التي يرتكب الزوج خطأ يستوجب إصلاحه عن طريق التعويض[149] وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الزوجة في الإحتفاظ بعد انتهاء العلاقة الزوجية[150] وتخضع أيضا آثار الإنفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى مثل نفقة الزوجة المنفصلة وتحديد أسباب الإنفصال والمدة الواجب توفرها لكي تتحول إلى حل للرابطة الزوجية[151].

غير أن الآثار التي تخص كل طرف من أطراف العلاقة الزوجية على انفراد، فهي لا تدخل في نطاق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى في التطليق أو الإنفصال الجسماني، إنما تدخل في نطاق القانون الشخص لكل طرف على حدة[152] لأنها تعتبر من الشروط الموضوعية كما هي الحال بالنسبة لجواز الزواج بعد الطلاق من عدمه، والمدة

المقررة على الزوجة انتظارها لكي تتزوج من جديد و بالتالي فإن قانون الدولة التي تنتمي إليها الزوجة المطلقة هو الذي يحدد إمكانية زواجها بزوج آخر وكذلك هو الذي يحدد إمكانية استرجاعها لإسمها الذي كانت تتمتع به قبل الزواج[153].

ثالثا: النظام العام في مرحلة حل الرابطة الزوجية:

سبق القول بأن تطبيق القانون الأجنبي فوق إقليم الدولة الجزائرية يشترط فيه من وجهة نظر الأنظمة القانونية الجزائرية وخاصة المادة24 من القانون المدني الجزائري، ألا يتضمن هذا القانون الواجب التطبيق أحكاما تتعارض مع النظام العام المعمول به في الجزائر لأنه من حق أية دولة الحفاظ على ما تعتبره من الأمور الهامة الجوهرية الماسة بأمنها ونظامها العام[154] وبالتالي فإن أعمال فكرة النظام العام من طرف هذه الدولة يؤدي إلى استبعاد تطبيق قانون الزوج في مجال انقضاء الرابطة الزوجية مثال ذلك أن يكون القانون الأجنبي يسمح بالتطليق لأسباب الإختلاف في الجنس أو اللون[155]، أو يكون القانون الأجنبي الذي يحكم انقضاء الزواج يتضمن أحكاما تتعارض مع ما كفلته الشريعة الإسلامية من حقوق للزوج المسلم كأن يحرم من الطلاق، أو كأن يكون هذا القانون يقضي بإمكانية حل الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين عندما يكون الزوج هو الذي أصبح مسلما وبقيت زوجته على دينها كأن تكون كتابية، ويتعين أيضا استبعاد القانون الأجنبي الذي لا يجيز إنهاء الزواج عندما تدخل الزوجة في الإسلام ويبقى زوجها كتابيا.

ففي جميع هذه الحالات وغيرها من الحالات الأخرى المشابهة لها التي تدخل في دائرة النظام العام في الجزائر في مجال انحلال الرابطة الزوجية للزواج المختلط، يستبعد فيها لقانون الأجنبي الواجب التطبيق فوق الإقليم الجزائري للعلة المذكورة آنفا.

المبحث الرابع: قاعدة الإسناد الخاصة بالإستثناء الذي يقرر تطبيق القانون الجزائري

المطلب الأول: مضمون القاعدة:

يتضح جليا من الدراسة السابقة الخاصة بتنظيم المشرع الجزائري لتنازع القوانين بثلاثة قواعد إسناد، تتعلق الأولى بالشروط الموضوعية لصحة الزواج والتي أخضعته إلى قانون جنسية الزوجين كما هو وارد في المادة 11 من القانون المدني الجزائري.

وتتعلق الثانية بآثار الزواج، وأخضعتها إلى قانون جنسية الزواج وقت إبرام عقد الزواج كما هو وارد في الفقرة الأولى من المادة 12 من نفس القانون.

وتتعلق الثالثة بانحلال الزواج وجعلت القانون المختص بذلك هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 12 السابقة الذكر.

لكن المشرع الجزائري جاء بعد ذلك مباشرة في المادة 13 ووضع قاعدة إسناد خاصة بتطبيق القانون الجزائري وحده في جميع الحالات المنصوص عليها في المادتين السابقتين حيث تنص صراحة بأنه "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11، 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية".

ومن خلال مضمون نص المادة 13 يتبين لنا بأن المشرع الجزائري قد وضع بمقتضى هذا النص استثناءا في غاية الأهمية على ضوابط الإسناد التي سبقتها في المادتين المتعلقتين بنشأة الزواج وآثاره وانقضائه، حيث يكفي أن يكون أحد طرفي العلاقة لزوجية جزائريا وقت انعقاد الزواج ليكون الإختصاص لصالح القانون الجزائري مع لإحتفاظ في مسألة الأهلية بالإختصاص لصالح قانون جنسية الشخص ومن ثمة لا شملها هذا الإستثناء.

المطلب الثاني: مجال تطبيق الإستثناء.

يبدو من خلال نص المادة 13 الواضح بأن الإستثناء الذي تضمنه المقرر لصالح

القانون الجزائري قد جاء عاما ومن ثمة فهو يسري على جميع المراحل التي يمر ب الزواج المختلط، وبالتالي يمكن تحديد نطاق تطبيقه على النحو التالي:

1 ـ في مجال الشروط الموضوعية للزواج.

يستبعد تطبيق القانون الواجب التطبيق ويطبق القانون الجزائري وحده طبقا لها الإستثناء عندما يتعلق الأمر بالبحث والتقصي في مسألة الشروط الموضوعية اللازم لإنعقاد عقد الزواج المختلط ما دام أحد الزوجين في هذه العلاقة يتمتع بالجنسي الجزائرية وقت الزواج[156].

وعليه إذا كان كل من الزوج والزوجة أجنبيين وقت إبرام عقد الزواج، ثم اكتسب أحدهما الجنسية الجزائرية، فإن ذلك لا يؤثر على تطبيق القانون الأجنبي في مسألة صحة الزواج لأنه يبقى هو المختص ولا مجال لتطبيق القانون الجزائري طبقا للمادة 13 كإستثناء لأن العبرة بوقت إبرام الزواج.

2 ـ في مجال آثار الزواج.

يشمل ويمتد نطاق تطبيق هذا الإستثناء الآثار المترتبة على الزواج الشخصية والمالية، ذ يسري القانون الجزائري وحده على هذه الآثار بدلا من القانون الأجنبي بوصفه قانون جنسية الزوج وقت الزواج[157].

أما لو كان الزوج جزائريا وقت إبرام عقد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق يضا ولكن ليس على أساس الإستثناء الوارد في المادة 13 بل على أساس قاعدة الإسناد واردة في المادة 12 ف 1.

وبالتالي فإن أهمية الإستثناء تكون أكثر فاعلية في الغرض الذي تكون فيه الزوجة هي طرف الجزائري في العلاقة الزوجية.

3ـ في مجال انحلال الزواج[158].

يتبع نطاق تطبيق الإستثناء الواردة في المادة 13 لكي يطبق القانون الجزائري وحده حيث يشمل حل الرابطة الزوجية سواء كان السبب الطلاق بالإرادة المنفردة أو التطليق

أو بالإنفصال الجسماني، فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق وليس قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كما هو وارد في الفقرة الثانية من المادة 12 السالف بيانها.

وبناء على ذلك فإن هذا الإستثناء يترتب عليه تغيير القانون الواجب التضييق في حالة انحلال الزواج في حالتين هما:

الحالة الأولى: وهي الحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية وقت إبرام الزواج إذ يخضع في هذه الحالة كل من الطلاق والتطليق و الإنفصال الجسماني إلى القانون الجزائري وليس إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

الحالة الثانية: هي الحالة التي يتمتع فيها أحد الزوجين بالجنسية الجزائرية وقت إبرام عقد الزواج ولكنها تزول عنه لسبب من الأسباب بعد ذلك، فإن القانون الجزائري هو الذي ينطبق على انحلال الزواج وليس قانون جنسيته الجديدة عند رفع دعوى التطليق أو الإنفصال الجسماني.

المطلب الثالث: تقييم الإستثناء الوارد في المادة 13.

يبد من خلال الدراسة السابقة لهذا الإستثناء أنه يتضمن في بعض جوانبه مزايا في البعض الآخر منها عيونا يمكن ذكر البعض منهما كما يلي:

أولا: المزايا

يمكن تبرير الأخذ بهذا الإستثناء من طرف المشرع الجزائري في المادة 13، لأن نظام الزواج يعتبر من الأنظمة وثيقة الصلة بحياة الجماعة الوطنية الجزائرية ومن ثمة يفضل إخضاع الزواج إلى القانون الجزائري في جميع الحالات التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا.

ولا شك أن المشرع الجزائري قد أراد من خلال هذا الإستثناء تلافي ما قد يترتب على تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية أن يصبح الزواج طبقا للقانون

الجزائري زواجا صحيحا عندما يكون الزوج جزائريا مسلما، بينما يكون في نظر القانون الأجنبي زواجا باطلا عندما يكون الطرف الآخر أجنبيا.

ولذلك فإن الغرض الذي يهدف إليه المشرع الجزائري من هذا الإستثناء هو حماية الطرف الوطني وبالتالي حماية العلاقة الزوجية من البطلان طبقا للقانون الجزائري.

ومن مزايا هذا الإستثناء أيضا أنه جاء في نص المادة 13 عاما وبالتالي يرى القانون الجزائري وحده سواء تعلق الأمر بالشروط الموضوعية للزواج أو ما يترتبه هذا الأخير من آثار او طرق انحلاله أي انه وسع من نطاق تطبيق القانون الجزائري ما دامت العلاقة الزوجية قد تضمنت طرفا جزائريا، ما عدا ما يتعلق بالأهلية يخضع لقانون الجنسية.

يضاف إلى ذلك كله فإن مضمون الاستثناء طبقا للمادة 13 يعتبر من النظام العام لا يجوز مخالفته من طرف القاضي الجزائري[159].

ثانيا: العيوب

يعاب على الأخذ بهذا الاستثناء الذي يقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده أنه تجاوز الحكمة أو العلة التشريعية التي وجد من أجلها وهي حماية الطرف الجزائري في الحالات التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي وذلك عن طريق النظام العام الوارد في المادة 24 من القانون المدني الجزائري حيث يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري والإقتصار على القانون الجزائري وبالتالي تتحقق الحكمة من وجود نص المادة 13 دون اللجوء إليها[160].

يعاب على هذا الإستثناء من جهة أخرى أن العمل به قد يؤدي إلى نتيجة غير منطقية بل شاذة[161] مثال ذلك لاشك أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على آثار الزواج طبقا لهذا الإستثناء كلما كان احد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج طبقا المادة 12 فـ1 وذلك حتى لو غير الزوج جنسيته بعد الزواج، وبالمقابل لو كان الزوج أجنبيا عند الزواج ثم كتسب الجنسية الجزائرية بعد الزواج فلا يطبق الإستثناء عليه ومن ثمة لا يطبق القانون لجزائري عليه رغم انه يتمتع بالجنسية الجزائرية.

ومهما كانت هذه الإنتقادات والعيوب التي قد تلحق بهذا الإستثناء فإن إقرار المشرع الجزائري لهذا الإستثناء المنصوص عليه في المادة 13 له أهمية بالنسبة لما جاءت به المادتان 11 و 12 المتعلقتان بالزواج الذي له علاقة مباشرة بمبادئ دينية، ومعتقدات اجتماعية وأخلاقية، تعتبر جوهرية في نظر الطرف الوطني، ولذلك أحاطه المشرع الجزائري بهذا النص الذي تضمن الإستثناء حتى يحمي الأمور الجوهرية للجزائري الوطني، والعبرة بكونه جزائريا وقت الزواج.

هذه هي قواعد الإسناد الخاصة التي تحكم الزواج المختلط في التشريع الجزائري أصلا واستثناء سواء من حيث نشأته أو آثاره أو انحلاله وذلك من خلال مضمون المواد 11و 12 و 13 من القانون المدني الجزائري.

المراجع المعتمدة

أولا : المراجع العامة

1 ـ أبو العلا النمر ـ المختصر في تنازع القوانين دار النهضة العربية الطبعة الأولى 2006.

2 ـ ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، مطبعة بهجات 2009.

3 ـ أشرف وفاء محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة الإتفاق "نظام الإتفاق الإجرائي" الطبعة الأولى دار النهضة العربية 2005.

4 ـ اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين الجزء الأول دار هومة طبعة 2003.

5ـ جمال محمود الكردي.

ـ تنازع القوانين دار النهضة العربية طبعة 2005.

ـ معير الطلاق الإسلامي لدى الإحتجاج به في الدول غير الإسلامية الطبعة الأولى مايو 1999.

6 ـ حسن الهداوي تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الكويتي الطبعة الثانية 1979.

7ـ أشرف وفاء محمد، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص الطبعة الأولى دار النهضة العربية 2005.

8ـ علي علي سليمان مذكرات في القانون الدولي الخاص الطبعة الرابعة: 1993 ديوان المطبوعات الجامعية.

9ـ زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزء الأول تنازع القوانين مطبعة الفيلة الدويرة سنة 2008.

10 ـ سامي عبدالله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية دار العلوم العربية للطباعة والنشر بيروت.

11ـ صلاح الدين جمال الدين.

12- حسن عبد السلام جابر الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص المطبـ العصرية الإسكندرية سنة 1985.

- اللواء محمد فتحي، قاضي الزواج المختلط وآثاره في جمهوريات الإتحاد مجلة الأه العام القاهرة العدد 62 جويلية 1973.

- محمد عبد العال عكاشة، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدولي العربية الد الجامعية1987.

- حسن عبد السلام جابر، الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص طبعة 1985.

- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية1999.

13 - صلاح الدين جمال الدين:

- قانون العلاقات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2006.

- النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى 2004.

- القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2008.

14- هشام خالد، دعوى صحة ونفاد عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة لمختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى 2003.

15- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص الدار الجامعية للطباعة النشر بيروت.

16- محمد حمدي محمد بهني، دور الإرادة في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير عقدية، دار النهضة العربية 2004.

ثانيا: الرسائل والبحوث.

1- مصطفى محمد مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه نشرت بدار الفكر الجامعي الأسكندرية سنة 2001.

2 - عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها رسالة دكتورا نشرت بدار النهضة العربية سنة 2006.

3 - بشرى زلاسي، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث للحصول على شهادة الماجستير قدم بكلية الحقوق بين عكنون السنة الجامعية 2001/2000.

ثالثا: القوانين

1 - القانون المدني الجزائري الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بتاريخ 20 يونيو 2005.

2 - قانون الحالة المدنية الجزائري لسنة 1970.

3 - قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بتاريخ 27 فبراير 2005.

الهوامش:

1 - انظر في هذا المجال: حسن الهداوي، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الكويتي الط الثانية سنة 1976 ص 156 واعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين الجزء الأ دار هومة طبعة 2003 ص 227، وبشرى زلاسي، الزواج المختلط اشكالية تنازع القوانين من حيث انعق وآثاره بحث ماجستير نوقش بكلية الحقوق بين عكنون سنة 200-2001 ص 34.

2- أنظر: حسن الهداوي المرجع السابق ص153، وبلقاسم اعراب المرجع السابق ص 227 وبشرى لاس المرجع السابق ص 34

3- أنظر تفاصيل أكثر، زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء 1 تنازع القوانين مطب الفيلة الدويرة سنة 2008 ص 158 وما بعدها وبشرى زلاسى المرجع السابق ص 34 وما بعدها.

4- أنظر ابراهيم حسن محمد عمر العزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص القاهرة 2007 ص 382.

5- أنظر: اللواء محمد فتحي قاضي الزواج المختلط وآثاره في جمهوريات الإتحادن مجلة الأمن العا القاهرة لعام العدد 62، جويلية 1973 ص 8.

6- أنظر: محمد عبد العال عكاشة، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية الدار الجامعي سنة 1987 ص 247.

7- أنظر: بشرى زلاسى: الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث ماجستير وقشت في كلية الحقوق عام 2000-2001 ص 6.

- أنظر في هذا المجال: حسن الهداوي المرجع السابق ص 137 وما بعدها وزروتي الطيب المرجع سابق ص 137 وما بعدها، على علي سليمان المرجع السابق ص 57 وما بعدها واعراب بلقاسم المرجع سابق ص 202 وما بعدها.

. أنظر : حسن الهداوي المرجع السابق ص 137 وما بعدها.

ا- أنظر في هذا المجال كلا من: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 386 وما بعد، صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 399 وما بعدها، وحسن الهداوي المرجع السابق ص 136 زوتي الطيب المرجع السابق ص 147 وما بعدها، واعراب بلقاسم المرجع السابق ص 179وبعدها.

- أنظر: علي علي سليمان المرجع السابق ص 41 وما بعدها، وحسن الهداوي المرجع السابق ص 63 ا بعدها واعراب بلقاسم المرجع السابق ص 75وما بعدها وأبو العلا النمر المرجع السابق ص 32 و ما ها.

أنظر: هشام علي صادق دروسي في القانون الدولي الخاص المصري واللبناني ص 209 وما بعدها، سن الهداوي المرجع السابق ص 156، وزروتي الطيب المرجع السابق ص 164، وابراهيم حسن محمد

عمر الغزاوي المرجع السابق ص 386 وما بعدها، وعلي علي سليمان المرجع السابق ص 69.

13- أنظر في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص 110وما بعدها، وبشرى زلاسي المر السابق ص 64 وما بعدها، وصلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 399 وما بعدها.

14- أنظر في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص 159 وحسين الهداوي المرجع السابق ص 4 وابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 388، وعلي علي سليمان المرجع السابق ص 3

15- أنظر في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص 159وحسين الهداوي المرجع السابق ص 154وابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 388، وعلي علي سليمان المرجع السابق ص 68.

16- أنظر: حسن الهداوي المرجع السابق ص 154.

17- أنظر: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 388.

18- أنظر: علي علي سليمان المرجع السابق ص 68 ن وزروتي الطيب المرجع السابق ص 159.

19- أنظر: أبو العلا النمر المرجع السابق ص.

20- أنظر: سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الدولية الخاصة دار العلوم العربية الطبعة الأولى لعام 1987 ص 40.

21- أنظر: جمال محمود الكردي تنازع القوانين دار النهضة العربية سنة 2005 ص 269 وسامي عبد الله المرجع السابق ص 40.

22- أنظر في هذا المجال: محمود جمال الكردي المرجع السابق ص 272 وزروتي الطيب المرجع السابق ص 160 وعلي النمر المرجع السابق ص 100.

2: أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 170 هامش 29.

2- أنظر: القانون الكويتي لعام 1961 المادة 35 مشار إليها في كل من : زروتي الطيب المرجع السابق ص 15 وحسن الهداوي المرجع السابق ص 154.

2- أنظر: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 388.

2- أنظر: أبو العلا النمر المرجع السابق ص 99.

- أنظر في هذا المجال: حسن الهداوي المرجع السابق ص 155.

- وزروتي الطيب المرجع السابق ص 160.

- أنظر في هذا المجال وقارن مع ما جاء به كل من : زروتي الطيب المرجع السابق ص 159، حسن داوي المرجع السابق ص 155وجمال محمود الكردي المرجع السابق ص 171 وما بعدها.

- أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 172.

. أنظر: حسن الهداوي المرجع السابق ص 155 وما بعدها.

32- أنظر: أبو العلا النمر المرجع السابق ص 101، وسامي عبد الله المرجع السابق ص 41، وعلي عل سليمان المرجع السابق ص 68.

33- أنظر: أبو العلا النمر المرجع السابق ص 23.

34- أنظر في هذا المجال: هشام علي صادق المرجع السابق ص 3. وزروتي الطيب المرجع السابق ص 94.

35- أنظر: علي علي سليمان المرجع السابق ص 45.

36- أنظر في هذا المجال: لبراهيم محمد حسن عمر الغزاوي المرجع السابق ص 389 وجمال محمود الكردي المرجع السابق ص 278 وما بعدها، وأبو العلا النمر المرجع السابق ص 102 وما بعدها وصلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 401.

37- أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 279، وهشام علي صادق المرجع السابق ص 208 و 209.

38- أنظر: زروتي الطيب المرجع السابق ص 162، وسامي عبد الله المرجع السابق ص 244وصلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 407.

39- أنظر: بشرى، زعلاسي المرجع السابق ص 37، وسامي عبد الله المرجع السابق ص 45وما بعدها، وابراهيم حسن محمد عمر العزاوي المرجع السابق ص 383، وصلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 399.

40- أنظر في هذا المجال: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 399والهامش رقم 1 من نفس المرجع وبشرى زلاسي المرجع السابق ص 37 وحسن عبد السلام جابر، الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص طبعة عام 1985ص 135وما بعدها.

41- أنظر في هذا المجال: حمال محمود الكردي المرجع السابق ص 276وما بعدها.

42- أنظر: جمال الكردي المرجع السابق ص 273وصلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 399وعلي علي سليمان المرجع السابق ص 69، وحسين عبد السلام جابر المرجع السابق ص 135، وزروتي الطيب المرجع السابق ص 160، وسامي عبد الله المرجع السابق ص 45، اعراب بلقاسم المرجع السابق 238 روتي الطيب المرجع السابق ص 160وما بعدها.

4- أنظر في هذا المجال: جمال محمود الكرجي المرجع السابق ص 276وما بعدها،

4- أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 402، وزروتي الطيب المرجع السابق ص 161.

4- أنظر: زروتي الطيب المرجع السابق ص 161وجمال محمود الكردي المرجع السابق ص 402.

4-

-أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 402وزروتي الطيب المرجع السابق ص 161، وصلاح

الدين جمال الدين المرجع السابق ص 402 وابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 3
وعلي علي سليمان المرجع السابق ص 70واعراب بلقاسم المرجع السابق ص 229.

48- أنظر في هذا المجال: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 402. وابراهيم حسن محمد ع
الغزاوي المرجع السابق ص 389، وأبو العلا النمر المرجع السابق ص 104وما بعدها، وزروتي الطي
المرجع السابق ص 161ن وعلي علي سليمان المرجع السابق ص 69، وهشام علي صادق المرجع السا
ص 207 وحسان الهداوي المرجع السابق ص 157.

49- أنظر: زروتي الطيب المرجع السابق ص 161وأبو العلا النمر المرجع السابق ص 107،

50- أنظر: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 402و 403.

51- أنظر: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 403، وزروتي الطيب المرجع السابق ص 161
وجمال محمود الكردي المرجع السابق ص 280.

52- أنظر: زروتي الطيب المرجع السابق ص 142، 143.

53- أنظرك زروتي الطيب المرجع السابق ص 142، 143، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 208.

54- أنظر في هذا المجال كلا من: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 383وما بعدها
جمال محمود الكردي المرجع السابق ص280، علي علي سليمان المرجع السابق ص 69، بشرى زلاسي
لمرجع السابق ص 69وما بعدها، زروتي الطيب المرجع السابق ص 69، صلاح الدين جمال الدين المرجع
لسابق ص 404.

5- أنظر: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 404، أبو العلا النمر المرجع السابق ص 105 ن
روتي الطيب المرجع السابق ص 161.

5- أنظر: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 404، أبو العلا النمر المرجع السابق ص 105،
روتي الطيب المرجع السابق ص 161 جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 280، 281، علي علي
ليمان المرجع السابق ص 69 هشام علي صادق المرجع السابق ص 207.

5- أنظر في هذا المرجع: هشام علي صادق المرجع السابق ص 207، وصلاح الدين جمال الدين المرجع
سابق ص 204، وأبو العلا النمر المرجع السابق ص 105.

- أنظر في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص 160، 161 علي علي سليمان المرجع السابق
ص 169، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 69 وما بعدها.

- أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 280.

- أنظر أكثر تفصيلا: بشرى زلاسي المرجع السابق ص 52 وما بعدها.

- أنظر: أبو العلا النمر المرجع السابق ص 106.

- أنظر: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 390.

63- جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 282.

64- جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 282.

65- أنظر: اعراب بلقاسم المرجع السابق ص235 وما بعدها، زروتي الطيب المرجع السابق ص 186 بعدها، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 76 وما بعدها.

66- أنظر: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 390 وما بعدها، جمال محمود الكر المرجع السابق ص 281 وما بعدها، سامي عبد الله المرجع السابق ص 47 وما بعدهان أبو العلا الـ المرجع السابق ص 107 وما بعدها.

67- راجع في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 283، أبو العلا النمر المرجع السا ص109، علي علي سليمان المرجع السابق ص 70- وما بعدها، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 246 و بعدها، زروتي الطيب المرجع السابق ص 164 وما بعدها سامي عبد الله المرجع السابق ص 49 و بعدها.

68- أنظر DURMA LANOTIFICATION DE LA VOLONTE THES PARIS P.189.190.

69- أنظر: عاطف عبد الحميد عبد المجيد في المرجع السابق ص 305.

70- أنظر: عاطف عبد الحميد في المرجع السابق ص 306.

71- أنظر في هذا المجال: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 392. أبو العلا النمر لمرجع السابق ص 109، جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 278 وما بعدها.

7- أنظر: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 409، أبو العلا النمر المرجع السابق ص 109.

7- يلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل الشهود من الشروط الموضوعية وهو تقض به المادة 9 مكرر ن قانون الأسرة حيث جعلت الشهادة من الأركان الأساسية.

7- أنظر في هذا المجال: بشرى زلاسي المرجع السابق ص 88 وما بعدها، زروتي الطيب المرجع السابق ص 168.

- أنظر: بشرى زلاسي المرجع السابق ص 89، زروتي الطيب المرجع السابق ص 169.

- أنظر: علي علي سليمان المرجع السابق ص 70، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 89، العربي بلحاج جيز في شرح قانون لأسرة الجزائري ج 1 الزواج والطلاق ديوان المطبوعات الجامعية 1999 ص 404.

. أنظر: علي علي سليمان المرجع السابق ص 73، زروتي الطيب المرجع السابق ص 168.

. أنظر: اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 238، زروتي الطيب المرجع السابق ص 164. علي علي يمان المرجع السابق ص 70.

أنظر تفاصيل ذلك: اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 241، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 97.

أنظر في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 286، 287، أبو العلا النمر المرجع

السابق ص 113، ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 392.

81- أنظر في هذا المجال: اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 241.

82- أنظر في هذا المجال: علي علي سليمان المرجع السابق ص 73، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 242، أبو العلا النمر المرجع السابق ص 113.

83- أنظر في هذا المجال: أبو العلا النمر المجرع السابق ص 114، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 243.

84- أنظر في هذا المجال: أبو العلا النمر المرجع السابق ص 115.

85- أنظر و قارن: حسن الهداوي المردع السابق ص 159.

86- أنظر في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص 164 وما بعدها، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 88 وما بعدها. ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 394 صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 412، سامي عبد الله المرجع السابق ص 53، جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 284،.

87- أنظر: بشرى زلاسي المرجع السابق ص88.

88- أنظر في هذا المجال : اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 241.

89- أنظر: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص392.

90- أنظر أكثر تفصيلا: بشرى زلاسي المرجع السابق ص 108 وما بعدها.

91- أنظر: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 393.

92- أنظر في هذا المجال: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 412، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 244 وما بعدها.

93- أنظر: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 395 وبشرى زلاسي المرجع السابق ص 115.

94- بشرى زلاسي المرجع السابق ص 118.

95- راجع حكم المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بقانون 05-02 بتاريخ27 فبراير 2005.

96- أنظر في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 287 وما بعدها زروتي الطيب المرجع السابق ص 170، صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 415 وما بعدها، ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 395وما بعدها، بشرى زلاسي المرجع السابق ص118 وما بعدها، حسن الهداوي المرجع السابق ص 161 وما بعدها.

97- أنظر: هشام صادق المرجع السابق ص 216 وبعدها، وبشرى زلاسي المرجع السابق ص 130 وما بعدها، زروتي الطيب المردع السابق ص 174 وما بعدها.

98- أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 291 وما بعدها.

99- أنظر: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 417.

100- أنظر: بشرى زلاسي المرجع السابق ص 131، زروتي الطيب المرجع السابق ص 175، علي علـ سليمان المرجع السابق ص 14.

101- أنظر: علي علي سليمان المرجع السابق ص 74، زروتي الطيب المرجع السابق ص 175، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 131وما بعدها، أبو العلا النمر المرجع السابق ص 122وما بعدها.

102- أنظر: علي علي سليمان المرجع السابق ص 74، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 131، زروتي الطيب المرجع السابق ص 175.

وراجع أيضا في هذا المجال أحكام المواد 12، 14، 1421، 1424 من القانون المدني الفرنسي.

103-راجع في هذا المجال: علي علي سليمان المرجع السابق ص 74، بشرى زلاسي المرجع السابق صـ 132، زروتي الطيب المرجع السابق ص 175.

104- أنظر في هذا المجال: علي علي سليمان المرجع السابق ص 74، بشرى زلاسي المرجع السابق صـ 132، زروتي الطيب المرجع السابق ص 175، هشام علي صادق المرجع السابق ص 217 هامش رقم 1.

105- أنظر نفس المراجع السابق في نفس الصفحات المشار إليها.

106- أنظر في هذا المجال: علي علي سليمان المرجع السمابق ص 74، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 132 وما بعدها، زروتي الطيب المرجع السابق ص 175.

107- أنظر في هذا المجال: هشام علي صادق المرجع السابق هامش 1، على علي سليمان المرجع السابق ص 74، 75، زروتي الطيب المرجع السابق ص 175. بشرى زلاسي المرجع السابق ص 133.

108- أنظر في هذا المجال: علي علي سليمان المرجع السابق ص 75، زروتي الطيب المرجع السابق ص 175، 176، هشام صادق المرجع السابق ص 217 هامش رقم 1.

109- أنظر في هذا المعنى: زروتي الطيب المرجع السابق ص 176، هشام صادق المرجع السابق ص 216، صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 414 اعراب صبحي المرجع السابق ص 251.

110 - أنظر في هذا المجال: هشام صادق المرجع السابق ص 216، هامش1 زروتي الطيب المرجع السابق ص176، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 171 وما بعدها.

111 - أنظر : علي علي سليمان المرجع السابق ص 176، اعراب صبحي المرجع السابق ص 248، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 149.

112- أنظر نفس المعنى في: زروتي الطيب المرجع السابق ص 171، وما بعدها اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 248 وما بعدها، بشرى زلاسي المرجع السابق ص 136 وما بعدها، علي علي سليمان المرجع السابق ص 73 وما بعدها.

113 - أنظرك ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 396 وما بعدهان إشرف وفاء محمد

آثار التوارث بين الدول على اعمال قواعد القانون الدولي الخاص 105.

114- أنظر في هذا المجال: ابراهيم حسن محمد عمر المغزاوي المرجع السابق ص 1365 وما بعدها زروتي الطيب المرجع السابق ص 170 وما بعدها، علي علي سليمان المرجع السابق ص 73، صلاح الدي جمال الدين المرجع السابق ص 414.

115- أنظر في هذا المجال: بشرى زلاسي المرجع السابق ص 142. و jackes mistre droit international priv ب و mariage effets مشار إليه في نفس المرجع هامش 2.

116- أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 290.

117- أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 290.

118 - انظر في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 289 وما بعدها، صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 417 ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 339.

119 - قارن في هذا المجال مع ما ذهب إليه: ابراهيم حسن محمح عمر الغزاوي المرجع السابق ص 399 ن صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 417. زروتي الطيب المرجع السابق ص 176، فؤاد عبد المنعم رياض وخالد الترجمان، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية دار النهضة العربية 2001 ص 224.

120 - قارن في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص302 وما بعدها، ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 399، زروتي الطيب المرجع السابق ص 176.

121 - راجع في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص 166 جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 303.

122 - قارن في هذا المجال ما ذهب إليه كل من : زروتي الطيب المرجع السابق ص جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 294 وما بعدها.

123 - أنظرك جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 395.

124 - أنظر في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 296.

125 - أنظر في هذا المجال: ناصر عثمان محمد عثمان القانون الدولي الخاص المصري الكتاب الثاني تنازع القوانين الطبعة الأولى 2009 ص 145، ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 400.

126 - أنظر نفس المرجعين السابقين في نفس الصفحة.

127 - أنظر نفس المرجعين السابقين في نفس الصفحة.

128 - لبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المردع السابق ص 400.

129 - أنظر في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص 181، ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي

المرجع السابق ص 400، ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 145.

130 ـ أنظر في هذا المجال: جمال محمود الكروي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الإحتجاج به في الدول الغير الإسلامية ص 183 الطبعة الأولى 1999، زروتي الطيب المرجع السابق ص 179.

131 ـ أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 183.

132 ـ أنظر في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 184، زروتي الطيب المرجع السابق ص 179.

133 ـ أنظر: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 185.

134 ـ أنظر في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص 185

زروتي الطيب المرجع السابق ص 179.

135 ـ أنظر في هذا المجال: جمال محمود الكردي المرجع السابق ص184،

زروتي الطيب المرجع السابق ص 178، 179.

136 ـ أنظر في هذا المجال: على علي سليمان المرجع السابق ص 75، وما بعدها

زروتي الطيب المرجع السابق ص 180وما بعدها.

137 ـ لم تكن قاعدة الإسنادة الواردة في المادة 12 قبل تعديلها تتضمن الإنفصال الجسماني وكان يعتبر ذلك نقصا أو فراغا في التشريع الجزائري خاصة في الحالات التي يتقدم فيها زوجان أجنبيان أمام القضاء الوطني بتطبيق أحكام الإنفصال الجسماني عليهما.

138 ـ أنظر: ابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 401.

139 ـ أنظر: علي علي سليمان المرجع السابق ص 75.

140 ـ أنظر: زروتي الطيب المرجع السابق ص 181، 182.

141 ـ أنظر: المادة 19 ف 3 من القانون المدني العراقي، والمادة 13 ف2 من القانون المدني المصري، والمادة 12 ف 2 من القانون المدني السوري، والمادة 14 ف 2 من القانون المدني الأردني، والمادة 13 ف 2 من القانون المدني الليبي، والمادة 2/19 من القانون المدني السوداني.

142 ـ أتظر في هذا المجال: علي علي سليمان المرجع السابق ص

زروتي الطيب المرجع السابق ص اعراب بلقاسم المرجع السابق ص ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 147.

143 ـ أنظر في هذا المجال: ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 147.

144 ـ تنص المادة 40 من القانون الكويتي لعام 1961 بأنه (يسري على الطلاق والتطليق والإنفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان، أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق والإنفصال فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج.

145 ـ أنظر في هذا المجال: علي علي سليمان المرجع السابق ص 76.

146 ـ أنظر: زروتي الطيب المرجع السابق ص 180.

147 ـ أنظر في هذا المجال: ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 148.

زروتي الطيب المرجع السابق ص 183، 184، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 259، صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 420، 421.

148 ـ أنظر في هذا المجال: ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 148، صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 421، زروتي الطيب المرجع السابق ص 184 اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 259.

149 ـ أنظر في هذا المجال: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 421.

ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 151، وابراهيم حسن محمد عمر الغزاوي المرجع السابق ص 41.

150 ـ أنظر في هذا المجال: اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 160، صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 421.

151 ـ أنظر في هذا المجال: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 421.

ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 152.

152 ـ أنظر: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص422، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 261، أبو العلا النمر المرجع السابق ص 129.

153 ـ أنظر: صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 222.

154 ـ أنظر: أبو العلا النمر المرجع السابق ص 130، 131.

155 ـ أنظر: أبو العلا النمر المرجع السابق ص 130، 131.

156 ـ أنظر في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص ، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص

علي علي سليمان المرجع السابق ص

157 ـ أنظر في هذا المجال: ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 154

صلاح الدين جمال الدين المرجع السابق ص 426، أبو العلا النمر المرجع السابق ص 133.

158 ـ أنظر في هذا المجال: زروتي الطيب المرجع السابق ص 183 وما بعدها، اعراب بلقاسم المرجع السابق ص 256وما بعدها، علي علي سليمان المرجع السابق ص77 وما بعدها، ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 153وما بعدها، صلاح الدين المرجع السابق ص 427، أبو العلا النمر المرجع السابق ص 132وما بعدها، حسن الهداوي المرجع السابق ص 162 وما بعدها، سامي عبد الله المرجع السابق ص 88 وما بعدها.

159 ـ أنظر في هذا المجال ما ذهب إليه القضاء المصري، أحكام محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية

السنة الحادية عشرة ص 582.

160 ـ أنظر في هذا المجال: أبو العلا النمر المرجع السابق ص 133 تعليقا على نص المادة 14 من القانون المدني المصري الخاص بنفس الإستثناء.

161 ـ قارن مع ما ذهب غليه أبو العلا النمر المرجع السابق ص 133 وما بعدها، ناصر عثمان محمد عثمان المرجع السابق ص 155.