

## دراسة لبعض الصعوبات التطبيقية لقواعد الإسناد الخاصة بالزواج

أ.د. أعراب بلقاسم

عميد كلية الحقوق والعلوم التجارية

جامعة بومرداس

يصطدم القاضي الذي تعرض عليه قضايا الزواج في مجال تنازع القوانين بعدة صعوبات، منها المتعلقة بتحديد ضابط الإسناد، ومنها المتعلقة بإثبات القانون الأجنبي المختص، ومنها المتعلقة بتغيير مضمون القانون الأجنبي على اثر التعديلات التي تلحقه، ومنها المتعلقة بالدفع بالنظام العام، ومنها المتعلقة بالغش نحو القانون، ومنها المتعلقة بتكييف الكثير من المسائل لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها، ومنها المتعلقة بإثبات الزواج، ومنها المتعلقة بالجزاء المترتب على مخالفة شروط انعقاده.

وكل صعوبة من هذه الصعوبات تحتاج إلى معالجة مستقلة لتوضيحها ولمعرفة الحل المناسب لتذليلها.

وسأكتفي في هذه الدراسة بتناول بعضها فقط، تاركا الباقي

لدراسات أخرى في المستقبل إن شاء الله.

فمن الصعوبات التي ذكرتها سأتناول منها بالدراسة:

– صعوبة التكيف لبعض مسائل الزواج (1).

– إثبات الزواج (2).

## 1 – التكيف لبعض مسائل الزواج

هناك مسائل كثيرة يمكن أن يصطدم بها القاضي في مجال التكيف لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها. لا أتناول في هذه الدراسة كل المسائل التي يمكن أن تثير مشكلة التكيف، وإنما أتناول فقط المسائل التي لا يزال النقاش حول تكيفها قائماً. أما تلك التي أشبعت بحثاً فلا داعي لتكرار تناولها، كمسألة مراعاة طقوس دينية معينة في الزواج، هل هي من الشروط الموضوعية، فتخضع مثلاً في الجزائر لقانون جنسية كل من الزوجين، أم أنها من الشروط الشكلية فتخضع للقانون المحلي.

وعليه سأكتفي بدراسة فقط المسائل التالية:

### أ – الالتزام بالنفقة بين الزوجين:

توجب الكثير من التشريعات على الزوج الإنفاق على زوجته، وخاصة تلك التي قوانينها مستمدة من الشريعة الإسلامية. فمثلاً في الجزائر تنص المادة 74 من قانون الأسرة على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة...".

وتوجد تشريعات توجب النفقة للمحتاج من الزوجين، وتضعها على عاتق القادر منهما!

تثير النفقة إشكالا في تكيفها، هل نعتبرها من آثار الزواج، أم نعتبرها من النفقة الواجبة بين الأقارب، ذلك انه إذا اعتبرناها من آثار

الزواج طبقنا عليها قاعدة الإسناد الواردة في المادة 12 من القانون المدني المعدلة، أما إذا اعتبرناها من النفقة الواجبة بين الأقارب طبقنا قاعدة الإسناد الواردة في المادة 14 من نفس القانون، وأخضعناها للقانون الوطني للمدين بها.

وهكذا نلاحظ أن القانون الواجب التطبيق على النفقة يختلف بحسب التكييف المعتمد. ويترتب على هذا الاختلاف اختلاف الحل الذي ينتهي إليه القاضي.

كما يمكن أيضا ألا نلتجئ إلى التكييف، ونعتبر واجب النفقة من قوانين الأمن والبوليس التي تطبق على كل من في الإقليم. وهذا ما تبناه حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 مارس 1922<sup>1</sup>.

يعتمد كل من القضاء والفقهاء في مصر<sup>2</sup>، وكذلك القضاء الفرنسي قبل دخول اتفاقية لاهاي المؤرخة في 2 أكتوبر 1972 حيز التنفيذ<sup>3</sup> على

<sup>1</sup> - S. 1923. 1.27 « Les dispositions légales qui imposent à certaines personnes l'obligation de se fournir des aliments se rattachent aux lois de police et de sûreté. la bonne police du pays est intéressée à ce qu'elles ne soient méconnues par aucun de ceux qui l'habitent » .

<sup>2</sup> - بالنسبة للقضاء انظر: محكمة النقض 14 جانفي 1954، مجدوع أحكام محكمة النقض، السنة الخامسة، رقم 2، ص. 46. انظر أحكاما أخرى في مؤلف عزا لدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، دار النهضة العربية، ط. 1977، جزء 2، ص. 286، هامش 3 .

— وبالنسبة للفقهاء انظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين اسبكتريته [1971]، بند 138. سامية راشد و فؤاد عبد المنعم، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 1974، بند 226.

وسيلة التكيف، فيعتبر النفقة من آثار الزواج على اعتبار أن الزوجين كانا أجنبيين عن بعضهما البعض قبل لزواج، وبسببه وجبت هذه النفقة. وهذا التكيف هو الأسلم في اعتقادنا والذي ينبغي تبنيه في الجزائر.

### ب. حالة المرأة المتزوجة

يترتب في بعض التشريعات بسبب الزواج تغيير في حالة المرأة المتزوجة في مجالين، الأول مجال الاسم، الثاني مجال الموطن .

#### — الاسم

تلزم بعض التشريعات المرأة المتزوجة بحمل اسم زوجها، وبعضها الآخر تجعلها محتفظة باسمها (حالة الدول الإسلامية)، وبعضها تسمح للزوجين باختيار اسم مشترك يحملانه يتكون من اسميهما معا<sup>4</sup>. هذا الاختلاف بين التشريعات يطرح مشكلة في التكيف. هل نعتبر اسم المرأة المتزوجة من المسائل الشخصية فيخضع لقانونها الشخصي، أم نعتبره من آثار الزواج فيخضع للقانون الذي يحكم هذه الآثار.

اختار القضاء الفرنسي في الحالات النادرة المعروضة عليه اختصاص القانون الذي يحكم آثار الزواج<sup>5</sup>. غير أن جوابا وزاريا في

<sup>3</sup> - Civ. 19 fev.1963 , Revue critique de droit international privé 1963 ,559 , note H.B. ; Clunet 1963, 986, note A.Ponsard. Dans le même sens 30oct.1926, Clunet1927, 69 .

<sup>4</sup> - Mestre (J.), Juris.Classeur ,droit international, V.Mariage, fasc.546D , n.101 .

<sup>5</sup> - Trib.civ., Tunis 22 mars 1899, Clunet 1900, 394 ; Trib. Civ , Seine 22 fev. 1902 et Paris 15 juin 1904, Rev. Crit. 1905, 146. Paris 13 juin 1923, Rev. Crit. 1924, 394.

Revue critique 1978 , p.593 .

1978 يصرح باختصاص القانون الوطني للمرأة المتزوجة (الفرنسية) في مسألة معرفة ما إذا كان بإمكانها حمل الاسم المركب من اسمها واسم زوجها<sup>6</sup>.

ويؤخذ أيضا بنفس هذا الحل في ألمانيا<sup>7</sup> والنمسا .

نعتقد أن القانون الذي يحكم آثار الزواج مفضل على القانون الشخصي للمرأة المتزوجة على اعتبار أننا بصدد معرفة ما إذا كان للزواج أثر أم لا على الطرفين الذين يبرمانه.

### – الموطن

لم يختار المشرع الجزائري الموطن كضابط للإسناد مما يجعل تحديد موطن المرأة المتزوجة عديم الفائدة على صعيد الاختصاص التشريعي. غير أن مشكلة تحديده قد تثار بمناسبة معرفة ما إذا كانت الزوجة قد غادرت مسكن الزوجية أم لا إذا كانت هذه المغادرة تعتبر نشوزا تترتب عنه آثاره القانونية.

فهل نعتمد على القانون الشخصي للمرأة المتزوجة في تحديد موطنها، أم على القانون الذي يحكم آثار الزواج .

لما كان التكييف يخضع للقانون الجزائري وفقا للمادة 9 من القانون المدني، نعتقد انه ما دام أن الزوج هو رب الأسرة، فإن اختيار موطن الزوجية يعود إليه، الأمر الذي يجعل تحديده من آثار الزواج ، فيكون القانون الذي يحكمها هو القانون الذي يبين ما إذا كان للزواج أثره

<sup>6</sup> - Revue critique 1978 , p.593 .

<sup>7</sup> - Mayer (P.), Droit international privé , 3ed., Montchrestien , p.341 ; note 26.

على تحديد موطن الزوجية من عدمه ، وكذلك بيان سلطة الزوج في اختياره أم أن اختياره يعود إلى الزوجين معا.

### ج . أهلية المرأة المتزوجة

يحدث الزواج أثره في بعض الدول على أهلية المرأة المتزوجة بجعلها إما منعدمة، وإما قاصرة<sup>8</sup>.

ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على أهليتها يفرق بعض الفقه بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان يعود نقص أهليتها أو انعدامها إلى الحفاظ على سلطة الزوج باعتباره رب الأسرة، يكون القانون الذي يحكم آثار الزواج هو المختص<sup>9</sup>.

الحالة الثانية: إذا كان نقص أهليتها وانعدامها يعود إلى الرغبة في حمايتها لضعفها المتعلق بكونها أنثى، يكون قانونها الشخصي هو المختص<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> - قد ألغى القانون الفرنسي نقص أهلية المرأة المتزوجة بقانون 18 فبراير 1938 . ونقص أهلية المرأة المتزوجة غير موجودة حاليا في الخارج إلا بصفة استثنائية . وحسب الأستاذ فضل الله لم تبقى سوى دولة الشيلي التي تأخذ به حاليا ( , fadhallah La famille légitime en droit international privé , domaine de la loi applicable aux effets du mariage .Dalloz , 1977, n.183 . ) .

<sup>9</sup> - Batiffol (H.) et Lagarde (P.) , Droit international privé , 7ed., Paris, L.G.D.J., tome1 , 1983, n.436 ; Bischoff (J.M.), «Mariage » ,Rep.Dalloz ,droit international , n.215 ; Marie-Laure Niboyet-hoegy , Juris classeur droit international , fasc.546D,Capacité n.37 .

<sup>10</sup> - Mestre (J.) , المرجع السابق ، بند 124 . Batiffol et Lagard ، المرجع السابق ، بند 436 . انظر أيضا لصالح هذا القانون : Chambéry , Clunet , 1935 , 352. Cass.civ. 27 juin 1950 , Revue critique ,1951,217 .

رفض كتاب آخرون هذا التمييز، ويقولون بتطبيق قانون آثار الزواج على أهلية المرأة المتزوجة في الحالتين على اعتبار ان التشريعات التي تقول بنقص أهليتها ترفض جعل الزواج سببا في اكتمال أهليتها، مما يجعل مسألة اكتمال أهليتها من عدمه من آثار الزواج<sup>11</sup>.

من الصعوبة بمكان قبول في رأينا هذا التكييف الذي يجعل قانون آثار الزواج هو الذي تخضع له أهلية المرأة المتزوجة بالنسبة لزوجين مختلفي الجنسية، ذلك انه قد يكون قانون جنسية الزوجة يعترف لها بأهلية كاملة بينما قانون جنسية زوجها الذي يحكم آثار الزواج يجعلها ناقصة الأهلية. وعليه فمن الأفضل إخضاع أهليتها لقانون جنسيتها، إضافة إلى ذلك فان القانون الجزائري يعترف لها بأهلية كاملة.

## 2 - إثبات الزواج

قد يثور التنازع أمام القاضي الوطني حول إثبات الزواج. ومن المعلوم أن قانون كل دولة له طرقه المعتمدة في إثباته، مما يجعل من اللازم تحديد القانون الذي يخضع له هذا الإثبات.

لم يخصص المشرع الجزائري لإثبات الزواج قاعدة تبين لنا القانون الذي نخضعه له، ويعتبر هذا أيضا من الصعوبات التي تعترض القاضي الجزائري في مسائل الزواج التي يثور بشأنها تنازع القوانين.

<sup>11</sup> - Mayer (P.) ، المرجع السابق ، بند 566. انظر ايضا لصالح هذا الحل -Marie-

، Laure Niboyet-Hoegy ، المرجع السابق ، بند 37 .



يعتقد الكثير من الفقهاء أنه من المستحيل الفصل بين مسائل الشكل والإثبات لجعلهما يخضعان لقانونين مختلفين. فالقانون الذي يخضع له الشكل هو القانون الذي يخضع له أيضا الإثبات<sup>12</sup>. وقد لاقى هذا الحل إجماعا فقهيًا<sup>13</sup>. كما أنه الحل الذي تبناه القضاء الفرنسي. فقد اعتبر أن الزواج المبرم في الأشكال المعتمدة في فرنسا لا يمكن إثباته إلا وفقا لأحكام المادة 194 من القانون المدني الفرنسي<sup>14</sup>. واعتبر في المقابل أن الزواج المبرم في الخارج وفقا للأشكال الأجنبية لا يمكن إثباته إلا وفقا لطرق الإثبات المعتمدة من طرف القانون الذي يحكم شكل إبرامه<sup>15</sup>.

وهذا الحل هو الذي في رأيي ينبغي الأخذ به في الجزائر، وخاصة وان قانوننا يقول بصحة الزواج الذي يبرم في الخارج في الشكل المحلي. إضافة إلى ذلك، فإن المادة 95 من الأمر الصادر في 1970 الخاص بالحالة المدنية يعترف بصحة كل وثيقة متعلقة بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب المحررة في بلد أجنبي وفقا للأشكال المعتمدة فيه.

<sup>12</sup> — انظر : Huet : " Les conflits de lois en matière de preuve, Dalloz , بند - بند

137 . ، المرجع السابق، Bischoff ، n.139 . 1965

<sup>13</sup> — انظر : Niboyet ، المرجع السابق ، الجزء 6 ، بند 1489 . Loussouarn et Bourel ، Droit international privé ، Dalloz ، 1988 ، n. 297 .

<sup>14</sup> - Trib.Seine 22juill. 1897,Clunet 11897,1029 ; V.également : civ.3mars 1898, Clunet1898,366

<sup>15</sup> - Cass.req.26oct.1910,Clunet 1913 , 158 ; cass.civ. 1, 15oct. 1958, Clunet1958, 466; cass.civ. 24fev. 1959, D.1959, 485note Malaurie; 12fev.1963,D.1963,325note Holleaux, Rev.crit.1964,121note Lagarde; 12 mars 1965 , Rev.crit.1966,59 note Droz.



يمكن أخيرا ألا يكون هناك أية وثيقة مقدمة تصلح للإثبات مما يجعل قانون بلد الإبرام تعترض تطبيقه عدة صعوبات. ويكون ذلك في فرضين.

**الفرض الأول:** يتعلق بالزواج الرضائي، والذي يعتد به القانون المحلي دون ان ينظم وسيلة مسبقة لإثباته ( *une preuve préconstituée* ) .

يقول الفقه الفرنسي بتطبيق في هذه الحالة قانون بلد الإبرام، ذلك ان العلاقة بين قواعد صحته وقواعد إثباته واضحة<sup>16</sup> .

وقد سار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه بقبوله إثبات الزواج الرضائي بإثبات أن الزوجين اشتهرا بكونهما زوجان<sup>17</sup> . وكذلك بقبوله ان المعاشرة المستمرة والمصحوبة بامتلاك الطرفين لصفة الزوج والزوجة تعد قرينة على أنهما تبادلوا الرضا بالزواج<sup>18</sup> .

اعتقد انه في الجزائر إذا أمكن قبول هذا الطريق للإثبات بالنسبة للزواج الرضائي بين الأجانب، فانه لا يمكن قبوله بالنسبة لزوج الجزائريين الذين يتزوجون في الخارج في الشكل الرضائي، لان هذا الزواج يفتقر إلى أركانه مما يجعله باطلا في الجزائر ، فكيف يمكن بالتالي اللجوء إلى قانون بلد إبرامه لإثباته .

**الفرض الثاني:** يتعلق بالحالة التي يتعذر فيها تقديم أية وثيقة مثبتة للزواج بسبب حالة القوة القاهرة، كضياع سجلات الحالة المدنية بسبب الحرب أو الثورة ... .

<sup>16</sup> — Bischoff المرجع السابق ، بند 140 (j). Mestre(j). المرجع السابق ، بند 130 .

<sup>17</sup> - Paris 20 janv.1873 , Clunet 1874,243 ; Amiens 22 juill. 1886,Clunet 1887 , 188, ; Trib.civ.Seine 20 avril 1891, Clunet 1891, 932

<sup>18</sup> -Trib.civ.Seine 31 mars 1905, Revue critique1905, 721 .

لجأت بعض الأحكام القضائية الفرنسية إلى طرق الإثبات الاحتياطية التي ينص عليها قانون بلد الإبرام<sup>19</sup>. وبرر بعض الفقه هذا الحل بقوله أن القانون الذي يفرض تقديم وثيقة الحالة المدنية للإثبات يكون هو نفسه الذي يعطي الحل في حالة تعذر ذلك بسبب التلف أو الضياع<sup>20</sup>. ولجأت أحكام قضائية فرنسية أخرى إلى قبول طرق الإثبات في قانون القاضي في نفس الوقت الذي قبلت فيه اللجوء إلى طرق الإثبات الاحتياطية المقررة في قانون بلد الإبرام<sup>21</sup>. وقد لاقى هذا الحل قبولا لدى الفقه الحديث<sup>22</sup>.

لا يمكن – في الجزائر – قبول طرق الإثبات الاحتياطية المتبعة في قانون القاضي إلا إذا كان قانون بلد الإبرام لا ينص على كيفية مواجهة حالة ضياع الوثائق بسبب تلفها أو ضياعها. وهذا الحل هو الذي نعتقد استخلاصه من نص المادة 101 من قانون الحالة المدنية لسنة 1970 التي تنص بأنه بإمكان الجزائري اللجوء إلى محكمة الجزائر في حالة ضياع أو تلف الوثائق، وأن القانون الأجنبي لا يتضمن حكما يتعلق بكيفية إعادة تكوينها. (Reconstitution).

<sup>19</sup> -Cass.civ.II , 12 mars 1965, Revue critique, 1966, 59, note Droz ; Cass.civ.II, 11 dec. 1951, Revue critique, 1953,83, Clunet 1952,166 .5

<sup>20</sup> – Huet ، المرجع السابق ، بند 200، ص. 241 .

<sup>21</sup> - Cass.I 24 fev.1956 , D.1959,685 note Malaurie ; Revue critique 1959, 368 note Y.L. ; 12fev. 1963 ,D.1963 , 325 note Holleaux .

<sup>22</sup> – Bischoff ، المرجع السابق ، بند 143 . Malaurie ، دالوز ، 1959 ، 485 .  
–Holleaux, note sous cass.civ.24 avril 1959 , D. 1963,325.

**الخلاصة:** تلك هي بعض من أهم الصعوبات التي يمكن أن  
تعرض القاضي الذي يتصدى للفصل في مسائل تنازع القوانين المتعلقة  
بقضايا الزواج ، وربما ستكون لنا دراسات أخرى مستقبلا نتناول فيها  
بالدراسة صعوبات أخرى .