علاقة قواعد الإسناد في مسائل الزواج بالنظام العام

The link between the rules of conflict of laws about marriage and public order

الدكتورة: كمال سمية*

أستاذة محاضرة "ب"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- الجزائر

Kamelsoumia1@gmail.com

الملخص

يعتبر الزواج من علاقات الأحوال الشخصية وهو مجال خصب لتنازع القوانين، وهذا بسبب ارتباط الأحكام القانونية التي تنظمه بالنظام العام حيث أن مصدرها في الدول العربية والإسلامية يتمثل في الشريعة الإسلامية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى بسبب اختلاف وتنوع الأنظمة القانونية في تصورها للزواج. ففي القانون الجزائري يخضع الزواج لقانون الجنسية التي تعتبر رابطة سياسية بين الفرد والدولة، حيث ترتكز قاعدة الإسناد على هذا الضابط. وإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي وكان مخالفا للنظام العام الجزائري الذي يتميز بالطابع الديني الإسلامي فيتم استبعاده.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، قاعدة الإسناد، الزواج، التكييف، القانون الأجنبي، النظام العام.

Abstract :

Marriage is a relationship of personnel status, it is the privileged subject of conflicts of laws because the legal rules that govern it are linked to public order in most Arab-Muslim countries where the source of this rules is the Islamic Sharia, and because of the diversity of legal systems and the difference in the conception of marriage. In Algerian's law, the marriage is abided by personal law designed by the conflict

* المؤلف المرسل: كمال سمية، أستاذة محاضرة "ب "، مخبر حقوق الإنسان والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان kamelsoumia1@gmail.com

rule based on nationality as the connecting factor. If the foreign law designed by the conflict rule is contrary to the principals of the law of forum it will be excluded by the intervention of the public order which has a religious character.

Keywords: conflict of laws, conflict rule, marriage, qualification, foreign law, public order.

المقدمة:

يعتبر الزواج من الروابط العائلية التي تتوسع فيها دائرة تنازع القوانين نظرا للاعتبارات الاجتماعية والدينية والأخلاقية التي يقوم عليها ولاختلاف نظرة المجتمعات إليه وتكييف الأنظمة القانونية له، فهناك أنظمة تعتبره رابطة مدنية وأخرى تمنحه طابعا دينيا، وهناك من تسمح بتعدد الزوجات والطلاق بإرادة الزوج المنفردة وهناك من تأخذ بمبدأ وحدة الزوجة ولا تسمح بانحلاله إلاّ باتفاق الطرفين. ولهذا السبب يتدخل النظام العام في الدولة كوسيلة للدفاع عن المبادئ الأساسية في مواجهة التصورات الأجنبية المناقضة.

وقواعد الإسناد باعتبارها الوسيلة الفنية لتنظيم العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي من بينها علاقات الزواج، تتدخل لتنظيم ولحلّ المنازعات الناشئة عن الزواج المختلط الذي يتم بين شخصين رجل وامرأة من جنسية مختلفة فيكون أحدهما وطنيا وبالضرورة يكون الطرف الثاني أجنبيا أو يتم بين أجنبيين وهذا هو المفهوم القانوني للزواج المختلط (أي وفقا لقواعد الإسناد). وفي بعض الحالات يمكن أن يتم الزواج بين وطنيين من نفس الجنسية لكنهما مختلفين في الديانة خاصة إذا تمّ في الخارج في غير الدولة التي تعتمد على الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة خاصة في حالة زواج المسلمة مع غير المسلم.

ومن هنا تبرز أهمية الموضوع حيث أن الاختلاف بين الأنظمة القانونية في نظرتها للزواج المختلط يدفع تلك التي تحافظ على طابعه الديني المستمد من الشريعة الإسلامية إلى الارتكاز على قواعد إسناد تحمل في مضمونها مسألة حماية النظام العام، فإذا كان هذا الأخير يتدخل كدفع من أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي فإن قواعد الإسناد تتدخل مباشرة من أجل حماية النظام العام.

وبالتالي فتطرح الإشكالية التالية: ما هي العلاقة بين النظام العام وقواعد الإسناد التي تنظم علاقة الزواج المختلط؟

للإجابة على هذه الإشكالية تمّ الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال تحليل الاختلاف في تكييف الزواج وشروطه في القانون الدولي الخاص واختلاف نظرة الأنظمة القانونية له وتحليل قواعد الإسناد المتعلقة بتطبيق القانون الأجنبي على شكل الزواج وتدخل المحكمة العليا لمراقبة تطبيقه وطبيعة النظام العام كدفع لاستبعاد تطبيقه، ويتم هذا وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الدور الحمائي لقواعد الإسناد

المبحث الثاني: التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد

المبحث الأول:الدور الحمائي لقواعد الإسناد

القاعدة العامة أن قواعد الإسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق وبالتالي فإن الغاية منها ليس المحافظة على النظام العام ولا تحقيق العدالة، فهي تعبّر عن عدالة شكلية ومن هنا ت نتقد فيما يتعلق بمدى تحقيقها للأمن القانوني أي مبدأ التوقع والعدالة, لكن في مجال الأحوال الشخصية بصفة عامة ومسألة الزواج بصفة خاصة تعتبر قواعد الإسناد قواعد آمرة أي متعلقة بالنظام ا لعام، ويظهر هذا من خلال التكييف والقانون المطبق على شكل الزواج.

المطلب الأول: تكييف الزواج وشروطه

المقرر تشريعا والمتفق عليه فقها[1] وقضاءا[2] أن التكييف في العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي يخضع لقانون القاضي وفقا لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري[3] التي

[1]- نظرية بارتان ومبرراتها ومبررات الفقه الحديث، انظر زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، 2008، ص 107 وما يليها.

[2]- قضية زواج اليوناني الأرثوذكسي: قرار Caraslanis محكمة النقض الفرنسية الصادر في 22 جوان 1955 حيث أعلنت صراحة أن المرجع في التكييف هو قانون القاضي "إن مسألة معرفة ما إذا كان عنصر إبرام الزواج يندرج ضمن فئة قواعد الشكل أو فئة القواعد الموضوعية يجب الفصل فيها من طرف القضاة الفرنسيين حسب تصورات القانون الفرنسي والتي حسبها الطابع الديني أو اللائكي للزواج يعتبر مسألة شكلية". انظر

B.ANCEL, Y.LEQUETTE :Les grands

جاء فيها:" يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وبسبب ارتباطها بالشريعة الإسلامية فهي منظمة بموجب قواعد آمرة، وفي العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي مادام أن القانون الجزائري أي قانون الأسرة هو المرجع في تكييفها فإنها تخضع في ذلك للشريعة الإسلامية، وتطبق على الجزائريين وفقا لضابط الجنسية وعلى الأجانب المقيمين في الجزائر وفقا لضابط الموطن بحسب ما تنص عليه المادة 221 من قانون الأسرة:" يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"، بالإضافة إلى أنه يطبق على الأجانب المسلمين. وبالتالي تعتبر الشريعة الإسلامية هي المرجع في تحديد طبيعة المسألة أو العلاقة الأسرية أو الزواج ذو العنصر الأجنبي[4].

من هنا يمكن القول أن قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي هي قاعدة آمرة أي متعلقة بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية والزواج بصفة خاصة، كما أن تحديد طبيعة الزواج وشروطه يندرج ضمن عملية التكييف التي يختص بها قانون القاضي[5].

تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وفقا لما ورد في نص المادة 5 من قانون الأسرة، وبالتالي هي ليست عقدا ملزما كما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات، وبالتالي فإن تحديد طبيعتها القانونية يندرج ضمن قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي أمّا بالنسبة لشروطها الموضوعية والشكلية فتطبق عليها قواعد الإسناد الخاصة بعقد الزواج، أمّا في حالة فسخ

---

arrêts de la jurisprudence française en droit international privé, 5e édition, Dalloz, Paris, 2006, n°27, p 245.

[3]- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقن 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وبالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[4]- هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 86.

[5]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 159.

الخطبة واقتران عدول أحد الخطيبين بتعسف فتطبق عليه قاعدة الإسناد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية وخضوعها للقانون المحلي وفقا للمادة 2/20 من القانون المدني[6].

يعتبر الزواج من الروابط العائلية وأوسعها مجالا لتنازع القوانين نظرا للاعتبارات الاجتماعية والأخلاقية والدينية التي يقوم عليها نظرا لاختلاف نظرة المجتمعات والأنظمة القانونية إليه ونظرا لتدخل قانون القاضي عن طريق التكييف وتحكمه فيما يعتبر زواجا وما هو خارج عنه[7].

الفرع الأول: تكييف الزواج

يتخذ مصطلح تكييف الزواج في الشريعة الإسلامية معنى الوصف الشرعي للزواج أو الحكم التكليفي وهو كون الزواج مباحا أو مندوبا أو واجبا أو فرضا أو مكروها أو حراما وهو يختلف باختلاف حال الشخص المكلف به من حيث قدرته على القيام بواجباته ومن حيث خشيته من الوقوع في الفاحشة[8]، أمّا في القانون الوضعي فقد اختلفت التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للزواج وفقا لتدخل عنصر الدين فيه، فهناك اتجاه أول يرى أن الزواج نظام قانوني كالقانون الفرنسي الذي يعتبره نظاما مدنيا ينظمه القانون، فالدولة تتولى تنظيمه بموجب نصوص قانونية وتتولى الفصل في المنازعات الناشئة عنه أي دون أن يخضع لسلطة دينية، وهذا تبعا لفصل الدين عن الدولة وعدم الخضوع لسيطرة الكنيسة[9]، كما هو سائد في القانون الفرنسي[10] ويترتب على ذلك آثار منها: إقرار مبدأ وحدة الزوجة، حيث يمنع على الرجل عقد زواج ثان قبل حلّ الزواج الأول، وهذا بغض النظر عمّا إذا كان القانون الشخصي للزوج الأجنبي يبيح تعدّد الزوجات وبغض النظر عن موقف الشريعة الإسلامية التي تطبق على المسلمين، ومبدأ الرسمية لأن الزواج لا يتم إلاّ إذا تمّ توثيقه أمام

---

[6]- حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع،الجزائر، 2013، ص 120.

[7]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 158.

[8]- الإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص 23.

[9]- صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مطبعة التركي، طنطا، مصر، 2007، ص 15، 16.

[10]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 159.

الموظف المختص، والاتجاه الثاني يرى أن الزواج عقد رضائي يقوم على توافق إرادتي طرفيه وتوفر شروطه دون طقوس ولا شكليات ولا تدخل سلطة دينية، والرسمية ليست ركنا ولا شرطا فيه[11]، أمّا الاتجاه الثالث يعتبر الزواج عقد رضائي في تكوينه وإنشاءه ونظام قانوني في آثاره، وهذا وفقا لمذاهب الشريعة الإسلامية، عقد الزواج عقد رضائي والقانون يتدخل لتنظيم آثاره وهذا حفاظا على الحياة الزوجية[12].

وفي القانون الجزائري يعتبر الزواج عقدا رضائيا بين رجل وامرأة وفقا للمادة 4 من قانون الأسرة[13]:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" وهو قابل للتعدد وفقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل" ركنه الأساسي يتمثل في رضا الزوجين (المادة 9 من قانون الأسرة) وشروطه هي: أهلية الزواج (19 سنة) الصداق، الولي الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية (المادة 9 مكرر من قانون الأسرة) يتم إثباته بعقد رسمي محرر من طرف الموثق أو موظف الحالة المدنية(المادة 18 من قانون الأسرة) كما يثبت بحكم قضائي في حالة عدم تسجيله عند انعقاده عرفيا (المادة 22 من قانون الأسرة) وهو قابل للانحلال حيث تنص المادة 48 من قانون الأسرة:" ...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة ..."

هناك دول تعتبر الزواج رابطة أبدية غير قابلة للانحلال بالطلاق أو الانفصال الجسماني وفي المقابل هناك من الدول من تسمح بانحلاله باتفاق الطرفين أو بالإرادة المنفردة لأحدهما وبعض الدول تجعل منه رابطة مؤقتة قوامها المعاشرة مثل بعض قوانين الولايات المتحدة وبعض مذاهب الشريعة الإسلامية التي تقر زواج المتعة، وهناك دول تعتبره رابطة دينية تضفي على انعقاده طقوسا وشعائر دينية معينة كما هو الحال في اليونان وبلغاريا، وهناك

---

[11]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 20.

[12]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 20، 21.

[13]- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

دول تسمح بتعدد الزوجات كما هو الشأن في الدول الإسلامية ودول تسمح بتعدد الأزواج مثلما هو مقرر في عادات بعض القبائل الإفريقية والهند بينما تعاقب قوانين الدول المسيحية جزائيا على ذلك[14].

عقد الزواج في الدول الإسلامية عقد رضائي مجرد يخلو من الطقوس والشكليات الدينية ويتميز عن العقود المدنية بأنه مقرر شرعا، فهو في موقف وسط ليس عقدا دينيا من الناحية الشكلية وإنما من الناحية الموضوعية(حكمة تقريره) وليس عقدا مدنيا محضا (وفق التصور الأوربي)، ويترتب على ذلك آثار تخص الزواج وتتصل بالنظام العام منها إباحة تعدد الزوجات بالنسبة للزوج المسلم، وبالتالي كل شريعة أو نظام قانوني يمنع التعدد بالنسبة للمسلم يعتبر مخالفا للنظام العام، وبمفهوم المخالفة يمنع التعدد على غير المسلم، وهو رابطة أبدية لكنه قابل للانحلال، حيث يحرم الزواج المؤقت أو زواج المتعة وزواج التحليل، وهذا ما ينعكس على العلاقات التي تكون بين المسلمين وغير المسلمين في دولة الإسلام وتوصف علاقات زواج المتعة أو الزواج المؤقت بأنها غير مشروعة ومخالفة للنظام العام الإسلامي[15]، كما أن تطبيق الشرائع الطائفية قد يؤدي إلى نتائج تخالف الشريعة الإسلامية.

في الأنظمة متعددة الطوائف كالقانون المصري حيث تخضع مسائل الأحوال الشخصية ومنها الزواج للشرائع الدينية المختلفة قرر المشرع المصري إخضاعها للشريعة الإسلامية فهي تطبق على كل المصريين بصرف النظر عن ديانتهم أو ملتهم، أي على المسلمين وإذا كان أحد الزوجين مسلما بل وأكد على تطبيقها حتى ولو كان الزوجان غير مسلمين وذلك عند اختلافهما في الطائفة أو الملة بحيث ينحصر تطبيق الشرائع غير الإسلامية في الحالات التي يتحدّ فيها الزوجان في الطائفة أو الملّة[16].

وإذا كان القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات الأسرية ومنها الزواج المتضمنة عنصرا أجنبيا فإن التساؤل المطروح عن المقصود بالقانون المصري لأنه لا يتضمن نصوصا

---

[14]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 159.

[15]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 21، 22، 23، 24.

[16]- هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 86.

موحدة وإنما تتعدد فيه الشرائع الدينية المختلفة، ويسهل الأمر بالنسبة للمسائل المشتركة بينها لكن تظهر الصعوبة في حالة اختلاف هذه الشرائع في تكييف مسألة معينة عند غياب القواعد المشتركة لأن من الصعب إخضاع التكييف لقانون القاضي، لهذا إذا عرض على القاضي المصري نزاع يتعلق بعلاقة زواج تختلف فيها الشرائع الدينية تعيّن عليه تحديد ما إذا كانت المسألة المطروحة تدخل في مجال الشريعة الإسلامية أو في الشرائع الطائفية والملية، في الحالة الأولى يتم التكييف وفق الشريعة الإسلامية وفي الحالة الثانية يتعيّن على القاضي الرجوع إلى الشريعة الطائفية المعنية، فإذا ثار نزاع في مسألة متعلقة بعلاقة زوجية بين أجنبيين أحدهما مسلم والآخر مسيحي تعيّن الرجوع في التكييف إلى الشريعة الإسلامية وحتى ولو لم يكن أيا منهما مسلمين إذا اختلفا في الديانة أو الطائفة، أمّا لو اتحد الزوجان الأجنبيان في الديانة والطائفة وجب الرجوع إلى قواعد شريعتهم الدينية المشتركة، لكن الفقه الغالب والقضاء في مصر يفضل الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة الغالبة لتكييف العلاقات الأسرية المشتملة على عنصر أجنبي سواء اتحد الزوجان الأجنبيان في الديانة أو الملة أو اختلفا، والرجوع إلى الشرائع الدينية الأخرى لتكييف العلاقات القانونية المجهولة في الشريعة الإسلامية كالانفصال الجسماني والتبني[17].

إذا عرضت على القاضي مسألة تتعلق بالزواج أو بالأسرة وكانت مجهولة أو غريبة عن قانون القاضي، هنا يخرج الفقه من الإطار الضيّق لنظرية بارتان عن طريق الاستعانة بالقانون المقارن ليتم توسيع مضمون الفكرة المسندة لتشمل المراكز أو العلاقات أو المسائل المجهولة، مثلا يعدّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وتعدّد الزوجات نظما معروفة في الشريعة الإسلامية لكنها مجهولة في القانون الفرنسي ولقد تمّ انتقاد مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي بسبب عدم كفايته، فكيف يمكن للقاضي الفرنسي أن يخضع تكييف الزواج المتعدّد للبحث عن صحته أو ترتيب آثاره لأنه نظام مجهول في القانون الفرنسي، فغير صحيح القول أن القضاء الفرنسي لم يجد صعوبة في تكييف علاقات مجهولة في قانونه وأنه لم يتردد في تصنيف الزواج المتعدّد كنوع من أنواع الزواج، فلا شيئ يدل على أن القضاء

[17]- المرجع نفسه، ص 87، 88، 89.

الفرنسي صنف الزواج المتعدّد على أنه زواج بالنظر إلى المفهوم الفرنسي وليس بالنظر إلى مفهوم القانون الأجنبي الذي يحكم الزواج المتعدّد[18].

كما يمثل إخضاع التكييف لقانون القاضي عائقا أمام منح الصلاحية لزواج تمّ في فرنسا يمكن أن يكون باطلا في البلد الأصلي للزوجين أو أحدهما كزواج المسلمة مع غير المسلم ويمكن أن يؤدي إلى تشويه القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

بالنسبة للعلاقات التي تنتمي لنظم قانونية أجنبية وهي غير معروفة في الشريعة الإسلامية كالانفصال الجسماني فإن المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون المدني وسع من فئات الإسناد وأدرج ضمن الفئة القانونية الخاصة بالطلاق نظام الانفصال الجسماني غير المعروف في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة ليطبق عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

يؤكد الفقه أن إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يحول دون إمكانية الاستئناس بالقانون الأجنبي من جهة والالتجاء إلى القانون المقارن من جهة أخرى، خروجا من الإطار الضيق لنظرية بارتان، فالنظم التي تعترف للزوج بحقه في الطلاق بإرادته المنفردة كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية تعدّ نظما غريبة عن القانون الفرنسي ومن العسير على القاضي أن يرجع إلى قانونه لتكييف النزاع المتعلق بطلاق المسلم من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، لأن القانون الفرنسي يجهل طبيعة المركز القانوني للزوج الذي يخوله هذا الحق، ومع ذلك فإن الرجوع إلى القانون المقارن يمكّن القاضي من إدراك طبيعة هذا المركز وإدخاله ضمن فئة الإسناد المتعلقة بالطلاق وفق القانون الفرنسي[19].

---

[18]- عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 125.

[19]- هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 72، 73، 74.

الفرع الثاني: تكييف شروط الزواج

تكييف شروط الزواج واعتبارها شروطا شكلية أو موضوعية يخضع لقانون القاضي أي لقانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية[20]، فالنظم القانونية التي تعتبر الشريعة الإسلامية نظاما غالبا فيها تتضمن أحكاما إقليمية تسري على كل المقيمين في الدولة الإسلامية ولا تقبل تطبيق قانون آخر كما أن مبادئها العامة لا تتفق مع النظم اللاتينية وهذا يجعل من الصعب أن تكون الشريعة الإسلامية كافية لتكييف الشروط المتعلقة بزواج الأجانب، وفي الدول المتعددة الطوائف تطبيق الشرائع غير الإسلامية على غير المسلمين من المواطنين والأجانب هي قاعدة لا تلزم القاضي بتطبيق هذه الشرائع، والتكييف وفق هذه الشرائع يجعل ما هو شرط شكلي شرطا موضوعيا، وعلى القاضي ألاّ يبقى حبيس الحدود الضيقة لمدلول الشروط الموضوعية بل عليه أن يوسع هذا المدلول ليستوعب ما تتضمنه القوانين الأجنبية من شروط وألاّ يقتصر على معنى الشروط الموضوعية للزواج والتي تقرها الشريعة الإسلامية بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية[21].

الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية على القاضي الرجوع إليها لتكييف الشروط الشكلية أو الموضوعية في علاقات المسلمين أو غير المسلمين لأن تطبيق الشرائع الطائفية قد يؤدي إلى نتائج تخالف الشريعة الإسلامية.

لابد من تحديد طبيعة شروط الزواج وما إذا كانت موضوعية أو شكلية حتى يتم تحديد القانون ا لواجب التطبيق عليها خاصة وأن لكل طائفة أو فكرة قاعدة إسناد خاصة بها، فالشروط الموضوعية هي لازمة لقيام الرابطة الزوجية وتخلفها يؤدي إلى انتفاء الزواج وهي تتعلق بأركان الزواج من تراضي ومحل وسبب وتخضع للقانون الذي يحكم الزواج، أمّا الشروط الشكلية فهي لازمة لإبرام الزواج تتصل بمظهره الخارجي وهي تخضع للقانون

[20]- وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[21]- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 12.

المحلي، إن تكييف طبيعة الشرط وما إذا كان موضوعيا أو شكليا يخضع لقانون القاضي وهو الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا جوهريا لقانون الأسرة الجزائري[22].

1- شروط الزواج في الشريعة الإسلامية:

يميّز فقهاء الشريعة الإسلامية بين أركان العقد وشروطه، فركن الزواج ينحصر في الإيجاب والقبول، وتنقسم شروط الزواج إلى ثلاثة أقسام شروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم، شروط الصحة هي التي لا يعتبر العقد بغيرها موجودا وشروط النفاذ هي الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على كل عاقديه بغير وجودها ويستمر العقد موقوفا إذا لم تتوافر وشروط اللزوم هي الشروط التي لا يلزم العقد كلا طرفيه إلاّ بوجودها وبغيرها يكون لأحد العاقدين أن يفسخ العقد[23] ، وتتمثل الشروط الشرعية تتمثل في شروط الانعقاد تتعلق بتحقق الإرادتين وتطابقهما، وشروط الصحة تتعلق بصلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد غير محرمة مؤقتا أو أبديا وكفاءة الزوج والشاهدين، وشروط النفاذ الأهلية والولاية وشروط اللزوم، بالإضافة إلى شروط وضعية فقد يشترط المشرع الوضعي شروطا تتمثل في توثيق الزواج أمام موثق[24] أو موظف معين.

وتعتبر من الشروط الموضوعية المتفق عليها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية: رضا الزوجين، رضا الوالدين أو ما يعرف بشرط الولي، اختلاف الجنس، البلوغ، عدم محرمية الزواج[25]، ففي الشريعة الإسلامية يعتبر من شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد نافذا أو يكون نائبا في إنشائه بإنابة الشرع وهو الولي على النفس وتعني القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد، ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية إجبار وولاية اختيار، وأساسها أن الزواج مؤسسة تستوعب الزوجين وأهلهما ولهذا تكون للولي على النفس، وتثبت ولاية الاختيار على البالغة العاقلة لأن جمهور الفهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليّها في اختيار الزوج

---

[22]- المادة 222 من قانون الأسرة.

[23]- الإمام محمّد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 52.

[24]- جمال الدين صلاح الدين: المرجع السابق، ص 26، 27، 28.

[25]- جمال الدين صلاح الدين: المرجع السابق، ص 29 ومايليها.

وينفرد هو بتولي صيغة الزواج بعد اتفاقه معها وليس له أن يجبرها بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي[26]

ويعدّ من الشروط الموضوعية لتكوين الزواج، الأهلية للزواج(المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري) التراضي(المادة 9 قانون الأسرة) موافقة الولي، الكفاءة، صلاحية الزوجة وتعتبر هذه شروطا إيجابية لقيام الزواج، وموانع الزواج (المادة 23 وما يليها من قانون الأسرة) والتي يمكن اعتبارها شروطا سلبية كوجود قرابة موجبة للتحريم (المادة 24 من قانون الأسرة) سواء كانت قرابة الدم (المادة 25 من قانون الأسرة) أو قرابة الرضاع (المادة 27 من قانون الأسرة) أو قرابة مصاهرة (المادة 26 من قانون الأسرة) أو ارتباط الزوجة بزواج قائم لم ينحل أو وجودها في فترة عدّة (المادة 30 من قانون الأسرة) أو اختلاف الدين(المادة 31 من قانون الأسرة).

وتخضع الشروط الموضوعية الإيجابية لقانوني جنسية كلّ من الزوجين الذي يطبق تطبيقا موزعا لأنها تعتبر شروطا فردية للزواج أمّا موانع الزواج فتخضع للتطبيق الجامع لأنها تتعلق برابطة الزواج[27].

تنص المادة 11 من القانون المدني على أنه:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" وتنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية[28] على :" أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألاّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

يمكن القول أن المادة 11 قانون مدني جزائري التي تشير إلى تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين تطبيقا موزعا والمادة 97 قانون الحالة المدنية التي تشترط ألاّ يخالف الجزائري الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري تشير ضمنيا إلى تطبيق قانون جنسية

---

[26]- الإمام محمّد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 107.

[27]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 161، 162.

[28]- أمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

الزوجين في حالة الاختلاف في الجنسية وإلى التطبيق الجامع على موانع الزواج وهذا بسبب ارتباطها بالنظام العام.

ففي الشريعة الإسلامية لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج مسلمة[29]، فإذا كان قانون الزوج الجزائري غير المسلم يقرر هذه القاعدة فإنها تطبق على الزوجة الأجنبية المسلمة، فالمادة 31 ق أ ج لا تسري فقط على الجزائريات وإنما تطبق كذلك على الجزائريين وعلى الأجنبيات المسلمات وبالتالي لا يمكن لجزائري غير مسلم أن يتزوج أجنبية مسلمة، طبعا إذا تمّ الزواج في الجزائر.

إذن تعتبر المادة 11 ق م ج التي تشير إلى تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج من النظام العام، وكذلك المادة 13 ق م ج التي تشير إلى انفراد تطبيق القانون الجزائري لوحده متى كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية

2- الاختلاف في تكييف شرط الإشهاد في عقد الزواج:

انقسم الفقه حول أثر شرط الإشهاد على تكييف عقد الزواج إلى اتجاهين، الأول يرى أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد شكلي لأن شهادة الشهود شرط لصحة العقد(الأحناف والحنابلة-ادريس الحنبلي- والشافعية) أو لتمامه ونفاذه(المالكية) والاتجاه الثاني يرى أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد رضائي(ابن حنبل: لا يشترط الاشهاد على عقد الزواج وشرط الإعلان لتمييزه عن العلاقة غير المشروعة)[30] . فالزواج عقد شكلي حسب رأي الفقه الإسلامي لأنه لا يرتب أحكامه ولا تمنح له الحماية بمجرد تراضي الطرفين عليه بل لابد من الشهر والإعلان وفق مذهب الجمهور[31].

---

[29]- الآية 221 من سورة البقرة، وما فعله النبي صلّى الله عليه وسلم في شأن أمّ كلثوم بنت عقبة التي أسلمت في مكة وبايعت الرسول عليه الصلاة والسلام وهاجرت إلى المدينة وحاء أهلها إلى رسول الله يسألونه أن يرجعها فلم يرجعها إليهم لمّا نزل قوله تعالى (الآية 10 من سورة الممتحنة) كما أجمع الفقهاء المسلمون على حرمة زواج المسلمة من غير المسلم.

[30]- جمال الدين صلاح الدين: المرجع السابق، ص 35، 36، 37.

[31]- الإمام محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 57.

إن تكييف شرط الشهادة كشرط شكلي أو موضوعي يخضع لقانون القاضي، لقد اختلفت الأنظمة القانونية حول المراسيم الدينية للزواج بين من يعتبرها شرط أساسي وبين من يعتبرها اختيارية بعد الشكل المدني وهذا يتوقف على نظام الدولة إذا كان علمانيا أو دينيا.

أمّا الزواج في الشريعة الإسلامية فهو عقد مدني بالرغم من أن أحكامه الموضوعية من الشريعة الإسلامية، وإبرام الزواج بالفاتحة ليس شكلا دينيا لأنه لا يغني عن الشكل المدني المطلوب[32] لأنها لا تتطلب لصحته من الناحية الشكلية إلاّ إعلان الزواج بحضور شاهدين أمّا قواعد تحريره في وثيقة رسمية هي إجراءات تنظيمية الغرض منها التحقق من صحة وسلامة الزواج[33]، ويقصد بالشروط الشكلية الضوابط المفروضة قانونا من أجل إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية وتتمثل في مجموعة من الإجراءات الإدارية التي تسبق العقد بالإضافة إلى شروط أخرى من أجل تسجيل وإشهار عقد الزواج، فقد ألزم المشرع مجموعة من الوثائق الإدارية المكونة لعقد الزواج بالإضافة إلى الفحص الطبي الشامل لمعرفة مدى خلو الزوجين من الأمراض[34].

إذا تمّ تكييف شرط الشهود على أنه شرط شكلي فإنه يخضع لقانون الدولة محل الإبرام ووفقا لما سبق يمكن القول أنه شرط شكلي فإن القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 19 من القانون المدني التي تعتبر القاعدة العامة بسبب عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج هو قانون الدولة التي يبرم فيها الزواج.

ويعتبر من الشكل طرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته بالرغم من أن هناك من يعتبر شرط الشهود شرط موضوعي وفقا للمادة 09 مكرر من قانون الأسرة[35]، التي تنص على أنه:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي،شاهدان،انعدام الموانع الشرعية للزواج".

---

[32]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 164.

[33]- زروتي الطيب: دراسات في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 11.

[34]- نصيرة بلعبيد: النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج في الجزائر، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 63

[35]- زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 160.

لكن وفقا للمادة 33 الفقرة الثانية: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" ويثبت الزواج في حالة عدم تسجيله أمام موظف الحالة المدنية بحكم قضائي كما يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج بسعي من النيابة العامة في سجلات الحالة المدنية[36].

بالإضافة إلى الشهادة كشرط شكلي يعتبر شرط شكلي ترديد صيغة معينة أثناء إتمام الزواج وشرط الإعلان عن الزواج وإبرامه أمام موظف مؤهل وتحرير وثيقة رسمية وتسجيله وشرط موافقة سلطة إدارية أو عسكرية معينة.

المطلب الثاني: القانون المطبق على شكل الزواج وموقف المحكمة العليا

لا توجد قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج وإنما تطبق قاعدة الإسناد العامة والمتعلقة بشكل التصرفات القانونية، وللمحكمة العليا موقف فيما يتعلق بالزواج العرفي الذي يبرم في الجزائر بين جزائرية وأجنبي.

الفرع الأول: تطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بشكل التصرفات القانونية

حتى يكون الزواج صحيحا يكفي أن يعقد وفق أحد الأشكال المقررة في أحد القوانين وفقا لنص المادة 19 من القانون المدني والمواد 95، 96، 97 من قانون الحالة المدنية، فيكون قانون محل إبرام الزواج هو المختص إذا كان الزوجان أجنبيان أو أحدهما أجنبي بشرط أن يكون مقيما في الجزائر لمدّة سنة على الأقل وفقا للمادة 71 من قانون الحالة المدنية، وإذا كان الزوجان أجنبيان مسلمان أو كان الزوج مسلما فلا يكون الزواج صحيحا إذا تمّ وفق الشكل الديني غير الإسلامي بسبب اصطدامه بالنظام العام في الشريعة الإسلامية.

كما يكون قانون الجنسية المشتركة للزوجين هو المختص لحكم شكل الزواج وهو القانون الذي يحكم موضوعه، كما يكون قانون الموطن المشترك للزوجين هو المختص.

إذا كان القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج أو قانون الجنسية المشتركة للزوجين يجيز الزواج العرفي أي الزواج بالفاتحة فإنه يكون صحيحا إذا تمّ في الخارج بين جزائريين في دولة تعترف بالزواج المدني، كما يكون الزواج العرفي صحيحا إذا تمّ في دولة

[36]- انظر المواد 18، 21، 22 من قانون الأسرة.

تعترف به، والزواج العرفي الذي يتم في الخارج بين جزائريين يمكن إثباته بموجب حكم قضائي صادر عن محكمة الجزائر ليسجل في السجلات القنصلية[37].

الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا

لقد أصدرت غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا قرارين، الأول بتاريخ 2016/07/13 اعتمد المبدأ :" توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجانب الحصول على رخصة إدارية سواء كان ذلك لتسجيل الزواج أو لإثباته"[38]، والثاني بتاريخ 2016/12/07 قرر أنه:" لا يمكن الحكم بتثبيت زواج عرفي مبرم بين جزائرية وأجنبي دون تقديم الرخصة الإدارية"[39].

في القرار الأول رفضت المحكمة الابتدائية طلب تثبيت الزواج العرفي الذي تمّ بين جزائرية وتركي بسبب عدم حصول الزوج الأجنبي على رخصة إدارية وفقا لما تقرره المادة 31 من قانون الأسرة:" زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين يخضع إلى أحكام تنظيمية"، وفي القرار الثاني قبلت المحكمة الابتدائية طلب تثبيت الزواج العرفي بين جزائرية وأجنبي وأمرت بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لكن المحكمة العليا نقضت الحكم بسبب أن قضاة الموضوع خالفوا القانون لأنهم لم يطلبوا تقديم الرخصة الإدارية المشترطة في زواج الأجانب.

---

[37]- المادة 98 من قانون الحالة المدنية تنص على أنه:" إذا لم يسجل العقد بسبب عدم وجود عقود كتابية في البلد الأجنبي تثبت الحالة المدنية فإن هذا العقد يسجل في السجلات القنصلية بموجب حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر"، وتنص المادة 99 من نفس القانون على أنه:" إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به فإنه إمّا أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في السجلات القنصلية".

[38]- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المؤرخ في 2016/07/13، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2016، ص 207 وما يليها.

[39]- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المؤرخ في 2016/12/07، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2016، ص 211 وما يليها.

إذن يفهم من القرارين أن الزواج العرفي إذا تمّ في الجزائر بين جزائرية مسلمة وأجنبي مسلم يكون صحيحا إذا استوفى الأركان والشروط لكن فيما يتعلق بطلب تثبيت وتسجيل الزواج العرفي يجب تقديم الرخصة الإدارية المتطلبة قانونا.

تسلم رخصة الزواج المختلط من طرف الوالي المختص إقليميا، ويشترط أن يكون الزوج أو الزوجة الأجنبية في وضعية قانونية فوق الإقليم الجزائري إذ يجب أن يكون حائزا على بطاقة المقيم الأجنبي أو أن يكون متحصلا على تأشيرة الدخول إلى الجزائر وتكون صالحة بالنسبة لرعايا الدول الأجنبية الذين يخضعون للتأشيرة أو أن يكون حائزا لجواز السفر صالح بالنسبة للدول التي لا يشترط على رعاياها الخضوع للتأشيرة، وأن يكون الطرف الأجنبي متمتعا بالقدرة على الزواج بموجب شهادة القدرة على الزواج صادرة عن الممثلية الدبلوماسية الموجودة في الجزائر بالنسبة للدول التي تصدر هذه الوثيقة أو شهادة رسمية مماثلة بالنسبة للدول التي لا تصدرها، كما يشترط احترام قانون الأسرة خاصة المادة 30 منه والتي تمنع زواج الجزائرية المسلمة مع غير المسلم، حيث يتعين على الزوج إيداع شهادة اعتناق الإسلام في الملف المطلوب للزواج مع جزائرية، وأن لا يكون الغرض من الزواج التحايل على القانون وعلى الإجراءات التي تنظم الزواج المختلط لتحقيق أغراض أخرى، مع ضرورة المحافظة على التماسك الاجتماعي والأمن والنظام العام، من خلال شهادة السوابق القضائية للأجنبي صادرة عن الدولة التي يحمل جنسيتها ومصادق عليها من طرف الممثلية الدبلوماسية أو القنصلية مع ترجمتها إلى اللغة العربية، ويودع طلب رخصة الزواج لدى المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الجزائري إذا لم يكن للطرف الأجنبي بطاقة المقيم أو لدى المصالح المختصة لولاية إقامته إذا كان مقيما، وتحدد صلاحية الرخصة الإدارية للزواج بسنة واحدة[40].

وبالتالي فإن قاعدة الإسناد الخاصة بإبرام الزواج تعتبر قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، واشتراط الحصول على رخصة إدارية من أجل إبرام زواج مختلط تعتبر قاعدة آمرة لأنها تمنع التحايل والغش نحو القانون من خلال إتمام الزواج عرفيا بين جزائرية وأجنبي الذي يفتح الباب أمام التحايل على المادة 30 من قانون الأسرة، فقد يكون الزوج الأجنبي غير

[40]- انظر الموقع الرسمي لوزارة الداخلية.

مسلم ويتظاهر باعتناقه الإسلام حتى يتمكن من الزواج خاصة إذا كان الزواج عرفيا لأنه يتم دون الحصول على رخصة، ثم يلجأ الطرفان إلى القضاء لتثبيته، لكن موقف المحكمة العليا في هذا الصدد واضح فهي ترفض تسجيل الزواج العرفي المختلط دون رخصة إدارية.

المبحث الثاني: التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد

اختلف الفقه بشأن القوّة الإلزامية لقاعدة الإسناد، هناك من يرى أنها ملزمة وأن القاضي يطبقها من تلقاء نفسه كما يحق للخصوم التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا بسبب أنها تحقق العدالة أو بسبب هدفها وهو تحقيق التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة[41]، وكان الفقه التقليدي يرى أنها ملزمة إذا كانت تشير إلى تطبيق قانون القاضي وغير ملزمة إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي لكن الفقه الحديث لا يرى ضرورة هذا التمييز لأن المشرع عندما يضع قواعد الإسناد فلم يتحفظ على تطبيقها في الحالة التي تشير إلى تطبيق قانونه واستبعادها إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي[42]، وهناك من يرى أن قاعدة الإسناد تعتبر إلزامية وقابلة للتطبيق من طرف القاضي إذا توفرت شروطها وهناك حالات محددة وضيقة لا يمكن للأفراد التمسك بتطبيق ما يحقق مصلحتهم[43] إذا تعلقت بإحدى المسائل التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها في مسألة تندرج ضمن النظام العام في دولة القاضي، وباعتبار أن مسألة الزواج من النظام العام بسبب ارتباطها بالشريعة الإسلامية وبقواعد آمرة في قانون الأسرة فإن قواعد الإسناد المتعلقة بالزواج تعتبر من النظام العام وبالتالي وجوب تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه، ويترتب على ذلك التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وخضوع تطبيقه من طرف قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، واستبعاده في حالة مخالفته للنظام العام.

---

[41]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 335، 336.

[42]- زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 256.

[43] - B.AUDIT : Droit international privé, 4e édition, ECONOMICA, Paris, 2006, n° 261, p218.

المطلب الأول: التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ورقابة المحكمة العليا

يلتزم القاضي بالبحث عن الصفة الأجنبية في علاقة الزواج والتي تتمثل في أن أحد الزوجين أو كلاهما يحمل جنسية أجنبية بالنسبة له، وهو ما يمثل العنصر الأجنبي في العلاقة الذي يستدعي إعمال قاعدة الإسناد من أجل تحديد القانون الأجنبي المختص، وتعتبر قاعدة الإسناد قاعدة وطنية من وضع المشرع وهي تتصف بأوصاف القواعد الداخلية من كونها عامة ومجردة وملزمة[44].

الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي المنظم للزواج

اختلف الفقه عند البحث عن أساس تطبيق القانون الأجنبي، فهناك من جرده من صفته القانونية واعتبره مجرد واقعة وهناك من اعترف له بالصفة القانونية والراجح هو التأكيد على الطبيعة القانونية دون إهمال الصفة الأجنبية فهو لا يعامل بنفس معاملة قانون القاضي الوطني[45].

ويترتب على ذلك أنه في حالة معاملته كواقعة أن الخصم الذي يتمسك بتطبيقه يكون ملزما بإثبات مضمونه، والقاضي لا يلتزم بذلك ولا بالبحث عن الصفة الأجنبية في العلاقة ولا يخضع تطبيق القانون الأجنبي لرقابة محكمة القانون[46]، وعلى العكس في حالة معاملته كقانون ومعاملته بنفس معاملة قانون القاضي أن القاضي ملزم بالبحث عن الصفة الأجنبية وبتطبيق القانون الأجنبي وملزم بالبحث عن مضمونه، وهنا يكون للقاضي دورا إيجابيا، لكن وفقا للرأي الراجح فإن القاضي يطبق القانون الأجنبي لأن قاعدة الإسناد ملزمة فهو يأتمر بأمر مشرعه الذي سنها، وبما لأنه قانون لكنه أجنبي فإنه من الطبيعي أن يلقى معاملة إجرائية تختلف عن معاملة القانون الوطني، ومن جهة أخرى لا يتصور أن

---

[44]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 11، 12.

[45]- انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 356 وما يليها، زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 253 وما يليها، أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 138 وما يليها.

[46]- انظر: حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 92.

يكون القاضي عالما بمضمون كل القوانين الأجنبية فهو ليس أمرا من المشرع الأجنبي للقاضي الوطني، ويترتب على معاملة القانون الأجنبي أن من يتمسك من الخصوم بتطبيقه عليه إثباته، ويمكن للقاضي الوطني أن يطبقه من تلقاء نفسه إذا كان عالما به[47].

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري يلتزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي ينظم مسائل الزواج المشار إليه في قاعدة الإسناد حيث يلعب دورا إيجابيا دون أن ينتظر من الخصوم إثبات مضمونه، فعبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي ويمكن أن يطلب ذلك من الخصوم، لكن إذا تعذر عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي فيطبق قانونه وفقا للمادة 23 مكرر من القانون المدني بنصها:"تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

فرغم أن المشرع لم يصرح بذلك إلاّ أنه من خلال المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[48] التي حددت حالات الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ومن بينها مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، وبالتالي فيكون قاضي الموضوع الجزائري ملزما بالبحث عن الصفة الأجنبية في علاقة الزواج وملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المنظم لها ولو بمساعدة الخصوم، وهو يخضع في تطبيقه وتفسيره لرقابة المحكمة العليا، وفي حالة عدم علمه بأحكامه هناك وسائل لإثباته[49].

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي المنظم للزواج

إن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية وبالزواج يخضع لرقابة المحكمة العليا ويشكل وسيلة للطعن بالنقض، إذ يتعين تحقيق التعاون بين القاضي والخصوم فلا يكون موقف القاضي سلبيا وإنما يتعين عليه تطبيق القانون الأجنبي إذا علم بأحكامه وبمصدره وفي حالة جهله به يمكن أن يكلف الخصم الذي يتمسك بتطبيقه بإثبات مضمونه لكن عليه أن يتحقق من صحته وصحة مصدره وأن يفسره وفقا لمبادئ القانون

[47]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 365، 366.

[48]- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008، ص 03.

[49]- انظر عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 385 وما بعدها،

الأجنبي وهذا هو دوره الايجابي، وتبرير ذلك أن مسائل الزواج تعتبر من النظام العام فهي تتعلق بحقوق لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها تحقيقا لمصلحتهم و لا يجوز لهم التصرف فيها[50].

كما يمكن إثارة الدفع بمخالفة تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي من طرف الخصوم في أية مرحلة من مراحل التقاضي باعتباره دفعا موضوعيا ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا لكونه متعلقا بالنظام العام[51]

وبالتالي يمكن القول أن قاعدة الإسناد في علاقة الزواج الأجنبية إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي فتكون متعلقة بالنظام العام وأن تطبيق القانون الأجنبي يكون ملزما لقاضي الموضوع خاضعا لرقابة المحكمة العليا.

المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي وكان مخالفا للنظام العام فإنه يتم استبعاده، وباعتبار أن مسائل الزواج منظمة وفقا للشريعة الإسلامية فإن النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي يتصف بالصفة الدينية أو الاسلامية.

الفرع الأول: أساس استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

قد يتعطل إعمال قواعد الاسناد إذا أدّى إلى تطبيق قانون أجنبي نتيجة الغش أو التحايل على ضوابط الإسناد أو إذا تبيّن أن مضمونه مخالف للمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، وهذا ما يجد أساسه في المادة 24 من القانون المدني[52].

إن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام هو دفع مقرر في كل الأنظمة القانونية، بسبب أن القانون الذي عينته قاعدة الإسناد يكون مخالفا للأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع ويكون في حالة عدم التوافق العام مع قانون القاضي، وتعتبر الأحوال الشخصية المجال الواسع للدفع بالنظام العام بسبب تباين الأنظمة القانونية خاصة تلك

---

[50]- انظر زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 261.

[51]- المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[52]- المعدلة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 26 يونيو 2005، ص 17.

التي تعتمد على الأخذ بضابط الجنسية منها الدول العربية والإسلامية التي تستقي أحكامها في هذا المجال من الشريعة الإسلامية والتي أخذت به باعتباره دفعا عاما[53]، أي أنه لا يخص فقط مجال الأحوال الشخصية، كما أنه دفع موضوعي يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي.

يتمّ استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام ذو الوظيفة الإستبعادية أو الحمائية[54]، فكلما كان متعارضا معه بحيث يصل الاختلاف بين القانون الأجنبي وقانون القاضي إلى درجة التنافر والتباغض وتهديد الأمن وبناء الدولة الاجتماعي، لأن المشرع الوطني عندما يضع قواعد الإسناد يأخذ بعين الاعتبار الاختلاف بين قانونه والقوانين الأجنبية التي من المحتمل أن تشير إليها قواعد تنازع القوانين وهو يسمح بتطبيقها في إطار التعايش بين الأنظمة القانونية، فهو يعلم مسبقا أن مضمونها ليس متطابقا تماما مع قانونه ويفترض وجود حدّ أدنى من الاشتراك القانوني وقدر من التقارب بين الأصول العامة لكن إذا وصل الاختلاف إلى درجة التنافر وجب تدخل النظام العام باعتباره صمام الأمان لدفع الخطر باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي[55].

وإذا كان من الصعوبة تعريف النظام العام تعريفا جامعا مانعا وتحديد نطاق تدخله نظرا لكونه فكرة وطنية مرنة تختلف باختلاف الدول وتتغير في الدولة الواحدة بتعاقب الزمان، إلاّ أنه يقوم على أسس موضوعية مرنة ومتطورة قائمة على معيار المصلحة العامة العليا للمجتمع والنسبية، وإذا كانت فكرة الاشتراك القانوني تقتضي وحدة النظام العام والعدالة والأخلاق إلاّ أن مهمة القاضي في تفحص العلاقات الأجنبية المعروضة عليه أن ينظر إلى النظام العام كفكرة واحدة وألاّ يحلّ آرائه ومعتقداته محلّ الرأي العام[56].

مع أنه في الدول المتعددة الطوائف مثل لبنان حيث تتباين الأحكام القانونية الخاصة بكل طائفة يظهر النظام العام متسامحا مقارنة مع غيرها من الدول خاصة في مسائل الأحوال

---

[53]- زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 267، 268، 269.

[54]- وهو يختلف عن النظام العام الوقائي المتمثل في قوانين البوليس حيث يطبق قانون القاضي بصفة أصلية.

[55]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 524، 525.

[56]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 271.

الشخصية حيث لا يوجد نظام قانوني يمثل الشريعة العامة وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تقلص دور النظام العام في مواجهة القوانين الأجنبية، فلا يوجد قانون ديني أو مدني لا يجد تطبيقا له في نظام ديني أو طائفي داخل الدولة، ولا يتصور استبعاد القضاء اللبناني القانون الأجنبي الذي يعرف تعدد الزوجات أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو القانون الأجنبي الذي لا يعرف الطلاق أو الذي يسمح بالتبني أو يمنعه[57].

يستبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام ويحلّ محلّه قانون القاضي أي قانون الأسرة الجزائري متى كان أحد أطراف العلاقة مسلما بالرغم من أن قواعد الإسناد تستند على رابطة سياسية وهي الجنسية بسبب ارتباط مسائل الزواج بالشريعة الإسلامية، ومن هنا يمكن القول أنه يتم الاعتماد على الديانة كلما كان أحد أطراف العلاقة مسلما بغض النظر عن جنسية الأطراف التي تستند عليها قواعد الإسناد وبالتالي يمكن أن يكون ضابط الديانة الإسلامية ضابطا احتياطيا لتطبيق الشريعة الإسلامية.

يتدخل النظام العام الإسلامي في مسائل الزواج إذا كان القانون الأجنبي يجيز الزواج بين المثليين (شخصين من نفس الجنس) يبيح زواج القاصرات، يبيح الزواج بغير الرضا ولا يعترف بمبدأ حرية الزواج، يبيح زواج المسلمة مع غير المسلم، يبيح الزواج بين أقارب الدرجة الثالثة، يمس بحقوق الزوج المسلم. فيستبعد القانون الأجنبي في كل حالة عندما يتعلق الأمر بحماية الطرف المسلم ولو كان أجنبيا[58]

الفرع الثاني: أبعاد النظام العام

يتدخل النظام العام كآلية لاستبعاد القانون الأجنبي من التطبيق على علاقة الزواج متى كان أحد أطرافها مسلما، فالديانة الإسلامية تعتبر أساسا لذلك، ومن هنا يكون للنظام العام بعدا دينيا بالإضافة إلى أنه يمتاز بخصائص الثبات والاستقرار والتوحيد، فبالنسبة للأحوال الشخصية يمتاز بأنه نظام ثابت لأن المشرع استمد أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية وحدها فوفقا للمادة 222 من قانون الأسرة كل حكم ورد غامضا بالقانون أو ورد ناقصا فإنه يرجع بشأنه للشريعة الإسلامية وحدها، وهذا ما يجعل قواعده وأحكامه

[57]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 525.

[58]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 569.

مستقرة، كما أنه نظام موحد لأن الجزائر لا تعرف التعدد الطائفي أو الديني، وهذا ما يجعل النظام العام واضح عكس بعض الدول العربية[59].

ويلاحظ أنه لا يمكن تصور أن تكون كل القواعد المقررة في قانون القاضي سواء كانت ذات مصدر وضعي أو ديني متعلقة بالنظام العام لأنها لو كانت كذلك لأدّى إلى استبعاد القانون الأجنبي بالضرورة وهو ما يؤدي إلى القضاء على فكرة تنازع القوانين لأنه من الصعب التسليم بمطابقة القانون الأجنبي مع النظام العام لدولة القاضي وللأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية، ففي كل مرة إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للشريعة الإسلامية يكون معارضا للنظام العام وبالتالي يتم استبعاده سوف يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة وهي استبعاد معظم القوانين الأجنبية ممّا يجعل وضع قواعد الإسناد في الدول ذات النظام الديني نوعا من العبث[60].

وهناك نوعان للنظام العام الإسلامي، الأول ثابت لا يتغير حالاته محصورة يستمد خلوده من دليله وكونه قطعي الثبوت وقطعي الدلالة، لا تختلف فيها المصلحة باختلاف المكان والزمان، والنوع الثاني يضعه الحاكم أو المشرع في إطار المبادئ العامة والنصوص القطعية وهو متغير متطور بتغير المصلحة، فهناك قواعد تعتبر من النظام العام الإسلامي وتطبق على المسلمين وغيرهم مثل تحريم زواج المسلمة مع غير المسلم ومنع التوارث بين المسلم وغير المسلم، وهناك قواعد من النظام العام الإسلامي تطبق على المسلمين وحدهم مثل تعدد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج[61].

من صفات النظام العام أنه وطني، وهناك من يثير فكرة النظام العام الدولي، بالرغم من يرفض التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بسبب أنها تفرقة خادعة لأن النظام العام في القانون الدولي الخاص يتميز بالوطنية والنظام العام الدولي لا يوجد في

---

[59]- حبار محمد: المرجع السابق، ص103.

[60]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 562 ، 563.

[61]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 565، 566، على أنه لا يمكن اعتبار هاتين القاعدتين من النظام العام.

مجال الأحوال الشخصية وإنما في مجال التحكيم في التجارة الدولية لأن المحكمين يعتمدون على نظام قانوني له صفة العالمية.

وغير صحيح وجود نظام عام دولي يفيد النظام العام المشترك بين الدول[62]، ووجود بعض المبادئ في القانون الدولي العام مثل محاربة الرق والعبودية والقرصنة والجريمة المنظمة والاتجار بالمخدرات التي تشكل نظاما عاما دوليا إلاّ أن الهدف منها هو محاربة الآفات التي تهدد المثل العليا للإنسانية، ويكون بعيد المنال توحيد توحيد العالم وافتراض قيام مجتمع واحد موحد في معتقداته وتقاليده وتطلعاته[63].

وليس من الدقة الحديث عن نظام عام دولي وإذا كانت هناك حالات مشتركة ومتماثلة بين الدول يمكن أن يتدخل فيها النظام العام للدفاع عن بعض القيم والمثل المشتركة التي تؤلف القيم المثالية للمجتمع الإنساني كمبادئ حقوق الإنسان وخاصة مبادئ عدم التمييز بسبب اللون أو الجنس ومبدأ احترام حقوق الدفاع وحرية الزواج فهي مبادئ لها صفة العالمية لكنها تعدّ من النظام العام الداخلي لكل دولة[64].

لكن يمكن القول أن النظام العام الدولي يجد أساسه في الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقيات حقوق الإنسان والطفل، وفي علاقات الزواج نجد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي انضمت إليها الجزائر في 22 يناير 1996[65] وأبدت تحفظات على بعض المواد منها المادة 16 التي تتعلق بالزواج والحياة الأسرية[66]، حيث يشترط التحفظ ألاّ

---

[62]- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 175.

[63]- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 276.

[64]- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 572.

[65]- المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية عدد 06 المؤرخة في 24 يناير 1996، ص 04.

[66]- تنص المادة 16 الفقرة الأولى من الاتفاقية على أن:" تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة: أ) نفس الحق في عقد الزواج، ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلاّ برضاها الحر الكامل، ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه..."

تتعارض الحقوق المساوية للرجال والنساء أثناء الزواج وعند فسخه مع أحكام قانون الأسرة[67].

قد يتوافق النظام العام الإسلامي مع النظام العام الدولي عند اختيار الزوج ومنح الحرية للمرأة في ذلك وتقرير المساواة بين الزوجين، وعند تقرير الاختلاف في الجنس، وقد تمس قاعدة الإسناد بالنظام العام الدولي عندما تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوج والمساس بمركز الزوجة في التنازع المتحرك، والتناقض بين النظام العام الإسلامي والنظام العام الدولي هو موضوع التحفظات التي أبدتها الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم يمكن القول أن قاعدة الإسناد الوضعية والمبنية على أساس الجنسية التي تعتبر رابطة سياسية قد تتحول إلى قاعدة دينية وتكون متعلقة بالنظام العام خاصة في مسائل الزواج، ويظهر هذا من عدّة نواحي منها التكييف الذي يتم وفق قانون القاضي المستخلص من أحكام الشريعة الإسلامية، وإلزامية احترام شكل إبرام الزواج والحصول على رخصة إدارية عند الزواج بالأجانب من أجل ضمان احترام قاعدة منع زواج المسلمة مع غير المسلم، بالإضافة إلى تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، والذي يتصف بالطابع الديني أو الاسلامي بغض النظر عن جنسية الأطراف ويمكن أن يكون له بعد دولي.

قائمة المصادر والمراجع:

1-الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 27 فبراير 1970، ص 274.

2-الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990، المعدل والمتمم.

[67] - منال محمود المشني: حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 312.

3-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 12 يونيو 1984، ص 910، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 18.

4-المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 24 يناير 1996، ص 4.

5-الإمام محمّد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012.

6-أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003.

7-صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، التركي للكمبيوتر والطباعة، طنطا، 2007.

8-بلعبيد نصيرة: النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج في الجزائر، دار الجامعة الحديدة، الإسكندرية، 2017.

9-حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

10-الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، 2008.

11-عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.