المسائل الاجتهادية في زواج الجزائريين بالأجانب

Jurisprudential issues in the marriage of Algerians to foreigners

أم كلثوم قاسمي [1] *، عبد المجيد خلادي [2]

[1] جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة (الجزائر)، Oumkeltoum2021@gmail.com

[2] جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة (الجزائر)، Abdelmajid.khelladi@ gmail.com

تاريخ الإرسال: 2022/09/16 تاريخ القبول: 29/ 09/ 2022 تاريخ النشر: 15/ 10/ 2022

الملخص:

الاجتهاد القضائي في المسائل المتعلقة بالزواج المختلط بين الجزائريين جنسيةً والأجانب، يترتب عليه اختلاف الحكم القانوني، وبموجب الاستثناء الوارد في المادة 13 مدني فإنّ القانون الوطني هو الذي يطبق وحده في مثل هذه الصورة وقت إبرام العقد ولا عبرة بتغييرها لاحقاً، ما عدا الأهلية فإنّها تخضع لقانون الجنسية، وأحالت المادة 31 من قانون الأسرة هذا الزواج إلى أحكام تنظيمية، والمتمثلة في رخصة إدارية تمنح كإذن لتسجيل الزواج، أما تثبيته في حال إبرامه في بلد أجنبي فوقع الخَلْف فيه بين المحاكم الابتدائية والمجالس وبين قرارات المحكمة العليا، بسبب غياب النص الذي يبين أثر عدم الالتزام بهذه الأحكام التنظيمية، وأُسس رفض المحكمة العليا بتثبيت بعضها على النظام العام كقيد يحفظ المصلحة العامة، هذا الاجتهاد القضائي ألّف مبادئ قانونية تمثل المادة الخام التي يفترض من خلالها أن يراجع المشرع الجزائري قانون الأسرة لتعديله، ولا يجمد على المسطور في مواده لأنّ الوقائع المستجدة مع تطور العصر تَفقده مرونته، مع وجوب مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها .

الكلمات المفتاحية: اجتهاد قضائي ؛ زواج مختلط ؛ قانون الأسرة الجزائري.

* المؤلف المرسل

Abstract:

Judicial jurisprudence in matters related to mixed marriages between Algerian nationals and foreigners, entails a difference in the legal ruling, and according to the exception contained in Article 13 Civil, the national law is the only one that is applied in such a way at the time of the conclusion of the contract, and there is no lesson in changing it later, except for the capacity, which is It is subject to the Nationality Law, and Article 31 of the Family Law refers this marriage to organizational provisions, which is an administrative license granted as permission to register the marriage. As for its confirmation in the event it was concluded in a foreign country, the dispute occurred between the courts of first instance and the councils and between the decisions of the Supreme Court, because The absence of a text that shows the impact of non-compliance with these regulatory provisions, and the basis for the Supreme Court's refusal to establish some of them on the public order as a restriction that preserves the public interest. It is written in its articles because the new facts with the development of the times make it lose its flexibility, with the necessity of observing the provisions and purposes of Islamic Sharia.

Keywords: jurisprudence, mixed marriage, Algerian family law.

مقدمة:

نظّم المشرع الجزائري كل ما تعلق بالزواج وأحكامه من خلال قانون الأسرة الذي استند في معظم نصوصه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن المعلوم أنَّ الوقائع والمستجدات لامتناهية والنصوص متناهية، فلا تستوعب كل النزاعات والخصومات إذا ما عرضت على القضاء، ما يجعل القاضي أمام خيار واحد حال انعدام النصوص أو عموم مدلولاتها، وهو الاجتهاد القضائي، ومن المسائل التي اشتغل بها العقل القضائي نظراً وأصدر فيها أحكاماً زواج الجزائريين بالأجانب، وسبب ذلك أنّها

تقع في دائرة تنازع القوانين، فما حقيقة زواج الجزائريين بالأجانب والقانون الذي يسند إليه، وكيف عالجه الاجتهاد القضائي، وما الدور الذي يؤديه الاجتهاد القضائي حتى يحقق استجابة المشرع للمبادئ القانونية التي استقر عليها في هذه المسألة قصد تعديل قانون الأسرة وفق أحكام الشريعة الإسلامية ؟

و ستكون الإجابة على هذه الإشكالية باتباع المنهج التحليلي وذلك وفق الخطة التالية :

- المحور الأول : حقيقة زواج الجزائريين بالأجانب والإطار القانوني له .

1- حقيقة زواج الجزائريين بالأجانب.

2- القانون الواجب التطبيق في زواج الجزائريين بالأجانب .

- المحور الثاني : الاجتهاد القضائي في مسائل زواج الجزائريين بالأجانب .

1- مسائل وقضايا زواج الجزائريين بالأجانب عالجها الاجتهاد القضائي الجزائري:

2-دور الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري فيما تعلق بزواج الجزائريين بالأجانب.

1. حقيقة زواج الجزائريين بالأجانب والإطار القانوني له

1.1 حقيقة زواج الجزائريين بالأجانب

زواج الجزائريين بالأجانب أو ما يعبر عنه بمصطلح الزواج المختلط، تناوله رجال القانون والمختصين في علم الاجتماع بالتعريف والدراسة، يهمنا منها المستوى القانوني ليتناسب والموضوع، وقبل تعريف النوع تستوجب سنن البحث العلمي بيان مفهوم مصطلح الزواج المختلط الذي يندرج تحته .

تعريف الزواج المختلط : "زواج رجل من امرأة وكل منهما جنسية تعود إلى دولة عربية أم أجنبية".(1)

مما يؤخذ على هذا التعريف عدم الدقة وكونه تعريفاً غير جامعٍ، فهو لم يذكر اختلاف الدين بين طرفي الزواج، إذ قد لا تختلف الجنسية ولكن يختلف الدين، أو تختلف الجنسية والدين واحد، أو يختلفان معاً، فهذه صور ثلاث للزواج المختلط .

التعريف الإجرائي : الزواج المختلط عقد وميثاق تراضٍ بين رجل وامرأة مبني على أسسٍ قانونية يختلف طرفاه ديناً أو انتماء أو قومية، يتغيا تأسيس أسرة مستقرة .

فجوهر حقيقة الزواج المختلط تكمن في الاختلاف بين طرفي العقد اختلاف ملة وعقيدة أو اختلاف جنسية، وقد جمع هذا النوع من الأنكحة جزائريين مع أطراف تخالفهم ديناً، حتى وإن كان كلا الزوجين جزائري الجنسية؛ لكن أحدهما على ملة غير الإسلام، وقد يختلفان جنسيةً بأنْ يكون طرف جزائري – الرجل أو المرأة- والطرف الآخر أجنبي أو عربي، وقد يجتمع اختلاف الدين والجنسية في الطرف الآخر .

فالزواج المختلط الجزائري الأجنبي هو الزواج الذي يقترن فيه جزائري أو جزائرية بطرف أجنبي، بحيث يتحكم في هذا الاقتران " متغيرات مختلفة كالثقافة والعادات وطرق التفكير ولغة التواصل وطريق الحوار واختلاف الديانة والقيم " .(2)

عرفه بعضهم بقوله :"أنّه كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخصين يحمل الجنسية الجزائرية وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية " .(3)

يؤخذ على هذا التعريف أمور نذكر منها :

-أولا التعبير بلفظ الشخصين بدل رجل وامرأة فيه نوع من اللبس خاصة في هذا العصر الذي أبيح فيه في دول أجنبية زواج المثليين، والتعريف ذكر أن الزواج قد يبرم في الخارج لذا وجب الدقة في التعبير، وإن كان التعريف لا يقصد هذا .

-ثانيا لم يعتبر عنصر اختلاف الدين بين الطرفين، فإنْ قيل إنّ عدم إيراد اختلاف الدين في التعريف راجع إلى كون زواج الجزائرية بغير المسلم ممنوع شرعا وقانوناً، والممنوع شرعا كالمعدوم حسًّا، وذكره يكون من باب الإطناب الذي لا فائدة منه .

نرد فنقول أنّ زواج الجزائرية بغير المسلم وإن كان ممنوع شرعاً وقانوناً لكنه موجود في الواقع، كما أنّ زواج الجزائري بالكتابية لا يخالف الشرع والقانون، أما زواجه بغير الكتابية وهو الممنوع شرعا وقانوناً، موجود أيضا واقعاً، ويكثر هذا النوع من الزيجات بصفة خاصة بين أوساط الجالية الجزائرية في الخارج من المغتربين الذين يعودون لأرض الوطن، فيواجهوا مشكلة إثبات عقود زواجهم المخالفة للشرع والقانون الجزائري أمام القضاء الوطني .

وبذلك يكون قيد اختلاف الدين والعقيدة مهم في التعريف؛ لأنَّ ما يترتب عليه من آثار سواء بالحكم على الزواج بالبطلان والفساد أو الصحة غير ما يترتب على الزواج الذي يتماثل فيه طرفي العقد ملةً .

التعريف اقتصر على قيد اختلاف الجنسية دون الاختلاف في الدين في زواج الجزائريين بالأجانب، وهناك فرق بين صورة اتفاق الدين أو اختلافه في الضوابط الشرعية والقانونية أو الإجراءات وإثبات عقد الزواج .

التعريف الإجرائي : عقد وميثاق تراض بين رجل وامرأة مبني على أسس قانونية أحد طرفيه جزائري الجنسية، يختلف طرفاه أو يتوافقا ملةً، يتغيا تأسيس أسرة مستقرة .

أ-لم أذكر الأسس الشرعية حتى يشمل التعريف الصور المخالفة لأحكام الشريعة كزواج الجزائرية المسلمة بمسيحي أو يهودي أو مشرك، وزواج الجزائري المسلم بغير الكتابية .

ب-مخالفة الأحكام الشرعية لا يستلزم المخالفة القانونية لأنَّ الزواج قد يبرم في الخارج موافقاً للقانون الأجنبي أو لقانون دولة عربية، لا يمانع قانونها من عقد قران يختلف طرفاه عقيدةً، إذا توفرت الشروط القانونية.

ج-يتغيا تأسيس أسرة مستقرة قيد يخرج الأنكحة المؤقتة .

د-أحد طرفيه جزائري الجنسية قيد يخرج صورة زواج الأجانب جنسيةً في الجزائر، ويندرج تحت هذا القيد الصورة التي يكون فيها كل من طرفي العقد جزائري الأصل، لكن أحدهما غير جنسيته قبل إبرام عقد الزواج، فهذا أيضا يعد من نوع زواج الجزائريين بالأجانب .

2.1 القانون الواجب التطبيق في زواج الجزائريين بالأجانب

يعتبر عقد الزواج واقعة مادية وقانونية تربط بين الرجل والمرأة، ولكي يكون صحيحا يجب أن يتضمن شروطاً موضوعية تحكمه وهذا ما جرت عليه غالبية دول العالم، وهناك من اعتبر شروطه الموضوعية شروطاً شكلية، وهذه الاختلافات تزداد حدّتها عندما يكون أطراف عقد الزواج مختلفي الجنسية (الزواج المختلط) مما يؤدي إلى نزاعات قانونية قد تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام السائد في كل دولة .(4)

أ- الشروط الموضوعية : لإبرام عقد زواج الجزائريين بالأجانب، يقصد بها الشروط التي يتوقف الزواج على وجودها، كما أنّه ينعدم في حالة انعدامها فهي بمثابة الأسس الجوهرية التي يقوم عليها.(5)

خص المشرع الجزائري تنازع القوانين في الزواج المختلط (6) بالنسبة للشروط الموضوعية المادتين 11 و13 مدني، والمقصود بتنازع القوانين :" تزاحم قانونين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية تشمل على عنصر أجنبي " . (7)

نص المادة 11:"يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".(8)

المشرع الجزائري قد أسند الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الجنسية، وعبر عنه بالقانون الوطني، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، ظهر اتجاهان لدى الفقه القانوني، اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقاً جامعاً، والاتجاه الآخر ينادي بتطبيقها تطبيقاً موزعاً، فأما التطبيق الجامع محلَّ انتقاد لعسر تطبيقه عملياً؛ لأنَّه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد بمجرد

تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين، وحسب التطبيق الموزع كل زوج يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط ،(9) وحسب مدلول المادة 11مدني فالمشرع الجزائري متأثر بنظرية التطبيق الموزع، أما إذا تعلق بالموانع، فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع ،(10) هذا كقاعدة عامة ورد عليها الاستثناء بنص المادة13:"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج ".(11)

فالمنطوق الصريح للمادة يقتضي تطبيق القانون الوطني وحده في حال كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج ماعدا الأهلية، فإنّه يسري عليها قانون الجنسية طبقا للمادة 10مدني :" يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ".(12)

و متى تقرر أنّ القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بموجب تطبيق الاستثناء الوارد في نص المادة 13 مدني، فإنّ قانون الأسرة الجزائري هو الذي يحدد الشروط الموضوعية، وقد نصت عليها المواد 9،9 مكرر، 25، 26، 27، ويستخلص من هذه المواد أنّ عقد الزواج يشتمل على الرضا، الولي، الشهود، الصداق، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة. (13)

ب- الشروط الشكلية: وحتَّى تترتب الآثار القانونية لعقد الزواج يجب توفر الشروط الشكلية التي يقررها القانون، وهي كل ما تعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج وتحرير العقد وإثباته، فالشروط الشكلية هي الطرق اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي.(14)

جاء القانون المدني خالياً من قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية لصحة الزواج، لذلك وفي غيابها نرجع للقواعد العامة فيما يتعلق بشكل التصرفات القانونية بوجه عام باعتبار الزواج أحدها، فنجدها تخضع لقاعدة محل الإبرام .(15)

نصت المادة 31 من قانون الأسرة على أنّه :" يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية "، (16) والمقصود هنا رخصة إدارية مسلمة من السيد والي الولاية

المختص إقليمياً، والتي يجب أن تقدم لضابط الحالة المدنية بناء على تعليمة وزارة الداخلية رقم 02 الصادرة بتاريخ 1980/20/11، ونصت على أنّه لا يمكن للوالي منح الترخيص إلاّ بعد تحقيق وموافقة الأجهزة الأمنية المسؤولة حول سلوك الأجنبي .(17)

ج- أما بالنسبة لآثار الزواج وانحلاله فقد نصت المادة 12 مدني :" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها الزواج .

ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ". (18)

هذا النص خاص بآثار الزواج الشخصية والمالية (الفقرة الأولى) وانحلاله (الفقرة الثانية) مع الإشارة أنّه بموجب تعديل 2005 تم إدراج أيضا الانفصال الجسماني، كما أشرت سابقاً فإنّ نص المادة 13 مدني ورد كاستثناء على المادتين 11و 12، فالقانون الجزائري أولى بالتطبيق كلما كان أحد الزوجين جزائرياً عند إبرام الزواج ،و لو غير الطرف الجزائري جنسيته لاحقاً، وبالتالي فالعبرة في صحة وآثار وانحلال الزواج بما يقضي به القانون الجزائري وحده إلاّ فيما يخص أهلية الزواج الذي يظل الطرف الأجنبي خاضعاً لقانونه، وتكمن أهميته (القانون الوطني) في تقرير صحة الزواج وبيان آثاره وطرق حلّه إذا كان القانون الأجنبي يقضي بخلاف ما هو مقرر في القانون الجزائري، فالعبرة بما هو مقرر في القانون الوطني، ولم يخص القانون الجزائري الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، وبالتالي قاعدة الإسناد المناسبة هي القانون المطبق على انحلال الزواج باعتبارها من آثاره .(19)

د- أما بالنسبة للميراث تنص المادة 16 مدني :" يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المالية التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته " (20).

المشرع الجزائري أخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة (م16 ق م)، ويحدد هذا القانون طبيعة الوفاة (حقيقية أو حكمية) مشتملات التركة، الحقوق المتعلقة بها، من هم ورثة، أسباب الإرث، موانع الإرث، تحديد الأنصبة، قواعد الحجب، وحالات الميراث الخاصة .(21)

2. الاجتهاد القضائي في مسائل زواج الجزائريين بالأجانب

1.2 مسائل وقضايا زواج الجزائريين بالأجانب عالجها الاجتهاد القضائي الجزائري

أ- أكثر القضايا المعروضة أمام أقسام شؤون الأسرة تتعلق بقيد وإثبات الزواج العرفي المختلط بين الجزائريين والأجانب بسبب إخضاع المشرع الجزائري لهذا الزواج لشروط تنظيمية خاصة، ونظراً لطول إجراءات الحصول على الرخصة الإدارية، واحتمال رفض الطلب من طرف الجهات الإدارية المختصة، لجأ طالبي الزواج إلى السفارات والقنصليات التابع لها الطرف الأجنبي من أجل إبرام عقود الزواج أمامها، والتي تعتبر عقوداً أجنبية طبقا للقانون، يقدمون بعد ذلك طلبات أمام المحاكم الجزائرية المختصة من أجل إمهار هذه العقود بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام المادتين 606 و607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد حصولهم على الصيغة التنفيذية يلجئون إلى مصالح الحالة المدنية من أجل تسجيل زواجهم في سجلات الحالة المدنية، غير أنّ المحاكم الجزائرية صارت تكيف دعاوى إمهار هذه العقود بالصيغة التنفيذية على أنّها دعاوى إثبات زواج عرفي (22).

و قد أسست المحكمة العليا قرارها على أساس أنّ المجلس اعتبر الرخصة المسبقة المسلَّمة للأجنبي قصد الزواج تُطلب منه عند تسجيل العقد وليس عند إبرامه، وهو التفسير الذي تعتبره المحكمة العليا خاطئ ومخالف للمبدأ المذكور في المادة 31 ق أ الذي يُخضع زواج الجزائري من الجنسين مع الأجانب للأحكام التنظيمية، وعليه القضاء بتثبيت الزواج العرفي وتسجيله دون الرخصة من المعنيين هو مخالفة للقانون، علماً أنّ المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية قد قامت بتثبيت الزواج بالأجنبي على أساس أنّ الدخول يجعل من الزواج شرعياً؛ لتوفر جميع أركان والشروط، وغياب الرخصة المسبقة فقط التي لا تعتبر ركناً ولا شرطاً لإثبات الزواج الذي لم يرتب على غيابها أي أثر بنص قانوني .(23)

قرار المحكمة العليا استند على دواعي أمنية للحفاظ على المصلحة العامة والنظام العام، فالرخصة الإدارية لا تمنح للطرف الأجنبي إلا بعد التأكد من سوابقه العدلية عن طريق الأجهزة الأمنية، ولا فرق بين تسجيل العقد أو تثبيته خصوصاً أنّ فيه عقود أبرمت في بلد أجنبي من باب التحايل على القانون ثم السعي إلى إمهار العقد وتثبيته في الجزائر .

ب- من المسائل التي أثارت مشاكل قانونية في زواج الجزائريين بالأجانب، الحضانة وما تعلق بمستحقها من الأبوين إذا كان غير مسلم أو يقيم في الخارج، ويتضح فيما يلي تطور موقف المحكمة العليا في هذا الشأن من خلال تحليل بعض أحكامها : ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى في 1989/1/2، وافق على القرار المطعون فيه الذي رفض إعطاء صيغة تنفيذية لحكم أجنبي قضى بإسناد الحضانة للأم المقيمة في الخارج، مذكراً بمبدأ مستقر عليه اجتهاده وهو في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإنّ من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة معتبراً وجود المحضون في الخارج يغير من اعتقاده ويحرم الأب من حق الزيارة ورقابة ابنه . ولكن في قرار حديث، بالرغم من كون الحاضنة اكتسبت جنسية أجنبية وتقيم ببلد أجنبي غير مسلم، وافقت المحكمة العليا على حكم الموضوع الذي أسند إليها الحضانة ما دامت مسلمة، ،كأنّ الصفة الدينية تغني عن حق الأب، وهذا تطور ملفت للقضاء الجزائري في هذا الشأن .(24)

2.2 دور الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري فيما تعلق بزواج الجزائريين بالأجانب

الاجتهاد القضائي هو بذل واستفراغ القاضي أو الهيئة القضائية وسعها لتحصيل ظن بحكم قانوني بات في المنازعة محل النظر والاختصاص ملزم لأطراف الخصومة.

و الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها، والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدراً قانونياً هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على اتباعها، ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أنّ رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم .(25)

و في النظام القانوني الجزائري يعد الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية للقانون على سبيل الاستئناس، لا الإلزام إلاّ في قضايا الحال التي يُصدر فيها حكماً قضائياً، وذلك تكريساً لمبدأ الفصل بين السلطات، فالسلطة القضائية سلطة تَنفيذية تعمل على تطبيق ما سنّته السلطة التشريعية من قوانين تألّف بنائها بمواد اتسمت بالتجريد والعموم والإلزام، وهذا لا يعني أنّ الاجتهاد القضائي دون الاجتهاد التشريعي أهميةً، فهو الجانب التنزيلي للنصوص المجردة على الواقع الذي يعرض على القضاء في شكل نزاعات للبت فيها، فيكون التطبيق بما يتلاءم وروح القانون استثماراً لطاقات النص منطوقه وفحواه مع مراعاة النظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية .

إنّ الاجتهاد القضائي يكون مع وجود النص القانوني المراد تطبيقه على القضية المعروضة، ويكون مع انعدام النص، أما في حالة وجود النص القانوني قد يجتهد القاضي في إطار فهم النص (المشوب بالخطأ المادي، أو المشوب بالغموض أو النقص أو التناقض) أو تطبيقه .(26)

و من هنا يتبين الدور الحقيقي الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الجزائري من إرساء لقواعد القانون، فرغم أنّه لا يعتبر مصدراً رسمياً من مصادر القانون، إلا أنّه يصنع القانون، ولكن تبقى هذه القواعد القانونية التي يبتكرها القضاء مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها، دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي، فإذا اطردت المحاكم على مقتضى مبادئ الاجتهاد أمكن القول باستقرارها عملاً لا قانوناً، وهذا الدور الاجتهادي منوط بالمحكمة العليا، التي لا تعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضي، وينحصر اختصاصها في مراقبة مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون دون بحث في مسائل الواقع التي تعتبر من إطلاقات قاضي الموضوع، والأحكام المؤيدة من قِبل المحكمة العليا، والتي يستقر عليها قضاؤها هي تعبير عن توجه القضاء

وتوضيح للمنهج الذي يسير عليه أثناء فصله في المنازعات المعروضة عليه، وتسمى الأحكام التي تستقر المحاكم العليا على الأخذ بها بالمبادئ القضائية، وأهميتها تكمن في أنّ القوانين قد يعتري بعض موادها إما الغموض والإبهام أو أن تكون قاصرة في بعض الحالات، بحيث يصبح هناك فراغ قانوني، وفي هذه الحالة فإنّ القاضي والمحامي يستأنس بالرجوع للمبادئ والأحكام القضائية السابقة لحالات مشابهة، والمبادئ القضائية تنشأ بسبب وجود مواد مبهمة أو حالات لم يتم تناولها عند سن القانون أو النظام .(27)

و ما يؤكد أهمية الاجتهاد القضائي والأخذ بالمبادئ القضائية التي استقر عليها العمل القضائي في مجال الأحوال الشخصية (قانون الأسرة) عموماً وزواج الجزائريين بالأجانب خاصةً، غياب النصوص القانونية الكافية، إلى جانب غموض ما وجد منها على قلتها، فالنص الذي يحيل زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية، قد تم تفسيره وبيان المقصود بالأحكام التنظيمية بناء على تعليمة هي في حقيقتها موجهة لجهات إدارية (الولاية المختصة إقليمياً وغيرها) وضحت طريقة وإجراءات الحصول على رخصة إدارية لإبرام عقد الزواج، وليست تشريع قانوني موجه للقضاء، ولذلك يفتح باب الاجتهاد القضائي ضرورةً، والمادة 222 من قانون الأسرة تنص على أنّ :"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "،(28) وهذا نص صريح من القانون موجه للقضاة على مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في اجتهادهم حال انعدام النص، ومن باب أولى تأويل النصوص الغامضة أو التي يشوبها نقص، ومن المتعذر أن تحيط النصوص بالمستجدات، والقضاء تعرض عليه من النوازل والوقائع ما تحتاج للاجتهاد فيكون العمل القضائي موجهاً للمشرع إلى إعادة النظر في نصوصه وتعديلها أو إضافة وتكميل نقصها .

فالحضانة من المسائل التي تثير إشكالاً لغياب النص، والقول بأنّ قاعدة الإسناد المناسبة لها هي القانون المطبق على انحلال الزواج تحكّم لا دليل عليه؛ لأنّ الحضانة تتعلق بتربية ورعاية أطفال تُسند لأحد الوالدين قد يكون بينهما اختلاف عقيدة ودين، فإنْ قيل العبرة في انحلال الزواج بما يقضي به القانون الجزائري وحده، والحضانة من آثار انحلال الزواج فالعبرة بالقانون الجزائري،

وقانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، يرد بأنّ القانون الجزائري لم ينص على مسألة اختلاف الدين بين الزوجين، فإذا كانت الأم جزائرية الجنسية غير مسلمة أو كتابية متزوجة بمسلم أجنبي ، كيف يعطيها الأولوية في الحضانة .

كما أنّ الإسناد القانوني في الميراث نجد المشرع الجزائري أخضعه لقانون جنسية المورث وقت الوفاة (م16 ق.م)، ومن المعلوم في أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية أنّ اختلاف الدين من موانع الإرث، فلا المسلم يرث غير المسلم ولا غير المسلم يرث المسلم، وهذا الإسناد حقيقةً خطأ يناهض قطعية أحكام الميراث التي يضيق فيها مجال الاجتهاد الشرعي ناهيك عن الاجتهاد القانوني والأخذ بالقانون الأجنبي .

نص المادة 222 ق أ ورد فيها عبارة أحكام الشريعة الإسلامية وهي عامة لا تجعل الاجتهاد القضائي مرتبط بمذهب فقهي دون آخر وهذا فيه من الإشكال الشيء الكثير لأنّه سيوقع الاجتهاد في التلفيق بين المذاهب، والاقتصار على المذهب المالكي وهو المذهب الرسمي في الجزائر بمختلف مؤسساتها الرسمية والتعليمية يجعل الاجتهاد القضائي أكثر استقراراً، وهذا لا يعني التعصب للمذهب وعدم الأخذ مطلقاً من المذاهب الأخرى، بل إنّ من أصول المذهب المالكي أصل مراعاة الخلاف وإعمال دليل المخالف في لازم مدلوله وفق ضوابط وشروط، وفي المسائل التي اشتهر فيها الخلاف بين المذاهب يتعين الأخذ بالقول الراجح وإن خالف المذهب المالكي أمر لا ينكره أحد من أهل العلم، كما قال أهل العلم من لم يعرف الخلاف لم يشم رائحة الفقه، والمذهب المالكي من أكثر المذاهب الفقهية مراعاةً للمصلحة؛ لذلك قد يأخذ بالقول الضعيف تحقيقاً لها، ويدور الحكم القضائي حيث تكون المصلحة وجوداً وعدماً، وفق مسالك تبصر القاضي بالحكم المحقق للمصلحة في قضايا النزاع، وأهم هذه المسالك " ما جرى به العمل " وهو :" الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في المذهب مقابل القول الراجح أو المشهور لمصلحة أو ضرورة أو غير ذلك، أو هو أن يحكم القضاة في نازلة من النوازل مقلدين لقول ضعيف مخالفين للمشهور والراجح لأمر اقتضاه مع استقرار القضاء عليه، وعمل القضاة به "(29) فما جرى به العمل مسلك يراعي المصلحة وتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي، وزواج الجزائريين بالأجانب من

المساحات الخصبة للاجتهاد القضائي حتى يضع يده على مواطن الفراغ القانوني أو التناقض الذي نتج عنه أحكام مختلفة في قضايا متشابهة عبر محاكم الوطن .

إنّ ما يستقر عليه العمل القضائي والذي كان مستنداً لأحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب المالكي مع مراعاة مقاصد الشريعة في زواج مختلط بين عنصر جزائري رجل أو امرأة والآخر أجنبي، يكون مادة خام للتشريع الذي يلزم تعديله بشكل دوري لملائمة التغيرات والمستجدات، وبهذا تكون نصوص القانون مرنة بعيدة عن الجمود ما يضمن استقرار الأسرة وحفظ النظام العام.

الخاتمة :

إنّ القلم الباحث إذا استؤني كانت نتائج دراسته أكثر دقة وضبطاً، ولكنّه جهد مقل، حاول أن يضارع أهل الاختصاص، وما على الأعرج من حرج، وتتخلص نتائج هذه الورقة البحثية في النقاط التالية :

– زواج الجزائريين بالأجانب نوع من أنواع الزواج المختلط، وهو من الأنكحة التي تكون سبب تقاطع أو تنازع القوانين الدولية كون أحد طرفي العلاقة أجنبي الجنسية .

– النصوص القانونية التي تَسنَد إليها مسائل زواج الجزائريين بالأجانب غير شاملة لتفاصيل وعناصر هذه العلاقة قانونياً، كما أنّ دوالها تتسم بالغموض والإجمال .

– قرارات المحكمة العليا كانت تتغيا حفظ النظام العام والمصلحة العامة، لذلك كثيراً ما تستبعد القانون الأجنبي والعبرة بما قرره القانون الوطني وحده .

– المعالجة القضائية للنزاعات المعروضة على المحاكم – تخصص أحوال شخصية – لا تمثل الفصل فيها بحكم قضائي ملزم لأطراف الخصومة فحسب، بل هي في مجموعها تشكل مبادئ قانونية بصفة تراكمية، لها صفة التوجيه للمشرع لإعادة النظر في نصوص قانون الأسرة تعديلاً .

توصيات :

– موضوع زواج الجزائريين بالأجانب من المواضيع التي تحتاج مزيد بحث واجتهاد من قبل المختصين من رجال القانون والقضاة وعلماء الشريعة الإسلامية، على سبيل التشاور والمشاركة، للوصول إلى نتائج دقيقة .

– الرجوع في الاجتهاد إلى أحكام الشريعة الإسلامية يكون وفق المذهب المالكي مع مراعاة الخلاف واجتناب التلفيق بين المذاهب .

– عناية صنّاع القرار بتشكيل خلية استشارية تجمع المختصين في هيئة ذات طابع رسمي، تهيئةً لمناخ الاجتهاد الجماعي، وأخذ السلطة التشريعية بعين الاعتبار النتائج البحثية والمبادئ القانونية في المسائل الاجتهادية لمراجعة قانون الأسرة بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها .

المراجع:

1–ممدوح عبد الكريم : القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الثقافة، الطبعة الأولى ،عمان ،2005.

2–عون عمار : التوافق الزواجي –دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري عربي والزواج المختلط الجزائري أجنبي –، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، السنة الجامعية 2014/2013.

3–بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2010 .

4–زلاسي بشرى : قيد النظام العام على الاجتهاد القضائي في الزواج المختلط، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، الجزائر.

5–أمينة رحاوي : الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2011/2010 .

6–الطيب زروتي : اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، جامعة الجزائر1.

7–بشور فتيحة : محاضرات في القانون الدولي الخاص –تنازع القوانين–، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2017/2016 .

8–أمينة رحاوي : الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين –دراسة مقارنة–، الجزائر .

9-أمين دربة : قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله –دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008 .

10-حسن الهداوي :القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني – دراسة مقارنة– مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،1997 .

11-يامنة حواسي : انعقاد الزواج المختلط وآثاره –دراسة تحليلية نقدية في القانون الجزائري– جاكعة المدية، الجزائر.

12- عيسى معيزة : الرخصة الإدارية في زواج الجزائريين بالأجانب على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 7، العدد 2، السنة2019.

13-السبتي بوركب : الرخصة الإدارية كشرط مسبق للزواج المختلط، اليوم الدراسي بعنوان " الزواج المختلط وآثاره بين الشريعة والقانون "، جامعة الأمير عبد القادر ،قسنطينة، 2021.

14-محفوظ بن الصغير : الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2009/2008.

15-عياش رتيبة : محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، جامعة البليدة2 لونيسي علي ، السنة الجامعية 2021/2020 .

16-محند أودير مشنان، ما جرى به العمل واستقرار الفتوى، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 8، العدد 4، السنة 2019.

17- قانون الأسرة الجزائري، سنة 2007 .

18-القانون المدني الجزائري، سنة 2007.

الهوامش:

(1) ممدوح عبد الكريم : القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ص 188.

(2) عون عمار : التوافق الزواجي –دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري عربي والزواج المختلط الجزائري أجنبي، ص 48.

(3) بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ص284.

(4) زلاسي بشرى : قيد النظام العام على الاجتهاد القضائي في الزواج المختلط، ص174.

(5) أمينة رحاوي : الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، ص 11.

(6) الطيب زروتي : اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، ص 361.

(7) بشور فتيحة : محاضرات في القانون الدولي الخاص –تنازع القوانين– ص 3 .

(8) القانون المدني الجزائري، سنة 2007، ص 3 .

(9) أمينة رحاوي : الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين، ص110-111

(10) أمين دربة : قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله –دراسة مقارنة–، ص14.

(11) القانون المدني الجزائري ص 3 .

(12) القانون المدني الجزائري ص 3 .

(13) أمينة رحاوي: المرجع السابق، ص 113.

(14) حسن الهداوي :القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، ص109.

(15) يامنة حواسي : انعقاد الزواج المختلط وآثاره –دراسة تحليلية نقدية في القانون الجزائري– ، ص 400.

(16) قانون الأسرة الجزائري، سنة 2007، ص 5 .

(17) عيسى معيزة : الرخصة الإدارية في زواج الجزائريين بالأجانب على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ص 365-367.

(18) القانون المدني ص 3 .

(19) الطيب زروتي : المرجع السابق، ص 362-363-366.

(20) القانون المدني ص4 .

(21) بشور فتيحة : المرجع السايق، ص 41.

(22) السبتي بوركب : الرخصة الإدارية كشرط مسبق للزواج المختلط، ص 1-4-5.

(23) عيسى معيزة : المرجع السابق، ص368 .

(24) الطيب زروتي : المرجع السابق، ص367/366 .

(25) محفوظ بن الصغير : الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،ص 232/231 .

(26) عياش رتيبة : محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، ص6-10

(27) محفوظ بن الصغير : المرجع السابق، ص 228 -239-240-241 .

(28) قانون الأسرة الجزائري ص 23 .

(29) محند أودير مشنان، ما جرى به العمل واستقرار الفتوى، ص 317