# "المفاضلة بين الإسناد إلى قانون الجنسية والإسناد إلى قوانين أخرى للشروط الموضوعية لعقد الزواج في القانون الدولي الخاص"

الدكتور أعراب بلقاسم
معهد العلوم القانونية
جامعة باتنة

تنقسم شروط صحة الزواج إلى شروط موضوعية وشروط شكلية. فبينمايكاد يكون هناك إجماع قانوني وفقهي حول القانون الذي ينبغي أن تخضع له الشروط الشكلية للزواج، وهو قانون بلد إبرامه، فإن مثل هذا الإجماع غير متحقق حول القانون الذي ينبغي أن تخضع له الشروط الموضوعية للزواج. ففي بعض الدول نجدها مسندة إلى قانون الجنسية، وفي بعضها الآخر نجدها مسندة إلى قانون الموطن، وفي دول أخرى نجدها مسندة إلى قانون محل إبرامه. وكل إسناد من هذه الإسنادات قد وجد في الفقه من يناصره ويراه الأصلح دون غيره.

وقبل تقديم تقديرنا الخاص لمختلف هذه الاسنادات، وبيان الاصلح منها لبلدنا ولبلدان العالم الإسلامي سنقوم بدراسة كل إسناد من هذه الاسنادات وذلك ببيان الدول التي أخذت به والحجج المقدمة لصاحله من مناصريه من الفقهاء.

## 1 ـ الإسناد إلى قانون الجنسية:

تعتبر الجزائر من الدول التي أخذت بالجنسية كضابط للإسناد بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج. فهناك ثلاث مواد قانونية هي التي يستخلص منها ذلك. المادة الأولى هي المادة 10 من القانون المدني، فقد جاء فيها: " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية". المادة الثانية هي المادة 97 من الامر المتعلق بالحالة المدنية، فقد جاء فيها:" إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطه ألا يخالف الجزائري الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"[1].

والمادة الثالثة هي المادة 11 من القانون المدني. فقد جاء فيها: الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين". ويلاحظ أن المقصود بالشروط الخاصة بصحة الزواج في هذه المادة هي الشروط الموضوعية دون الشروط الشكلية لأن هذه الاخيرة تخضع للحكم العام الوارد في المادة 19 من القانون المدني، فقد جاء فيها: " تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويمكن أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين".[2]

وقد أخذ القضاء الفرنسي أيضا بهذا الإسناد منذ أمد بعيد، وقد استند في ذلك إلى نصين، الاول هو نص المادة 3 فقرة3 من القانون المدني وهو نص مماثل في مضمونه لنص المادة 10 من قانوننا المدني، والثاني هو نص المادة 1/170 من نفس القانون وهو كذلك

---

1) أمر رقم 70 ـ 2 والمؤرخ في 19 فبراير 1970، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية 27 فبراير 1970.

2) استعمل النص لفظ "ويجب" والصحيح "ويمكن" ويتفق ذلك مع النص الفرنسي.

نص مماثل في مضمونه لنص المادة 97 من الامر المتعلق بالحالة المدنية عندنا.

ونلاحظ أن النصين الأولين للقانون الجزائري (نص المادة 10 من القانون المدني، ونص المادة 1/170 من الأمر المتعلق بالحالة المدنية) قد تبنينا حلا أحادي الجانب، إذ أنهما قد بينا فقط مجال تطبيق القانون الوطني دون الاهتمام بالغرض العكسي وهو حالة تطبيق القوانين الاجنبية خارج أقاليمها.

وقد سبق أن قلنا بأن هذين النصين مماثلان في مضمونهما لنصين فرنسيين هما: نص المادة 3 فقرة3 من القانون المدني ونص المادة 1/170 من القانون المدني. وقد لاحظ الفقهاء الفرنسيون بأنهما تبينا حلا أحادي الجانب إذ قد بينا فقط مجال تطبيق القانون الفرنسي على حالة وأهلية الفرنسيين دون اهتمام بتحديد القانون الواجب التطبيق على الاجانب الموجودين خارج أقاليم دولهم.[3] ولم يتردد القضاء الفرنسي في إعطاء النصين تفسيرا ثنائي الجانب، فقد اعتبر أنه كما يخضع الفرنسيون فيما يتعلق بحالتهم وأهليتهم لقانونهم الوطني حتى ولو كانوا في الخارج، فإن الاجانب يخضعون هم أيضا لقانونهم الوطني حتى ولو كانوا موجودين في فرنسا.[4]

وهذا التفسير الذي اعطاه القضاء الفرنسي هو التفسير الذي ينبغي أن نأخذ به أيضا في الجزائر، وخاصة وأن المادة 11 من القانون المدني تنص بصفة عامة بأن الزواج يخضع بالنسبة لشروط صحته للقانون الوطني لكل من الزوجين.[5]

وقد اسندت كل الدول العربية الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين،

---

3) V. Bischoff (J.M), "Mariage", Rep Dalloz, Droit international n.12.

4) انظر محكمة باريس 22 جانفس 1968، J.C.P., 1968, IV, ص 116، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص 1969، ص 776 - فرنوبل 19 جوان 1968، J.C.P., 1968, II, ص 1334.

5) V. Mohamed Issad, Droit International privé, Tome1, ed. 1986, OPU, P248.

فهو الحل الذي تبنته مصر[6]، والكويت[7]، وسوريا[8]، وليبيا[9]، والمغرب[10]، وتونس[11]، والعراق[12]..

وقد تبنت أيضا الاسناد لقانون الجنسية كل من بولونيا[13]، وتشيكوسلوفاكيا[14] وايطاليا[15]، والنمسا[16]، والبرتغال[17]، وتركيا[18].

وقد قدم الفقهاء المناصرون لقانون الجنسية حججا عدة لصالحه منها:

- أن قانون الجنسية يضمن الاستقرار بالنسبة للقانون المطبق، ولا يثير صعوبة في تحديده، يقول الاستاذان باتيفول ولاقارد شارحين هذه الحجة: "إذا كان القانون الشخصي (Loi personnelle) هو القانون الذي يتبع الشخص بصفة مستمر، لا يشك أحد بأن

---

6) المادة 12 من القانون المدني لسنة 1949 .

7) المادة 36 من القرار الاميري رقم 5 لسنة 1961 .

8) المادة 13 من القانون المدني السوري الصادر في 16 ماي 1949 .

9) المادة 12 من القانون المدني.

10) المادة 8 من الدهير المغربي لـ 12 أوت 1913 .

11) المادة 4 من المرسوم التونسي لـ 26 جويلية 1956 .

12) المادة 1/19 من القانون المدني.

13) المادة 14 من القانون الصادر في 12 نوفمبر 1965، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص 1966 ص 323 .

14) المادة 19 من القانون الصادر في 12 نوفمبر، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص 1965، ص614.

15) المادة 17 من القسم العام للقانون المدني الصادر في 16 مارس42 المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص 1946، ص 344.

16) القانون الفدرالي لـ 15 جوان 1978 والمتعلق بالقانون الدولي الخاص. فقرة 17، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص 1979، ص 174.

17) المادة 19 من القانون المدني، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، فقرة 1968، ص373

18) المادة 12 من القانون الدولي الخاص وبالاجراءات الدولية رقم 2675 والمؤرخ في 20 مارس 1982، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص 1983، ص 141.

الجنسية تعتبر أحسن ضابط للإسناد من المواطن لأن هذا الاخير يمكن تغييره بسهولة على خلاف الجنسية، اضف إلي ذلك أن التغيير المستمر للموطن من شأنه خلق صعوبات في تحديده، بينما ذلك نادر الوقوع بالنسبة للجنسية[19].

- إن الغرض من الزواج هو تكوين أسرة، ولما كانت هذه الأخيرة هي الخلية الأولى للمجتمع، فهي تهم البلد الذي ينتمي إليه الزوجان بجنسيتهما أكثر مما تهم البلد الأجنبي الذي تكون الصدفة قد لعبت دورها في ايجادهم فيه، ولذلك فإنه ليس هناك أحسن من الجنسية كضابط إسناد للأحوال الشخصية.

- إن القانون الوطني (قانون الجنسية) هو القانون الأكثر تكيفا من غيره مع مزاج من وضع من أجلهم من الرعايا، لذلك نجد رغبة هؤلاء في اللجوء إلى أحكامه أكثر من رغبتهم في اللجوء إلى قانون الموطن أو إلى أي قانون آخر.[20]

تلك هي أهم حجج مناصري إسناد الشروط الموضوعية للزواج لقانون الجنسية.

## 2 ـ الإسناد إلى قانون الموطن:

يأخذ بإسناد الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الموطن القانون الانجليزي[21] كما يأخذ به كذلك كل من الدانمراك والنرويج، وبعض دول أمريكا اللاتينية[22].

ويقدم لنا الفقهاء المناصرون لإختصاص قانون الموطن عدة حجج لتبرير تطبيقه على الاحوال الشخصية منها:

---

19) V. Batiffol et Lagarde. Droit internatinal privé, Paris. 7ed, Tome1, n.380 note2 .

20) Idem.

21) ZVI -Dinstein. La fraude et les confilts de lois en matiere de mariage et de divorce en droit anglais et américain, these 1954. université de Genève, p.13.

22) Wolff, Private int. law . ed. 1950, p.330.

- أن قانون الموطن هو القانون الذي يضمن مصلحة الافراد، ذلك أنه يجنبهم من جهة الخضوع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانون الذي يعيشون في وسطه، ومن جهة أخري يجنبهم مفاجأة أن يطبق عليهم قانون لم يخطر ببالهم إختصاصه، بالاضافة إلى جهلهم بمحتواه. فالمهاجر كما يقول الاستاذ باتيفول من مصلحته الخضوع لقانون المكان الذي يعيش فيه لأنه القانون الذي له معرفة به، ويتكيف معه غالبا.[23].

- إن قانون الموطن يحافظ على المصالح العليا لدول الهجرة كفرنسا مثلا، ذلك أن سياسة هذه الدول تتجه نحو إدماج المهاجرين، وبالتالي فإن تركهم يخضعون لقانون جنسيتهم يتعارض مع هذه السياسة.[24]

- وأخيرا كما يلاحظ الاستاذ بيارما ير فإن أكبر فائدة لاختصاص قانون الموطن هو توافقه في غالب الأحيان مع قانون القاضي ذلك أن الشخص يرفع في الغالب دعواه في البلد الذي يعيش فيه.[25]

## 3 - الإسناد إلى قانون محل إبرام الزواج:

يأخذ بالاسناد إلى قانون محل إبرام عقد الزواج قانون الولايات المتحدة الامريكية[26]، وتأخذ به أيضا بعض دول امريكا اللاتينية كالأرجنتين ونيكاراغوا وڤواتيمالا[27]، وتأخذ أيضا بهذا الاسناذ اتفاقية مونتفيديو لسنة 1940 والتي صادق عليها كل من الارڤواي والارجنتين، جاء في المادة 13 منها: "إن أهلية الأشخاص لإبرام عقد الزواج... يطبق

---

23) Batiffol, Aspects philosophique, Paris 1956, p.270.

24) V. Batiffol et Lagarde, D.I.P. op.cit. n. 3 81.
Pierre Mayer, Droit International privé, 3ed. 1987. n.501.

25) أنظر بيارماير نفس المرجع.

26) أنظر دستان (زفي)، المرجع السابق ص 29.

27) أنظر عزالدين عبد الله، المرجع السابق ط8، ج2، بند 91.

عليها قانون محل إبرامه.[28]

ويمكن أن نذكر أيضا من بين التشريعات التي أخذت بهذا الإسناد التشريع الفدرالي الجديد للقانون الدولي الخاص السويسري والصادر في 18 ديسمبر 1987 ، وقد ترك الحرية لإختيار بين قانون محل ابرام عقد الزواج، وقانون جنسية أحد الزوجين[29].

وأخيرا هناك اتفاقية لاهاي الجديدة لـ 14مارس1978 والتي أخذت كذلك بهذا الإسناد ولكن بشروط معينة.[30]

يعتقد الاستاذ باتيفول بأن هناك دافعين لهذا التوجه نحو قانون محل إبرام عقد الزواج. الأول: هو الرغبة في التخلص من الاختيار الصعب بين قانون الجنسية وقانون الموطن، والثاني هو تشبيه الزواج بالقرار أو على الأقل بعمل من أعمال الادارة والذي المقصود منه هو معرفة فقط ما إذا كنا نقبل أو نرفض آثاره.[31]

## 4 ـ تقديرنا لهذه الإسنادات ولما قدم لصالح كل منها من حجج:

إن الحجج التي رأيناها والمقدمة لصالح اختصاص قانون دون آخر لحكم الشروط الموضوعية للزواج ليس لها الحجية المطلقة، ذلك أن المزايا العملية لكل اسناد بالنسبة للآخر

---

28) V. jaques Mestre, Juris-Class, droit international privé, "Mariage" n.36

29) المادة 44، أنظر المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص 1988، ص416.

30) جاء في المادة 3 من هذه الاتفاقية: "ينبغي أن يبرم عقد الزواج إذا كان تتوافر في الزوجين الشروط الموضوعية للزواج المشترطة من طرف قانون بلد الإبرام، وهذا إذا كان أحد الزوجين يتمتع بجنسية هذا البلد، أو أنه يقيم فيه بصفة عادية.

31) V. " La treizieme session de la conference de la Haye de droit international privée". Revue critique de droit international privé 1977, 467.

ليست إلا نسبية.[32]

ومهما يكن من أمر فإن الشيء المؤكد هو أن الدول التي لا يزال عقد الزواج فيها مرتبطا بالدين كالجزائر مثلا وسائر الدول الاسلامية، فإنها لا تستطيع أن تأخذ لا بقانون الموطن ولا بقانون محل إبرام عقد الزواج. إن قانون الجنسية يفرض نفسه عليها فرضا ذلك أنه من غير المعقول أن يخضع في الخارج إلى قانون لاتكي شخص ينتمي إلى بلد حيث قانون الاحوال الشخصية له صبغة دينية مقدسة. فينبغي إذن أن يخضع الشخص في مسائل الاحوال الشخصية إلى قانونه الديني أينما كان. وإن الدولة التي ينتمي الشخص إليها بجنسيته عليها أن تحمي اعتقاده بجعل قانونها ذى الصبغة الدينية يطبق عليه في الخارج كما يطبق عليه في الداخل.[33]

ونضيف أيضا إلى ذلك أن تطبيق قانون الجنسية على الشروط الموضوعية لعقد الزواج من شأنه جعل الاجانب المنتمين بجنسيتهم إلى بلدان ذات أنظمة لاتكية والمقيمين في بلدان إسلامية لا يطبق عليهم القانون الديني لهذه الدول.[34]

هناك أيضا اعتبار آخر لصالح الأخذ بقانون الجنسية بالنسبة للبلدان التي فيها الأحوال الشخصية تنظمها عدة قوانين دينية تطبق على حسب انتماء الشخص الطائفي كما هو الحال في لبنان ومصر مثلا. ففي هذه الدول لا يمكن أن نتصور تطبيق قانون من هذه القوانين الطائفية على الأجنبي لأن هذا الاخير يعرف داخل هذه البلدان بجنسيته لا بإنتمائه الطائفي، كما أنه يمكن أن يكون منتميا إلى طائفة دينية غير معترف بها على

---

32) أنظر قسمت الجداوي: العلاقة بين الأنظمة الدينية والانظمة اللائكية في القانون الدولي الخاص، دالوز 1971، ص76.

33) V. Batiffol et la garde, op.cit. n382.

34) أنظر بطرس كساب، تنازع القوانين في انعقاد الزواج وانحلاله، رسالة دكتوراه 1944، القاهرة، ص 118.

أرضها.[35]

وأخيرا فإن الاستاذ جورج بينار الذي خصص بحثا لحلول تنازع القوانين في الجزائر يقدم لنا اعتبارا آخر لضرورة الاخذ في الجزائر بقانون الجنسية، يقول بأن "أغلبية المهاجرين الجزائريين في فرنسا لا يتمنون قطع علاقاتهم مع بلدهم الأم، فهم يحدوهم دوما الأمل في الرجوع إليه، وقلة منهم فقط هي التي ترغب وتنجح في الاندماج في وسط أجنبي له عادات وعقليات بعيدة كل البعد عن تلك التي عندهم أي في بلدهم، وإن إبقاء المهاجر لعلاقاته مع أهله الذين بقوا في البلد، وعودته اليه في العطل واختياره لزوجته من غير الاجنبيات لبلده... كل ذلك من شأنه جعل المشرع الجزائري يتجه بصفة طبيعية إلى الأخذ بقانون الجنسية"[36].

نخلص إلى القول بعد هذا العرض بأن كل الدول التي لا يزال قانون الاحوال الشخصية فيها ذا صبغة دينية مثل ماهو الحال في غالبية الدول الاسلامية لا يصلح لها الا قانون الجنسية. اما الإسناد إلى قانون الموطن أو إلى قانون بلد إبرام الزواج فسلبياته أكثر من إيجابياته بالنسبة له.

35) V. Tyan (E). Précis de droit international privé. librairie Antoine. Beyrout. 1966. p.132.

36) Peynard (G.). Les solûtions de conflits de blois en Algérie, Revue critique de droit international privé. 1977. p.388.