

## القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

أ. يوسف مسعودي  
المركز الجامعي لتاهنغست

### مقدمة

لم تعد العلاقات القانونية الوطنية خالصة، بل تخللها العنصر الأجنبي في جانب الأطراف أو محل أو السبب، وذلك راجع لاختلاط الأجانب بالوطنيين ووجود تعاملات بينهم، بسبب نمو وتعدد مصالح وعلاقات الأفراد وازدياد ظاهرة الهجرة. ومن هنا كانت الحاجة داعية إلى البحث عن قواعد قانونية تتولى تنظيم هذه العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي.

فمن غير المعقول أن تبقى تلك العلاقات خاضعة لأحكام القانون الداخلي لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار وضياع حقوق الأفراد وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية. فلو أخضعنا مثلا زوجين جزائريين مسلمين مقيمين في الخارج لقانون أجنبي لا يبيح الطلاق أو يسوي في الميراث بين الذكور والإناث لأدركنا خطورة النتائج التي قد تترتب عن ذلك. ومن هذا المنطلق وجب إخضاع العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لقواعد تتفق مع طبيعتها الخاصة.<sup>(1)</sup>

لقد اختلفت الدول في تنظيم أحكام رابطة الزواج، نظرا لارتباط هذا الأخير بالمعتقدات الدينية والمفاهيم الاجتماعية والسياسية التي تختلف من دولة لأخرى، فقد يحدث أن يواجه القاضي المعروض النزاع أمامه رابطة تعتبر رابطة زواج من قبل بعض القوانين الأجنبية، في حين أنها ليست كذلك وفقاً لفكرة الزواج في قانون القاضي.

كما أن هناك دولا تعتبر الزواج رابطة أبدية لا تقبل الأثلال بالطلاق أو الانفصال الجسماني، وبالمقابل توجد تشريعات دول أخرى تسمح بالأثلال الزواج وتوجد تشريعات أخرى تعتبر رابطة الزواج رابطة مؤقتة كما هو الشأن بالنسبة لبعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، وبعض المذاهب الإسلامية كالشيعة الذين يقرون زواج المتعة.

وتجيز أغلبية تشريعات الدول الإسلامية تعدد الزوجات، بينما تتمسك قوانين الدول المسيحية بوحدة الزواج وتعتبر التعدد جريمة معاقب عليها. كما تسمح عادات بعض القبائل الإفريقية وإقليم التبت والهند بتعدد الأزواج.

لقد أصبح يشكل زواج الجزائريين والجزائريات مع الأجانب مشكلة معقدة وحادة وهذا بالنظر إلى المشاكل الاجتماعية والسياسية المتولدة عن مثل هذا الزواج. والدليل على ذلك النزاعات المتعلقة بحضانة وزيارة الأطفال الناتجين عن زواج الجزائريين بالفرنسيات، وكذلك زواج الفتيات الجزائريات ببعض الأجانب الذين اضطرتهن ظروف معينة للعمل بالجزائر. إن زواج الجزائريين والجزائريات مع الأجانب والأجنبيات لا يعتبر من المحرمات شرعاً أو قانوناً باستثناء عدم زواج المسلمة بغير المسلم إلا أنه يمكن منعه أو تقييده بضرورة توافر شروط معينة لضمان حماية الأطفال الناتجين عن هذا الزواج.<sup>(2)</sup>

لقد عدل القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 الأحكام الخاصة بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان ولاسيما الأحكام الواردة في موضوع دراستنا. ولئن كانت الزيجات المختلطة واقعا معاشا في مجتمعاتنا اليوم، فإن هذا النوع من الزيجات يثير مشكلات قانونية عديدة بسبب تنوع واختلاف المرجعيات الدينية للأفراد. وانطلاقا من هذا فهل ينسجم هذا التعديل مع التطورات الجديدة الحاصلة على صعيد تنظيم العلاقات الدولية الخاصة والاتجاهات الحديثة التي وصلت إليها التشريعات المقارنة؟ وما مدى مواكبة واستجابة الحلول الوضعية المقررة لفض تنازع القوانين في مسائل الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الجزائري للتطورات الحاصلة في مختلف الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية على الصعيدين الوطني والدولي؟ خاصة في ظل تطور وسائل المواصلات وازدهار عصر تكنولوجيا الاتصالات وأثر ذلك على توسيع نطاق العلاقات الدولية الخاصة. وهل ساهمت هذه القواعد في حل العديد من المشكلات العملية؟ أم أننا في حاجة ماسة لإضافة قواعد إسناد جديدة؟

وبناء على ما تقدم، ومن أجل إعطاء رؤية واضحة وشاملة لمختلف الجوانب التي تحيط بالموضوع قسمت هذا البحث إلى مطلبين أساسيين، وذلك على النحو التالي:

**المطلب الأول:** مضمون فكرة الشروط الموضوعية للزواج.

**المطلب الثاني:** تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج.

**المطلب الأول:** مضمون فكرة الشروط الموضوعية للزواج.

لقد تناول قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحا دون أن يميز ما يعتبر منها من الشروط الموضوعية وما يعتبر منها من الشروط الشكلية. غير أنه على صعيد القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بين شكل الزواج وموضوعه، ويزترب على ذلك إخضاع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي تخضع له الشروط الشكلية.<sup>(3)</sup> ولقد كانت القوانين القديمة تخضع كل من شكل التصرف وموضوعه لقانون محل الإبرام وأصبحت اليوم القوانين الحديثة تميز بين شكل التصرف وموضوعه ولكن كيف يمكننا التمييز بين الشكل والموضوع؟

في الواقع، قد عجز كل من الفقه والقانون عن إجراء تمييز واضح بين الشكل والموضوع، بينما استطاع القضاء استنادا إلى نظرية التكيف تقسيم القضايا إلى صنفين، قضايا تتعلق بالشكل وقضايا تتعلق بالموضوع. فيقرر القاضي وفقا لقانونه الوطني ما إذا كانت المسألة محل النزاع تتعلق بالشكل أو الموضوع.<sup>(4)</sup>

إن الزواج المبرم في إطار القانون الدولي الخاص لا يخرج عن الصور التالية: صورة زواج أجنبى، أو صورة زواج مختلط، أو قد يتعلق الأمر بزواج وطنيين مبرم في الخارج.<sup>(5)</sup> والمبدأ الثابت في الشريعة الإسلامية أنه يحق للأجانب غير المسلمين ممارسة الزواج حسب شرائعهم، بالرغم من

وجود بعض الاختلافات مع الشريعة الإسلامية في بعض المسائل مثل: المهر والعدة.<sup>(6)</sup>

لقد عرفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري الزواج بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين. ويشبه هذا التعريف كثيراً تعريف الزواج في القانون الفرنسي الذي يعرفه بأنه نظام قانوني يقوم على توافق إرادتي رجل وامرأة. بينما نجد تشريعات أوروبية أخرى تعرف الزواج بأنه عقد بين شخصين دون تحديد جنسيهما وأكثر من هذا تميز إبرام عقد الزواج بين المثليين كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الهولندي والبلجيكي.<sup>(7)</sup> إلا أن تليين فكرة الزواج على الصعيد الدولي لا يعي عندنا القبول بوجود زواج بين رجل ورجل، أو بين امرأة وامرأة كما بدأ ينتشر في بعض الدول الغربية؛ فمثل هذه العلاقات لا ترتقي إلى مستوى مؤسسة الزواج، بل ينظر إليها على أنها واقعة قانونية تبقى خاضعة مبدئياً لقانون محل الذي وقعت فيه.<sup>(8)</sup>

ولما كانت الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية العربية لا تعرف التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في إبرام الزواج، بينما نجد تميز بين أركان العقد وشروطه.<sup>(9)</sup> وإذا كانت قواعد الإسناد تميز بين شكل الزواج وموضوعه، فإن ذلك يحملنا على الاعتقاد بأن الشروط الموضوعية للزواج في القانون الدولي الخاص الجزائري تشمل كافة الشروط الأساسية لصحته كعقد<sup>(10)</sup>؛ أي أركان عقد الزواج وشروطه مثل الرضا والولي على النفس للزوجة أو القاضي إن لزم الأمر والشهود والصداق والأهلية بالإضافة إلى شرط انتفاء المانع<sup>(11)</sup>. ويدخل ضمن هذه الشروط في الشريعة الإسلامية شروط اللزوم كالمهر والكفاءة.<sup>(12)</sup> وهي بهذا تشمل كافة الشروط الجوهرية للزواج الخاصة بحالة الأشخاص المقبلين عليه<sup>(13)</sup>، والتي يترتب على تخلفها بطلان الزواج أو قابليته للإبطال.<sup>(14)</sup>



الجسدي، الإذن من الوالدين. ووفقاً لما جرى عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي يجري تطبيق هذه الشروط تطبيقاً موزعاً.

وثمة شروط أخرى تتعلق في وقت واحد بالزوجين ويتعلق الأمر بموانع الزواج كعدم زواج الخال بابنة أخته مثلاً، وعند هذا الفرض لا يكون الزواج قائماً إلا إذا لم يكن أي من القانونيين الوطنيين يلغيه، وهذا ما يسمى بالتطبيق التراكمي.<sup>(17)</sup> وعلى هذا يكون الزواج المبرم في الخارج صحيحاً إذا تم تطبيق الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الوطني للزوجين تطبيقاً موزعاً أو جامعاً بحسب طبيعة هذه الشروط<sup>(18)</sup>.

### المطلب الثاني: تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج.

إذا ثار نزاع حول صحة عقد زواج أجنبي؛ فإن ذلك يطرح بحدة إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق وعموماً فإن الزواج باعتباره من موضوعات الأحوال الشخصية يخضع في تكوينه لاختصاص القانون الشخصي.<sup>(19)</sup> كما هو عليه الحال في الجزائر، حيث ورد في نص المادة 11 من القانون المدني أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

وبالرجوع إلى نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية وهو النص المقابل للمادة 170 من القانون المدني الفرنسي يتأكد تفضيل المشرع الجزائري تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج. وهذا على الرغم من أن نص المادة 97 جاء أحادي الجانب إذ تطرق إلى زواج الجزائريين في الخارج ولم يتطرق إلى زواج الأجانب في الجزائر أو خارجها. فإنه لا يوجد ما يمنع من إعطاء نص المادة 97 تفسيراً مزدوجاً بحيث يخضع الأجانب بالنسبة لزوجهم الذي يعقد في الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم.<sup>(20)</sup>

ومن المتفق عليه أن مفهوم الإسناد إلى القانون الشخصي للزوجين يتعلق بتحديد القواعد الموضوعية التي ينص عليها القانون الوطني لكل منهما دون القواعد الإجرائية.<sup>(21)</sup> فقانون جنسية كل من الزوجين هو



الموزع. وفي الواقع، فإن فرص قيام الزواج المختلط وفقا للتطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين تقل، وهذا راجع للاختلاف الموجود بين قوانين الدول فيما يخص تنظيم مسائل الزواج.<sup>(24)</sup>

### الفرع الثاني: التطبيق الموزع .

إذا كان التطبيق الجامع لا يثير أي إشكال في حالة اتفاق جنسية الزوجان ما دام أنه سيتم تطبيق قانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما، فإن الصعوبة تظهر عندما تختلف جنسيتهما، وتختلف الأحكام الموضوعية الخاصة بالزواج لكل منهما. وقد نص المشرع الجزائري على الحل عندما يكون أحد الزوجين جزائريا بتغليب الاختصاص التشريعي لمصلحة القانون الجزائري. ولكنه لم يشر إلى الحل عندما يكون الزوجان أجنبيان معا؟

لا مnav في هذه الحالة من اللجوء إلى التطبيق الموزع؛ ونعي به أنه يجب أن تتوافر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط، وفي الزوجة الشروط التي يستلزمها قانون جنسيتها فقط، فإذا كنا بصدد علاقة زواج مبرمة بين ألماني وفرنسية، فإنه يكفي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الألماني وحده، وأن تتوفر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الفرنسي وحده<sup>(25)</sup>. ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى حجة مفادها أن قانون كل دولة وضع ليطبق على مواطنيها. واستثناء من الأصل توجد بعض الشروط الموضوعية بالنظر إلى أهميتها يجب أن تخضع إلى التطبيق الجامع<sup>(26)</sup>، ولكن السؤال المطروح هنا هو كيف يتم تحديد هذه الشروط؟

للإجابة على السؤال يميز الفقه الألماني بين نوعين من الشروط: الأولى فردية والثانية مزدوجة. ونعي بالشروط الفردية أو الإيجابية تلك الشروط التي تخص كل زوج على حدى؛ مثل شرط السن، الرضا وهذا النوع من الشروط لا يثير أية صعوبة ويبقى خاضعا للتطبيق الموزع.



ويقصد بالشروط المزدوجة أو السلبية تلك الشروط الخاصة برابطة الزواج في حد ذاته، مثل موانع الزواج كالقربة.<sup>(27)</sup> وشرط عدم وجود زواج سابق وقائم فقد اعتبرته محكمة استئناف باريس من الموانع المزدوجة؛ وعلى هذا الأساس أبطلت زواج مبرم بين فرنسية وشخص أجنبي من دولة الكاميرون رغم أن قانونه الوطني يبيح له تعدد الزوجات.<sup>(28)</sup> وهذا النوع من الشروط يجب أن يخضع للتطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين، وعليه إذا نص أحد القانونين على مانع من موانع الزواج فلا ينعقد الزواج صحيحاً.<sup>(29)</sup>

إذن، نظراً لصعوبة تحقيق التطبيق الجامع تم اللجوء إلى فكرة التطبيق الموزع التي تستلزم أن يتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه أي اعتبار الشروط الموضوعية صحيحة بالنسبة لجنسية كل من الزوجين على انفراد. واستثناء يجب تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقاً جامعاً فيما يتعلق بموانع الزواج مثل القربة، الدين، العدة، وغيرها من المبادئ التي تعتبر استجابة لمبادئ خلقية عليا باستثناء الموانع الإقليمية مثل اللون والجنس فلا تمتد إلى خارج الإقليم وهذا يعني ضرورة استبعادها<sup>(30)</sup>. أما إذا نص قانون جنسية أحد الزوجين على منع الزواج بسبب درجة القربة أو اختلاف الدين وحدث وأن تحققت هذه الموانع فإن الزواج لا يكون صحيحاً حتى ولو كان هذا المنع غير مقرر في قانون أحد الزوجين.<sup>(31)</sup>

لقد أعاد المشرع الجزائري ضبط الصياغة الفنية لنص المادة 11 من القانون المدني بشكل أدق، ورفع الغموض واللبس الذي كان يشوبها قبل التعديل، حيث أوضحت المادة 11 بشكل قاطع أن المقصود بالشروط في هذه المادة هي الشروط الموضوعية فقط وهذا يعني أن الشروط الشكلية للزواج تبقى خاضعة للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات<sup>(32)</sup>. ورغم ذلك فإنه كان يجدر بالمشرع الجزائري الإشارة إلى نوع التطبيق المراد هنا، هل هو التطبيق الجامع أم التطبيق الموزع؟ ورغم صعوبة التطبيق الجامع، بل واستحالة تطبيقه باستثناء موانع الزواج،

فإننا نضم صوتنا إلى الآراء التي تتنادي بضرورة تعديل النص القانوني الذي يحدد القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج بشكل يقطع الخلاف الفقهي المثار حول المسألة.<sup>(33)</sup> مثل ما نص عليه المشرع الكويتي صراحة في نص المادة 36 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي حيث اعتبر أن المقصود بتطبيق قانون جنسية الزوجين هو التطبيق الموزع.

ورغم أن قانون 05-10 جاء بتعديلات هامة مست جوانب مختلفة، ولا سيما منها الأحوال الشخصية فإن هذه التعديلات تبقى غير كافية حيث أن أغلب هذه القواعد وضعت في ظروف اقتصادية واجتماعية مختلفة. ومن ثم أضحت عاجزة عن ملاحقة التطور الذي تعرفه العلاقات الدولية الخاصة. وأصبحت في حاجة ماسة لإضفاء تعديلات جذرية عليها بما يستجيب للتغيرات الحاصلة.<sup>(34)</sup>

### الفرع الثالث: الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني.

تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري بأنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج". وهذا يعني أن تقدير صحة الشروط الموضوعية للزواج يكون طبقاً للقانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائرياً.

ونطاق التحفظ المنصوص عليه في المادة 13 لا يؤثر في مجال تطبيق هذا الاستثناء إلا بالنسبة للطرف الأجنبي وحده الذي يبقى خاضعاً فيما يتعلق بأهليته لقانون جنسيته.<sup>(35)</sup> وقد حدد المشرع الوقت الزمي الذي يعتد فيه بهذا الاستثناء وهو كون أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، ولا يغير في الأمر إذا ما صار أحد الزوجين أجنبياً وقت رفع الدعوى.

فطبقاً لهذا الاستثناء إذا كان أحد الزوجين جزائرياً عند انعقاد الزواج تخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى القانون الجزائري وحده،



الدولي الخاص المقارن ومبادئ العدالة والمساواة التي كرستها المواثيق الدولية.

وفي رأينا أن الامتياز المقرر لصالح القانون الوطني متى كان أحد الزوجين وطنيا هو استثناء له ما يبرره رغم ما قد يمكن أن يشوبه من عيوب، إذ أن حالة الأشخاص يجب أن تبقى خاضعة للقانون الشخصي باعتباره أكثر ملائمة للتطبيق من غيره في مثل هذه الروابط الدولية المختلطة.

### خاتمة:

لقد حاولنا من خلال هذه الدراسة معالجة أهم المشاكل الأساسية التي يثيرها موضوع تنازع القوانين بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج، وبالرغم من كل الانتقادات الموجهة لمنهج قواعد التنازع والمشاكل التي تعوق تطبيقه فإنه لا يزال لحد اليوم الوسيلة التقليدية والوحيدة لحل تنازع القوانين وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية. وهذا يدل على أنه لا يمكن التخلي عن هذا المنهج في هذه المادة من التنازع، وأن ما ينبغي فعله هو إعادة ضبط اختيار قواعد الإسناد لتحديد قوانين أكثر ملائمة وتطويرها بما يحقق العدالة.

لقد اختار المشرع الجزائر ضوابط إسناد لحكم مسائل الزواج المختلط إجمالا وعموما وفقا لأغلب الآراء الفقهية الراجحة وما استقر عليه القضاء، ووفقا أيضا لما هو مقرر في أغلب الأنظمة القانونية المقارنة. ورغم ذلك فإن وتيرة التطور المتسارع الذي شهدته العلاقات الدولية الخاصة لم يتم بالموازاة معه التطور التشريعي اللازم الذي يجب أن تشهده الحلول التطبيقية لفض تنازع القوانين بما يضمن إيجاد حلول ملائمة للمشكلات الناجمة عن تنازع القوانين في مسائل الزواج المختلط.

### الهوامش والمراجع المعتمدة

(1) انظر رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص ص 13- 14.



- (18) Sandrine Clavel, *Droit International Privé*, Dalloz, paris, 2009, P359 .
- (19) انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص46.
- (20) انظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 229-230.
- (21) انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص51.
- (22) انظر، صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص ص53-54.
- (23) انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص162.
- (24) انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص59.
- (25) انظر، صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص60.
- (26) انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص231-232.
- (27) انظر، أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص232، ص233 ؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص60.
- (28) انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص234.
- (29) انظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص60-61.
- (30) انظر، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول (تنازع القوانين)، دار هومه، الطبعة الثانية، 2007، ص216.
- (31) انظر، سامي عبد الله، المرجع السابق، ص44.
- (32) انظر، الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد01، ص69.
- (33) انظر، صاحب الفتاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني الأردني " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، (العلوم الإنسانية)، 2005، المجلد19، العدد04، ص1312.
- (34) انظر، بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل عولة القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2007، العدد 04، ص151.
- (35) انظر، عصام الدين القصي، القانون الدولي الخاص المصري، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003-2004، ص850.
- (36) انظر، ظهير شريف، رقم: 1.60.020 مؤرخ في: 4 مارس 1960م بشأن انعقاد الأнкحة بين المغاربة والأجنيب أو المغريبات والأجانب جريا على الصيغ المعينة في الحالة المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 2474، ص1031.
- (37) انظر، خالد برجاي، المرجع السابق، ص81.
- (38) انظر، خالد برجاي، نفس المرجع، ص85، ص87.