انعقاد الزواج المختلط وآثاره
(دراسة تحليلية نقدية في القانون الجزائري)

يامنة حواسي
باحثة دكتوراه (ل م د)
جامعة الدكتور يحي فارس – المدية –

الملخص

إن مسألة الزواج المختلط الذي يجمع بين زوجين من جنسيات مختلفة من المسائل التي أثارت المشاكل على مستوى القضاء فاستدعت تدخل الفقه في محاولة لإيجاد حلول لها خاصة مع وجود قوانين مختلفة في المضمون واجبة التطبيق كلها على مسألة يختلف مفهومها و أحكامها بحسب كل نظام دون أن يكون مجالا لاحتكار قانون دون آخر ، من جهة أخرى قد يقوم الزواج على إقليم دولة دون أن يكون طرفاه ينتميان إليها أحدهما أو كلاهما فيثور في هذه الأحوال مشكلة البحث عن القانون المختص بحكم هذه المسألة الذي قد يكون قانونا أجنبيا ، فيكون على القاضي مراعاة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع لارتباط هذه المسائل بالنظام العام للدولة فيتوجب عليه استبعاده اذا اعتمدت الدولة على آليات من شأنها الحد من تطبيق القانون الأجنبي المختص على إقليم دولة القاضي متى توفرت الشروط ،على أنه ينبغي ألا تطغى على القاعدة فيتحول الاستثناء قاعدة و القاعدة استثناء .

Summary

In some cases , the jurisprudence is trying to find solutions to many proplems raised by a lot of jurisdictions , among which ,the mixed marriage , that remains the most frequent , the case in which a man and a woman from different nationalities get married .This takes place in the presence of the content of different applied laws (juridical rules) which carry different concepts and depend on the kind of regime but without being monopolized by another law .Mean while , it be comes hard to find which law to apply when a couple or one of them holds the nationality of the country (where thy life) and this law will be foreign for one of them or both , some thing that urges the judge to take into account the social basic principles as they are linked to the regime , or depend on it .He, we mean the judge , will be obliged to exclude it (the law) if the state relies on the mechanisms targeting the elimination of the foreign competent law on the territory of the judge's state whenever the conditions favorable to its practice aren't imposed and so the exception becomes a law and vice versa.

مقدمة

يعد الزواج أحدى الروابط الاجتماعية التي تساعد أفراد المجتمع على تحقيق التواصل الاجتماعي والثقافي والإنساني فيما بينهم ،والفرد في حاجة إلى بناء أسرة أساسها الاستقراروإشباع حاجاته المتعددة .

وفي ظل التحولات الاجتماعية والاقتصادية والعلمية والثقافية التي طرأت على الأفراد والمجتمعات ،ظهر ما يسمى بالزواج المختلط وهي ارتباط زوجي بين ذكروأنثى من جنسيتين مختلفتين مع مراعاة اختلاف اللغة والثقافة والعادات الاجتماعية ,ولقد أثر الزواج المختلط على الأسرة الجزائرية مما أدى إلى طرح انشغال العديد من الأسر الجزائرية وبصفة خاصة تلك التي لها صلة بهذا الزواج لوجود عدة مؤشرات وقضايا من بينها كثرة الخلافات والمشاكل والصعوبات التي تواجه الأزواج المختلطة ،وما لهذا الزواج من آثارعلى المجتمع الجزائري كظهور ثقافات وتقاليد وعادات دخيلة على المجتمع الجزائري والأسرة الجزائرية من شانه التأثير على سلوكات أفراد المجتمع فتولد أفكار غربية عن القيم والمبادئ الأصلية للأسرة الجزائرية فالزواج المختلط في وقتنا الحالي أصبح من المواضيع القانونية والاجتماعية الأكثر إثارة لتنازع القوانين بسبب عمل الأنظمة القانونية على تطبيق قانونها الوطني على عقد الزواج وذلك باسم النظام العام .لذا نرى أن المجموعة الدولية تسعى لتتكفل بهذا العقد وذلك لمحاولة إيجاد حلول حلولا للتقليص من مشاكله في مجال القانون الدولي الخاص .

ومن هنا يثار الإشكال التالي : ماهي الآليات القانونية التي رصدها المشرع الجزائري لمواجهة مشاكل انعقاد الزواج المختلط و آثاره ؟والتي تندرج ضمنها التساؤلات التالية :

ماالقانون الواجب التطبيق لانعقاد الزواج المختلط وآثاره ؟

مامدى إسهام فكرة النظام العام لانعقاد الزواج المختلط وآثاره ؟

لحل هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي و ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في هذا الشأن ونقدها ، وذلك وفق الخطة التالية :

مقدمة

المبحث الأول : قواعد الإسناد المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط وآثاره

المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط .

المطلب الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط .

المبحث الثاني : مدى إسهام فكرة النظام العام لانعقاد الزواج المختلط وآثاره

المطلب الأول : مضمون فكرة النظام العام و إعمالها في القانون الجزائري بشأن انعقاد الزواج المختلط وآثاره.

المطلب الثاني : آثار الدفع بالنظام العام وموقف المشرع الجزائري منه .

خاتمة .

المبحث الأول : قواعد الإسناد المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط وآثاره

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول فلا يعتبر في بعض الدول من قبيل الزواج الرابطة المؤبدة و الغير المتعددة و في الدول

الإسلامية يعتبر من قبيل الزواج ألتعددي والذي يمكن أن ينحل بإرادة الزوج

كما تختلف الدول في طريقة انعقاده فعند البعض يعتبر الزواج نظاما مدنيا ويكفي لانعقاده التقاء الإيجاب والقبول أمام موظف عام ، وفي بعضها الآخر يعتبر نظاما دينيا بحيث يشترط في انعقاده مراعاة مراسيم دينية معينة ولا يقتصر هذا الاختلاف على مفهوم الزواج أو طريقة انعقاده بل يمتد إلى آثاره ، فبعض الدول ترتب على الزواج آثار مالية و أخرى شخصية بينما دول أخرى لا ترتب عليه إلا الآثار الشخصية [1] .

فهذا الاختلاف قد يمس بكيان الأسرة و مقوماتها ، وحفاظا على الأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية للمجتمع ، تدخل القانون الدولي الخاص بقواعد إسناد لحل تنازع القوانين الذي قد يثار في هذا الشأن ، ومن هنا نطرح التساؤل التالي : ماالقانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج و آثاره ؟ هذا ما سنتطرق له في المطالب الآتية :

المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط

يراد بالزواج المختلط زواج رجل من امرأة و كل منهما يحمل جنسية تعود إلى دولة عربية أم أجنبية [2] .

وينبغي لانعقاد الزواج توفر شروط شكلية و أخرى موضوعية ويرجع في تصنيف شروط الزواج لمعرفة ماإذا كان أحد الشروط يعتبر من الشروط الموضوعية أو الشكلية إلى القانون الوطني : لأن هذا التصنيف هو من مسائل التكييف و الاختصاص فيه لقانون القاضي [3] ..مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة نص على مجموعة من الشروط الواجب توفرها لانعقاد الزواج صحيحا دون تفرقة بين مايعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية ، فالتفرقة بين الشروط الشكلية و الموضوعية لانعقاد الزواج على القانون الدولي الخاص : خلقت صعوبة كبيرة في تكييف شروط انعقاد الزواج لتحديد ما يعتبر منها من الشروط الشكلية و مايعتبر منها من الشروط الموضوعية ، وسنتطرق في الفرعين الآتيين لكل من الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية .

الفرع الأول : الشروط الشكلية

تختلف الشروط الشكلية للزواج من بلد لآخر ففي بعض الدول يشترط الشكل الديني لإنعقاد الزواج و في بعضها الآخر يشترط الشكل المدني لإنعقاده و نوجد دول تجيز انعقاده في كلا الشكليين ، بينما تكتفي دول أخرى لإنعقاده برضا الطرفين فقط دون ربطه بأية شكلية ، و المستقر عليه فقها وقضاءا على الصعيد الدولي خضوع الشروط الشكلية للزواج للقانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية بوجه عام و هو قانون محل الإبرام واستثناءا منح الاختصاص للقانون الشخصي للزوجين المستقبليين في حالة الزواج المبرم أمام البعثات الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج .

أولا : إسناد الشروط الشكلية للزواج إلى قانون بلد الإبرام

جاء القانون المدني خاليا 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 [4]

و هذا مايستفاد من عدة نصوص : فقد نصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية : " أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري

الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ""

و الملاحظ أن هذا النص لا يتعلق إلا بالزواج الذي يكون أحد أطرافه جزائريا مما يجعل زواج الأجانب في الجزائر غير خاضع إلا أنه يمكن إعطاء هذا النص الصفة المزدوجة و من ثم خضوع زواج الأجانب المبرم في الجزائر – من حيث شكله – للقانون الجزائري 5.كما نصت المادة 71 من نفس القانون جاء فيه : " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستقرار منذ شهر على الأقل إلى تاريخ الزواج ...ويضيف هذا النص : "" ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين " ويفيد هذا النص بمفهوم المخالفة بأن الأجانب يمكنهم عقد زواجهم في الجزائر أمام الجهات المذكورة إذا ما كانت لهم إقامة فيها منذ شهر واحد على الأقل .وكذلك يستشف من نص المادة 19 قانون مدني التي أخضعت شكل التصرفات لقانون محل الإبرام بالإضافة إلى ضوابط اختيارية أخرى .إلا أن التساؤل الذي يثار في هذا الشأن و باعتبار أن شكل الزواج يختلف من دولة إلى أخرى فما مدى إلزامية هاته القاعدة ؟

إن التباين في طبيعة نظام الزواج له تأثير على صفة الإلزام في القاعدة خاصة في حالات الزواج المختلط أين يقدم الزوجان على عقد قرانهما وفق الشكل المحلي في بلد الإبرام في حين قانونهما الشخصي قد يشترط الشكل الديني و يرتب على تخلفه البطلان ، و نظرا للإعتبارات العملية التي قامت عليها القاعدة من تسيير المتعاقدين عند إبرام تصرفاتهم القانونية سيزول لو اعتبرت القاعدة ملزمة وتزول معه كل جدوى من النص عليها ، كما أن اعتبارها ذات طابع ملزم وإن كان يتلاءم مع غاية كل دولة من احترام الشكل الذي تفرضه لإبرام الزواج على إقليمها ، فإنه يتعارض مع ماهو متعارف عليه في المجتمع الدولي من خضوع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون محل الإبرام ذو طابع اختياري ومن ثم كان خضوع الزواج في جانبه الشكلي لقانون بلد الإبرام ذو طبيعة اختيارية يعطي من جهة للأفراد نوعا من الحرية في اختيار القانون الذي يحكم شكل تصرفهم القانوني كما أنه يتلاءم مع طبيعة نظام الزواج الذي تنتهجه كل دولة [6]

أما عن موقف القانون الجزائري في هذا الشأن فإنه و بالرجوع للمادة 19 القانون المدني قبل التعديل [7].فإن هذه القاعدة نعتبر إلزامية إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتركة ، ففي هذه الحالة يمكنها إبرام زواجهما وفق قانون جنسيتهما المشتركة 8

إلا أنه بعد التعديل لم يترك مجالا للشك حول الطابع الاختياري للقاعدة زيادة على ذلك فإن هذا مايستخلص من المواد 71 ، 75 ، 96 و 97 من قانون الحالة المدنية .

ثانيا : إسناد الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين

ذكرنا سابقا بأن الشروط الشكلية للزواج تخضع للقانون المحلي (بلد الإبرام) إلا أن هذه القاعدة ليست إلزامية إذ قد تستبعد لصالح القانون الشخصي في الحالة التي يعقد فيها الزواج أمام البعثات الدبلوماسية أو القنصلية ، فاختصاص هذه الأخيرة قاعدة عرفية من قواعد القانون الدولي العام ، و هذا ما كرسته اتفاقية فينا المنعقدة في 24/أفريل / 1948 إذ جعلت من صلاحية رجال السلك الدبلوماسي و القنصلي في التصرف كضابط الحالة المدنية قاعدة حقيقية من القانون الدولي العام[9].

كما اعترفت اتفاقية لاهاي -المنعقدة في سنة 1978 المتعلقة بإبرام الزواج و الاعتراف بصحته –بصلاحية إبرام زواج رعايا دولهم

في الدول المعتمدين فيها شريطة أن هذه البلدان لا تمنعهم من ذلك .

ولقد نم تقنين هذه القاعدة من العديد من الدول و اعتمدها المشرع الجزائري في المادتين 96 و 97/2 و 3 قانون الحالة المدنية .

إذ نصت المادة 96 من قانون الحالة المدنية : "" إن كل عقد خاص بالحالة المدنية الجزائري صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية ""[10] وعليه يجوز إبرام زواج الجزائريين في الخارج طبقا للشكل المقرر في قانوننا الوطني و الملاحظ أن هذه المادة لم تعلق اختصاص رجال الأحوال الدبلوماسيين أو القناصل على أي شرط [11].كما نصت المادة 97 /2 و 3 على انه : "".....ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائرية و أجنبية و تم أمام الأعوان الدبلوماسيين الموحودين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية .

غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف فإن هدا هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيتحدد بموجب مرسوم "[12].

فالملاحظ من هذه المادة أنها أعطت لهم هذه الصلاحية إذا كان الزوج جزائريا و الزوجة أجنبية و تتمتع بجنسية البلد المضيف ، أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد التي ستحدد بموجب مرسوم الذي لم يصدر في الجزائر لتبقى الإمكانية المخولة للبعثة الدبلوماسية أو القنصل لعقد هذا الزواج متوقفة على نص دولي كاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية أو على التقنين الداخلي للبلاد المضيف وفقا لأحكام اتفاقية فينا السالفة الذكر [13] .و تجدر الإشارة إلى أن هذا النص لم يتناول زواج الجزائرية بأجنبي مما يتيح لنا القول بأنهم غير مختصين في هذه الحالة .

ومايمكن قوله في الأخير أن تكييف شرط إبرام الزواج في الشكل الديني أثار صعوبة كبيرة إذ أن الدول التي جعلت من الزواج نظاما علمانيا كفرنسا وبريطانيا تعتبر هذا الشرط من الشروط الشكلية ، أما الدول التي تعتبر الزواج نظاما دينيا فتعتبره من الشروط الموضوعية ، وفي القانون الجزائري نصت المادة 09 من القانون المدني الجزائري على أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه ، وبالرجوع للقانون الداخلي لا يعرف التفرقة بين الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية فإن أمر تكييف شرط المراسيم الدينية وفقا للقانون الجزائري مسألة في غاية الصعوبة و نجد نفس هذه الصعوبة في معظم الدول العربية لأنها هي أيضا لا تعرف هذه التفرقة ، ولكن بما أن الزواج ليس في الشريعة الإسلامية نظاما دينيا و إنما هو نظام مدني فيمكن القول بأن شرط المراسيم الدينية يعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر [14].

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حال انعدامها ، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج [15]، ولقد أسند المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون الجنسية و عبر عنه بالقانون الوطني و هذا ما أشار إليه في المادة 11 من القانون المدني المعدلة بنصها : "" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين "[16]، والملاحظ في هذا النص أنه لايثير أي إشكال إذا كان الأطراف متحدي الجنسية ، لكن الإشكال يثار في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية فكيف يمكن تطبيق قانون جنسية الزوجين ؟

ولحل هذا الإشكال ظهر اتجاهان : اتجاه يدعو الى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا و اتجاه آخر ينادي بتطبيقها تطبيقا موزعا .

أولا /التطبيق الجامع : يرى أنصار هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا أي أن الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر [17].غير أن هذا الرأي محل انتقاد ذلك أنه عسير التطبيق عمليا ويؤدي إلى التضييق من حالات انعقاد الزواج المختلط صحيحا ، ويجعل العلاقة القانونية مستحيلة الإنعقاد بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونيين [18].

وما يعيب التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين أنه يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشددا منهما وذلك ما يتعارض مع مبدأ حياد قاعدة الإسناد ويتنافى أيضا مع الغاية التي يستهدفها أنصاره و هي احترام قانون كل من الزوج والزوجة معا [19] .هذا ما أدى الى هجر هذا الاتجاه و المناداة بالتطبيق الموزع .

ثانيا/التطبيق الموزع : يقصد بالتطبيق الموزع أن كل زوج يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط ، وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي ، و أخذ به المشرعون في بعض الدول و يستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج ونظرا لخطورتها لأنها تهدف لحماية الرابطة الزوجية في حد ذاتها و ليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة [20].إلا أن التطبيق الموزع قد يثير صعوبة بالنسبة لبعض الشروط الموضوعية مما يفرض التطبيق الجامع بشأنها لكن السؤال المطروح ، كيف يتم تحديد هذه الشروط ؟ ميز الفقه الألماني في هذا الصدد بين الشروط التي لها صفة فردية و تلك التي لها صفة مزدوجة ، فالشروط التي لها صفة فردية فهي تتعلق بشخص أحد الزوجين مثل شروط السن ، الأهلية و هنا لايثير التطبيق الموزع أية صعوبة ، أما الشروط التي لها صفة مزدوجة فهي تتعلق بالعلاقة المراد إنشاؤها مثل القرابة ، لذلك فإن التطبيق الموزع يطرح بشأنها صعوبة كبيرة فلا مفر بالتالي من التطبيق الجامع بشأنها .

إلا أن هناك شروط يصعب تصنيفها في إحدى الطائفتين كشرط عدم وجود مرض في أحد الزوجين فغالبية الفقه اعتبره من الموانع المزدوجة ، وبالنسبة للمانع من الزواج في حالة وجود زواج سابق غير منحل و الذي تنص عليه تشريعات الدول المعادية لتعدد الزوجات فقد اعتبره بعض الفقه من الموانع التي لها صفة مزدوجة و هذا مااستقر عليه القضاء الفرنسي إدا تم إبطال زواج فرنسية مع كمروني متزوج على الرغم من أن قانونه الوطني يسمح له بتعدد الزوجات ، فيطبق بذلك القانون الوطني للزوجة تطبيقا جامعا في حين اعتبره البعض الآخر من الموانع ذات الصفة الفردية [21].أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالتطبيق الموزع في نص المادة 12 من القانون المدني المعدلة وأكد على ذلك في نص المادة 97 قانون الحالة المدنية فقد اعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ، غير أنه إدا تعلق الأمر بالموانع فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع [22] وما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كانت القاعدة العامة خضوع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين بالنسبة للدول التي تأخذ بذلك ، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده ، إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت

انعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية وهذا ماأكده المشرع الجزائري في المادة 13 القانون المدني الجزائري التي تنص : " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج "[23].

المطلب الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط

يترتب على عقد الزواج المختلط واجبات و التزامات متقابلة منها ماهي شخصية تقع على عاتق الزوجين كواجب الإخلاص و الطاعة والنفقة و أخرى مالية كإرتباط الأزواج بالنظام المالي للزوجين المقرر ببعض الشرائع و التي تعطي للزوج حق إدارة أموال الزوجين ، خلافا لما أوردته الشريعة الإسلامية التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين [24].و من هنا نطرح التساؤل التالي : ماهو القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية و المالية للزواج المختلط ؟هذا ماسنتطرق له في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول :القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية

تتمثل الآثار الشخصية للزواج في حقوق وواجبات الزوجين المتبادلة ، النسب ...، و يختلف القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية حسب اختلافها فبالنسبة للحقوق و الواجبات الزوجية اختلفت التشريعات في تحديد القانون الذي تخضع له ، فبعض الدول أسندتها لقانون الإقامة [25]و بعض النظم أخضعتها لقانون موطن الزوجية [26]و بعض الآخر أخضعتها لقانون الجنسية المشتركة [27]و في حالة عدم الاشتراك في الجنسية اقترح الفقه تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فالقاعدة العامة أن الحقوق و الواجبات الزوجية تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج باعتبار أن الزوج هو رب الأسرة و هذا ماتضمنته المادة 12 من القانون المدني .

و الجدير بالذكر أن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يسري على الآثار الشخصية للزواج المختلط و المنحصرة بالضرورة في حقوق وواجبات الزوجين دون أن يمتد تطبيقه إلى النسب الشرعي بالرغم من أنها تدخل في نطاق الآثار الشخصية .

فبالنسبة النسب فقد خصته التشريعات بقاعدة إسناد صريحة مستقلة عن القاعدة التي تسري على الآثار الشخصية بالرغم من أنه أثر شخصي لهذه الرابطة ، ولقد نصت المادة 13 مكرر من القانون المدني أنه : " يسري على النسب و الاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل ، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة "[28]

أما الاستثناء الوارد على القاعدة العامة يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده متى كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج و هو ماتضمنته المادة 13 من القانون المدني الجزائري ، و الهدف من تقرير الاستثناء هو حماية الزوجة الوطنية لأن الأمر لو تعلق بالزوج فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج هو الذي يطبق طبقا للقاعدة العامة .

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية

يترتب عن الزواج المختلط بالإضافة إلى الآثار الشخصية آثارا مالية و هي مايعبر عنها في بعض الشرائع بالنظم المالية للزوجين التي ستبين حقوق و التزامات كل منهما من حيث ملكية أموالهما و إيرادات هذه الأموال و إدارتها والانتفاع بها [29].

و الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لاتعرف نظاما ماليا معقدا فيما يخص أثر الزواج على أموال كل من الزوجين فالقاعدة العامة هي انفصال الذمم المالية للزوجين أي أن كل من الزوجين يتصرف بحرية كاملة في إدارة وتسيير أمواله إلا أن ذلك لايمنع

من أن يتفق الزوجان على كيفية إدارة أموالهما .

ولقد كان المشرع الجزائري يقر مبدأ حرية تصرف الزوجة في مالها ويتبنى مبدأ الاستقلالية و انفصال الأموال ، إلا أن النتائج العملية برهنت عكس ذلك بحيث ظهر مايسمى باستقلالية قانونية واتحاد فعلي لذمم الزوجين [30].مما جعل المشرع الجزائري يعدل نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري و التي أجازت للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق بشأن الأموال المشتركة التي يكتسبانها أثناء الحياة الزوجية و النسب التي يملكها كل زوج [31]، والسؤال الذي يثار : ماهو القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج المختلط ؟

اختلف الفقه في هذه المسألة لأنها تتوقف على تكييف النظام نفسه ، فإذا اعتبرت من الأحوال الشخصية يسري عليها القانون الشخصي ، وإذا كيفت على أنها من الأحوال العينية فتخضع إما لقانون موقع المال و إما لقانون الإرادة أولقانون موطن الزوجية [32]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم يفرق بين القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية و القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية إذ أخضعتها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج كقاعدة عامة (المادة 12 من القانون المدني الجزائري) ، و استثناءا للقانون الجزائري وحده إدا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ، وهو أمر منتقد لأنه يجمد العلاقة الزوجية ويتجاهل آثارها عبر الزمن كما أنه يفضل قانون على حساب آخر [33].

المبحث الثاني : مدى إسهام فكرة النظام العام في انعقاد الزواج المختلط وآثاره

قد يتضمن القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين لدولة القاضي أحكاما مخالفة للتصورات الاجتماعية و القانونية لدرجة أن يرفض القاضي تطبيقه ، فهو يستبعده لأنه مخالف للنظام العام ، ولقد أخذت معظم التشريعات بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وقد شبهه البعض بصمام أمان .

والجدير بالذكر أن معظم التشريعات أسندت المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج و آثاره إلى القانون الشخصي حسب ضابط الجنسية ، أو ضابط الموطن و بالتالي فإن تطبيق القوانين الشخصية و التي تمثل ثقافة اجتماعية مختلفة تماما عن موطن الإقامة يطرح مشكل أمام القاضي الذي هو ملزم بتطبيق القانون الأجنبي المعين بموجب قاعدة التنازع و في نفس الوقت يمس هذا القانون بالمبادئ الأساسية في دولة القاضي ، لكن وفقا لقاعدة التنازع يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، وباعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية مثل تعدد الزوجات ومنع زواج المسلمة من غير المسلم ، تعتبر مخالفة و ماسة بالمبادئ التي يقوم عليها المجتمع الغربي مثل فرنسا ، خاصة مبدأ المساواة بين الزوجين المنصوص عليها في اتفاقيات دولية من بينها اتفاقيات حقوق الإنسان و اتفاقية سيداو المصادق عليهما من طرف أغلب الدول الإسلامية و غيرها ، والإشكال المطروح هو كيف يتم التوفيق بين أحكام آمرة ومتناقضة؟؟

وجاء في المادة 24 من القانون المدني الجزائري : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر "43ومن هنا نطرح الإشكال التالي : مامضمون فكرة النظام العام وكيف يمكن إعمالها في القانون الجزائري بشأن انعقاد الزواج المختلط و آثاره ؟ و ماهي الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام وما موقف المشرع

الجزائري منها ؟ هذا ماسنجيب عنه من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : مضمون فكرة النظام العام و إعمالها في القانون الجزائري بشأن انعقاد الزواج المختلط و آثاره

لم يتمكن الفقه من ضبط تعريف دقيق للنظام العام و لا من حصر مختلف الحالات التي يمكن استعمال فيها فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا قواعد الإسناد الوطنية ، فقد تعددت المعايير التي جاء بها الفقه لفكرة النظام العام فعند بعض الفقه يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا اشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي ، وعند البعض الآخر يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا كان متعارضا مع السياسة التشريعية للدولة و يرى البعض الآخر وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام إذا كان يصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها في جماعة الأمم المتحضرة أو كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعي .

و أمام تعدد هذه المعايير يبقى القاضي هو المناط به وحده أمر تحديد ماإذا كان القانون الأجنبي المختص مخالف أو غير مخالف للنظام العام ، وذلك بإعمال معايير عامة موضوعية [35].

و الجدير بالذكر أن دور القاضي بهذا الصدد ليس بالسهل خاصة أمام كون فكرة النظام العام هي فكرة نسبية آنية ، تختلف من دولة لأخرى ، وتتغير في الدولة الواحدة بتغير الزمان [36].

وباعتبار أن مسائل انعقاد الزواج و آثاره منظمة بموجب أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ، يطبق على كافة الجزائريين و لو كانوا مقيمين بالخارج يعتبر قانونا وضعيا يطبق عليه مبدأ تدرج القوانين ، فالدستور يعتبر أسمى القوانين في الدولة تضمن أحكاما تتعلق بالأسرة من بينها الاستفادة بحماية الدولة و المجتمع (المادة 58 منه) .

و الزواج حسب مانص عليه قانون الأسرة الجزائري عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والتعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب [37].ويتميز نظام الزواج في الدول الإسلامية بكونه رابطة يمكن أن تتعدد ، لكن في الدول الغربية يقوم على وحدة الزوجة ، فالزواج يكشف عن تميز و خصوصية التشريعات الوطنية حيث أن نظامه القانوني يتأثر بالتصورات الاجتماعية الفلسفية و الدينية و هكذا تختلف شروط إبرامه و آثاره من دولة لأخرى .

تطبيقا لذلك يعد مخالفا للنظام العام الجزائري حرمان المسلم من تعداد زوجاته متى رغب في ذلك حتى لو كان قانونه الوطني يحظره ، فيكون زواج الفرنسي المسلم من الجزائرية المسلمة صحيحا حتى ببقاء زواجه الأول من الفرنسية قائما لأن ذلك يعتبر من النظام العام في الجزائر [38]،كما أن قانون الأسرة الجزائري يحرم زواج المسلمة بغير المسلم و هذا ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري ، وأكدته التعليمة الوزارية رقم 236 الصادرة بتاريخ 02 /01/1967 ، فكل عقد زواج يتم على هذا النحو يعتبر باطلا و مخالفا للنظام العام والآداب ، وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى بأن زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر من الموانع المؤبدة ، ومتى حصل ذلك توجب على القاضي إبطال الزواج ، جاء في حيثيات هذا القرار : " حيث أنه مع افتراض وجود هذا الزواج فإن عقده سواء كان عرفيا أو رسميا ، يقع باطلا غير منعقد عملا بما هو مقرر شرعا مع أنه يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا ومنها زواج المسلمة بغير المسلم و بالتالي إذا حدث هذا فإن القاضي ملزم

بالتفريق بينهما "[39]

و الملاحظ أن تغيير الحالة الدينية في عقد الزواج يؤثر في استمرار هذا العقد ، وهي حالة ماإذا أبرم زواج بين مسلمين في الجزائر وارتد بعد ذلك الزوج عن الإسلام حيث يفسخ عقد الزواج بقوة القانون لأن بقاء هذه العلاقة الزوجية قائمة سيؤدي إلى المساس بالنظام العام في الجزائر [40].وهذا المنع نصت عليه المادة 32 قانون الأسرة الجزائري ، ومن المسائل المتعلقة بالنظام العام في مجال الزواج تلك الخاصة بسن الزواج الذي يجب ألا يكون أقل من 19 سنة ، إلا إذا أجازه القاضي لمصلحة كما يعد مخالفا للنظام العام الزواج بإحدى المحرمات سواء كان مؤبدا أو مؤقتا ،إضافة إلى ذلك يستبعد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام الجزائري لمساسه بحقوق المسلم بغض النظرعن جنسيته ، يتم استبعاد القانون الأجنبي المختص متى كان الحظر الوارد فيه ينطوي على اعتبارات عرفية أو عنصرية كاختلاف اللون أو الجنس لحيلولتها دون تحقيق مبدأ المساواة بين الأفراد [41]،و إذا كان عقد الزواج عقد يبرم بين شخصين من جنسين مختلفين ، فإن إبرامه من طرف شخصين من نفس الجنس يعد مخالفا للنظام العام ، فالقانون الفرنسي يعرف هذا النوع من العلاقة .

إضافة إلى ذلك فقانون الأسرة الجزائري لا يعرف سوى النسب الشرعي ويتنكر لغيره من النسب الطبيعي ونظام التبني ، فقانون الأسرة مستمد من مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية التي ترفض جميع العلاقات الخارجة عن الإطار الشرعي منعا لاختلاط الأنساب و الحفاظ عليه من الفساد .

ومسألة النسب الطبيعي هي التي تثير أكثر الصعوبات ، للتناقض الموجود بين الدول فالدول ذات الطابع الديني الإسلامي سوف ترفض لا محال كل طلب يبيح محظور باسم النظام العام [42].ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23/04/1991 الذي جاء في حيثياته : "" فإن القاضي الجزائري قد قرر بأن إثبات النسب للأب وفقا لما قضى به القاضي الفرنسي وفقا لقانونه يكون مخالفا للنظام العام الجزائري حيث أن قانون الأسرة الجزائري لا يقر النسب إلا بالزواج الصحيح طبقا لأحكام المادة 41 قانون الأسرة وبالتالي يكون القاضي الجزائري ، قد استخلف القانون الأجنبي و أحل محله القانون الجزائري"" [43].

وما يمكن قوله في الأخير أن علاقة الزواج الدولية تتميز بكون أحكامها آمرة و مستخلصة من التصورات الأخلاقية والاجتماعية والدينية وحتى الإنسانية ، مما يصعب من تحديد إطار النظام العام وما يعتبر من النظام العام الدولي ، فالنظام العام يفترض غياب التناسق القانوني بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق و قانون القاضي وهو الذي يبرر تدخله كماأن الاختلاف الناتج عن تباين الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها كل مجتمع من شأنه أن يحرك فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص .

المطلب الثاني : آثار الدفع بالنظام العام وموقف المشرع الجزائري منه

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثرهام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، فالهدف الرئيسي من هذا الدفع هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني نظرا للتنافر القائم بينهما .

ويفرق الفقه بين آثار الدفع في مرحلة إنشاء الحقوق في دولة القاضي وآثاره بشأن الحقوق التي نشأت في الخارج ويراد الاحتجاج

بآثارها في دولة القاضي ، وهذا ما سنعالجه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : آثار الدفع بالنظام العام فيما يخص انعقاد الزواج المختلط وآثاره في دولة القاضي

إن التعارض مابين القانون الأجنبي والنظام العام في دولة القاضي يمكن تصوره من ناحيتين إما سلبيا و إما إيجابيا ، فالأولى تتمثل في أن القانون الأجنبي يجيز مسألة لا يقرها النظام العام في بلد ا لقاضي كعلاقة زواج مثلا يراد إبرامه بين المحارم أو بين زواج المسلمة مع غير المسلم في دولة إسلامية ، فالقاضي المطروح أمامه النزاع في هذه الحالة يرفض إنشاء العلاقة باعتبارها مخالفة للنظام العام ويستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يكون م قد سمح بإنشائها و هذا مايعبرعنه بالأثر السلبي للنظام العام [44].

أما الثانية : أن يمنع القانون الأجنبي أمرا و يكون في هذا المنع مخالفة للنظام العام في بلد القاضي كأن يريد زوج أن يعدد في دولة القاضي ، إلا أن قانونه لا يسمح بذلك ، فالقاضي هنا يستبعد تطبيق القانون الأجنبي ا لواجب التطبيق ويسمح بإنشاء هذا الزواج و هو مايعبرعنه بالأثر الإيجابي للنظام العام .

أولا / الأثر السلبي للنظام العام: يتمثل الأثر السلبي في استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد ، لأن قاعدة النظام في بلده ناهية ، إلا أنه قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي بمجمله غير مخالف للنظام العام ، فهل القاضي يستبعد من القانون الأجنبي المختص الجزء فقط المخالف للنظام العام أ أنه يستبعد القانون الأجنبي بكامله ؟

اختلف الفقه بهذا الشأن فهناك من رأى باستبعاده كليا إذ أن القول بغيرذلك يمس بوحدة التشريع الأجنبي ، ويؤدي إلى مسح القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع ، في حين يرى الفقه الغالب بأن يستبعد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء ، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها ، من بينها حكمها الصادر في قضية Fayeulle في 08 نوفمبر 1943 ، فقد استبعد طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني ، ولكنه لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب .

إلا أنه بخلاف ذلك قد يصعب في بعض الأحوال استبعاد الجزء المخالف للنظام العام لكون هذه الأجزاء مرتبطة ببعضها البعض فهنا لا مناص من استبعاد القانون الأجنبي برمته [45].ومثال ذلك : أن يكون قانون جنسية الزوجين يمنع الزواج بين زوجين مختلفي اللون فلا يمكن أن يحول هذا القانون دون إبرام زواجهما في الجزائر لأن النظام العام فيها يستبعد تطبيق هذا القانون عليهما رغم اختصاصه ، وإذا ما طرح مستقبلا على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفقا لأحكام القانون الجزائري ،ينبغي عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم هذه الآثار استبعادا كليا ، فمن غير المنطقي أن يطبق هذا القانون على آثار زواج يعد باطلا وفقا لأحكامه ، وذلك حتى في الفرض الذي لا يتعارض فيه القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام الجزائري [46]

ثانيا/الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

يتمثل الأثر الإيجابي في إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام فيه آمرة .

وما تجدر الإشارة إليه أن الأثر الإيجابي للنظام العام لا يظهر إلا بعد أثره السلبي في حين يمكن أن يظهر الأثر السلبي لحاله

وبصورة منفردة [47].وفي كل الأحوال يترتب عن استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على علاقة الزواج المخالف للنظام العام ، حلول قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي المستبعد باعتباره أكثر الحلول ملائمة على أساس أن قانون القاضي المعروض أمامه النزاع وينقص عليه مشقة البحث عن مضمونه و يتماشى أيضا مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية [48].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اكتفى في المادة 24 قبل التعديل بإيراد فقط الأثر السلبي للنظام العام إلا أنه بعد التعديل أخذ بالرأي القائل بإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد فقد نصت المادة 24 بعد التعديل : «يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة «[49]

الفرع الثاني : آثار الدفع بالنظام العام فيما يخص الزواج المبرم في الخارج ويراد الاحتجاج به في دولة القاضي .

تظهر فكرة النظام العام بصورة أدق في الحالة التي يراد فيها إنشاء علاقة زوجية مخالفة للنظام العام في دولة القاضي ، غير أن هذه الحدة تقل فيما يخص حقوق نشأت في دولة أجنبية -قد تكون دولة الزوجين و قد تكون دولة أجنبية أخرى –بطريقة صحيحة لكنها مخالفة للنظام العام في دولة القاضي في ظل ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام ، و قد يحدث أن ينشأ زواج في دولة بشكل مخالف للنظام العام في القانون الأجنبي المختص ويراد الاحتجاج به في دولة القاضي في ظل ما يعرف بالأثر الانعكاسي للنظام العام.

أولا /الأثر المخفف للنظام العام

يقصد به عدم إعمال الدفع بالنظام العام إزاء الحقوق التي تنشأ في الخارج بنفس الشدة والصرامة التي تطبق على الحقوق التي تنشأ داخل دولة القاضي كون الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز قانوني تم نشوؤه في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر إذا ما أريد إنشاء نفس المركز داخل دولة القاضي [50].

فإعمال فكرة النظام العام في فرنسا تتعارض مع إمكانية إبرام زواج ثان لشخص يسمح قانونه بالتعدد ما لم تنحل الرابطة الزوجية الأولى ، وهي مع ذلك تقبل الاحتجاج به في الحالة التي تنشأ على غير إقليمها فيما يخص بعض آثاره ، خاصة في الحالة التي يكون فيها كلا الزوجين من دولة تعترف بالتعدد ما لم يكن هذا الأثر مخالف للنظام العام ، وهذا ما طبقته محكمة النقض الفرنسية في قضية الزوجين شيموني حين منحت للزوجة الثانية الحق في المطالبة بالنفقة التي تستحقها الزوجة كأثر من آثار الزواج [51].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فمن خلال استقراء نص المادة 24 القانون المدني الجزائري نستنتج أنه جاءت بعبارة النظام العام المطلقة ، دون أن نلحقها بأي وصف مطلق أو مخفف ، ولكن ذلك لا يمنع القاضي من الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام ،احتراما للحق المكتسب الذي نشأ في الخارج ، حتى ولو نشأ هذا الحق مخالفا للنظام العام الجزائري ، فالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعنى بداهة إنكار كل أثر للنظام العام بوصفه صمام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع [52].

وما تجدر الإشارة إليه ، أنه لا يجوز الاحتجاج بزواج المسلمة بغير المسلم الذي تم في دولة تجيز ذلك ، ويلزم القاضي بإبطال

الزواج في الحال لمساسه بالإسلام و المسلمين ، ذلك أن ماهو مخالف للشرع الإسلامي يبقى واجب إعمال فكرة النظام العام بشأنه حتى ولو لم ينشأ على إقليم دولة إسلامية إبتداءا ، انطلاقا من أن فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية هي فكرة مطلقة فيما يتعلق بالنصوص الثابتة القطعية الدلالة ، على خلاف ماهو عليه الحال في القوانين الوضعية إذ تعتبر فكرة النظام العام نسبية [53].

ثانيا / الأثر الانعكاسي للنظام العام

لتوضيح الأثر الانعكاسي للنظام العام تطلب منا طرح الإشكال التالي : إذا نشأ حق في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام وخلافا لما تقضي به القانون الأجنبي المختص ، فهل يمكن الاحتجاج بهذا الحق في بلد القاضي الوطني ؟ أو بعبارة أخرى : هل يجوز للقاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته مايعتبر من النظام العام في دولة أخرى (ثالثة)؟

مثال ذلك : مصرية مسلمة تزوجت من مصري غير مسلم وفقا للقانون الفرنسي الذي حل محل قانونهما المصري المختص والذي استبعد لمخالفته النظام العام لأنه لا يسمح بالزواج بين مختلفي الديانة ، فهل يجوز الاحتجاج بهذا الزواج في بلجيكا ؟

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية و أن قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كليتهما غير مختلف ، وعليه لا يمكن التمسك في دولة القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص 45في حين يرى اتجاه اخر بضرورة التفرقة بين ما إذا كان النظام العام في الدولتين متطابق ام غير متطابق ، ففي المثال السابق لا يمكن للزوجين المصريين التمسك بآثار زواجهما أمام القضاء البلجيكي لتطابق النظام العام الفرنسي والبلجيكي .أما في الحالة الثانية فإنه لا يصح التمسك بآثار الحق في الدولة الأجنبية وفقا لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي ، ففي المثال السابق : لو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري فلا يجوز للزوجين المصريين التمسك بآثار زواجهما أمامه لعدم تطابق مقتضيات النظام العام في فرنسا مع مقتضيات النظام العام في الجزائر .

خاتمة :

ومن خلال ماسبق ، فقد أورد المشرع الجزائري في المواد 11 و 12 و 13 من القانون المدني الجزائري قواعد التنازع في مسائل الزواج وخص النسب بقاعدة إسناد صريحة في المادة 13 مكرر ، وأشار إلى قاعدة الإسناد التي تحكم شكل الزواج في المادة 19 من القانون المدني الجزائري ، كما بين موقفه من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري ، وتوصلنا إلى النتائج التالية من خلال هذه الدراسة المتواضعة

* فصل المشرع الجزائري بين القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج المختلط و القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية دون تمييز بين مايعتبر شرط شكلي وما يعتبر شرط موضوعي وتبقى المسألة خاضعة لتكييف القاضي.

* لم يخص المشرع الجزائري شكل الزواج بقاعدة إسناد صريحة و أشار للقانون الذي يحكمه في المادة 19 التي تحكم شكل العقود و من الأفضل أن يتدخل المشرع الجزائري بنص صريح يبين فيه القانتون الواجب التطبيق على شكل الزواج

* وفقا للمادة 97 من قانون الحالة المدنية أخضعت زواج الجزائري بأجنبية في الخارج في جانبه الشكلي لقانون محل الإبرام

متى احترم الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري ، واقتصرت على زواج الجزائري من أجنبية دون زواج الجزائرية من أجنبي إخلالا بمبدأ المساواة بين الجنسين ، وليس هناك ما يبرر هذا الحل ، فضمان عدم زواج المسلمات بغير المسلمين في الخارج يتلاشى أمام اشتراط احترام الجزائرية للشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري ، ومن ضمنها شرط إسلام الزوج .

* يعد خضوع الزواج في جانبه الموضوعي للقانون الشخصي الاختيار الأمثل و الأنسب لان القانون الجزائري مستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية وما يترتب على ذلك من عدم إمكانية تطبيق أحكامها على من لا يدينون بها أو العكس .و أخذ بالتطبيق الموزع في حالة اختلاف جنسية الزوجين وفقا للمادة 11 من القانون المدني الجزائري والمادة 97 من قانون الحالة المدنية ، مع الإشارة إلى انه يطبق التطبيق الجامع بالنسبة للموانع .

* لم يفرق المشرع الجزائري بين القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية و القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية و أخضعهما لقانون جنسية الزوج وقت الانعقاد و كان الأجدر أن يفرق بينهما ويخضع الآثار المالية إما لقانون موقع المال و إما لقانون الإرادة .

-* ن اختلاف الأسس الاجتماعية و الأخلاقية والدينية والثقافية التي يقوم عليها تنظيم الأسرة وخاصة فيما يتعلق بعلاقات الزواج بين الدول الإسلامية و الدول الغربية يترتب عليه حتما اختلاف النظام العام في هذه العلاقات و هذا الاختلاف تعاني منه العلاقات المهاجرة والمقيمة في بيئة مختلفة عن أصلها و التي عليها الاندماج في مجتمع مختلف عنها وهكذا يظهر النظام العام كأداة تستعملها الدول لتبرير استبعاد القانون الأجنبي المختص لأنه يتدخل لحماية القيم والمبادئ الأساسية أو مبادئ العدالة العالمية السائدة وقت نظر الدعوى من طرف القاضي المختص ويترتب عن إعمال الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقات الزواج التي تنشأ في دولة القاضي أثرا سلبيا يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وأثرا إيجابيا يتمثل في إحلال القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام ، غير أن هذا الأثر تقل حدته فيما يخص الزواج المبرم في الخارج بطريقة صحيحة لكنها مخالفة للنظام العام في إطار ما يعرف بالأثر المخفف لنظام العام ، كما أنه قد ينشأ زواج في دولة بشكل مخالف للنظام العام وفقا للقانون الأجنبي المختص ويراد التمسك به في دولة القاضي في إطار ما يعرف بالأثر الانعكاسي للنظام العام .

التوصيات :

من خلال النتائج المتوصل إليها إرتأينا إلى اقتراح التوصيات التالية :

-ضرورة وضع معيار يضبط مايعتبر من الشروط الشكلية لانعقاد الزواج ومايعتبر من الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لتحديد القانون الواجب التطبيق .

-ضرورة وضع نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج .

-ضرورة تعديل المادة 97 من قانون الحالة المدنية وتضمينها لحكم زواج الجزائرية من أجنبي حفاظا على مبدأ المساواة بين الجنسين .

-إلغاء الاستثناء الوارد في نص المادة 13 من القانون المدني ، إذ يتلاشى دور هذا الاستثناء مع اعمال فكرة النظام العام .

الهوامش

1 .أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول (تنازع القوانين) ، الطبعة الثالثة عشر ، 2013 ، دار هومه ، الجزائر ، ص : 227 .

2 ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، الطبعة الأولى ، 2005 ، دار الثقافة ، عمان ، ص : 188.

3حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، الطبعة الأولى ، 2005 ، دار الثقافة ، عمان ، ص : 104 .

.4 نيابي سعاد : تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج (دراسة مقارنة) : مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق في اطار مدرسة الدكنوراه : فرع عقود ومسؤولية : كلية الحقوق : جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس ، 2009/2010 ، ص : 42 .

5 أعراب بلقاسم : المرجع السابق ، ص 239 .

6 نيابي سعاد ، المرجع السابق ، ص : 46 .

7 تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري : «تخضع العقود مابين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه و يجوز أيضا أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين »

8 أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص : 242 .

9 هذه المعاهدة صادقت عليها الجزائر في 04 مارس 1964 (الجريدة الرسمية 1964 ص 485

10الامر رقم 70/20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ، الجريدة الرسمية ،العدد21 ،ص : 283 .

11 نيابي سعاد ، المرجع السابق ، ص 60 .

12 الامر رقم 70/20 التعلق بالحالة المدنية ، المذكور سابقا ، ص : 283 .

13 اسعاد موحند ، القانون الدولي الخاص (قواعد التنازع) الجزء الأول ، دون طبعة ، 1989 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص : 304 .

14 أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص : 247 .

15 ممدوح عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص : 89 .

16 القانون رقم 05/10 المؤرخ في 20 جوان 2005المعدل والمتمم للامر 75/85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، الجريدة الرسمية ، العدد 44 ، ص : 19 .

17 إسعادموحند ، المرجع السابق ، ص : 299 .

18 زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، الجزء الأول (تنازع القوانين)دون طبعة ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ،ص : 175 .

19 هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، دون طبعة ، 2003 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ص : 207 .

20 رحاوي أمينة ، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية

الحقوق ، جامعى ابي بكربلقايد ، تلمسان ، 2010، 2011 ، ص : 15

21 أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص : 234 ، 235

22 دربة أمين ، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون الخاص ، جامعة أبي بكربلقايد ، تلمسان ، 2007/2008 ، ص : 20

23 القانون 05/10 المعدل والمتمم للقانون المدني ، المذكور سابقا ، ص : 20

24 حسن الهداوي ، المرجع السابق ، ص : 111 .

25 مثل قانون الولايت المتحدة الأمريكية ، والقانون الإنجليزي ، والقانون الأرجنتيني .

26 مثل القانون البرازيلي و الدنماركي .

27 مثل القانون اليوناني والبولوني .

28 القانون 05/10 المعدل والمتمم للامر 75/85 المتعلق بالقانون المدني ، المذكور سابقا ، ص : 20 .

29 غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة ، دون طبعة ، 2005 داروائل للنشر ، ص : 170

30 رحاوي أمينة ، المرجع السابق ، ص : 49 .

31 المادة 37 من الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 المعدل والمتتم للقانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، ص : 21 .

32 زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص : 176 .

33 حاوي أمينة ، المرجع السابق ، ص : 55 .

34 القانون 05/10 المعدل والمتمم للامر 75/85 المتعلق بالقانون المدني ، المذكور سابقا ، ص

35 أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص : 170 .

36 زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص : 251 .

37 المادة 04 من القانون 84/11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 24 ، ص : 911 .

38 نيابي سعاد ، المرجع السابق ، ص : 137 .

39 القرار الصادر بتاريخ 06/04/1982 ، ملف رقم ، 82/82 ، المجلس الأعلى ، نشرة القضاة ، العدد الأول ،جانفي 1987 ، ص : 79،81 .

40 بشرى زلاسي ، الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره ، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2000/2001 ، ص : 788 .

41 نيابي سعاد ، المرجع السابق ، ص : 138 .

42 يوبي سعاد ، تنازع القوانين في مجال النسب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2009/2010 ، ص : 186 .

43 القرار الصادر بتاريخ 23/04/1991 غير منشور ، نقلا عن يوبي سعاد ، ص 186 .

44 رحاوي أمينة ، المرجع السابق ، ص : 84.

45 يوبي سعاد ، المرجع السابق ، ص : 176 .

46 هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص : 152 .

47 حسن الهداوي ، المرجع السابق ، ص : 192 .

48 رحاوي أمينة ، المرجع السابق ، ص : 85 .

49 القانون 05/10 المعدل والمتمم للأمر 75/58 المذكور سابقا ، ص: 20.

50 أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص : 182.

51 نيابي سعاد ، المرجع السابق ، ص : 140 .

52 رحاوي أمينة ، المرجع السابق ، صر: 87 .

53 جمال الدين صلاح الدين ، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، دون طبعة ، 2007 ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص : 167 ، 168 .

54 أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص : 183 ، 184 .