

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الدرس:

الدراسة التطبيقية لتنازع القوانين في الزواج وأثاره

أستاذ الدرس: الدكتور عمارة عمارة أستاذ محاضر قسم "ب"

الفئة المستهدفة: طلبة السنة الاولى ماستر تخصص قانون أسرة

الحجم الساعي: 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

أهداف الدرس: تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

1- تعريف الطلبة على القانون الذي يحكم الخطبة

2- تعريف الطلبة على القانون الذي يحكم الزواج

3- تعريف الطلبة على القانون الذي يحكم أثار الزواج

السنة الجامعية: 2020-2021

المحور السادس: تطبيقات تنازع القوانين في الزواج واثاره

الزواج هو الأساس الذي تقوم عليه الأسرة، وهو من أفسح المجالات في العلاقات القانونية سواء منها الداخلية أو تلك المتعلقة بالعلاقات الدولية الخاصة التي تتعدد فيها المسائل القانونية وتثور بصدها مسألة تنازع القوانين، وبالتالي صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق.

ويعود السبب في ذلك إلى الاختلاف في وجهة نظر الأنظمة القانونية في مفهوم الزواج سواء فيما يتعلق بشروط صحته أو مسألة إشهاره أو انحلاله وآثاره.

لذلك تظهر صعوبة في كبيرة في تكييف كل المسائل المتعلقة بالزواج وباعتبار أن الزواج يبدأ عادة بالخطبة لذلك ينبغي تحديد القانون الذي يحكمها قبل التطرق إلى القانون الذي يحكم شروطه الموضوعية والشكلية وكذا آثاره وانحلاله.

أولاً: القانون الذي يحكم الخطبة

الخطبة مقدمة للزواج وعليه فهي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص،¹ ورغم أن المشرع الجزائري لم يحدد القانون الذي يحكمها بقاعدة إسناد خاصة فهي تخضع للقانون الذي يحكم الأحوال الشخصية خاصة فيما يتعلق بشروطها الموضوعية، كشرط من يحرم بينهما الزواج وهو قانون جنسية الخاطب والمخطوبة ويطبق القانون تطبيقاً موزعاً إلا في الموانع فيطبق تطبيقاً جامعاً وهذا قياساً على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وهو الحل الذي اعتمده المشرع المصري² ويبدو أن المشرع الجزائري أخذ بذلك قياساً على الزواج ولأنه يرتب الخطبة في قانون الأسرة³ أما فيما يتعلق بشروطها الشكلية فهي تخضع للقاعدة العامة الواردة في

¹ - مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر الأردن، 2011، ص 139.

² - أحمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 1997، ص 207-208.

³ - نص المادة 5 من قانون الأسرة.

المادة 19 من ق م ج التي تجعل شكل التصرف يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه التصرف أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو القانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للتصرف.

وبالنسبة إلى قواعد الإثبات التي يرجع إليها لإثبات الخطبة فإنها تخضع إلى القانون الذي يحكم شكل التصرف المنصوص في المادة 19 السالفة الذكر.

وفيما يتعلق بآثار الخطبة كعدم جواز الخطبة على الخطبة فإنها تخضع إلى قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة قياساً على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على الآثار المترتبة على الزواج والتي نتناولها لاحقاً.

ومادامت الخطبة مجرد وعد بالزواج فإنه يجوز العدول عليها طبقاً لنص المادة الخامسة من قانون الأسرة، غير أن العدول المصحوب بأفعال خاطئة التي تلحق أضراراً مادية أو معنوية بأحد الطرفين فإنه يستوجب التعويض ممن وقع منه الفعل الخاطيء مما يترتب المسؤولية التقصيرية⁴، وعليه تخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية طبقاً للمادة 20 من ق م ج ويطبق قانون المحل الذي وقع فيه العدول المضر بالطرف الآخر.

أما فيما يتعلق بالهدايا فقد اختلف الفقه في شأنها فذهب البعض إلى إخضاعها إلى قانون جنسية الطرفين على أساس أنها تدخل في مسألة انعقاد الخطبة، بينما يرى البعض الآخر أن الالتزام برد الهدايا يرجع إلى قانون محل تحقق الإثراء باعتباره تطبيقاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب، وفي كل هذه الأحوال يمكن استبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق على الخطبة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.

⁴ - أحمد لإبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 208 وما بعدها.

ثانيا: القانون الذي يحكم الزواج

1- الشروط الموضوعية والقانون الذي يحكمها

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تحكم الزواج من حيث انعقاده وآثاره وانحلاله، وقد نظم مسألة إبرام عقد الزواج وشروطه الموضوعية (أركانه) بقاعدة إسناد خاصة في المادة 11 ق م ج، وشروط الزواج الموضوعية تتمثل في الرضا أهلية الزواج والصداق والوليوانعدام الموانع ... ويرجع في تكييف هذه الشروط إلى قانون القاضي طبقا للقاعدة العامة ولقد نصت المادة 11 على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية وأسندتها إلى قانون جنسية الزوجين فتنص: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين " .

والملاحظ أن صياغة النص جاءت متناسبة مع الغرض الذي أعدت لأجله خاصة بعدما تدارك المشرع النقص في النص القديم بحيث أضاف لفظة (الموضوعية) لأنها هي المقصودة، ولا توجد أي صعوبة في تطبيق قانون جنسية الزوجين على شروط موضوعية في الحالة التي تتحد فيها جنسية الزوجين، وبالتالي فإن الشروط الموضوعية للزواج هي تلك الشروط الجوهرية والأساسية لقيام رابطة الزواج وأن تخلف أي شرط أو ركن يؤدي الى البطلان.⁵

غير أنه يطرح التساؤل حول القانون الواجب التطبيق في حالة اختلاف جنسية الزوجية فهل نطبق قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الزوجة أو نطبقهما معا⁶؟

للإجابة على هذا التساؤل ذهبت التشريعات وكذا الأحكام القضائية إلى تطبيق

أحد الاتجاهين التاليين:

⁵ عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005، ص 88.

⁶ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 69. و محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية الجزائر، ص 115.

أ- التطبيق الجامع

المقصود من التطبيق الجامع لقانون جنسية كلا الزوجين هو أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون جنسية الزوج في كل من الزوج نفسه والزوجة أيضا، وفي نفس الوقت يجب أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسية الزوجة في الزوجة نفسها وفي الزوج أيضا، وإذا تخلف شرط من الشروط المطلوبة في القانونين في أحد الطرفين أو كلاهما كان الزواج غير صحيح.

وقد عمل بهذا المنهج القضاء الفرنسي بهدف جعل رابطة الزواج صحيحة في نظر كل من دولة الزوج والزوجة، غير أن هذا المذهب صعب التطبيق إن لم نقل مستحيلا باعتبار اختلاف التشريعات في وضع الشروط الموضوعية، ورغم صعوبة تطبيقه إلا أنه يؤخذ به وبطبق فيما يتعلق بموانع الزواج وهذا نظرا لخطورتها إذ يجب هنا الأخذ بالتطبيق الجامع.

ب- التطبيق الموزع

يميل الفقه الحديث إلى تطبيق قانون جنسية أطراف العلاقة الزوجية تطبيقا موزعا، والمقصود بالتطبيق الموزع أنه يكفي لصحة عقد الزواج أن تتوفر الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسية الزوج أن تتوفر فيه فقط دون اشتراط توفرها في الزوجة، وأن تتوفر الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون جنسية الزوجة في الزوجة فقط دون اشتراط توفرها في الزوج، وهذا ما اسقر عليه العمل القضائي ويبدو أنه هو المقصود من مضمون المادة 11 ق م ج بحيث تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين وفقا للتطبيق الموزع، غير أنه يمنع تطبيقه فيما يخص موانع الزواج فلا يطبق عليه إلا التطبيق الجامع.

وقد نصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية على القانون يحكم الشروط الموضوعية للزواج في الحالة التي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري

وأجنبية واعتبرته صحيحا شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج.

وبالمقابل فإن الأجانب الذين يتم زواجهم بالجزائر يخضعون إلى قانون جنسيتهم.

ونلاحظ أن بعض الدول نصت صراحة في تشريعاتها على الأخذ بالتطبيق الموزع منها : ألمانيا، تركيا، بولونيا والبرتغال والنمسا... ما عدا مواعن الزواج التي أخضعتها إلى التطبيق الجامع.

ج- الاستثناء الوارد على حكم المادة 11

أورد المشرع استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة 11 مضمون هذا الاستثناء هو جعل الاختصاص للقانون الجزائري وحده فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج إذا كان أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا وقت انعقاد الزواج.

وهذا الاستثناء يرد عليه هو الآخر استثناء يتعلق بالأهلية، إذ تبقى خاضعة إلى قانون جنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من ق م ج بقولها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذ كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج "

2- الشروط الشكلية للزواج والقانون الذي يحكمها

الشروط الشكلية للزواج تعني تلك الأوضاع اللازمة لإظهار إرادة الزوجين إلى العلم الخارجي⁷ مثل: المسائل المتعلقة بشهره وتحريره وإعطاء الوكالة فيه ...

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده لم ينظم هذه المسألة بقاعدة إسناد خاصة ولذلك لا بد من الرجوع إلى قاعدة الإسناد التي تحكم شكل التصرفات الواردة في المادة

⁷- أمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص222.

19 من ق م ج التي تنص: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ".

وطبقا لهذا النص فإن القانون الذي يحكم شكل الزواج هو المحل الذي تم فيه الزواج ويجوز أيضا أن يخضع لقانون الموطن المشترك للزوجين أو لقانون جنسيتها إذا اتحدت جنسيتها أو للقانون الذي يسري على أحكام الزواج الموضوعية، وعليه فإن الزواج الذي يعقده الجزائريين في الخارج وفقا لشكل البلد الذي يتواجدون به يعتبر صحيحا، كما يجوز لهم أيضا أن يلجؤوا إلى القنصلية الجزائرية لاتباع الشكل المطلوب في القانون الجزائري طبقا لنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري والتي تنص على أنه: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج...".

والملاحظ أن قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل هي قاعدة معروفة منذ القدم تسمى بقاعدة لو كيس⁸ التي اعتفتها أغلب التشريعات مع الاختلاف في مدى إلزاميتها.

مدى إلزامية قاعدة locus⁹

أ- قاعدة locus ملزمة

ذهبت بعض الدول في تشريعاتها إلى جعل القواعد التي تحكم شكل التصرف إلى قانون المحل قواعد إلزامية آمرة لايجوز مخالفتها على الإطلاق ومن هذه التشريعات

⁸ - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2011، ص 176.

⁹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 70-71.

قانون الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الإنجليزي والقانون الياباني ومن سار في هذا الاتجاه.

ب- قاعدة Locus اختيارية

لم تجعل الدول العربية والدول الأوروبية قاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون المحل قاعدة إلزامية بل جعلتها اختيارية، وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده أعطى الاختيار للمتعاقدين بين شكل الزواج وفقا لقانون المحل الذي تم فيه وبين شكله وفق قانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية كالتصرف.

وهذا ما هو واضح في نص المادة 19 خاصة بعد تعديلها بالقانون 10/05 التي نصت صراحة على أن قاعدة لو كيس اختيارية من خلال قول المشرع "ويجوز" وذكرها لعدة ضوابط أخرى غير ضابط المحل، وهذا ما تدعمه نصوص قانون الحالة المدنية خاصة المادة 95 والمادة 95 والمادة 97 التي تجيز للجزائريين في البلاد الأجنبية أن يتقدموا إلى القنصلية الجزائرية لعقد زواجهم وفقا لقانون جنسيتهم، وعليه يعتبر الزواج الذي تم في شكل يتطلبه بلد أجنبي يعتبر صحيحا في البلد الآخر وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1902 (يعتبر الزواج الحاصل من حيث الشكل طبقا لقانون البلد الذي يباشر فيه صحيحا في كل مكان آخر) فقا للمادة 05 منها.

أما بالنسبة للدول التي تجعل شكل الزواج ركنا موضوعيا كاليونان فقد أعطتها اتفاقية لاهاي السابقة الحق في رفض الزواج الذي يتم لرعاياها ويكون مخالفا للشكل الديني وهذا حسب نص المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي بقولها (ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه يجوز للبلاد التي يتطلب قانونها شكلا دينيا للزواج ألا تعترف بصحة الزواج

المعقود بين رعاياها في الخارج في غير الشكل الديني المطلوب) وهو نفس المطرح الذي أخذت به معاهد لاهاي لسنة 1978 الخاصة بإبرام الزواج والاعتراف به¹⁰.

ثالثا: القانون الذي يحكم آثار الزواج

يرتب الزواج آثارا منها الشخصية ومنها المالية :

فالآثار الشخصية هي مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوج والزوجة أو المشتركة بينهما¹¹ وهذا مانصت عليه المادة 36 من الأمر 02/05 الخاص بقانون الأسرة المعدل والمتمم.

أما بالنسبة للآثار المالية فتتمثل في الذمة المالية لكل من الزوجين وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها لا ترتب أي أثر مالي باعتبار أن الذمة المالية لكل من الزوجين مستقلة استقلالاً تاماً، بحيث يحتفظ كل طرف من أطراف العلاقة الزوجية بحريته الكاملة في إدارة وتسيير أمواله والتصرف فيها، غير أن هذا لا يمنع من اتفاق الزوج والزوجة على كيفية إدارة أموالهما بشرط ألا يؤدي ذلك إلى جعل أموالهما مشتركة بينهما مثلما هو معروف في الأنظمة الغربية وهذا مانصت عليه المادة 37 من قانون الأسرة قانون 02/05.

وفي الأنظمة الغربية يربط الزواج آثار مالية إلى جانب الآثار الشخصية، والآثار المالية هي مجموعة من القواعد القانونية أو الاتفاقية التي تبين حقوق كل من الزوجين والتزاماته، وذلك في كل ما يتعلق بملكية الأموال وإيراداتها وإدارتها والانتفاع بها، وهذه الأنظمة السائدة في الغرب قد تكون قانونية بحيث تكون واجبة الإلتباع مالم يتفق الزوجان على نظام آخر

¹⁰ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مطبعة الكاهنة الجزائر 2000، ص155.

¹¹ - محمد حبار، القانون الدولي الخاص، دار الرؤى للنشر والتوزيع الجزائر، ص128. و محمد عبد العال عكاشة، الاجراءات المدنية والجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار المطوعات الجامعية الاسكندرية 2008، ص271.

وقد تكون اتفاقية يعتمدها الطرفان بمقتضى عقد خاص غير عقد الزواج يسمى مشاركة الزواج¹².

1- القانون الذي يحكم آثار الزواج في الدول الغربية

الأنظمة الغربية غير موحدة بخصوص القانون الذي يحكم آثار الزواج خاصة منها المالية، فنجد أن القانون الفرنسي يخضع آثار الزواج الشخصية إلى قانون جنسية الزوج، أما الآثار المالية¹³ فقد اختلف الفقه بشأنها فاعتبرها بعض الفقهاء داخلة في نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي فهي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وهناك طائفة من الفقهاء والأحكام القضائية أخرجت آثار الزواج من نطاق الأحوال الشخصية وبالتالي اختلف في القانون الذي يحكمها.

فهناك من أخضع الآثار المالية إلى قانون الإرادة سواء كانت الإرادة ضمنية أو صريحة، وهناك من أخضعها إلى القانون الذي يحكم الموضوع على أساس أنها واقعة وبالتالي يحكمها ما يحكم الواقعة.

وأخضع بعض الفقهاء آثار الزواج إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين توحيدا لمصالح الأسرة والمساواة بين الزوج والزوجة وهذا ماكانت تأخذ به ألمانيا الاتحادية واليونان والبرتغال، كما أخضع جانب من الفقه آثار الزواج إلى قانون الموطن المشترك الذي استقر فيه الزوجان باعتبار أن إرادتهما قد انصرفت إلى اختيار قانون الموطن على آثار الزواج المالية.

¹² - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص74. والطبيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بقوانين الدول العربية، المرجع السابق، ص164.
¹³ - أمين دربة، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع 2011، جامعة مولاي الطاهر ، ص37.

2- القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج في التشريع الجزائري

يسند التشريع الجزائري الآثار المالية والشخصية للزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج فتتص المادة 12 من القانون المدني 10/05 "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج".

والملاحظ على هذا النص أنه نص صراحة على خضوع كل من الآثار الشخصية والمالية إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج وهذا عكس النص السابق قبل التعديل الذي كان يركز على الآثار المالية دون أن يذكر الآثار الشخصية وفي هذا أكثر وضوح ودقة لأن كلا الأثرين مهمين.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد هذه الآثار مفصلة في المادة 36 والمادة 37 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

ويستنتج من قاعدة الإسناد الواردة في المادة 12 من ق م ج أن المشرع بتحديدته للقانون الذي يطبق ويعتد به وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج. نجده من جهة غلب وفضل قانون جنسية الزوج باعتباره رب الأسرة ومن ثم يعطيه القانون سلطة رعايتها، ومن جهة أخرى فقد اعتبر أن آثار الزواج تظل خاضعة إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج حتى ولو غير جنسيته بعد قيام الرابطة الزوجية، وتبرير ذلك أن حقوق وواجبات الطرفين قد نشأت مع قيام الزواج وانعقاده وقبلت بها الزوجة وليس من العدل أن تتغير بناء على إرادة الزوج المنفردة لأنه غير جنسيته.

غير أنه كان من الأفضل على المشرع في الحالة التي تصبح فيها جنسية كل من الزوج والزوجة جنسية واحدة أن يخضع هذه الآثار إلى قانون الجنسية المشتركة وليس

إلى قانون جنسية الزواج وق إبرام عقد الزواج، وذلك توحيدا للنظام القانوني الذي يحكم الزواج وحتى لا يكون هذا القانون المطبق قانونا غريبا وأجنبيا على كلا الزوجين.

الاستثناء الوارد في المادة 13 بالنسبة إلى آثار الزواج

إذا كان الزوج جزائريا فإنه في هذه الحالة تكون العلاقة الزوجية ومايرتب عليها من آثار الزواج خاضعة لقانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج طبقا للقاعدة العامة الواردة في نص المادة 12، غير أن المشرع أخضع آثار الزواج التي تكون فيها الزوجة جزائرية والزوج أجنبيا إلى القانون الجزائري وحده وهذا استثناء من الأصل العام الذي يجعل خضوع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج .

وبالتالي يطبق القانون الجزائري على آثار الزواج إذا كان الزوج أجنبيا وفي المقابل الزوجة جزائرية كاستثناء من القاعدة العامة.

3- القانون الذي يحكم بطلان الزواج

يتجه الرأي الراجح في الفقه إلى اخضاع الزواج الباطل إلى نفس القانون الذي يحكم الشرط الذي تخلف والذي كان سببا في بطلان الزواج.

مثال ذلك: أن القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج هو قانون جنسية الزوجين ويترتب على ذلك أن قانون جنسية الزوجين هو الذي يحكم بطلان الزواج.