المحاضرة رقم 09

القانون الواجب التطبيق على الزواج

(انعقاد، آثار وانتهاء)

أولا- القانون الذي يحكم الزواج من حيث شكله:

إذا اثير نزاع حول صحة شكل الزواج، فمعنى ذلك أنه يجب إثباته، ويتم ذلك بتقديم الدليل أمام القضاء .ولإقامة الدليل على وجود الزواج لابد من تحرير عقد به، إذ تنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي ":يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9مكرر من هذا القانون. ويعتبر من الشروط الشكلية للزواج حسب القانون الجزائري كافة الاجراءات المتعلقة بتسجيل الزواج والجهات المختصة بابرامه وأشكال تحريره كالصيغ والتوقيعات المطلوبة فيه، وكذا طريقة إشهاره واعلام. الغير به وإثباته.

لم يرد في القانون المدني الجزائري نص خاص بشأن القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج. إلا أن القواعد العامة في القانون المقارن قد وضعت قاعدة إسناد متعددة الضوابط واختيارية التفضيل بحيث يجوز إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الابرام ، كما يمكن انشاء عقود زواجهم وفقاً للشكل الذي ينص عليه قانون جنسيتهما يقضي بابرام الزواج وفقاً للشكل الدبلوماسي او القنصلي.

والمشرع الجزائري نص صراحة على خضوع شكل التصرفات الى احكام المادة 19 قانون مدني التي نصت على قانون بلد الابرام، هذه المادة تطلق نوعين من الأحكام تكون الزامية في حالة اختلاف جنسية الزوجين واختيارية في حالة اتحاد جنسية الزوجين.

<u>بالنسبة لزواج الجزائريين في الخارج</u> : تحكمه نصي المادتين 96 و 1/97 من قانون الحالة المدنية الجزائري

مع استثناء زواج الجزائرية مع أجنبي الذي يبقى خاضعا لشرط اثبات الاسلام، خوفا من هروب الجزائريات الى الخارج من اجل عقد زواجهم مع أجانب غير مسلمين.

<u>بالنسبة لزواج الأجانب في الجزائر</u> : فيخضع لنص المادة 19 من ق م ج وتطبق في حالتين في حالة اتحاد جنسية الزوجين تصبح قاعدة المادة 19 اختيارية التطبيق، وفي حالة اختلاف جنسية الزوجين تصبح قاعدة المادة 19 الزامية التطبيق.

اثبات الزواج:

يخضع اثبات عقد الزواج الى قانون مكان الابرام، فلا يمكن اثبات واقعة الزواج الا بمستخرج من سجلات الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. ففي حالة عدم تسجيل الزواج لأي حال من الاحوال يعرف في هذه الحالة بأنه زواج عرفي، فيدخل ضمن العقود المغفلة ضمن مفهوم المادة 39 من قانون الحالة المدنية.

اذا كان هذا الزواج العرفي الجاري في دولة أجنبية متنازع فيه أمام القضاء الجزائري فلابد على صاحب المصلحة الزوج أو الزوجة رفع دعوى قضائية أمام محكمة المدعى عليه. وسواء كان هذا الزواج العرفي المبرم في الخارج بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية فلابد على القاضي الوطني قبل الحكم باثبات واقعة الزواج التأكد من توافر الشروط الموضوعية للزواج بالنسبة للطرف الجزائري المنصوص عليها في المادتين 9 و 9 مكرر من ق م ج. أما اذا تعلق الأمر بزواج تم على غير الدين الاسلامي فإن القاضي الجزائري يرفض الحكم بتثبيت واقعة الزواج.

أما اجراءات تسجيل الزواج العرفي الجاري في الخارج الغير متنازع في وقوعه فلقد نصت المادة 100 [1] من قانون الحالة المدنية على أن الزواج الذي تم في الخارج بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية ولم يسجل لعدم التصريح به أو ضياع عقد الزواج واتلافه، فإن المادة توكل رئيس محكمة أي محكمة من محاكم التراب الوطني للقضاء بتسجيله في سجلات القنصلية. وتبدأ اجراءات التسجيل بتقديم صاحب المصلحة طلب مكتوب لوكيل الجمهورية لدى المحكمة (أي محكمة من محاكم التراب الوطني) على أن يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوجين، وشهادة الشاهدين اللذين حضرا عقد الزواج، ويتولى وكيل الجمهورية بتقديم عريضة لدى رئيس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة، ويقرر هذا الأخير إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج في سجلات القنصلية أو السفارة الجزائرية.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج.

تخضع الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون جنسية كلا الزوجين تطبيقا موزعا [2] وهو مانصت عليه المادتان 11 من ق م ج و 1/97 من قانون الحالة المدنية.

---

[1]- المادة 100 المعدلة بموجب القانون 17-03 الصادر في 2017/01/10 ، الذي يعدل ويتمم القانون رقم 70-20 الصادر في 1970/02/19 والمتعلق بالحالة المدنية.

[2]- يقصد بالتطبيق الموزع أنه يكفي أن تتوافر في كل من الزوجين الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته فقط. أي اعتبار الشروط الموضوعية صحيحة بالنسبة لجنسية كل من الزوجين على انفراد.

الشروط الموضوعية لعقد الزواج هي المنصوص عليها حسب القانون الجزائري في نصي المادتي 9+ 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والمتعلقة ب: ركن الرضا+ الأهلية + الولي + الصداق+ الشاهدان + عدم وجود الموانع الشرعية(المؤبدة والمؤقتة).

إن أهم الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية على الشروط الموضوعية لعقد الزواج هي تمتع الشخص بأكثر من جنسية دولة أو أنه لا يتمتع بأي جنسية دولة هنا نفعل أحكام المادة 22 من ق م ج.(جنسية القاضي وان لم توجد فالجنسية الفعلية وفي حالة انعدام الجنسية نطبق احكام الموطن). وان صادف القاضي اشكالية التعدد الاقليمي والشخصي للقوانين المنصوص عليها في المادة 23 من ق م ج ففي حالة التعدد الاقليمي فيطبق الاسناد الداخلي الذي يحدد له أي تشريع يطبقه. وفي حالة التعدد الشخصي يطبق التشريع الخاص بالطائفة، مثلا الأقباط في مصر لديهم تشريع خاص بهم في الأحوال الشخصية.

الاستثناء الوارد على القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج هو استثناء المادة 13 من ق م والذي مؤداه أن لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فان القانون الجزائري هو وحده الذي يطبق على هذه الشروط وبالتالي فان المادة 13 تتضمن استثناءا على القاعدة العامة المقررة في المادة 13 ماعدا فيما يخص الأهلية تبقى خاضعة لنص المادة 10.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

يسري على آثار الزواج قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهو ما نصت عليه المادة 1/12 من ق م. ويقصد بالآثار هي الآثار الشخصية والمالية لعقد الزواج . والمقصود بالآثار الشخصية هي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والمنصوص عليها في المادة 36 من قانون الاسرة اللجزائري. أما الاثار المالية فهي الاموال الدائرة بين الزوجين بسبب عقد الزواج. وحددت احكامها المادة 37 من قانون الاسرة.

الاستثناء الوارد على القانون الذي يحكم آثار الزواج هو استثناء المادة 13 من ق م والذي مؤداه أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فان القانون الجزائري هو وحده الذي يطبق على آثار الزواج.

رابعا: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.

تنحل الرابطة الزوجية بأحد الصور التالية طلاق، تطليق ، والخلع وفي كل هذه الأشكال يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (المادة 2/12 من ق م) واذا كان الزوجان يحملان نفس الجنسية يطبق عليهما بطبيعة الحال القانون الوطني المشترك.

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على آثار الطلاق طالما المشرع الجزائري لم يخص آثار الطلاق بقاعدة اسناد محددة فسنلحق اثار الطلاق بالطلاق ونخضعهما الى نفس القانون وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

تجدر الملاحظة انه لابد من التفريق بين القانون الذي يحكم الطلاق واجراءات الطلاق أو التطليق فهذه الاخيرة تبقى خاضعة لقانون القاضي أو الاجراءات الوقتية كالحكم بنفقة وقتية والاذن للزوجة بالمكوث في البيت الزوجية، وكل ذلك على أساس المادة 21 مكرر. أما مسالة ما يعد من المسائل الاجرائية او الموضوعية هي مسالة تكييف تكون على اساس قانون القاضي (المادة 9 من ق م).

الاستثناء الوارد في المادة 13 من ق م يسري كذلك على الطلاق وآثاره وبالتالي اذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فيخضع هذا الزواج من اوله الى غاية انحلاله الى القانون الجزائري.

***الإنفصال الجسماني:**

هو من المصطلحات التي أتى بها تعديل 2005 في القانون المدني و يعني وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة، مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة. وتتخذ بعض القوانين الحديثة هذا النظام كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين باختيار أحد الطريقتين اما الصلح أو الطلاق وهذا يتناقض مع احكام قانون الاسرة المستمدة أحكامه من الشريعة الاسلامية . وهنا قاعدة الاسناد المتعلقة بالانفصال الجسماني لا تتعلق بانشاء حق ولكن فقط تسمح بالمطالبة بآثار هذا الحق أمام القاضي الجزائري فيما لو اكتسب هذا الحق بالخارج.

حددت المادة 2/12 أن القانون الذي يحكم الانفصال الجسماني هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

خامسا- القانون الواجب التطبيق على الحضانة :

يتجه الرأي الفقهي الغالب إلى تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، فأثناء الحياة الزوجية يكون الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين أما بعد انفصالهما كلاهما حول من تسند إليه حضانة الأولاد . إذ اعتبر القضاء الفرنسي الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون

الذي يحكم انحلال الزواج. وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة اسناد صريحة خلافا لبعض التشريعات العربية .وبعبارة أخرى فإنه بموجب عملية التكييف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 9 من القانون المدني، تعد الحضانة من آثار الطلاق

***تنازع القوانين في موضوع الحضانة**

إن من أهم الآثار التي يخلفها الانفصال بين الزوجين مسألة الحضانة، نظرا لأهميتها من حيث أنها توفر التكفل والعناية والتربية للطفل، الذي هو في حاجة لازمة لها، مادام أنه لا يقدر على إدارة أموره بنفسه، فقد حظيت باهتمام كافة التشريعات الوضعية، التي عالجتها بالكثير من المواد القانونية، لتنظيمها في إطار العلاقات الداخلية .أما في إطار العلاقات الخاصة الدولية، فنظرا لأنها علاقة متعدية الأطراف بحيث فيها الأب، الأم، الطفل، ومن الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعا، فقد أثارت مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكمها.

***موقف المشرع الجزائري:**

بالنسبة للقانون الجزائري، فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فإن الأمر جار على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره. وحسما للخلاف الفقهي القائم حول مسألة تكييف الحضانة وتحديد القانون الذي يحكمها. على هذا الأساس يسند القانون الجزائري موضوع الحضانة إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون.

يجب على المشرع الجزائري إحداث نص خاص ينظم مسألة الحضانة مسايرة لما وصل إليه الفقه والقانون المقارن من تطور ملموس فيما يخص الحلول المقترحة في هذا المجال، خصوصا وأن الحضانة تعد من اعقد وأبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب.

سادسا-القانون الواجب التطبيق على النسب:

أهم ما يترتب عن الزواج بالنسبة للأولاد هو تحديد نسبهم لأب معين وأم معينة، بالإضافة إلى ما ينطوي عليه من اعتبارات أدبية واجتماعية ونفسية وعاطفية على درجة كبيرة من الأهمية، فإنه يرتبط بآثار قانونية من حضانة ونفقة واسم وميراث إذا كانت بعض المسائل لا تطرح إشكالا، إذ تخضع بدون خلاف للقانون الذي يحكم آثار الزواج، فإنه في المقابل هناك مسائل أخرى تعرف مزاحمة قوانين أخرى مثل قضايا النسب .فإن أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج، بموجب المادة1/12قانون مدني، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، (على أن يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج المادة 13 ق م)، إلا أن النسب ورغم اعتباره من آثار الزواج، فقد استأثر بقاعدة إسناد خاصة به، لاعتباره علاقة ثلاثية الأطراف تربط الابن والأب والأم، والتي قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية شرعية وصحيحة ، وقد تكون ناتجة عن علاقة غير شرعية لا يقرها الشرع ولا يعترف بها القانون

أما **البنوة غير الشرعية** هي البنوة الناتجة خارج إطار الزواج أو من زواج باطل ثبتت فيه سوء نية الزوجين كما سبق بيانه، وإذا كان إثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو في ذاته إثبات للبنوة للوالد الآخر، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للبنوة الطبيعية، إذ قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر.

النسب هو إنتماء الشخص إلى أصل معلوم، وهو رابطة سامية وصلة عظيمة تجمع الأولاد بالآباء، لكنها ليست مجرد علاقة دموية فحسب، بل لثبوتها لابد أن تكون علاقة شرعية، ذلك أن انتساب الولد لأمه يثبت في غالب الحالات بمجرد الولادة، سواء كانت شرعية أو غير شرعية .وحسب الشريعة الإسلامية، لا يترتب عن النسب غير الشرعي آثار النسب الشرعي، لكن في قوانين الأسرة في البلدان الأجنبية المطبوعة بمبادئ الحرية في العلاقات بين الرجل والمرأة، أفرزت نوع من التجاذب بين نماذج مختلفة من المؤسسات الأسرية، وعليه أضحى النسب الطبيعي يحتل مكانة مهمة داخل هاته المجتمعات، إذ تم الاعتراف للطفل غير الشرعي بنفس حقوق الطفل الشرعي، سواء تعلق الأمر بالنفقة أو الجنسية أو الإسم والإرث .

أما عن موقف المشرع الجزائري،

أما المشرع الجزائري، فبعدما كان ملتزما الصمت إزاء مسألة النسب، فإنه قد حسم ذلك صراحة من خلال المادة 13مكرر قانون مدني، التي تقضي ب" :يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره، قانون

جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة."

يرجع تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الأب على قانون جنسية الأم إلى الدور المعترف به للرجل في الدول العربية، كما يصعب تصور تطبيق الجامع لقانوني الأبوين، ومتى تبين أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب استنادا إلى المادة 13 مكرر سالفة الذكر، فإن المواد من40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسألة.