ثانيا – القانون الواجب التطبيق على الزواج :

الزواج هو رابطة بين الرجل و المرأة تهدف الى تكوين أسرة شرعية و تترتب عليها آثار قانونية تتمثل في حقوق و والتزامات متبادلة بين كل من الزوجين .

و يرتبط الزواج بالمفاهيم الدينية و الاجتماعية و السياسية في كل دولة مما أدى الى اختلاف تشريعات الدول فيما تضمنه من أحكام خاصة لتنظيم هذه الرابطة، فالزواج رابطة دينية في بعض الدول و مدنية في دول أخرى و من الدول من تسمح بالتعدد في حين أن دول أخرى تعتبر التعدد جريمة ، كما ان من الدول من تسمح بإحلالها و منها ما تجعلها رابطة أبدية .

و نظرا لأهمية الزواج باعتباره عماد الأسرة و عنصر تكوينها الأساسي فقد حضي باهتمام المشرع الجزائري الذي وضع له قواعد اسناد خاصة بمختلف مراحله بدءا من انعقاده الى آثاره ثم انحلاله .

1. انعقاد الزواج : La formation du marriage

الخطبة fiancaille

كان لتباين المفاهيم السائدة في النظم القانونية المختلفة حول المقصود بالخطبة أثره في اختلاف هذه الأنظمة في تحديد قاعدة الاسناد المناسبة لها ، بل في اطار النظام القانوني الواحد يغلب ألا يخص المشرع مسألة الخطبة بقاعدة اسناد ، و من هنا كان الاختلاف أيضا في تحديد طبيعتها ، فتارة ينظر للخطبة باعتبارها عقد عادي كسائر العقود و تخضع بذلك لقانون الارادة و تارة يغلب في تحديد طبيعتها اعتبار أنها بمثابة عقد من عقود الأسرة ممهد للزواج فتخضع للقانون الشخصي

و أخيرا ينظر اليها بمناسبة نزاع يدور حول فسخها فيلقي بها القضاء في دائرة الأفعال الضارة المترتبة للمسؤولية و تدخل في ذلك في اختصاص القانون المحلي ، و هذا الحل الأخير هو ما انتهجه الفقه و القضاء الفرنسي .

أما عن الخطبة في القانون الجزائري فلا توجد في قانوننا الوطني قاعدة اسناد خاصة بها، و مع ذلك فلا يوجد اختلاف حول تكييفها بأنها من مسائل الأحوال الشخصية ، لأنها ليست الا تمهيدا لعقد الزواج أو وعدا بإبرامه ، و لذا فهي تخضع بذات القانون الذي يخضع له الزواج.

فبالنسبة للشروط الموضوعية تخضع لقانون جنسية الطرفين و ذلك على النحو المتبع فيما يتعلق بموضوع الزواج أما الشروط الشكلية فتخضع لقانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو لقانون المكان الذي تمت فيه .

أما عن آثار الخطبة فتخضع . بطريقة القياس على قاعدة الاسناد الخاصة بالزواج . لقانون جنسية الخاطب و قت الخطبة.

و بالنسبة للعدول عن الخطبة فيخضع طبقا للفقه المصري السائد للقانون الذي يحكم انعقاد الخطبة لأن العدول حل لهذه الرابطة .

<u>قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج</u> :

تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون كل من الزوجين و ذلك طبقا للمادة 11ق م ، و من البديهي أن العبرة بوقت انعقاد الزواج باعتباره الوقت الذي يتعين فيه توافر الشروط الموضوعية لصحة انعقاد الزواج .

و من المعروف أن الشروط الموضوعية لصحة الزواج تتمثل وفقا للقانون الجزائري في الرضا، الأهلية موافقة الولي ، المهر ، شهادات ، انعدام الموانع الشرعية للزواج (المواد 9و 9 مكرر ق الأسرة)

و من المعروف أيضا أن تحديد المقصود بهذه الشروط هو مسألة تكييف يخضع لقانون القاضي، و لكن ينبه أغلب الفقه على ضرورة ألا يقف القاضي عند الحدود التي رسمتها الشريعة الاسلامية للشروط الموضوعية لصحة الزواج بل يجب أن تتسع نظرته في هذا المجال بحيث يتمكن من استيعاب النظم القانونية الأخرى .

و لعل الحكمة من اشتراط تطبيق قانون كل من الزوجين تكمن في أن الزواج يؤدي الى خلق رابطة قانونية جديدة بين شخصين و من ثم فمن المنطقي أن يؤخذ في الاعتبار عند انشاء هذه الرابطة قانون دولة كل من الطرفين.

وعند تطبيق هده القاعدة اذا كان الزوجان من جنسية واحدة فلا تكون هناك اية صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج ، اد سيخضع الزواج في هذه الحالة لقانون الجنسية المشتركة للزوجين .

لكن اذا كان الزوجان الاجنبيان ينتميان الى جنسيتين مختلفتين فيثور تساؤل عن المقصود بقانون كل من الزوجين

ذهب جانب من الفقه الى أن المقصود هو التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين ، Application Cumulative أي أن يستوفي كل طرف الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج المقررة في قانون جنسيته و في قانون جنسية الطرف الآخر ، وذلك تأسيسا على أن هذه الشروط يقصد بها حماية الرابطة الزوجية ذاتها و في نفس الوقت تلافي اعتبار هذه الرابطة صحيحة في قانون أحد الزوجين و غير صحيحة طبقا لقانون دولة الزوج الآخر.

و الواقع أن التطبيق الجامع لكل من القانونين يجعل من الصعوبة بمكان أن ينعقد الزواج صحيحا، اذ يجعل مناط صحته أن تتوافر فيه شروط الصحة المنصوص عليها في قانونين في آن واحد ، مما يؤدي الى تطبيق القانون الأكثر تشددا .

ولذلك نميل إلى ما يذهب الفقه الحديث من تطبيق قانون كل من الزوجين تطبيقا موزعا Application distributive بمعنى أنه يكفي الانعقاد الزواج صحيحا أن يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط ، وذلك استنادا الى أن كل قانون يهدف الى حماية مواطنيه .

إلاّ أن هناك بعض الشروط التي يتحتم بشأنها التطبيق الجامع للقوانين و نقصد بها الشروط التي تقرر موانع الزواج ، فهذه الشروط تتصل بجوهر الزواج ذاته و ليس من المتصور امكان تحققها بالنسبة لأحد الزوجين دون آخر.

قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج:

يقصد بالشروط الشكلية للزواج الأوضاع اللازمة للتعبير عن الارادة و لإثبات التصرف و علانيته ، أما تحديد ما يعتبر من الشروط الشكلية للزواج و ما يعتبر من الشروط الموضوعية فهي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي و هو القانون الجزائري .

و بالرجوع الى القانون المدني الجزائري نجده قد جاء خاليا من أي نص يحدد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ، ولكن باعتبار أن الزواج تصرف قانوني فيخضع من حيث الشكل الى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية و هي قاعدة لوكس Locus الواردة في المادة 19 ق م و التي تقضي بخضوع التصرفات القانونية من حيث الشكل لقانون المكان الذي تمت فيه و

يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية Locus regit actum .

و هناك المواد 95 و 97 من قانون الحالة المدنية لسنة 1970 و ضمنيا المادة 71 من ذات القانون ، التي تقضي باختصاص قانون محل الابرام اذا كان الزوجان أجنبيان أو أحدهما فقط أجنبي ، بشرط أن يكون الأجنبي مقيم في الجزائر لمدة شهر على الأقل (م71) ، في حين أجازت المادة 97 للسلك الدبلوماسي أو القنصلي الجزائري ابرام الزواج حسب الشكل المقرر في الجزائر و لو كان الزوج وحده جزائريا .

نميز إذن بين فرضين :

زواج الجزائريين في الخارج : يجوز للجزائريين عقد زواجهم في الخارج وفق الشكل المحلي طبقا للمادة 97ح م ، و هو نص خاص بين الجزائريين أو بين جزائري و أجنبية ، أما الذي يعقد بين جزائرية و أجنبي فلا يجوز عقده في الشكل المحلي و يرجع سبب ذلك الى التخوف من ذهاب الجزائريات الى الخارج لعقد زواجهن فيه .

تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم غير أن هذا التخوف ليس في محله في نظر البعض ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائري الضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج مع غير المسلم .

زواج الأجانب : للأجانب الخيار بين عقد زواجهم وفق الشكل المحلي الجزائري و بين عقده وفق قانون جنسيتهم و هذا اذا كان الطرفان من جنسية واحدة أو وفق الشكل المقرر في قانون موطنهما المشترك .

واذا تم زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي فانه على الزوجين احترام كل الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري كحضور شاهدين و الاقامة في الجزائر لمدة لا تقل عن شهر .

صلاحية الأعوان الدبلوماسيين و القناصل في ابرام زواج رعاياهم :

تسمح غالبية الدول لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاتنا الدبلوماسية و القنصلية في الدول المعتمدة فيها، كما أقرت هذا الاختصاص بعض المعاهدات الدولية كاتفاقية لاهاي سنة 1902 الخاصة بالزواج، واتفاقية فينا المبرمة في 24 أفريل 1963 وكذا معاهدة لاهاي لسنة 1978، والاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974 .

وفي الجزائر طبقا للمادة 96 ق م يعد الزواج المبرم أمام السلك الدبلوماسي الجزائري المعتمد في بلد أجنبي صحيح سواء تم طبقا للشكل المحلي أو الشكل الجزائري.

2. آثار الزواج :

يترتب على الزواج حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين و هذه الحقوق و الالتزامات بعضها ذات صبغة شخصية ، و البعض الآخر ذات صبغة مالية ، و مثال الأولى حق الزوج على زوجته في الطاعة والبقاء في المنزل ، و حق الزوجة على زوجها في العدل و حسن المعاشرة ..الخ

أما الثانية فمثالها حق الزوجة على زوجها في المهر و النفقة ، و أيضا ما تقرره بعض الأنظمة القانونية من حقوق كل من الزوجين على أموال الطرف الآخر ، من حيث ملكية أموالهما و الانتفاع بها أو ادارتها و هو ما يعرف بالنظام المالي للزوجين .

طبقا للمادة 12ق1 تخضع آثار الزواج المالية و الشخصية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، وبذلك فالمشرع الجزائري قد أكد على أن الآثار المالية رغم تعلقها بالأموال الا أنها لا تخرج من دائرة الأحوال الشخصية خلافا لما جرى عليه العمل في فرنسا من اعتبار النظام المالي للزوجين من الأحوال العينية و اخضاعه لقانون الارادة مثل كل العقود .

كما أن الغلبة في هذه القاعدة هي لقانون جنسية الزوج ، وهو اختيار موضوعي لقانون رب العائلة اعتبارا للدور المعترف به في المجتمع الاسلامي للرجل داخل الاسرة .

و بالنسبة للوقت الذي يعتد به بجنسية الزوج هو وقت انعقاد الزواج ، وذلك تجنبا لمشكلة التنازع المتحرك

الذي ينشأ نتيجة تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج .

3. انحلال الزواج : devolution du marriage

تنص المادة 12/ف2 ق م بأنه يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى .

طرق انحلال الزواج تختلف من دولة لأخرى و يمكن القول أن هناك ثلاث أنظمة قانونية لانحلال الزواج هي الطلاق La repudiation و هو حل الزواج بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين و عادة ما يكون الزوج كما هو معروف في الشريعة الاسلامية .

التطليق La divorce و هو انهاء رابطة الزوجية بحكم قضائي عند توافر شروط التطليق التي حددها القانون .

والنظام الثالث هو الانفصال الجسماني La separation de corps و هو ليس انهاء الرابطة الزوجية و لكنه حكم بالتفرقة بين الزوجين مع بقاء رابطة الزوجية قائمة بينهما فهو مجرد اجراء وقائي يهدف الى عدم تفاقم الخلاف بين الزوجين و منحهما مهلة من الوقت تتيح لهما مزيدا من التريث قبل الحكم بالتطليق .

أسند المشرع الجزائري كل أنواع انحلال الزواج الى قانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 12/ق م .

كما أن هذا النص من شأنه حل مشكلة التنازع المتحرك عندما يغير الزوج جنسيته، فالمعتد به هو قانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى و ليس عند ابرام الزواج كما هو مقرر بالنسبة لآثار الزواج .

بنص المشرع الجزائري على مسألة الانفصال الجسماني يكون قد تفادى مشكلة عدم استيعاب القانون الجزائري لبعض النظم الغير معروفة فيه ، ذلك أن قواعد الاسناد موضوعية لتطبق على الوطنيين و الأجانب ، فاذا ترافع الى القاضي الجزائري زوجان يقر قانونها الشخصي هذا النظام أصبح لا اشكال يطرح بشأن القانون الواجب التطبيق عليه.

مجال تطبيق قانون جنسية الزوج : إن القانون الذي يحكم انحلال الزواج هو الذي يرجع اليه لمعرفة ما اذا كان الحق في الطلاق معترفا به في دولة هذا القانون أم لا ، واذا كان معترفا به فيها فمن من الزوجين يملك ايقاعه ، و ماهي القيود التي ترد على استعماله ، و هل يجوز التوكيل فيه أم لا؟ كما يرجع الى القانون الذي يحكم انحلال الزواج لمعرفة الأسباب التي تبرر التطليق أو الانفصال الجسماني.

أما إجراءات الطلاق أو التطليق فهي تخرج من نطاق هذا القانون و تخضع لقانون القاضي.

وبالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الزواج فمنها ما يخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج و منها ما لا يخضع له ، اذ أن الآثار التي تتعلق بعلاقة المطلقة بالمطلق كحقها في النفقة و حقها في الحصول على تعويض في حالة الطلاق التعسفي ، تدخل في نطاقه .

أما الآثار التي تخص كل زوج على حدى ، مثل حق الزوج المطلق في أن يعقد زواجا جديدا و المدة التي ينبغي انتظارها للزواج من جديد ، فهي تخرج من نطاق و تخضع للقانون الشخصي.

الاستثناء المقرر في نضام الزواج لصالح القانون الجزائري :

وهو تطبيق القانون الجزائري اذا كان أحد الزوجين جزائريا ، بعد أن وضع المشرع الجزائري قواعد الاسناد الثلاث التي تحدد القانون الواجب التطبيق على نشأة الزواج ، وآثار الزواج و انحلاله في المادتين11 و 12 ق م.

نجد أنه قد نص في المادة 13 على أنه " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 اذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج الا فيما يخص أهلية الزواج " .

حيث يسري على الطرف الأجنبي قانونه الخاص .

ولقد تقرر هذا الحكم في القانون الجزائري و يميزه لمواجهة حالات خاصة يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري و باطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس ، و حينئذ فالعبرة بما يقضي به القانون الجزائري ، ولكن يرى أن بعض الفقه أن النظام العام كان كفيلا وحده لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف للأسس الجوهرية للقانون الجزائري فيما يتعلق بالزواج وكذلك حتى في غياب هذا الاستثناء.