الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جـــــامعة البليـدة 2 لونيسي علي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

المـركـز القـانـونـي للأجـنـبـي في الــزواج المــخــتــلط

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق
تخصص: قانون الأحوال الشخصية

من إعداد الطالبة:
بطاهر خديجة

إشراف الدكتورة:
بن شويخ صارة

السنة الجامعية: 2022/2021.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جـــــامعة البليـدة 2 لونيسي علي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

المـركـز الـقـانـونـي للأجـنـبـي في الــزواج المــخــتــلط

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

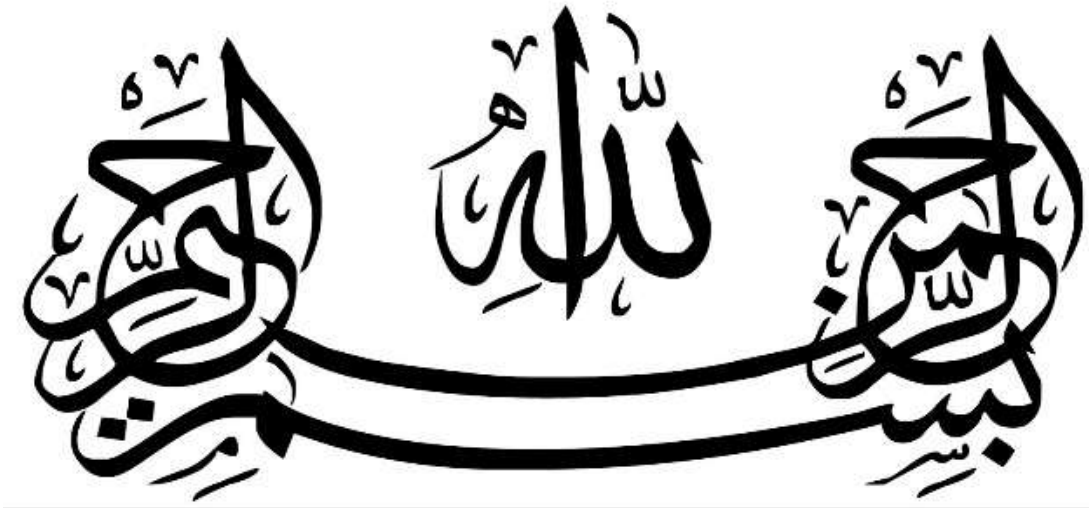
من إعداد الطالبة:
بطاهر خديجة

إشراف الدكتورة:
بن شويخ صارة

أعضاء لجنة المناقشة

نور الدين بوسهوة	أستاذ	جامعة البليدة 2	رئيســـا
صارة بن شويخ	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة البليدة 2	مشرفا ومقررا
بشرى زلاسي	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة البليدة 2	عضوا ممتحنـا
صبيحة حمّار	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر 1	عضوا ممتحنـا
الجيلالي عشير	أستاذ محاضر "أ"	جامعة خميس مليانة	عضوا ممتحنـا
فاطمة عاشور	أستاذة محاضرة "أ"	جـامعة تيبازة	عضوا ممتحنـا

السنة الجامعية: 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى والداي أطال الله بعمرهما وحفظهما الله

إلى أخي وأختي

إلى زوجي

بارك الله لي فيكم ودمتم نعم السند.

وإلى كل من كان عونا لي

وإلى كل طالب مجتهد

أهديكم ثمرة جهدي

شكر وعرفان

الحمد لله العلي القدير الذي أفاض علي من نعمه وآلائه وجميل عطائه بأن هداني لأن أسلك طريق العلم، أحمده وأثني عليه كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

فاعترافا بالجميل، وانطلاقا من قوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَلَا تَبۡخَسُواْ ٱلنَّاسَ أَشۡيَآءَهُمۡ ...١٨٣**﴾ _سورة الشعراء، الآية: 183، ومصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: **((لا يشكر الله من لا يشكر الناس))**، كان لزاما علي أن أنسب الفضل إلى ذويه والمعروف لأهله.

يطيب لي أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان والتقدير والعرفان للأستاذة المشرفة _**الأستاذة الدكتورة صارة بن شويخ**_ على تفضلها بالإشراف على هاته الرسالة حتى خرجت في ثوبها الحالي، أشكرها على ما قدمته لي من حسن رعاية، وخالص التوجيه، وتوجيهات صائبة مما هيأ لي انجاز هذا العمل واخراجه في قالبه النهائي.

وأوجه خالص شكري إلى رئيس تخصص الأحوال الشخصية_ **الأستاذ الدكتور سرير ميلود** وكافة أعضاء فرقة التكوين.

كما أخص بالشكر والعرفان والامتنان إلى من قدما لي يد العون وكانا لي خير معين بكل تفان وتواضع _**الأستاذ الدكتور عمرو خليل_ والأستاذ صفاء حسين جاسم من دولة العراق**_ أطال الله بعمرهما وجزاهما الله كل خير وبارك فيهما.

وفي الأخير لا يفوتني أن أتقدم بعظيم الشكر والامتنان إلى **أعضاء لجنة المناقشة** الذين تكرموا بالموافقة على مناقشة عملي المتواضع

الملخص باللغة العربية:

تشهد المجتمعات في مختلف ربوع العالم في الوق الراهن انفتاحا على بعضها البعض من جراء إرساء وتكريس مبدأ حرية تنقل الأفراد الذي أكدت عليه المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية. لقد تيقن الانسان على غرار ديانته بأهمية الزواج الذي سنة الله لعباده وأكدته جميع الشرائع السماوية ليكون بنو البشر خلاء الله في أرضه، فزالت الحدود من ذهن الانسان وزادت فضوليته في التعرف والاطلاع على المجتمعات الأخرى مما نتج عن ذلك ظهور ما يسمى بالزواج المختلط.

والزواج المختلط هو ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين مختلفي الجنسية، ويشترط فيه توافر ذات الشروط الموضوعية والشكلية التي يتطلبها الزواج العادي، إلا أن هذا الزواج يثير إشكالات عديدة تدور حول تنازع الأنظمة القانونية التي ستحكم النزاعات الدولية الخاصة بمسائل الزواج ومن هي المحكمة المختصة بالفصل فيها وتحديد شروط وإجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية، وعلى الرغم من أن التشريعات على اختلافها بما فيها المشرع الجزائري نظمت مسألة الزواج ذي العنصر الأجنبي إلا أن القصور مازال قائما، ويظهر ذلك من الواقع العملي خصوصا فيما يتعلق بإثبات الزواج الدولي المبرم على مستوى السارات الأجنبية المتواجدة بالجزائر، الذي أصبح بمفهوم القانون الجزائري زواجا عرفيا، لابد من إثباته برخصة إدارية تمنح للأجنبي الحق في الزواج.

والزواج المختلط متى استوفى كافة شروطه وأركانه وفقا للقانون المختص قام صحيحا وترتبت عليه آثار قانونية شخصية ومالية، وانعكاسات واضحة على حالة الزوجين مختلفي الجنسية بما فيها من ترتيب حقوق والتزامات للأجنبي على إثر اكتسابه للجنسية بمقتضى هذا الزواج.

الكلمات المفتاحية: مركز الأجانب، الزواج المختلط، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الرخصة الإدارية، آثار الزواج، الجنسية.

قائمة المحتويات:

البسملة

الإهداء

الشكر

الملخص

قائمة المحتويات

مقدمة.....14

الباب الأول: تنظيم مركز الأجانب في الزواج المختلط.....24

الفصل الأول: القواعد المنظمة لمركز الأجانب.....26

المبحث الأول: مفهوم المركز القانوني للأجنبي.....27

المطلب الأول: تحديد مفهوم الأجنبي.....27

الفرع الأول: التطور التاريخي لحالة الأجنبي.....28

أولا: الأجانب في الحضارات القديمة.....29

ثانيا: الأجانب في الحضارة الإسلامية.....32

ثالثا: الأجانب في العصر الحديث.....34

الفرع الثاني: تعريف الأجنبي.....37

أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي للأجنبي.....37

ثانيا: التعريف الفقهي للأجنبي.....39

ثالثا: التعريف القانوني للأجنبي.....44

الفرع الثالث: فئات الأجانب.....47

أولا: الأجانب العاديين.....48

ثانيا: أجانب بالجنسية.....50

ثالثا: المهاجر.....51

رابعا: اللاجئون والنازحون.....52

المطلب الثاني: التنظيم الفني لمركز الأجانب.....56

الفرع الأول: الأساليب الفنية لتحسين مركز الأجانب.....57

أولا: مبدأ تشبيه الأجنبي بالوطني.....57
ثانيا: مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.....59
ثالثا: مبدأ المعاملة بالمثل.....61
الفرع الثاني: التمييز بين الأجنبي والوطني في الحقوق.....67
أولا: تفضيل الوطني على الأجنبي.....68
ثانيا: تفضيل الأجنبي على الوطني.....70
المبحث الثاني: تنظيم عملية دخول وخروج الأجانب في القانون الجزائري.....72
المطلب الأول: دخول الأجانب إلى الجزائر.....73
الفرع الأول: شروط دخول الأجنبي إلى الجزائر.....74
أولا: جواز السفر.....75
ثانيا: وثيقة السفر.....76
ثالثا: التأشيرة.....77
الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بإقامة الأجانب في الجزائر.....80
أولا: ضرورة استصدار بطاقة المقيم.....81
ثانيا: الرقابة على إقامة الأجانب في الجزائر.....85
المطلب الثاني: خروج الأجانب من الجزائر.....86
الفرع الأول: الخروج الإرادي.....87
الفرع الثاني: الخروج اللاإرادي.....89
أولا: تعريف الإبعاد وتمييزه بما يقابله من ألفاظ.....89
ثانيا: حالات الإبعاد.....96
ثالثا: إجراءات الإبعاد.....98
رابعا: الآثار القانونية للإبعاد.....98
الفصل الثاني: حق الأجنبي في الزواج 104
المبحث الأول: الأحكام العامة لانعقاد زواج الأجانب.....105
المطلب الأول: مفهوم الزواج المختلط.....105
الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط.....106

الفرع الثاني: أسباب الزواج المختلط.....109
أولا: أسباب قديمة.....110
ثانيا: أسباب حديثة.....111
المطلب الثاني: أنواع الزواج المختلط.....115
الفرع الأول: التقسيم الفقهي للزواج المختلط.....116
أولا: زواج المسلم من الأجنبية غير المسلمة.....116
ثانيا: زواج المسلمة بغير مسلم.....119
الفرع الثاني: التقسيم القانوني للزواج المختلط.....122
أولا: الزواج المختلط للجزائريين في الخارج.....123
ثانيا: الزواج المختلط للأجانب في الجزائر.....124
المبحث الثاني: إجراءات انعقاد الزواج المختلط.....125
المطلب الأول: إجراءات الزواج المختلط السابقة على العقد.....126
الفرع الأول: الوثائق الإدارية العامة المكونة لملف عقد الزواج المختلط.....126
أولا: وثيقة ميلاد كل من الزوجين أو وثيقة الهوية.....127
ثانيا: شهادة الإقامة.....128
ثالثا: الوثيقة الطبية.....129
رابعا: الشهادات الإدارية الخاصة بإثبات الحالة العائلية.....130
الفرع الثاني: الوثائق الإدارية الخاصة بملف عقد الزواج المختلط.....131
أولا: الرخصة الإدارية الخاصة بالزواج المختلط.....131
ثانيا: الترخيص القضائي.....140
المطلب الثاني: إجراءات الزواج المختلط أثناء العقد.....145
الفرع الأول: الجهات المكلفة بإبرام عقد الزواج المختلط.....146
أولا: اختصاص ضابط الحالة المدنية بتوثيق الزواج.....147
ثانيا: اختصاص الموثق بتوثيق عقود الزواج.....152
ثالثا: اختصاص السلك الدبلوماسي بإبرام عقد الزواج.....155
الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج المختلط.....157

أولا: التسجيل الأصلي للزواج المختلط.....158
ثانيا: التسجيل الاستثنائي للزواج المختلط.....161
الباب الثاني: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط وآثاره.....172
الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط.....174
المبحث الأول: قواعد الاسناد المطبقة على الزواج المختلط.....175
المطلب الأول: مفهوم قواعد الاسناد المطبقة على الزواج المختلط.....176
الفرع الأول: تعريف قاعدة الاسناد.....176
الفرع الثاني: التخلي عن امتياز الديانة لفائدة ضابط الجنسية.....179
الفرع الثالث: تفسير قواعد الاسناد.....183
أولا: التكييف كإجراء أولي.....184
ثانيا: الإحالة كإجراء لاحق.....187
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاد الزواج المختلط.....188
الفرع الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط 189
أولا: تعريف الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط.....189
ثانيا: نطاق تطبيق القانون الشخصي للزوجين.....213
ثالثا: كيفية تطبيق القانون الشخصي للزوجين.....214
الفرع الثاني: القانون الذي يحكم الشروط الشكلية لتكوين عقد الزواج.....218
أولا: إبرام الزواج وفق القانون الوطني للزوجين.....218
ثانيا: مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج المختلط في القانون الجزائري.....219
ثالثا: خضوع شكل الزواج لضابط محل الإبرام.....220
رابعا: اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج.....225
المبحث الثاني: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالزواج المختلط.....227
المطلب الأول: اختصاص المحاكم الوطنية في مسائل الزواج المختلط.....228
الفرع الأول: الاختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية.....229
أولا: الاختصاص المبني على أساس ضبط الموطن.....230

ثانيا: الاختصاص المبني على أساس ضابط الجنسية.....232
ثالثا: الاختصاص المبني على أساس ضابط موقع المال.....235
رابعا: اختصاص المحاكم المبني على أساس ضابط نوع الدعوى.....237
الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للمحاكم الوطنية.....244
أولا ضابط الخضوع الاختياري.....245
ثانيا الاختصاص المبني على أساس حسن سير وأداء العدالة.....247
ثالثا: الاختصاص القائم على فكرة تلافي انكار العدالة.....248
المطلب الثاني: تنفيذ الاحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط.....249
الفرع الأول: أساليب تنفيذ الاحكام الأجنبية.....250
أولا: نظام المراجعة.....251
ثانيا: نظام المراقبة.....253
الفرع الثاني: شروط تنفيذ الأحكام الاجنبية.....255
أولا: شروط تتعلق بالسيادة.....256
ثانيا: شروط تتعلق بالحكم.....261
الفرع الثالث: إجراءات رفع دعوى الامر بالتنفيذ.....269
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط.....273
المبحث الأول: الآثار الشخصية للزواج المختلط.....274
المطلب الأول: القانون المختص في حكم الاثار الشخصية للزواج المختلط.....274
الفرع الأول: مضمون قاعدة الاسناد التي تسري على الآثار الشخصية للزواج.....275
الفرع الثاني: إخضاع الآثار الشخصية لقانون الجنسية.....276
الفرع الثالث: إخضاع الآثار الشخصية لضابط الدين.....279
المطلب الثاني: تحديد مضمون الآثار الشخصية للزواج المختلط.....281
الفرع الأول: القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية على مستوى العلاقة بين الزوجين.....282
الفرع الثاني: القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية على مستوى الروابط بين الآباء والأبناء.....284
أولا: القانون الواجب التطبيق على النسب.....284

ثانيا: اكتساب الأبناء لجنسية الأم.....288
المبحث الثاني: الآثار المالية للزواج المختلط.....296
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة بين الزوجين.....296
الفرع الأول: المكتسبات المالية بمقتضى الزواج.....297
أولا: الهدايا في الزواج المختلط.....297
ثانيا: الصداق في الزواج المختلط.....299
ثالثا: النفقة في الزواج المختلط.....299
الفرع الثاني: مكتسبات الزوجين بطرق أخرى.....302
أولا: الأموال المكتسبة عن طريق الميراث.....303
ثانيا: الأموال المكتسبة عن طريق التصرفات التبرعية.....316
ثالثا: الأموال المكتسبة عن طريق الدخل.....327
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على ملكية أموال الزوجين.....328
الفرع الأول: نظام استقلال الذمة وفصل الأموال.....328
أولا: سلطات كل من الزوجين على أمواله الخاصة.....329
ثانيا: الآثار المترتبة عن مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين.....333
الفرع الثاني: نظام الاشتراك في الأموال.....339
أولا: تعريف نظام الاشتراك في الأموال.....339
ثانيا: الطبيعة القانونية لنظام الاشتراك في الأموال في قانون الأسرة الجزائري.....342
ثالثا: عقد الأموال المشتركة بين الزوجين.....343
رابعا: النتائج المترتبة على نظام الاشتراك في الأموال.....347
الخاتمة.....357
قائمة المصادر والمراجع.....361
الملاحق.....418
Abstract.....424

مقدمة

مقدمة:

عرف العصر الحديث نمو العلاقات بين الأفراد عبر الحدود مع تنامي ظاهرة الهجرة، إذ شكلت هذه الأخيرة واحدة من الظواهر الاجتماعية التي استرعت اهتمام الباحثين في مختلف المجالات؛ نظرا لما رتبته من أوضاع ومشكلات في المجتمعات، بالرغم من كونها لم تكن وليدة الصدفة وإنما جاءت في سياق تحولات عميقة ومتسارعة مست التصورات والمفاهيم الاجتماعية.

فقد أدت هذه الهجرة إلى تواجد الأفراد في غير دولهم الأصلية ونشوء علاقات شخصية فيما بينهم، أو بين هؤلاء والأجانب، بيد أن اعتراف القانون الدولي للأشخاص بالانتقال والهجرة عبر الدول لازمة، اعتراف مواز بأهلية الوجوب كاملة للأجنبي، بحيث أصبح الأجنبي صاحب حق في القانون المعاصر بعد أن كان في الأنظمة القانونية الغابرة محلا للحق، وهذا يطرح تساؤلا عن مقدار الحقوق المعترف له بها لممارسة حياته الاجتماعية والاقتصادية ومركزه القانوني من حيث التمتع بالحقوق والتحمل بالتكاليف في غير الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.

تميل غالبية تشريعات الدول في الوقت الراهن إلى اعتماد الجنسية، كقاعدة عامة في تحديد مواطنيها حيث يترتب عن ذلك أن كل من لا تتوافر فيه شروط التمتع بالجنسية يعتبر أجنبيا عن الدولة المعنية، سواء كان منتميا إلى دولة معينة، أم كان لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق، وهذا التوجه هو الذي نهجه المشرع الجزائري من خلال القانون المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالجزائر وتنقلهم فيها[1]، حيث عرفت المادة الثالثة منه "الأجانب بكونهم كل الأشخاص الذين لا يتوفرون على الجنسية الجزائرية، أو الذين ليست لهم جنسية معروفة أو الذين تعذر تحديد جنسيتهم". وباعتبار أن الحالة العامة تتحدد بضابط الجنسية، وهي جزء من حالة الشخص المدنية، تعبر عن انتمائه لدولة معينة بما يترتب على ذلك من آثار، فيكون المقصود بحالة الأجانب تحديد المركز القانوني لهم في غير الدولة التي يتبعونها بجنسيتهم، من حيث دخولهم إليها وإقامتهم بها

1- القانون رقم 08-11 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1429هـ، الموافق 2 يوليو 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيها، ج. ر. ج، العدد 36، السنة الخامسة والأربعون.

وخروجهما منها ومقدار الحقوق المكفولة لهم فيها، وأهم انتقاد موجه لهذا المصطلح كونه غير جامع ولا مانع للمقصود من موضوع البحث في مركز الأجانب[1].

يعتبر مركز الأجانب من الموضوعات القديمة في المجتمعات البشرية، وقد تبلور هذا الموضوع في العصر الحديث عندما ظهرت الأفكار الإنسانية التي تنادي بضرورة معاملة الأجنبي بصورة إنسانية ومنحه الحقوق والامتيازات؛ وهذا التطور كان نتيجة صراع بين راغب في البقاء وداع إلى تلطيفه ثم التخلص منه، وقد كان للشريعة الإسلامية فضل السبق في تنظيم أحكام الأجنبي تحت باب أحكام المستأمنين.

مع العلم أن القاعدة المتعارف عليها حاليا، لم تكن معروفة لدى الفقه الإسلامي الذي كان يقسم العالم إلى دارين، دار السلم ودار الحرب، حيث كانت دار السلم تشكل بلاد الإسلام والمسلمين، باعتبارها كتلة موحدة إقليميا وبشريا تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. فقد كانت ديانة كل شخص هي التي تحدد قواعد القانون المطبق عليه، فالمسلمون تطبق عليهم قواعد الشريعة الإسلامية، أما غير المسلمين المقيمين ببلاد الإسلام فتطبق عليهم ديانتهم. وعلى الرغم من التقدم الذي يشهده المجتمع المعاصر في كافة العلوم القانونية إلا أن مشكلة تحديد المركز القانوني للأجنبي لا تزال تخضع لاعتبارات تشريعية داخلية.

جرى العرف على ضرورة توفير الدولة حدا أدنى من الحقوق للأجانب المقيمين على إقليمها حتى يمكنهم من الإقامة بها في ظروف عادية تكاد تتشابه مع الحقوق الممنوحة للوطنيين لاسيما فيما يتعلق بالحقوق المدنية والاجتماعية دون السياسية التي يبقى التمتع بها حكرا على الوطنيين دون غيرهم. هذه الحقوق تشمل أشكالا متعددة، من بينها الاعتراف للأجنبي بالشخصية القانونية، التي من شأنها أن تجعل للأجنبي الحق في ممارسة كافة الإجراءات والأعمال القانونية

1- الطيب زروتي، مركز الأجانب في القانون الجزائري وقوانين الدول العربية، الجزء الأول: الشخص الطبيعي الأجنبي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2017، ص 8 و9.

اللازمة لحياته كإبرام العقود التي من بينها، عقد الزواج؛ الذي بات حقا من الحقوق المدنية المعترف بها في المواثيق الدولية، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1].

وبالنظر للأهمية البالغة حظي الزواج باهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية والعلماء وسعى كل من جهته إلى إيجاد تعريف له يجمع بين أركانه وغاياته. فالزواج لغويا يعني اقتران أحد الشيئين بالآخر وأُزدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا على الآخر. وقد شاع استعماله فأصبح يطلق للدلالة على أُزدواج وجمع المرأة بالرجل، على سبيل الدوام فيقال تزوج امرأة ويعني نكحها. فالزواج هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات[2] ويراد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر لتحقيق أهداف متنوعة تعود بالخير على الفرد والمجتمع والنوع الإنساني.

تختلف طرق إبرام الزواج من عصر إلى آخر، حيث بدأت بشكل بسيط وهو القبول بين الذكر والأنثى وتطورت طرق إبرامه بتطور المجتمعات والعادات وتأثير الأديان. ذلك لأن نشاط الفرد اليومي على النطاق الذي يعيش فيه أو على الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، بل امتد إلى دول أخرى لا سيما بعد انتشار ظاهرة الهجرة وكثرة نزوح وانتقال الأفراد من دولهم واستقرارهم في دول أخرى ودخولهم في علاقات عابرة للحدود وفي مجالات متعددة خاصة الأسرية منها، الأمر الذي أدى إلى نشوء روابط قانونية ذات طبيعة دولية خاصة. ومنه، يقصد بالزواج المختلط ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا، فهو إذن تلك الرابطة الزوجية التي تحتوي على عنصر أجنبي، فكل طرف فيها يحمل جنسية تختلف عن جنسية الطرف الآخر. وعليه، يعرف الزواج المختلط بأنه الزواج الذي يعقد بين طرفين أجنبيين من جنسيتين مختلفتين.

ومتى تم الاعتراف للأجنبي بإبرام عقد زواجه مع أحد مواطني الدولة المقيم فيها أو أحد مواطني دولة أخرى لا يحمل جنسيتها على إقليم الدولة المستضيفة، فإن العلاقة القانونية في هذه

1- تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948، بموجب القرار 217 ألف، على أن: "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله".

2- محمد أبو زهرة، محاضرات عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971، ص 44.

الحالة تنحصر في أشخاصها، وذلك لأن أطراف العلاقة مختلفي الجنسية؛ كما أن الزواج قد يبرم على أرض دولة لا تربطها أي صلة بالمتزاوجين بها، وأيضا قد ينتج الزواج آثاره على أرض دولة أخرى. ففي هذه الحالات كلها تحكم العلاقة الزوجية الواحدة قوانين مختلفة، بل إن ما يزيد في تعقيد هذه المسألة في القانون الدولي الخاص هو تعدد واختلاف القوانين الشخصية أو الإقليمية في بعض الدول[1].

يثير هذا الزواج على مستوى القانون الدولي الخاص تنازعا للقوانين نظرا لاختلاف التشريعات المرتبطة به، بسبب خضوعه للقانون الشخصي للأجانب من جهة ونظرا للتباين والاختلاف القائم بين الأنظمة القانونية للدول الأجنبية من جهة أخرى، وارتباط ذلك بالمرجعية المؤطرة له، فالمنازعات المتعلقة بزواج يخص أجانب مقيمين في بلاد إسلامية كالجزائر، تكشف عن صعوبات التوفيق بين أنظمة متنافرة في ميدان يشكل حقلا خصبا لتنازع القوانين هو ميدان الأحوال الشخصية، الذي يعتبر ملجأ لخصوصيات كل مجتمع وميدان يكشف دوما عن تنازع الثقافات والحضارات. وتبعا لذلك فإن الموضوع يتعلق بدراسة موقف النظام القانوني الجزائري والتشريعات المقارنة بشأن وضعية الأجانب بالجزائر، فيما يتعلق بحالتهم الشخصية وبصفة خاصة بالنسبة للقواعد التي يتعين عليهم الخضوع لها حتى يتمكنوا من إبرام زواج صحيح في نظر قانونهم الوطني حيث أن كل الدول تقيم نظامها الخاص للتنازع في القانون الدولي الخاص وفي وضعية الأجانب فيكون من حق كل دولة أن ترفض إعطاء أية قيمة لأي تصرف أو مؤسسة قانونية تعتبر صحيحة في نظر أنظمة أخرى. وتجدر الإشارة إلى أن الزواج المختلط ليس بظاهرة عشوائية بقدر ما هو سلوك غائي يقوم به الفرد بطريقة متكاملة بغية الوصول إلى تمتين العلاقات في شكل مواقف يسعى من خلالها إلى تبادل المنافع المعنوية والمادية بهذه إشباع الحاجات على هدي قواعد دينية أو مدنية تنظم تلك الروابط.

يكتسي موضوع المركز القانوني للأجنبي في الزواج المختلط أهمية بالغة بقدر أهمية الزواج المختلط، الذي بات مجالا خصبا لتنازع القوانين باعتباره ينظم علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي في الغالب، فمن الطبيعي والمنطقي معرفة قواعد الإسناد المطبقة عليه، ذلك لأن المسائل

1- رحاوي آمنة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010، ص 07.

التي عالجها المشرع الجزائري غير مقننة في كثير من الدول والعكس صحيح، كما اختلفت درجة التقنين من دولة إلى أخرى، إذ في الغالب نجد أن المشرع الجزائري قد اكتفى فقط بسن مواد تتضمن القواعد العامة لحل تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة (المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني الجزائري) بما في ذلك مسألة الزواج وآثاره، ويترك باقي تولي المهمة للقاضي الوطني.

وما دفعنا لاختيار هذا الموضوع، راجع لأن ظاهرة الزواج المختلط أصبحت ظاهرة عالمية سواء عبر احتكاك الأجانب بالوطنيين عند السفر لبلد غير بلدانهم أو عبر المواقع الالكترونية والتواصل الاجتماعي، مما جعل تفاقم الأمور ووصولها إلى حد إبرام زيجات قانونية ومفادها غير شرعي _ الزواج الأبيض_ مقابل مغادرة الوطن متجهين للبلاد الأجنبية. فهذا الموضوع رغم أهميته لا يزال ناقصا في مجال القانون الدولي الخاص عامة وقانون الأسرة الجزائري والقانون المدني خاصة. ضف إلى ذلك، البحث عن مدى التقارب الحاصل بين القوانين الأجنبية والداخلية فيما يتعلق بمركز الأجانب في الزواج المختلط، و ما يزيد الموضوع أهمية هو صدور تعليمة وزارية للوجود تحت عنوان الرخصة الإدارية للزواج المختلط، والتي جاءت بعد أن وقعت مشاكل عديدة على مستوى القضاء، حيث لم يتم إثبات زيجات عرفية أبرمت بين أطراف جزائريين وأطراف أجانب على مستوى السفارات الأجنبية بالجزائر، بحجة إلزامية توفر الأجنبي على رخصة إدارية تقر له السماح بالزواج من الجزائرية إضافة إلى اعتناقه لديانة الإسلام؛ ضف إلى ذلك التطور الذي أحدثه القانون رقم 05-01 المتعلق بالجنسية الجزائرية، الذي أصبح كسببا مسهلا لاكتساب الجنسية.

وعليه، فإنه مما سبق نرى أن دراسة هذا الموضوع تثير عدة إشكالات من الناحية القانونية والعملية، فمشكلة التنازع بين الأنظمة القانونية المثارة بصدد الزواج بين الأجانب والوطنيين وما يترتب عليه من آثار سواء أكان الأجنبي مقيم بالجزائر، أم كان الأجنبي هو الجزائري بحد ذاته مقيم في دولة أجنبية، هي التي أهدف إلى التطرق إليها وستكون الدراسة في نطاق قانون الأسرة الجزائري والقانون الدولي الخاص الجزائري، مع الإشارة إلى التشريعات المقارنة العربية منها والغربية كلما اقتضى الأمر ذلك.

ومن الطبيعي أن تعترض أي باحث جملة من الصعوبات والمعوقات أثناء إنجازه لبحثه، والتي تختلف تبعا لطبيعة البحث وظروف الباحث، وكثيرا ما تساهم في توجيه مسار البحث والتأثير عليه إما سلبا أو إيجابا. ومن بين أهم صعوبات البحث التي واجهتنا نذكرها في النقاط الآتية:

- قلة المراجع المتخصصة التي تناولت الموضوع حسب اطلاعاتنا، والتي تميزت في غالبها أنها دراسات للموضوع من الناحية النظرية والتركيز فقط على قواعد الإسناد المطبقة على الزواج المختلط، فالمؤلفات لم تعط الموضوع حقه، حيث اقتصرت الدراسات في مجملها على المفاهيم في القانون الدولي الخاص دون إسقاطات عملية في قانون الأسرة الجزائري عامة، وفي الموضوع محل الدراسة خاصة، مما جعل الأمر صعبا للخوض في دراسته حتى تتضح معالمه أكثر وتعم به الفائدة خاصة الدراسات القانونية محل المقارنة بين كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي.
- الظروف الوبائية التي مرت بها دولتنا مع غلق الجامعات والمكتبات استصعب الحصول على المراجع التي من شأنها أن تخدم البحث.

وكما أوضحنا في مسوغات الكتابة في هذا الموضوع، أن من بين الصعوبات التي واجهتنا ونحن بصدد البحث فيه ندرة المؤلفات والدراسات المتخصصة التي تناولته بشكل مباشر أو مفصل، فجل ما وجدنا من دراسات على المستوى الوطني لم تطرق الموضوع بشكل مباشر، وإنما تطرقت إليه من زاوية غير هذه الزاوية فكان يكتنفها لذلك نوع من الاختصار أو عدم التفصيل، ومع هذا فإننا نشير إلى بعض الدراسات ذات الصلة إلى حد ما ببعض عناصر الموضوع محل البحث، نذكر من بينها:

- رسالة الدكتورة شبورو نورية الموسومة بعنوان الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تحت إشراف الدكتور تشوار الجيلالي للسنة الجامعية 2016-2017؛ حيث قدمت الباحثة بحثا قانونيا بحتا كما يضفي عليه القانون المقارن في بعض البلاد العربية من جهة وأخرى غربية؛ بالإضافة إلى أثر الزواج المختلط على جنسية كلا الزوجين.

- مذكرة ماجستير للطالبة رحاوي آمنة الموسومة بعنوان الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، للموسم الجامعي 2010-2011، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، وما يلاحظ

على هذه المذكرة أنها عالجت إشكالية تنازع الاختصاص التشريعي والقضائي للزواج المختلط بصفة عامة، مقتصرة في ذلك على الجانب القانوني .

- مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية للباحثة زلاسي بشرى الموسومة بعنوان الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره تحت إشراف الأستاذة الدكتورة دليلة فركوس للسنة الجامعية 2000-2001؛ حيث عالجت الباحثة موضوع الزواج المختلط باعتمادها على دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية العربية الإسلامية والأنظمة الغربية المسيحية، كما ركزت على المشرعين الجزائري والفرنسي في دراستها لعقد الزواج من حيث شروط انعقاده الموضوعية منها والشكلية وكذلك آثاره، وخلصت الباحثة في الأخير إلى تباين الأحكام في عقد الزواج في مجال القانون الدولي الخاص إذا كان أطرافه مختلفي الجنسية ومايثيره من صراع ونزاع قانوني دولي بين النظامين القانونيين.

كانت هذه الدراسات على المستوى الوطني، أما على المستوى الدولي فقد تحصلنا على بعض الرسائل نذكر منها:

- رسالة دكتوراه للباحث خالد جاسم خلف الموسومة بعنوان المركز القانوني للأجانب في القانون العراقي من الجامعة الإسلامية بلبنان، تحت إشراف الأستاذ الدكتور عباس زبون العبودي، للسنة الجامعية 2015، حيث استعرض الباحث من خلال رسالته إلى تحديد مفهوم الأجنبي والتطور الذي حصل على مركز الأجانب عبر عصور التاريخ إلى يومنا هذا، مع تسليط الضوء على أساس دخول الأجانب إلى الإقليم العراقي والإقامة به والخروج منه، بالإضافة إلى الحقوق العامة والخاصة للأجانب داخل الإقليم العراقي.

- رسالة ماجستير للباحث صفاء يوسف حسين جاسم الموسومة بعنوان المركز القانوني للأجنبي في دولة الإقامة (دراسة مقارنة) بجامعة تكريت، جمهورية العراق، تحت إشراف الدكتور رعد مقداد محمود، للسنة الجامعية 2016، حيث قام الباحث بتحديد مركز الأجنبي بالاعتماد على معيار مركز الوطني، وذلك من خلال التطرق إلى مفهومه ونشأته بالإضافة إلى سلطة الدولة في تنظيم مركزه القانوني، والباحث ركز في بحثه على حقوق والتزامات الأجنبي في دولة الاستضافة.

ونظرا لاصطباغ المركز القانوني للأجنبي في الزواج المختلط بالصفة الدولية، فإنه على صلة وثيقة بالقانون الدولي الخاص، وما ينجم عنه من تنازع الاختصاص_التشريعي والقضائي_ الذي قد يزداد في ظل قصور أو فراغ قانوني فسح المجال أمام خلاف الفقهاء، بل وحتى القضاء هذا ما جلب اهتمامنا بهذه الظاهرة خاصة أمام تصادم المرجعية الإسلامية لأحكام الزواج في قوانين الأسرة للدول الإسلامية بما فيها الجزائر مع المرجعية العلمانية للتشريعات الغربية وما نجم عنه من تنازع كليتا المنظومتين القانونيتين، ترتب عنها سعي كل من تلك الدول إلى إيجاد آليات تضمن لقضائها تطبيق قانونها الوطني، بما في ذلك تطبيق آلية النظام العام.

وعليه، فإننا من خلال مقاربة الموضوع من زواياه المختلفة يتبادر لنا طرح الإشكال الآتي:

إلى أي مدى يمكن اعتبار التشريع الجزائري كفيل بتحقيق مصلحة المجتمع، واحترام حقوق الأجانب في عقد زيجاتهم بالجزائر وفاء بالتزاماتها في مجال حقوق الانسان؟

اقتضت طبيعة هذا البحث، اعتمدنا على المنهج التحليلي والوصفي والمقارن، ويظهر المنهج التحليلي، من خلال تحليلنا للنصوص القانونية وخلفيتها الفقهية النظرية، وتحليل الأحكام والقرارت القضائية الواردة بشأن هذا الموضوع؛ أما المنهج الوصفي يظهر من خلال وصفنا لفئة الأجانب وما يترتب عليهم من حقوق وواجبات من جراء إبرام عقود زيجات مختلطة، مع وصفنا للزواج المختلط كظاهرة وما يترتب عنه من آثار، مع الاستعانة بالمنهج المقارن بمقارنة النصوص القانونية الجزائرية الواردة في هذا الشأن مع بعض القوانين العربية والغربية، وبما جاء في أهم الاتفاقيات التي عقدتها الجزائر مع غيرها من الدول.

ولتحقيق أهداف البحث اعتمدنا التقسيم الثنائي، حيث قمنا بتقسيمه إلى بابين، الباب الأول خصصناه لماهية مركز الأجانب في التشريع الجزائري، أما الباب الثاني فخصصناه إلى القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط وآثاره.

أما الباب الأول، تحت عنوان ماهية مركز الأجانب في التشريع الجزائري، فتم تقسيمه إلى فصلين كان الأول ضوابط مركز الأجانب في التشريع الجزائري، من خلال مبحثين كان الأول لمفهوم المركز القانوني للأجنبي، أما المبحث الثاني فنبحث من خلاله عن تنظيم عملية دخول وخروج الأجانب في القانون الجزائري؛ في حين تناولنا في الفصل الثاني من هذا الباب حق

الأجنبي في الزواج المختلط، خصصنا المبحث الأول منه الأحكام العامة لانعقاد الزواج المختلط، أما المبحث الثاني تعرضنا إلى إجراءات انعقاد الزواج المختلط.

في حين جاء الباب الثاني، تحت عنوان القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط وآثاره كذلك قمنا بتقسيمه إلى فصلين، الفصل الأول يحمل عنوان القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط، نتناول من خلال المبحث الأول قواعد الإسناد المطبقة على الزواج المختلط، إلى جانب هذا ندرس في المبحث الثاني الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في الزواج المختلط؛ أما الفصل الثاني تحت عنوان القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج المختلط، حيث تناولنا في المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج المختلط، في حين ندرس في المبحث الثاني الآثار المالية للزواج المختلط.

الباب الأول:

ماهية مركز الأجانب في التشريع الجزائري

الباب الأول:

ماهية مركز الأجانب في التشريع الجزائري

يقتضي التنظيم الدولي استقلال كل دولة من الدول في تحديد الأفراد الذين يتكون منهم شعب الدولة وكذلك استقلالها في وضع الأنظمة والتشريعات التي تضبط علاقة هؤلاء الأفراد وتصرفاتهم، ولما ازدهرت وسائل الاتصال بين الدول، وترتب عليها قيام معاملات بين رعايا الدول المختلفة، وتبادل المصالح بينهم ووجود أفراد من دول أخرى على الإقليم الوطني للدولة، كان لزاما على المشرع أن ينظم مركز هؤلاء الأجانب.

من هنا ظهرت أهمية دراسة المركز القانوني للأجنبي والذي يتمثل في مجموع ما يتمتع به الأجنبي من حقوق وما يلتزم به من واجبات أمام الدولة التي يوجد على أراضيها؛ وتحديد هذا المركز تحكمه مجموعة من القواعد القانونية الخاصة بالأجانب والتي تميزهم عن الوطنيين من حيث التمتع بالحقوق وتحديد الحقوق التي يتمتعون بها وتلك التي تحضر عليهم ممارستها.

وتنظيم مركز الأجانب القانوني أمر تستأثر به الدولة دون أن تشاركها فيه أي دولة أخرى أو أي سلطة أعلى بالنظر إلى افتقاد المجتمع الدولي لسلطة تشريعية تسمو على الدول يمكنها أن تضع لها قوانين تلزمها بشأن معاملة الأجانب فيها، ودذلك على النحو الذي تراه محققا لمصالحها الوطنية الخاصة بحيث لا يكون للأجنبي إلا أن ينصاع لهذا التنظيم، إلا في حال وجود معاهدة أو اتفاقية بين دولة الأجنبي والدولة المستضيفة تيسر له التمتع بالحقوق على أراضي دولة الاستضافة، مثال ذلك الحق في الزواج.

وإذا كان الأمر كذلك فالبحث في ماهية مركز الأجانب في التشريع الجزائري يقتضي منا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، ففي الفصل الأول نتناول فيه ضوابط مركز الأجانب في التشريع الجزائري، حيث سنتعرض من خلال تقسيماته إلى مبحثين، في المبحث الأول نبين مفهوم المركز القانوني للأجنبي، وذلك بالتطرق إلى المقصود بالأجنبي مع الإشارة إلى التطور التاريخي للأجنبي، تعريفه وفئاته، أما في المبحث الثاني سنتعرض إلى إلى الوضع الإداري للأجنبي من خلال بيان، شروط دخول وخروج الأجانب في التشريع الجزائري؛ في حين أننا في الفصل الثاني من هذا الباب سنتناول فيه، حق الأجنبي في الزواج المختلط.

الفصل الأول:

ضوابط مركز الأجانب في التشريع الجزائري

الفصل الأول:

ضوابط مركز الأجانب في التشريع الجزائري

تعتبر القواعد المنظمة لمركز الأجانب قواعد موضوعية، بمعنى أنها تتكفل مباشرة بتحديد حقوق الأجانب الموجودين بإقليم الدولة. وفي ذلك ما يبرز لنا الفرق بين قواعد مركز الأجانب وقواعد تنازع القوانين، فبينما تقتصر قواعد تنازع القوانين على الإشارة إلى القانون الذي يحكم العلاقة نجد أن قواعد مركز الأجانب تتكفل مباشرة ببيان مدى تمتع الأجانب بالحقوق في إقليم الدولة.

ويعتمد وجود تنظيم قانوني مستقل لمركز الأجانب على توافر أمرين هامين يتمثلان في انتقال الأفراد عبر الحدود والاعتراف للأجانب بممارسة الحقوق في الإقليم الوطني. فبمفهوم المخالفة لا يُتصور نشأة علاقات قانونية بين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة. وتكون النتيجة نفسها في حال عدم الاعتراف للأجانب بممارسة الحقوق في الإقليم الوطني.

حيث تحرص غالبية دول العالم في تحديد مركز الأجنبي على وجود تنظيم قانوني خاص بالأجانب لديها، فقد تعاهدت الدول على السماح للأجانب بالدخول إلى أراضيها، وعلى هذا الأساس نظم المشرعين في مختلف الدول قواعد قانونية من شأنها تنظيم شؤون الأجانب في دولة الاستضافة منذ دخولهم إلى غاية خروجهم منها. لذلك فإن ضوابط مركز الأجانب تعد من أهم المسائل في القانون الدولي الخاص، حيث تعتبر مسألة أولية يتعين البت فيها عند نظر المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا وتمتع الأجنبي بالحق يعني صلاحيته لأن يكون صاحب حق وهذه المرحلة أولى تتلوها مرحلة ثانية وهي استعمال الحق. ومن ثم التساؤل عن كيفية استعماله لهذا الحق وماذا يترتب عن مخالفته. وعليه، فإننا من خلال هذا الفصل الذي قسمناه إلى مبحثين، سنتعرض في المبحث الأول إلى مفهوم المركز القانوني للأجنبي، أما في المبحث الثاني، فسنتناول من خلاله إلى تنظيم عملية دخول وخروج الأجانب في القانون الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم المركز القانوني للأجنبي

تقتصر تشريعات الجنسية في مختلف الدول عادة على بيان من هو الوطني دون أن تعنى بتحديد من هو الأجنبي[1]، ومن ثم فتحديد من هو الأجنبي يتم بطريقة سلبية، فالأجنبي هو كل فرد لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للتمتع بجنسية الدولة، ويستوي في ذلك كونه منتميا إلى دولة أجنبية أم غير منتم إلى أية دولة على الإطلاق[2].

والجدير بالذكر، أن ضابط الجنسية ليس المعيار الوحيد في تحديد الأجنبي وتمييزه عن الوطني، بل هناك رابطة اجتماعية أخرى وهي رابطة الدين، فقد كانوا يفرقون بين من يعتنق ديانة الجماعة ومن لا يعتنقها أي يكفر بها، حيث كان الوطني يعرف بناء على اشتراكه في العقيدة الدينية للمدينة، أما الأجنبي هو الخارج عن هذه العقيدة. إلا أنه مع مرور الزمن، أخذ معيار الدين اندثارا تدريجيا ليختفي تقريبا بظهور الفكر الحديث وتطوره في شأن نظرية الجنسية ومبدأ العلمانية، إلى أن اكتسبت تلك التفرقة دلالة اجتماعية ساعد على إنمائها وبلورتها ظهور مبدأ القوميات وانتشاره، وقوامها الارتباط بمجتمع معين، فالوطني هو من يعتبر عضوا في هذا المجتمع، وعلى إثر ذلك باتت كل التشريعات الوطنية تكتفي فقط بتحديد الوطني دون الأجنبي.

وعليه، فإننا من خلال هذا المبحث سنتعرض إلى تحديد مفهوم الأجنبي في المطلب الأول؛ أما في المطلب الثاني فسنتطرق إلى التنظيم الفني لمركز الأجانب.

المطلب الأول: تحديد مفهوم الأجنبي

ارتبط وجود مفهوم الأجنبي بتبلور عصبيات الجماعات السابقة الظهور على الدولة، وترسخ هذا المفهوم بفعل النزاعات والفواصل التي فرزت القبائل وصنفتها بين معادية وصديقة، إذا

1- عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص- الجنسية والموطن ومركز الأجانب، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1986، ص 115.

2- مصطفى العدوي، مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، الطبعة الثانية، (د. د. ن)، القاهرة، مصر، 2011، ص 11.

انتقل هذا المفهوم ولازم الدول وبالتالي أخذ مكانة في علم القانون مع تغيرات مؤثرة حصلت عليه في التشريعات[1].

ويعتبر الأجنبي في الدولة هو من لا يتمتع بالصفة الوطنية، أي من لا يحمل جنسية الدولة، وقد تعددت الآراء الفقهية حول تعريف الأجنبي واختلاف الأجانب في حد ذاتهم إلى أكثر من فئة واحدة؛ وهو الأمر الذي يقتضي منا التطرق إلى تحديد المعنى اللغوي والاصطلاحي والقانوني للأجنبي من جهة، وتحديد أصناف أو فئات الأجانب من جهة أخرى لكي نتمكن من تحديد الأجنبي المشمول بنطاق بحثنا وموضوع دراستنا.

لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض في الفرع الأول إلى التطور التاريخي لحالة الأجنبي، وتعريف الأجنبي من الناحية اللغوية، الاصطلاحية، الفقهية والقانونية من خلال الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث خصصناه لفئات الأجانب.

الفرع الأول: التطور التاريخي لحالة الأجنبي

لم تكن المجتمعات القديمة تعرف بأي حق من حقوق الأجانب في أقاليمها، بل كان الأجنبي بمنزلة عدو لها مهدد دائما بالعبودية و مجرد من أيَة حماية قانونية، فكان في حكم الأشياء محلا للحق لا طرفا فيها، يباع ويشترى من دون أن يكون أهلا للتمتع بالحق، و ظل الأجنبي زمنا طويلا محروما من الشخصية القانونية في نظر هذه المجتمعات، حيث كانت تعامله الجماعات الاقليمية معاملة غير أساسية لدرجة أن أصبح الفرق بين الوطني والأجنبي كالفرق بين الانسان والحيوان، وظل على هذا الوضع إلى أن تطورت العلاقات بين الأفراد و المجتمعات البشرية اضطرارا مع تطور حاجاتها وأفكارها ومشاريعها مما أدى إلى الاعتراف للأجنبي بحق الدخول والإقامة بموجبه في العهد الروماني الذي يمثل أول تعبير قانوني عن تطور وضع الأجنبي، حيث بدأ وضع هذا الأخير بالتحسن تدريجيا بدءً بتحول النظرة العدائية إلى معاملة قانونية، إلى أن وصلت لحد الاعتراف بالشخصية القانونية في العصر الحديث.

1- سعيد يوسف البستاني، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية_ دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 27.

ومما تقدم، يمكن القول إن حالة الأجنبي قد مرت بعدة مراحل إلى أن وصلت للحالة التي هي عليها في الوقت الراهن، وبناء على ذلك، فإننا سوف نتناول التطور التأريخي لحالة الأجانب على النحو الآتي بيانه.

أولا: الأجانب في الحضارات القديمة

لا شك أن الوضع المتدني للأجانب في ظل المجتمعات البدائية قد نجم جرَاء سياسة الكراهية التي انتهجها تلك الجماعات اتجاه الأجانب، إذ كانوا محرومين من القدرة على التمتع بالحقوق أُسْوةً بالعبيد، وينظر إليهم نظرة شك وازدراء واعتبارهم من الأعداء.[1] فعلى سبيل المثال، كانت المجتمعات البدائية تعاقب كل من يقتل ويسرق بعقوبات قاسية جدا إلا أنه كان من الجائز سرقة الأجنبي، كما أن قتله لا يعد جريمة.[2]

هذه المعاملة المجحفة مرجعها إنكار الاعتراف بالشخصية القانونية للأجانب، وعدم الاعتراف بهذه الأخيرة للأجانب لم يكن يؤدي إلى حرمانهم من أهلية التمتع بالحقوق فحسب، بل أدى إلى ما هو أشد من ذلك خطورة إذ أن تلك المجتمعات اعتبرتهم في حكم الأشياء التي تصلح أن تكون موضوعة للحقوق ذاتها ولا يصلحوا أن يكونوا أصحاب الحق.

وبناء على ذلك، لم يكن بوسع الأجانب إن يتملكوا الأموال أو يتزوجوا أو يلجأوا إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابهم من الأضرار في المجتمع الذين يوجدون فيه.[3]

إلا أن الأمر تغير في حياة الرومان عندما اتسعت فتوحاتها وظهرت طوائف جديدة من الأجانب وازدهار التجارة فيما بينهم، عندئذ كان لا بد من مواجهة الأوضاع الجديدة من خلال

1- هشام صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1977، ص 14؛ انظر أيضا: ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص_ مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص3.

2- السيد أحمد علي بدوي، المركز القانوني للأجانب_ دراسة تحليلية تأصيلية في ضوء قواعد القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 9 و10.

3- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2007، ص 8 و9. انظر في نفس المعنى: هشام صادق، المرجع السابق، ص 24؛ انظر أيضا: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري_ الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1954، ص 5.

إسْباغ الحماية القانونية على المنازعات التي قد يكون أحد أطرافها أجنبي، فظهرت قواعد جديدة تعطي بعض الحقوق للأجانب[1]، هذه القواعد الجديدة أطلق عليها اسم "قانون الشعوب".[2]

وفي زمن اليونان قال إيزوقراط: "لا يختلف الفارق بين اليوناني والبربري عن الفارق بين الإنسان والحيوان،" وكانت الطبقية أساسا ثابتا من أسس تنظيم الدولة المدنية عند اليونان، فسكان الدولة المدنية يتكونون بشكل عام من ثلاث طبقات اجتماعية : (طبقة المواطنين، طبقة العبيد، طبقة الأجانب المقيمين).[3] ولأن المدن اليونانية كانت تزخر بهؤلاء الأجانب، الذين كانوا يقيمون فيها بمزاولة التجارة، وبما أن القوانين المحلية لم تكن تسمح لهم باكتساب الجنسية الإغريقية، وكانوا يرغبون في الإقامة الدائمة في هذه المدن، نتج عن ذلك أنهم كانوا يشغلون من الناحية الاجتماعية مركز أوسط من العبيد والأحرار.[4]

وعند الصينين القدامى، فالصيني وحده فقط من كان يعتبر إنسانا أما البربري (الأجنبي) فهو حيوان يجوز أكل لحمه.[5] هذا ولم يختلف الأمر كثيرا في الهند القديمة، حيث كان قانون "مانو" يجرد الأجنبي من أي حماية لكونه لا ينتمي إلى الجماعة الإنسانية.[6]

أما في مصر القديمة، كانت توجد فئة من الرعية تمثل الشعوب الأجنبية التي تخضع لنظام الحماية و كان يتعين عليهم دفع الضرائب لمصر، و تتألف هذه الشعوب من رجال أحرار يحتفظون بصفة المواطنين التي لهم في الأصل، و لكن صفتهم الاجتماعية تتأثر بتبعية جماعتهم

1- أحمد أبو الوفاء تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1984، ص 148.

2- جاءت هذه القواعد بتسمية قانون الشعوب ذلك لأنها كانت مقبولة لدى جميع الشعوب لخلوها من شوائب الرسميات والشكليات، ويعتبر هذا الأخير قانونا رومانيا لأنه صادر عن حكم روماني وتطبقه سلطات رومانية.

3- طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1997، ص 171.

4- عماد حامد الرواشدة، النظام القانوني لدخول وإقامة الأجانب في الأردن، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة مؤتة، الأردن، 2006، ص 6.

5- صالح عبد الزهرة الحسون، حقوق الأجانب في القانون العراقي، الطبعة الأولى، دار الآفاق الجديد، بغداد، العراق، 1981، ص 11؛ انظر في نفس المعنى: أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص_ الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1977، ص 333؛ انظر أيضا: هشام صادق، المرجع السابق، ص 14.

6- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، المرجع السابق، ص 9.

السياسية وضمها إلى امبراطورية أكثر اتساعا.[1] لكن مع ذلك، كانت هناك فئة أخرى محتقرة من طرف المصريون القدامى حيث كانوا يمتنعون حتى عن لمسهم و يرفضون التعامل معهم، ويكلفونهم بأشق الأعمال.[2]

فالأجنبي في ظل العصور القديمة كان يعرف بأنه: "كل من ينتمي إلى الجماعة وأن الانتماء للجماعة كانت له علامات ظاهرية مثل: الوشم، الملابس، تصفيف الشعر، الحلي الرمزية، فكل من لا يحمل هذه العلامات يعد أجنبيا عن الجماعة".[3] وكان اليهود يحرمون زواج الأجنبي بيهودية وزواج اليهودي بأجنبية، ويجيزون أخذ الربا من الأجانب بالرغم من أن الشريعة الموسوية تحرم الربا، و كانوا يحلون استيلاء اليهودي على مال الأجنبي الذي فقده ولا يجيزون له استرداده من اليهودي، و كانوا أيضا لا يجيزون التوارث إلا فيما بين اليهود.[4]

أما العرب في جاهليتهم يعتقدون أنهم شعب كامل الانسانية، و أن من عداهم من الشعوب الأخرى ممن كانوا يطلقون عليهم الأعاجم شعوبا وضعية ناقصة الإنسانية، الأمر الذي ترتب على هذا الاعتقاد أمور كثيرة في علاقاتهم بالشعوب الأخرى في أنظمتهم و معاملتهم فمثلا كان العربي يرفض أن يزوج ابنته من أجنبي _ أعجمي_ مهما كان عظيما في قومه لأنه يرى في ذلك امتهانا لشعبه و انسانيته وإنسانية ابنته.[5]

و لذات المعتقدات كان العرب يرفضون قبول الأجانب للعيش بينهم، إلا أن حق الضيافة الذي كان ومازال من شيم العرب حتم عليهم قبول الأجانب الغرباء، وهذا الحق يمنحهم حرية ورعاية خاصة و يدخلهم في حماية رئيس القبيلة كاللاجئ السياسي اليوم.[6]

1- عماد حامد الرواشدة، المرجع السابق، ص 7.

2- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، المرجع السابق، ص 9.

3- BATIFFOL Henri, Aspects philosophiques du droit international privé, Ed Dalloz, Paris, 2002. P 158.

4- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 5 و6.

5- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، المرجع السابق، ص 10.

6- غالب علي الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، وأحكامه في القانون العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، العراق، 1986، الجزء الأول، ص 82.

ومن خلال ما سبق، نستنتج أن وضع الأجنبي في الحضارة القديمة كان شاذا، حيث غلب عليه طابع العنصرية والكراهية والتمييز عن الوطنيين، غير أن مركز الأجانب خلال هذه الفترة تميز بوجود نظام الضيافة الذي أدى إلى معاملة الأجنبي على نحو يرقى به من مرتبة الحيوان إلى مرتبة الإنسان، وفي رأينا هذا الشيء الإيجابي الوحيد الذي ميز الأجنبي على مر العصور القديمة بالرغم من أن هذا النظام لم يكفل الحماية الكاملة للأجنبي وذلك لاقتصاره على فئات محددة.

ثانيا: الأجانب في الحضارة الإسلامية

سبق وأن رأينا أن المركز القانوني للأجنبي في الحضارات القديمة كان سيئا للغاية، ذلك أنه كان مجردا من الشخصية القانونية كما كان يعد عدوا يستباح قتله عند بعضهم وعند البعض الآخر كان بمثابة الحيوان الذي يجوز التهامه وأكله.

وخلافا على ما يدعيه بعض المستشرقين بوصف الإسلام بالتعصب ضد غير المسلمين، تنظر الشريعة الإسلامية للأجانب نظرة انسانية مبنية على أساس الأخوة والتسامح تحقيقا لهدف واحد ألا وهو هدايتهم إلى نور الإسلام.[1]

كان النبي صلى الله عليه و سلم أول من دعا إلى المساواة والإخاء بين بني البشر، حيث جاء في حديث قوله صلى الله عليه و سلم: **(يا أيها الناس و إن ربكم واحد، و إن أباكم واحدا ألا لا فضل لعربي على عجمي و لا لعجمي على عربي ولا أحمر على أسود و لا أسود على أحمر إلا بالتقوى إن أكرمكم عند الله أتقاكم).**[2]

وفكرة الجنس أو اللون ليست في حد ذاتها معايير قانونية لتمييز البشر عن بعضهم في الرقعة الواحدة، وإنما هي فكرة عنصرية، المراد منها السيطرة على الأجانب في إقليم الدولة المستضيقة بغية تدميرهم.

وإذا كانت الدنيا تتكون من شعوب و قبائل مصداقا لقوله عزوجل: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ**

1- علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، (ب، ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص 78.

2- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، باب: حديث رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، الحديث رقم: 23489، ص 474.

خَبِيرٌ ١٣﴾.[1] فإنه من المستحيل أن تشكل هذه الشعوب دولة واحدة بمبدأ العنصرية. و تمييز الأشخاص المواطنين عن غيرهم الذين تمت استضافتهم لمجرد لون بشرتهم أو جنسهم.[2]

فالإسلام قد جاء إلى الناس كافة لتحقيق هذه المفاهيم وليكون لهم بمثابة طوق النجاة، وبهذا يعد الأجنبي كالوطني آمن على دمه و ماله وعرضه، فلا يجوز الانتقاص من آدمية شخص حتى و لو كان أجنبي، ومنه، فلا يجوز النظر إلى الأجنبي بأنه عدو، لأن هذه النظرة لا توجد في الإسلام، بل هذا الأخير هو الذي أزال هذا العداء الذي كان سائدا، واعترف للأجنبي بالشخصية الإنسانية على أرضه، هذا ما جعل الأجنبي يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات في الحدود المقررة في الشريعة الإسلامية الغراء.[3]

ولما جاء الإسلام وساد المعمورة قسم العالم إلى دارين: دار الإسلام، ويعد كل من يقيم فيها مسلما؛ أما دار الحرب، ويعد كل من الحربيين و الحربي لا عصمة له في نفسه أو ماله، وبين المسلم والحربي يوجد الذمي والمستأمن اللذان يعدان من قبيل أهل دار الإسلام، فالذمي هو النصراني أو اليهودي أو غيرهم من أصحاب الديانات الأخرى المقيمون في دار الإسلام بموجب معاهدة أمان تجعله في ذمة المسلمين بمعنى في عهدتهم وأمانتهم بصورة مطلقة ومؤبدة، وبالتالي يكون له حق الإقامة في دار الإسلام.[4]

وأساس عقد الذمة [5] لقوله تعالى: ﴿**قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلۡحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ٢٩**﴾.[6]

1- سورة الحجرات، الآية 13.

2- انظر: عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، طبعة مختصرة ومخصصة للطلبة، القاهرة، مصر، 2016، ص 9 و10.

3- المرجع نفسه، ص 39 و40.

4- صفاء يوسف حسين جاسم، المركز القانوني للأجنبي في دولة الإقامة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق، 2016، ص 20.

5- يقصد بعقد الذمة: هو عقد ينتهي به القتال يلزم الذمي أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات والرضا بالمقام في دار الإسلام. انظر لأكثر التفاصيل: محمد بن الحسن الشيباني، شرح كتاب السير الكبير، ت: أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص 90 و91.

6- سورة التوبة، الآية 29.

أما المستأمنون، هم رعايا الدول غير المسلمة المحاربة للمسلمين، الذين أعطاهم إمام المسلمين، أو أحد المسلمين الأمان على نفسه إذا دخل بلاد المسلمين حت يخرج منها، سواء أكان من أهل الكتاب أم من غيرهم.[1] لقول الله جل و علا: ﴿**وَإِنۡ أَحَدٞ مِّنَ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ٱسۡتَجَارَكَ فَأَجِرۡهُ حَتَّىٰ يَسۡمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبۡلِغۡهُ مَأۡمَنَهُۥۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَوۡمٞ لَّا يَعۡلَمُونَ ٦**﴾.[2]

فالأجنبي في التصور الإسلامي، هو الحربي المقيم في دار الحرب و الذمي والمستأمن المقيمان في دار السلام، وبالتالي لا يتمتع بالجنسية الإسلامية سوى الشخص المقيم في دار الإسلام، أما الذمي والمستأمن فلا يتمتعان بالجنسية الإسلامية على الرغم من إقامتها في دار الإسلام كونهم لا يعتنقان الديانة الإسلامية، ومن هنا يظهر المعيار الذي بموجبه يعتبر الشخص وطني أوأجنبي في نظر الشريعة الإسلامية وهو اعتناقه للدين الإسلامي من عدمه ولا عبرة للإقامة في دار الإسلام.[3]

أما حقوق الذميين والمستأمنون، فلهم أن يدينوا بدينهم والاحتفاظ بعقائدهم وإقامة شعائرهم ولهم فض عقد الذمة، أي أنهم ينهون عقد الأمان الذي بينهم وبين إمام المسلمين وذلك بطريقتين، إما باعتناقهم دين الإسلام أو الذهاب إلى دار الحرب فيصبحوا حربيين.[4]

ومن خلال ما أوردناه، يتضح جليا أن الشريعة الإسلامية لم تعتبر الأجنبي حيوانا يجوز أكله ولا عبدا يجوز استرقاقه ولا أوجبت طرده بل فتحت له المجال للبقاء باستضافته ليصبح مواطنا بإرادته طبعا وإن شاء عاد إلى أدراجه.

ثالثا: الأجانب في العصر الحديث

لم يكن من المتصور أن تظل حالة الأجانب غير مستقرة على النحو الذي أوردناه بل كان من المحتم أن تتغير الأوضاع السابقة فيما يتعلق بمسألة معاملة الأجانب نتيجة لاعتبارين، أولهما:

1- خالد بن محمد الماجد، أحكام التعامل مع غير المسلمين، رسالة مختصرة، www.muslim-library.com/dl/books/Arabic_ahkam_al_taamul_maa_ghayr_al_Muslim.pdf، 1425، ص 13.

2- سورة التوبة، الآية 6.

3- عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، دار الرسالة، بيروت، لبنان، 1982، ص 11.

4- جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة دار الإسلام، بغداد، العراق، 1972، ص 80.

ما ألزمه تطور الفكر الإنساني الذي آمن بوجوب المساواة بين الناس وبوحدة الطبيعة البشرية بغض النظر عن اختلاف اللون والجنس أو الدين، وثانيهما: ما حتمته ضرورات التجارة الدولية من أن ينتقل الإنسان من جماعة أو دولة إلى أخرى وهذا الانتقال لم يكن من الممكن تصوره إلا إذا كفلت قوانين كل الدول للأجنبي حق الدخول إلى إقليمها والاستقرار فيها باطمئنان وأن تعترف له قبل هذا كله بشخصيته القانونية التي تخوله القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.[1] هذا وقد شهد مركز الأجانب نقلة نوعية بعد قيام الثورة الفرنسية عام 1789 وإقرارها لحقوق الإنسان وطنيا كان أم أجنبيا.[2] كما عملت على نشر هذه المبادئ في المجال الدولي حيث بلورتها في صورة إعلان لحقوق الإنسان في طابع عالمي.[3]

ولعل من أهم القوانين التي صدرت في هذا المجال إثر هذه الثورة القانون الذي تمت الموافقة عليه من قبل الجمعية التأسيسية الفرنسية في 1791/09/28م، وقد أكدت المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مبدأ الحرية والمساواة، كما نصت المادة الثانية منه على أحقية كل إنسان بالتمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي و بذلك فقد كفلت المادتان السالفتا الذكر المبادئ الأساسية اللازمة للتمتع بالحقوق و ممارستها ممارسة فعلية.[4]

لقد عملت عصبة الأمم على المساهمة في بذل الجهد في سبيل تدعيم مركز الأجانب من خلال دعوتها لعقد مؤتمر خاص بمعاملة الأجانب بباريس سنة 1929، وفي مؤتمر آخر بلاهاي سنة 1930 م، و ذلك في إطار مجهودات تقنين القانون الدولي ولكن هذين المؤتمرين لم يتوصلا إلى تحقيق النتائج المرجوة منها وباءت جهود عصبة الأمم بالفشل، وواصلت هيئة الأمم المتحدة الجهود المبذولة في هذا الصدد وكانت أهم هذه الجهود تتعلق بحقوق الإنسان وطنيا كان أم أجنبيا، حيث جاء في مضمون ديباجة ميثاقها على أن شعوب الأمم المتحدة تؤكد من جديد إيمانها

1- هشام صادق، المرجع السابق، ص 15 و16.

2- عباس محمد عباس، المرجع السابق، ص 83.

3- صفاء يوسف حسين جاسم، المرجع السابق، ص 22.

4- لوافي سعيد، الحماية الدستورية للحقوق السياسية في الجزائر، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2010/2009، ص 18 و19.

بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره، ونصت أيضا الفقرة الثالثة من المادة الأولى على أن من مقاصد الأمم المتحدة تعزيز احترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية للناس جميعا، ورغم أن ميثاق الأمم المتحدة قد أقر الحقوق الأساسية للإنسان، إلا أنه لم يحدد ماهيتها ووسائل حمايتها، فأصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 1948/12/10 متضمنا النص على الحقوق التي يجب أن يتمتع بها كل فرد بوصفه إنسانا دونما تفرقة بين الوطني والأجنبي.[1]

والتمييز بين هذا و ذاك بالتفريق في المعاملة بين الأفراد والجماعات فيه خرق لمبدأ المساواة، ولا يستند إلى مبرر موضوعي منطقي في القانون، ويمكن أن يكون هذا التفريق كما ذكرنا سابقا بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الاثني الذي ينتمي إليه الفرد الممارس ضده أو لمصلحته هذا التمييز، مما فيه من مساس بالحقوق المحمية في القانون.[2]

إضافة إلى ذلك، فقد أنشأت منظمة الأمم المتحدة مجلس حقوق الإنسان وأكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرار إنشاء المجلس على خصائص لحقوق الإنسان والتي تتمثل فيما يلي: "جميع حقوق الإنسان عالمية، وغير قابلة للتجزئة، ومترابطة، ومتشابكة، ويعزز بعضها البعض، وأن يعامل الإنسان أينما كان معاملة عادلة ومنصفة واحترام مبدأ المساواة في الحقوق وتقرير المصير وتعزيز احترامها وحمايتها، بدون تمييز، ومسؤولية جميع الدول على تحقيقها السلام والأمن والتنمية وحقوق الإنسان، هي عناصر مترابطة ويعزز بعضها البعض".[3]

ومن هنا يتبين لنا، أن معاملة الأجانب تطورت واستقرت أحكامها في القانون الدولي بعد زمن طويل وتغيرت النظرات إليهم نتيجة نمو العلاقات بين الدول والاتصالات بين الشعوب واستقرار فكرة التضامن بينها.

1- صفاء يوسف حسين جاسم، المرجع السابق، ص 23؛ انظر أيضا: ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 32.

2- حسيبة شرون، أسباب إباحة جريمة التمييز في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جانفي 2016، ص 13.

3- عبد الله علي عبو، المنظمات الدولية، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة دهوك، إقليم كوردستان، العراق، 2011، ص 179.

الفرع الثاني: تعريف الأجنبي

يختلف تعريف الأجنبي تبعا لاختلاف معناه في اللغة والاصطلاح، كما يختلف أيضا تبعا لاختلاف مفهومه الفقهي عن مفهومه القانوني.

أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي للأجنبي

الأجنبي من المصدر جنب: الجنب والجنبة والجانب شق الإنسان تقول جلست إلى جنْب فلان و الجمع جنوب وجوانب وجنائب وهي نادرة، وفي التنزيل العزيز: ﴿**أَن تَقُولَ نَفْسٌ يَٰحَسْرَتَىٰ عَلَىٰ مَا فَرَّطتُ فِي جَنۢبِ ٱللَّهِ وَإِن كُنتُ لَمِنَ ٱلسَّٰخِرِينَ٥٦**﴾[1] قال القراء: الجنب القرب وقوله ما فرطت في جنب الله إي في قرب الله وجواره[2].

وهي أيضا لفظة مشتقة من جانب ويعني الغريب. ويقال الأَجْنَبيٌّ والأجنب بمعنى واحد، والجمع: أجْناب[3]، ورجلٌ أجْنب وأجْنبي وهو البعيد منك في القرابة وجنب فلان بجنبه جنابه وجنب إذ نزل فيهم غريبا فهو أجنبي[4]. وجاء في معجم مقاييس اللغة: الجيم والنون والباء أصلان متقاربان، أحدهما الناحية والآخر البعد[5].

فيأتي بمعنى الناحية، ويقال هذا من ذلك الجانب أي الناحية[6]، وقعدت إلى جنب فلان أي ناحيته، وجنبتا الوادي: ناحيتاه[7]. ويأتي بمعنى البعد، ويقال جانب الشيء وتجانبه: بعد عنه، والأجنبي الذي لا ينقاد، أي الغريب[8]، ومن ليس من القوم، والبعيد منك في القرابة[9].

1- سورة الزمر، الآية 56.

2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، لسان العرب، دار المعارف، مصر، الجزء 2، ص 26.

3- المرجع نفسه، ص 275- 277.

4- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1997، ص 97.

5- أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1979، المجلد الأول، ص 483.

6- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الثانية، دار المعارف، بيروت، لبنان،1987، باب الألف، ص 110.

7- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، مرجع سابق، ص 276.

8- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، لبنان، 2005، ص 69.

9- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، نفس المرجع السابق، ص 277.

والغريب أيضا: جنب، وأجنب، ومن معاني الجنابة الغربة واجتنب فلان فلانا إذا تجنبه وابتعد عنه، ونقل في التاج عن الأساس وفي المجاز هو أجنبي، عن كذا، أي لا تعلق به ولا معرفة يعنى كما تقول فلان أجنبي عن هذا العلم أو عن هذه القضية، فيطلق الأجنبي على من هو غريب حسًا أو معنى[1]. وجاء في تاج العروس: ومن المجاز هو أجنبي عن كذا، أي لا تعلق له به ولا معرفة[2].

ويطلق الفقهاء لفظ الأجنبي على عدة معان ويفسر في كل مقام بحسبه[3]، فمن معانيه:

- هو البعيد عنك في القرابة والنسب[4].
- هو الغريب عن الأمر من عقد أو غيره[5].
- هو الغريب عن الوطن.
- الأجنبي عن المرأة من ليس محرما لها[6].

وبالنظر في هذه التعريفات، فإن المعنى الثالث هو المقصود في بحثنا، والذي يقابله في الفقه الإسلامي كلمة "الدار". ولكننا لا نعني بهذه الأخيرة "السكنى"، وإنما أمر آخر سوف نتعرض إليه بالتفصيل لاحقا.

1- أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح شرح المحلى على منهاج الطالبين، الطبعة الثالثة، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، مصر، 1956، الجزء الثالث، ص 174.

2- محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الطبعة الثانية، طبعة حكومة الكويت، الكويت، 1987، الجزء الثاني، ص 187.

3- محمد بن علي بن محمد الفرني، السندات التنفيذية الأجنبية وإجراءات تنفيذها_ دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام السعودي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 39.

4- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1983، الجزء الثاني: أجل- إذن، ص 52.

5- أبي الطيب السيد صديق حسن خان القنوجي، ت: علي حسن الحلبي، الحطة في ذكر الصحاح الستة، دار عمار، الكويت، (ب، ت)، ص 173. انظر أيضا: محمد ألتويجي، المعجم المفصل في تفسير غريب القرآن الكريم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 15.

6- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 52.

ثانيا: التعريف الفقهي للأجنبي

لقد استعمل الفقه الإسلامي لفظة الأجنبي بمعان مختلفة في أبواب الفقه[1]، أما الأجنبي بالنسبة للدولة الإسلامية فهو: "غير المسلم الذي لا يرتبط بالدولة الإسلامية برابطة الإقامة الدائمة، أو التوطن المستفاد من عقد الذمة"[2]. وقولنا في غير المسلم قيد التعريف خرج به المسلم فهو مواطن بالنسبة للدولة الإسلامية مهما كان موطنه أو محل إقامته[3]. وغير المسلمين كذلك هم ذميين ومستأمنين ومعاهدين وحربيين، أي أولئك غير المسلمين جميعا الذين لا يرتبطون بالدولة الإسلامية بعقد الذمة، فالوصف بهذا الشكل لغير المسلمين الذين يعتبرون أجانب بالنسبة للدولة

1- ذكر الأجنبي في أبواب مواطن مختلفة من أبواب الفقه الإسلامي ونذكر منها:

أ. الأجنبي عن المرأة: جاء لفظ الأجنبي في هذا الصدد، في باب النكاح ويقصد بالأجنبي عن المرأة هو من ليس زوجا لها، سواء كانت من ذوات محارمه أم لم تكن كذاك؛ وبعبارة أخرى، لفظ الأجنبي يستخدم هنا للدلالة على الشخص الذي يحل له الزواج بامرأة ما. بمعنى أن الشخص_ الرجل_ يعتبر أجنبيا بالنسبة لكل امرأة تحل له زوجة، في الفرض الذي لا تكون فيه كذلك. وتعتبر المرأة كذلك أجنبية بالنسبة لكل رجل تحل له زوجة شرعية، في الفرض الذي لا تكون في كذلك.

وفي هذا الصدد تكلم الفقهاء المسلمون القدامى عن العلاقة بالأجنبية مثل تحريم الخلوة بها، ومسها، ومدى جواز مصافحتها، وكذلك بيان ما يجوز النظر إليه من الأجنبية وهكذا، فالأجنبية هنا هي التي تحل زوجة شرعية لرجل ما في الفرض الذي ليست فيه كذلك.

ب. الأجنبي في السفر والحج: من بين المواطن التي جاء فيها ذكر الأجنبي في الفقه الإسلامي كذل، الأجنبي في السفر والحج بالنسبة للمرأة، ويقصد به هنا كل من عدا ذي المحرم والزوج، ومنع الفقهاء سفر المرأة مع غير ذي محرم والزوج باعتباره أجنبيا عنها.

ج. الأجنبي في الحضانة: أيضا في بيان أحق الناس بحضانة الطفل من غيره، وأن أحق الناس بحضانة الطفل هي أمه، بشرط ألا تكون الأم ذات زوج أجنبي عن الصغير. والمراد بالأجنبي في هذا الصدد من ليس رحما من جهة النسب فإن تزوجت أم الصغير من أجنبي فلا حق لها في الحضانة.

وفي غير هذه المواطن كثير في الفقه الإسلامي ذكر فيها لفظ الأجنبي، كالأجنبي في تغسيل الميت، والأجنبي في الهبة والوصية والإقرار، والأجنبي في الخطبة بالنسبة للمعتمدة. انظر لأكثر التفاصيل: يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني الشافعي أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع شرح المهذب، مكتبة الارشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، (د. ت. ن)، الجزء الخامس عشر، ص 35.

2- رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة استكمالا لنيل متطلبات الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، جامعة الإسكندرية، مصر، 1419هـ/1999م، ص 225.

3- عبد الغفور محمد خليل، الوسيط في شرح أحكام الجنسية، (د. ط)، مطبعة رمسيس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1980، ص 110.

الإسلامية، إلا الذميين منهم ليسوا بأجانب بل يعد الذمي مواطن من مواطني الدولة الإسلامية، فخصه بغير المسلمين وارتباطه بالدولة الإسلامية بعقد الذمة[1].

في هذا الشأن، اتفق علماء التفسير على أن الدين هو الإسلام، والجزاء والحساب، وبذلك يوافقون جمهور الفقهاء واللغويين في معنى الدين. والدين هو مجموعة من العقائد والعبادات والأحكام والقوانين التي شرعها الله سبحانه وتعالى لتنظيم علاقات الإنسان بربه وعلاقته مع غيره من البشر، وهي القواعد الإلهية التي بعث الله بها الرسل لإرشاد الناس إلى الحق في الاعتقاد، وهو الجزاء والحساب.

ويتحدد مركز الفرد في الدولة على أساس الاختلاف الحاصل بينهم سواء في العرق، المذهب، الدين واللغة...، إلا أننا في هذه الجزئية سنتطرق لتوضيح الأشخاص الذين يعتبرون أجانب فيما بينهم عند اختلاف الدين، سواء كان مسلم أو كافر، وسواء كان في دار الحرب أو دار الإسلام، والأجانب بالنظر لاختلاف ديانتهم صنفان: مسلمين وكفار.

فالمسلمون، هم من يؤمنون بالله وبرسالة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ورسائل الرسل الذي سبقوه. وأطلق عليهم مسلمين لأن الإسلام هو الاستسلام والانقياد لله وحده[2]، إذ قال تعالى: **﴿إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلۡإِسۡلَٰمُۗ وَمَا ٱخۡتَلَفَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعۡدِ مَا جَآءَهُمُ ٱلۡعِلۡمُ بَغۡيَۢا بَيۡنَهُمۡۗ وَمَن يَكۡفُرۡ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَرِيعُ ٱلۡحِسَابِ ١٩﴾**[3].

وبهذا يتضح أن دين المسلمين هو دين الحق وأظهره على الأديان كلها وما خالفه من الأديان باطل وإن إجماع أهل الشرك دينان، دين أهل الكتاب، ودين الأميين، وقهر الرسول صلى الله عليه وسلم الأميين حتى أسلموا طوع وكرها، وقاتل أهل الكتاب حتى أسلم بعضهم وأعطى بعضهم الجزية، وطبقت عليهم أحكام المسلمين في دار الإسلام[4]، لقوله تعالى: **﴿قُولُوٓاْ ءَامَنَّا بِٱللَّهِ وَمَآ أُنزِلَ إِلَيۡنَا وَمَآ أُنزِلَ إِلَىٰٓ إِبۡرَٰهِيمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ وَإِسۡحَٰقَ وَيَعۡقُوبَ وَٱلۡأَسۡبَاطِ وَمَآ أُوتِيَ مُوسَىٰ وَعِيسَىٰ**

1- رمزي محمد علي دراز، مرجع سابق، ص 225.

2- عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مرجع سابق، ص 13- 15.

3- سورة آل عمران، الآية 19.

4- محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ت: رفعت فوزي عبد المطلب، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2001، كتاب الجهاد والجزية/ في إظهار دين النبي صلى الله عليه وسلم على الأديان، ص398 و399.

وَمَآ أُوتِيَ ٱلنَّبِيُّونَ مِن رَّبِّهِمۡ لَا نُفَرِّقُ بَيۡنَ أَحَدٖ مِّنۡهُمۡ وَنَحۡنُ لَهُۥ مُسۡلِمُونَ﴾[1]، لذلك أظهر الله دين المسلمين على الأديان كلها.

أما عن الكفار، فالكفر ملة واحدة فلا فرق بين كفر كتابي وكفر وثني وكلهم على الكفر والضلال؛ غير أنه من حيث الأحكام والعبادات والمعاملات وعلاقاتهم مع المسلمين ليسوا سواء. فالكتابي يختلف بحكمه عن المجوس والمجوسي يختلف عن الوثني، وكذلك الذمي ليس كالحربي في معظم الأحكام، وقد يكون كل منهم إما ذميا أو مستأمنا أو حربي بالنسبة لدار الإسلام. وهم أصناف:

- أهل الكتاب: اتفق العلماء على أن أهل الكتاب هم الطائفتان اللتان أنزل عليهما الكتاب من قبلنا، وهم اليهود (كتابهم التوراة) والنصارى (كتابهم الإنجيل) فقط[2]، ولقد جاء ذكر كليهما في كثير من آيات القرآن الكريم، بدليل قوله جل وعلا: ﴿**أن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلۡكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيۡنِ مِن قَبۡلِنَا وَإِن كُنَّا عَن دِرَاسَتِهِمۡ لَغَٰفِلِينَ١٥٦**﴾[3]؛ وقوله عز وجل: ﴿**إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَادُواْ وَٱلنَّصَٰرَىٰ وَٱلصَّٰبِـُٔونَ مَنۡ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَعَمِلَ صَٰلِحٗا فَلَهُمۡ أَجۡرُهُمۡ عِندَ رَبِّهِمۡ وَلَا خَوۡفٌ عَلَيۡهِمۡ وَلَا هُمۡ يَحۡزَنُونَ٦٢**﴾[4]؛ وقوله تعالى: ﴿**قُلۡ يَٰٓأَهۡلَ ٱلۡكِتَٰبِ تَعَالَوۡاْ إِلَىٰ كَلِمَةٖ سَوَآءِۭ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَكُمۡ أَلَّا نَعۡبُدَ إِلَّا ٱللَّهَ وَلَا نُشۡرِكَ بِهِۦ شَيۡـٔٗا وَلَا يَتَّخِذَ بَعۡضُنَا بَعۡضًا أَرۡبَابٗا مِّن دُونِ ٱللَّهِۚ فَإِن تَوَلَّوۡاْ فَقُولُواْ ٱشۡهَدُواْ بِأَنَّا مُسۡلِمُونَ٦٤**﴾[5].
- المجوس: اسمهم المجوس لتدينهم باستعمال النجاسات وهم من أقدم الطوائف وأصلهم من بلاد فارس، وقد نبغوا في علم النجوم[6]، وقال إنهم ليسوا أهل كتاب بل يجمعهم مع أهل الكتاب من اليهود والنصارى أن لهم شبهة كتاب، وكانت معاملتهم معاملة أهل الكتاب بأخذ الجزية منهم إذ

1- سورة البقرة، الآية 136.

2- أحمد بن علي الرازي أبكر الجصاص، أحكام القرآن، ت: محمد الصادق قمحاوي، الجزء الرابع، (د. ط)، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1992، ص 198.

3- سورة الأنعام، الآية 156.

4- سورة البقرة، الآية 62.

5- سورة آل عمران، الآية 64.

6- أبي محمد علي ابن أحمد ابن حزم الظاهري الأندلسي، الفصل في المِلَلْ والأهواء والنِحَل، الجزء الثاني، الطبعة الطبعة الأولى، المطبعة الأدبية، مصر، 1320، ص 69 وما يليها.

أخذها منهم سيدنا عمر بن الخطاب – رضي الله عنه–[1]. فهم ممن يعظمون الأنوار والنيران، والماء، والأرض، ويقرون ببنوة زرادشت، ولهم شرائع يصيرون إليها، وهم فرق شتى، كالمزدكية والخرمية[2].

وقول جمهور الفقهاء في هذا الشأن، أن المجوس ليسوا أهل كتاب بدليل لو كانوا أهل كتاب ما توقف الصحابة في أمرهم عندما سئل عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– عن المجوس ما أدري كيف أصنع في أمرهم، فقال له عبد الرحمن بن عوف أشهد لقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: سنوا بهم سنة أهل الكتاب، ولو كانوا أهل كتاب لذكرهم القرآن مع أهل الكتاب حين قال: ﴿**إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ**﴾ ولو كان المجوس منهم لكانوا ثلاث طوائف، والدليل كذلك على أنهم ليسوا من أهل الكتاب إنهم عباد النار؛ وفي الوقت الحاضر توجد طائفة من المجوس في إيران يبلغ عددها المليون ويكثرون في مدينة يزد التي يعتبرونها بلدهم المقدسة ولهم فيها معابد ونيران، ومن عقائدهم التناسخ وعبادة النار، وإباحة نكاح المحارم[3].

- الصابئة: هم من قوم أهل الكتاب، أي أنهم من اليهود والنصارى، منهم من يعبد الكواكب ويعظمون النيران، وهؤلاء ليسوا من أهل الكتاب وحكمهم حكم عبدة الأوثان، ولقد ذكرهم الله سبحانه وتعالى في قوله عز وجل: ﴿**إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَادُواْ وَٱلنَّصَٰرَىٰ وَٱلصَّٰبِـُٔونَ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِ وَعَمِلَ صَٰلِحًا فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ**﴾ [4].

والظاهر أن الفقهاء اختلفوا في أمر الصائبة لخفاء حقيقتهم وعدم وضوح ديانتهم، فقال كل فقيه بناء على ما ظهر له من أمرهم. وفي الوقت الحاضر توجد أقلية من الصابئة في العراق وفي جزيزة نابلس في فلسطين، وهم يعتقدون بالخالق ويؤمنون باليوم الآخر ويدعون أنهم يتبعون تعاليم آدم عليه السلام، وعندهم كتاب يسمونه الكانزابيرا أي صحف آدم، ومن عباداتهم الصلاة وتقتصر على الوقوف والركوع والجلوس دون السجود، ويؤدونها في اليوم ثلاث مرات قبل طلوع الشمس

1– خير سامية محمد علي محمد، الأحكام المترتبة على اختلاف الدين والدين في العبادات والمعاملات: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان، السودان، 2005، ص 21 و22.

2– أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، ت: محمد عزير شمس، خرج أحاديثه: مصطفى ابن سعيد إيتيم، المجلد الأول، مجمع الفقه الإسلامي، دار علم الفوائد للنشر والتوزيع، جدة، 1432، الباب الثالث عشر، ص 1006.

3– عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص15 و16.

4– سورة البقرة، الآية 62.

وعند زوالها وقبل الغروب، ويتوجهون في صلاتهم إلى النجم القطبي، وتؤخذ منهم الجزية إذ لم يكفرونهم اليهود والنصارى ولم يخالفونهم في أصول دينهم[1]. إذن، فالصابئة حسب آراء جمهور الفقهاء أنهم يمثلون طائفة المشركون وليسوا من أهل الكتاب.

ومنه، فإن الأجنبي بالنسبة للدولة الإسلامية هم كل غير المسلمين الذين لا يرتبطون بها بعقد الذمة، ويستوي بعد ذلك كونه مستأمنا، أو معاهدا، أو حربيا، وغير المسلم لا يخرج عن كونه أحد هذه الأصناف؛ وهذا التعريف يمثل الناحية النظرية فقط، أما من الناحية الواقعية والعملية فالأمر يختلف، حيث يشهد الواقع العملي المعاصر بوجود مسلمين يحملون جنسيات دول أجنبية غير إسلامية مثال فرنسا وأمريكا وانجلترا وغيرها من جنسيات مختلفة التي لا توجد بها أقلية مسلمة من مواطنيها الأصليين، وهؤلاء في الواقع في نظر القانون يعتبرون أجانب عن الدولة الإسلامية، وهو فرض موجود وواقع بالفعل لابد من التعامل معه بشكل واقعي.

وعليه، فالأجنبي بالنسبة للدولة الإسلامية هو من لا يقيم بها بصفة دائمة. وبهذا يعتبر أجنبيا عن الدولة الإسلامية المسلم الذي يحمل جنسية دولة أجنبية ولا يتمتع بجنسية الدولة الإسلامية وكذلك غير المسلم الذي لا يرتبط بالدولة الإسلامية بصفة دائمة عن طريق عقد الذمة وبهذا أيضا يتحدد مواطني الدول الإسلامية بالمسلمين المتوطنين، والذين يمثلون أغلبية شعب الدولة الإسلامية، وكذلك غير المسلمين الذين يتوطنون بالدولة الإسلامية بناء على عقد الذمة[2].

والجدير بالذكر، أن غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص يذهبون إلى أن الأجنبي في دولة معينة هو الشخص الذي لا يتمتع بجنسيتها[3]، فهو وصف يقابل وصف الوطني، فإذا كان هذا الأخير هو من يحمل جنسية الدولة، فإن الأجنبي من لا يحمل جنسيتها، أي لا يتمتع بالصفة

1- خير سامية محمد علي محمد، مرجع سابق، ص 24 و25.

2- رمزي محمد علي دراز، مرجع نفسه، ص 226.

3- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص_ الجنسية والموطن ومركز الأجانب ومادة التنازع، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 275.

الوطنية سواء كان يحمل جنسية دولة أخرى أم كان عديم الجنسية[1]، فالأجنبية صفة سلبية تقابل صفة الوطنية وتكتفي معظم التشريعات بتحديد صفة الوطنية حتى يمكن تحديد صفة الأجنبية.

ثالثا: التعريف القانوني للأجنبي

الأجنبي في علم القانون، هو كل شخص لا يتمتع بالجنسية الوطنية سواء كان يتمتع بجنسية دولة أخرى أو كان لا يتمتع بأية جنسية على الإطلاق، وتعريف الأجنبي بطريقة سلبية أو بمفهوم المخالفة أو بمفهوم الاستبعاد يتفق مع مبدأ اقتصار سلطة الدولة في مجال الجنسية على تحديد مواطنيها فقط، ذلك أن تحديد ماعدا هؤلاء أمر يدخل في الاختصاص الحصري لدولتهم[2]، فقانون الدولة الوطنية التي يوجد فيها الأجنبي هو الذي يحدد من هو الوطني ومن هو الأجنبي، حيث يتم هذا التحديد غالبا عن طريق مفهوم المخالفة وأحيانا عن طريق التصريح، وبهذا فالأجنبي الذي يقيم في دولة معينة لا يعد من مواطنيها ما لم يكتسب جنسيتها، سواء أكان وجوده في تلك الدولة بصورة دائمة أم مؤقتة أم كان مضطرا للدخول أو دخل بإرادته ونفس الحال بالنسبة للأجنبي الذي يحمل عدة جنسيات ولم تكن إحداها جنسية الدولة التي يقيم فيها[3].

لقد أقر القانون الدولي الخاص مبدأ حرية الدولة في تعيين رعاياها بمقتضى تشريعاتها الداخلية التي تضعها لتحقيق هذه الغاية، حيث اعتبرت الأجنبي هو كل من لا ينتمي إلى جنسية الدولة سواء كان الشخص منتميا إلى جنسية دولة أخرى أو كان متجردا من أي جنسية[4]، وهو ذات موقف المشرع الجزائري.

1- بدر الدين عبد المنعم شوقي، مركز الأجانب بين الشريعة والقانون الدولي الخاص المصري، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1971، ص 1 وما يليها.

2- حسام الدين فتحي ناصف، مركز الأجانب_ دراسة للنظرية العامة والقانون المصري والمقارن، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2010، ص 8.

3- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص_ النظرية العامة للمواطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، الطبعة الأولى، مطبعة دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1976، ص 80.

4- هشام صادق، مرجع سابق، ص 3.

الملاحظ على تشريعات الجنسية، أنها تقتصر على بيان من هو الوطني دون أن تعنى بتحديد من هو الأجنبي و بالتالي يكون الأجنبي هو من لا يحمل الصفة الوطنية[1]، ونستشف بمفهوم المخالفة أن الأجنبي هو من لا يحمل جنسية الدولة التي يقيم فيها، ذلك أن المشرع الوطني لا يعنى عادة في قوانين أخرى سيما تلك المتعلقة بدخول وإقامة الأجانب في إقليم الدولة، وتأسيسا على ذلك فقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة الثالثة من القانون المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيها أنه: يعتبر أجنبي كل فرد لا يحمل الجنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أي جنسية.

ومنه، فالأجنبي هو الشخص الذي لا تربطه بالدولة الجزائرية أي رابطة قانونية أو سياسية، ولا يتمتع بأي حق من حقوق المواطنة كالحق في الانتخاب والترشح والاستفادة من حق التوظيف في المرافق الإدارية التابعة للدولة التي يقيم على أراضيها. والملاحظ على تعريف المشرع الجزائري للأجنبي أنه يأخذ بمعيار الجنسية كمعيار أساسي للتفرقة بين المواطن المتجنس بجنسية جزائرية وآخر أجنبي لا يملك الجنسية الجزائرية. كما أشرت أعلاه، إن الأجنبي هو الشخص الذي لا تربطه أي علاقة مع أية دولة أخرى، ولا يتمتع بأية جنسية، والحال ينطبق على عديم الجنسية الذي لا يتمتع بحماية أية دولة.

عند البحث في بعض التشريعات العربية المقارنة اتضح لنا أنها لم تخرج عما سبق بيانه من الأخذ بالجنسية كمعيار للتمييز بين الأجانب والمواطنين، «حيث أن المشرع عادة لا يعنى بتحديد من هم الأجانب في قوانين الجنسية ولكن الملاحظ كقاعدة عامة أن التحديد يأتي عادة في قوانين أخرى سيما المتعلقة بدخول و إقامة الأجانب في إقليم الدولة»[2]. والمشرع المصري من خلال نص المادة الأولى من قانون دخول وإقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية والخروج منها على أنه: "يعتبر أجنبيا، في حكم هذا القانون كل من لا يتمتع بجنسية جمهورية مصر

1- صفاء يوسف حسين التميمي، المركز القانوني للأجنبي في دولة الإقامة_ دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق، 2016، ص 8.

2- هشام علي صادق، عكاشة عبد العال، حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب- دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2006، ص 473 الهامش رقم 1.

العربية"[1]. أما في المملكة العربية السعودية نصت المادة الثالثة من نظام الجنسية لسنة 1954 على أن: "الأجنبي هو غير السعودي"[2]. وفي دولة قطر فقد نصت المادة الأولى من القانون المتعلق بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم على أن الوافد هو: "كل شخص غير قطري يدخل الدولة للعمل أو الإقامة أو الزيارة، أو لأي غرض"[3]. وسار على هذا النحو المشرع اللبناني من خلال المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 1962[4] و هو نفس موقف المشرع البحريني في نص المادة الثانية من قانون الجنسية لسنة 1963[5]. وكذلك هو الحال بالنسبة للمشرع التونسي من خلال القانون رقم 7 لسنة 1968[6] الذي عرف الأجانب ولم يستثني من ذلك عديم الجنسية فبحكم القانون التونسي كذلك يعد أجنبيا، وهو نفس النهج الذي انتهجه المشرع المغربي من خلال نص المادة الأولى، حيث يعتبر الأجانب في مدلول القانون، الأشخاص الذين لا يتوفرون على الجنسية المغربية أو الذين ليست لهم جنسية معروفة أو الذين تعذر تحديد جنسيتهم[7]. وهو نفس المسلك الذي سلكه المشرع الفرنسي من خلال المرسوم رقم 1248-2004 المتعلق بشأن قانون الدخول وإقامة الأجانب و حق اللجوء في فرنسا على أنه: "في إطار هذا

1- القانون رقم 88 لسنة 2005 المعدل للقانون رقم 89 لسنة 1960 بشأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي الجمهورية العربية المتحدة والخروج منها.

2- القرار رقم 4، المتضمن نظام الجنسية السعودية لسنة 1954، بتاريخ 1374/01/25 هـ.

3- القانون رقم 21 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم دخول وخروج الأجانب الوافدين وإقامتهم في دولة قطر، يعدل القانون رقم 04 لسنة 2009. سابقا كانت المادة الأولى تنص على أن: "الوافد هو كل شخص يدخل الدولة ولا يحمل الجنسية القطرية".

4- نصت المادة الأولى من قانون تنظيم الدخول إلى لبنان والإقامة فيه والخروج منه، صادر في 10 تموز 1962 معدل بموجب القانون رقم 173 تاريخ 2000/2/14: "يعد أجنبيا، بالمعنى المقصود بهذا القانون، كل شخص حقيقي من غير التابعية اللبنانية".

5- نصت المادة الثانية من قانون الجنسية البحرينية لعام 1963، ج. ر. ب، العدد الثامن، بتاريخ 28 ربيع الثاني 1383 الموافق لليوم 16 سبتمبر 1963 على أن: "أجنبي" تعني كل شخص غير بحريني.

6- جاء في الفصل الأول من القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 ج. ر. ت، العدد 11- السنة 111، بتاريخ 12 مارس 1968 يتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية، ص 296. يعتبر أجانب في نظر هذا القانون جميع الأشخاص الذين ليست لهم الجنسية التونسية سواء كان لهم جنسية أجنبية أو لم تكن لهم جنسية.

7- القانون رقم 03-02 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة.

التقنين، يعتبر الأشخاص الذين لا يحملون الجنسية الفرنسية أجانب سواء لكونهم من جنسية أجنبية أم لا يحملون أية جنسية على الإطلاق"[1].

وعليه، فالأجنبي فهو الشخص الذي لا يحمل الجنسية الوطنية، أي أن ضابط الجنسية هو المعيار الأساسي لتحديد الوطني من الأجنبي في الدولة، وهو المعنى الذي أكده المشرع الجزائري وكذلك التشريعات المقارنة كالمصري والفرنسي كما سبق وأوردناه أعلاه. وتجدر الإشارة إلى هناك علاقة بين معنى الأجنبي في اللغة، والفقه الإسلامي والقانون. فإذا كان الأجنبي لغة هو الغريب البعيد، أو ما يقابل القريب، فكان الأجنبي هو الغريب عن جنسية تلك الدولة، ولا يختلف الأمر كذلك بالنسبة لمعنى الأجنبي في الفقه الإسلامي، فالأجنبي بالنسبة للدولة الإسلامية هو البعيد أو الغريب عن الإسلام وعن الدولة الإسلامية أي غير المسلم، أو غير مسلم ولكنه قريب من المسلمين ومن الدولة الإسلامية بالإقامة بها إقامة دائمة بمقتضى عقد الذمة وكذلك المسلم الغريب عن الدولة الإسلامية وفي القانون كذلك هو من لا يحمل جنسية الدولة التي يراد نسبته إليها. فكون الشخص أجنبيا أو وطنيا بالنسبة لدولة ما إنما يرتبط بتمتعه بجنسيتها من عدمه.

الفرع الثالث: فئات الأجانب

تعتبر الجنسية المعيار الأساسي الذي يميز الوطني عن الأجنبي، ولما كانت الجنسية هي صفة الفرد تعكس انتسابه أو انتمائه إلى دولة معينة، فإن الوطني هو الذي تضفي عليه الدولة تلك الصفة وتعتبره من أعضاء شعبها، أما الأجنبي عن الدولة فهو من لا يتصف بتلك الصفة، ولا يرتبط برابطة الولاء السياسي بها وإن ارتبط بأمر آخر غير الجنسية كرابطة الإقامة أو الموطن[2].

فإن كان الأجنبي هو كل شخص غير وطني فمن المتصور أن يتساوى من الناحية المنطقية في المعاملة القانونية لدى الدول جميع الأجانب على اختلاف صفاتهم وأنواعهم. فالأصل أن الدولة حرة في تنظيم حقوق الأفراد في الحياة القانونية الداخلية فقد تساوي بينهم وقد تفرق بينهم،

1- Art L111-1. Aux termes de l'OR. N° 44 – 2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : Sont considérés comme Étrangers au sens de la présente ordonnance « tous individus qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'ils aient une nationalité Etrangère, soit qu'ils n'aient pas de nationalité».

2- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص- الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص503.

كما قد تمنح مثلا حصانة لبعضهم، بينما ترفع تلك الحصانة عن البعض الآخر[1]. هذا ويشهد الواقع العملي وجود عدد من طوائف الأجانب تتميز كل طائفة منهم بحد معين من المعاملة القانونية يختلف عن ذلك الحد الذي تتمتع به الطوائف الأخرى[2]، وهو ما يستتبع اختلاف النظام الذي يحكمها من حيث الحقوق التي تمنح لها والالتزامات التي تفرض عليها.

وعليه، يبدو ضروريا حصر هذه الطوائف وتمييزها عن غيرها بغرض الوقوف عند الفئات التي تشكل أساسا محور دراستنا وهذا ما سيتم بيانه في الآتي.

أولا: الأجانب العاديين:

إن الوضع العادي و الغالب للأجانب في القانون الدولي الخاص يتمثل بالأجانب العاديين[3]؛ ويصدق هذا الوصف على الأشخاص الطبيعيين الذين يدخلون إلى الإقليم الوطني لغرض السياحة أو الزيارة أو العمل أو الدراسة أو العلاج وغيره ذلك من الأغراض المشروعة، وهؤلاء الأجانب يخضعون للقانون الداخلي في دولة هذا الإقليم الذي ينظم القواعد المحددة لحقوقهم والتزاماتهم أو القواعد المتعلقة بإجراءات دخولهم وإقامتهم وإبعادهم[4].

ويتمثل الشخص الأجنبي الطبيعي العادي في صنفين[5]، فالصنف الأول يتمثل في الأجنبي العادي التعاهدي، وهو الشخص الأجنبي العادي الذي لا يوجد في بلد أجنبية تربطها بدولته معاهدات ثنائية تسير موضوع أو مجموعة مواضيع معينة تخصه كأجنبي فيها[6]؛ أما

1- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 355.

2- بوجانة محمد، معاملة الأجانب في ظل أحكام القانون الدولي المعاصر، رسالة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص 60.

3- عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 14؛ انظر أيضا: حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 11.

4- عباس محمد عباس، مرجع سابق، ص 37 و38.

5- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 289 و290.

6- مثلما فعلت الجزائر مع العديد من الدول، مثال ذلك حول إقامة وتنقل الأشخاص الطبيعيين:

- مع المغرب اتفاقية 15 مارس 1963 المعدلة والمتممة ببروتوكول ملحق وقع بتاريخ 15 جانفي 1969 (أمر رقم 69-68 المؤرخ في 2 سبتمبر 1969.
- مع موريطانيا اتفاقية حول إقامة وتنقل الأشخاص الموقع عليها بنواكشط بتاريخ 6 جويلية 1996 مرسوم رئاسي 97-339 المؤرخ في 23 سبتمبر 1997.

الصنف الثاني، يتمثل في الأجنبي العادي غير التعاهدي، وهو الأجنبي الذي يوجد في بلد لا تربطها بدولته أية معاهدة ثنائية فيما يخصه كأجنبي (مسألة دخول وإقامة وإبعاد الأجنبي من إقليم الدولة).

وما يمكن قوله، أن الجنسية تعد مناط ومرجع التمييز بين الوطني والأجنبي[1]، ولما كانت الجنسية طبقا لمفهومها الوظيفي هي صفة في الفرد تفيد ارتباطه أو انتسابه أو انتمائه إلى دولة معينة، فالأجنبي عن الدولة هو كل من لا يتصف بتلك الصفة ولا يرتبط برابطة الولاء السياسي بها، وإن ارتبك بأمر آخر غير الجنسية كرابطة الإقامة أو الموطن وهي ليست لا رابطة سياسية ولا روحية ولا قانونية كرابطة الجنسية بل هي رابطة تتفرع عن واقعة مادية[2].

لقد شهدت فرنسا تفرقة ما بين الفرنسي الوطني ورعايا الدولة الفرنسية، فالوطني هو الشخص الفرنسي الذي ينتمي إلى الدولة الفرنسية بجنسيته، أما رعايا الدولة الفرنسية فهم الجزائريون الذين تكفل لهم فرنسا معاملة قانونية متميزة عن سائر الأجانب فهم ليسوا وطنيين ولكنهم أجانب في وضع أعلى من الأجانب الآخرين من حيث التمتع بالحقوق. وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري من خلال المادة الثالثة من القانون 08-11 المؤرخ في 2008/06/25.

والملاحظ أن المشرع الجزائري يعتبر الشخص أجنبي سواء كان متجنسا أو عديم الجنسية إلى حين استنفاد الشروط اللازمة على مستوى المنافذ الحدودية الثلاث حتى يتمكن من دخول التراب الوطني والتنقل فيه.

هذا وتضع الدول عدة قيود على دخول الأجانب إلى إقليمها، كحمل أوراق صادرة من السلطات المختصة في دولهم، أو القيام ببعض الإجراءات مثل الحصول على تأشيرة الدخول وما إلى ذلك من الإجراءات المشروعة التي قد تراها الدولة المضيفة ضرورية[3].

1- فاطمة الزهراء بن محمود، الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي_ شرح وتعليق ومثراه بفقه القضاء، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016، ص 28.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 503.

3- بوجانة محمد، مرجع سابق، ص 62.

لقد ميز الفقه الدولي المعاصر بين طائفتين من الأجانب مبرزا موقفه إزاء مسألة قبول الدولة للأجنبي على أرضها[1]، الطائفة الأولى تشمل الأجانب الذين يرغبون في الإقامة على إقليم الدولة بشكل دائم، كالهجرة الدائمة، أما الطائفة الأخرى فتشمل الأجانب الذين يرغبون في التنقل أو الإقامة المؤقتة (العلاج أو السياحة أو عمل أو التعليم و التدريب...)[2]. ومن حق الأجانب العاديين مغادرة إقليم الدولة في أي وقت بمحض إرادتهم، ولا يمكن لأي سلطة دولة يقيم فيها هؤلاء الأجانب أن تبقيهم إكراها أو تحتجزهم إلا في حالات معينة مبررة ذلك. كارتكابهم لجريمة مثلا، أو لم يقوموا بدفع ما عليهم من ضرائب للدولة، كما يمكن للأجانب العاديين مغادرة إقليم الدولة حتى لو لم تنتهي مدة إقامتهم كما أنهم مجبرون على مغارة إقليم الدولة المضيفة عند انتهاء مدة الإقامة المرخص لهم بها[3].

ثانيا: أجانب بالجنسية

إن الوضع المألوف للجنسية، يتمثل في كونها رابطة واحدة تجمع بين فرد واحد ودولة واحدة، لا أكثر ولا أقل، فإن كثرت أو قلت كنا أمام شذوذ في هيئة تلك الرابطة[4]، فالجنسية هي تلك الرابطة السياسية التي تقوم على الولاء والانتماء، والتعدد فيها يغير هذا الأخير ويشتته، وبانعدامها ينعدم ولاء الشخص اتجاه جميع الدول، مما يؤثر على مركزه وتمتعه بالحقوق[5]، ومع هذا ينبثق عن الجنسية مشكلتي التنازع الإيجابي والتنازع السلبي، فالتنازع الإيجابي هو ذاك الذي يقصد به أن يتمتع الفرد بأكثر من جنسية في الوقت نفسه، وهذا ما يسمى بتعدد الجنسيات، أما

1- فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص_ الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 230.

2- عدنان داود عبد الشمري، الحماية الدولية لحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، 2015، ص 90.

3- وهيب حسن أحمد خدابش، دخول وإقامة وإبعاد الأجانب_ دراسة مقارنة لمصر واليمن والسعودية، رسالة مقدمة لتكملة متطلبات شهادة الماجستير في القانون، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 28 و29.

4- حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية_ دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 7 و8.

5- سعيد يوسف البستاني، إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 161.

التنازع السلبي، فهو الذي يقصد به أن لا يكون للفرد أيه جنسية، بأن لا يتبع أي دولة على الإطلاق، هذا ما يطلق عليه في الوقت الراهن بانعدام الجنسية. وعلى كل فإن كل من مصطلح التنازع الإيجابي والتنازع السلبي مصطلحين غير دقيقين من الناحية الفنية، لأن الجنسية في كلتا الحالتين ليست محلا للتنازع باعتبارها من القانون العام (النظام العام)[1].

ويتحدد أجانب الجنسية بوضعيتين أخريتين مختلفتين، الوضعية الأولى المتمثلة في عديم الجنسية، أي الذي لا يحمل أي جنسية على الإطلاق ومن ثم فإنه لا يتمتع بحماية أية دولة من الدول، أي أنه أجنبي عن كل الدول أو أجنبي من نوع خاص، ويكون معرضا للإبعاد من إقليم أية دولة يستقر فيها، و لا يتمتع بأية حقوق مصدرها المعاهدات الدولية أما الوضعية الثانية المتمثلة في متعددو الجنسية أي ذاك الذي يحمل جنسيتين أو عدة جنسيات في آن واحد[2].

ثالثا: المهاجر

الهجرة تعني الاغتراب أو الخروج من أرض إلى آخر أو الانتقال من أرض إلى أخرى سعيا وراء الرزق أو العلم أو العلاج أو أي منفعة أخرى[3]. ونقول الشخص هجر أي: ابتعد؛ كذلك الفعل هاجر، يهاجر، مهاجرة: أي بمعنى رحل عن بلده أو أهله، فالهجرة لغة تفيد الرحيل والسفر والخروج من الأرض[4].

على الرغم من أنه لا يوجد تعريف متفق عليه قانونًا، تعرف الأمم المتحدة المهاجر على أنه: "شخص أقام في دولة أجنبية لأكثر من سنة بغض النظر عن الأسباب سواء كانت طوعية أو كرهية، وبغض النظر عن الوسيلة المستخدمة للهجرة سواء كانت نظامية أو غير نظامية". إلا

1- مختاري هوارية حنان، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل آخر تعديل للتشريع الجزائري، رسالة مقدمة لتكملة متطلبات شهادة الماجستير في القانون، جامعة وهران 2، الجزائر، 2008/2007، ص 48.

2- جمال سلامة أحمد الوقيد، تعدد الجنسية في القوانين العربية وآثاره الأمنية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 54.

3- بن سالم رضا، الهجرة غير الشرعية وآليات محاربتها من خلال المعاهدات الدولية والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، جانفي 2017، ص 110.

4- فريجة لدمية، الهجرة غير الشرعية_ دراسات في الحركيات السببية المنتجة للظاهرة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثامن، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، جانفي 2013، ص 66.

أن الاستخدام الشائع للفظة يتضمن أنواعًا محددة من المهاجرين قصيري الأجل مثل عمال المزارع الموسميين الذين يسافرون لفترات قصيرة للعمل بزراعة منتجات المزارع و حصادها[1].

رابعا: اللاجئون والنازحون

اللجوء في اللغة من مصدر الفعل لجأ يلجأ لجأ ولجوء وملجأ، بمعنى لاذ به واعتصم، ويقال: لجأ إلى الشيء أو المكان، ويقال لجأت إلى فلان أي استندت إليه واعتدت به، ولجأت من فلان إذا عدلت عنه إلى غيره، كأنه إشارة إلى الخروج والانفراد، ويقال لجأ من القوم أي انفرد عنهم، و خرج عن زمرتهم إلى غيرهم، فكأنه تحصن منهم، وألجأه إلى الشيء أي اضطره إليه[2]. وقال ابن فارس: "اللام والجيم والهمزة: كلمة واحدة، وهي اللجأ والملجأ :المكان يلتجئ إليه، يقال: لجأت والتجأت"[3].

لقد ارتبط تعريف اللاجئ طويلا بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة وبمدى رغبة الدول بتوسيع أو تضييق هذا التعريف تبعا لمصالحها. ففي السابق لم يكن هناك تمييز بين اللاجئ والمهاجر، كما أن تحركات اللاجئين لم تكن تشكل أهمية كبيرة، إلا أنه مع ازدياد أعداد اللاجئين وتعقد الأسباب التي تدفعهم إلى الهجرة غير الطوعية من بلادهم وطلب اللجوء في دول أخرى دفعت هذه التحركات المجتمع الدولي إلى اتخاذ بعض الخطوات الآيلة إلى تنظيم أوضاعهم[4].

1- La définition du terme « Migrant » : Il n'existe pas de définition juridiquement reconnue du terme « migrant ». Toutefois, selon les Nations Unies, ce terme désigne « toute personne qui a résidé dans un pays étranger pendant plus d'une année, quelles que soient les causes, volontaires ou involontaires, du mouvement, et quels que soient les moyens, réguliers ou irréguliers, utilisés pour migrer ». Cependant, il est courant d'y inclure certaines catégories de migrants de courte durée, tels que les travailleurs agricoles saisonniers qui se déplacent à l'époque des semis ou des récoltes. Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies. Voir le site :https://refugeesmigrants.un.org/fr/d%C3%A9finitions. Visité le : 06/01/2018, à 11 :19.

2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 152.

3- أبي الحسن أحمد ابن فارس بن زكريا، ت: عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1979، الجزء الخامس: القاف- النون، مادة لجأ، ص 235.

4- نجوى مصطفى حساوي، حقوق اللاجئين الفلسطينيين بين الشرعية الدولية والمفاوضات الفلسطينية- الإسرائيلية، الطبعة الأولى، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، لبنان، 2008، ص 46.

في حين تميزت الترتيبات التي سبقت صدور معاهدة 1951 بالتركيز على معيار الجنسية لتحديد اللاجئ، و تميزت معاهدة جنيف بالتركيز على معيار الخوف المبرر من الاضطهاد الذي تبنته معظم الدول لاحقا في قوانينها المحلية[1]. وعلى إثر القصور الزمني للجوء الذي اقتصرته معاهدة 1951 من خلال مادتها الأولى أي قبل 1951/01/01 تدارك ذلك البروتوكول الخاص باللاجئين لسنة 1967 باعتباره اللاجئ كل من يستوفي باقي الشروط بعيدا عن التاريخ المدرج في الاتفاقية[2].

ويعتبر هذا اللاجئ أجنبيا، حيث تعامله الدولة التي يلجأ إليها معاملة خاصة حسب أحكامها التشريعية الداخلية، أو الاتفاقيات الدولية المنظمة لحالة اللاجئين[3].

و يقصد باللجوء في القانون الدولي هروب الضحايا من الأخطار المحدقة بهم بسبب النزاعات المسلحة إلى أماكن و هيئات تتوفر لهم فيها الحماية، و أول الأماكن التي يلجأ الضحايا إليها هي اللجنة الدولية للصليب الأحمر باعتبارها المفوضة من طرف اتفاقية جنيف بحماية أكثر الأفراد ضعفا، سواء كانوا أسرى حرب أو مدنيين يتعرضون للهجوم، كما تقوم بتقصي المفقودين ولم

1- راجع: اتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين، اعتمدت بموجب مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين، بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، المؤرخة في 28 تموز 1951، حيث نصت المادة الأولى منها على أن اللاجئ هو: «كل شخص يوجد نتيجة أحداث وقعت قبل الأول من كانون الثاني/ يناير 1951، و بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه غلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق بنتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أن يعود إلى ذلك البلد».

2- البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين لسنة 1967، الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي بموجب القرار رقم 1186، (د-41)، المؤرخ في 18 تشرين الثاني/نوفمبر 1966، وقرار الجمعية العامة رقم 2198، (د-21)، المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، دخل حيز التنفيذ في 4 تشرين الأول/أكتوبر 1971، وفقا لأحكام المادة 8.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 505.

شملهم مع عائلاتهم والإشراف على إعادة الأسرى إلى أوطانهم، وتذكير جميع أطراف النزاع بأنهم ملزمون بتطبيق اتفاقيات جنيف[1].

أما الفقه الإسلامي، فإنه يقرر بأن منح حق اللجوء لغير المسلم ليس قاصراً على الدولة فقط، بل هو حق ثابت لرئيس الدولة ونوابه وآحاد المسلمين المكلفين من الرجال أو النساء ويتفق القانون الدولي مع الفقه الإسلامي على ضرورة استيفاء الشروط والمعايير الخاصة بوضع طالب الأمان وحق اللجوء السياسي، بحيث يكون اختلال بعض تلك الشروط مانعاً من منحه ذلك الحق.

كما يتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون الدولي على أن رجوع اللاجئ بإرادته إلى البلد الذي تركه ليقيم فيه يرفع عنه صفة اللاجئ، بحيث لا يتمتع بالآثار المترتبة على ذلك، إلا أن الفقه الإسلامي يقرر أن رفع الأمان يكون في حق اللاجئ وحده، دون ماله أو أهله ما داموا باقين في دار الإسلام[2].

ومن آثار اللجوء السياسي، التجنس بجنسية بلد اللجوء، والأصل أن تجنس المسلم بجنسية دولة غير مسلمة فيه آراء متعددة من بينها الحرمة، لما في ذلك من محظورات شرعية، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة والحاجة الملحة التي يتوقف عليها تحصيل بعض المصالح المعتبرة شرعاً. كما أنه من آثار اللجوء السياسي كذلك، الالتحاق أو الدخول إلى الخدمة العسكرية، والأصل فيه الحرمة في حق المسلم اللاجئ في دولة غير الإسلامية ، لما في ذلك من محظورات شرعية ويستثنى من ذلك حالات الضرورة والحاجة الماسة التي تسوغ ذلك، من باب درء أعظم المفسدتين بأدناهما، كما لا يجوز للمسلم أن يقاتل المسلمين مع الكفار، وإن أكره على الخروج لحرب

1- بلمديوني محمد، وضع اللاجئين في القانون الدولي الإنساني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جانفي 2017، العدد 17، ص 161.

2- وليد خالد الربيع، حق اللجوء السياسي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، بحث منشور على موقع مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 72، الصادرة عن مجلس النشر العلمي، الكويت، 2008، المجلد 23، ص 49 -
51، http://pubcouncil.kuniv.edu.kw/jsis/homear.aspx?id=8&Root=yes&authid=1111، تاريخ الولوج: 2018/01/06، على الساعة: 19:30.

المسلمين فعليه ألا يستعمل سلاحه ضدهم، ويحتال لذلك ما أمكنه ذلك ، ولو بأن يستسلم للمسلمين[1].

ويمكن تعريف اللاجئ بأنه: "ذلك الشخص الذي يتواجد خارج بلده الأصلي خوفا من الاضطهاد، سببه الجنس أو الديانة أو الجنسية أو المعتقدات السياسية وبسبب هذا الخوف فإنه لا يرغب أو لا يستطيع بأن يتمتع بحماية بلده الأصلي"[2].

والفارق الأساسي بين اللاجئ والنازح هو أن النازح لم يعبر الحدود الدولية لأية دولة ومن ثم فإنه يمكن أن يطلق على النازح أنه لاجئ داخل الدولة[3].

فالنازحين، الأشخاص النازحون داخل البلاد هم أشخاص يغادرون مكان إقامتهم الاعتيادية بسبب الكوارث الطبيعية أو الإنسانية، ويعيشون بشكل مؤمن في أراضي دولتهم إلى أن تزول الأسباب التي أدت إلى نزوحهم[4]. و حسب أراء البعض، اعتبر النزوح الداخلي بأن الإبعاد داخل نفس الدولة أي نقل الأشخاص المرحلين إلى موقع أخر داخل البلد نفسه[5].

ووفقا للمبادئ التوجيهية بشأن التشرد الداخلي الصادرة عن الأمم المتحدة هم: الأشخاص أو جماعات الأشخاص الذين أكرهوا على الهرب، أو على ترك منازلهم، أو أماكن إقامتهم المعتادة، أو اضطروا إلى ذلك، ولاسيما نتيجة أو سعيا لتفادي آثار نزاع مسلح أو حالات عنف عام الأثر أو انتهاكات حقوق الإنسان أو كوارث طبيعية أو كوارث من فعل البشر، ولم يعبروا الحدود الدولية

1- وليد خالد الربيع، مرجع سابق، ص 52-62.

2- حسين عمر، المنظمات الدولية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1968، ص 635.

3- حامد سيد محمد حامد، العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي_ إطلالة موجزة عن مكافحته طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص 69.

4- فاضل عبد الزهرة الغزاوي، القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 196.

5- سعد الله عمر، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 7.

المعترف بها للدولة[1]. فالنازح هو الشخص الأجنبي في دولته أو الغريب عن المكان الذي انزاح إليه لأي سبب من الأسباب، سواء كان السبب طبيعيا، أو إنسانيا.

المطلب الثاني: التنظيم الفني لمركز الأجانب

إن رفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب يخضع لسلطان الدولة المطلق، وأن الدول تلجأ إلى رفع الحد الأدنى من الحقوق المقررة للأجانب من أجل تحقيق مصالحها القومية من وجهة نظرها سواء كانت مصالح اقتصادية أو سياسية، فضلا عن الاستجابة لمقتضيات التعاون الدولي، فهي تهدف أساسا إلى إلزام الدول الأخرى على معاملة رعاياها بالمثل، أي تهدف إلى تحقيق مصالح وطنييها، فإن المجتمع العالمي يتكون من وحدات سياسية مختلفة في كل دولة.

والجنسية هي النظام القانوني الذي يكفل توزيع الأفراد بين هذه الوحدات، وكل دولة تهدف إلى مراعاة مصالحها وتقدرها وفقا للاعتبارات الوطنية وهي بهذا تملك التفرقة بين الوطنيين والأجانب وكذلك التمييز بين الأجانب أنفسهم مادام هذا لا يؤدي إلى التجاوز لقيد الحد الدنى في معاملة الأجانب[2].

ومنه، فإننا سنتعرض إلى الوسائل الفنية المقررة لتحسين مركز الأجنبي في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى التمييز بين الوطني والأجنبي.

الفرع الأول: الأساليب الفنية لتحسين مركز الأجانب

زيادة على الحقوق المعترف بها للأجانب سواء بموجب أحكام القانون الدولي العام أو تلك المستخلصة من تفعيل المواثيق الأساسية لحقوق الانسان، وهي الحقوق الراجح اعتبارها فقها وقضاء على أنها تمثل الحد الأدنى للحقوق الأساسية التي يتعين الاعتراف بها للأجانب عموما، ولا يجوز أن ينتهكها أي نظام قانوني وطني. زيادة على ذلك أن مركز الأجنبي خارج دولته من معاملته وتمتعه بالحقوق يتحدد حسب السياسية المنتهجة في الدول الأخرى، وهي سياسية تختلف

1- سلسلة القانون الدولي الإنساني، رقم 8، النازحون المشردون داخليا في القانون الدولي الإنساني، 2008، ص 3.

2- صفاء يوسف حسين جاسم، مرجع سابق، ص 51.

سخاء أو شحا أو ضيقا واتساعا في معاملة الأجانب، فيما يجاوز الحد الأدنى حسب ما تقتضيه مصالح الدولة وبحسب تعهداتها[1].

ونتيجة لرغبة الدول في تحقيق المزيد من التعايش المشترك بين الأمم وتشابك العلاقات الدولية فهي تلجأ إلى توسيع نطاق الحقوق التي يتمتع بها الأجانب على إقليمها وتوسيع نطاق الحقوق يكون بعدة أساليب ومنها أسلوب تشبيه الأجانب بالوطنيين، بل قد يفوق الأمر ذلك ليصل إلى أن تميز الدولة بعض الأجانب عن غيرهم نتيجة لصلة قوية تربطها بدولة أو عدة دول فتطبق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، وأخيرا قد تمنح الدولة حقوقا للأجانب ولكن بشرط المعاملة بالمثل أي أن تعامل الدول الموجودة في إقليمها الأجنبي نفس المعاملة التي يلقاها رعاياها في إقليم دولة هذا الأجنبي،

مما تقدم، يمكننا القول بأن الأساليب الفنية لتحسين مركز الأجانب تشمل ثلاثة مبادئ وهي:

أولا: مبدأ تشبيه الأجنبي بالوطني

قد ترغب الدولة في استقدام طوائف معينة من الأجانب الذين ترى في وجودهم على إقليمها مصلحة لها ولرعاياها، كأن يسهم وجودهم في تطوير مرافقها التعليمية والاقتصادية...إلخ، ومن أجل تحقيق هذه الرغبة تلجأ الدولة إلى مساواة الأجانب مع مواطنيها من ناحية التمتع بالحقوق الخاصة دون أن يتعدى ذلك إلى الحقوق العامة[2].

تأخذ الدول بهذا المبدأ عادة في الفروض التي تقتضي فيها صالحها الوطني في معاملة الأجانب تشجيعا لهم على القدوم إلى إقليمها والتوطن أو الإقامة فيها وقد صرحت بعض الدول على تأييد هذا المبدأ بنصوص صريحة في تشريعاتها، حيث يتجه جانب من الفقه إلى القول بأنه مجرد امتناع المشرع عن أي قيد على الأجانب في التمتع بالحقوق، يعني هذا مساواة الأجانب

1- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، الجزء الثاني، ص 165.

2- غالب علي الداودي، حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 242؛ راجع أيضا: ياسين السيد طاهر الياسري، مركز الأجنبي في القانون العراقي، الطبعة الأولى، دار العلوم للطباعة، بغداد، العراق، 2011، ص 47.

بالوطنيين. ويجري العمل على إدراج هذا المبدأ في المعاهدات التي تبرم بين الدول الصديقة أو التي تربطها روابط اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية[1].

ويتقرر تشبيه الأجانب بالوطنيين بإحدى الوسيلتين[2]:

أ. يعامل الأجانب كالوطنيين إذا نصت على ذلك معاهدات الإقامة الثنائية أو الجماعية، بمقتضى ذلك يصبح رعايا الدول المتعاقدة فيما بينهم كأنهم وطنيون من حيث معاملتهم بالنسبة للحقوق المعترف لهم بها في المعاهدة.

ب. هي وسيلة قانونية تتمثل في إقرار القانون الداخلي لدولة معينة، المساواة تلقائيا، وهذا دون التزام دولي من تلك الدولة وصورة ذلك أن يكون موقف المشرع سلبيا عن تبنيه قوانين ذات صلة بمركز الأجانب كأن يمتنع عن وضع قيود خاصة لتمتع الأجانب بحقوق معينة مقررة أصلا للوطنيين. إن التزام المشرع الصمت وعدم التمييز في المعاملة بين الوطنيين والأجانب عند تنظيم مراكز قانونية معينة أو عند النظر لحقوق خاصة يترتب عليه تعميم تحقيق مساواة الأجانب بالوطنيين ومثال ذلك ألا يشترط المشرع في ممارسة بعض المهن شرط الصفة الوطنية أو ألا يقيد ممارسة الأجنبي لها شروط استثنائية فيصبح كل من تتوفر فيه الشروط الموضوعية أهلا لممارستها ومن حقه أن ينضم إليها.

فالأخذ بمبدأ المساواة بشكل كامل بين الأجانب والوطنيين من شأنه أن يضر بالدولة وذلك مؤداه إلى مشاكل عملية تضر بمصالح الدولة لأنها قد تؤدي إلى سيطرة النفوذ الأجنبي داخل الدولة[3]، إلا أنه على الرغم من ذلك فإن هذا المبدأ يعتبر الأكثر رواجا وانتشارا على أرض الواقع، ويمتاز بأنه من أكثر المبادئ أو الوسائل تحررا في معاملة الأجانب وذلك لأنه يساوي بين الأجنبي والوطني[4]. وبذلك تكون الدولة من جراء مساواتهم ببعضهم إلى رفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب. إلا أنه قد يضر بمصالح الدولة الأساسية ولا ينفعها إذا أخذنا به على إطلاقه[5].

1- محمد رفيق بكاي، نسيمة قناوي، مركز الأجنبي في القانون الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل للبحث العلمي، سبتمبر 2018، العدد 28، ص 98 و99.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 166 و167.

3- صفاء يوسف حسين جاسم، مرجع سابق، ص 58.

4- مصطفى العدوي، مرجع سابق، ص 27.

5- ياسين السيد طاهر الياسري، مرجع سابق، ص 48.

ومنه، فمبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين يعد من أفضل الأساليب الفنية لتقديم أفضل معاملة للأجانب، إذ يستجيب هذا المبدأ لمقتضيات العلاقات الدولية الخاصة، ومن خلاله تبرز روح التعاون والتضامن الدوليين التي يجب أن تسود في إطار تلك العلاقات، فضلا عن ذلك أنه يتيح للدولة أن تعبر به عما يربطها ببعض الدول من علاقات قوية ومتينة تقضي بمساواة رعاياهم بمواطنيها[1].

وعليه، يتضح من هذا التحليل أن تشبيه الأجانب بالوطنيين سواء تقرر بنصوص القانون الداخلي أو بالقانون الاتفاقي، قد يكون عاما وشاملا لكل الأجانب أو خاصا برعايا دول معينة، وقد يكون متعلقا بأنواع محددة من المراكز القانونية والحقوق الممارسة أو يكون شاملا لكل الحقوق المقررة في مجالات القانون الخاص[2].

ثانيا: مبدأ الدولة الأولى بالرعاية

يقصد به قيام الدولة بمنح المنتمين إلى دولة أخرى أفضل معاملة تقرها فعلا أو ستقرها مستقبلا للأجانب المنتمين إلى أي دولة أخرى. ويقتضي هذا إبرام اتفاق دولي يقر ذلك الشرط[3]. ويهدف هذا الأخير إلى تمكين رعايا الدولة المستفيدة منه الحصول على أفضل معاملة يلقاها الأجانب في الدولة التي تعهدت به[4].

يرجع ظهور هذا المبدأ إلى نظام الامتيازات الأجنبية الذي اعتمدت عليه الدول الاستعمارية من خلال عقد اتفاقيات مع الدول الخاضعة لنفوذها، وذلك من أجل ضمان تمتع رعاياها بأحسن مركز قانوني تقرر أو سيتقرر للأجانب على أقاليم هذه الدول[5]. فقد منح الولاة أنذاك هذا الشرط في الدول الشرقية لرعايا الدول الأوروبية بقصد تشجيعهم على القدوم إلى بلادهم للتجارة، وكان مرتبطا في ذلك العهد بالحقوق الشخصية للتجار إلا أن هذا الشرط ينصب حاليا على الرسوم

1- محمد الروبي، مركز الأجانب- مركز الشخص الطبيعي، الجزء الأول، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2013، ص 143.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 167.

3- إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 83.

4- محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 291.

5- محمد الروبي، مرجع سابق، ص 145.

الجمركية والشؤون المالية والاقتصادية الأخرى التي تنظمها الاتفاقات الدولية التي تهدف لتنمية العلاقات التجارية والاقتصادية بين دول العالم[1].

وهذا المبدأ يفترض وجود ثلاث دول لكي يطبق، الدولة الأولى هي الدولة الملتزمة بالشرط، والثانية هي الدولة المستفيدة وهما طرفا المعاهدة المتضمنة لهذا الشرط، أما الدولة الثالثة ليست طرفا في المعاهدة وهي ما يطلق عليها بالدولة الأولى بالرعاية، ذلك لأن رعاياها سوف يتمتعون بمعاملة أفضل لدى الدولة الملتزمة بالشرط، وهذه الأخيرة لا شأن لها بالعلاقة التي تربط بين الدول الملتزمة بالشرط والدولة المستفيدة منه، كل ما في الأمر أن رعايا الدولة المستفيدة من الشرط يحصلون بمقتضاه من الدولة الملتزمة به على نفس الحقوق والمزايا التي منحتها الدولة الأولى بالرعاية والتي ستمنحها مستقبلا[2].

ويأخذ هذا الشرط عدة صور، كأن يتقرر بطريقة أحادية بحيث يقع على عاتق الدولة الملتزمة الوفاء به دون أن تلتزم الدولة المستفيدة بنفس الأمر تجاه رعايا الدولة الأولى، وقد تكون شرط الدولة الأكثر رعاية بطريقة تبادلية تلتزم بموجبه الدولتان أو الدول الأطراف في الاتفاقية بنفس الأمر تجاه الدول الأخرى؛ كما يمكن أن يرد الشرط عاما يشمل كافة حقوق القانون الخاص[3].

لقد انتقد هذا الشرط فيما يخص صعوبة تحديد مضمون المعاملة اللائقة للمستفيد منه، ما دامت المعاملة تتغير مستقبلا حسب المعاهدات التي تبرمها الدولة المتعهدة به، كما أن الإسراف في اللجوء إليه يجعل الدولة الملتزمة به تتردد في إبرام معاهدات تتقرر فيها حقوق ومزايا للأجانب رعايا دول أخرى خشية من تمتع رعايا الدولة الأولى المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية من تلك الحقوق، والأساس القانوني للتمتع بالاستفادة من المعاملة المقررة بموجب هذا الشرط، أنه أثر من آثار المعاهدة التي نصت على الشرط والتي أبرمت بين الدولة الملتزمة به والدولة المستفيدة

1- مصطفى العدوي، مرجع سابق، ص 28 و29.

2- صفاء يوسف حسين جاسم، مرجع سابق، ص 59.

3- بوجانة محمد، مرجع سابق، ص 134.

منه، ولا يعتبر أثرا للمعاهدة المبرمة بين الدولة الملتزمة به والدولة الأكثر رعاية[1]، هذا ما درج عليه القضاء الدولي[2].

وما يمكن ملاحظته على المبدأ، أنه يتسم بالمرونة والاحتياط للمستقبل وذلك لأنه من خلاله يمكن للدولة المستفيدة أن تضمن لرعاياها مركزا قانونيا ممتازا يحصلون من خلاله على كل حق أو امتياز يتقرر لغيرهم من الأجانب في الحال أو المستقبل، إلا أن اللجوء لهذا الشرط يجعل المركز القانوني لرعايا الدولة قلقا غير مستقر لأنه دائما يكون عرضة للزيادة والنقصان تبعا لمقدار الحقوق التي تمنحها الدولة الملتزمة بالشرط لدولة الغير[3].

ومنه، يعد الأخذ بهذا الشرط استثناء تقرره الدولة على الأصل العام في معاملتها للأجانب، وذلك لمصلحة بعض الأجانب المنتمين لدولة أو لدول معينة دون غيرها؛ وعليه فإن الدولة التي تأخذ بشرط الدولة الأولى بالرعاية لا تساوي بين كافة الأجانب المقيمين على إقليمها في المعاملة، بل تميز بعضهم على بعض في ذلك[4].

ثالثا: مبدأ المعاملة بالمثل

إن نظام المعاملة بالمثل من الأساليب الفنية الأكثر انتشارا في نطاق تنظيم معاملة الأجانب، بموجبه تعامل الدولة رعايا دولة أخرى فيما يخص الحقوق والمزايا المخولة لهم حسب المعاملة التي يتلقاها رعاياها في تلك الدولة، وبالتالي فهذه الوسيلة تحقق المساواة في المعاملة بين رعايا الدولتين[5].

ويتخذ مبدأ المعاملة بالمثل في معاملة الأجانب صورا متعددة سواء من حيث المصدر أو من حيث المضمون، وهي كالآتي:

1- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 67.

2- محكمة العدل الدولية، الحكم الصادر بتاريخ 1952/07/22، منشور في مجموع أحكام محكمة العدل الدولية 1952، ص 93.

3- صفاء يوسف حسين جاسم، مرجع سابق، ص 63.

4- محمد جلال حسن الأتروشي، الأجنبي والوسائل الفنية لتنظيم مركزه القانوني: دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة كمال، إقليم كردستان، العراق، 2013، ص 123.

5- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 67.

1. صور التبادل من حيث المصدر:

وتتخذ المعاملة بالمثل من حيث المصدر ثلاث صور، وتتمثل فيما يلي:

أ. **التبادل الواقعي:** بمقتضاه تعامل الدولة المضيفة الأجنبي المقيم فيها بنفس المعاملة الفعلية، ويتميز هذا النوع بمرونته، ولكن يعيبه صعوبة التحقق من عناصره فقد يتغير مسلك الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي دون أن يتيسر للدولة المضيفة له العلم بهذا التغيير[1].

ولا يشترط في هذه الحالة وجود اتفاق أو معاهدة دولية أو نص تشريعي يسمح لرعايا دولة من الدول ببعض الحقوق للاعتراف لرعايا الدولة الأخرى بنفس الحقوق، بل يكفي أن يثبت لها تمتعهم بصورة واقعية، ولا يردعها عن ذلك إلا التحفظ في رد الفعل الذي يؤدي إلى دفع دولتهم لاتخاذ نفس الموقف وإنكار نفس الحقوق على رعايا الدولة الأولى[2].

غير أنه قد يتغير مسلك الدولة التي يتبعها الأجنبي في معاملة الأجانب دون علم الدولة التي تأخذ بشرط التبادل الواقعي أو الفعلي بهذا التغيير، ولتلافي هذا الانتقاد وتلجأ الدولة التي تأخذ بهذا الشرط لإقرار تنظيم تتأكد بموجبه باستمرار من معاملة رعاياها أيضا في الدولة المعنية، ويكون مجديا اعتمادا هذا الأسلوب الفني إذا كان أساس القانون في الدولة هو العرف كما هو الشأن في البلاد الأنجلو سكسونية، حيث تتحدد معاملة الأجانب فيها حسب العرف والعادات دون قواعد مكتوبة[3].

ب. **التبادل التشريعي:** معناه أن تعامل الدولة المضيفة الأجنبي المقيم فيها بنفس المعاملة التي يلقاها رعاياها في دولة هذا الأجنبي بمقتضى نصوص تشريعية صريحة في قوانينها. فمصدر هذه المعاملة هو القانون الداخلي[4]، مثال ذلك أن يجعل المشرع في إحدى الدول مزاولة نشاط مهني أو تجاري من طرف الأجانب متوقفا على أساس التبادل التشريعي كأن يشترط لتمكين أجنبي ممارسة مهنة معينة أن يكون قانون دولة الأجنبي يقرر نفس الحق لرعاياها أو للأجانب عامة[5]، ذلك ما تقضي به المادة 11 من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على أنه: "يتمتع الأجنبي في فرنسا

1- محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 292.

2- بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية منقحة، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 270.

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 68.

4- محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 292.

5- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 169 و170.

بنفس الحقوق المدنية المقررة أو التي سوف يرخص بها للفرنسيين بموجب المعاهدات المبرمة مع الدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي"[1]. وقد عمدت بعض الدول التي تأخذ بهذا الشرط لوضع تنظيم يكفل للسلطات الوطنية معرفة الدولة الأجنبية المستفيدة من التبادل بوضع قائمة للدول التي يستفيد رعاياها من المزايا والحقوق التي يشترط فيها التبادل التشريعي[2].

والعبرة في التبادل التشريعي بما تقرره تشريعات الدول التي تأخذ بهذا الشرط، ومن السهل إثبات وجود المعاملة المطلوبة بالرجوع إلى قانون الدولة المعنية للتأكد من تمتع الأجانب بالحق محل التبادل[3].

غير أن في هذا النوع من التبادل قد يصعب ملاحقة التطورات التشريعية في الدولة التابع لها الأجنبي للوقوف على ما استحدث من تشريعات وما ألغى منها أو تم تعديله، كما يعيب هذا النوع أيضا كونه يفترض في جميع الأحوال أن تكون الدولة التابعة لها الأجنبي من دول القانون المكتوب وهذا ما يضيق تطبيقه في الحالات التي تنتمي فيها دولة الأجنبي إلى الدول التي يقوم نظامها القانوني أساسا على العرف والسوابق القضائية كالدول الأنجلو أمريكية[4].

ج. التبادل الدبلوماسي:

في هذه الصورة يجد التبادل الدبلوماسي سنده في معاهدة دولية، تتعهد فيها كل دولة بتوفير معاملة مماثلة لرعايا الدولة الأخرى طرف الاتفاقية. حيث نصت المادة 11 من القانون المدني الفرنسي على أن الأجنبي يتمتع في فرنسا بنفس الحقوق المدنية التي تجاوز الحد الأدنى، على شرط تمتع الفرنسي بنفس الحقوق في دولة الأجنبي وبمقتضى معاهدة دولية. غير أن هذا التبادل الدبلوماسي يجب أن يتحدد بحق أو بحقوق معينة ولا ينبغي تعميمه بالنسبة لمركز الأجانب

1- Art 12 CCF: «l'étranger jouira en France des mêmes droits civiles que ceux qui sont ou seront accordés aux français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra».

2- شمس الدين الوكيل، الوجيز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1964، ص 252.

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص69.

4- صفاء يوسف حسين جاسم، مرجع سابق، ص 66.

بصفة عامة. والقول بغير ذلك يعطل الصلات القانونية بين أفراد الدولتين قبل وجود تلك المعاهدة، الأمر الذي لا يقره العرف الدولي[1].

وإذا كان التبادل الدبلوماسي فعاليته في تنظيم مركز الأجانب بناء على معاهدة، حيث يعرض للمسؤولية الدولية من يخل به، إلا أنه معيب من حيث مصدره المتمثل في المعاهدة التي أنشأته، حيث أنها أداة جامدة لتنظيم معاملة الأجانب، لأنها تقيد حرية الدولة في الاستقلال بتعديل التشريع وتكويره وفقا للمصالح الوطنية.

ومهما يكن، فإن هذا الجمود يمكن أن يخدم الدولة إذا كانت تتبع سياسية معينة تريد من خلالها تقييد حقوق الأجانب كقاعدة الحد الأدنى الذي يضمنه العرف الدولي، حيث يمكنها هذا المبدأ من تقرير معاملة أفضل لطائفة من الأجانب بما يتفق والصالح الوطني، كما أنه يظل للدولة دائما بما لها من سيادة، الحق في تعديل موقفها تبعا لظروفها وفي إلغاء ما أبرمته من معاهدات أوالانسحاب منها[2].

2. صور التبادل من حيث المضمون:

عندما تقرر الدول شرط المعاملة بالمثل في كافة أشكاله فإنها تقصد من وراء ذلك تحقيق نوع من التكافؤ أو التوازن بين ما تعطيه لرعايا الدولة الأجنبية وما تحصل لرعاياها من هذه الدولة. أيا يكن إذا النمط الذي تنتهجه الدولة في الأخذ بمبدأ التبادل فهي تهدف أو تشترط ضمنا التطابق في تحديد مدى المعاملة التبادلية أي تقرر منح الأجنبي ذات الحق الذي تمنحه دولة هذا الأجنبي لرعاياها. الحرص على تحقيق هذا الهدف يظهر المفهوم العميق والجوهري للمقصود بشرط المعاملة بالمثل [3].

ومنه، فإن صور التبادل من حيث الموضوع هي كالآتي:

1- ابراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 327.

2- عباس محمد عباس، مرجع سابق، ص 151 و152.

3- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 109.

أ. التبادل المتطابق المطلق:

بموجب هذا الشرط، تتولى الدولة منح ذات الحق الذي تمنحه دولة هذا الأجنبي لرعاياها أي أن الأجنبي في الدولة يعامل معاملة الوطني في الخارج أيا كان نوع هذه المعاملة ومهما كانت شروطها شروطها[1].

مثال ذلك، كأن تقرر الدولة منح الأجنبي حق ممارسة مهنة معينة كمهنة الطب إذا كانت دولة هذا الأجنبي تسمح برعاية الدولة الأولى بممارسة نفس المهنة؛ ومن الواضح أن هذه الصورة من صور المعاملة بالمثل، تقوم على فكرة التطابق أو التماثل، إذ يشترط فيها أن يكون الأداء الذي تلتزم به إحدى الدول مما له لأداء الدولة الأخرى، أي بمعنى تطابق التزامات كل من الدولتين[2].

ولغرض تحقيق التطابق أي تبادل الحق بالحق يقتضي الرجوع إلى تشريعات كل من الدول المتعاقدة[3]؛ ولعل ما يتميز به هذا المبدأ بكونه يحقق توازنا حسابيا بين الدولتين، فهو لا يجيز للأجانب أن يتمتعوا في الدولة بحقوق لا يتمتع بها رعايا هذه الدولة في الدول الأخرى[4].

إلا أنه أحيانا، قد لا تؤدي المعاملة بالتطابق المطلق إلى التوازن الحسابي بين الدول المتعاقدة إذا ما روعي في التقدير أهمية الحق موضوع التبادل بالنسبة للدولة ولهذا تلتجئ الدول إلى المعاملة بالمثل عن طريق المعارضة حتى يتحقق التعادل[5]. فبالنظرة المتعمقة في هذا النوع توضح أن التوازن الذي يحققه هو توازن شكلي وليس توازنا يعبر عن واقع الأشياء وحقيقتها[6].

ب. التبادل التعادلي:

بموجبه يكفي التماثل بمعاملة رعايا الدولتين، بحيث تحدد حقوقا معينة يجوز لرعايا الدولتين ممارستها، كأن يتمتع أجنبي في الجزائر بحق معين مقابل تمتع جزائري في دولة هذا

1- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 110.

2- محمد جلال حسن الأتروشي، مرجع سابق، ص 139 و140.

3- سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 110.

4- حسن الهداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص_ الجنسية، مطبعة الارشاد، بغداد، العراق، 1962، ص 245.

5 - بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 270.

6 - صفاء حسين يوسف جاسم، مرجع سابق، ص 68.

الأجنبي بحق آخر[1]، مثلا كأن تسمح الدولة ممارسة مهنة معينة مقابل سماح دولة الأجنبي لرعايا الدولة بالاشتغال بالصناعة أو التجارة، وتؤدي هذه الصورة إلى تحقيق التوازن الدقيق في حقوق كلتا الدولتين. لكن يؤخذ عليها أن كل دولة تعلق منحها حقوقا للأجانب على تصرف الدولة الأخرى مما يعني الوقوع في حلقة مفرغة[2].

وهذا النقد يمكن تجاوزه عن طريق عقد اتفاقية دولية بين الدولتين تحدد التزامها بمنح تلك الحقوق لرعايا الدولة الأخرى على نحو مباشر من دون أن تعلق منح الحقوق على تصرف الدولة الأخرى[3].

ج. التبادل على أساس تعداد الحقوق:

تقوم هذه الصورة على أساس التعداد الحسابي للحقوق التي تسمح الدول لرعايا بعضها البعض بالتمتع بها، إلا أن المعاملة بالمثل عملا بهذه الصورة لا تحقق بين الدول إلا بحصر الحقوق لكي يتم الاتفاق عليها على أن تكون هذه الحقوق فوق الحد الأدنى المعترف به دوليا في معاملة الأجانب[4].

ومن كل هذا نجد أن أنواع التبادل من حيث المضمون لا يخلو من العيوب وذلك لأنه لا يمكن الاتفاق عليها إلا إذا قامت الدول المتعاهدة بحصر الحقوق في قائمة بهدف الاتفاق عليها وهذه تمثل مشكلة بحد ذاتها بين الدول[5]، إلا أن التبادل القائم على أساس تعداد الحقوق هو أقل الصور تعرضا للنقد، فمن خلال هذه الصورة قد تستطيع الدولة أن تحقق لرعاياها عن طريق

---

1 – الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 71.

2– بدر الدين شوقي عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، درا النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 245.

3– خالد جاسم خلف، المركز القانوني للأجانب في القانون العراقي، أطروحة أعدت لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، خلدة، لبنان، 2016/2015، ص 76.

4– عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 68 و69.

5– صفاء يوسف حسين جاسم، مرجع سابق، ص 69.

الاتفاقات الدولية المزايا التي يحتاجون إليها في الخارج فتمثل هذه الصورة وسيلة مرنة تتيح للدولة أن تحقق مصالحها ومصالح مواطنيها على أكمل وجه[1].

لا شك أن مبدأ المعاملة بالمثل قد تعرض للعديد من الانتقادات إلا أنه يبقى مبدأ أصيلا وركيزة أساسية تستند إليها جميع الدول عند تنظيمها لمركز الأجانب، وهذا المبدأ يعتبر حلا وسطا بين الموقف الذي يرفض منح الأجانب حقوقا أكثر مما هو مقرر بمقتضى الحد الأدنى المقرر دوليا وهو مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، وبين الموقف الذي يدعو إلى مساواة الأجانب بالوطنيين وهو مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين[2]، وبما أنه يعتبر حلا وسطا فإن ذلك يدعو إلى ضرورة الأخذ به وتطبيقه عند تنظيم مركز الأجانب.[3]

الفرع الثاني: التمييز بين الأجنبي والوطني في الحقوق

قد يفهم من عبارة التمييز بين الأجنبي والوطني في الحقوق هو التفضيل بينهما، وأن الأفضلية تكون في كل شيء سوف يحصل عليها الوطني على حساب الأجنبي، إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذا الفهم على إطلاقه، وذلك لأنه لا يمثل سوى الصورة السلبية من هذا التمييز فقد يكون التمييز بين الاثنين بصورة إيجابية يتمتع بها الأجنبي بامتيازات لا تمنح للوطني ولهذا فإن المقصود من التمييز ما بين الأجنبي والوطني إنما يراد به التمييز بصورتيه الإيجابية والسلبية[4].

وعليه، فإن الصورة السلبية لموضوع مركز الأجانب تتمثل في الامتيازات التي تؤكد تفوق الوطني على الأجنبي من حيث الحقوق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الصورة الإيجابية لموضوع مركز الأجانب تتمثل في إعطاء امتيازات للأجنبي تفوق الامتيازات التي يتمتع بها الوطني.

1- عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 68 و69.

2- صفاء يوسف حسين جاسم، مرجع سابق، ص 69.

3 - محمد الروبي، مرجع سابق، ص 164 و165.

4 - عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 347 و348.

أولا: تفضيل الوطني على الأجنبي

عند بحثنا في تنظيم مركز الأجانب رأينا أن جميع الدول مهما بلغت معاملتها في رفع الحد الأدنى للأجانب، فإنها لا تستطيع أن تساوي بين الأجانب والوطنيين مساواة مطلقة أي أنها لن تصل في المساواة إلى مرتبتها الكلية.

إن الدولة لا تستطيع أن تفرض المساواة بين الأجانب والوطنيين في بعض الحقوق والالتزامات كالوظيفة العامة والخدمة العسكرية وإنما أكثر ما تطبق المساواة في مجال الحقوق الخاصة وهذا يعد غاية في التسامح والعدل في نظر العديد من الدول[1].

وعلى الرغم من كل هذه المساواة إلا أن الوضع البديهي المعمول به هو الأخذ بتفضيل الوطني على الأجنبي، وما يؤكد هذا التمييز بشكل أدق هو استمرار العمل بمعيار الجنسية كعنوان ومقياس للتنظيم الدولي، حيث أن هذا المعيار أصبح يشكل تمييزا واضحا وشبه شامل بين حقوق الوطنيين وحقوق الأجانب على مستوى الحقوق السياسية والحقوق المدنية[2].

ومن أبرز الأمثلة على تفضيل الوطني على الأجنبي ما يتعلق بإقامة الأجنبي، فإن الدولة التي ينوي الأجنبي الإقامة فيها تضع له عدة شروط وقيود حتى يستطيع الإقامة وهذا لا يوجد بالنسبة للوطني، كما توجد حقوق أخرى خاصة بالوطنيين دون الأجانب وهي الحقوق العامة والسياسية ومثالها حق تولي الوظائف والمناصب العليا في الدولة وحق الترشح والانتخاب والانتفاع ببعض المرافق العامة[3]؛ ويظهر هذا التمييز أيضا من خلال تقييد حرية الأجنبي في الدخول والخروج بعدة شروط منها الحصول على تأشيرة الدخول، كما تقيد بعض الدول الأجنبي بضرورة الحصول على موافقة رسمية مسبقة للعمل... إلى غير ذلك. ويرى جانب من الفقه، أن هناك الكثير من الاستثناءات التي توردها الدول في تشريعاتها فيما يخص مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين

1- أحمد مسلم، المركز القانوني للأجانب، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1952، ص 20؛ أنظر أيضا: فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1988، ص 388.

2- سعيد يوسف البستاني، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية، مرجع سابق، ص 478.

3- غالب علي الداودي وحسن الهداوي، ، مرجع سابق، ص 42.

والتي تقضي في مجموعها إلى جعل عدم التسوية بين الوطنيين والأجانب هي القاعدة وليس العكس[1].

وبناء على ذلك، يتميز هذا التمييز بضيق حيزه من حيث الامتيازات التي يتمتع بها الوطني على الأجنبي، ولا يمكن زوالها لأنها أصبحت راسخة وعميقة في داخل الدول وهذا هو السبب الرئيسي الذي يبقي هذا التمييز العملي، ويؤدي في نفس الوقت إلى عدم سقوط الحواجز والحدود قبل الوصول إلى نظام عالمي إنساني شامل[2].

رغم كل ما ذكرناه، إلا أن ذلك لا يعني حرمان الأجانب من بعض الرخص القانونية المتاحة للوطنيين، حيث أن مبدأ المساواة لا يحول دون ذلك في حدود مستلزمات التضامن الوطني، أما إذا جاوز الحرمان هذه الحدود أصبح تمييزا حقيقيا يجد معه الأجنبي نفسه في مركز دون مركز الوطني من غير أن توجد صورة ضرورية لذلك سوى الأنانية المسرفة لمجتمع الدولة، وهذا المركز لا يمكن أن يدوم طويلا وذلك لمخالفته لأصول التضامن الاجتماعي الدولي، حيث تسعى دولة الأجنبي إلى عقد معاهدات مع الدولة المخالفة[3].

فمن الأمور المستقر عليها في كافة الدول، ضرورة التفرقة بين الوطني والأجنبي لكن يجب أن تكون هذه التفرقة في حدود معينة فهناك مجموعة من الحقوق مقصورة على الوطنيين دون الأجانب؛ إلا أن هذه التفرقة لا تقتصر على التمتع بالحقوق أو تحمل الالتزامات داخل الدولة المقيم فيها وإنما تمتد لخارجها، فإذا لحق بالوطني ضرر خارج حدود دولته، فإن هذه الدولة تتدخل دبلوماسيا لحماية حقوق مواطنيها حيث أن الدول ملتزمة برعاياها، وليس لها أن تقوم بإبعاد أحد مواطنيها أو ترحيله خارج البلاد أو منعه من دخولها بحجة أنه غير مرغوب فيه(على خلاف معاملتها للأجانب)، ومنه يتضح أن مركز الوطني أفضل من مركز الأجنبي في حدود هذه الأمور، أما بالنسبة للحقوق الخاصة فإن العديد من الدول تساوي ما بين الوطني والأجنبي في مجال هذه الحقوق مثال ذلك الحق في الزواج.

1- محمد الروبي، مرجع سابق، ص 143 و144.

2- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 478 و 479.

3- أحمد مسلم، مرجع سابق، ص 20 و21.

ثانيا: تفضيل الأجنبي على الوطني

الأصل هو تفوق الوطني على الأجنبي، ولكن هل من الممكن أن يتفوق الأجنبي على الوطني في التمتع بالحقوق خارج دولته؟

قد يمتاز الأجنبي على الوطني إذا كانت الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون دون ما يتمتع به الفرد عادة في الدول المتمدينة، أو قد توجد الدولة في هذه الحال بحكم ظروف تاريخية أو اجتماعية فهذه الأسباب تضطر الدولة إلى منح امتياز للأجنبي على الوطني ويتمثل هذا الامتياز بإمكانية الحصول على بعض الرخص القانونية مما لا يباح للوطنيين، أو تمتعه بالإعفاء من بعض الواجبات التي تفرض عادة على الوطنين والأجانب على السواء، وتلجأ الدولة إلى هذه السياسة بمحض اختيارها تشجيعا للأجانب على القدوم إليها أو التعامل معها[1].

وللتفصيل في الإجابة، فإن معايير التنظيم الدولي لا تقر نظريا هذا التفوق المعكوس بين الوطنيين والأجانب والذي يهدف إلى تحقيق مصلحة الأجانب، إلا أن الاضطرابات التي تحدث اليوم تؤثر في بعض جوانب وأركان هذا التنظيم، الأمر الذي أدى إلى السماح لظهور هذا التفوق في تأريخ وواقع العلاقات الدولية الخاصة(العربية–الغربية)، وسبب هذه الاضطرابات والاختلالات في المقاييس الدولية هو اختلال قيم العدالة السياسية والاقتصادية الدولية الذي رسخ ووسع الفروقات والاختلافات الحادة بين الدول والشعوب، وهذا الاضطراب والاختلال أدى إلى ترك البصمة القاتمة والمظلمة في السيطرة والتعدي على الكثير من قضايا الدول والشعوب والتي كانت ولازالت تثقل العالم العربي بعدة محطات وأحداث سمحت لبعض الدول الأجنبية فرض هيمنتها وإرادتها على غالبية دول المنطقة العربية[2]، وأبرز مثال على ذلك الامتيازات الأجنبية التي منحتها الدولة العثمانية، حيث تمتع الأجانب آنذاك بحقوق تفوق تلك الحقوق الممنوحة للمصريين، والمصريين حينئذ كانوا يسعون إلى المساواة بالأجانب رغم أنهم كانوا أصحاب الإقليم، ويعد ذلك تطورا شاذا لتفوق الأجانب بالحقوق على الوطنيين[3].

1– أحمد مسلم، مرجع سابق، ص 21.

2– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 479.

3– عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 34 و35.

وفي هذا الصدد يثور التساؤل: هل يحق للأجانب بدولة ما التمتع بمركز قانوني يفوق المركز القانوني الذي يتمتع به الوطنيون؟ وللإجابة على هذا التساؤل هناك اتجاهين[1]:

الاتجاه الأول: يرى الاتجاه التقليدي أن الأجانب ليس لهم الحق مطلقا في أن يعاملوا في الدول المتمدينة معاملة تفوق معاملة رعايا هذه الدول، ومن ثم فليس لهم الحق في أن يطالبوا بحماية لأشخاصهم وأموالهم أوسع نطاقا من تلك التي يتمتع بها الوطنيين، وليس لدولتهم أن تشد من أزرهم في هذا الادعاء، فالمساواة مع الوطنيين هي أقصى ما يمكن أن يتطلع إليه الأجانب ويعد أنصار هذا الرأي أن القول بخلاف ذلك يتنافى مع فكرة المساواة بين الدول وفيه إساءة ومهانة للوطنيين وتجاهل لفكرة المساواة أمام القانون.

الاتجاه الثاني: يرون أن الاتجاه الأول وإن كان رأيه في الأصل منطقيا ومعقولا إلا أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، لأنه يسمح بتجاهل بعض الحالات والتي هي نتاج الاختلال في موازين القوى الدولية، فمن المحتمل أن يتمتع الأجانب في دولة ما بمركز أفضل مما يتمتع به الوطنيون ويتحقق ذلك إذا كانت الحقوق التي يتمتع بها رعايا هذه الدول أقل من الحد الأدنى الذي تعترف به قواعد القانون الدولي للأجانب، مثال على الحد الأدنى أنه إذا عاش الأجانب في بلد ذي مدنية متأخرة يتجاهل الحقوق الأساسية للأفراد أو حتى في بلد متمدين لكن كان فريسة الفوضى والاضطراب ففي هذه الحالة يستطيع أن يتمتع بحقوق ممتازة، وأن يطالب بتعويضات في أحوال لا يستطيع أن يطالب بها الوطنيون وتستطيع دولهم أن تشد من أزرهم في هذا الصدد، وقد أيد هذا الاتجاه الثاني جانب كبير من الفقه[2]، وتبنته أحكام المحاكم الدولية[3]. كما قلنا إن الأصل هو تفوق الوطني على الأجنبي ونتفق مع الرأي الذي يرى أن الدولة التي يوجد فيها أجنبي مقيم يجب أن تحترم الحد الأدنى من الحقوق التي يتمتع بها، أما إذا كانت هذه الدولة لا تراعي احترام الحد الأدنى من الحقوق لمواطنيها، لذلك وجب عليها مراعاة الحد الأدنى بالنسبة للأجانب ومفاد هذه الأخيرة تفوق الأجنبي على الوطني، كما أنها تعد بحد ذاتها التزاما دوليا وهي احترام الدول لقيد الحد الأدنى من الحقوق والذي بدوره يمثل في بعض الدول تفوق الأجنبي على الوطني.

1- جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، وزارة المعارف العراقية، بغداد، العراق، 1949، ص 267- 269.

2- راجع لأكثر التفاصيل: جابر عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 269_ الهامش رقم 2.

3- راجع: جابر جاد عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 269_ الهامش رقم 3.

بناء على ما تقدم، فإن الأجنبي يمكن أن يتفوق على الوطني لسببين، أولهما اضطراري، وذلك إذا كانت الدولة المقيم فيها الأجنبي تعطي حقوقا لمواطنيها أقل من الحد الأدنى المعترف به دوليا هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تضطر الدولة لإعطاء الأجنبي امتيازا على الوطني لأسباب تاريخية أو اجتماعية، أما السبب الثاني اختياري، بموجبه تتم مراعاة الاعتبارات الوطنية في منح الأجانب حقوقا تجاوز الحد الأدنى، فللدولة المقيم فيها الأجنبي أن تبسط يدها أو تغلها وفقا لمصالحها مع الأجنبي.

المبحث الثاني: تنظيم عملية دخول وخروج الأجانب في القانون الجزائري

القاعدة العامة أنه لكل دولة مطلق الحرية في وضع تنظيم قانوني لحركة الأجانب المقيمين على إقليمها، ولا يجوز لأي دولة أخرى أن تتدخل في اختصاصها في هذا الصدد، ويترتب على هذه القاعدة أن الدولة وحدها هي التي تضع القواعد التي تحدد المقصود "بالأجانب" والفرق بينهم وبين "المواطنين"، كما تحدد كيفية دخولهم إقليمها وإقامتهم به، وخروجهم منه... وهي التي تملك سطلة تمييز بعض الأجانب المنتمين إلى دولة معينة بحقوق خاصة أو فرض قيود معينة على البعض الآخر منهم، طبقا لما تراه محققا لمصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية[1].

ولما للأهمية البالغة التي أولاها المشرع الجزائري لمسألة مركز الأجانب منذ الاستقلال، والتي تتجلى من خلال تنظيمه للمسألة في الأمر رقم 66-211 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر[2]، مما جعله لا يتلاءم مع الأوضاع الراهنة والتزامات الجزائر الدولية لاسيما العدد الهائل من الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان وقت السلم والحرب التي صادقت عليها الجزائر؛ قام المشرع الجزائري بإلغائه، وأصدر القانون 08-11 المتعلق بدخول وخروج الأجانب من الجزائر وإقامتهم وتنقلهم بها.

1- محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2013، ص 285.

2- الأمر رقم 66-211 المؤرخ في 1966/07/21 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-251 المؤرخ في 2003/07/19، ج. ر. ج، العدد 43، المؤرخة في 2003/07/20، ص 36. والأمر رقم 211/66 المؤرخ في 21 يوليو 1966 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر تم إلغائه بموجب المادة 51 من القانون رقم 08-11.

ومنه، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لدخول الأجانب إلى الجزائر، أما المطلب الثاني خصصناه لخروج الأجانب من الجزائر.

المطلب الأول: دخول الأجانب إلى الجزائر

لم يكن انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى خاضعا لإجراءات شكلية معينة، وهذا الوضع استمر حتى نشوب الحرب العالمية الأولى، إذ بدأت الدول حينئذ في الالتجاء إلى نظام جوازات السفر وتأشيرات الدخول. فلم يعد مسموحا للأجنبي بدخول إقليم الدولة إلا إذا كان حاملا لجواز سفر صادر من السلطات لدولته، شرط أن يحمل هذا الجواز تأشيرة بالدخول من الدولة* المراد دخول إقليمها[1]. ومن ثم فقد أصبح الإنسان لا يستطيع أن يمارس حقه في التنقل والإقامة بين الدول إلا من خلال عنصرين أولهما حصوله على جواز سفر، وثانيهما أن تأذن له الدول الأخرى في دخول إقليمها[2]. ويقوم دخول الأجنبي إلى أراضي دولة غير دولته على أساس حرية التنقل الذي نظمته العديد من المواثيق الدولية[3] وكذلك القوانين الداخلية[4].

1- «… La guerre porta un coup fatal à ce libéralisme, et de nombreux états réglementairement strictement l'entrée et le séjour sur leur territoire en imposant, notamment, la détention d'un passeport». Voir : GUIMEZANES Nicole, le droit des étrangers, éd. Colin, Paris, 1987, P.19.

2- مصطفى العدوي، مرجع سابق، ص33.

3- بخصوص المواثيق الدولية المتعلقة بحق الدخول والسفر والتنقل: المادة 12 من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف(د-21) ، المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966، دخلت حيز التنفيذ في 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49؛ والمادة 12 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الصادر عن منظمة الوحدة الإفريقية في مؤتمر القمة الإفريقي بتاريخ 27/24 يونيو 1981، الدورة رقم 18، دخل حيز التنفيذ في 21 أكتوبر 1986. حيث جاء أيضا في نص المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 نصت على أنه:" يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه".

4- نذكر منها الدستور الفرنسي لسنة 1958 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر سنة 1958 وحتى آخر تعديلاته التي طرأت عليه في 23 جويلية سنة 2008 المتضمن دستور الجمهورية الخامسة.

هذا يعني أن العبور من دولة إلى أخرى بموجب سمة دخول مؤشرة في جواز سفره أو وثيقة تقوم مقامه تمنح من الدول أو المنظمات، حيث تخول حاملها حق الدخول خلال مدة معينة[1].

والمشرع الجزائري قد وضع ضوابط إجرائية من شأنها تنظيم وضعية الأجانب في الجزائر والمتعلقة بدخولهم وإقامتهم وتنقلاتهم، كما كفل للأجانب حرية الدخول إلى الإقليم الجزائري منه، وفقا للإجراءات القانونية، وقواعد القانون الدولي ومبادئ المعاملة بالمثل. وفقا لتقاليد المجتمع الجزائري في الضيافة[2]، كما كفل لهم التنقل بحرية في إطار قوانين الجمهورية[3].

ومن خلال هذا المطلب سندرس شروط دخول الأجنبي إلى الجزائر في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسوف نتطرق إلى الأحكام المتعلقة بإقامة الأجانب في الجزائر، وذلك على النحوس الآتي بيانه.

الفرع الأول: شروط دخول الأجنبي إلى الجزائر

للأجنبي الحق بالدخول إلى إقليم الدولة يخضع لشروط تمليها الدولة المستضيفة، ومن أهم هذه الشروط ضرورة أن يكون الأجنبي حائزا على وثيقة سفر معتمدة تحمل تأشيرة بالإذن بالدخول[4]، كما أن دخول الأجنبي يخضع لإجراءات تحددها الدولة المستضيفة، كما يمكن أن تكون هنالك إجراءات خاصة لبعض فئات الأجانب يمكن أن تعفيهم من بعض هذه الشروط.

وفي هذا الخصوص، تحرص كافة المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية بما فيها المشرع الجزائري، على احترام حرية التنقل وأركانه باعتبارها من الحريات الأساسية التي يتمتع بها الإنسان،

1- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص_ الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، (د. ط)، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، 2015، ص 182.

2- تنص المادة 50 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على ما يأتي: "يتمتع كل أجنبي يتواجد فوق التراب الوطني بشكل قانوني بحماية القانون لشخصه وأملاكه".

3- جاء في نص المادة 24 من القانون رقم 11/08 على أن: "يتنقل الأجنبي الذي يقيم في الجزائر بحرية في الإقليم الجزائري دون المساس بالسكينة العامة، وذلك في إطار احترام أحكام هذا القانون وقوانين الجمهورية".

4- انظر المادة 4 من القانون رقم 08-11، حيث يشترط المشرع الجزائري أن يكون الأجنبي حائزا وثيقة سفر قيد الصلاحية، وكذا الرخصة الإدارية عند الاقتضاء، وأن عليه إثبات وسائل العيش الكافية له طوال مدة إقامته على الإقليم الجزائري.

ولكن هذه الحرية تبقى مجردة من كل قيمة ما لم يتمكن الإنسان من الحصول على وثيقة سفر تثبت هويته وانتماءه حيث يعتبر هذه الوثيقة الأداة الرئيسية التي تجعل حرية التنقل والإقامة واقعا ملموسا[1]. ومن بين سندات السفر نذكر جواز السفر ووثيقة السفر.

أولا: جواز السفر

جاءت تسمية جواز السفر من الكلمة "Passeport" وهي في الأصل نتيجة اتحاد كلمتين "Pass" بمعنى يمر، وكلمة "Port" وتعني بوابة أو مدخل؛ ويعرف جواز السفر بأنه:" الوثيقة الصادرة من السلطة العامة التي توصي بحرية المرور والتنقل من دولة إلى أخرى، معطيا حامله صلاحية اجتياز الحدود بين الدول"[2]. كما يعرف أيضا بأنه:" وثيقة تحقيق شخصية تصدر من قبل الدولة عادة لمواطنيها والتي تطلب فيها من حكومة أجنبية منح حاملها المرور الحر وتحقيق جميع الأهداف والغايات المشروعة وحمايته خلال وجوده ضمن اختصاصها، وبضمان الدولة مصدرة الجواز لتمكين حامله من العودة إليها"[3].

كما يعرف الفقه جواز السفر بأنه: "وثيقة شخصية من نوع خاص معترف بها دوليا تمنح بمعرفة السلطات الإدارية تثبت شخصية وجنسية ومحل إقامة حاملها وتخوله السفر والتنقل بحرية"[4].

والمشرع الجزائري لم يعط تعريف محدد لجواز السفر، وإنما ألزم المواطنين بأن يكونوا حاملي سندات السفر[5]، ويستشف من النص القانوني أنه على الأجانب أيضا عند دخولهم إلى

1- مصلح ممدوح الصرايرة، عماد حامد الرواشدة، الأحكام الخاصة بدخول وإقامة الأجانب وتطبيقاتها القانونية في الأردن، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتة، 2008، المجلد 23، العدد 4، 192.

2- معجب معدي الحويقل، تزوير جواز السفر: المفهوم والمكافحة، الفكر الشرطي، القيادة العامة لشرطة الشارقة، مركز بحوث الشرطة، أبريل 2005، المجلد 14، العدد 53، ص 88 و89.

3- محمد عودة الجبور، مكافحة تزوير الجوازات ووثائق السفر، الطبعة الأولى، مركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب_ جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1987، ص 19.

4- هشام صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب_ مركز الأجانب، مرجع سابق، ص 205.

5- راجع المادة 2 من القانون رقم 03-14 المؤرخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 الموافق لـ 24 فبراير سنة 2014، يتعلق بسندات ووثائق السفر، نصت على أنه: يجب على كل مواطن يسافر إلى الخارج أن يكون حاملا لأحد سندات السفر الآتية: - جواز السفر، - جواز سفر دبلوماسي، - جواز سفر المصلحة. إن جوازات السفر

الإقليم الجزائري لابد أن يكونوا حاملين معهم سندات السفر تثبت هويتهم وجنسيتهم وإقامتهم الأصلية أمام مصالح شرطة الجوية ومراقبة الحدود الجزائرية(PAF).

ومن خلال ما سبق، يمكننا القول بأن جواز السفر يشكل الوثيقة الرسمية المعترف بها من طرف كافة دول العالم، التي من شأنها السماح للأفراد الانتقال من دولة إلى أخرى والإقامة فيها، موضحا فيه الهوية الكاملة لحامله بما في ذلك صورته الشخصية ومدة صلاحية الجواز وتوقيع الجهة المصدرة له وختمه، ويسلم من طرف سلطات البلد الأصلي للأجنبي؛ ومن خلاله يمكن مراقبة جنسية وهوية الأجنبي القادم إلى التراب الوطني.

ثانيا: وثيقة السفر

وثيقة السفر هي وثيقة معتمدة دوليا بشأن تنقل اللاجئين السياسيين[1] وعديمي الجنسية وتمنحها الدولة التي قبلت استقبالهم وإقامتهم فيها، طالما أنهم لا يملكون الحماية من طرف بلدانهم الأصلية، وهي تقوم مقام جواز السفر أو يمكن اعتبارها جواز سفر خاص.

إلا أن بعض الدول العربية اتخذت إجراءات عملية ضد اللاجئين الفلسطينيين من حملة وثائق السفر الخاصة بهم الصادرة من لبنان وسورية والأردن وغيرها من الدول، وأنها لن تتعامل مع وثائق السفر تلك، ووفق ما أعلن عنه مسؤولون فلسطينيون أنه طالبت بعض من الدول العربية رعاياهم من الفلسطينيين التخلي عن وثيقة السفر التي بحوزتهم واستبدالها بجوازات سفر تابعة للسلطة الفلسطينية. ويرى المسؤولون أن هذه الإجراءات تؤدي إلى "إسقاط صفة اللاجئ بالإكراه"،

=المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه هي من نوع بيومتري إلكتروني و/أو قابل للقراءة بالآلة، تعتبر أيضا سند سفر رخصة المرور القنصلية الصادرة وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 11 أدناه.

1- أي ما يعرف بالوثيقة الزرقاء أو الجواز الأزرق الخاص باللاجئين في بعض دول أوروبا (ليست زرقاء في جميع البلدان التي انضمت إلى اتفاقية جنيف): وثيقة السفر الخاصة باللاجئين هي بديل عن جوازات سفرهم التي حصلوا عليها من بلدانهم التي هربوا منها، أو من البلدان التي كان لهم فيها سكن قانوني سابق، وفي المادة 28 من اتفاقية جنيف المتعلقة باللاجئين فإن جميع الدول الموقعة ملزمة بإصدار وثيقة سفر للاجئين المعترف بهم.مع العلم أنه لا ينبغي الخلط بين جواز السفر الأزرق و البطاقة الزرقاء للاتحاد الأوروبي أو الجواز الدبلوماسي الأزرق الداكن. على كل حال، تمنح وثيقة السفر الزرقاء للأشخاص الذين اعترف الـ(BAMF) بحقهم في اللجوء، أو أصبحوا في وضع لاجئين. راجع لأكثر التفاصيل حول وثيقة السفر الزرقاء الممنوحة للاجئين في ألمانيا: https://handbookgermany.de/ar/rights-laws/asylum/blue-passport.html، تاريخ الولوج: 2019/01/18، على الساعة: 14:56.

ليصبح المستفيد الوحيد هو "الاحتلال الإسرائيلي" معتبرين هذه الخطوة لتصفية قضيتهم وحقّهم بالعودة إلى ديارهم". هذا وقد منحت السلطات السورية وثائق سفر فلسطينية من سوريا (وليس جواز سفر)، كما منحت أيضا السلطات اللبنانية اللاجئين الفلسطينيين وثيقة سفر فلسطينية من لبنان، وأعطت السلطات العراقية هي الأخرى وثيقة سفر فلسطينية من العراق[1].

وحال وصول الأجنبي إلى إقليم الدولة المستضيفة يتعين عليه أن يتقدم للسلطات المختصة المكلفة بالمراقبة على مستوى مراكز الحدود جواز سفر مسلم من السلطات المختصة من دولته، أو كل وثيقة سفر سارية الصلاحية وممهورة، بالإضافة إلى التأشيرة المشترطة الصادرة عن السلطات المختصة، وكذا الدفتر الصحي[2]. وبعد أن تتأكد شرطة الحدود من أن الأجنبي يحوز الوثائق الضرورية والتأشيرة القانونية التي يشترطها القانون، يتم وضع طابع رطب مؤرخ على جواز سفره مع ذكر تاريخ عبوره للحدود.

أما إذا رأت السلطة المكلفة بمراقبة الحدود أن الأجنبي القادم إلى التراب الوطني شخص غير مرغوب فيه، أو أنه لا تتوافر فيه شروط الدخول قامت برده من مركز الحدود ورفضت دخوله إلى ترابها الوطني. في هذه الحالة مؤسسة النقل الجوي أو البحري هي من يقوم بنقله كما أنها ملزمة بإعادته إلى المكان الذي استقل فيه وسائل نقل هذه المؤسسة، أو على الدولة التي سلمت له وثيقة السفر التي سافر بها، أو أية دولة أخرى تقبل استقباله. ويُطبق نفس الإجراء إذا كان الأجنبي عابرا للإقليم الجزائري مثلا ورفضت مؤسسة النقل التي كان عليها نقله إلى بلد المقصد، ونفس الحكم في حالة رفض سلطات بلد المقصد دخوله إلى الجزائر أو إعادته[3].

ثالثا: التأشيرة

إن جواز السفر وحده لا يمكن حامله من التنقل بحرية بين الدول وإنما يشترط بالإضافة إلى سندات السفر أن يكون حاصلا على إذن أو موافقة مسبقة من الدولة التي يرغب في الدخول

1- مجموعة العمل من أجل فلسطينيي سورية، دول عربية توقف التعامل بوثائق سفر اللاجئين الفلسطينيين، تاريخ النشر: 2018/09/23، http://www.actionpal.org.uk/ar/post/10539، تاريخ الولوج: 2019/01/18، على الساعة: 14:40.

2- انظر المادة 7 من القانون رقم 11/08.

3- انظر المادة 34 من القانون رقم 11/08.

إلى إقليمها، وأن مقتضيات التعامل الدولي تؤكد على التزام الدولة بقبول الأجانب في أراضيها بمقابل حقها في تنظيم وتقييد دخولهم بما يلائم ويتناسب مع ظروفها ومصالحها وسياستها[1]، وتشترط عادة الدول حصول الأجنبي على تأشيرة دخول والمقصود بها الإذن أو التوقيع أو العلامة الدالة على السماح للأجنبي بدخول الدولة؛ وتلعب تأشيرة الدخول دورا هاما في تسهيل الأمور بالنسبة للأجانب والدولة، فهي تتيح للدولة أن ترفض من البداية دخول الأجنبي إلى إقليمها كونه غير مرغوب فيه مثلا، ومن ناحية أخرى يتأكد الأجنبي أن كافة الوثائق التي قدمها حازت على قبول الدولة التي يرغب بالدخول إليها[2].

كما أن لتأشيرات الدخول وظائف أخرى تمنح للأجنبي حق البقاء في البلد المستضيف دون الحصول على إذن إقامة لمدة محدودة تختلف من بلد إلى آخر، كما أنها تمكن الدولة من تحديد نوعية الأجانب الوافدين إليها بحيث تسمح إليها بدخول المرغوب فيهم كالسائحين والخبراء والعلماء وتمنع غير المرغوب فيهم كالعمال الأجانب ممن ينافسون العمالة الوطنية[3].

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نلاحظ أنه من أجل دخول الأجنبي إلى الإقليم الجزائري وبمجرد وصوله طبعا يتعين عليه أن يتقدم لدى السلطة المختصة المكلفة بالمراقبة على مستوى مراكز الحدود حاملا سفر مسلم إليه في دولته (المادة 07 من القانون 08-11). وبمفهوم المخالفة تعتبر الوثائق بغير الوصف الذي أعطته لها نص المادة 07 غير قانونية عن طريق تزويرها، أو الشروع في تزويرها، والتزوير في هذه الحالة يعني تغييرا للحقيقة أو إحلال أمر غير صحيح محل الصحيح في واقع الأمور[4].

كما أسلفنا القول، يمكن للأجنبي الدخول إلى إقليم دولة ما إلا عندما يكون حائزا على جواز السفر، أو كل وثيقة أخرى قيد الصلاحية وممهورة عند الاقتضاء بالتأشيرة المشترطة الصادرة

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية العامة، مصر، 1986، الجزء الأول، ص 622.

2- مصطفى العدوي، النظام القانوني لدخول وإقامة وإبعاد الأجانب في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 159.

3- مصلح ممدوح الصرايرة، عماد حامد الرواشدة، مرجع سابق، ص 196.

4- محمد محدة، جرائم الشيك- دراسة قانونية فقهية مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2004، ص 118 و119.

من السلطة المختصة، وكذا دفترا صحيا طبقا للتنظيم الصحي الدولي(المادة 07 من القانون 08-11)[1]. والتأشيرة تتخذ عدة أشكال، فمنها:

- **التأشيرة العادية:**

والتي لا تزيد مدة صلاحيتها على سنتين لبعض مواطني دول معينة التي تمنحه هيئة عامة جزائرية، التي تسلم له من طرف البعثة الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية مع دفع دمغة[2] أو هيئة عامة أخرى[3]، مدة صلاحيتها لا تزيد على السنتين[4]، كما يمكن في حالة دخول مجموعة من الأشخاص الأجانب منتمين لهيئة واحدة؛ منح تأشيرة جماعية بنفس الشروط[5].

- **التأشيرة الاستثنائية**

يمكن منح التأشيرة للأجنبي الذي يتقدم بدون تأشيرة استثناء في حالة الاستعجال من طرف شرطة الحدود (المادة 1/12) مع إعلام السلطات الإدارية المعني بالأمر (المادة 3/12). كما يمكن منح الأجنبي تأشيرة لمدة 07 أيام للأجنبي العابر للإقليم الجزائري الحامل لتأشيرة البلد المتوجه إليه مع تقديم إمكانيات إقامته بالجزائر (المادة 1/14) يمكن تمديدها لمدة 07 أيام أخرى فقط بصورة استثنائية (المادة 2/14). ويمكن لسلطات مراقبة الحدود منحه un sauf-conduit لمدة تتراوح ما بين 02 إلى 07 أيام لأعضاء طاقم سفينة أو طائرة(المادة 3/14)[6]. غير أن هناك من الأشخاص الأجانب من أعفاهم القانون من تقديم تأشيرة الدخول إلى الإقليم الجزائري، وهم:

- أعضاء البعثة الدبلوماسية والقنصلية (المادة 02 من القانون 08-11).
- اللاجئون والأشخاص الأجانب البدون جنسية (المادة 07 من القانون 08-11)
- الأجنبي الموجود فوق ظهر سفينة تعبر الميناء الجزائري (المادة 11 فقرة 01 من القانون 08-11)

1- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 124.
2- المادة 08 فقرة 03 من القانون 08-11.
3- المادة 04 فقرة 03 والمادة 07 من القانون 08-11.
4- المادة 08 فقرة 01 من القانون 08-11.
5- المادة 08 فقرة 05 من القانون 08-11.
6- محمد سعادي، مرجع سابق، ص 294.

- الأجنبي العامل البحري الذي ترسو سفينته في الميناء الجزائري والموجود في إجازة فوق الإقليم الجزائري (المادة 11 فقرة 02 من القانون 08-11)

- الأجنبي العابر للإقليم الجزائري عن طريق الجو (المادة 11 فقرة 03 من القانون 08-11)

- الأجنبي عضو طاقم الطائرة الموجودة فوق أرض المطار الجزائري (المادة 11 فقرة 04 من القانون 08-11)

- الأجنبي المستفيد من المعاهدات الدولية أو اتفاقات المعاملة بالمثل (المادة 11 فقرة 05 من القانون 08-11). هذا ويجوز للمصالح المانحة للتأشيرة، وعند الاقتضاء شرطة الحدود على مستوى مراكز العبور أن تأخذ بصمات الأصابع وصور الهوية الشخصية، وفي بعض البلاد صور قرنية العين، وإدخالها في نظام المعلوماتية لديها، والاحتفاظ بها لدواعي أمنية[1]. كما لابد على الأجنبي إثبات ما يحتاجه من إمكانيات لإقامته فوق الإقليم الجزائري(المادة 04 فقرة 03 من القانون 08-11).

الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بإقامة الأجانب في الجزائر

كل أجنبي يرغب في الإقامة النظامية الدائمة في الجزائر بعد انتهاء مدة الصلاحية المحددة في التأشيرات القنصلية أو التمديد، يجب عليه طلب رخصة للإقامة في الجزائر من خلال الحصول على بطاقة مقيم. وتعد هذه الوثيقة الشرط الأول لتثبيت إقامة الأجنبي، وفي الوقت نفسه تُضفي الطابع القانوني لإقامة الأجنبي، كما يمكن اعتبارها آلية قانونية تمكن السلطات المختصة في الدولة من مراقبة تواجد الأجانب على أراضيها، كما تسمح لها بحجز وثائق سفر الأجنبي عندما يقيم في الإقليم الجزائري بطريقة غير شرعية.

1- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 125.

أولا: ضرورة استصدار بطاقة المقيم

تؤمن بطاقة المقيم دورا مزدوجا فهي تشكل وثيقة هوية وترخيصا بالإقامة يسمح لحاملها بالإقامة في الجزائر خلال سنتين[1].

أ. تعريف بطاقة المقيم:

هي عبارة عن وثيقة هوية وإقامة تسمح لصاحبها بالإقامة في الجزائر أثناء الفترة المحددة وفقا للقوانين والاتفاقيات الثنائية ما بين الحكومات[2]. وهي بطاقة تؤدي دورًا مزدوجا باعتبارها بطاقة هوية تدون فيها البيانات الضرورية لهذا الشأن (الاسم، اللقب، تاريخ الميلاد، الحالة المدنية، الجنسية، الصورة الشخصية لصاحبها، تاريخ منحها والجهة المصدرة لها)، باعتبارها ترخيصا للإقامة النظامية لمدة أقصاها سنتان.

وعند البحث في التشريع الجزائري، اتضح لنا أن المقنن لم ينص في أي قانون عن بطاقة المقيم، إلا أنه بالرجوع إلى القانون رقم 08-11 فإنه: "يعتبر مقيما الأجنبي الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة في الجزائر، والذي رخص له بذلك بتسليمه بطاقة المقيم من قبل ولاية مكان إقامته مدة صلاحيتها سنتان"[3].

ب. تسليم بطاقة المقيم

إن بطاقة المقيم هي عبارة عن رخصة للإقامة على التراب الوطني تسلمها المصالح الإدارية (الولاية) بعد تقديم طلب من طرف الأجنبي مرفقا بملف، وتتم دراسته من قبل مصالح الأمن بعد إجراء تحقيق، وبعد دفع حق الطابع، مدة صلاحيتها سنتان قابلة للتجديد[4].

1- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص_ القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، الجزء الثاني، ص 183؛ انظر أيضا: عبد الحفيظ بن عبيدة، مرجع سابق، ص 278.

2- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص163.

3- انظر المادة 1/16 من القانون رقم 08-11.

4- يمكن أن تسلم بطاقة مقيم، مدة صلاحيتها 10 سنوات للرعية الأجنبية الذي أقام على الإقليم الجزائري بصورة مستمرة وقانونية خلال مدة 7 سنوات أو أكثر؛ انظر: الفقرة الأولى والفقرة السادسة المادة 16 من القانون رقم 08-11.

ويلاحظ أن بطاقة المقيم لا تسلم إلا للأجنبي الذي يرغب حقا في تثبيت إقامته بصورة فعلية ودائمة ومستمرة في الجزائر[1]. ولعل المشرع يهدف من خلال التأكيد على أن تكون الإقامة فعلية ودائمة ومستمرة هو منع التحايل على القانون؛ كأن تكون إقامة الأجنبي شكلية أو صورية، أو أن إقامته متقطعة، أو أنه لا يتواجد بصفة دائمة فوق الأراضي الجزائرية، وإنما يتردد عليها في بعض الأحيان. مما يدل على عدم جديته في تثبيت إقامته وكذلك عدم رغبته في الإقامة بالجزائر، وبالتالي فهو غير جدير بالحصول على بطاقة مقيم.

أما بخصوص الوقت الذي يمكن للأجنبي أن يطلب فيه بطاقة مقيم إذا كان يرغب في تمديد إقامته بالجزائر لأكثر من المدة المحددة له في التأشيرة، وذلك بقصد تثبيت إقامته المعتادة بها. فعليه أن يطلبها قبل انقضاء صلاحية التأشيرة بخمسة عشر يوما[2]. وإذا بلغ الأجنبي ثماني عشرة سنة كاملة فإنه ينبغي الحصول على بطاقة مقيم[3].

أما إذا كان الأجنبي طالبا يزاول دراسته بإحدى الجامعات الجزائرية، فإنه تسلم إليه بطاقة مقيم مدّة صلاحيتها تنتهي حل انتهاء تمدرسه أو تكوينه، وتكون هذه البطاقة قابلة للتجديد إذا قدم الطالب الإثباتات الواجبة قانونا[4]. كأن يقدم شهادة التسجيل في الجامعة، أو شهادة المنحة الجامعية، أو إشهاد بعدم الحصول على شهادة التخرج... وغيرها.

غير أن الأجنبي الذي يرغب في الاستقرار في الجزائر قصد ممارسة عمل مأجور، فإنه لا تسلم له بطاقة مقيم إلا إذا كان حائزا على رخصة العمل[5]، ومدّة صلاحية بطاقة مقيم التي تسلم إليه لا تتعدى صلاحيتها صلاحية الوثيقة التي ترخص له بالعمل. وتكون هذه البطاقة قابلة للتجديد إذا قدم العامل الأجنبي الأجير ما يلزم من الإثباتات الضرورية والواجبة قانونا[6].

1- يميز القانون الجزائري بين الأجنبي القيم والأجنبي غير المقيم، وحسبه يعد غير مقيم، الأجنبي هو الشخص العابر للإقليم الجزائري أو الذي يأتي إليه للإقامة به لمدة لا تتجاوز 90 يوما دون أن يكون له النية في تثبيت إقامته أو ممارسة نشاط مهني أو نشاط مأجور به؛ راجع في هذا الشأن: المادة 10 من القانون رقم 08-11.

2- انظر المادة 18 من القانون رقم 08-11.

3- راجع الفقرة الثانية المادة 16 من القانون رقم 08-11.

4- راجع الفقرة الثالثة والسابعة المادة 16 من القانون رقم 08-11.

5- انظر المادة 17 من القانون رقم 08-11.

6- راجع الفقرة الرابعة والسابعة من المادة 16 من القانون رقم 08-11.

ج. سحب بطاقة مقيم

يتم سحب بطاقة المقيم بموجب قرار من الوالي، ويتم تنفيذ هذا القرار من طرف مصالح الشرطة المختصة إقليميا (حسب دائرة الاختصاص)، ويكون سحبها لأسباب محددة منصوص عليها في القانون رقم 08-11، فإذا كان وجود الأجنبي على الإقليم الجزائري بطريقة غير قانونية، وأنه لم يعد يستوفي أحد الشروط المطلوبة ((ويقصد بالشروط السبب الذي من أجله قدم طلب البطاقة، وفي هذه الحالة يعذر المعني بالأمر بمغادرة الإقليم خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه بالإجراء، غير أنه استثناء يمكنه الاستفادة من أجل إضافي لا يتعدى خمسة عشر يوما بناء على طلب مبرر)) وكان حائزا لشهادة مقيم فإنها قد تسحب منه في أية لحظة[1]. ويتعلق الأمر عندما يتغيب الأجنبي المقيم الأجنبي عن الإقليم الجزائري لمدة سنة كاملة[2]، أو لا يقدم الطالب الذي يرغب في تجديد إقامته الإثباتات التي يتطلبها القانون، أو كأن تنتهي رخصة العمل الخاصة بتشغيل العمال الأجانب[3].

هذا، ويمكن سحب بطاقة المقيم إذا ثبت للسلطات المعنية قيام الأجنبي بنشاطات منافية للأخلاق والسكينة العامة، أو تمس بالمصالح الوطنية، أو صدور حكم بإدانته بأفعال ذات صلة بتلك النشاطات، وفي هذه الحالة تطرد الرعية الأجنبية فور استكمال الإجراءات الإدارية أو القضائية.

د. تجريم الحصول على بطاقة مقيم بطريقة غير شرعية

إن المشرع الجزائري قد حدد شروط الإقامة القانونية ضمن القانون رقم 08-11، وكل إخلال بالتزام رتبته المواد المذكورة ضمنه أو عدم احترام الشروط التي جاء بها، يعد الأجنبي مقيما في التراب الجزائري بصفة غير قانونية، وفي هذا الصدد رتب المشرع الجزائري جزاءات قانونية عن مخالفة أحكام الإقامة، في المادة 40 ومن المادة 43 إلى غاية المادة 50 من ذات القانون.

1- راجع الفقرة الأولى المادة 22 من القانون رقم 08-11.

2- انظر المادة 21 من القانون رقم 08-11.

3- هناك حالات أخرى تسحب فيها بطاقة مقيم أشارت إليها المادة 22 الفقرة الرابعة، وهي إذا ثبت للسلطات المعنية أن نشاطات الأجنبي منافية للأخلاق أو السكينة العامة أو إذا كانت تمس بالمصالح الوطنية، أوأدت إلى إدانته عن أفعال ذات صلة بهذه النشاطات.

بالرجوع إلى نص المادة 1/46 نجد أن المشرع الجزائري قد أقر عقوبات لفعل التسهيل أو محاولة تسهيل البقاء أو الإقامة داخل التراب الجزائري من طرف أي شخص(بغير الشروط التي بينتها المواد المذكورة أعلاه)، ويكون بذلك قد ارتكب جريمة يعاقب عليها القانون عقوبة الجريمة التامة[1]. كما تطبق العقوبة على الفاعل سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

وكثيرا ما يلجأ الأجانب المقيمين في بلد ما بطريقة غير شرعية إلى إتباع طرق احتيالية للحصول على جنسية ذاك البلد، ولعل الأسلوب المتعارف عليه هو الزواج أو ما يعرف بالزواج المختلط أو الزواج الأبيض Le mariage blanc[2] حيث يقوم الأجنبي بعقد زواج مختلط مع أجنبية لا تهم إلى أي ديانة تنتمي أو ما هي جنسيتها، فالغرض من ذلك فقط تسوية وضعيته غير القانونية.

وحرصا من المشرع الجزائري على تشديد أي تلاعب قد يحصل من أي شخص من أجل الحصول على بطاقة المقيم جرم اللجوء إلى مثل هذه الممارسات؛ حين قرر عقوبة الحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج لكل من يقوم بعقد زواج مختلط بهدف الحصول على بطاقة مقيم أو جعل الغير يحصل عليها، أو من أجل اكتساب الجنسية الجزائرية أو جعل الغير يكتسبها. وتطال العقوبة نفسها الأجنبي عند قيامه – للغايات نفسها– بعقد زواج مع أجنبية مقيمة في الجزائر[3].

وتشدد العقوبة إلى عشرة (10) سنوات حبس وغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا ارتكبت المخالفة من قبل جماعة منظمة، فضلا عن العقوبات التكميلية التي قد يتعرض لها الأشخاص الذين أدينوا بهذه المخالفات والمتمثلة في المنع من الإقامة بالإقليم الجزائري ومن مزاولة النشاط المهني أو الاجتماعي الذي ارتكبت المخالفة بمناسبته لمدة خمس (05) سنوات على الأكثر.

1– جمال قتال، قراءة تحليلية نقدية للمادة 1/46 من القانون رقم 08–11 المؤرخ في 2008/06/25 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، العدد الأول، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معقد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، 2012، ص 47.

2– انظر: أحمد عبد العزيز الأصفر، الهجرة غير المشروعة: الانتشار والأشكال والأساليب المتبعة، ورقة عمل مقدمة لندوة الهجرة غير المشروعة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 8 –10 فبراير 2010م، ص24.

3– انظر: المادة 48 من القانون رقم 11/08.

ثانيا: الرقابة على إقامة الأجانب في الجزائر

قصد التصدي للوضعيات غير القانونية للأجانب على الإقليم الجزائري، جاء التشريع المتعلق بوضعية الأجانب بجملة من التدابير والإجراءات الإدارية التي تمكن السلطات من مراقبة تواجد الأجنبي ومراقبة تحركاته على التراب الجزائري؛ ومن بين تلك الإجراءات، ضرورة أن يقوم الأجنبي المقيم بالجزائر بصورة قانونية بالتصريح عندما يريد تغيير مكان إقامته الفعلية، بصفة نهائية أو مؤقتة. وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 27 من القانون رقم 11/08 بنصها: "عندما يغير الأجنبي المقيم بالجزائر بصفة قانونية مكان إقامته الفعلية، بصفة نهائية أو لفترة تتجاوز ستة (6) أشهر، يجب عليه التصريح بذلك لدى محافظة الشرطة أو فرقة الدرك الوطني أو لدى البلدية بمحل إقامته السابق والجديد".

ويُلاحظ من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري يشترط التصريح عند تغيير محل السكن سواء بصفة نهائية أو مؤقتة، كما يشترط على الأجنبي أن يصرح لدى المصالح الأمنية والمصالح البلدية بمحل إقامته القديم والجديد، كما نجده أيضا يؤكد على أن يقوم الأجنبي بإتمام إجراءات التصريح في فترة قصيرة لا تتجاوز 15 يوماً السابقة لتاريخ مغادرته محل إقامته القديم أو اللاحقة لتاريخ وصوله إلى مقر إقامته الجديد[1]. أما في حالة عدم قيامه بالتصريح فإنه يعاقب بدفع غرامة تتراوح بين 2.000 دج إلى 15.000 دج[2].

وهكذا فإنه من خلال التصريح بتغيير الإقامة تكون السلطات العمومية على دراية كاملة بمكان تواجد الأجنبي وبتحركاته، ومن ثم مراقبة صلاحية بطاقة إقامته. ومن أجل هذه الغاية أجاز القانون للمصالح المختصة أخذ بصمات الأصابع وكذا صورة الهوية للرعايا الأجانب مع الاحتفاظ بها وخضوعها لمعالجة معلوماتية، وذلك بمناسبة طلب التأشيرة أو أثناء مراقبة الشرطة التي تمارسها مصالح الأمن على مستوى مراكز الحدود أو عبر الإقليم الجزائري[3].

كما أن هناك آلية أخرى لمكافحة تواجد الأجنبي على الإقليم الجزائري بطريقة غير شرعية والتي تتمثل في التصريح بإيواء الأجنبي حيث يلزم القانون الجزائري كل مؤجر يأوي أجنبيا بأية

1- انظر: المادة 27 من القانون رقم 11/08.

2- المادة 40 من القانون رقم 11/08.

3- انظر: المادة 15 من القانون رقم 11/08.

صفة كانت، أن يصرح به لدى محافظة الشرطة أو فرقة الدرك الوطني، وفي حالة عدم وجود هذه المصالح لدى البلدية محل العين المؤجرة[1]. ولا يفرق القانون في صفة المؤجر المصرح فقد يكون محترفا كأصحاب الفنادق[2] والشقق المفروشة ووكالات السياحة والأسفار[3]، أو يكون مؤجرا عادي للمنازل؛ وفي كل الأحوال ينبغي أن يكون التصريح بالإيواء خلال أربع وعشرين ساعة. ويرتب القانون على إيواء الأجنبي وعدم التصريح بذلك عقوبات جزائية تتمثل في دفع غرامة مالية تتراوح بين 5.000 دج إلى 20.000 دج[4]، ويمكن أن تطال المسؤولية الجزائية الأشخاص المعنوية وفقا لأحكام قانون العقوبات[5] ويتعلق الأمر بالمؤسسات الفندقية ووكالات السياحة والأسفار. كما يمكن الإشارة إلى صورة أخرى من صور رقابة إقامة الأجنبي، وهي التي نجدها عند انقضاء مدة صلاحية تأشيرته أو بطاقة إقامته أو المدة القانونية المرخص بها للإقامة على التراب الجزائري، وقبل مغادرته يجب على الأجنبي المقيم إعادة بطاقة المقيم الخاصة به إلى مصالح الولاية التي أصدرتها[6]. وعندما يتواجد الأجنبي على التراب الجزائري في وضعية غير قانونية، فإنه يجوز لمصالح الأمن أن تحجز مؤقتا جواز أو وثيقة السفر الخاصة به، ويسلم له في المقابل وصل، وهذا إلى غاية البت في وضعيته[7]. وهكذا فإن الهدف من حجز وثائق السفر هو دراسة وضعية الأجنبي غير القانونية والبت فيها لذلك فإنه إجراء مؤقت واحترازي وهو لا يهدف إلى الحد من تحركات الأجنبي أو تنقله أو الحجز عليهما، لذلك فإنه يُسلم وصلاً يعد بمثابة بيان هوية.

المطلب الثاني: خروج الأجانب من الجزائر

للمواطن حق الاستقرار الدائم في الدولة، على خلاف الأجنبي الذي وجب عليه الحصول على إقامة شرعية بالدولة التي يتواجد في إقليمها ويلتزم بتجديدها أو السفر عند انتهائها، كما يلتزم

1- انظر: المادة 29 من القانون رقم 11/08.

2- انظر: المادة 57 والمادة 58 من القانون رقم 01/99 المؤرخ في 6 يناير 1999، المحدد للقواعد المتعلّقة بالفندقة، الجريدة الرسمية، العدد 2، المؤرخ في 10 يناير 1999م، ص 3.

3- انظر: المادة 25 من القانون رقم 06/99 المؤرخ في 4 أبريل 1999، المحدد للقواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 7 أبريل 1999م، ص 11.

4- المادة 38 من القانون رقم 11/08.

5- المادة 50 من القانون رقم 11/08.

6- انظر: الفقرة الثانية المادة 6 من القانون رقم 11/08.

7- انظر: المادة 26 من القانون رقم 11/08.

بمراعاة عدم مخالفة القوانين المعمول بها فيها أو أن يثير القلاقل بما يعكر صفو أمنها أو يهدد سلامتها وكيانها في العائلة الدولية[1]؛ كما أن للأجنبي حق مغادرة الدولة المقيم فيها متى شاء إذا كانت إقامته مشروعة، ولا يجوز لدولة ما تقييد هذا الحق طالما لا توجد مبررات قانونية تسوغ ذلك[2]، إعمالا لنص الفقرة 2 من المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[3]، وتأكد هذا الحق في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[4]. ولما الدولة من حق طبيعي مسلم به فقها وقانونا في حفظ بقائها وصيانة وجودها أن تتخذ ضد الأجنبي المتخلف، إجراءات من شأنها إجباره على الخروج من إقليمها مثل الإبعاد.

ومنه، قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتعرض لحالة الخروج الإرادي في الفرع الأول، أما من خلال الفرع الثاني سوف ندرس الخروج اللاإرادي، على النحو الآتي بيانه.

الفرع الأول: الخروج الإرادي

الأصل أن إقامة الأجنبي على إقليم الدولة يخضع لسلطتها وتقديرها، فإذا سمحت الدولة للأجنبي بالدخول إلى أراضيها، والإقامة بين أفراد شعبها فإنه لا يترتب على ذلك نشوء حق دائم لهذا الأجنبي في الاستقرار بإقليمها، لأن ذلك الحق مقصور على الوطنيين دون سواهم، ولا إلزام على الدولة بأن تمنحه هذا الحق، والأجنبي نفسه قد يقدر انتهاء مدة وجوده على إقليم الدولة، فيغادره بإرادته، ولا يحق في هذه الأخيرة أن تغلق حدودها أمامه أو تمنعه من العودة إلى دولته، أو السفر إلى دولة أخرى ما لم تستدعي مقتضيات الأمن أو الأحكام القضائية ذلك المنع، أو يكون

1- أحمد محمد أحمد مليجي، التنظيم القانوني لدخول ومعاملة الأجانب في مصر، (د. ط)، (د. د. ن)، مصر، 2004، ص 308.

2- محمد الروبي، مرجع سابق، ص 227.

3- حيث جاء في مضمون المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 أنه: "يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إلى بلده متى شاء".

4- نصت المادة 22 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف(د-21)، المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966، دخلت حيز التنفيذ في 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49 على أن: "لكل فرد حرية مغادرة أي قطر بما في ذلك بلاده ويخضع هذا الحق للقيود الواردة في هذا القانون والتي تعد ضرورية لحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق أو حقوق وحريات الآخرين".

مطلوبا لتسليمه إلى دولة معينة لمحاكمته عن جريمة ارتكبها ضد مصالحها أو مصالح أحد رعاياها[1].

فالخروج الإرادي هو خروج نظامي سواء بالنسبة للأجنبي غير المقيم الذي يغادر الإقليم الجزائري خلال المدة المرخص له بالإقامة العارضة في تأشيرة دخوله أو بعد تمديدها، وفيه يتم الخروج من مراكز الحدود وتحت رقابة السلطات الأمنية ومراعاة الإجراءات المقررة نظاميا وذلك بإبراز جواز سفره وختمه من مصلحة شرطة الحدود[2]. وقد أقر القانون الاتفاقي الذي أبرمته الجزائر خاصة مع الدول المجاورة (تونس والمغرب وليبيا)، حق العودة الطوعية للأجنبي المنتمي إلى أحد الدول السابقة بمجرد إظهار جواز سفره إذا كان غير مقيم أو إظهار بطاقة الإقامة بالنسبة للمقيمين، مع مراعاة القوانين والأنظمة المتعلقة بالأمن العام. أو تعلق الأمر بالأجنبي الحائز لبطاقة المقيم والذي انتهت مدة صلاحية بطاقته أو تخلف أحد الأسباب منها.

ويتعين على الأجنبي فضلا عن استيفاء إجراءات المغادرة أن يكون حائز لتأشيرة المغادرة النهائية، وهذه التأشيرة تعد بمثابة تلخيص المغادرة تمنحها مصلحة الأجانب بالولاية التي كان الأجنبي مقيما فيها، ولم ينص عليها القانون 08-11، إلا أن المرسوم 66- 212 نص عليها في المادة 29 منه، والتي تقضي بأنه: "تمنح تأشيره الخروج من طرف عامل العمالة التابع له محل إقامة الأجنبي وذلك بعد تقديم المستندات المطلوبة وخاصة بطاقة المقيم والإبراء الجبائي"[3].

والغرض من اشتراط هذه التأشيرة هو التأكد من وفاء الأجنبي بكامل التزاماته بصفته مقيما سابقا ومغادرا، ولا سيما إبراء ذمته من حقوق الخزينة العمومية، وهيئات الضمان الاجتماعي، وبدل الإيجار إذا كان مقيما في مسكن تابع للدولة[4].

ولكل أجنبي حين مغادرته للإقليم الجزائري وبإرادته وبكل حرية شريطة أن يراعي الأحكام القانونية السارية المفعول وخاصة ما يتعلق منها بالأحكام المتعلقة بشرطة الحدود التي تفرضها

1- أحمد عبد الكريم سلامة، المعاملة الدولية للأجانب في الأنظمة الداخلية للمملكة العربية السعودية، العدد السادس، دراسات سعودية، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1992، ص 60.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 146.

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 146.

4- الطيب زروتي، مرجع نفسه، ص 165.

ضرورات حماية الأمن الوطني، وحقوق الآخر بالجزائر، وقد فرق المشرع الجزائري بين مغادرة الأجنبي المقيم، الحاصل على بطاقة الأجنبي، وبين الأجنبي غير المقيم[1].

الفرع الثاني: الخروج اللاإرادي

يعد الخروج اللاإرادي إجراء يتخذ ضد الأجنبي غير المرغوب فيه داخل الدولة المستضاف فيها، ويتم من خلاله وضع نهاية لإقامة هذا الأخير على التراب الوطني، وهذا يعد نتيجة لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، والخروج اللاإرادي يكون بواسطة الإبعاد أو الطرد، أو الترحيل[2].

يمثل قرار الإبعاد أحد الأعمال التي تعكس سيادة الدولة على إقليمها، ولذلك تتمتع الإدارة إزاءه بسلطة تقديرية واسعة[3]، وترتيبا على ذلك تتمتع الدولة بحق البقاء والمحافظة على كيانها وسلامتها، فيكون لكل دولة الحق في إبعاد كل أجنبي ترى في بقاءه بإقليمها تهديدا لسلامتها بالرغم من عدم انقضاء مدة الإقامة المصرح له بها، وحق الدولة في إبعاد الأجانب هو أحد النتائج الضرورية لسيادتها على أراضيها، الأمر الذي تحرص عليه وتقرره قواعد القانون الدولي العام [4].

ومنه، فإننا من خلال هذا الفرع سنقوم بالتركيز على تحديد تعريفه ومن ثم تمييزه عما يقابله من ألفاظ مشابهة، وحالاته.

أولا: تعريف الإبعاد وتمييزه بما يقابله من مصطلحات أخرى

على إثر قيام الدولة بتنظيم مركز الأجانب، فإنها تقوم بنوع من المغايرة في المعاملة وفي الحقوق والواجبات بين مواطنيها وبين الأجانب المقيمين على أراضيها وذلك للعديد من الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

1- بكاي محمد رفيق، قناوي نسيمة، مرجع سابق، ص 111.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 352.

3- كريم ناصر حسناوي كاظم المحنة، الرقابة القضائية على قرارات الإبعاد والترحيل الخاصة بالأجانب، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2016، ص 74.

4- مصطفى العدوي، مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 234.

ويتحقق ذلك من خلال اتخاذ بعض التدابير لمواجهة الأجانب دون المواطنين مثل الإبعاد، ويتم إخضاع الأجنبي لهذه التدابير حفاظا على أمن الدولة ووحدتها السياسية، وهذه التدابير تلاحق الأجنبي بدء من تنظيم دخوله إلى إقليم الدولة، إلى غاية انتهائه بعملية خروجه منها[1].

ومن تلك التدابير التي قد تلجأ إليها الدولة هي إبعاد الأجانب وبصفة نهائية من هم غير مرغوب فيهم.

1. تعريف الإبعاد:

لقد تعددت الآراء حول تعريف الإبعاد منها من عرفه على أنه: "قرار تصدره السلطة العامة في الدولة لأسباب تتعلق بسلامتها وأمنها الداخلي والخارجي، وتطلب بمقتضاه من الأجنبي المقيم فيها مغادرة إقليمها خلال مهلة محددة وعدم العودة إليه وإلا تعرض للجزاء والإخراج بالقوة"[2].

وذهب رأي آخر إلى أنه: إنذار من جانب سلطات الدولة التي يقيم فيها بمغادرتها خلال مدة معينة عادة وإلا تعرض للجزاء الجنائي والإخراج بالقوة[3]؛ كما أنه حق الدولة في إنهاء إقامة الأجنبي لأسباب يمليها أمن الجماعة[4]. ويلاحظ على التعريفات السابقة تباين في ضبط تعريف الإبعاد فهناك من اعتبره قرار في حين اعتبره آخرون إجراء وإنذار وأمر، غير أنهم اتفقوا على أنه حق مخول للدولة من شأنه الحفاظ على كيانها وأمنها الداخلي أو الخارجي وحقها في البقاء دون أن تتنازل عنه ولها أن تقيده بمقتضى معاهدات دولية تضمن من خلالها حمايتها عند دخول أي أجنبي إلى إقليم الدولة.

1- سالم جروان علي أحمد النقبي، إبعاد الأجانب_ دراسة مقارنة، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه في علوم الشرطة، كلية الدراسات العليا، أكاديمية مبارك للأمن، وزارة الداخلية، جمهورية مصر العربية، 2003، ص 41.

2- هشام علي صادق، الجنسية ومركز الأجانب، مرجع سابق، ص 43. انظر أيضا: فؤاد عبد المنعم رياض، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب في القانونين المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 223.

3- بدر الدين عبد المنعم شوقي، مرجع سابق، ص 609.

4- أحمد مسلم، مرجع سابق، ص 38.

أما في القانون الدولي، الإبعاد هو إجراء تقوم بموجبه السلطة المختصة في الدولة بأمر وربما جبر شخص أو أكثر داخل إقليمها على المغادرة دون تأخير، وفي غضون مهلة قصيرة، سواء كانت إقامته قانونية أو غير قانونية[1].

ومن خلال نص المادة 30 من القانون 08-11، نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز لوزير الداخلية إصدار قرار إداري بإبعاد الأجنبي من الجزائر، إذا كان تواجده فوق إقليمها يشكل إخلالا بالنظام العام أو الأمن العام أو السكينة العامة. والظاهر من نص المادة المذكور أنفا أن تقدير خطورة الفعل فيما إذا كان يشكل تهديدا للسكينة العامة أو للنظام أو لأمن الدولة خاضع للسلطة الإدارية، وهذا المعيار مرن يتسع لتمكين الجهة المختصة سلطة واسعة للإبعاد[2].

مثلما هو الحال في صدور قرار الإبعاد من طرف وزير الداخلية بالجمهورية الجزائرية، كذلك في مصر وزير الداخلية هو المختص بإصدار القرار[3]، أما في فرنسا فالقاعدة أن يصدر بمعرفة مدير البوليس، ولكن في حالة الاستعجال أو الضرورة القصوى لسلامة الدولة وأمنها فيصدره وزير الداخلية[4].

كذلك الحال بالنسبة للأجنبي إذا كان مقيما في الجزائر بطريقة غير شرعية لأي سبب من الأسباب، كانقضاء مدة إقامته، أو إدانته بجنحة أو جناية، كما أجاز للقضاء الجزائي إصدار أمر

---

1 - Anne-Lise DUROQUETZ, l'expulsion des étrangers en droit international et européen, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit, Doctorat de Droit Public – nouveau régime, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, ECOLE DOCTORALE N° 74, Université de LILLE 2, France, 1/12/2007, P 28 et 29.

2- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 149.

3- جاء في مضمون المادة 25 من القانون 89 لسنة 1960 بشأن إقامة الأجانب في مصر على أنه: لوزير الداخلية بقرار منه إبعاد الأجانب.

4- Art 1 et 2, Décret n°82-440 du 29 Mai 1982, Modifié par le Décret n°98-512 du 24 juin 1998, J.O, portant application des dispositions du livre V du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatives aux mesures d'éloignement. Voir le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000336044&dateTexte=20040827, visitée le : 15/04/2019 à 13 :50.

يتضمن إبعاده، وذلك كعقوبة تكميلية بمناسبة إدانته بجريمة(انظر المادة 36 من القانون 08-11)[1].

ومنه، ترى الباحثة أن الإبعاد هو قرار تصدره السلطة الإدارية ضد الأجنبي إثر مخالفته لإجراءات الإقامة وفق متطلبات القانون المعمول به وذلك من أجل الحفاظ على أمنها والنظام العام والسكينة العامة.

2. تمييز الإبعاد عن المصطلحات المشابهة له:

هناك عدة ألفاظ لها صلة بلفظ الإبعاد، ولها إجراءات مشابهة لقانون الإبعاد من حيث النتيجة، إذ كلها ترمي إلى تخليص الدولة من غير المرغوب فيهم، منها الطرد والترحيل، والتسليم، التكليف بالسفر.

1.2. الإبعاد والطرد:

يتماثل كل من الطرد مع الإبعاد في أن الأثر المترتب على كل منهما يوجه إلى شخص الأجنبي المقيم في الدولة والذي يؤدي إلى الخروج الجبري من أراضي الدولة. ومع ذلك يظل هناك فارقان جوهريان بينهما، فمن حيث الشكل يكون الإبعاد بقرار من الجهة الإدارية المختصة (من طرف وزير الداخلية) في حين أن الطرد إجراء شرطي بحت وحتمي يتم تحت إشراف الشرطة ويأخذ شكل التدبير الأمني الحال والتقديري، ومن حيث الجوهر، فإن حق الإبعاد يستند دائما إلى نص تشريعي خاص، أما الطرد فيعد إجراء أمني للحفاظ على الأمن العام ويكون الهدف منه حماية المصالح العليا للدولة[2].

1- سمير بلحيرش، حماية قاضي الاستعجال الإداري لحرية تنقل الأجانب في الجزائر، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، ديسمبر 2017، ص165.

2- حسني درويش عبد الحميد، نحو نظرة جديدة في مسألة إبعاد الأجانب "التوازن بين موجبات سيادة الدولة ومقتضيات التضامن الدولي"، مملكة البحرين، ص 06، مقال منشور على موقع مركز الإعلام الأمني، بتاريخ: 13 أبريل 2011، الرابط: http://www.policemc.gov.bh/reports/2011/April/13-4-2011/634383197310436772.pdf، تاريخ الولوج: 2019/01/19، على الساعة: 15:08.

فالأصل في الطرد هو إجراء تضعه السلطة العامة في الدولة لإنهاء إقامة الأجانب المقيمين على أراضيها، وتأمرهم بمغادرة إقليمها خلال مدة محددة كونه أخل بالنظام العام أو هدد أمنها وسلامتها[1]، ورغم استعمال المشرع لمصطلحي الإبعاد والطرد ضمن القانون رقم 08-11، إلا أنه لم يعرفهما كما أنه لم يقم بالتفرقة بينهما، لهذا وبعد الاطلاع على نصوص هذا القانون اتضح لنا أن كلا المصطلحين يعبران عن نفس المعنى.

2.2. الإبعاد والترحيل:

يمكن تعريف ترحيل الأجانب بأنه: "القرار الصادر من مدير مصلحة الجوازات والهجرة والجنسية، أو من ينوبه باقتياد أحد الأجانب إلى أي من منافذ البلاد وإخراجه رغما عنه، نتيجة لتواجده بصورة غير قانونية، نظرا لدخوله بطريقة غير مشروعة، أو عدم حصوله على ترخيص في الإقامة الشرعية بها، أو تخلفه عن تجديدها"[2].

إن الإبعاد والترحيل يؤديان إلى نفس النتيجة إلا أنهما يختلفان في عدة أوضاع، فمن حيث الوضع القانوني نجد أن قرار الإبعاد يصدر في مواجهة الأجنبي المقيم بصفة قانونية في البلاد، غير أن وجوده أصبح يشكل تهديدا للنظام العام، بينما لا يكون الترحيل إلا ضد الأجنبي المتواجد بصفة غير قانونية في البلاد[3].

أما من حيث الهدف، فإن الإبعاد يهدف إلى تدارك التهديد الذي يشكله وجود الأجنبي المقيم بصفة قانونية على نظام الدولة أو أمنها العام، بينما يكون الترحيل جزاء لمخالفة الأجنبي للقواعد المتعلقة بالدخول والإقامة في البلاد[4].

1- ياسين السيد طاهر الياسري، مرجع سابق، ص 150.

2- مصطفى العدوي، ترحيل الأجانب في القانون المصري والفرنسي_ دراسة تطبيقية للقانون 88 لسنة 2005 مقارنة بالقانون الفرنسي رقم 911 لسنة 2006، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 11.

3- عباس محمد عباس، مرجع سابق، ص 190 و191.

4- مصطفى العدوي، مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 295.

أما من حيث السلطة المختصة بإصدار القرار، فالترحيل لا يصدر إلا عن مدير الشرطة، وفي بعض الدول تنفذه الشرطة دون الحاجة إلى قرار من السلطة المختصة[1].

3.2. الإبعاد والتسليم:

إذا كان الإبعاد يتفق مع التسليم في أن كليهما يتخذ ضد أجنبي، فإن الإبعاد يختلف عن التسليم في أن الأول إجراء بوليسي تتخذه الدولة في مواجهة شخص يشكل وجوده في إقليمها خطرا يهدد أمنها، في حين يعد الثاني أحد أشكال التعاون الدولي في مواجهة الإجرام، إذ يمكن بمقتضاه لدولة ما أن تقوم بتسليم أحد الأشخاص الموجودين على إقليمها إلى دولة أخرى يكون مطلوبا فيها لمحاكمة أو تنفيذ عقوبة صادرة ضده[2]. وقد يحدث أن يأخذ التسليم شكل الإبعاد، كأن تقوم إحدى الدول بإبعاد أجنبي إلى دولة أخرى بقصد تسليمه إليها دون أن يكون مطلوبا لمحاكمته أو صدرت ضده أحكام قضائية ولكن لأغراض سياسية غالبا غير أن هذا الإجراء يتسم بالتحايل على الأعراف الدولية ويتنافى مع حقوق الإنسان[3].

والتسليم هو تقديم أجنبي_دون الوطني_متواجد على إقليم الدولة لدولة أخرى مطلوب فيها للمحاكمة أو لتنفيذ عقوبة محكوم بها عليه وذلك إذا وجدت اتفاقية ثنائية أو جماعية بهذا الشأن التزمت بها الدولة، بينما الإبعاد هو إجراء أمني تتخذه الدولة ضد شخص أجنبي يشكل وجوده فيها خطرا وإخلالا بالأمن والنظام[4].

ولما كان التسليم يشكل أحد صور التعاون الدولي، فإن مجاله ينحصر في الاتفاقيات التي تعقد بين الدولة التي تبحث عن الشخص والأخرى التي يتواجد في أراضيها، وقد تكون الاتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف؛ ويمثل هذا الأمر فارقا آخر بين الإبعاد والتسليم، فالإبعاد إجراء يتم بناء على قرار من السلطة العامة في دولة واحدة؛ أما التسليم فلا يتم عادة إلا بإتفاق بين دولتين: الدولة

1- حسام الدين فتحي ناصف، مركز الأجانب_ دراسة للنظرية العامة والقانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 136.

2- حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص 07.

3- مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوي، سلطة الدولة في تنظيم إقامة الأجانب وإبعادهم والرقابة القضائية عليها، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2003، ص 256.

4- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 148.

التي تريد محاكمة المتهم عن الجريمة التي ارتكبها في إقليمها من ناحية، والدولة التي يقيم فيها الأجنبي المطلوب تسليمه من ناحية أخرى[1].

4.2. الإبعاد والتكليف بالسفر أو المغادرة:

التكليف بالسفر هو ذلك الأمر الصادر من مدير مصلحة الجوازات والهجرة والجنسية إلى أحد الأجانب بمغادرة البلاد نتيجة لانتهاء الغرض من بقائه بالبلاد، ويقترن بمنح الأجنبي مهلة لتدبير حاله للسفر خلالها طواعية، تتراوح من أسبوع إلى أسبوعين، ويمكن للأجنبي الطعن في قرار تكليفه بالسفر[2]. فإذا كان التكليف بالمغادرة أو السفر يتفق مع الإبعاد في كونهما يتخذان ضد الأجنبي المقيم، إنما يختلفان من حيث التكليف بالمغادرة سببه كون الأجنبي لم يعد يستوفي شروط صفة المقيم، بينما الإبعاد سببه هو كون تواجد الأجنبي أصبح يشكل تهديدا للأمن والنظام، كما يختلفان أيضا من حيث السلطة المصدرة لهما، فالأول تصدره السلطة الإدارية المكلفة برعاية شؤون الأجانب، بينما الثاني يتم بموجب قرار يصدره وزير الداخلية[3].

ويكون هذا الأمر في أعقاب رفض منح أو تجديد الإقامة ويقترن بمنح الأجنبي مهلة لتدبير حاله والسفر خلالها طواعية بيد أنهما يختلفان من حيث الأساس والآثار المترتبة على كل منهما؛ فمن حيث الأساس يرتبط الإبعاد بالتهديد والذي ينشأ من وجود الأجنبي في إقليم الدولة، على خلاف التكليف بالسفر الذي لا يعدو أن يكون أمرا من الإدارة للأجنبي بمغادرة البلاد بسبب انتهاء مدة إقامته أو الغرض من وجوده في البلاد مع منحه مهلة السفر خلالها دون أن يكون في وجوده ما يشكل تهديدا لأمن الدولة أو سلامتها[4]؛ أما من حيث الآثار المترتبة على كل منهما فإن قرار الإبعاد يعني ضرورة مغادرة الأجنبي للبلاد على الفور وعدم السماح بدخوله إليها، نظرا لأن وجوده يتعارض مع أمن الدولة وسلامتها، في حين لا يؤدي التكليف بالسفر إلى منعه من دخول البلاد مرة أخرى، بل يمكن للأجنبي المكلف بالسفر التقدم للإدارة بمبرر جديد للحصول على الإقامة[5].

1- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 41.

2- مصطفى العدوي، مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 297.

3- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 149.

4- مصطفى العدوي، مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 247.

5- حسني درويش عبد الحميد، مرجع سابق، ص 07.

فالتكليف بالمغادرة أو التكليف بالسفر هو إجراء تتخذه السلطة الإدارية المختصة برعاية شؤون الأجانب في الولاية التي يقيم بها الأجنبي في مواجهة أجنبي، إذا أصبح لا يستوفي بصفة نهائية شروط منحه بطاقة المقيم، فيعذر بمغادرة الإقليم الوطني خلال أجل معين من وقت تبليغه بالإجراء[1].

ثانيا: حالات الإبعاد

أوردت المادة 30 من القانون رقم 08-11 حالات الإبعاد على سبيل الحصر في ثلاث، كما أحالت الفقرة الأولى منها إلى حالة أخرى واردة في المادة 22 فقرة 3 و4. وعليه، يتم الإبعاد في الحالات التي سنوردها كالآتي:

1. وجود الأجنبي في الجزائر يشكل تهديد للنظام العام و/أو أمن الدولة:

يجوز للسلطات الإدارية المختصة إبعاد الأجنبي من الإقليم الجزائري إذا كان وجوده يشكل تهديدا للنظام العام و/أو أمن الدولة طبقا لنص الفقرة 1 من المادة 30 من القانون رقم 08-11.

ويتبين من النص، أن تقدير خطورة الفعل فيما إذا كان يشكل تهديدا للنظام العام أو لأمن الدولة خاضع للسلطة الإدارية، وهذا المعيار مرن يتسع لتمكين الجهة المختصة سلطة واسعة للإبعاد؛ وتشكل هذه الحالة، الحالة الغالبة في اللجوء إلى الإبعاد لكونها تكاد تفلت من الرقابة القضائية من ناحية التقدير الموضوعي كلما كان وجوده يشكل خطرا على النظام العام. ولكن إقرار هذه السلطة التقديرية قد يتم الإساءة في استخدامها[2].

2. الأجنبي الذي صدر في حقه حكم أو قرار قضائي نهائي بعقوبة سالبة للحرية لارتكابه جناية أو جنحة:

يتطلب النص في هذه الحالة صدور حكم جزائي نهائي بإدانة الأجنبي لارتكابه جناية أوجنحة، يقضي بعقوبة سالبة للحرية، طبقا للفقرة الثانية من المادة 30 من القانون رقم 08-11، وبالتالي لا يجوز إبعاد الأجنبي الذي ارتكب مخالفة، ذلك أنها أقل شدة وخطورة على المجتمع في دولة الاستضافة و/أو الإقامة مقارنة بالجنايات والجنح.

1- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 148.

2- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع نفسه، ص 149.

وفي هذا الصدد، لم ينص المشرع الجزائري من خلال نص المادة على اشتراطه فيما إذا كان الحكم صادرا من الجهات القضائية الجزائرية، فالمفروض التأكيد على ذلك، لأن الحكم الجزائي الأجنبي ليس حجية أمام السلطات الجزائرية.

3. مخالفة الأجنبي للأحكام المتعلقة بالإقامة:

لا تعد الإقامة حقا دائما للأجنبي حتى يستطيع التمسك بها، بل قد تنتهي عند توافر حالات معينة كانتهاء الفترة الممنوحة له للإقامة، وبالتالي يلتزم الأجنبي بمغادرة الإقليم وفي جميع الأحوال، فإن إقامة الأجنبي في دولة معينة لا تقرر له حقا مكتسبا، وإنما هي رخصة من تلك الدولة إن شاءت منحتها، وإن شاءت سحبتها منه[1].

فإذا لم يغادر الأجنبي الإقليم الجزائري في المواعيد المحددة في المادة 22 الفقرتان 1 و2، أو برفضه للمغادرة، أو تماطل في تنفيذها في المواعيد المحددة في الفقرتين 2 و3 من المادة 22، فيتحول التكليف بالمغادرة إلى إبعاد، وينفذ ضد الأجنبي جبرا عليه، وبأصح العبارة يتم طرده رغما عنه بمجرد صدور مقرر إداري، وليس بقرار من وزير الداخلية يقضي بإبعاده؛ ويستثنى من الطرد الجبري حالة إثبات الأجنبي تأخره راجع لقوة قاهرة، كأن يستحيل عليه التنقل بالطائرة إلى بلده في الفترة المحددة أو وجود أحداث عامة تشكل مانعا للمغادرة[2]. أما الحالة الواردة في المادة 22 الفقرتان 3 و4 منها، أنه يمكن سحب بطاقة المقيم من حائزها في أية لحظة إذا ثبت نهائيا أنه لم يعد يستوفي أحد الشروط المطلوبة لتسليمها إياه.

ففي هذه الحالة يعذر المعني بمغادرة الإقليم الجزائري خلال 30 يوما ابتداء من تاريخ تبليغه بالمغادرة؛ غير أنه وبصفة استثنائية، يمكنه الاستفادة من أجل إضافي لا يتعدى 15 يوما بناء على طلب مبرر[3]. "كما يمكن سحب بطاقة المقيم من الأجنبي المقيم الذي ثبت للسلطات المعنية أن نشاطاته منافية للأخلاق والسكينة العامة، أو تمس بالمصالح الوطنية، أو أدت إلى إدانته عن أفعال ذات صلة بهذه النشاطات وفي هذه الحالة تطرد الرعية الأجنبية فورا بمجرد

1- سلامي دليلة، إبعاد الأجانب في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019/2018، ص 96.

2- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 150.

3- سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 112.

استكمال الإجراءات الإدارية والقضائية". من خلال هذه الفقرة يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد حدد أسباب إبعاد الأجنبي المقيم إقامة شرعية، أي من كان متحصلا على بطاقة إقامة من طرف السلطات الإدارية الجزائرية، كما أنه ذكر من خلال ذات الفقرة عبارة المساس بالمصالح الوطنية وفي اعتقادنا هو ما يسمى بالتهديد للنظام العام وأمن الدولة.

ثالثا: إجراءات الإبعاد

إن إبعاد الأجنبي من التراب الجزائري يتم بموجب قرار من وزير الداخلية، ويبلغ للمعني بالأبعاد بصفة رسمية، وتترك له مهلة تتراوح من ثمانية وأربعين (48) ساعة إلى خمسة عشر (15) يوما، حسب خطورة الأخطاء المنسوبة إليه، ابتداء من تاريخ إشعاره رسميا بقرار الإبعاد، ليغادر التراب الوطني؛ فإذا رفض الامتثال لهذا القرار تقوم مصالح الأمن بإخراجه من الجزائر تنفيذا لقرار الإبعاد، وعند الاقتضاء تعرض هذا الأجنبي لعقوبة جزائية[1]؛ أما إذا صدر قرار إبعاد الأجنبي، وثبتت استحالة مغادرته التراب الوطني، فيمكن أن يجبر بموجب قرار ثاني من وزير الداخلية، على الإقامة في المكان يعين له في القرار إلى أن تزول هذه الاستحالة ويصبح بإمكانه تنفيذ قرار الإبعاد المذكور[2].

رابعا: الآثار القانونية للإبعاد

لما كان قرار الإبعاد إداري فإنه يستوجب أن يحدث هذا القرار آثارا قانونية معينة، لأن القرار الإداري الذي يقبل الطعن فيه بالإلغاء، لابد أن يحدث بذاته آثارا قانونية تؤثر في المركز القانوني للطاعن، وذلك بإنشاء مركز قانوني جديد، أو بتعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم بالفعل، مادام هذا الأثر ممكنا وجائزا قانونا. وللإبعاد آثار شخصية وأخرى من شأنها أن تؤثر على المعاملات التعاقدية التي أجراها الأجنبي خلال إقامته في دولة معينة، بالإضافة إلى آثار إبعاد الأجنبي على أسرة المبعد، وتتمثل هذه الآثار في:

1- انظر المادة 20 وما يليها من القانون رقم 08-11.

2- بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 283.

1. آثار الإبعاد الشخصية

لم يكتف المشرع بإبعاد الأجنبي من الإقليم الجزائري، وإنما منعه من الدخول أيضا، كما ألزمه أيضا بعدم العودة إليه.

1.1. منع الأجنبي من الدخول:

بالرجوع إلى نص الفقرة الأولى من المادة 5 من القانون رقم 08-11 نجد أن المنع من الدخول هو إجراء تتخذه الدولة بعد تنفيذ قرار الإبعاد، وهذا الإجراء يمكن أن يتخذ أو/ و ينفذ في حق الأجانب بصفة عامة، ولا يتعلق الأمر بالأجنبي المبعد فقط، إلا أنه يمكن الاستناد بنص الفقرة الأولى والقول بجواز منع الأجنبي المبعد من الدخول إلى الإقليم الجزائري بموجب قرار مستقل عن قرار الإبعاد، بمعنى أن قرار المنع من الدخول في هذه الحالة لا يعتبر قرارا أصليا وإنما هو قرار تبعي لصدور قرار الإبعاد، مع العلم أن الأمر لا يتعلق فقط بالأسباب المحددة ضمن المادة 5 من القانون 08-11[1]؛ وإنما يجوز لوزير الداخلية منع الأجنبي المبعد من الدخول مرة أخرى إلى الإقليم الجزائري، دون التقيد بالأسباب المذكورة أعلاه، بل يكفي أن يكون الأجنبي قد صدر في حقه قرار الإبعاد حتى يتم منه من الدخول[2]. وبعد تنفيذ ذلك القرار، يصبح اسم الأجنبي مدرجا ضمن قائمة مخصصة لأسماء ومواصفات الأشخاص الممنوعين من الدخول، وتتواجد هذه القائمة على مستوى جميع منافذ الدخول إلى البلاد، وكذلك لدى السلطات القنصلية بالخارج، بحيث يتم الكشف عن اسم الأجنبي قبل منحه التأشيرة بعد التأكد من عدم ورود اسمه بالقائمة[3].

2.1. منع الأجنبي من العودة:

لا قيمة لقرار الإبعاد بالنسبة للدولة التي أصدرته ما لم يترتب عنه منع الأجنبي المبعد من العودة إلى الإقليم الجزائري، وبالتالي على الأجنبي المبعد الالتزام بالامتناع عن العودة إلى الإقليم الجزائري، وهو ما يستفاد من الفقرة الأولى من المادة 42 من القانون 08-11؛ ويتخذ الالتزام بعدم

1- تتمثل أسباب الإبعاد ضمن نص المادة 05 من القانون رقم 08-11 في:
- الأسباب المتعلقة بالنظام العام و/أو بأمن الدولة.
- الأسباب الماسة بالمصالح الأساسية والدبلوماسية للدولة الجزائرية.

2- سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 307 و308.

3- مصطفى إبراهيم العدوي، ترحيل الأجانب، مرجع سابق، ص 114.

العودة إلى الإقليم الجزائري في حالة الإخلال به، إما عودة مشروعة (المواد 4 و7 و 34 من القانون 08-11) أو عودة غير مشروعة (المادة 35 من القانون 08-11)[1].

2. آثار الإبعاد على الروابط العقدية:

يؤدي صدور قرار الإبعاد وتنفيذه إلى تعذر أو استحالة تنفيذ بعض العقود التي أبرمها الأجنبي، خاصة تلك التي يصبح تنفيذها مستحيلا بإبعاده[2]. ولما للإبعاد في هذه الحالات من قوة قاهرة لابد للأجنبي المبعد فيها، فإنه يترتب على صدور قرار الإبعاد انفساخ العقود التي أبرمها الأجنبي المبعد إذا كان تنفيذها متعذرا بعد إبعاده، وبهذا لا يلتزم الأجنبي المبعد في مثل هذه الفروض بتعويض الطرف الآخر[3].

3. آثار الإبعاد على الروابط الأسرية

يعتبر قرار الإبعاد قرارا شخصيا أي يصدر في مواجهة شخص المبعد، ولا يتأثر به سوى أفراد الأسرة الذين يعولهم[4]، القاصرين دون الراشدين منهم.

إن قرار الإبعاد يوجه فقط للأجنبي الذي قام بشأنه ما يبرر إبعاده، و لكن الواقع العلمي يكشف عن أن تنفيذ القرار يترتب عليه أحيانا ترحيل زوجة المبعد و أولاده القصر، بالرغم ما تقرره الاتجاهات المثالية في فقه القانون الدولي بترشيد قرار الإبعاد بالنسبة للمتزوجين حتى لا يترتب عليه تفريق شمل الأسرة أو اضطرارها إلى الرحيل الجماعي[5].

والمشرع الجزائري من خلال نصوص القانون رقم 08-11 اتجه إلى إمكانية شمول قرار الإبعاد الموجه ضد الأجنبي لأفراد أسرته[6]، وهذه المسألة لا تطرح إلا في حالة ما إذا كان للأجنبي عائلة موجودة في الجزائر من خلال استفادته من حكم المادة 19 من القانون 08-11

1- سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 308- 310.

2- كريم ناصر حسناوي كاظم المحنة، مرجع سابق، ص 114؛ انظر أيضا: سالم جروان علي أحمد النقبي، مرجع سابق، ص 305.

3- هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مرجع سابق، ص 69.

4- أمل لطفى حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب: دراسة مقارنة، رسالة أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، مصر، 2004، ص 141.

5- سالم جروان علي أحمد التقبي، مرجع سابق، ص 306.

6- هناك بعض التشريعات العربية التي تنص على أن قرار إبعاد الأجنبي يشمل أفراد أسرته المكلف بإعالتهم؛ انظر: المادة 17 من المرسوم الأميري رقم 17 لسنة 1959 المتعلق بقانون إقامة الأجانب في الكويت.

والتي تنص على أنه يمكن أن يستفيد الأجنبي المقيم من تجميع عائلي حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم، والملاحظ أن هذه المادة لم تحدد بدقة المقصود من عبارة التجمع العائلي ما إذا كان الأمر يتعلق بالزوج الأجنبي وأولاده فقط، أم يشمل أيضا أصوله إذا كان هو العائل الوحيد لهم.

وعلى الرغم من إقرار المشرع الحماية الأسرية للأجنبي، إلا أن ذلك لا يمنع من اتخاذ قرار الإبعاد في مواجهته، وهذا من باب الموازنة بين مصلحة الدولة والمصلحة الشخصية للأجنبي محل قرار الإبعاد[1].

ومادام الإبعاد لا يعتبر عقوبة، بل وسيلة من وسائل تحقيق الأمن بإقليم الدولة فلا يشترط أن يعاقب أفراد أسرة المبعد أو أن يشتركوا فعلا فيما أبعد من أجله، بل يكفي أن يكون لدى الدولة حسب ظروف كل موضوع وملابساته ما يرجح مظانه اشتراك هؤلاء مع عميدهم فيما اقتضى إبعاده.

وعليه، فبالنسبة للأجنبي المبعد إذا ترجح لدى جهة الإدارة أن الأسرة كانت تشارك عائلها فيما أبعد من أجله، ولا يشترط صدور حكم يثبت ذلك الاشتراك أو إدانتهم معه، فيمكن إبعادها وخصوصا أن وجود الأسرة بعيدا عن عائلها أمر مخالف لطبيعة الأمور، سيما وأن المقتضيات الاجتماعية تقتضي حسب الأصل إلحاق الزوجة بزوجها، طالما أن عودته بطريق مشروع إلى الإقليم غير مرجحة، ويحسن أن تترك لمن جهة الإدارة إبعادهم فرصة يتمكنون خلالها من تسوية حالتهم، أوتظلمهم من أمر الإبعاد، إذا كان لديهم من الأسباب ما يدعو إلى ذلك لما في الأمر من تحقيق للعدالة وروح القانون[2].

وتجدر الإشارة إلى أن قرار إبعاد الأجنبي قد يشمل زوجة الأجنبي وأولاده[3]، فإذا كانت زوجته وطنية فإن قرار الإبعاد لا يشملها، خلافا لذلك يعد مخالفة دستورية، حيث لا يجوز إبعاد

1- سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 306.

2- سالم جروان علي أحمد التقبي، مرجع سابق، ص 306 و307.

3- هنا يجب التمييز بين الأولاد ما دون السن القانونية (18 سنة كاملة) والذين لا يملون بطاقة المقيم، هؤلاء يغادرون الإقليم الجزائري بمغادرة رب الأسرة له، والأولاد ما فوق هذه السن والذين يملون بطاقة المقيم، فهؤلاء لهم مطلق الحرية في مغادرة الإقليم من عدمه. انظر: المادة 2/16 من القانون رقم 08-11.

الرعايا الوطنيين، وهذا ما أكدت عليه التشريعات والدساتير في مختلف الدول العربية، والاتفاقيات الدولية. وبالتالي في حالة ما إذا كان لهذا الأجنبي في إطار الزواج المختلط أولاد يحملون الجنسية الجزائرية فلا يجوز إرغامهم على مغادرة الإقليم الجزائري، وبالتالي لا تأثير لقرار الإبعاد عليهم، مع إمكانية خضوع هذا الأجنبي المعني بقرار الإبعاد إلى حكم المادة 32 من القانون 08-11 والمتعلقة بوقف قرار الإبعاد، مع مراعاة ما لهؤلاء الوطنيين من حق التنقل إلى خارج الوطن والمكفول دستوريا بموجب المادة 49 من التعديل الدستوري لسنة 2020 والتي جاء في مضمونها على أن: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن يتنقل بحرية عبر التراب الوطني؛ لكل مواطن الحق في الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه[1].

1- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري ، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر.ج، العدد 82، ص 13.

الفصل الثانـي:

حق الأجنبي في الزواج

الفصل الثاني:

حق الأجنبي في الزواج

الزواج تنظيم اجتماعي غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل بإنشاء أسرة، وهذه الأخيرة هي الوحدة أو الخلية الطبيعية للمجتمع الذي يقع عبء صيانتها على الدولة والمجتمع استنادا إلى القانون الداخلي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ولا فرق بين الأجنبي والوطني بالنسبة لحق الزواج[1]، إلا أن كل مجتمع يستأثر بمفاهيم عائلية وأفكار أساسية خاصة به لتنظيم الروابط الأسرية يستمدها من أصوله الأخلاقية والدينية والاجتماعية ومثله العليا التي يستند إليها كيانه وديمومته. ولهذا تعتبر هذه الروابط العائلية من النظام العام في كل جماعة.

إن مفهوم زواج الأجنبي يختلف عن زواج الوطني، ويتضح ذلك التمييز اعتبارا على معيار الوطني، من خلال الإجراءات التنظيمية والقانونية التي ينتمي إليها كل طرف_أجنبي أم وطني_ فما يجوز للوطني في دولته لا يجوز للأجنبي في الدولة المستضيفة،كذلك الأمر بالنسبة لمعاملته، ومنه فإن الاجراءات التي تنظم انعقاد الزواج المختلط تختلف بمرحلتين، مرحلة تسبق انعقاد الزواج المختلط وأخرى أثناء انعقاده.

ومنه، فإننا في هذا الفصل سنتعرض للأحكام العامة لانعقاد زواج الأجانب في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني، سوف ندرس إجراءات انعقاد الزواج المختلط.

1- تقرر بموجب مضمون المادة 16/أ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 حق الأجنبي في الزواج مثله مثل الوطني على حد سواء بنصها على أن: "أ- الرجال والنساء الراشدين الحق في الزواج وتكوين أسرة، ولا تحول دون تمتعهم بهذا الحق قيود منشؤها السلالة أو الجنسية. ويستوي الرجال والنساء في الحقوق فيما يتصل بالزواج وبالحياة الزوجية وبالانفصال...".

المبحث الأول: الأحكام العامة لانعقاد زواج الأجانب

يعد حق تكوين أسرة من الحقوق اللصيقة بالشخصية القانونية التي تثبت للشخص الطبيعي الأجنبي في الدولة المضيفة، وبما أنها من الحقوق الطبيعية فإنكارها يعد بمثابة إنكار للشخصية القانونية؛ ولا يوجد في القوانين الجزائرية ما يحول دون تمتع الأجانب بحق تكوين أسرة وما يترتب على ذلك من حق في الزواج والبنوة والطلاق[1].

وعقد الزواج يعتبر من بين أعظم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، ولما كانت آثاره لا تقتصر على العاقدين فقط، حيث تنصرف إلى الأبناء أيضا، فقد فرض الشارع والمشرع على الراغبين في الزواج استيفاء جملة من الإجراءات بهدف حماية هذه الحقوق لتفادي النزاعات التي تقع على انعقاد الزواج المختلط توافر واستكمال جملة من الشروط التنظيمية والإدارية التي تسبق على إبرام العقد بالإضافة إلى تلك التي تليها بعد إبرامه.

وعليه، فإنه من خلال المطالب سنتعرض إلى مفهوم الزواج المختلط في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سنتناول من خلاله أنواع الزواج المختلط.

المطلب الأول: مفهوم الزواج المختلط

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول فلا يعتبر في بعض الدول من قبيل الزواج الرابطة المؤبدة وغير المتعددة وفي الدول الإسلامية يعتبر من قبيل الزواج التعددي والذي يمن أن ينحل بإرادة الزوج[2]، كما تختلف الدول في طريقة انعقاده فتنظر إليها بعض التشريعات كرابطة مدنية، يكفي لانعقادها التقاء الإيجاب والقبول أمام موظف عام، وفي بعضها الآخر ينظر إليها كرابطة دينية، يشترط في انعقاده مراعاة مراسيم دينية معينة[3].

1- عباس العبودي، مرجع سابق، ص297.

2- حواسي يامنة، انعقاد الزواج المختلط وآثاره: دراسة تحليلية نقدية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد التاسع والعشرون، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2016، ص 95 و96.

3- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 227.

وعليه، فإننا سنتعرض لتعريف دقيق للزواج المختلط مرورا بمراحله وتكييفه فقها وقانونا بالإضافة إلى التطرق لإشكالية الزواج المختلط المتستر تحت تسمية معاصرة، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط

الزواج لغة هو القران والمخالطة لقوله عز وجل: ﴿**وَإِذَا ٱلنُّفُوسُ زُوِّجَتۡ ٧**﴾[1]، أي قرنت بأعمالها. ويقال أيضا: نَكَحَ (النِّكَاحُ) بمعنى الضم والجمع وَالتَّدَاخُلُ والوطء. وبمعنى الجمع والتداخل: (قَوْلُهُمْ نَكَحَ المَطَرُ الأَرْضُ) إذا اعتمد عليها أو اختلط بترابها. وأصل النكاح عند العرب هو الوطء: وقيل لِلتَّزَوُّجِ (نكاح)، لأنه سبب لوطء مباح.

ولما كان النكاح بمعنى الضم والجمع سمي التزوج نكاحا لما فيه من ضم كل من الزوجين إلى آخر شرعا، أما وطئا أو عقدا حتى صار فيه كمصرعي باب[2].والزواج في اللغة هو اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى[3].

ويقصد به أيضا الاقتران والازدواج وكلها بمعنى واحد، فالزواج اقتران الشيء بشيء آخر، كأن تقول زوّجت الشيء بالشيء أي أقرنته به وجعلتهما زوجين بعد أن كانا منفصلين[4] ومنه قوله تعالى: ﴿**كَذَٰلِكَ وَزَوَّجۡنَٰهُم بِحُورٍ عِينٖ ٥٤**﴾[5].

أما في اصطلاح الفقهاء على المذاهب الأربعة أن الأولى في تعريف الزواج هو القول بأنه: (عقد شرعي يفيد، حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر– من وطء وغيره – على الوجه المشروع بصيغة خاصة قصدا)[6].

1– سورة التكوير، الآية 7.

2– أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، مرجع سابق، الجزء 14، ص 626.

3– المرجع نفسه، الجزء الثاني، مادة (زوج)، ص 29.

4– محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986، مادة زوج، ص117.

5– سورة الدخان، الآية 54.

6– ابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، طبعة جديدة ومنقحة مصححة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 43.

وبالرجوع إلى نص المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري (الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) نجد أن المشرع الجزائري عرف الزواج على أنه: "عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسه المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

أما الاختلاط في اللغة: هو الممازجة، واختلط الرجال والنساء أي: تداخل بعضهم في بعض. يقال خلطت الشيء بالشيء فاختلط، ومنه الخلط[1].ويقال خلط الشيء بالشيء يخلطه خلطا، وخلطه فاختلط: مزجه واختلطا، وخالط الشيء مخالطة وخلاطا: مازجه[2]. ويقصد بالاختلاط في الشرع، امتزاج الرجل بالمرأة التي ليست بمحرم- أي التي يباح له زواجها- [3]. فالزواج المختلط، يطلق على كل زواج يختلف طرفاه سواء في الدين أو الجنس أو العرق أو الموطن[4].

والزواج المختلط في المجتمعات الإسلامية قديما، هو ذلك الذي يطلق على الزواج الذي يتم بين المسلم الذكر والمرأة الكتابية فقط. وذلك استنادا للرخصة الإلهية للرجل المسلم في قوله تعالى: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ وَأَرۡجُلَكُمۡ إِلَى ٱلۡكَعۡبَيۡنِۚ وَإِن كُنتُمۡ جُنُبٗا فَٱطَّهَّرُواْۚ وَإِن كُنتُم مَّرۡضَىٰٓ أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوۡ جَآءَ أَحَدٞ مِّنكُم مِّنَ ٱلۡغَآئِطِ أَوۡ لَٰمَسۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءٗ فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدٗا طَيِّبٗا فَٱمۡسَحُواْ بِوُجُوهِكُمۡ وَأَيۡدِيكُم مِّنۡهُۚ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٖ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمۡ وَلِيُتِمَّ نِعۡمَتَهُۥ عَلَيۡكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ٦**﴾[5]. أما بالنسبة للمرأة المسلمة فإنه محرم عليها الزواج بغير المسلم لقوله تعالى: ﴿**۞يَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلۡخَمۡرِ وَٱلۡمَيۡسِرِۖ قُلۡ فِيهِمَآ إِثۡمٞ كَبِيرٞ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثۡمُهُمَآ أَكۡبَرُ مِن نَّفۡعِهِمَاۗ**

1- الصاحب ابن عباد الطالقاني، المحيط في اللغة، ت: محمد عثمان، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر، ص 40.

2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، مادة خلط، المجلد السابع، ص 291.

3- سليمان بن صالح الجربوع، الاختلاط بين الجنسين_ حقائق وتنبيهات، (د. ط)، دار القاسم، الرياض، 1429، ص 4.

4- شايل لطيفة، ظاهرة الزواج المختلط في المغرب أسبابها ونتائجها على الأسرة، مجلة البحوث، العدد 1، المغرب، مارس 2002، ص177.

5- سورة المائدة، الآية 6.

وَيَسۡـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَۖ قُلِ ٱلۡعَفۡوَۗ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلۡأٓيَٰتِ لَعَلَّكُمۡ تَتَفَكَّرُونَ ٢١٩﴾[1]. وكذلك قوله تعالى: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٖ فَٱمۡتَحِنُوهُنَّۖ ٱللَّهُ أَعۡلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّۖ فَإِنۡ عَلِمۡتُمُوهُنَّ مُؤۡمِنَٰتٖ فَلَا تَرۡجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلۡكُفَّارِۖ لَا هُنَّ حِلّٞ لَّهُمۡ وَلَا هُمۡ يَحِلُّونَ لَهُنَّۖ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۚ وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ وَسۡـَٔلُواْ مَآ أَنفَقۡتُمۡ وَلۡيَسۡـَٔلُواْ مَآ أَنفَقُواْۚ ذَٰلِكُمۡ حُكۡمُ ٱللَّهِ يَحۡكُمُ بَيۡنَكُمۡۚ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ١٠**﴾[2]. وهذا التحريم مؤقت فإذا أسلم الشخص زال المانع. أما الزواج بين طرفين مسلمين سواء كان بين طرف من أقصى الدولة الإسلامية مع طرف في أدناها فكان زواجا عاديا (بين مسلمين) لا يثير أي تساؤل أو تخوف لأنه لم تكن هناك قيود على تنقل المسلمين ولا اختلاطهم.

أما الزواج المختلط حديثا، فإنه بالإضافة إلى شموله للزواج الذي يتم بين رجل مسلم وامرأة غير مسلمة، ونلاحظ هنا أنه لم يعد هناك تأكيد على ضرورة أن تكون المرأة كتابية نصرانية أو يهودية– فمع علمانية الدول الغربية وابتعادها عن الدين، حتى أن الأغلبية تصرح بأنها ملحدة وهذه النقطة تطرح حاليا مسألة فقهية بين علماء الإسلام باعتبار أكثر الزيجات الحالية تخرج عن نطاق الآية القرآنية التي يستند عليها لإباحة الزواج بغير المسلمة[3].

فكل زواج في حد ذاته يعتبر زواجا مختلطا، كون الأمر يتعلق بارتباط بين كائنين تطورت شخصيتهما من الطفولة إلى سن الرشد بكيفية منفصلة لكن مع اختلاف الدين والعرف والأرض واللغة، تضاف إلى مقتضيات التعايش التي تطرحها الاختلافات النفسية والاجتماعية فيما بين مكوني زيجة تناظرية، تعقيدات تجعل الزيجات المختلطة عرضة لمقاربات تتطلب فحصا إضافيا[4].

1– سورة البقرة، الآية 219.

2– سورة الممتحنة، الآية 10.

3– شايل لطيفة، المرجع السابق، ص 178.

4– محمد العربي المساري، الزواج المختلط في العلاقات الأورو مغاربية، خلال العرض الافتتاحي للندوة الدولية التي نظمت بكلية الحقوق، وجدة، المغرب، خلال أيام 14/13 و15 مارس 2002؛ نقلا عن: إبراهيم زعيم، الزواج المختلط: ضوابطه وإشكالاته، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل والحريات، المعهد العالي للقضاء، مراكش، المغرب، مارس 2003، العدد 36، ص 29.

ويتجلى من هذا التعريف أن الزواج قد تشكل صفته المختلطة أحد الاعتبارات المتجلية إما في الدين أو العرف أو الأرض أو اللغة، إلا أن الفقه المهتم بدراسة هذا النوع من الزيجات يقتصر على عنصري الدين والجنسية كمعيارين أساسيين في تعريف الزواج المختلط.

ومع ذلك يبقى معيار الجنسية هو المعتمد من قبل أغلب الفقهاء في تحديد مفهوم الزواج المختلط، على اعتبار أن المعيار الديني أخذ يعرف تراجعا بتراجع مفهوم الدولة أو الأمة الإسلامية ومفهومي دار الإسلام و دار الحرب[1].

وبناء على ما تقدم، يمكن تحديد تعريف الزواج المختلط على أنه ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا، فهو تلك الرابطة الزوجية التي تحتوي على عنصر أجنبي، فكل طرف فيها– الزوج والزوجة– يحمل جنسية خاصة به تختلف عن جنسية الطرف الآخر[2]، كالزواج الذي يتم بين فرنسية وجزائري بالنسبة للجزائر؛ فهذا زواج مختلط ذلك لأن الزوج يحمل جنسية الدولة التي ينتمي إليها وهي الجزائر، والزوجة من جهتها تحمل جنسية الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها وهي فرنسا؛ وبمعنى آخر كل من الزوج والزوجة أجنبي عن الآخر لحمله جنسية مغايرة لجنسية الطرف الآخر[3].

الفرع الثاني: أسباب الزواج المختلط

لقد أصبح الزواج المختلط يعد ظاهرة عالمية انساق الانسان إليه بحكم الطبيعة ومقتضيات الحياة بالرغم من وجود بعد ثقافي وديني وغياب ماضي مشترك ي غالب الأحيان بين الزوجين. وقد تبين أنه كلما كان هنالك اختلاط وتزاوج بين شخصين أجنبيين كان هناك مما يسمى بالاختلاط الثقافي (جنسية وديانة ولغة) منذ بداية الفتوحات الإسلامية واختلاط اجتماعي (اختلاف طبقي)

1– محمد العربي المساري، المرجع نفسه، ص 30.

2– قسوري فهيمة، يزيد عربي باي، عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 45 و46.

3– صفية بشاتن، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، مذكرة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 1998/1997، ص 1 و2؛ نقلا عن: شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين_ دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016، ص 11.

راجع لكثرة السفر إلى الخارج والمغالاة في المهور في الدول الإسلامية وبروز مواقع الزواج عبر الانترنت، وهذا الاختلاط نجده غالبا بين الدول العربية الإسلامية خاصة منها معظم بلدان المغرب العربي (الجزائر، تونس والمغرب) والدول الغربية الأوروبية خاصة منها فرنسا[1]. وبناء على ذلك، سأحاول من خلال هذا الفرع عرض أسباب الزواج المختلط التي جعلت منه ظاهرة.

أولا: أسباب قديمة

مع بداية الفتوحات الإسلامية انطلاقا من شبه الجزيرة العربية شمالا وغربا وجنوبا حيث كان المسلمون الفاتحون تطول غيبتهم لسنوات بل قد يستقرون في البلاد التي دخلوها فاتحين حاملين راية الإسلام وذلك لتعليم سكان هذه البقاع واطلاعهم على أمور دينهم الجديد لمن اختار منهم اعتناق الإسلام. ولم يكن في مستطاع الفاتحين استقدام نسائهم وأسرهم معهم خلال حروبهم كما أن الشباب لم يكن بمقدورهم العيش بعيدا عن الدفء العائلي الذي يمنح لهم السكينة والاستقرار النفسي لأداء رسالتهم وحمايتهم من الوقوع في الشبهات، فانتفعوا من الرخصة التي يوفرها لهم دينهم[2]، لقوله تعالى: ﴿**ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٖۗ وَمَن يَكۡفُرۡ بِٱلۡإِيمَٰنِ فَقَدۡ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِنَ ٱلۡخَٰسِرِينَ**﴾[3].

ولعل أقرب مثال يمكن أن نسوقه في هذا المجال هو ما وقع بعد فتح الأندلس حيث امتزجت دماء المسلمين الفاتحين بدماء أهل الأندلس ونشأ من هذه المصاهرة جيل جديد انحدر من آباء المسلمين وأمهات اسبانيات حديثات العهد بالإسلام أو مسيحيات احتفظن بدينهن، وقد نهج نفس النهج الجيل الثاني مما جعل السلالة المنحدرة من هذا التمازج تتميز بالصفات الأوروبية أكثر منها عربية سواء من حيث لون البشرة والعيون ونقل بعض مظاهر الحياة من أطعمة وفنون العيش

1- زلاسي بشرى، الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص9.

2- شايل لطيفة، مرجع سابق، ص 179.

3- سورة المائدة، الآية 5.

لم تكن في الطبيعة العربية البدوية ولكنها بطبيعة الحال لا تتنافى مع مبادئ الدين الاسلامي وجوهر العقيدة[1].

ولما كان لهذا الزواج المختلط أثر كبير في سرعة انتشار الإسلام داخل الأسر المتصاهرة مع المسلمين لما كانوا يقفون عليه وعن كثب من تسامح وأخلاق رفيعة وحسن معاشرة والدعوة بالتي هي أحسن كما تولد عنه جيل يتقن إلى جانب اللغة العربية أيضا سواء الاسبانية أو غيرها مما جعله قناة مهمة لتغلغل الثقافة الإسلامية في الأعراق الأخرى كما نقل إلى الثقافة الإسلامية علوم هذه الأعراق فتميزت الاندلس في هذه الحقبة التاريخية بإشعاع ثقافي لا يكاد يخفى، غير أنه لا يفوتنا التأكيد أن الدولة الإسلامية كانت إبان ذلك في أوج قوتها وازدهارها وكان الأمر محسوما بالنسبة للزوجة غير المسلمة التي تتزوج بمسلم فهي التي عليها الاندماج داخل المجتمع الإسلامي، وأنها أم لأطفال مسلمين أبا عن جد وأن الابن الناتج عن هذا الزواج لا يعتبر نفسه نصف مسلم_ كما هو الحال الآن_ وإنما يكون تشبثه بالإسلام بدرجة قد تكون أقوى، فتعليم الطفل يبدأ بحفظ القرآن الكريم والسنة النبوية والتفقه في الدين أولا قبل الاتجاه إلى العلوم الأخرى للنيل منها، وما كان يخطر على بال أي مسلم ول تزوج بأربع كتابيات أن يأتي يوم يؤخذ منه أطفاله قسرا ليرحلوا إلى بلد غير مسلم دون رضاه ليعيشوا ويتلقون تربية لا علاقة لها بالإسلام[2].

ثانيا: أسباب حديثة

اعتبارا للتحولات الخطيرة التي يشهدها العالم حاليا، بات حلم الهجرة إلى الخارج يراود فئة كبيرة من الشباب وحتى الفتيات هربا من الظروف الاجتماعية والاقتصادية الصعبة، وفي سبيل تحقيق غاياتهم يطرق الحالمون باب الهجرة ويقومون بمحاولات عدة لاستيفاء شروط الحصول على تأشيرة في حين يختار بعضهم الآخر المغامرة في قوارب الموت للوصول إلى الضفة الأخرى، إلا أنه حال وصولهم إلى الخارج فإذا بهم يصطدمون بالواقع المرير الذي يفرض عليهم البحث عن حلول من أجل البقاء في تلك البلاد بعد أن كانوا يعتقدون ويتوقعون أنهم سيجدون العيش الزهيد بعد خروجهم من أوطانهم.

1- عبد العزيز سلاوي حسناوي، الزواج المختلط والاشكاليات المتعلقة به، الطبعة الأولى، مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية، دائرة القضاء، أبوظبي، 2013، ص 12.

2- شايل لطيفة، مرجع سابق، ص 180.

ولقد تفنن المهاجرين الأجانب في الدول الغربية، في إيجاد الطرق والأساليب في جعل الزواج كوسيلة للاستقرار قانونيا في بلاد الغرب، لاعتباره سببا من أسباب الحصول على الجنسية وأوراق الإقامة الشرعية في بلد ما[1]، والزواج الذي يختاره المهاجرين يكتسي صفة المصلحة وهو ما يسمى بالزواج الصوري **MARIAGE FICTIF** أو الزواج الأبيض **MARIAGE BLANC**[2].

وهذا النوع من الزيجات لا يقصد به حقيقة الارتباط والزواج، وإنما هو مجرد اسم لا يترتب عليه أية حقوق أو واجبات، بمعنى آخر هو العقد الذي لا يقصد أطرافه حقيقة الزواج الذي شرعه الله سبحانه وتعالى ورسوله الكريم صلى الله عليه وسلم، فهذا الصنف من الزيجات تشوبه عدة عيوب والتي من بينها عدم التقيد بالأركان والشروط اللازمة لصحة إبرامه، مع عدم الحرص على انتفاء موانعه، بل يتفق أطرافه على عدم المعاشرة صراحة أو ضمنا، فهو مجرد إجراء إداري لتحصيل المصلحة أو دفع بعض المفاسد.

وبالتالي فإن عقد الزواج الصوري هو اتفاق بين رجل وامرأة على أن يظهر أمام العامة(الغير) في هيئة وصورة زوجين، إما عقدا أو قولا أو حالا ولكنهما في الحقيقة لا يريدان

1- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، الجزء الأول، ص 285.

2- L'expression **MARIAGE BLANC** (En anglais **SHAM MARIAGE**) désigne historiquement un mariage sans consommation vu l'absence de relation sexuelle, le blanc étant la couleur de la propreté, cette situation autorise généralement une procédure en annulation de mariage ou en reconnaissance de nullité du sacrement de mariage. Le mariage blanc peut aussi être synonyme de mariage de complaisance et alors désigner un mariage contracté sans réelle intention matrimoniale (absence de vie commune) voir le site : https://fr.m.wikipedia.org/wiki/Mariage_blanc, visitée le 12/03/2019 à 10 :52. Le **MARIAGE DE COMPLAISSANCE** dit mariage blanc apparaît comme une voie d'immigration pseudo-légale à laquelle s'ajoute une possibilité de profit financier. Voir : E.M.N (European Migration Network- réseau européen des migrations), détournement du droit au regroupement familial : mariage de complaisance et fausses déclarations de parentalité, Etude ciblée du Point de Contact National belge du réseau Européen des Migrations (REM), Cofinancée par la Commission Européenne, Bruxelles, Belgique, 2012, P.4.

الارتباط ولا تحقيق أي غاية من غايات الزواج، فما هو إلا ظاهرا كاذبا وحيلة لا أساس لها في الواقع، بل الهدف منه تحقيق مصلحة خاصة مفادها تثبيت الوضعية في الخارج[1].

ولعدم توافر هذا الزواج على أركانه وشروطه، فإن حكمه البطلان ولا أساس له من الصحة حتى ولو سمي عقدا[2] لتعارضه مع مقاصد الشريعة الإسلامية والمتمثلة في تكوين أسرة والتناسل والتآلف والسكون النفسي[3].

ولقد أضحى الزواج الأبيض هاجس العديد من الشباب العرب بالأخص المغاربيين الذين يحلمون بالعبور إلى الضفة الأخرى، فيجتهدون في البحث عن شريك حياة صوري فيقيمون عقد القران شكليا ومن هم من يقيم حق الزفاف كذلك، وكل ذلك وفق اتفاق بين الطرفين على مبلغ محدد ليتم الطلاق بعد تسوية الوضعية والحصول على الوثائق[4]. ولقد أصبحت هذه المسألة تجارة يعتمدها العديد من الشباب المقيم في الخارج وحتى السماسرة منهم والوسطاء ومكاتب خاصة بالهجرة من أجل جني الأموال، دورهم التدخل على الخط في غالب الأحيان لمناقشة السعر الذي سيدفعه الزبون مقابل حصوله على عقد زواج صوري، والذي بموجبه يتم الحصول على تأشيرة كأول درجة عند وجود عائق في الحصول عليها في بلد الإقامة الأصلي، وهذا السعر قابل للتشاور حسب العرض والطلب.

ومن المعلوم أنه تم إبرام 1000 عقد في عام 2005، و744 سنة 2006 في باريس فقط؛ وأن شبكات منظمة تروج له في فرنسا، وتشغل عشرات الشباب المهاجر المستعدون لدفع أكثر من

1- بن قادة خويرة، صورية عقد الزواج، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، العدد 09، ديسمبر 2017، ص 134 و135.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 286.

3- المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1985/12/02، ملف رقم 38341، م. ق، العدد 44، ص 192. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية_ قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013، ص 205-208.

4- خديجة علي موسى، الزواج الأبيض أو "زواج الأوراق" جواز عبور شباب مغاربة إلى الضفة الأخرى، مقال منشور على موقع لها أونلاين، بتاريخ : 26 يونيو 2006، على الرابط : http://www.lahaonline.com/articles/view/10898.htm?fbclid=IwAR3XN7MvvMSnWTQTo16TrGlRbXqweLA5D3ToJXto6d4Ix7HobHidXIOvRWE، تاريخ الولوج : 2019/03/12، على الساعة : 11:30.

5000 يورو لعقد زواج أبيض والحصول على بطاقة الإقامة الشرعية بفرنسا[1]، وبلجيكا، السويد، إسبانيا، بريطانيا، ألمانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، ومن ثم الحصول على الجنسية بكافة الوسائل والسبل.

وعند البحث وجدنا أن هذه المسألة تمثل بمثابة صفقة تجارية مربحة يتخذها البعض كوسيلة لاقتناص الضحايا، حيث يجد الطرف المغلوب عليه أمره الراغب في الهجرة أمام مسألة جمع المهر، حيث يتراوح مقابل الحصول على عقد زواج أبيض بين 1500 يورو إلى 15 ألف يورو أو أكثر، ففي فرنسا مثلا قد يدفع الراغب بالهجرة ما بين 8000 يورو إلى 15 ألف يورو أو أكثر مقابل الزواج بفرنسية، أما في السويد فمقابله يتراوح ما بين 1500 دولار إلى 5000 دولار حسب العرض والطلب، وفي بريطانيا قد يصل ما بين 15 إلى 20 ألف دولار بالإضافة إلى راتب شهري لمدة عامين عند الاقتران من الفتاة التي تعمل شريطة ألا تكون العلاقة مباشرة، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد يتفق الطرفان فيما بينهما على مقابل يقدر بـ 12 ألف دولار وهكذا... وللقضاء على الزواج الأبيض، وتفاديا للحصول على الجنسية الفرنسية مجاملة أو صوريا، تشترط المادة 1/146 من القانون المدني الفرنسي (المعدلة بقانون 1993/08/24) الحضور الشخصي للزوج الفرنسي أثناء إبرام الزواج، وأنه لا يتم تقديم طلب الجنسية عن طريق الزواج إلا بعد مرور سنتين من الحياة الزوجية المشتركة (1/175 ق. م. ف المعدلة بالقانون 1993/12/30). كما أنه لا يجوز تقديم بطاقة الإقامة للأجنبي إلا بعد مرور سنة على إبرام الزواج، قابلة للتجديد بحكم القانون.

أما بالرجوع إلى القانون رقم 11-08 فإنه يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، عند القيام بعقد زواج مختلط فقط من أجل لحصول على بطاقة المقيم أو جعل الغير يحصل عليها أو فقط من أجل اكتساب الجنسية الجزائرية أو جعل الغير يكتسبها؛ كما يعاقب بنفس العقوبات عندما يقدم أجنبي بعقد زواج مع أجنبية مقيمة للغايات نفسها[2]. فالمشرع الجزائري لما جرم فعل قيام أي شخص بالزواج المختلط إنما كان يقصد به الزواج الصوري أو الزواج الأبيض، المراد منه بلوغ مصلحة خاصة، الغرض

1- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرع السابق، ص 285.

2- راجع: المادة 48 من القانون رقم 11-08 المتعلق بدخول الأجانب وإقاماتهم بالجزائر وتنقلهم فيها.

منها التسوية القانونية للوضعية بالجزائر. وقد شدد المقنن الجزائري في حال ارتكاب المخالفة ذاتها المذكورة أعلاه من طرف جماعة منظمة بعقوبة الحبس لمدة عشر (10) سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 2000.000 دج، ويتعرض كذلك مرتكبو المخالفة لمصادرة كل ممتلكاتهم أو جزء منها.

ويستشف من فرضه هذه العقوبات، لمدى تعارض هذه المخالفة (الزواج الأبيض) مع مقاصد الشريعة الإسلامية من جهة، وكذلك تفاديا للانحلال الأخلاقي وعدم استغلال الناس لبعضهم البعض. كما يتعرض الأشخاص الطبيعيون الذين أدينوا بإحدى المخالفات المذكورة أعلاه لعقوبات تكميلية، وذلك بالمنع من الإقامة بالإقليم الجزائري لمدة خمس (05) سنوات على الأكثر، بالإضافة إلى المنع من ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي الذي ارتكبت المخالفة بمناسبته لمدة خمس (05) سنوات على الأكثر.

المطلب الثاني: أنواع الزواج المختلط

لا شك أن الزواج المختلط يثير مشكلات حادة ومهمة، أولها بسبب طبيعة الزواج في ذاته الذي يمثل أو يفرض أنه ينشئ علاقات وروابط تستمد مصدرها الأصيل من الدين ويرتب آثارا بالغة، وثانيا لما يخالط هذا الزواج في ذاته من جنسية مغايرة أو ديانة مختلفة بين طرفيه.

ويعد عقد الزواج في بعض التشريعات مجرد ارتباط شخصي رضائي بين طرفين، يستهدفه إقامة نظام حياة مادية مشتركة بقصد تبادل المساعدة والرعاية وأنه في بعض التشريعات الأخرى لا يرقى إلى مجرد عقد ضمن مراسيم بدائية، أما الزواج في المجتمعات الإسلامية هو عقد معاهدة ذو أبعاد دينية ودنيوية، يتعهد الزوج فيها بإسعاد زوجته واحترام كرامتها، بالمقابل تتعهد الزوجة بإسعاد زوجها ومساعدته وأن يتعهدا مع على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع الله، وإنشاء أسرة منسجمة ومتحابة، تكون نواة لإقامة مجتمع الرحمة والمودة والاستقرار في ظل قوله تعالى: ﴿**وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[1].

1- سورة الروم، الآية 21.

وعلى إثر الاختلاف الظاهر بين التشريع والشريعة الإسلامية، يتضح وجود قسمين للزواج المختلط، التقسيم الفقهي للزواج المختلط في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني ندرس فيه التقسيم القانوني للزواج المختلط.

الفرع الأول: التقسيم الفقهي للزواج المختلط

نظرا للتحولات التي تعرفها المجتمعات الإنسانية وخاصة في مجال العلاقات الأسرية، فإن العديد من القيود التي يمكن أن توجد في زمن معين قد يتم تجاوزها، مثال ذلك قضية المانع الديني في الزواج، والتي تتجلى في زواج المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية وتحريم زواج المسلمة بغير المسلم، وللتطرق إلى هذه الأنواع لا بد من تبيان التأصيل الفقهي لهذا المنع أو التحريم كما سيأتي بيانه:

أولا: زواج المسلم من الأجنبية غير المسلمة

بالرجوع إلى التشريع الإسلامي نجد أنه لا يحق للرجل المسلم الزواج بالمرأة المشركة أوالملحدة كالمجوسية أو الوثنية، بينما يجوز له الزواج بالكتابية كاليهودية والنصرانية لكن يكره ذلك عند كل من الحنفية والشافعية والمالكية[1].

ومن خلال الآتي سنتعرض لشيء من التفصيل في هذه المسألة.

أ. زواج المسلم بغير المسلمة (من أهل الكتاب)

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، أن أهل الكتاب هم أهل التوراة والإنجيل[2]، لقوله تعالى: ﴿**أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلۡكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيۡنِ مِن قَبۡلِنَا وَإِن كُنَّا عَن دِرَاسَتِهِمۡ لَغَٰفِلِينَ١٥٦** ﴾[3]. فاليهود والسامرة[4] من أهل التوراة، وأما النصارى فهم أهل الإنجيل ومن وافقهم

1- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع: الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، سوريا، 1985، ص154 وما يليها.

2- أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ت: محمد الصاوي قمحاوي، الجزء الرابع، دار احياء التراث العربي _ مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1992، ص 198 و199.

3- سورة الأنعام، الآية 156.

4- السامرة هم صنف من اليهود، عبدوا العجل السامري في فترة غياب موسى عليه السلام عنهم، فهم ممن يؤمنون بنبوة موسى وهارون ويوشع بن نون عليهم السلام، وينكرون نبوة من بعدهم من الأنبياء باستثناء نبي واحد لكنهم

في أصل دينهم[1]. أما الحنفية فيرون أن الكتابي هو من يؤمن بنبي ويقر بكتاب، فاليهود والنصارى ومن آمن بزبور داود أهل كتاب عندهم[2].

وقد فصل الشافعية في الكتابية فقالوا: إن كان آباؤها دخلوا في الدين المسيحي أو اليهودي قبل التحريف فتعتبر من أهل الكتاب، فيجوز نكاحها، لأنها من الذين أوتوا الكتاب حقيقة، وإن كانوا قد دخلوا في الدين بعد التحريف فلا تعتبر كتابية فلا يجوز نكاحها[3].

كان الزواج بغير المسلمات محرمًا على المسلمين في قوله تعالى: ﴿**وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ وَلَأَمَةٞ مُّؤۡمِنَةٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكَةٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَتۡكُمۡۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡۗ أُوْلَٰٓئِكَ يَدۡعُونَ إِلَى ٱلنَّارِۖ وَٱللَّهُ يَدۡعُوٓاْ إِلَى ٱلۡجَنَّةِ وَٱلۡمَغۡفِرَةِ بِإِذۡنِهِۦۖ وَيُبَيِّنُ ءَايَٰتِهِۦ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمۡ يَتَذَكَّرُونَ ٢٢١**﴾[4]، ثم أباح الله سبحانه وتعالى الزواج بغير المسلمة من أهل الكتاب، بدليل قوله عز وجل: ﴿**ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٖۗ وَمَن يَكۡفُرۡ بِٱلۡإِيمَٰنِ فَقَدۡ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِنَ ٱلۡخَٰسِرِينَ ٥**﴾[5]، وبالتالي أصبح الزواج من نساء أهل الكتاب مباحًا مع بقاء التحريم بالنسبة لغيرهن من المشركات.

=اختلفوا في تعيينه، وجبل جرزيم الواقع في مدينة نابلس هو قبلتهم التي يتجهون إليها، والسامرة بالنسبة لليهود بمنزلة أهل البدع في المسلمين. راجع لأكثر التفاصيل: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، ت: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، ت، ت: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 222– 225؛ انظر أيضا: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، ت: أبي براء يوسف بن أحمد البكري وأبي أحمد شاكر بن توفيق العاروري، المجلد الأول، الطبعة الأولى، رمادي للنشر، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 810 و 811.

1– محمد زكريا بن محمد بن يحيى الكاندهلوي، أوجز المسالك الموطأ مالك، ت: أيمن صالح شعبان، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971، ص 468.

2 –المرجع نفسه، الجزء السادس، ص 129.

3– الماوردي، المرجع السابق، ص223؛ انظر أيضا: عبد المتعال محمد الجبري، جريمة الزواج بغير المسلمات فقها وسياسة، الطبعة الثالثة، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1403/1983، ص 24 و25.

4– سورة البقرة، الآية 221.

5– سورة المائدة، الآية 05.

وإذا كان ذلك زواج المسلم بالكتابية الحرة أمر ثابت، إلا أن اتجاهًا في الفقه الإباضي يوصي بعدم الزواج من نساء أهل الكتاب. يقول سماحة المفتي العام لسلطنة عمان بخصوص الآية الخامسة من سورة المائدة التي أحلت الزواج بالكتابيات.

نزلت عندما كانت سيطرة المسلمين تهيمن على الجزيرة العربية من أقصاها إلى أقصاها، وكانت عالم المسلمين في ذلك الوقت مع من كان في جزيرة العرب إذ لم يكونوا يخرجون عن جزيرة العرب، وهذا يعني أن النساء اللاتي يحل الزواج بهن من الكتابيات هن النساء اللاتي في بلاد الإسلام وتحت ذمة المسلمين وتحت توجيه الدولة الإسلامية نأما ماعدا ذلك فإن الأمر يقتضي عدم إباحتها نظرا إلى عدة أسباب منها أن هذه المرأة قد تكون حربية وعندما تكون حربية يكون سببها مشروعا وكيف تسبي امرأة رجل مسلم. والأمر الثاني، أن هذه المرأة قد تحرص على أن تستقل بتربية الأولاد سواء كان أبوهم حياً أم كان ميتاً والإنسان غير مضمون بقاؤه فإن الموت يغشي كل حي وكل إنسان موعود به، فلا يدري الإنسان متى يفاجئه ريب المنون، وربما كان أولاده في حالة الصغر، وعندما تكون أمهم على غير ملة الإسلام ولا تكون تحت سيطرة الدولة الإسلامية فإن ذلك يؤدي بطبيعة الحال إلي أن تربيهم وفق هواها وتنشئهم علي حسب عقيدتها وعلي حسب ملتها[1].

ب. زواج المسلم بغير المسلمة (من غير أهل الكتاب)

لا يجوز للمسلم أن يتزوج من لا تدين بدين سماوي، مثل الملحدة التي تنكر الأديان ولا تؤمن بوجود إله لهذا الكون، أو التي تعتنق دينا غير سماوي كالوثنية التي تعبد الأصنام والمجوسية التي تعبد النار، والصابئة التي تعبد الكواكب والنجوم وغيرها من الأجرام السماوية والهندسية التي تعبد البقر[2]. مصداقًا لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ وَلَأَمَةٞ مُّؤۡمِنَةٌ خَيۡرٞ مِّن**

---

1 –أشرف وفا، العدالة في مجال علاقات الأفراد على الصعيد الدولي، ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان من خلال عنوانها:(فقه العصر... مناهج التجديد الديني والفقهي) والتي عقدت خلال الفترة من 15 إلى 18 جمادى الأولى 1436هـ، الموافق 5 إلى 8 ابريل 2015م في نسختها الحادية عشرة من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، جامعة السلطان قابوس.

2 – لقد ألحق أئمة الحنفية المرتدة عن الإسلام بالمشركة فلم يحلوا التزوج بها من المسلمين ولا من غيرهم، لأنها بالارتداد لا يكون لها دين تقر عليه فيجب حبسها إلى أن ترجع إلي الإسلام أو تموت. راجع في هذا الشأن: بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص 116.

مُشۡرِكَةٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَتۡكُمۡۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡۗ﴾ (البقرة: 221).

ثانيا: زواج المسلمة بغير مسلم

إذا كانت العلاقة الزوجية على درجة كبيرة من الأهمية، فإنه ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار توافر أكبر قدر ممكن من مقومات الاندماج والانسجام أثناء تأسيسها، وألا يتخللها ما يسبب التنافر بين الزوجين.

ومن الأمور المهمة التي يجب أن تراعى في تأسيس اللبنة الأولى للمجتمع التوافق العقائدي بين الزوجين، لأن الاختلاف في العقيدة بين الرجل والمرأة يشكل المناخ الملائم للخلاف والنزاع بينهما، لذلك اشترط الإسلام ما يسمى بالكفاءة في الزواج أي أن يكون كل من الزوجين كفئا للآخر. ومن بين ما يدخل في هذه الكفاءة التوافق الديني أو العقائدي لذلك: "فإن اختلاف الدين من الموانع المؤقتة في الزواج على مستوى جميع الديانات السابقة، فلم يكن الإسلام بدعا في ذلك، ويوجد شبه اتفاق بين الفقهاء المسلمين على حرمة زواج المسلمة بغير المسلم، مستندين في ذلك على أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والعقل، ومن ثم فهم يعتبرون كل زواج من هذا القبيل محرما وباطلا فلا تترتب عليه بالتالي أي أثر من الآثار المنبثقة عليه، يستوي في ذلك أن يكون الزوج الذي ترتبط به المسلمة كافرا أو من أهل الكتاب"[1]. وهنا نتساءل هل حقيقة أن حكم الشريعة في المسألة من الوضوح والقطعية بحيث لا يدع مجالا لأي نظر؟

إن مقاربة الوحي لموضوع زواج المسلمة بغير المسلم تتضح من خلال آيتين الأولى في سورة البقرة يقول فيها عز وجل ﴿ **إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ أُوْلَٰٓئِكَ يَرۡجُونَ رَحۡمَتَ ٱللَّهِۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ٢١٨**﴾[2]، والثانية في سورة الممتحنة ويقول فيها الباري جل وعلا ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٖ فَٱمۡتَحِنُوهُنَّۖ ٱللَّهُ أَعۡلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّۖ فَإِنۡ عَلِمۡتُمُوهُنَّ مُؤۡمِنَٰتٖ فَلَا تَرۡجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلۡكُفَّارِۖ لَا هُنَّ حِلّٞ لَّهُمۡ وَلَا هُمۡ يَحِلُّونَ لَهُنَّۖ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْۚ**

1- الحسين بلحساني، أثر اللبس المرجعي على وضعية المرأة في النظام القانوني المغربي، سلسلة الندوات رقم 1 النساء ودولة الحق والقانون، دار القلم، الرباط، المملكة المغربية، 2004، ص 36.

2 - سورة البقرة، الآية 218.

وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۚ وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ وَسۡـَٔلُواْ مَآ أَنفَقۡتُمۡ وَلۡيَسۡـَٔلُواْ مَآ أَنفَقُواْۚ ذَٰلِكُمۡ حُكۡمُ ٱللَّهِ يَحۡكُمُ بَيۡنَكُمۡۚ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ١٠ ﴾[1].

فعلى الرغم من وضوح تحريم زواج المسلمة بغير المسلم في الآيتين السابقتين، إلا أن النقاش بين الفقهاء والمفسرين كان حاضرا وخاصة فيما يتعلق بزواج المسلمة بالكتابي، لأن زواج المسلمة بالمشرك حرام لا شك فيه، ومنبع هذا النقاش منحصر في تحديد معنى "المشرك" وكذا "الكتابي" من خلال الآية 218 من سورة البقرة.

إن ما روي في الآية التي نفسرها الآن متفق على أن المراد بالمشركات فيها غير الكتابيات من نساء العرب، وذهب بعضهم إلى أن المراد بالمشركين والمشركات عام يشمل أهل الكتاب لأن بعض ما هم عليه شرك...وذهب الكثيرون إلى أن المراد بالمشركات مشركات العرب اللاتي لا كتاب لهن لأن هذا هو عرف القرآن في لقب المشركين..."[2]

وإذا كان هذا التفسير يتعلق بالشق الأول من الآية أي تحريم زواج المسلمين من المشركات فإنه يسري كذلك على الشق الثاني الخاص بتحريم زواج المسلمات بالمشركين؛ وبالتالي فإن هناك من أخرج أهل الكتاب من دائرة "الشرك" المقصود في الآية 218 من سورة البقرة ومن بينهم الشيخ رشيد رضا من خلال قوله السابق، بل قصر المعنى فقط في مشركي العرب فقط، وقد برر موقفه في هذا بقوله: "إن للإسلام سياسة خاصة في العرب وبلادهم، وهي أن تكون جزيرة العرب حرم الإسلام المحمي...ولذلك لم يقبل من مشركي العرب الجزية حتى لا يبقى فيها مشرك، بل أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بأن لا يبقى فيها دينان..."[3].

وإذا كانت الآية 218 من سورة البقرة قد أثارت نقاشا حادا بين المفسرين فيما يتعلق بمدى صراحتها في تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، فإن الفقهاء والمفسرين قد اعتمدوا على آية أخرى لتقرير التحريم وهي الآية 10 من سورة الممتحنة السابق ذكرها، حيث "دلت على حرمة المؤمنات

1- سورة الممتحنة الآية 10.

2- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم : تفسير المنار، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار المنار، مصر، 1947، ص 193 و194.

3- المرجع نفسه، ص 193.

على الكفار تحريما صريحا، ولفظ الكفار عام يشمل كل من ليس بمسلم سواء كان كتابيا أومشركا[1].

وقيل في سبب نزول الآية: " كان بعد صلح الحديبية الذي جاء في بنوده "على ألا يأتيك منا أحد وإن كان على دينك إلا رددته إلينا"، فلما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون معه بأسفل الحديبية جاء نساء مؤمنات يطلبن الهجرة والانضمام للمسلمين في المدينة، فجاءت قريش تطلب ردهن تنفيذا للمعاهدة (أي صلح الحديبية) فنزلت هذه الآية تمنع ردهن إلى الكفار، وقد كان في أول الهجرة لا يفرق بين المؤمنة والكافر ولا بين المؤمن والكافرة لأن المجتمع الإسلامي لم تكن قد استقرت قواعده بعد، أما بعد صلح الحديبية فقد بدأ هذا التفريق"[2].

وقد اتفق المفسرون على أن نزول الآية هي إبطال واحد من البنود التي تضمنتها اتفاقية صلح الحديبية... ويتعلق الأمر بالبند الذي ورد فيه "على أن لا يأتيك منا أحد وإن كان على دينك إلا رددته إلينا" فعلى هذه الرواية يقول ابن كثير تكون هذه الآية مخصصة للسنة، وعلى طريقة بعض السلف ناسخة، فإن الله عز وجل أمر عباده المؤمنين إذا جاءهم النساء مهاجرات أن يمتحنوهن فإن علموهن مؤمنات فلا يرجعوهن إلى الكفار"[3] هذا على بند الصلح، وإذا كان ابن كثير قد فهم من الآية كونها" هي التي حرمت المسلمات على المشركين مطلقا، وقد كان جائزا في ابتداء الإسلام أن يتزوج المشرك المؤمنة"[4]، فإن هذا التحريم امتد بفعل التأويلات الأخرى إلى أية علاقة زواج بين المسلمات وغير المسلمين كافة، ولم يعد بالتالي قاصرا على المشركين والكفار"[5].

1- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام : دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1977، ص 227.

2- السيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد السادس، الطبعة السابعة عشر، دار الشروق، 1992، ص 354.

3- محمد علي الصابوني، مختصر تفسير بن كثير، المجلد الثالث، الطبعة السابعة، دار القرآن الكريم، بيروت، لبنان، 1981، ص 485.

4- المرجع نفسه، ص 485.

5- الحسين بلحساني، أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، 2002، ص 95.

وبالتالي فإن موضوع زواج المسلمة بغير المسلم يتجاذبه موقفان، الأول يقول بالتحريم المطلق وأن الآيات السابق ذكرها تعتبر قطعية ولا مجال للاجتهاد فيها، أما الموقف الثاني فيقول بأن المسألة اجتهادية أمام انتفاء نص صريح في القرآن الكريم.

وإذا كان هذا هو الحال على مستوى الفقه الإسلامي، فكيف كان تعامل المشرع الجزائري مع الموضوع؟ هذا ما سنعرفه في التقسيم القانوني للزواج المختلط حسب ما جاء به المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: التقسيم القانوني للزواج المختلط

القاعدة العامة هي تمتع الأجانب بالحقوق العائلية، إلا أن هذا الحق يتقيد بقيد النظام العام والآداب، إذ تفرض القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية عدم إمكانية زواج الكتابي من المسلمة أجنبية كانت أم وطنية، لأن ذلك يتصادم مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تستقى منها قوانين الأحوال الشخصية، ومن ثم يتعارض بالتالي مع مقتضيات النظام العام[1].

والمشرع الفرنسي في السابق كان لا يعترف للأجنبي بالحق في الزواج إلا إذا كان له إقامة ذات صلاحية تزيد عن سنة واحدة، إلا أن ذلك لا يتماشى مع المادتين 12 و13 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وبذلك تم إلغاؤها بموجب قانون 29 أكتوبر 1981، ولم يبق أي قيد على حق الأجنبي في تكوين أسرة فوق الأراضي الفرنسية، ومع ذلك فإن الخوف من زواج ما يسمى بالملائمة والذي بموجبه يتمتع الأجنبي بالحق في البقاء أو اكتساب الجنسية الفرنسية مما أدى إلى تعزيز الرقابة على الزواج من الأجانب الذين لا يملكون حق الإقامة ويخططون للزواج من مواطن فرنسي، هذا ما أدى إلى فرض عقوبات تجرم هذا السلوك الذي يعد احتيالا[2].

و يظهر لنا الزواج المختلط في صورتين، وهي إما أن يبرم الجزائريين زواج مختلط في الخارج(أولا)، وإما أن يبرم الأجانب زيجاتهم بالجزائر(ثانيا).

1* محمد الروبي، مرجع سابق، ص 284 و285.

2- LOCHAK Danièle_ Fasc. 524-35 : DROITS ET LIBERTE DES ETRANGERS, vie privée familiale, Juris-Classeur Droit International 18 Juin 2011, date de la dernière mise à jour : 18 Juin 2011, P3. Fabienne JAULT SESEKE. Précis n° 114.

أولا: الزواج المختلط للجزائريين في الخارج

بالرجوع إلى نص المادتين 97 من قانون الحالة المدنية، والمادة 10 من القانون المدني يتضح أن المشرع الجزائري سمح لرعاياه المتواجدين بالخارج إبرام عقود زواج مع غيرهم من الأجانب على ضوء قاعدة لوكس، شريطة عدم مخالفة شروط الأساس الوارد في القانون الوطني الجزائري[1].

والجدير بالذكر، أن كل عقد زواج يتم إبرامه أمام جهة غير الجهة المخصوص عنها قانونا يعد ذلك مخالفة لأحكام المادة 97 المذكورة أعلاه، كأن يعقد جزائري زواجا مع فرنسية في مصر بين يدى قنصل فرنسي دون اعتبار لأشكال عقد الزواج في مصر، فهذا العقد يعتبر باطلا في نظر القانون الجزائري وصحيحا في القانون الفرنسي[2].

إن خضوع عقد زواج جزائري لقانون مكان الإبرام ليس حقا مطلقا بل قيده المشرع الجزائري تماشيا مع نظامه العام الوطني، حيث أن هناك أشكالا محلية قد تعتبر مخالفة للنظام العام الجزائري، ومنها الزواج الذي يتم وفق الشكل المحلي وكان هذا الشكل دينيا يمس عقيدة المسلم، ومنه فإن هذا الزواج يعتبر باطلا في نظر القانون الجزائري[3].

خلافا على ذلك، فإن الدول التي تعتبر الشكل الديني لعقد الزواج من الشروط الموضوعية ترتب على مخالفته بطلان الزواج، وهكذا إذا تزوج جزائري مع أجنبية وكانت ديانة هذه الأخيرة لا تسمح بالزواج مع من يختلف عنها ديانة أو طائفة فمثل هذا الزواج يعتبر صحيحا في نظر القانون الجزائري وباطلا في نظر القانون الشخصي للزوجة[4].

والملاحظ على نص المادة 97 أن المشرع الجزائري تعرض إلى حالة الزواج المعقود في الخارج بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية، غير أنه أغفل عن ذكر زواج الجزائرية بأجنبي من خلال قانون الحالة المدنية واكتفى فقط التنصيص عليها من خلال قانون الأسرة، فإذا تزوجت

1- زلاسي بشرى، الزواج المختلط: إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001/2000، ص 99.

2- عبدالعزيز سعد، مرجع سابق، ص 258.

3- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 222.

4- الطيب زروتي، أثر اختلاف الحالة الدينية للزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 933.

جزائرية مسلمة مع فرنسي مسيحي وفقا للشكل المحلي الفرنسي فهذا العقد يعتبر باطلا في القانون الجزائري نظرا لعدم احترام الجزائرية الشروط الموضوعية لقانونها الوطني، بينما يعتبر هذا العقد صحيحا في نظر القانون الفرنسي[1].

إلى جانب ذلك، سمح المشرع الجزائري لرعاياه في المهجر الذين يبرمون زواجا مختلطا وفقا للشكل المحلي الخارجي أن يقوموا بإعادة تسجيل عقد زواجهم في سجلات القنصلية الجزائرية بشرط أن يكون عقد الزواج قد أبرم بطريقة لا تخالف الشروط الأساسية المنصوص عليها في القانون الجزائري، وإذا تم التسجيل يمكن لهم بعد الحصول على نسخة من وثيقة عقد الزواج سواء من القنصلية إذا كانوا لا يزالون يقيمون في المهجر، أو من وزارة الشؤون الخارجية إذا تم الرجوع إلى أرض الوطن[2]، هذا ما أكدته المادة 103 من قانون الحالة المدنية؛ كما تجدر الإشارة إلى أن الطرف الجزائري ملزم بعدم مخالفته للشروط الموضوعية التي يفرضها القانون الجزائري، طبقا لما جاءت به المادة 95 من قانون الحالة المدنية.

ومنه، يبقى عقد الزواج المحرر في بلد أجنبي صحيح، له نفس حجية الوثائق الصادر عن السلطات الوطنية إذا تم تسجيلها وفق الإجراءات المتبعة في البلد الأجنبي، غير أنه في حالة وقوع خطأ ما في عقد الزواج المحرر وفقا للقانون المحلي في الخارج أجاز له المشرع تصحيحها، وإذا تم تصحيحها في الخارج بناء على قرار قضائي فهذا الأخير لا يكون له أي أثر إلا بعد اكتسابه الصيغة التنفيذية من قبل محكمة الجزائر بالعاصمة[3].

ثانيا: الزواج المختلط للأجانب في الجزائر

لقد أجاز المشرع الجزائري من خلال المادة 71 من قانون الحالة المدنية للأجانب تسجيل زيجاتهم المختلطة وفق الشكل المحلي الجزائري، حيث يخضع الزواج المراد إبرامه بين الأجانب المقيمين في الجزائر والجزائريين من الجنسين إلى رخصة إدارية مسبقة يصدرها الوالي المختص.

1- زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص 100.

2 -عبدالعزيز سعد، مرجع سابق، ص 262.

3- زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص 100 و101.

ويتجسد ذلك، من خلال الإجراءات التنيظيمية المنصوص عليها بموجب المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري في التعليمة الوزارية رقم 02 الصادرة عن وزارة الداخلية بتاريخ 11 فيفري 1980 والتي اشترطت وجوب الحصول على رخصة يسلمها الوالي لإبرام عقد زواج طرفين أحدهما أجنبي، أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، والتي ألزمت الموظفين المؤهلين لذلك بعدم تسجيل زواج الأجانب إلا بعد حصوله على الرخصة الإدارية المسبقة المسلمة من طرف الوالي المختص، إلى جانب تأكد الإدارة المعنية من إسلام الطرف الأجنبي، ولا يمكن بأي حال من الأحوال تقييد عقد زواج من دون الحصول على الرخصة الإدارية المسبقة.

على خلاف ذلك، إذا كان أطراف عقد الزواج أجانب من جنسيتين مختلفتين فيجب على كل من ضابط الحالة المدنية أو الموثق التأكد من توافر شرط الإقامة وكذلك شرط الإذن، وفي حالة ما إذا تبين لأحدهما ما يمس بالنظام العام في الجزائري وجب إطلاع وكيل الدولة بذلك[1].

المبحث الثاني: إجراءات انعقاد لزواج المختلط

لقد نصت المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية". ولقد نظم هذه الإجراءات التنظيمية في القرار الصادر بتاريخ 11 فيفري 1980 عن وزارة الداخلية والذي ألزم موظف الحالة المدنية أو الموثق قبل قيامه بإبرام عقد الزواج للأجانب إلا بعد حصولهم على رخصة مكتوبة من الوالي.

وإذا كان أطراف العلاقة الزوجية جزائري مسلم فلا إشكال يطرح من حيث موانع الزواج التي من شأنها أن تخل بالنظام العام، إذ يجوز له الزواج بالكتابيات شرعا، لكن إذا تعلق الأمر بجزائرية مسلمة فلا يجوز عقد زواجها من الأجنبي إلا إذا ثبتت أنه مسلم، وهذه الأخيرة قد توقعنا في مشكلة إثبات صحة إسلام الطرف الأجنبي في العلاقة الزوجية من عدمه[2].

كما يجوز للأجانب إبرام عقود زواجهم في الجزائر أمام الجهات المختصة مثلما رأينا سابقا، وذلك إذا كانت لهم إقامة في الجزائر منذ شهر واحد على الأقل، وهذا طبقا لنص المادة 72 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

1- عبدالعزيز سعد، مرجع سابق، ص 274.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 446.

ومنه، فإن الزواج إذا استكمل أركانه وشروطه (المادتان 9 و9 مكرر من ق. أ) وجب من الناحية القانونية مباشرة عقد الزواج رسميا مع ضرورة مراعاة الإجراءات السابقة على العقد، كما سيتم بيانه من خلال المطلب الأول، بالإضافة إلى إجراءات الزواج المختلط أثناء العقد هذا ما سيتم التعرض إليه من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: إجراءات الزواج المختلط السابقة على العقد

يقصد بإجراءات الزواج الترتيبات الإدارية التي تسبق العقد وكذا تلك التي يشترطها القانون في العقد ذاته بهدف تسجيله وإشهاره. وذلك أن تسجيل عقد الزواج وإشهاره، هو شرط لوجود العقد وإحداث آثاره القانونية في مواجهة الغير.

إن عقد الزواج من العقود الشكلية التي لا تترتب أحكامها بمجرد التراضي عليها، بل يشترط فيها شروطا أخرى، كالرسمية والتسجيل وترتيب الآثار القانونية وحمايتها.

ولقد فرض المشرع الجزائري هذه الإجراءات الإدارية منعا من التلاعب في عقود الزواج، وإشعار المجتمع بأهميتها وخطرها؛ في حين أن الفقه الإسلامي لم ينص على مثل هذه القيود الإدارية إلا حديثا. ولقد راعى فيها القانون الجزائري المرونة والسهولة، وعدم الحرج لخدمة المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية.

اشترطت تشريعات الأسرة في مختلف دول العالم بما فيها الجزائر على طالب الزواج وجوبا الإدلاء بمجموعه من الوثائق الضرورية التي من شأنها أن ترفع اللبس عن هذا التصرف، الزواج، الذي يكتسي من الأهمية ما يتطلب من القائمين عليه، التدقيق في صحة البيانات التي يدلي بها المقدمين عليه، وذلك تفاديا لأي تلاعب أو أخطاء يمكن أن تؤدي إلى بطلانه.

ومنه، فإننا من خلال هذا المطلب سنقف عند الوثائق الإدارية العامة المكونة لملف عقد الزواج في الفرع الأول، في حين أننا سنتعرض إلى الوثائق الإدارية الخاصة المكونة لملف عقد الزواج المختلط في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الوثائق الإدارية العامة المكونة لملف عقد الزواج المختلط

نص مشرعو قانون الأسرة عبر مختلف دول العالم بما في ذلك المشرع الجزائري على جمله من الإجراءات والشكليات الواجب إتباعها، من أجل الوصول إلى تسجيل عقد الزواج، وتتمثل أساسا في ضرورة اشتمال طالب الزواج على مجموعة من الوثائق والمستندات العامة التي ارتأوها

المشرعون ضرورية للإدلاء بها على وجه الإلزام، وذلك من أجل حماية حقوق طرفي العلاقة الزوجية[1].

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية الجزائري نجد أن المواد 74، 75 و76 تحدد الوثائق التي وجب على طالب الزواج أن يتقدم بها، لإجراء عقد زواجه بصفة رسمية، وإشهاره أمام الموثق أو أمام موظف الحالة المدنية، وهذه الوثائق تشمل الآتي:

أولا: وثيقة ميلاد لكل من الزوجين أو وثيقة الهوية

من بين أهم الوثائق المشترطة في توثيق عقد الزواج في مختلف التشريعات القانونية المقارنة على وجه العموم والجزائر على وجه الخصوص، وثيقة ميلاد كل من الزوجين، كما تم تحديد البيانات التي يجب أن تتضمنها الوثيقة على سبيل الحصر، في حيث لا يجوز الزيادة عليها ولا الإنقاص منها، كما أوجب على ضابط الحالة المدنية ومن يقوم مقامه مراعاتها بعناية والإشارة في مطبوع إلى:

رقم الوثيقة، تاريخ ومكان الميلاد، الاسم الشخصي اللقب العائلي، الجنس، واسم ولقب الوالدين[2]، وتاريخ التسليم وضابط الحالة المدنية التي سلمها، بعد أن يقوم بالتوقيع عليها ووضع ختمه، وإذا كان المصرح بالولادة عن الأب يذكر في وثيقة ميلاد اسمه ولقبه وعمره ومهنته ومسكنه، كما اشترط المشرع الجزائري في أن لا تزيد شهادة الميلاد مدتها عن ثلاثة أشهر.

وتشمل مصالح الحالة المدنية الجزائرية على نوعين من النماذج، يتعلق الأول بشهادة الميلاد ذات النسخة الكاملة، والثانية ذات النسخة المستخرجة من سجلات الأحكام الفردية أو الجماعية[3]، للمواليد والتي يصرح فيها وكيل الدولة لدى المحكمة المولود داخل دائرة اختصاصها المحلي الشخصي الذي لم يسجل في سجلات الحالة المدنية، وذلك بعد اطلاعه على الوثائق التي نتجت عن التحقيق الذي تم إجراؤه، المعلن فيه أن المواطنين المذكورين في القائمة المرفقة لم يقيدوا

1- صارة بن شويخ، نظم التوثيق في عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2001، ص 220.

2- باستثناء الطفل مجهول النسب إذ لا يمكن التعرف على هوية الوالدين، فيصبح لزاما على ضابط الحالة المدنية أن يمنحه اسما ثلاثيا على أن يكون الاسم الأخير لقبا للمولود؛ انظر المادة 3/64 من القانون 17-03 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017، يلغي القانون رقم 14-75 ويعدل ويتمم الأمر 70-20 المؤرخ في ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية الجزائرية.

3- تتضمن المادة 1/74 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية الجزائرية أنواع عقود الميلاد.

سجلات الحالة المدنية التابعة للبلدية، وتحمل هذه الشهادة اسم الشخص ولقبه باللغتين العربية والفرنسية، وتاريخ الميلاد ومكانه، و الإشارة إلى تقييد في سجلات الحالة المدنية، تؤرخ الشهادة وتوقع وتختم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو العون المفوض لهذا الغرض[1].

استثناء جاء من خلال المادة 74 من القانون المدني جزائري أنه في حالة ما إذا تعذر على طالب الزواج تقديم وثيقة الميلاد جاز له تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين أو دفتر العسكري... الخ، كاستعراض عن وثيقة الميلاد، بناء على وثيقة إشهاد مصادقه عليها، ومحرره من قبل رئيس المحكمة سواء استنادا إلى تصريح الطالب مدعمة بالوثائق المبينة الحالة المدنية للمعني التي سبق وأن ذكرناها[2].

هذا وجب أن تتضمن وثيقة الإشهاد المشار إليها اسم ولقب ومهنة، ومسكن، ومكان وتاريخ ميلاد طالبي الزواج، واسم ولقب الأبوين إذا كان معروفين وتتضمن عند الاقتضاء بيان ما كان تاريخ الزواج السابق، أو انحلاله، كما يجب أن تتضمن أخيرا بيان الأسباب التي منعت الطالب من تقديم وثيقة الميلاد المشار إليها أعلاه[3].

لكن في هذا الشأن هناك ما يستدعي للاستغراب فيما يخص استعاضة وثيقة الميلاد ببطاقة التعريف الوطنية والدفتر العائلي الأبوين، مما يتعذر إثبات الحالة العائلية لطالب الزواج، فيما إذا كان قد سبق له أن تزوج أم كان مطلقا أو أرملا، إلا إذا كان قد قدم دفتر عائلي شخصي يثبت حالته العائلية الفقه الوثائق المذكورة أنفا.

ثانيا: شهادة الإقامة

بالإضافة إلى وثيقة الميلاد اشترط المشرع الجزائري على طالب الزواج تقديم شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي إلى الاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية، ضمن الوثائق المكونة لإبرام عقد زواجه، طبقا للفقرة الثانية من نص المادة 74 قانون الحالة المدنية الجزائري والغرض منها إثبات محل الإقامة.

أما في حال تعذر على طالب الزواج تقديم أية وثيقة تحدد مسكنه أو محل إقامته عليه أن يقدم تصريحا بالشرف موقعا من طرفه يحدد فيه مكان مسكنه أو مكان إقامته، وذلك عندما يكون

1- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 15.

2- انظر المادة 2/74 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية الجزائرية.

3- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 174.

ضابط الحالة المدنية أو القاضي غير مطلعا بصفة شخصية على حقيقة سكن أو محل إقامة طالب الزواج[1].

ثالثا: الوثيقة الطبية (الفحص الطبي قبل الزواج)

على إثر التطور الحديث في مختلف مجالات الطب لا سيما في علم الوراثة وهندسة الجينات، ازداد الاهتمام بالفحص[2] الطبي[3] قبل الزواج. ونظرا لأهمية الفحص الطبي[4] قبل الزواج، والذي أصبح يمثل وسيلة للحفاظ على كيان الأسرة لتبنى على أساس من الأمانة والصدق والوضوح والدوام والاستمرارية، وهو وسيلة للمحافظة على الذرية لتكون سليمة من الأمراض المختلفة، وبالتالي فهو وسيلة وقائية[5].

ومنه، فإنه من الضروري أن يبادر الخطيبين المقبلان على الزواج بإجراء كشف طبي حفاظا على الاستمرارية للحياة الزوجية. فبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه اشترط وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلو طالبي الزواج من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج والذي نصت عليه المادة 7 من ق. أ. ج.

1- انظر المادة 75 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية الجزائرية.

2- الفحص لغة: شدة الطلب والبحث خلال كل شيء، يقال: فحص عنه فحصا، أي بحث عنه، ونقول تفحص وافتحص، ويقال فحصت عن فلان وفحصت عن أمره لأعلم كنه حاله، وقد فاحصني فلان فحصا، كأن كل واحد منها يفحص عن عيب صاحبه وعن سره؛ انظر: أبي الصن علي بن إسماعيل بن سيدة المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، ت: عبد الحميد هنداوي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، مادة فحص، ص 160 و161؛ انظر أيضا: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، مرجع سابق، الجزء السابع، مادة فحص، ص 63.

3- ينسب مصطلح طبي لغويا إلى علم الطب، وهو علم معالجه ومداواة الجسم، والبحث الدقيقة عن الأمراض والعيوب الخفية من أجل مداواتها ومعالجتها؛ انظر: صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج: دراسة شرعية قانونية تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009، ص 55.

4- الفحص الطبي عند أهل الطب هو: الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض، بقصد معرفه العلة والوصول إلى تشخيص المرض، يتضمن الكشف معاينه علامات المرض أو أعراضه، و سؤال المريض عن تاريخ بداية هذه العلامات والأعراض، وسؤاله عن الأمراض التي سبق أن أصيب بها، وغالبا ما يستكمل الفحص الطبي ببعض الفحوصات المخبرية، كصور الأشعة أو التنظير بالمناظير، أو غيرها من الوسائل التي تساعد الطبيب في الوصول إلى التشخيص؛ انظر: محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية: موسوعة جامعة للأحكام الفقهية والصحة والمرض والممارسات الطبية، الطبعة الأولى، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000، ص 763.

5- صفوان محمد عضيبات، مرجع سابق، ص 51 و52.

وعلى إثر تقديم الخطيبين لملف زواجهما، فإنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا قد يتعارض مع الزواج ويؤثر بذل في عقد الزواج، فحددت شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم المعمول به.

ومنه، يتعين على كل من أقبل على الزواج إجراء الفحص الطبي وإحضاره وثيقة لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر من تاريخ إجراء الفحص تثبت لضابط الحالة المدنية خلوهما من الأمراض، والعوامل التي قد تشكل خطرا من شأنه أن يكون حائلا دون عقد الزواج[1].

رابعا: الشهادات الإدارية الخاصة بإثبات الحالة العائلية

يقصد بالشهادات الإدارية الخاصة بإثبات الحالة العائلية تلك التي سماها المشرع الجزائري شهادة عدم الزواج وعدم إعادة الزواج، الصادرة عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية، يصادق بمقتضاها رئيس البلدية على البيانات المدلى بها من طرف المعني بالأمر والمتعلقة بالأساس بأنه لم يسبق له الزواج، وعدم إعادته بعد تبيان البيانات الشخصية المتعلقة بطالب الشهادة، والغرض الأساسي من الشهادة هو معرفة الحالة العائلية لطالب الزواج بكونه أعزب أو عزباء، وكذا بكونه لم يعد الزواج إذا كان أرملا أو أرملة، مطلقا أو مطلقة، بناء على شهادة شاهدين في هذه الوثيقة، ثم تؤرخ هذه الأخيرة ويوقع عليها المعني بالأمر ويتم المصادقة عليها من طرف رئيس البلدية، كما سبق بيانه[2].

في حين أوجب القانون مستندات لابد على المرأة التي ترغب في الزواج حل زواجها السابق بالوفاة(أرملة)، أن تقدم إلى ضابط الحالة المدنية حسب الحالة:

1. إما نسخة من وثيقة وفاة الزوج السابق؛
2. وإما نسخة من وثيقة ميلاد زوجها المشار فيها الى وفاته؛
3. أو الدفتر العائلي الذي قيد فيه عقد الوفاة.

كما يجب على المرأة التي ترغب في الزواج مرة أخرى وهي في الأصل مطلقة من قبل، أن تقدم:

1- الطيب بوحالة، الفحوصات الطبية قبل الزواج: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010، ص 57.

2- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 18 و19.

1. إما وثيقة لعقد الزواج وتتضمن بيان الطلاق.
2. وإما نسخة من الحكم أو القرار القاضي بالطلاق، مرفوقة بشهادة من كاتب الضبط بالجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار، تثبت أنه قد أصبح نهائيا[1]، ولم يقع أي طعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف أو النقض.
3. وإما أن تقدم الدفتر العائلي إن كان يتضمن بيان بالطلاق[2].

الفرع الثاني: الوثائق الإدارية الخاصة بملف عقد الزواج المختلط

إضافة للوثائق العامة المكونة لملف عقد الزواج المختلط التي ذكرناها آنفا، هناك وثائق خاصة مكونة لملف عقد الزواج المختلط وتتمثل في التراخيص الإدارية والقضائية.

أولا: الرخصة الإدارية الخاصة بالزواج المختلط

إضافة إلى المستندات السابق ذكرها، يمكن إضافة غير تلك المستندات التي نصت عليها نصوص مختلفة صادرة عن جهات التشريعية وإدارية متنوعة، تجعل زواج بعض الأشخاص خاضعا رخصة مسبقة من الإدارة المختصة كإذن بالسماح لهم بالزواج.

وإذا كان الترخيص على إطلاقه سماحة من مخول لكفء بالأصالة أو بالترشيد، لاعتبار أهليته في ممارسه حق من الحقوق، فإن الترخيص للزواج تخويل من القاضي أو من الموظف الإداري المختص بالسماح للشخص بإبرام عقد الزواج هو أهل له أصلا أو ترشيدا[3].

فالأجنبي لا يجوز له إبرام عقد زواجه أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، إلا بعد الحصول على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي[4] وقد نصت المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية"، إلا أن زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم غير جائز وممنوع قانونا[5]. فإذا أراد شخص أجنبي مقيم بالجزائر بصفة دائمة ومؤقتة أن يعقد زواجه في الدولة الجزائرية مع شخص جزائري أو

1- انظر المادة 2/75 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري.

2- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 148.

3- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة: انعقاد الزواج، منشورات دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 194.

4- ملحق رقم 01: التعليمة الوزارية رقم 02 المؤرخة في 11 فيفري 1980 المتعلقة بإبرام الزواج المختلط في الجزائر (رخصة إدارية مسبقة)

5- انظر المادة 30 من الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

أجنبي هو الآخر، فإن ذلك يتطلب منه الحصول إلى جانب جميع الوثائق العامة _التي سبق الإشارة إليها_ على ترخيص يمنحه إياه والي الولاية التي يقيم بها، بعد إجراء تحقيق حول ظروف وأسباب إقامته في تلك الولاية وحول سيرته وسلوكه العام[1]. وإذا ظهر لضابط الحالة المدنية أن تطبيق القانون الأجنبي بخصوص أهلية التعاقد تمس بالنظام العام أو يؤدي به إلى مخالفة قانونه الوطني، فإنه يجب عليه أن يرفض تحرير عقد الزواج، وعليه أن يحيط وكيل الجمهورية علما بذلك[2]. هذا ما كان معمول به طبقا للتعليمة الوزارية السابقة لسنة 1980؛ وعلى الرغم من أن هذه الأخيرة هي مجرد عمل داخلي إلا أن القانون فرض عدة التزامات على الإدارة فيما يتعلق بنشر هذه الأعمال وإعلام المواطن بها وحقه في الاحتجاج بها وقد أكد ذلك المرسوم رقم 131.88 المؤرخ في 06 جويلية 1988[3].

إلا أنه على إثر صدور التعليمة الوزارية الجديدة نهاية سنة 2018 والتي تتضمن تنظيم إصدار الرخصة الإدارية الخاصة بالزواج المختلط، جاءت إلى حد ما أكثر وضوحا عن سابقتها، من ناحية تحديد الوثائق لتقديم طلب الرخصة الإدارية الخاصة بالزواج المختلط والشروط الواجب احترامها لإصدار الرخصة، بالإضافة إلى إجراءات طلب هذه الرخصة، وإصدارها[4] سنوردها كالآتي:

1. الشروط الواجب احترامها لإصدار رخصة الزواج المختلط:

لقد اشترطت الوزارة على طالب رخصة الزواج المختلط من أجل السماح له بالزواج والتي يتعين عليه احترامها، منها:

- أن يكون الأجنبي في وضعي إقامة قانونية التراب الوطني الجزائري، أي أن يكون حائز على بطاقة المقيم الأجنبي، أو متحصل على تأشيرة الدخول قيد الصلاحية بالنسبة لرعايا الدول الخاضعين لتأشيرة الدخول إلى الجزائر، أو جواز سفر قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا الذين لا يخضعون لتأشيرة الدخول إلى التراب الوطني؛

1- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 20.

2- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 75.

3- السبتي بوكرب، الرخصة الإدارية كشرط مسبق للزواج المختلط، مداخلة ألقيت باليوم الدراسية تحت عنوان الزواج المختلط وآثاره بين الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بالاشتراك مع مجلس قضاء قسنطينة، يوم الثلاثاء 25 رجب 1442 هـ الموافق 09 مارس 2021، ص 07.

4- التعليمة الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 تتضمن إصدار رخصة الزواج المختلط.

- أن يتمتع الأجنبي بالقدرة على الزواج والتي تثبت بموجب شهادة القدرة على الزواج، صادرة عن ممثليته الدبلوماسية بالنسبة للدول التي تصدر هذه الوثيقة أو شهادة رسمية تفي بالغرض بالنسبة للدول التي لا تصدرها[1]؛

لكن، ما الذي يقصده المشرع بشهادة تثبت القدرة على الزواج؟ هل يقصد بذلك الأهلية القانونية وانتفاء العيوب أو الحالة المادية والكفاءة؟

إنه من غير المنطقي فهمنا لذلك بأن المشرع يقصد الجانب المادي من ناحية التيسير وعسر الزوج ولا حتى الكفاءة؛ أما إذا كان يقصد انتفاء العيوب، فما دور الشهادة الطبية من كل الوثائق اللازمة لإبرام عقد الزواج؟، أما إذا كان المقصود من ذلك الأهلية فشهادة الميلاد خير دليل (من أجل إثبات السن القانونية للزواج إلا فيما تعلق بترشيد القاصر في الزواج).

وعليه، ما هي شهادة القدرة على الزواج التي يقصدها المشرع الجزائري؟، حتى وإن كانت هناك عيوب لا يحول دون إتمام العقد حال العلم والرضا بها.

فحسب رأينا، أن المشرع الجزائري إنما كان يقصد الأهلية القانونية فيما يتعلق بسن الزواج.

- احترام التشريع والتنظيم المعمول بها في هذا المجال، لا سيما البند الأخير من المادة 30 من القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، والذي يمنع زواج الجزائرية المسلمة بغير مسلم.

ومفاد هذا الشرط هو أن أي زواج يعقده شخص لا يدين بالإسلام مع جزائرية مسلمة داخل الجزائر أو خارجها يعتبر باطلا البطلان مطلقا، ومخالفا للنظام العام في الجزائر، ومنه فإنه لا يجوز للجهة الوصية تقديم الرخصة لطالب الزواج إذا كان غير مسلما، وفي حال حصل هذا الأجنبي على الرخصة الإدارية الخاصة بالزواج المختلط، فإنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية ببلدية مكان انعقاد الزواج أو بلدية أخرى أن يقبل تسجيله في سجلات الحالة المدنية عندما تعرض عليه حالة زواج امرأة مسلمة(جزائرية)، بغير مسلم بل وجب عليه أن يخبر وكيل الدولة بذلك فورا ليتخذ ما يراه مناسبا من الإجراءات، لمنع تسجيل مثل هذا الزواج أو تقييده، كما لا يجوز لأي محكمة من المحاكم الوطنية أن تأمر بتقييد مثل هذا العقد، إذا كان قد سبق أن انعقد خارج الوطن، أو انعقد داخل الوطن وفقا لإجراءات غير تلك التي نص عليها قانون الحالة المدنية الجزائري

1- راجع الشروط الواجب توافرها في طالب الرخصة الخاصة بالزواج المختلط، من التعليمة الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 تتضمن إصدار رخصة الزواج المختلط، ص 2.

وقانون الأسرة، وما قلناه بشأن زواج مسلمة الجزائرية بغير مسلم ينطبق أيضا على زواج الأجنبية المسلمة بغير المسلم، إذا تم إبرامه داخل التراب الوطني[1].

والملاحظ أيضا، أن المشرع كان عمليا حينما أحالنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 من ق. أ. ج، حيث اتضح لنا أن المشرع وكأنه تهمه المرأة الجزائرية المسلمة فقط في ألا تتزوج بغير مسلم دون أن يهمه الرجل، ذلك أن هذا الأخير لا يجوز له الزواج بغير مسلمة من الناحية الشرعية إلا إذا كانت من أهل الكتاب (إما نصرانية أو يهودية)؛ لكن خلال بحثنا وحسب الإجراءات المعمول بها فالتركيز يكون فقط على الإشهاد بديانة الرجل الأجنبي دون المرأة الأجنبية.

وعليه، فإنه من الضروري دعوة المشرع الجزائري لإدراج أو تخصيص خانة ضمن عقد الزواج ووثيقة الميلاد تثبت ديانة كل من الزوجين (ولما لا جنسيتهما، لأنه أصبح لكل من ليس بمسلم إمكانية الحصول على شهادة اعتناقه للدين الإسلامي دون تجسيد ذلك في أرض الواقع، بمعنى آخر أن اعتناقه للدين بصفة صورية فقط مما يجعل إثبات أصالة ديانته صعبا، إلا إذا اعترفت الزوجة بذلك.

لكن هل يسأل الجزائري عند إحضاره للطرف الأجنبي عن ديانة هذا الأخير، فالإجابة أكيد ستكون "لا"، وفي هذا خروج عن الأحكام العامة في الشريعة الإسلامية، ذلك لأنها لا تجيز الزواج إلا بنصرانية_ كما ذكرت سابقا_ شريطة أن تكون حقة ومحصنة، وهي التي لا تعرف بتعاطي الفواحش أي الحرة العفيفة والبعيدة عن الزنا، حرة لا مملوكة، فإنه يتزوجها المسلم ولو كان قادرا على زواجه بالمسلمة، والعفة تكون بشهادة العارفين بها.

وبما أن زواج المسلمة بغير مسلم يدخل في إطار حماية النظام العام والآداب العامة يفترض إجراء تحقيق دقيق بخصوص الطرف الأجنبي، فيما يتعلق بديانته وسلوكه، فهذا الشرط من الناحية العملية أصبح مجرد حبر على ورق لا أصل له من الصحة؛ وبالتالي أصبح المشرع يهمه في الشخص الأجنبي فقط إذا كان غير منتميا إلى منظمات وجماعات إرهابية وليس بعضو من أعضاء المخابرات في دولته، ولا يأتي بمشاكل من شأنها أن تخل بالنظام العام للدولة الجزائرية، أما أمره الشخصي وعلاقته بالمراد التزوج بها راجع لإرادتهما الشخصية على رأي المشرع الجزائري وهذا مناف لقواعد الشريعة الإسلامية؛ مما يجعل مسألة زواج الجزائرية والأجنبي معرضة للصورية

1- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 136.

بشكل كبير، لهذا لابد من إعادة النظر في إجراءات التحقيق التي تقام على مستوى مديرية الأمن بشأن الأجانب.

- ألا يقوم الطرفين أو أحدهما بالتحايل على القانون والإجراءات التي تنظم الزواج المختلط لتحقيق أغراض أخرى غير الغرض الرئيسي من الزواج[1].
- ضرورة المحافظة على التماسك الاجتماعي والأمن القومي والنظام العام .

2. إجراءات طلب رخصة الزواج المختلط:

على طالب رخصة الزواج المختلط اتباع الإجراءات التالية:

- ملئ استمارة طلب رخصة الزواج المختلط التي تسلمها الإدارة المحلية المختصة أو تسحب من الموقع الالكتروني الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية[2].
- يتم إيداع طلب رخصة الزواج المختلط ثلاثة أشهر قبل تاريخ إبرام الزواج، مقابل تسليم وصل الإيداع لأحد الطرفين، وتحسب هذه المدة ابتداء من تاريخ إيداع الملف الورقي على مستوى المصالح المختصة.
- إن إيداع ملف طلب رخصة الزواج المختلط يتم من طرف المعنيين بالأمر، وعند غياب أحدهما يجب تقديم وكالة عادية عن الطرف الغائب وترفق بالملف، يودع الملف حسب الحالة:
  - المصالح المختصة بولاية إقامة الطرف الجزائري إذا كان الطرف الأجنبي غير مقيم.
  - لدى المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الأجنبي إذا كان الطرف الأجنبي مقيم.

وما يلاحظ على الحالتين أن الوزارة كانت تقصد من المصالح المختصة بولاية الإقامة، الموظف المختص على مستوى الولاية أما المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الأجنبي، المقصود منها مصالح الأمن الولاية التي يقيم فيها طالب الرخصة.

- **مكونات ملف طلب الزواج المختلط وفقا للتعليمة رقم 09 لسنة 2018:**

يتكون ملف طلب رخصة الزواج المختلط إلى جانب الاستمارة من الوثائق الآتية وحسب الحالة: فيما إذا كان الطرف جزائريا أم أجنبيا:

1- التعليمة الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 تتضمن إصدار رخصة الزواج المختلط، الشروط الواجب توافرها في طالب الرخصة الخاصة بالزواج المختلط، مرجع سبق ذكره، ص 2.

2- ملحق رقم 2: يتضمن نموذج طلب رخصة الزواج المختلط.

أ. **بالنسبة للطرف الجزائري:**

- ثلاثة صور شمسيه الهوية حديثة.
- شهادة عدم الزواج، عدم الطلاق، وعدم إعادة الزواج.
- نسخه من وثيقة إثبات الهوية.
- إثبات الإقامة (بواسطة وصل الكهرباء، الهاتف، الماء، أو كل وثيقة أخرى تثبت محل الإقامة).
- شهادة الميلاد رقم الحالة المدنية 07، محينة بالبيانات الهامشية تستخرجها المصالح الولاية المستقلة للملف من السجل الوطني للحالة المدنية وتدرجها فيه.
- وكاله عادية لإيداع الملف والإمضاء عند الاقتضاء.

ب. بالنسبة للطرف الأجنبي:

- ثلاثة صور شمسية للهوية حديثة؛
- شهادة ميلاد نسخه كاملة؛
- شهادة عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج أو شهادة الطلاق مماثله تقضي بالغرض؛[1]

بخصوص هذا الشرط يثار التساؤل بشأن هذا النوع من الشهادات المتعلقة بعدم الزواج، هل كان يقصد بها شهادة العزوبية تثبت حالته الشخصية؟

نفترض أن الرجل الأجنبي مسلم وأراد الزواج بجزائرية مسلمة، المشرع من خلال اشتراطه لهذه الشهادة وإنما كأنه يمنح المباح في حالة ما إذا كان قد سبق للأجنبي أن تزوج في بلده الأصلي، أي أن الجزائرية ستكون زوجته الثانية وتحت إرادتها التامة(التعدد).

وإقرار المشرع لهذا الشرط تحصيل حاصل، ويفهم منه أن الأجنبي المسلم الذي يرغب في التعدد مع الجزائرية وتحت رضاها، عوضا من أن يمر على القاضي أولا من أجل الحصول على الإذن بذلك ويدخله ضمن وثائق الرخصة، يمنع المشرع الأجنبي من ممارسة حقه في التعدد.

- نسخة من جواز السفر قيد الصلاحية؛
- شهادة إيواء أو حجز في الفندق بالنسبة للرعايا غير المقيمين المتواجدين فوق التراب الوطني؛

1- التعليمة الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 تتضمن إصدار رخصة الزواج المختلط، مكونات ملف طلب الرخصة الخاصة بالزواج المختلط، مرجع سبق ذكره، ص 3.

- شهادة اعتناق الإسلام(بالنسبة للرجل)[1].
- شهادة القدرة على الزواج صادرة من الممثلية الدبلوماسية، أو القنصلية دولته المعتمدة في الجزائر، أو عن السلطة المختصة في بلده أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض .
- نسخة من بطاقة المقيم قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا المقيمين فوق التراب الوطني .
- شهادة سوابق عدلية صادرة عن الدولة الأجنبية التي يحمل جنسيتها ومصادق عليها من طرف ممثليتها الدبلوماسية أو القنصلية المختصة، مع ترجمتها إلى اللغة العربية، أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض.
- وكالة عادية لإيداع الملف والإمضاء عند الاقتضاء،

ويرفق الملف الأصلي بنسخة لجميع الوثائق المكونة له.

- **إجراءات إصدار رخصة الزواج المختلط وفقا للتعليمة رقم 09 لسنة 2018:**

بعد توفر المستندات اللازمة لطلب رخصة الزواج المختلط من طرف المعني(طالب الرخصة) وتقديمها إلى المصالح المختصة لابد أن:

1- وفيما يتعلق بهذا الشرط، تضع مديرية التوجيه الديني والتعليم القرآني بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف بين أيدي المواطنين الملف الواجب تقديمه لاستخراج شهادة إثبات اعتناق الإسلام والذي يتكون من الوثائق الآتية:

- طلب خطي مبرر؛
- نسخة من شهادة الميلاد الأصلية؛
- شهادة الجنسية الحالية؛
- شهادة الإقامة بالجزائر؛
- خمس (05) صور شمسية حديثة؛
- استمارة المعلومات الخاصة بطلب شهادة اعتناق الإسلام، التي تضعها المديرية بين أيدي المواطنين (ملحق يتضمن استمارة معلومات خاصة بطلب شهادة إثبات الإسلام)؛
- في حالة استعمال الوثيقة للزواج من رجل أجنبي، فإنه يطلب أيضا من المعني نسخة من شهادة ميلاد الزوج المسلم أصلا، أو نسخة مصادق عليها من شهادة اعتناق الإسلام الصادرة حسب التنظيم الجاري (القرار رقم 580 الصادر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف المؤرخ في 21 ذو القعدة عام 1435 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2014)؛
- نسخة طبق الأصل لبطاقة الهوية أو جواز السفر ساري الصلاحية؛
- إحضار شاهدين اثنين؛

- تتأكد المصالح المختصة في الولاية من استيفاء كل الشروط والوثائق والإجراءات المطلوبة عند استلام الملف مقابل تسليم وصل إيداع لأحد الطرفين[1].

إذا كان الملف غير كامل ولا يرسل إلى المصالح الأمنية لإبداء الرأي، وفي حالة قبوله يتم إرساله إلى مصالح الأمن المختصة في أجل لا يتعدى 10 أيام كأقصى حد.

- تجري المصالح المختصة للمديرية العامة للأمن الوطني مقابلة مع الطرفين(الأجنبي والجزائري)، وتقوم بإبلاغ المعنيين بالأمر بتاريخ موعد المقابلة بكل الوسائل المتاحة.
- يصدر الوالي رخصة الزواج المختلط بعد إبداء المصالح المختصة المديرية العامة للأمن الوطني رأيها، وفي كل الحالات يتوجب على المصالح المختصة الرد على ملفات طلب الزواج المختلط في أجل لا يتعدى 15 يوم، قبل انتهاء مدة ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع الملف لدى الولاية.
- في حالة عدم الرد على طلب رخصة الزواج المختلط من طرف المصالح المختصة في الأجل المحدد أعلاه يقوم الوالي بالفصل في الطلب إما بمنح الرخصة الإدارية، أو رفضها مع التعليل.
- يقوم الوالي بتبليغ القرار النهائي للمعنيين بالأمر وللجهات المعنية التالية:

وزارة الشؤون الخارجية (عن طريق وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية).

وزارة العدل (النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا)، وزارة الشؤون الدينية مدير الشؤون الدينية والأوقاف).

المديرية العامة للأمن الوطني (رئيس الأمن الولائي).

تحدد مدة صلاحية رخصة الزواج المختلط سنة واحدة وفي حالة عدم إبرام الزواج بعد انقضاء مدة صلاحيتها يتم إعادة إجراءات طلب الرخصة الإدارية من جديد .

لا يمكن اعتبار هذه الرخصة بمثابة عقد الزواج ولا يمكن استظهارها إلا في الغرض المحدد لها فقط[2].

1- ملحق رقم 3: يتضمن وصل إيداع ملف طلب رخصة الزواج المختلط.

2- التعليمة الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 تتضمن إصدار رخصة الزواج المختلط، إجراءات طلب الرخصة الخاصة بالزواج المختلط، مرجع سبق ذكره، ص 4.

ومنه، يمكن القول بأن التعليمة الوزارية لسنه 1980 الحاملة للرقم 02، تتعلق بوجوب الحصول على رخصة لإبرام عقد زواج الأجانب أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، وقد تضمنت ثلاثة حالات من عقود الزواج وهي حالة زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة، وحالة كون الزوج أجنبي مقيم مع أجنبي غير مقيم، بالإضافة إلى حالة كون الزوج المستقبل للجزائري هو أجنبي، على خلاف التعليمة الجديدة لسنة 2018، حيث أنها لم تتضمن في طياتها الحالات التي سبق وأن ذكرناها والتي جاءت بها التعليمة السابقة، وإنما جاءت لغاية تنظيم طلب واستصدار رخصة الزواج المختلط، بل اكتفى بأن يكون الأجنبي طالب الرخصة، في وضعية إقامة قانونيه فوق التراب الوطني الجزائري.

في رأينا، أن هذه الرخصة الإدارية الغرض منها إجرائي، والتعليمة رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 موجهة من طرف وزارة الداخلية إلى مصالحها الخارجية في مختلف الولايات عبر كافة التراب الوطني، وليست قوة قانونية نسبية وما دام الأمر كذلك فإن قضاة المحاكم غير ملزمين قانونا بتطبيقها .

والرخصة الإدارية الخاصة بالزواج المختلط وجودها مثل عدمها فهي لا تؤثر في صحة عقد الزواج، لا هي بشرط ولا هي بركن[1]. ومشرعو قانون الأسرة لم يتطرقوا إلى بطلان عقد الزواج أو فساده عند تخلف تلك الوثائق، فقانون الأسرة وحده الذي له صلاحية تحديد أركان وشروط صحة العقد وليس المنشور الوزاري أو التعليمة الوزارية[2].

من خلال المناداة بحماية النظام العام والآداب العامة، فيم يتمثل دور وزير الشؤون الدينية من إصدار هذه الرخصة؟ باعتبارة الجهة الأولى بالمحافظة على النظام العام والآداب العامة المتمثلة في الحفاظ على الدين الإسلامي والدعوة لاعتناقه ضمن قواعد الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة، ذلك لما له من دور فعال في بناء سلوك المجتمع وتنظيم الأسر. ووزير العدل حافظ الأختام جراء إصداره لهذه الرخصة إنما أراد بذلك فض النزاعات وحفظ الأمن العام والتزام الداخليين أكثر من غيرهم.

1- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 357345، بتاريخ 2006/06/14، م م، ع، العدد 1، 2007، ص 461. نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1383-1385.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، الهامش رقم 03، ص 451.

بالتالي، فالرخصة الإدارية هي مجرد إجراء شكلي لا أساس له من الصحة، فلا هي بركن ولا هي بشرط كما أسلفنا القول.

ومنه، فمضمون الرخصة يدخل في إطار الإجراءات التنظيمية التي لا تصل إلى مرتبة ركن قيام الزواج ولا شروط صحته هذا من جهة، ولكن من جهة أخرى نجدها أنها ترتقي إلى شرط لزوم في إثبات الزواج بعد أن كان الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية[1]. وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري من خلال إصدار الرخصة نجد أنه حصر الرجل الأجنبي متى تعلق الأمر بالدين فقط إلا أنه بوضع مصطلح أجنبي عممه على الجنسين (الرجل والمرأة الأجنبيين)؛ وعليه يتعين على كليهما احترام ما جاءت به هذه الرخصة.

ثانيا: الترخيص القضائي

يقصد بذلك تلك التراخيص الصادرة عن السلطة القضائية باختلاف مصدرها، هذه التراخيص قررها المشرع الجزائري وأوجب الحصول عليها لتوثيق عقد زواج بعض الفئات وفق شروط موضوعية وإجراءات خاصة[2]. على وجه الخصوص المعلقة منها بالأجنبي.

1. الترخيص القضائي بزواج القاصر:

زيادة على المستندات المطلوب تقديمها في الحالات العادية تحرير عقد الزواج، أوجب القانون ضرورة تقديم مستند آخر وهو قرار الإعفاء من سن الزواج[3].

فالأصل أن الرجل والمرأة لا يمكنهم الزواج إلا بعد بلوغ سن الزواج، المنصوص عليه في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري أي مجرد تمام 19 سنه، غير أن المشرع أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج[4].

يصدر هذا القرار أو الأمر من رئيس المحكمة بناء على طلب ولي القاصر، و بعد إحاطة وكيل الدولة علما بالطلب إذا وجد أن هناك أسبابا جديه تستوجب أو تتطلب الإعفاء، كما أوجب تقديم مستند ثاني وهو الإذن بالزواج، وذلك إذا تعلق الأمر بزواج قاصر أو محجور عليه، لم

1- المحكمة العليا، غ. ش. أ. و. م، ملف رقم 0942668 قرار بتاريخ 2016/02/03، قضية النائب العام لدى مجلس قضاء وهران ضد (ب. ر) و(أ. ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2016، ص 130-132.

2- بلعبيد نصيرة، الشروط الإجرائية لإبرام عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة دفاتر البحوث العلمية، العدد الحادي عشر، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 334.

3- المرجع نفسه، ص 147 و148.

4- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 200.

يتمكن وليه القانوني رضاؤه شفاهة وقت إبرام الزواج، إذ أجاز له القانون في هذه الحالة أن يعبر عن موافقته بواسطة مستند محرر من قبل موثق أو ضابط الحالة المدنية أو من قبل الموظفين الدبلوماسيين في الخارج، أو من قبل الموظفين المحليين الذين يتمتعون بسلطة تحرير الوثائق الرسمية[1].

إلا أنه بعد مصادقة رئيس الجمهورية على المرسوم الرئاسي رقم 16-254 المتضمن التصريحات التفسيرية على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الانسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا[2]، الذي حدد أهلية الزواج بالنسبة للفتاة بثمانية عشر 18 سنة، على خلاف قانون الأسرة 05-02 الذي حددها بتسعة عشر 19 سنة.

لهذا قد يثار إشكال في هذا الشأن، هل القاضي هو ملزم بمنح الترخيص بالزواج للفتاة القاصر التي يقل عمرها عن تسعة عشر 19 سنة أم للفتاة التي يقل عمرها عن ثمانية عشر 18 سنة طبقا للمرسوم الرئاسي 16-254. فالفتاة التي يبلغ عمرها ثمانية عشرة 18 سنة ويقل سنها عن تسعة عشر 19 سنة لا تحتاج إلى ترخيص فهي لا تعتبر قاصر في هاته الحالة، ذلك لأن الاتفاقية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون العادي طبقا لأحكام المادة 150 من دستور 1996 المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، أما بالنسبة للفتى فهو قاصر ويحتاج إلى ترخيص قضائي. غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 06 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 16-254، فإن الفتاة التي تحتاج إلى ترخيص قضائي هي التي يقل عمرها عن ثمانية عشرة 18 سنة، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد حد أدنى للسن الذي يوجب على القاضي في حالة ما إذا قرر منح الترخيص بالزواج ألا ينزل عنه، بل ترك ذلك لسلطته التقديرية. فالقاضي هنا وجب

1- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 148.

2- الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب لعام 1980، الصادر عن مجلس الرؤساء الأفارقة، كينيا، نيروبي، الدورة رقم 18، يونيو 1981. الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16-254 المتضمن التصريحات التفسيرية على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الانسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 2016/10/05.

عليه إعمال سلطته في أضيق الحدود وبالتالي لا يمكنه أن ينزل عن ثمانية عشرة سنة إلا بسنة أو سنتين هذا بالنسبة للفتاة، أما بالنسبة للفتى فلا يقل عن تسعة عشر 19 سنة إلا بسنة أو سنتين[1].

2. الترخيص القضائي بتعدد الزوجات:

شرع الله سبحانه وتعالى الزواج لحم متعددة، يضيق المقام عن حصرها، ومنها على سبيل المثال: بقاء النسل، وحماية الأعراض، وحصول السكن، وغير ذلك. إلا أن الزواج بامرأة واحدة، قد لا يحصل هذا المطلوب، فقد تكون المرأة عاقرا، وقد لا تتحقق العفة للزوج بامرأة واحدة، وتتوق نفسه لغيرها، أو تصاب المرأة بمرض مزمن، لا تصلح معه لأداء الحقوق الزوجية، أو أن يكون الرجل كثير السفر، طويل الإقامة في غير بلده، مما يعرضه للفتن، فلا حل له حينئذ إلا الصبر، أو التزوج بأخرى، وإلا وقع في الحرام...إلخ[2]. ويأخذ موضوع تعدد الزوجات في نطاق الأحكام الدينية أهمية كبيرة، فبالنسبة للمسلمين فهو يتيح لهم التعدد في حدود أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث تعتبر أحكام الشريعة الإسلامية حسب كل بلد القانون الواجب التطبيق.

والمتأمل في موقف القوانين الوضعية في تناولها لموضوع تعدد الزوجات يجد فيها تباينا واختلافا ظاهرا، وهذا ناتج عن اختلاف نظرتها إلى هذا الموضوع، فمنها من اعتبره مشكلة وأقر لها عقاب، ومنها من اعتبره ضرورة وجب تقديرها ومنهم من يراه علاجا لكثير من الأمراض والمشاكل الاجتماعية. ومن بين التشريعات التي تبيح تعدد الزوجات بدون شرط أو قيد الأردن وهي من الدول التي تأخذ بهذا الاتجاه حسب ما جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36/10 في المادة 28 الفقرة 6 التي نصت على أن: "الجمع بين أكثر من أربع زوجات أو معتدات من طلاق رجعي يعتبر صورة من صور المحرمات المؤقتة"، والمادة 31 الفقرة 3 من نفس القانون نصت على أن: "تزوج الرجل بامرأة فوق أربع نسوة يعتبر عقد زواج فاسد"[3]. كما تعتبر الشريعة الإسلامية المرجع في تعدد الزوجات في دولة الكويت كما جاء في نص المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 61 على أن: "لا يجوز أن يتزوج الرجل بخامسة قبل أن ينحل زواجه بإحدى زوجاته

1- أحمد شامي، فيروز بن شنوف، المرسوم الرئاسي رقم 16-254 وأثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، ص 611 و612.

2- علي ونيس، تعدد الزوجات: شريعة دائمة وسنة باقية، شبكة الألوكة، (د. ذ. ب)، 2016، ص 01.

3- قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010، المعدل بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019.

الأربع وتنقضي عدتها"[1]. أما في لبنان فقد نظم المشرع اللبناني أحكام زواج المسلمين والمسيحيين، أما المسلمين يجوز التعدد إلى أربع نسوة كما هو حكم الشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة 14 بقولها إن تزوج الرجل الذي له أربع نسوة محصنات أو معتدات بامرأة أخرى ممنوع[2]، أما بالنسبة للمسيحيين اللبنانيين فإن تعدد الزواجات ممنوع حيث نصت المادة 30 لا يجوز لرجل مسيحي أن يجمع امرأتين أو أكثر في عصمته.

ومنه، فإن أحكام الشريعة الإسلامية تطبق على المسلمين ولو كان متزوجا بكتابية أو مسيحية أو حتى يهودية، أما فيما يخص الطوائف الأخرى وهم المسيحيون واليهود فإن شرائعهم الدينية هي التي تسري عليهم، وإن اختلافا الزوجان في الطائفة، فإنه تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، حيث أن أبناء الطائفة الواحدة يطبق عليهم أحكام شريعتهم، أما الطوائف المختلفة فتطبق عليهم الشريعة الإسلامية. غير أن نظام تعدد الزوجات في بعض الدول المسلمة مقيد بشروط لم تأتي بها أحكام الشريعة، فكان الهدف منها تنظيم هذا النظام وضبطه وتقييده، حيث قيد المشرع المغربي تعدد الزوجات في نصوص المواد 40 إلى 46 من مدونة الأسرة المغربية، حيث يقضي بجواز تعدد الزوجات إلى أربع ولكن إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يجيز التعدد وهذا ما جاء في المادة 40 من المدونة المغربية، غير أنه تم انتقاد المشرع المغربي حول شرط العدل ذلك أن العدل أمر ديني وليس قضائي وأنه لا يقضي بطلان العقد أو فساده فقد يخاف الانسان الظلم ولا يظلم، وقد يظلم ثم يتوب ويعدل بين زوجاته، كما أضاف المشرع المغربي قيد آخر للتعدد ألا وهو الإذن من المحكمة حسب المادة 41 والتي تنص: "لا تأذن المحكمة بالتعدد إلا:

- إذا لم يثبت المبرر الموضوعي الاستثنائي؛
- إذا لم تكن لطالبة الموارد الكافية لتولي مسؤولية الأسرتين، وضمان جميع حقوق من نفقة ومسكن والمساواة في جميع أوجه الحياة".[3]

1- قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين رقم 29 لسنة 2004، ص 18.

2- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، الشركة المصرية للطباعة والتوزيع، القاهرة، مصر، 1988، ص 250-252.

3- القانون رقم 03-70 المعدل بموجب القانون رقم 15.102، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5184، بتاريخ 14 ذي الحجة 1424هـ، 5 فبراير 2004م، ص 18.

ضف إلى ذلك، نجد المشرع السوري هو الآخر قيد بموجب المادة 17 بالقدرة على الانفاق والمسوغ الشرعي لجواز التعدد، بحيث نصت على أن: "يمنح القاضي الاذن للمتزوج أن يتزوج على امرأته إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان قادرا على نفقتهما"[1].

في حين نجد المشرع التونسي من خلال الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نص على أن تعدد الزوجات ممنوع أي مجرم، حيث أقر الفصل 18[2] ما يلي:

"أولا: تعدد الزوجات منهي، وأي شخص متزوج قبل انتقاض الزواج الأول، ثم تزوج ثانية، عوقب بالسجن لمدة سنة أو بغرامة مقدارها 240.000 مليم أو كليتهما؛ ثانيا: كل متزوج يخالف القواعد الواردة في القانون رقم 3 عام 1957 بشأن الحكم المدني وعقد الزواج الثاني، وهو لا يزال في الرابطة الزوجية، يعاقب بعقاب المثل؛ ثالثا: من قام بتزويج أي شخص عمدا يعاقب، ووفقا للقانون غير الرسمي بعقاب المثل[3].

وهو نص صارم وحاسم لا مجال فيه للاجتهاد أو التأويل خاصة بعد أن أضيفت إليه الفقرات 3 و4 و5 بموجب القانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 1964/04/21، الذي أغلق الباب أمام أية محاولة للزواج بخلاف الصيغ القانونية؛ فالمسألة من وجهة نظر القانون محسومة لا لبس فيها ولا جدال[4].

أما تعدد الزوجات في الجزائر له إجراءاته الخاصة، يمكن استنباطها من نصوص المواد 8 و8 مكرر و8 مكرر 1 من قانون الأسرة الجزائري، وكمرحلة أولى يرفع طالب التعدد أو الزوج الذي يرغب الزواج بثانية أن يرفع طلبا لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، يرمي إلى الحصول على الترخيص بالزواج، وهذا الأخير لا يمكن لرئيس المحكمة أن يصدره إلا

1- القانون رقم 4 لعام 2019 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته.

2- القانون عدد 70 لسنة 1958 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

3- Muhammad Roy Purwanto, Tamyiz Mukharrom, Tulisan ini menjelakan tentang perbandingan Hukum Keluarga di Tiga Negara, yaitu Indonesia, Saudi Arabia dan Tunisia, (مقارنة قوانين الأسرة في تونس وإندونيسيا والمملكة العربية السعودية حول تعدد الزوجات), International Journal of Business, Economics and Law, Vol 9, Issue 5 (Apr), Islamic University of Indonesia, 10/04/2016, P. 136.

4- بوعلالة عمر، تعدد الزوجات بين الحق والرخصة في التشريعات الأسرية المغاربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، جوان 2015، ص 61.

بعد تأكده من حصول موافقة الزوجتين (السابقة واللاحقة) على هذا التعدد[1]، وبعد تأكده من وجود المسوغ الشرعي للزواج بأخرى؛ كما يتعين على الزوج تدعيم طلبه بما يثبت المبرر الشرعي الذي دفعه إلى التعدد وكذا قدرته على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية وإذا استنفدت كل الإجراءات القانونية تصدر المحكمة قرارها النهائي بالإذن لطالب التعدد، أو برفض الطلب إن لم تتوفر الشروط المطلوبة التي ذكرتها أعلاه.

نخلص إلى القول، بأن مختلف التشريعات متفقة إلى حد الإجماع على وضع مجموعة من الوثائق الواجب توافرها لإبرام عقد الزواج المختلط، والغاية من ذلك هو تنظيم هذا الأخير بشكل يمكن من توحيده عبر التراب الوطني في مختلف هذه الدول.

المطلب الثاني: إجراءات الزواج المختلط أثناء العقد

حسب هيئة الأمم المتحدة حدث الزواج يجب أن يثبت من أجل تحديد المسؤولية القانونية في مسائل الالتزام بالتغذية، ولتأسيس الحق في الميراث أو المنحة أو الشرعية أو من أجل إثبات الملف أو الخلف[2].

من هذا المنطلق أصبح استعمال سجل الزواج إلزاميا في كل بلدية من أجل إضفاء الصبغة القانونية والرسمية للزواج، حيث يقيد في السجل كافة عقود الزواج المبرمة سواء أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وكذلك كافة القرارات القضائية المعلنة للزواج والأحكام القضائية المثبتة للطلاق على هامش عقود الزواج[3]. ومن خلال تسجيل عقد الزواج أمام الجهات المختصة والمكلفة بإبرام عقد الزواج وتوفير الوثائق اللازمة المثبتة لصحة العقد تثبت الأنساب وتحفظ حقوق الأبناء، حيث

1- لعل العبارة التي جاءت ضمن المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري: " يجب على الزوج إخبار..." التي جاء بها المشرع الجزائري ليس معناها رضا الزوجة الأولى بصريح العبارة، وإنما أراد بها الإخبار معناه مجرد إخطارها أو إشعارها بالزواج الجديد بتبليغ مسجل ومضمون الوصول، مع أن نية المشرع في هذا الموضوع ألا وهي "الرضا" هذا ما أكدته الفقرة الموالية من هذه المادة؛ ضف إلى ذلك ما جاء في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في احدى قراراتها: إن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بزواجه الثاني لأن العلم به شيء والرضاء به شيء آخر، والمادة 08 من قانون الأسرة منحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حال عدم الرضا بزواجه الثاني. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 334060، بتاريخ 2005/01/19، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2005، ص 325.

2- يحي لعمارة محامد، الحالة المدنية في الجزائر: دراسة ميدانية على عينة من بلديات الوطن، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على شهادة الدكتوراه، جامعة أحمد بن أحمد 2، وهران، الجزائر، 2015/2014، ص 194.

3- المرجع نفسه، ص 115.

يعد عقد الزواج دليل على مشروعية العلاقة بين الرجل والمرأة وعلى صحة نسب الذرية الناجمة عن هذا الزواج، إذ يثبت هوية كل من الرجل والمرأة المقترنين وتاريخ اقترانهما لضمان حقوق الطرفين وفروعهم أثناء الزواج وبعده في حالة الانفصال إما بالطلاق أو بوفاة أحد الطرفين أو أحد أبنائهم.

وعليه، فإنه من بين الإجراءات القانونية أثناء إبرام عقد الزواج، نجد الجهات المكلفة بإبرام عقد الزواج المختلط في الفرع الأول، بالإضافة إلى تسجيل عقد الزواج وإجراءات توثيقه وإثباته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الجهات المكلفة بإبرام عقد الزواج المختلط

يحدد القانون المحلي الأعوان المؤهلين قانونا لتلقي عقود الزواج وأشكال تحريره، كالصيغ والتوقيعات المطلوبة فيه، وطريقة إشهاره ومدى جواز الاعتراض عليه ومدة تقديمه[1]، فلقد أكد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من ق. أ. ج على ضرورة إبرام العقد أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا.

هذه المادة اقتصرت على العقود المكتوبة والمعبرة قانونا على تلك التي يتولى الموثق بصفته ضابطا عموميا كالتي يتولى أي موظف مؤهل قانونا فيها إبرام العقود كما هي حال ضابط الحالة المدنية على مستوى البلديات، والقنصل أو رئيس المركز القنصلي للجمهورية الجزائرية باعتباره مهل قانونا للقيام بمهام الموثق وفقا لما هو وارد في نص المادة من المرسوم الرئاسي رقم 02-407[2].

إلا أن المشرع الجزائري بتنصيصه من خلال نص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على إبرام العقد أمام موظف مختص إلا أنه لم يحدد لنا صفته، لكن بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية في نص المادة 71 نجد أنها أشارت إلى تسجيل عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية المختص قانونا بالجزائر ممثلا برؤساء المجلس الشعبي البلدي ونوابه، أما في الخارج فرؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على دائرية قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية هم المختصون بإبرام عقد الزواج.

1- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 168.

2- المرسوم الرئاسي 02-407 المؤرخ في 21 رمضان 1423 الموافق لـ 2002/02/01 المحدد لصلاحيات رؤساء المراكز القنصلية للجمهورية الديمقراطية الشعبية.

ومن خلال استقراءنا للمواد في قانون الحالة المدنية وكذا قانون الأسرة الجزائري يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد حصر وظيفة أو صلاحية توثيق وتحرير عقود الزواج في شخصين اثنين لإبرام عقد الزواج بالإضافة إلى الموظف المختص قانونا بالخارج أو ممثليه في الدولة المستضيفة المتمثل في القنصل أو الأعوان الدبلوماسيين.

أولا: اختصاص ضابط الحالة المدنية بتوثيق الزواج

بالرجوع إلى نص المادتين الأولى والثانية من قانون الحالة المدنية الجزائري[1] نجد أنهما تحددان الأشخاص الذين يوصفون بكونهم ضباط للحالة المدنية وهم أشخاص على سبيل الحصر يتم تكليفهم قانونا لمجموعة من المهام من بينها ما ورد في البند الثاني من المادة الثالثة من قانون الحالة المدنية بشأن تلقي عقود الزواج وتسميتها أو بالأحرى القيام بتوثيقها ومنه فإن دراسة هذه الفقرة تقتضي التطرق لضابط الحالة المدنية ومن ثم تحديد اختصاصاته في إبرام عقود الزواج وكذا مسؤوليته منها.

يعتبر ضباط الحالة المدنية الأشخاص المخول لهم تسجيل زيجات الوطنيين الجزائريين بالجزائر هم رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه وذلك بعد نجاحهم في الانتخابات البلدية المحلية وينعقد الاختصاص لهاتين الفئتين بالأصالة وذلك بصريح نص المادة الأولى من قانون الحالة المدنية حيث نصت على: "إن ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية ".

ويمكن أن يعقد الاختصاص في القيام بالمهام الموكلة لرئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يوجد بدائرة مسكن الخطيبين أو أحدهما أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة أحدهما، كما ينعقد الاختصاص كذلك لنوابه بصفتهم ضباط الحالة المدنية أو إلى الأعوان الذي يشغلون وظائف دائمة على مستوى البلدية التي يعملون فيها والبالغين من العمر 21 سنة، شريطة أن يتم تكليفهم بأداء مهام ضباط الحالة المدنية من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي عن طريق التفويض، أي

1- الأمر 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 مرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق لـ 9 غشت سنة 2014.

أنه يجوز لهذا الأخير أن يفوض مهامه كضباط للحالة المدنية إلى أحد الأعوان وفق إجراءات معينة[1].

يرسل قرار التفويض إلى والي الولاية التابعة لها البلدية المعنية بتفويض أحد أعوانها أو البعض منهم لتولي مهام ضابط الحالة المدنية، وكذلك إلى النائب العام بالمجلس القضائي الذي توجد في دائرة اختصاصه البلدية المعنية بالأمر.

باستيفاء هذه الإجراءات يتولى الأعوان المستخدمين مهام ضابط الحالة المدنية في القيام يتلقى عقود الزواج ومن ثم توثيقها، إذ يجوز لهم وفق الصفة التي اكتسبوها عن طريق التفويض تسلم كل نسخ الحالة المدنية وملحقاتها ونشراتها مهما كان نوع هذه العقود.

غير أن المثير للانتباه في هذه المقتضيات هو تعدد الأشخاص المؤهلين للقيام بمهام ضابط الحالة المدنية مما قد ينتج عنه مشكل لتنازع الإيجابي في القيام الموكلة إلى الضابط، فالنواب متعددون وكذلك الأعوان فلمن ينعقد الاختصاص حينئذ خصوصا وأن الضابط حين القيام بمهامه يكون مسؤولا مسؤولية كاملة عما يقوم به من أعمال[2].

ولضباط الحالة المدنية اختصاصات معينة تدخل في إطار عملهم:

1. الاختصاص النوعي:

ويتلخص هذا الاختصاص وفقا للصلاحيات المحددة ضمن المادة الثالثة من القانون رقم 17-03 وهي:

- تلقي التصريحات بالولادات وتحرير العقود المتعلقة بها[3].

1- نصت المادة الثانية من القانون رقم14-08 على أنه: " يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤولياته، أن يفوض إلى نائب أو عدة نواب أو إلى المندوبين البلديين أو إلى المندوبين الخاصين وإلى أي موظف بلدي مؤهل، المهام التي يمارسها كضابط للحالة المدنية لتلقى التصريحات بالولادات والزواج والوفيات وتسجيل وقيد جميع العقود أو الأحكام في سجلات الحالة المدنية، وكذا لتحرير جميع العقود المتعلقة بالتصريحات المذكورة أعلاه". لقد تم إلغاء القانون 14-08 بموجب صدور القانون رقم 17-03 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق لـ 10 يناير سنة 2017، يلغي القانون رقم 14-75، ويعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية الجزائري، والقانون رقم 14-08 جاء بهدف إصلاحي لمرفق الحالة المدنية.

2- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 102.

3- يتضح من خلال هذه الصلاحية أن ضابط الحالة المدنية يفترض ألا يتلقى تصريحات بل دوره منشئ للعقود، كما أن دوره تولي تسجيل الوثائق التي يتلقاها وليس العقود، فإذا نظرنا إلى حالة الوفاة والميلاد عملا بالقانون فإن

- تحرير وتسجيل وتوثيق عقود الزواج طبقا لنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري[1]، ومنه قررت المحكمة العليا الجزائرية أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الطرفين وحضور ولي الزوجة والشاهدين والصداق وأبرم العقد أمام ضابط الحالة المدنية[2].

- استلام شهادات الإعفاء من سن الزواج بالنسبة للقصر والأذون الخاصة بالزواج (الأجانب وموظفي الأمن والعسكريين)، بالإضافة إلى حسن مسك سجلات الحالة المدنية وذلك بتسجيل كل الوثائق التي يتلقاها. وتقييد كل البيانات الهامشية، ومنطوق الأحكام القضائية المتعلقة بالطلاق وتصحيح الوثائق، كما يسهر على حفظ السجلات المستعملة والمحفوظة والمودعة في محفوظات البلدية والبعثات الدبلوماسية والمراكز القنصلية.

2. الاختصاص المحلي:

بمقتضى نص المادة 71 من القانون رقم 17-03 يحرر ضابط الحالة المدنية عقود الزواج الواقعة بدائرة اختصاصه، بمعنى آخر على كل من الزوجين أن يحررا عقد زواجهما أما ضابط الحالة المدنية التي يقع في دائرة اختصاصه الموطن الدائم أو محل إقامتهما الدائمة أو لأحدهما.

وإذا لم يكن لهما موطن أو محل إقامة دائم ففي محل إقامة أحد الزوجين مؤقتا على ألا تقل المدة عن شهر إلى تاريخ إبرام عقد الزواج، وهذه المهلة لا تطبق على المواطنين الحاملين للجنسية الجزائرية؛ وعلى الزوجين احترام الاختصاص المحلي، فيما يخص تحرير عقود الزواج وإذا ما حرر هذه العقود خارج حدود دائرة اختصاصه كانت عرضة للبطلان[3].

وعليه، فإن أي عمل مخالف لذلك يعتبر مخالفا للقانون ويصبح باطلا ولا قيمة قانونية له، ويتعين على ممثل النيابة العامة أن يطلب من رئيس المحكمة إصدار حكم ببطلانه متى وصل إلى

=كلتا الحالتين لا تمثلان عقدا ذلك أن العقد ينشأ بتطابق إرادتين، وفي هذين الأخيرين لا يتوفر هذا الشرط عكس الزواج الذي ينشأ بإرادة الطرفين طبقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري؛ فكان يفترض على المشرع توحيد كل من الوفاة والميلاد وتخصيصهما بشهادة وإفراد الزواج بمصطلح عقد وكفى.

1- يسري نص المادة 18 من الأمر 05-02 المتعلق بتعديل قانون الأسرة الجزائري كالآتي: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون.

2- المحكمة العليا، غ. أ. ش، الملف رقم 248683، بتاريخ 2000/09/19، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2003، ص 276.

3- محروق كريمة، عقد الزواج غير الموثق: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الجزائر، 2016، ص 51.

علمه أن عملا مثل هذا قد وضع شكل مخالف للقانون وله أيضا أن يحرك دعوى جزائية ضد ضابط الحالة المدنية الأصيل أو المفوض الذي يرتكب هذه المخالفة، ويقدمه أمام المحكمة لمجازاته[1].

أما إذا عقد جزائري أو جزائرية عقد زواجهما في بلد أجنبي فإن لهما إبرام عقد زواجهما أمام الجهات التي حددتها المادة 97 من القانون رقم 17-03 وهي:

- أمام الجهات الأجنبية المكلفة بتحرير عقد الزواج على أن يحترم الطرف الجزائري الشروط الموضوعية التي يتطلبها التشريع الجزائري إبرام عقد الزواج.
- أو أمام هيئة دبلوماسية أو القنصلية الجزائرية الموجودة بالبلد الأجنبي الذي سيبرم فيه عقد الزواج بين الجزائريين أو جزائري وأجنبية من حاملي جنسية ذلك البلد.

أما إذا أبرم عقد الزواج خارج هذه الجهات كان مشوبا بالبطلان النسبي لمخالفته الاختصاص المحلي[2]؛ فكل عقد لا يبرم أمام الجهات الرسمية يعتبر عقدا عرفيا والعقد العرفي هو العقد الذي يبرم بحضور جماعة من المسلمين وبتوافر الشروط والأركان الشرعية إلا أن مثل هذه العقود لا ترتب آثارها القانونية.

قد تترتب مسؤولية عن ضابط الحالة المدنية عن الأخطاء التي قد يرتكبونها بأنفسهم أوبواسطة مفوضيهم، أثناء ممارستهم وظائفهم المتعلقة بسجلات الحالة المدنية، والتي يمكن أن ينتج عنها ضرر للمواطنين أو للمصلحة العامة، لذلك فإن القانون قد أخضع ضابط الحالة المدنية إلى رقابتين: رقابة قضائية ورقابة إدارية، وأند مهمة الرقابة القضائية إلى النائب العام الذي توجد البلدية في نطاق اختصاصه، ومهمة بالرقابة الإدارية إلى الوالي الذي توجد البلدية داخل نطاق ولايته[3].

واستنادا للسلطات المخولة للنائب العام[4]، فإنه ينبغي له أن يقوم بنفسه أو بواسطة ممثله بالاطلاع على سجلات ووثائق الحالة المدنية، والتحقق من حسن تنظيمها، ويحرر محضرا بذلك يرسله إلى وزارة العدل، وإذا وجد بها أخطاء أو مخالفات أمكنه أن يحرك دعوى ضد ضابط الحالة

1- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 55.

2- محروق كريمة، مرجع سابق، ص 52.

3- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 56.

4- راجع المواد من 24 إلى 26 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري.

المدنية، ويطلب معاقبته وتجميله مسؤولية أخطائه مدنيا أو جزائيا وذلك حسب نوع الخطأ وجسامته.

كما قد يكون ضابط الحالة المدنية مسؤولا عن كل تحريف في سجلات الزواج[1]، وفي حالة ما إذا حرر عقد الزواج دون الحصول على الرخص المشترطة في الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين على حد تعبير المادة 77 من قانون الحالة المدنية، واللافت للانتباه هو المقصود من عبارة "**الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين**"، فمن هؤلاء الأشخاص أكان المقصود بالولي والشهود، فإذا كان الأمر كذلك هل يشترط في هؤلاء استصدار رخصة من أجل حضور عقد الزواج.

وفي هذا يمكن أن يكون المشرع قد أخطأ في صياغة النص إذ أن الرخصة تنصرف إلى المتعاقدين أنفسهم والذين يمكن أن يكون من الفئات التي تشترط فيها تراخيص إدارية، كأن يكون الزوج عسكريا، أو قضائية كأن يكون أحدهما أو كلاهما قاصرا[2]. كما يعاقب أيضا، ضابط الحالة المدنية الذي يحرر وثيقة الحالة المدنية في ورقة عادية مفردة في غير السجلات القانونية المعدة لذلك[3]، فإنه يترتب عليه تعويض الضرر الذي يكون قد أصاب الأطراف، وذلك دون الإخلال بالجزاءات المقررة في قانون العقوبات[4].

أما من خلال نص المادة 77 من القانون رقم 17-03، فإن ضابط الحالة المدنية يخضع لمتابعة جزائية في حالة اقترافه لأخطاء معينة[5]، كإتلافه لسجلات الزواج أو تزويرها أو نزع أوراق الملكية منها والذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج، أو تسجيل عقد زواج لامرأة سبق لها الزواج قبل انقضاء مهلة العدة المقررة لها شرعا، أو تحرير عقد الزواج لم يحترم فيه شروط الزواج المحددة قانونا وغيرها من المخالفات[6].

1- انظر المادة 27 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري.

2- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 104.

3- انظر المادة 28 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري.

4- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 58.

5- حدد المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون العقوبات في المواد 158 و159 و214 و215 الحالات التي يمكن أن يتابع بشأنها ضابط الحالة المدنية جزائيا.

6- محروق كريمة، مرجع سابق، ص 53.

وفي هذا الشأن قرر المشرع الجزائري إمكانية معاقبة ضابط الحالة المدنية الذي ارتكب المخالفات التي ذكرناها بالحبس من عشرة أيام إلى شهرين وبالغرامة من خمسين إلى خمسمائة دينار أو بإحدى العقوبتين فقط[1].

وفي حالة ما إذا يطبق ضابط الحالة المدنية الإجراءات المقررة في المادة 77 يعاقب بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دج بموجب حكم صادر عن المحكمة الناظرة في المسائل المدنية[2].

وفي هذا أدعو المشرع إلى إعادة النظر في القيمة المالية المقررة كعقوبة، إذ أن 200 دج لا تساوي في قيمتها إلا مقدار وجبة خفيفة لشخص بسيط الحال، كما يجب على المشرع إعادة النظر في الجهة التي تصدر العقوبة فالتعويض يصدر عن المحكمة المدنية وليس عن المحكمة الجزائية، بالرغم من أن الفعل واقعة جريمة في الأصل اختصاصها النوعي يرجع للمحاكم الجزائية.

بالإضافة إلى هذه العقوبات، يمكن أيضا معاقبة ضابط الحالة المدنية بالحبس من 15 يوما إلى 3 شهور، وبالغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد إذا حرر عقد زواج ولم يحترم شروط سن الزواج المحددة قانونا[3].

واستنادا لأحكام نص الفقرة الثالثة من المادة 23 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية، فإن للولاة ورؤساء الدوائر ونوابهم الاطلاع على سجلات الحالة المدنية، استثناء من القاعدة العامة التي تمنح الاطلاع على السجلات وهذا الاستثناء مؤداه ممارسة الرقابة الإدارية[4].

وعليه، بمقتضى هذه الرقابة فإن لوزير الداخلية استنادا لتقرير الوالي، أن يأمر بوقف ضابط الحالة المدنية عن ممارسة مهامهم أو عزلهم في الحالات التي يحكم فيها عليهم بعقوبة جزائية مشية، وارتكابهم لأخطاء جسيمة حين أدائهم بالمهام الوظيفية المكلفين بها[5].

ثانيا: اختصاص الموثق بتوثيق عقود الزواج

بصريح المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق..."، يختص الموثق إلى جانب ضابط الحالة المدنية في توثيق عقود الزواج، والغرض من

1- انظر المادة 441 من قانون العقوبات الجزائري.

2- انظر المادة 29 من القانون رقم 17-03 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري.

3- راجع المادة الثانية من القانون رقم 224-63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 المتعلق بتحديد سن الزواج.

4- محروق كريمة، مرجع سابق، ص 52.

5- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 60.

هذا المقتضى هو إضفاء الرسمية على عقد الزواج الذي يدخل ضمن اختصاص الموثق كون أن الزواج يشترط فيه القانون الصيغة الرسمية، والموثق هو الذي ينعقد له الاختصاص في إضفاء الصيغة الرسمية على العقود طبقا للمادة الثالثة من القانون المتضمن تنظيم مهنة الموثق[1]، فيكون على الموثق توثيق عقود الزواج ليكون لها الحجية المطلقة في إثبات الواقعة لأن لا تكون عرضة للإنكار بعد ذلك.

عرفت الموثق المادة 3 من قانون التوثيق الجزائري وكذلك القرار المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثق[2]، في مادته الثالثة على أنه: " الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الطبيعة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة".

ويشترط في الموثق حسب نص المادة السادسة من القانون نفسه، الآتي:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
- حيازة شهادة ليسانس على الأقل أو ما بعدها.
- بلوغ خمسة وعشرين (25) سنة.
- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.
- التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

هذا وقد أحالت المادة شروطا أخرى وكيفية تطبيق مجموع الشروط السالفة الذكر على تنظيم خاص. أما عن كيفية الالتحاق بمهنة التوثيق في هذا القانون فقد نصت المادة الخامسة منه على مايلي: "تحدث شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق.

تنظم وزارة العدل مسابقة الالتحاق بالتكوين للحصول على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق، بعد استشارة الغرفة الوطنية للموثقين في هذا الشأن.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

1- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق في الجزائر.

2- قرار 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 92 لسنة 1992.

إذن، فالموثق لا يكون كذلك إلا بحاجة لمسابقة وطنية تنظم لهذا الغرض، وفي حال نجاحه يكون عليه الخضوع لتكوين متخصص من أجل التعرف على مهنة التوثيق عن كثب، والمطلوب حسن تطبيق مبادئها الأساسية وكذا السهر على تحقيق الأهداف التي وجد من أجلها التوثيق، وفي حال إتمامه التربص يكون عندئذ حائزا لشهادة الكفاءة المهنية للتوثيق من ثمة يتم تعيينه موثقا بقرار من وزير العدل حافظ الأختام[1]، يؤهله بأن يفتح مكتبا عموميا للتوثيق يتولى الموثق تسييره لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، على أن يخضع مكتب التوثيق لشروط ومقاييس خاصة محددة عن طريق التنظيم[2].

ولا يستأنف الموثق مهنته بهذه الصفة إلا بعد تأديته اليمين أمام المجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه[3].

الموثق، رغم كونه مؤسسة مستقلة بذاتها مصنفة في خانة المهن الحرة بمقتضى هذا القانون، إلا أن القانون ذاته أضفى عليه صفة الضبطية العمومية، بأن منحه اختصاص السلطة العمومية في توثيق العقود عامة وعقد الزواج على وجه الخصوص، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه: "يكون الزواج صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصداق وأبرم أمام الموثق ..."[4].

هذا وينعقد الاختصاص للموثق في توثيق عقود الزواج فوق كامل التراب الوطني دون تحديد لمحل معين، فجميع الموثقين عبر التراب الوطني يمكن لهم توثيق عقود الزواج داخل القطر الجزائري بغض النظر عن موطن طرفيه أو محل إقامتهما، أو مكان تواجدهما، ويخضع في ذلك لرقابة إدارية وقضائية الغرض منهما السهر على حسن تطبيق الموثقين للنصوص القانونية ومساءلة كل من تسول له نفسه التلاعب بالوثائق المراد توثيقها.

1- راجع المادة 07 من القانون المنظم لمهنة التوثيق في الجزائر.

2- راجع المادة 09 من القانون المنظم لمهنة التوثيق في الجزائر.

3- يسري نص المادة 08 من القانون المنظم لمهنة التوثيق في الجزائر: أقسم بالله العلي العظيم، أن أقوم بعملي أحسن قيام، وأن أخلص في تأدية مهني وأكتم سرها في كل الظروف سلوك الموثق الشريف، والله على ما أقول شهيد.

4- المحكمة العليا، غ. أ. ش، الملف رقم 248683، بتاريخ 2000/09/19، سبق نشره.

وبما أن التوثيق مهنة خاصة فإنه من البديهي أن يتقاضى الموثق أتعابا على توثيق عقد الزواج، حيث يكون على أطراف العلاقة الزوجية دفع مبلغ يقدر بـ 1800 دج، 500 دج منه يقتطع لمصلحة الضرائب.

ومنه، يمكن القول أن الموثق بالنظر إلى مستواه التكويني يكون أهلا لتوثيق العقود على اعتبار أنه أولا: يكون حائزا على شهادة الليسانس، بالإضافة إلى ضرورة اجتيازه لمسابقة وطنية تنظم لهذا الغرض، غير أن الكفاءة التي يتمتع بها الموثق لا تغني من إبداء الانتقاد بشأن اختصاصه في تحرير عقود الزواج وتوثيقها على اعتبار أن الزواج يندرج ضمن العقود التي يجب على الإدارات العمومية التابعة للدولة أن تتولى مهمة توثيقها لأمرين هامين: أحدهما يتعلق بتوحيد نماذج عقود الزواج عبر كامل التراب الوطني، وثانيهما يرتبط بضرورة الحفاظ على قاعدة التيسير في الزواج بتكريس مجانية العقد وهو ما لا يتأتى في حالة إبرامه لدى الموثق[1].

ثالثا: اختصاص السلك الدبلوماسي بإبرام عقد الزواج

لقد أقرت المعاهدات الدولية والتشريعات باختصاص السلك الدبلوماسي لإبرام عقود الزواج في الخارج، ومن ذلك ما تقضي به اتفاقية لاهاي لسنة 1978[2] بصحته قد اعترفت لهم بصلاحية إبرام زواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين فيها شريطة أن هذه البلدان لا تمنعهم من ذلك[3].

كما منحت اتفاقية فيينا لسنة 1963[4] الصلاحية لرجال السلك الدبلوماسي والقنصلي في التصرف كضباط الحالة المدنية[5]، كما ترخص الاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية لسنة 1974 بأن يعقدوا الزواج إذا كان الزوجان من رعايا الدولة الباعثة[6].

1- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 138 و139.

2- اتفاقية لاهاي المتعلقة بالإشهار والاعتراف بشرعية الزيجات المؤرخة في 14 مارس 1978.

3- انظر المادة 5/د من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.

4- امحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا، (د. ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019، ص 319.

5- الاتفاقية القنصلية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، الصادرة بموجب الأمر رقم 74-75 المؤرخ في جمادى الثانية عام 1394 الموافق 12 يوليو 1974، الموقعة بباريس، في 24 مايو 1974، ج. ر. ج، عدد 62، السنة الحادية عشرة، الجمعة 13 رجب 1394 الموافق 2 غشت 1974.

6- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 220.

وإذا كان ضباط الحالة المدنية بالجزائر هم رؤساء المجالس البلدية الشعبية ونوابهم، ومن يفوضونهم من الموظفين التابعين لبلدياتهم، فإن ضباط الحالة المدنية خارج الوطن هم رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دوائر قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية[1].

ومنه، فإنه يحق للجزائريين المقيمين في البلاد الأجنبية الاختبار بين إبرام عقد زواجهم وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي لبلد الإبرام[2]، وذلك من خلال تقنية التوسع في تليين النظام العام، للحد من بطلان الزيجات المبرمة بالخارج، وكذا تحقيق التعايش بين النظم القانونية بشأن الزواج، بأن تسمح الدولة للأجانب المقيمين على إقليمها بالاستفادة من الأشكال المقررة في قانونها الوطني إن هم أرادوا ذلك[3]. أو إبرام عقود زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم وذلك بالتوجه إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة[4].

ولم تشد الجزائر عن القاعدة التي أقرتها معاهدة لاهاي، حيث اعترفت هي الأخرى بصحة العقود المبرمة أما الأعوان الدبلوماسيون والقناصل إعمالا بالقانون الجزائري[5]؛ حيث جاء في مضمون نص المادة 96 من قانون الحالة المدنية: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

وإعمالا بهذه المادة، فإنه يعتبر صحيحا زواج الجزائريين المبرم طبقا للقانون الجزائري أما الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل في الدول المعتمدين فيها.

ويلاحظ في نفس الوقت، أن هذه المادة لم تعلق اختصاص رجال الأحوال الدبلوماسيين أو القناصل على أي شرط، ولذلك لا يشترط في صحة العقد الذي يقومون بتحريره طبقا للقانون

1- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 263.

2- امحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص 319.

3- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 141.

4- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 167.

5- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 245.

الجزائري أن يعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها مثل ما يشترط ذلك القانون المدني المصري[1].

وإذا كان للأعوان الدبلوماسيين على محو ما رأينا في صلاحية إبرام زواج الجزائريين المقيمين بالخارج، فماذا عن هذه الصلاحية في حالة الزواج المختلط؟

بالرجوع إلى نص المادة 97 من ق. ح. م لاحظت أن المشرع الجزائري أعطى هذه الصلاحية إذا كان الزوج جزائريا والزوجة أجنبية وتتمتع بجنسية البلد المضيف؛ أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد التي ستحدد بموجب مرسوم. وللإشارة أيضا أن نص المادة المذكور أعلاه لم يتناول المشرع من خلاله زواج الجزائرية بأجنبي مما يوحي بعدم اختصاصهم في هذه الحالة مما يستوجب على الأجنبي إبرام عقد زواجه من الجزائرية وفقا للشكل الذي يتطلبه البلد الذي يحمل جنسيته.

الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج المختلط

على الرغم من أنه لم يرد نص لا في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية يستلزم كتابة عقد الزواج، وعلى الرغم من أنه لم يتفق الفقهاء الأولين على أن الكتابة تدخل ضمن شروط الزواج، إلا أن الفقهاء في وقتنا الحالي يحثون على وجوب كتابته، خصوصا بعدما أثبتت التجربة من خلال الواقع العملي كثرة الزيجات المتنازع حولها، من خلال ما رصده الجهاز القضائي الجزائري، والذي زاد في حدة النداء لإدخال الكتابة في عقد الزواج وإثباته بوثيقة تعد خصيصا له[2].

إن كتابة عقد الزواج في وثيقة وإضفاء الرسمية عليها بعد الكتابة يجعل منها حجة قاطعة على صحة البيانات التي تحملها بعد تسجيل عقد الزواج أمام الجهات الرسمية المكلفة بذلك (التسجيل الأصلي)، ولا يمكن الطعن في مصداقيتها إلا بالزور، وإثباته بحكم قضائي صادر عن قاض مؤهل قانونا، عالم بالمستجدات القانونية (التسجيل الاستثنائي).

1- اللائحة التنفيذية للقانون رقم 69 لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام قانون نظام السلك الدبلوماسي القنصلي الصادر بالقانون رقم 45 لسنة 1982، جمهورية مصر العربية، قرار وزير الخارجية، رقم 4014 لسنة 2009، ج. ر. م، العدد (25) مكرر في 26 يوليو 1982 والعدد (18) مكرر (أ) في 4 مايو 2009.

2- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 225.

أولا: التسجيل الأصلي للزواج المختلط

تتمثل الحالة العادية لتسجيل وتوثيق عقد الزواج في كون أنه يكون منشئا لواقعة إبرام عقد الزواج، حيث يتوجب على الخطيبين التوجه إلى الجهات المكلفة قانونا بتسجيل عقود الزواج قصد القيام بإجراءات التوثيق والتسجيل ومن ثمة الحصول على سند قانوني رسمي يستند عليه كوسيلة إثبات تتمتع بالحجية القاطعة، وهو الغرض الأساسي الذي قرر من أجله توثيق عقد الزواج[1].

ولدراسة ما يتعلق بتسجيل العقد لابد من البدء بالجهات المكلفة بتوثيق عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية (أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق)، ومن ثم نتعرض إلى تسجيل عقد الزواج على مستوى القنصليات كالآتي:

1. تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية

اتخذ المشرع الجزائري موقفا خاصا، فيما يتعلق بوجوب تسجيل عقد الزواج، وإنما بالنظر إلى الأهمية التي يحض بها تسجيل عقد الزواج في التشريع الجزائري، قرر المشرع الجزائري بأن الزواج يثبت بعملية التسجيل.

لقد أكد المشرع من خلال المادة 18 من ق. أ. ج على ضرورة إبرام العقد أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق...، مما يعني قصر الأمر على العقود المكتوبة والمعتبرة قانونا على تلك التي يتولى الموثق بصفته ضابطا عموميا[2].

كما نصت المادة 22 من ق. أ. ج على أنه: يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية..."، ويكون على الموثق المختص بتوثيق عقد الزواج إرسال مستخرج الزواج في ظرف ثلاثة أيام إلى مصالح الحالة المدنية من أجل تسجيله في سجلاتها. ويتم التسجيل تلقائيا في حالة توثيق العقد بواسطة ضابط الحالة المدنية. وأمام الموثق بواسطة إرسال ملخص عن العقد الأصلي خلال أجل ثلاثة أيام من يوم تحريره إلى ضابط الحالة المدنية الواقع في دائرة اختصاصه محل الزوجية أو مكان إقامة أحد الزوجين، ويتولى ضابط الحالة المدنية مهمة نسخ أصل عقد الزواج في سجلاته خلال مهلة خمسة أيام من تاريخ تسليمه للزوجين دفترا عائليا.

1- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 228.

2- دليلة فركوس، جمال عياشي، مرجع سابق، ص 197.

وقد قررت المحكمة العليا الجزائرية وقبل صدور قانون الأسرة أنه: من المقرر قانونا أنه لا يسوغ لأي شخص أن يدعي صفة الزوجية ما لم يثبت ذلك بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية[1].

بل الأكثر من ذلك أن طرفي العلاقة الزوجية في التشريع الجزائري يسلم لهما مستخرج من سجل الحالة المدنية، ولا يحوزان على الوثيقة الأصلية للزواج. الأمر الذي يقودنا إلى القول بأن وسيلة إثبات الزواج في التشريع الجزائري هي التسجيل وليست التوثيق، ومنه يمكن لنا أن نتساءل عن مصير الزواج في حالة إغفال الموثق أو ضابط الحالة المدنية إتمام إجراءات التسجيل في سجلات الحالة المدنية؟ فما القائدة من لجوء الطرفين إلى الجهات المكلفة بالتوثيق في هذه الحالة؟

2. تسجيل عقد الزواج أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل

ذكرنا سابقا أن اتفاقية فيينا قد أجازت في مادتها الخامسة للسلك الدبلوماسي الأجنبي إبرام زواج رعاياهم، كما أقرت اتفاقية لاهاي لسنة 1978 المذكورة سابقا صلاحية إبرام الزواج من طرف السلك الدبلوماسي في الدول المعتمدين فيها، إذا كان الزوجان من رعاياهم، ولا يمنعهم القانون المحلي، وأجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان المستقبلين من دولة القنصل.

ومنه، فإنه بموجب المادة 96 من ق. ح. م كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية؛ كما قضت المادة 97 في فقرتها الثانية من ق. ح. م على أن يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية[2].

غير أن الزواج المبرم بين طرف جزائري وآخر أجنبي أمام القنصليات الأجنبية المتواجدة بالجزائر، أصبح بمفهوم القانون الجزائري بمثابة زواج عرفي لابد من إثباته، حيث قررت وزارة العدل في هذا الشأن تنظيم عقود زواج الجزائريات والجزائريين بالأجانب في الجزائر من خلال دعوة القضاء لتسجيلها على أنها دعاوى إثبات زواج عرفي، كما أمرتها بالتأكد من مدى توافر أركان

1- القرار رقم 12529، الصادر بتاريخ 1975/04/21 (غير منشور)؛ نقلا عن: صارة بن شويخ، مرجع سابق، الهامش رقم 505، ص 215.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 166.

وشروط الزواج وفقا للقانون الجزائري، وذلك من أجل تسجيلها من قبل ضابط الحالة المدنية للبلدية المختصة وليس بمصالح وزارة الشؤون الخارجية.

هذا وقد وجهت وزارة العدل تعليمة إلى رؤساء النواب العامون لدى المجلس القضائي الحاملة الرقم 77 تطلب منهم توجيه القضاء إلى تكييف الدعاوى المتعلقة بعقود الزواج المبرمة في السفارات الأجنبية بالجزائر على أنها دعاوي إثبات زواج عرفي بعد التأكد من مدى صحة الزواج وفقا للقانون الجزائري كما أكدت على ضرورة تسجيل أحكام إثبات الزواج المبرم بالسفارات الأجنبية بسجلات الحالة المدنية بالبلدية المختصة وليس بمصالح الحالة المدنية على مستوى وزارة الشؤون الخارجية[1].

وجاء في التعليمة ذاتها أنه: "قد بلغ إلى علمنا صدور أحكام قضائية قضت بإمهار عقود الزواج المبرمة بين جزائريات ورعايا أجانب بالسفارات الأجنبية بالجزائر بالصيغة التنفيذية وأمر ضابط الحالة المدنية بالبلدية بتسجيلها بسجلات الحالة المدنية، كما صدرت أحكام أخرى قضت بتسجيل هذه العقود بسجلات الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية".

ومنه، أكدت وزارة العدل بأن عقود الزواج المبرمة على مستوى السفارات الأجنبية بالجزائر هي ليست سندات تنفيذية أجنبية بمفهوم القانون الجزائري، وبالتالي فهي غير قابلة للإمهار بالصيغة التنفيذية، كما أنها أبرمت بما يخالف أحكام القانون الجزائري الذي يلزم إبرام عقود الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، وعليه فإنها تعتبر عقود غير صحيحة وفقا للقانون الجزائري، ولا يمكن الحكم بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية بالبلدية، كما أن وزارة الشؤون الخارجية ليست مختصة بتسجيل مثل هذه العقود، لأنه لا يوجد بها ضابط حالة مدنية يتولى مهمة تسجيل عقود الحالة المدنية، إذ أنها مختصة فقط بتلقي النسخ الثانية من سجلات الحالة المدنية القنصلية بالخارج وتسليم عقود الحالة المسجلة فيها.

إذا عقد الأجانب زواجهم من الجزائريات على مستوى السفارات الأجنبية المتواجدة بالجزائر فإن إجراءات تسجيله تكون برفع دعوى قضائية على مستوى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية أي عن طريق دعوى إثبات الزوجية، مع ضرورة التأكد من توفر أركان وشروط الزواج وفقا لأحكام القانون الجزائري، وبعد صدور الحكم القاضي بإثبات الزواج العرفي

1- الإرسالية رقم 2016/77 الصادرة عن المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية بخصوص عقود الزواج المبرمة بالسفارات الأجنبية بالجزائر الصادرة بتاريخ 09 جوان 2016.

يقوم العني باستخراج الصيغة التنفيذية للحكم بالإضافة إلى باقي الوثائق التي يتطلبها عقد الزواج ويتم تسجيله لدى ضابط الحالة المدنية وليس لدى مصالح الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية[1] ذلك أنها ليست مختصة بتسجيل الأحكام لانعدام ضابط الحالة المدنية يتولى مهمة تسجيل عقود الحالة المدنية فهي تختص فقط بتلقي النسخة الثانية من سجلات الحالة المدنية القنصلية بالخارج وتسليم نسخ من عقود الحالة المدنية المسجلة فيها.

وبالتالي، فإنه يتم تسجيل عقود الزواج المبرمة في السفارات الأجنبية بالجزائر على أنها دعاوى إثبات زواج عرفي بعد تأكد القاضي من مدى توافر شروط وأركان الزواج وفقا لأحكام القانون الجزائري، وأن يتم الأمر بتسجيل أحكام إثبات الزواج المبرم بالسفارات الأجنبية بسجلات الحالة المدنية للبلدية المختصة وليس بمصالح الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية، كما لا يجوز إمهار عقود الزواج المبرمة على مستوى السفارات الأجنبية بالصيغة التنفيذية لأنها ليست بسندات تنفيذية أجنبية بمفهوم القانون الجزائري، وبالتالي فهي غير قابلة للإمهار بالصيغة التنفيذية كما أنها أبرمت بما يخالف أحكام القانون الجزائري الذي يلزم إبرام عقود الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق.

وعليه، فهي عقود غير صحيحة وفقا للقانون الجزائري ولا يمكن الحكم بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية بالبلدية[2].

ثانيا: التسجيل الاستثنائي للزواج المختلط

يتطلب الصرح الطموح الذي شيدته القوانين الأسرية، مصاحبته بجهاز قضائي مؤهل وفعال، واع للتعديلات التي جاء بها المشرع ومفعلا لها، ومجتهدا فيها كلما استدعت الضرورة ذلك، للوصول إلى تحقيق الآفاق الجديدة التي رسمتها نصوص قانون الأسرة الجزائري التي تهدف إلى حماية الأسرة والمجتمع. فالقاضي يضطلع بسلطة واسعة في تطبيق المقتضيات المتعلقة بتوثيق الزواج وإثباته، حيث أن المواد المتعلقة بإثبات الزوجية تخوله دورا مهما في تطبيق ما جاء فيها، كما أنها تمنحه هامشا كبيرا لتأويل العديد من النقاط الواردة فيها.

1- الإرسالية رقم 432/ م ع ش ق ق 2076 الصادرة عن المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية بخصوص عقود الزواج المبرمة بالسفارات الأجنبية بالجزائر، الصادرة بتاريخ: 2016/04/21.

2- الإرسالية رقم 2016/77 الصادرة عن المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية بخصوص عقود الزواج المبرمة بالسفارات الأجنبية بالجزائر الصادرة بتاريخ 2016/06/09.

لذلك لابد من أن يكون القضاء على قدر المسؤولية والوعي بما جاء في المواد المتعلقة بإثبات الزوجية من أجل تطبيقها تطبيقا سليما، خصوصا وأن هذا الموضوع يعد خطيرا بالقدر الذي يمكن فيه من ضياع حقوق الأبناء أو الزوجين أو الأسرة، إذا ما علمنا بأن الحكم الذي يصدره القاضي الفاصل في النزاع والذي يقضي فيه بإثبات الزواج يعد وسيلة إثبات للعلاقة الزوجية، بشكل يوازي الكتابة الرسمية التي تعد الوسيلة الأصلية والمقبولة قانونا في إثبات الزواج.

1. ضرورة التسجيل والإثبات القضائي للزواج المختلط غير الموثق:

يعتبر الزواج غير المسجل(غير الموثق) _الزواج العرفي_ من الأنكحة الصحيحة شرعا مما يثمر عنه علاقة زوجية صحيحة، لكن عدم تسجيله وفقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها قد يضيع حقوقا للزوجين وللأولاد لا سيما في حالات الجحود والإنكار أو الاختلاف والشارع الذي قد ينشب بين أطراف العلاقة الزوجية أو بينهم وبين غيرهم أو بين وبين كل ذي مصلحة من الزواج. ولهذا فإنه لا ينبغي التفريط في الكتابة بحجة أنها لا تؤثر في علاقة الرجل بالمرأة[1].

الأصل العام في إثبات عقد الزواج من الناحية القانونية يكون بموجب مستخرج من سجل الحالة المدنية، أي أنه يتم إما بمقتضى عقد توثيقي، وإما بموجب عقد صادر عن ضابط الحالة المدنية[2]، وهذا طبقا للمادة 1/22 من ق. أ. ج، إلا فيما تعلق بالزواج المبرم بين طرف أجنبي وطرف آخر جزائري على مستوى السفارات الأجنبية المتواجدة بالجزائر، والذي أصبح بمفهوم القانون الجزائري زواجا عرفيا، لم يتم تسجيله أمام الموثق ولا أمام ضابط الحالة المدنية(يستدعي استصدار حكم قضائي ممهور بصيغة تنفيذية)، مما يتعين على المتزوجان إثباته وتسجيله بموجب حكم قضائي ووفقا للأحكام التنظيمية في زواج الجزائري مع الأجانب[3].

وفي ذات الشأن، قضت المحكمة العليا بنقض وإبطال القرار المطعون فيه والصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 2013/04/01 تحت رقم 13/1285 وبدون إحالة، في قضية لزوجين أحدهما أجنبي سوري الجنسية وجزائرية قضوا فيها القضاء بتثبيت زواجهما العرفي مخالفين بذلك المادة 31 من قانون الأسرة التي تشترط إبرام الزواج بين جزائريين وأجانب من الجنسين وفقا لما

1- دليلة فركوس، جمال عياشي، مرجع سابق، ص 198.

2- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 70-73.

3- المحكمة العليا، غ. ش، أ و م، ملف رقم 1005800، قرار بتاريخ 2016/07/13، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016، ص 207-210.

تتطلبه الأحكام التنظيمية، أي وجب على الأجنبي تقديم رخصة من الإدارة المختصة بحكم أنها تمثل إجراء تنظيمي إداري من شأنها السماح للأجنبي إتمام رسمية عقد الزواج، وهذه الأخيرة لم تقدم للأجنبي كما ظهر في عريضة الطاعنين أن الإدارة قد رفضت طلب الرخصة الإدارية من المعنيين، وبهذا يكون قضاة المجلس بتثبيتهم للزواج قد خالفوا القانون[1]. فبتثبيت زواجهما دون مراعاة الأحكام التنظيمية المنصوص عليها يعد مخالفة للقانون، لعدم وجود نص قانوني يلزم الأجنبي المسلم بالحصول على رخصة إدارية عند الزواج بجزائرية؛ هذا ما يستشف من خلال استقراء قرارات المحكمة العليا التي ألغت بمناسبتها العديد من الأحكام والقرارات القضائية القاضية بإثبات الزواج المختلط المنعقد دون رخصة.

الملاحظ أن القضاء الجزائري منقسم بين القمة وقاعدة الهرم؛ حيث دأب العديد من قضاة الموضوع على مستوى المحاكم والمجالس القضائي إلى إثبات الزواج المختلط المنعقد دون رخصة معتبرين الرخصة الإدارية في الزواج المختلط مجرد إجراء تنظيمي سابق لانعقاد الزواج وأن إغفاله لا يرتب البطلان أو الفسخ طبقا للقاعدة التي تقضي بأنه: "لا بطلان بغير نص خاص".

في حين قرر قضاة القانون في كل مرة على أن الرخصة شرط جوهري في الزواج المختلط وأن إغفالها يؤدي إلى بطلان الزواج ونفس الاتجاه سارت عليه النيابة العامة في الجزائر، حيث تقوم باستئناف كل الأحكام والطعن بالنقض في القرارات القضائية القاضية بتثبيت الزواج المختلط باعتبارها طرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة عملا بأحكام المادة 03 من قانون الأسرة.

وعليه، فإن التسجيل بمعناه القانوني التنظيمي، لا يتم إلا قبل الدخول لإعطاء العقد المبرم صفة الشكلية الرسمية أمام الموثق أو على مستوى البلدية (م 18 ق. أ. ج، م 71 و72 من ق. ح. م). أما إذا حصل الدخول بالزوجة، فإنه يجب على الشخص الذي يدعي أنه مرتبط مع شخص آخر بموجب عقد زواج تقديم الأدلة والإثباتات التي تؤكد صحة ما يدعيه، وفقا للقاعدة الجوهرية التي تقضي بالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر. وهذا من أجل الحصول على حكم قضائي من رئيس المحكمة يعتبر تلك الواقعة المادية زواجا، إن توافرت فيه الأركان والشروط المنصوص عليها، إلا فيما تعلق بزواج الأجانب مع أطراف جزائريين بالجزائر. أما فيما يتعلق بالزواج القنصلي بين طرفين أحدهما جزائري وآخر أجنبي، فإنه من غير الممكن الحكم بتثبيت

1- المحكمة العليا، غ. ش، أ و م، ملف رقم 0942668 قرار بتاريخ 2016/02/03، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2016، ص 130-132.

زواج عرفي(بمفهوم القانون الجزائري)، مبرم بين جزائرية وأجنبي، دون تقديم رخصة تسمح للأجنبي بتسجيل الزواج، وذلك طبقا لما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2016/12/07[1].

إلا أن المحكمة العليا بخصوص هذا الزواج إنما موقفها فيه انزلاق خطير، وذلك باعتبارها الرخصة الإدارية ركنا يترتب على تخلفه نقض وإبطال كل حكم أو قرار قضى بتسجيل وإثبات الزواج العرفي المختلط. وهذا الانحراف من شأنه زعزعة كيان الأسرة ويضرب مقوماتها على عرض الحائط، كما ينطوي على قراراتها سوء تطبيق القانون وتفسيره ومخالفة المرجعية الشرعية ويشكل أيضا قصور في التسبيب حيث اكتفت المحكمة العليا في معرض قرراتها بحيثية واحدة ألا وهي مخالفة مقتضيات نص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري دون مناقشة أو توضيح هذه المخالفة؛ ويظهر هذا التعارض أو الانفلات عن الأحكام التنظيمية والإدارية في النقاط الآتية[2]:

أ. تكريس المحكمة العليا من خلال العديد من قراراتها مبدأ قضائي يفيد أن الرخصة الإدارية النى تشترطها بعض الجهات الوصية التي أشرنا إليها أنفا، إنما هي مجرد إجراء تنظيمي، وغيابها لا يؤثر في صحة الزواج ولا يعيبه مادام أن الزواج يشتمل على كافة أركانه وشروطه الشرعية، عملا يما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/06/14[3] أن الرخصة الإدارية بالزواج الممنوحة من بعض الجهات الوصية لموظفيها وأسلاكها لا تعد ركنا من الأركان المنصوص عليها في المادة 9 من قانون الأسرة.

كما أن المحكمة العليا في العديد من قراراتها السابقة أكدت على أن الرخص القضائية المطلوبة لإبرام عقود الزواج هي من قبيل الإجراءات التنظيمية التي لا يؤثر انعدامها ولا غيابها ولا إغفالها في جوهر عقد الزواج ولا في قيام الزوجية، وأنه يجب على القاضي الحكم بتثبيت الزواج رغم عدم وجود رخصة. في حين استثنت المحكمة العليا الرخص الإدارية المتعلقة بالزواج المختلط

1- المحكمة العليا، غ. ش، أ و م، ملف رقم 1028971، قرار بتاريخ 2016/12/07، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016، ص 211-215.

2- بوفروة سمير، بن هبري عبد الحكيم، أزمة الزواج المختلط في الجزائر بين الفراغ التشريعي والانزلاق القضائي؛ نقلا عن: المؤلف الجماعي، انعقاد الزواج_ الإشكالات والحلول، مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، جوان 2021، ص 186-191.

3- المحكمة العليا، غ. أ. ش، القرار رقم 357345، الصادر بتاريخ 2006/06/14، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 1، ص 461.

واعتبرتها إجراءات جوهرية وشرطا لصحة عقد الزواج مناقضة بذلك قرارها السابق. مما يجعلنا نتساءل عن أساس تمييز المحكمة العليا بين الرخص الإدارية المتعلقة بزواج العسكريين وأفراد الأمن الوطني أو الرخص القضائية لتزويج القصر والتعدد من جهة، وبين الرخصة الإدارية للزواج المختلط من جهة أخرى، حيث اعتبرت الأولى مجرد إجراءات تنظيمية لا يؤثر غيابها في صحة العقد وقضت في كل مرة بوجوب إثبات الزواج حتى عند غيابها، في حين اعتبرت الرخصة الإدارية للزواج المختلط من شروط وأركان العقد وقضت في كل مرة بإبطال الأحكام والقرارات التي أثبتت الزواج المختلط بدون رخصة.

ب. إبطال المحكمة العليا لزواج شرعي متوافر على كافة أركانه وشروط صحته المقررة شرعا واعتبار الرخصة شرط يؤدي غيابها إلى بطلان عقد الزواج هو قضاء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي به مختلف المذاهب الفقهية، أنه متى توافرت أركان الزواج وشروطه المقررة شرعا فإن الزواج يقع صحيحا مرتبا كافة آثاره القانونية[1].

ومنه، فإن موقف المحكمة العليا بخصوص عد الاعتراف بالزواج المختلط غير الموثق بحجة عدم استصدار الرخصة الإدارية، حوَل الزواج الشرعي إلى زواج علاقة غير شرعية بسبب عدم إثباته، هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإنه حسب قضاء المحكمة العليا جعل الأبناء الشرعيين في مركز أبناء الزنا، ذلك أن نتاج أي علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة لا يمكن أن تكون سببا للحكم بصحة النسب.

ج. لا يتقرر البطلان ولا يجوز للقاضي الحكم به إلا بموجب نص قانوني صريح وذلك كجزاء على انعدام أحد الأركان والشروط أو تخلفها، فبالرجوع إلى قانون الأسرة المشرع الجزائري لم ينص على بطلان عقد الزواج أو فساده في حالة تخلف الرخصة الإدارية، فلا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بالبطلان عند غياب نص يقضي بذلك؛ وهذا الأمر يستدعي التساؤل عن النصوص القانونية التي بنت عليها المحكمة العليا حيثيات قراراتها السابقة.

د. أن التعليمة الوزارية رقم 09 الصادرة بصفة فردية عن وزارة الداخلية دون إشراك وزارة العدل ووزارة الشؤون الدينية والأوقاف في إعداد مضمونها يجهل هذه التعليمة لا تعدو أن تكون

1- متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم قضاء موافقا لشرع والقانون. راجع القرار رقم 58224 الصادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، 1991، عدد 4، ص 110.

مجرد تعليمة إدارية موجهة من وزارة الداخلية إلى مصالحها الخارجية في الولايات، وليست لها قوة القانون وما دام الأمر كذلك فإنها لا يقيد قضاة الموضوع والقانون وهو غير ملزمون قانونا بتطبيقها، باعتبار أن التعليمة ليست لها صفة القاعدة القانونية ولا خصائصها ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعتبر من مصادر القانون التي حددها المادة الأولى من القانون المدني الجزائري. فضلا عن ذلك أن التعليمة الوزارية رقم 09 نفسها وإن نصت على وجوب استصدار الرخصة إلا أنها لم تنص على أي جزاء قد يترتب في حالة إغفال أو تخلف الرخصة المسبقة.

هـ. حسب رأي بعض القانونيين، أن الطعن بالنقض هو محاكمة الأحكام والقرارات وليس الخصومة القائمة بين الأطراف[1]، ومنه وجب ألا تحاكم أحكام قضائية بإثبات الزوجية الشرعية. وبذلك تجاوز المحكمة العليا سلطتها التي يفترض أن تقتصر على رقابة مدى تطبيق القاعدة القانونية من عدم تطبيقها دون البحث في الوقائع المادية التي أثبتها قضاة الموضوع بعد إجراء تحقيق مستفيض. ذلك أن صلاحية تقدير الوقائع من اختصاص قضاة الموضوع ولا سلطان للمحكمة العليا عليهم فيها.

فالمحكمة العليا محكمة قانون وليست محكمة وقائع، وبنقضها في قرارات الزواج المختلط بعدم إثبات مركز هذا الزواج، يؤدي إلى بروز تناقض بين القاعدة الموضوعية والإجرائية، فعدم مراعاة إجراء ما من شأن ذلك أن يهدم الموضوع وهذا ما لاحظناه في قرارات المحكمة العليا التي تهتم بإجراء استصدار الرخصة الإدارية وترتقي بها إلى درجة إجراء جوهري، وتجعلها في مرتبة النظام العام على حساب المركز الموضوعي الذي تتضمنه القاعدة الموضوعية المتعلق بواقعة الزواج المختلط. إذن فكيف للقاعدة الإجرائية أن تهدم واقعة الزواج، والتي تعتبر أنها جديرة بالحماية بذلك فإن قضاة المحكمة العليا قد خالفوا المرجعية الشرعية، كون أن المحكمة العليا قد اهتمت بمسألة إجرائية ثانوية وأهملت مسألة موضوعية تتعلق بإثبات مركز الزواج المختلط وما يترتب عليه من آثار قانونية، الأمر الذي يؤدي إلى فقدان المتقاضين الثقة في أحكام القضاء.

2. دور القضاء في إثبات زواج الأجانب

للقضاء واسع السلطة في قبول طلب إثبات الزوجية أو رفضه بناء على ما يروج أمامها من وقائع، وما قدم إليها من إثباتات وحجج، وهي تستعين في ذلك بطرق التحقيق في الدعوى،

1- نجيمي جمال، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 3.

ويجب على قضاة الموضوع، أن يضعوا نصب أعينهم حالة الاستثناء التي وجدت من أجلها رخصة الإثبات القضائي للزواج، كما يكون عليهم مراعاة الظروف والضوابط التي نصت عليها القوانين المنظمة لهذا الاستثناء، كل ذلك من أجل الوصول إلى التطبيق السليم للنصوص القانونية، وهو ما يضطلع به القضاء[1].

على عكس القاضي الفاصل في طلب إثبات الزواج غير الموثق قناعته التي توصل إليها من خلال تحرير الحكم القضائي الذي يصدره في الدعوى، والذي يشترط فيه هو الآخر مجموعة من الضوابط من شأنها أن ترسي قاعدة حمائية، الغرض منها فرض الرقابة على القاضي حماية لحقوق المتقاضين، فالحكم القضائي محدد الملامح قانونا من خلال ما يجب أن يشتمل عليه، ومدى حجيته في إثبات الزواج العرفي، بالإضافة إلى كيفية تسجيل الحكم القاضي بإثبات الزواج[2].

3. مشتملات الحكم القاضي بإثبات الزوجية:

حددت التشريعات المقارنة، البيانات الواجب تضمينها في الحكم القضائي عامة من تحديد للجهة القضائية المصدرة له والبيانات المتعلقة بشخص أطراف النزاع وممثليهما القانونيين إن وجدوا وتاريخ النطق به والهيئة التي أصدرته، بالإضافة إلى الإشارة إلى ممثل النيابة العامة[3].

كما يحتوي الحكم القضائي ملخصا عن الوقائع المعروضة على القاضي وكذا الإجراءات التي تم إتباعها من قبل المتقاضين، وصولا إلى تسبيب الحكم بالنصوص القانونية التي استند عليها القاضي في تكوين قناعته بعد مناقشة الأدلة المعروضة عليه، وصولا إلى النطق بالحكم في جلسة علنية[4].

أ. حجية الحكم القاضي بإثبات الزواج المختلط:

إنه من غير الفائدة من إصدار الأحكام والقرارات القضائية دون القيام بتنفيذها لأن عدم القيام بذلك يمس مباشرة بمصداقية القضاء، الأمر الذي قد يؤدي إلى فقدان المواطن الثقة في عدالة وطنه، ولذلك كان لزاما على المشرع الجزائري تبيان الطرق القانونية للوصول إلى تنفيذ الحكم

1- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 265.

2- المرجع نفسه، ص 265.

3- المادة 272 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

4- المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

والقرار الصادر عن جهاز القضاء الذي يقضي بإثبات الزواج، كما يقتضي تسجيله إتباع إجراءات خاصة.

لا يحتاج الحكم القضائي القاضي بإثبات الزوجية إلى الإشهاد عليه من طرف العدلين المنتصبين للإشهاد، ولا يحتاج إلى تدوينه لديهما، كون أنه يتمتع بحجية قانونية قاطعة على ما ورد فيه بشأن ثبوت العلاقة الزوجية، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "يكون للحكم حجية العقد الرسمي مع مراعاة أحكام المادة 283 أعلاه"[1].

وإن كان الأصل في التشريع الجزائري أن الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع تكتسب حجية الشيء المقضي فيه، فإن استثناء على ما ورد في هذه القاعدة يخرج منها مسائل الحالة، إذ اعتبر أن الأحكام الصادرة في هذه المسائل تحوز حجية مؤقتة، يمكن للأطراف رفع نفس الدعوى أمام جهة أخرى أو نفس الجهة إذا ما توفرت لديهم الأدلة المثبتة للزواج، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " إن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة.

لما كان ثابتا _ في قضية الحال_ أن قضاة الموضوع لما قضوا برفض طلب الطاعنة الرامي إلى إلغاء عقد الزواج المسجل بالحالة المدنية، باعتبار أن حكم إثبات أو عدم إثبات واقعة الزواج العرفي يكتسي حجية مؤقتة ويكون حسب توفر الأدلة.

وبالتالي فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا، طبقوا صحيح القانون[2].

كما أن القواعد الإجرائية العامة تقرر بأن الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية لا يصدر إلا ابتدائيا، مما يمكن معه الطعن في مقرره عن طريق طرق الطعن العادية أو غير العادية متى توفرت شروطها القانونية. وطبقا لنص المادة 280 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فإن لكل من صدر حكم إثبات الزواج لصالحه، الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من مكتب الضبط من أجل تقييده، بعد أن يوقع عليها أمين الضبط استنادا لنص المادة 281 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- جاء في مضمون المادة 283 من ق. إ. م. إ أنه: "لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم بطلانه، إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية".

2- قرار في الملف عدد 211509، الصادر بتاريخ 1998/12/15، مجلة الاجتهاد القضائي، غ. أ. ش، عدد خاص، ص 56. نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 1015-1018.

ولا يكون الحكم قابلا للتنفيذ إلا توفرت فيه الشروط التالية:

- يستنفذ فيه الأطراف جميع طرق الطعن العادية وغير العادية.
- أن تحمل النسخة المقدمة إلى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط عبارة نسخة طبق الأصل مسلمة للتنفيذ، وموقعة من كاتب الضبط وتحمل الخاتم الرسمي لمكتب الضبط[1].

ب. تسجيل الحكم القاضي بإثبات الزواج:

تبدأ إجراءات تنفيذ الحكم القضائي متى أصبح الحكم أو القرار القضائي المثبت للزواج نهائيا، جاز لصاحب المصلحة طلب استخراج الصيغة التنفيذية[2]، لأنه لا يجوز التنفيذ إلا بموجب سند تنفيذي ممهور بالصيغة التنفيذية ولا تسلم هذه الأخيرة إلا للمستفيد منها أو الوكيل عنه بوكالة أو محامية ويمهر ويوقع على النسخة التنفيذية رئيس أمناء الضبط وتختم بالختم الرسمي للجهة القضائية التي أصدرت الحكم. ولا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة وفي حالة فقدانه أو ضياعها قبل أن صاحبها بالتنفيذ جاز له استصدار نسخة ثانية بموجب أمر على عريضة شريطة:

- تقديم عريضة معللة ومؤرخة وموقعة من المعني.
- استدعاء جميع الأطراف استدعاء صحيح بسعي من الطالب للحضور أما الجهة القضائية المختصة لإبداء ملاحظاتهم التي تدون في محضر يرفق مع أصل الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة أو رئيس المجلس القضائي حسب الحالة وفي جميع الحالات يكون الأمر الصادر عن الجهة القضائية مسببا ويمكن مراجعته متى استوفى شروط منح نسخة تنفيذية ثانية.

ومنه، يكون على الزوج الذي صدر لصالحة الحكم القضائي بإثبات الزوجية أو رافع الدعوى الحامل للصفة، أن يستخرج الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية، ويرفقه بشهادة ميلاد الزوجين في رسالة تتضمن طلب استصدار أمر بتقييد عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية.

ويرفع الطلب المرفق بالحكم وشهادتي الميلاد إلى السيد وكيل الجمهورية التابع للمحكمة الابتدائية مصدرة الحكم، ويكون على هذا الأخير أن يأمر ضابط الحالة المدنية بإجراء التنفيذ، ومن ثم يسجل ضابط الحالة المدنية ما جاء في الحكم القضائي ويقيده في السجلات المعدة لعقود

1- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 273 و274.

2- المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الزواج بتاريخ سابق أي أنه يسجل بأثر رجعي يعود للتاريخ الفعلي للزواج، ويمكن للأطراف طلب نسخة من العقد المثبت بحكم قضائي للاحتجاج به وقت الحاجة[1].

كما يكون على ضابط الحالة المدنية التأشير بالزواج المثبت على هامش شهادتي الميلاد الأصلية للزوجين، وتحتفظ الإدارة بنسخة من الحكم، وترسل الحكم الأصلي ونسخة من عقد الزواج المسجل إلى وكيل الجمهورية ليتحقق من تسجيله، ويعيد الحكم الأصلي للأطراف[2].

ومنه، إن التسجيل الإداري للزواج لدى مصالح الحالة المدنية دليلا لإثبات قيام الرابطة الزوجية وليس شرطا لانعقادها. كما أن رقابة القضاء سواء كانوا قضاة موضوع أم قضاة القانون تقتصر على مراقبة مدى توافر الأركان والشروط الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المواد 9 و9 مكرر من قانون الأسرة ومدى صحتها ولا يجوز أن تتعدى هذا المدى. فمتى تأكد القضاة من توافر هذه الشروط ينبغي عليهم القضاء بتوثيق الزواج وإثباته.

1- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 275.

2- محروق كريمة، مرجع سابق، ص 228.

الباب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط وآثاره

الباب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط وآثاره

قد يعرض على القاضي نزاع ذي عنصر أجنبي، مما يستوجب معه البحث في الوسائل القانونية لمجالات القانون الدولي الخاص لحله؛ والظاهر من خلال هذه الوسائل أنه رغم تنظيمها لعلاقات دولية تستدعي تحريك قواعد فوق وطنية أو دولية لحكمها، إلا أن الحلول المعتمدة في مختلف الأنظمة القانونية لازالت وطنية تتأثر بالمفاهيم الوطنية لقانون القاضي، وهذا ما نلمسه من خلال تصفحنا لقواعد التنازع، فبعد تأكد القاضي من اختصاصه القضائي بناء على قواعده الداخلية يجب أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق، بعد إعمال قواعد الاسناد الوطنية والتي لها طابع ازدواجي قد ترشد إلى تطبيق قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي.

إن موضوع انعقاد الزواج المختلط وآثاره أصبح أفسح مجال في العلاقات القانونية الدولية التي يثور بشأنها تنازع القوانين، ولعل السبب في ذلك راجع إلى اختلاف توجهات الأنظمة القانونية في مفهوم الزواج المختلط سواء فيما يتعلق بشروط صحته أو مسألة إشهاره أو انحلاله وآثاره، وبذلك تظهر صعوبة تكييف كل المسائل المتعلقة بالزواج وتحديد القانون الواجب التطبيق. كما يثير الزواج المختلط مشاكل في مجال الاختصاص القضائي، ويظهر ذلك من خلال البحث عن المحكمة المختصة للنظر في النزاع المطروح، فيما إذا كانت المحاكم الوطنية أو الأجنبية، ويلحق بهذه الأخيرة مسألة الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية ومدى قوتها وإمكانية تنفيذها في دولة أخرى وآثارها.

ويرتب عقد الزواج المختلط لكل من الزوجين حقوقا معينة، ويقرر بعض الالتزامات على كل منهما، ومجموع الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين هي التي يطلق عليها آثار الزواج، وهذه الآثار ليست ذات طبيعة واحدة فمنها ما يكون ذات طابع شخصي بحث كحق الطاعة مثلا، ومنها ما يكون ذا طابع مالي كحق الزوجة في المهر، وهذه الحقوق في مجملها يجري تنظيمها بقواعد آمرة ترتبط معظمها بالأسس التي يتولى حمايتها مبدأ النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

ومنه، فمن خلال هذا الباب سنتناول في الفصل الأول القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط، أما في الفصل الثاني فسنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الآثار المترتبة عن الزواج المختلط.

الفصل الأول:

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط

الفصل الأول:

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج المختلط

إن العيش في المجتمع يستلزم صورة حتمية وجود قواعد قانونية تنظم الروابط بين أفراده، ولما كانت هذه الروابط تختلف باختلاف الحياة الخاصة في كل جماعة، لذا كان من البديهي أن يكن لكل جماعة نظامها القانوني الخاص القائم على أسس منبثقة من عاداتها وظروفها وحاجاتها ولمُثُلِها العليا، وهذا يؤدي إلى اختلاف أحكام التشريعات في مختلف الدول.

فالعلاقات القانونية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحده، سواء أكانت مدنية أم تجارية، أما العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة، وذلك راجع لتنازع قوانين عدة دول على حكمها تتصل بها في عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية، دفعا للضرر الذي قد ينتج عن النزاع الناشب عن العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، مما يجب تعيين القانون الأنسب تطبيقه عليها، هذا ما يطلق عليه بتنازع القوانين.

ولما قد ينشأ عن هذه العلاقات من نزاعات تضطر أطرافها إلى اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقهم، وفك تلك النزاعات مما يترتب عنها صدور أحكام قضائية لفض النزاعات.

ولحل هذه المشكلة يجب أولا ترجيح أحد القوانين المتنازعة وتقرير اختصاصه بحكم منازعة الزواج ذات عنصر أجنبي في ظل قواعد الإسناد، وذلك من خلال المبحث الأول المعنون بقواعد الإسناد المطبقة على الزواج المختلط، ومن ثم تطبيق الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالزواج المختلط في المبحث الثاني.

المبحث الأول: قواعد الإسناد المطبقة على الزواج المختلط

إن قواعد الاسناد عبارة عن نصوص قانونية وضعها المشرع في القانون المدني، والغرض منها هو تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وتعد هذه النصوص قواعد مجردة وآمرة ترشد القاضي في النزاع المطروح أمامه وتكييف هذا الأخير ومن ثم إسناده إلى القانون الواجب التطبيق، فإما إخضاعه لقانونه الوطني، أو إحالتها إلى قانون أجنبي آخر، وبذلك يكون القاضي ملزما بما تمليه عليه قواعد الإسناد، باعتبارها نصوص آمرة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وإذا كان موضوعا في تنازع القوانين محلا للخلاف فإنه يظهر بوضوح تام في الزواج، فكلما كانت العلاقة تحتوي على عنصر أجنبي من حيث أشخاصها أو موضوعها أو سببها استدعى الأمر البحث في مشاكل التنازع بين القوانين لحكم هذه العلاقة القانونية، بالنظر لتشعب هذه العلاقات وترشحها للاتصال بأكثر من قانون أو نظام قانوني[1]، ذلك لأنه يتأثر بالاعتبارات الدينية والتاريخية والحضارية والاقتصادية والأخلاقية ولا سيما حالة الاعتراف بتعدد الزوجات. ويأخذ التنازع أحد الشكلين إما أن يكون تنازعا إيجابيا بحيث يتزاحم على حكم العلاقة القانونية الواحدة قانونان أو أكثر في وقت واحد أو أوقات مختلفة، وكل قانون من القوانين المتزاحمة يدعي الاختصاص لنفسه لحكم العلاقة كلها أو جانب منها، وقد يكون التنازع سلبيا حين يتخلى كل قانون عن اختصاصه لحكم المسألة، حسب المعايير الموجودة فيه وهذا عن طريق الدفع بعدم الاختصاص[2].

وعليه، فإننا من خلال هذا المبحث سنتعرض إلى مفهوم قواعد الإسناد المطبقة على الزواج المختلط في المطلب الأول، في حين أننا سنعالج في المطلب الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاد الزواج المختلط، وذلك كالآتي:

1- Henri BATIFFOL & Paul. LAGARDE, traité de droit international privé, Tome 1, 8e Edition, librairie générale de droit de jurisprudence, Paris, 1993, P.411.

2- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2005، ص 87؛ انظر أيضا: الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 12.

المطلب الأول: مفهوم قواعد الإسناد المطبقة على الزواج المختلط

كلما كانت الروابط الأسرية تحتوي على عنصر أجنبي من حيث أشخاصها أو موضوعها أو سببها استدعى الأمر البحث في مشاكل التنازع بين القوانين الوطنية والأجنبية لحكم هذه العلاقة القانونية، ويأخذ التنازع أحد الشكلين إما أن يكون تنازعا إيجابيا بحيث يتزاحم على حكم العلاقة القانونية الواحدة قانونان أو أكثر في وقت واحد أو أوقات مختلفة، وكل قانون من القوانين المتزاحمة يدعي الاختصاص لنفسه لحكم العلاقة القانونية كلها أو جانبا منها، وقد يكون التنازع سلبيا حين يتخلى كل قانون عن اختصاصه لحكم المسألة، حسب المعايير الموجودة فيه وهذا عن طريق الدفع بعدم الاختصاص[1].

إلا أن نظام التنازع الجزائري يسير في اتجاه ترجيح الجنسية كضابط إسناد رئيسي بالنسبة للطرف الأجنبي عندما يتعلق الأمر بالأحوال الشخصية، وهو توجه تكاد تجمع عليه مختلف التشريعات المقارنة بيد أن هذا التقليد المتمثل في شخصية القوانين بالنسبة للأجانب، قد خضع لمجموعة من القيود(الفرع الأول)، خاصة ما يتعلق منها بالامتياز الديني واعتبار هذا الأخير عنصر ارتباط إلى جانب الجنسية عندما يتعلق الأمر بأجانب مسلمين(الفرع الثاني)، إلا أن إعمال قواعد الاسناد قد تعترضه صعوبات منها ما هو سابق(التكييف) ومنها ما هو لاحق(الإحالة).

الفرع الأول: تعريف قاعدة الإسناد

يقصد بقواعد الإسناد تلك القواعد التي تدل القاضي بواسطة مجموعة من الضوابط على القانون الواجب التطبيق في كل المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي أو أكثر، بحيث يتعين اختيار واحد من لحكم النزاع[2]، وتتميز قاعدة الإسناد بخاصيتين: كونها أولا قاعدة غير مباشرة وكونها قاعدة مزدوجة[3]، إلى جانب كونها تتكون من عناصر ثلاث تتمثل في كل من الفكرة

1- الطيب زروتي، مرجع سباق، ص 12.

2- محمد موساوي، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، المغرب، 2002، ص 62.

3- انظر: هشام خالد، دروس في تنازع القوانين، دون ذكر الطبة، دون دار النشر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 15.

المسندة، وضابط الإسناد والقانون المسند إليه[1]، وهي قاعدة لا تعطي حلا للنزاع بقدر ما تشير إلى القانون الواجب التطبيق.[2]

ولقد اختلف شراح القانون الدولي الخاص وتباينت مواقفهم بشأن مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد ولعل ما يمكن إيراده في هذا السياق أن الفقه الحديث يؤكد ضرورة التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه، وإن كان هناك اختلاف بينهم حول تبرير ذلك، إذ يرى البعض[3] أن قاعدة الإسناد عي جزء لا يتجزأ من قانون القاضي يتيعن تطبيقها، ويرى البعض الآخر[4] إلى القول أن الاعتبارات التي يعتد بها المشرع الوطني عند صياغته لقواعد الإسناد تتصل بالسياسة التشريعية وهي اعتبارات في صميمها تتعلق بالنظام العام، في حين يربط الفريق الثالث[5] التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد بالهدف منها وهو التعايش المشترك بين النظام القانونية المختلفة. ولقد تناولت التشريعات الوضعية في حلول لمشكلة تنازع القوانين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ولم تأخذ بإقليمية القوانين أو شخصيتها كل على انفراد، وإنما عملت وبشكل مختلف بالمبدأين في آن واحد. والأصل أن يكون لكل فئة مسندة ضابط إسناد واحد يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق حيث قام المشرع الجزائري بإسناد كل فئة منها

1- انظر: الحسين بلحساني، الموجز في القانون الدولي الخاص المغربي، دار الجسور، وجدة، المغرب، 2002، ص 104.

2- لقد دعت هذه الحقيقة جانبا من الفقه الفرنسي إلى تشبيه قواعد الإسناد بمكتب الاستعلامات في محطة السكك الحديدية فكما ينحصر دور المكتب في الإرشاد إلى رصيف القطار الذي يرغب السائل استقلاله فكذلك تقتصر وظيفة هذه القواعد في الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق. انظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص 12.

3- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي: دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، (د. ط)، منشورات الجامعة المفتوحة، مطبعة الانتصار لطباعة الأوفست، (د. ب. ن)، 1994، ص 48.

4- بدر الدين عبد المنعم شوقي، القانون الدولي الخاص المصري، (د، ط)، دون ذكر المطبعة، القاهرة، مصر، (د، ت، ن)، ص 273.

5- فؤاد رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية 1974، ص 46.

إلى قانون معين عن طريق ضابط الإسناد عند المشرع الجزائري هو الأداة التي ربط بواسطتها الفئة المسندة والقانون المسند إليه[1].

فقاعدة الإسناد من خلال نص المادة 12 من ق. م. ج تنص على سريان قانون دولة الزوج وقت انعقاد الزواج، على الآثار الشخصية والمالية، فقد جعلت ضابط الإسناد قانون دولة الزوج وقت انعقاد الزواج ولعل تفضيل قانون الزوج أساسه اعتقاد اجتماعي بصفته رب الأسرة مكلف بأغلب شؤونها وتقع على عاتقه الالتزامات الأساسية لها، وهو دور له أهمية اجتماعية في المجتمعات الإسلامية، في حين قللت قوانين الدول الغربية الحديثة من شأنه تحت تأثير الأفكار التحررية الداعية إلى المساواة المطلقة بين الزوجين.[2] أما الفقرة الثالثة من نفس المادة المذكورة أعلاه فقاعدة الإسناد فيه على خضوع انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى القانون الذي ينتمي إليه الزواج وقت رفع الدعوى، فضابط الإسناد هو القانون الذي ينتمي إليه الزواج وقت رفع الدعوى.[3]

ويجد ضابط الجنسية أصله التاريخي عند الفقيه الإيطالي مانشيني الذي نادى في القرن التاسع عشر بمبدأ شخصية القوانين، أي امتدادها وهو يقصد أن الشخص يجب أن يخضع لقانون دولته أينما حل وارتحل على أساس أن قانون كل دولة أنما وضع لرعاياها ومن أجلهم، وبذلك فقد كان لزاما أن يتبعهم أينما كانوا سواء داخل إقليمهم أو خارجه.[4]

أما المشرع المصري من خلال نص المادة 12 من التقنين المدني المصري[5] التي جاء فيها: " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين". كذلك نجد المشرع الفرنسي يرجح قانون الجنسية كما يتبين من نص الفصل الثالث من القانون المدني[6] الذي

1- فليغة نور الدين، محاضرات في قانون العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018، ص 61 و62.

2- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 20.

3- فليغة نور الدين، مرجع سابق، ص 62.

4- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 168.

5- القانون رقم 131 لسنة 1948 القاضي بإلغاء القانون المدني المصري المعمول به أمام المحاكم الوطنية لـ 28 28 أكتوبر 1883 منشور بالجريدة الرسمية في 15 أكتوبر 1949.

6- Art3-2 du code civil Français : « La Loi concernant l'état et la capacité des personnes personnes régissent les Français, même résidents en pays étrangers ».

الذي ينص على أن "القوانين الخاصة بالحالة والأهلية تحكم الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج"، وقد فسر البعض[1] أن هذا الفصل يتضمن قاعدة عامة للإسناد تنصرف حتى إلى الأجانب المقيمين في فرنسا، فلا يحكم زواجهم غير قوانينهم الشخصية. في حين نصت المادة 12 من القانون الدولي الخاص التركي[2] على أن "الأهلية والشروط الموضوعية للزواج يحكمها بالنسبة لكل طرف قانونه الوطني لحظة عقد الزواج"، في حين نصت عليه اتفاقية لاهاي بشأن تنازع القوانين في مجال الزواج المبرمة في 12 يونيو عام 1902 حيث أقرت " أن الحق في عقد الزواج ينظمه القانون الوطني لكل من الزوجين المستقبلين..."

ويتضح من خلال ما سبق، أن المشرع الجزائري نص على قاعدة إسناد زواج الأجانب، وهو توجهه في الأخذ بضابط الجنسية.

الفرع الثاني: التخلي عن امتياز الديانة لفائدة ضابط الجنسية

إن حرية العقيدة والجنسية يشكلان مبدأين عالميين معترف بهما في المواثيق الدولية ومختلف الأنظمة القانونية[3]، والشريعة الإسلامية في شأن تنازع القوانين عرفت نوعين من القواعد القانونية، أولها القواعد الشرعية التي تطبق على إقليم الدولة على المسلمين وغير المسلمين إلا فيما يمس العقيدة، وثانيها القواعد الموضوعية التي نظمت العلاقات ذات العنصر الأجنبي وهي أحكام خاصة لا يعمل بها نتيجة لإسناد العلاقة إلى شرائع الدول غير الإسلامية، وإنما نتيجة لاقتباس أحكام هذه الشرائع في حدود واسعة التسامح، وهذا القسيم الذي اعتمدته الشريعة الإسلامية إنما يستند إلى مفهوم ديني للدولة، فكل ما هو خارج الإقليم الذي يسوده المسلمين يعتبر خارج عن الدولة الإسلامية، ولا يمكن القبول بتطبيق القوانين الوضعية السائدة في هذه الأقاليم في الإقليم الذي يحكمه المسلمون، ففي نظرهم أن الأقاليم التي يحكمها غيرهم على أنها كيانات سياسية معترف بها ولها قوانينها الخاصة، إلا أن النزاع الكامن بين هذه الكيانات والدولة الإسلامية، وإن لم

1- Armand Lainé, La rédaction du code civile et le sens dispositions, Revue Critique, Droit International Privé, 1905, p.21.

2- المادة 12 من القانون الدولي الخاص التركي رقم 2675 الصادر بتاريخ 20 ماي 1982 ألغيت بموجب القانون رقم 5718 المؤرخ في 2007/11/27 بشأن القانون الدولي الخاص وقانون الإجراءات.

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 36.

يكن يظهر فعليا، إلا في فترات متباعدة، كان يمنع كل تصور لتنازع القوانين أو مفاضلة بين قوانين هذه الأقاليم والشريعة الاسلامية[1].

إذ قسم الفقهاء المسلمين العالم إلى دارين أو دولتين دار الإسلام(الدولة الإسلامية) ودار الحرب(الدولة أو الدول الأجنبية) بصرف النظر عن وجود حرب أو سلام بينهما، وكان على القاضي في الدولة الإسلامية أن يطبق الشريعة الإسلامية على جميع المقيمين فيها تطبيقا إقليميا في كل نزاع يرفع إليه[2]، إعمالا لما جاء قول الحق سبحانه وتعالى: ﴿**وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا... ٤٨ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ... ٤٩**﴾[3] حيث يتبين بصريح العبارة من هاتين الآيتين الحكم بما أنزل الله سبحانه وتعالى أي الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية دون سواها.

والمقصود من ذلك، أنه لم يكن يرجع مطلقا إلى نظام قانوني أجنبي ليستمد منه مباشرة الحكم القانوني، بل كان يرجع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي خاصة بحكم هذه العلاقات حكما مباشرا، ولئن كان بعض هذه الأحكام مستمدا أصلا من النظم القانونية غير الإسلامية أو متأثرا بها في الحدود التي تقرها الشريعة الإسلامية إلا أنها أحكام مندمجة في الفقه الإسلامي، تعتبر جزء منه، وهي أحكام موضوعية محددة، تحكم مباشرة العلاقات القانونية، لا تتأثر بصفة آلية بما قد يطرأ على أصلها التاريخي من تغيير[4].

وإذا كان نظام الأحوال الشخصية موحدا في الدولة كما هو الشأن في الجزائر، حيث لا يوجد إلا تشريع وحيد للأحوال الشخصية، وهو قانون الأسرة، فهو يطبق على كل الجزائريين في العلاقات الداخلية وفي العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي إذا ثبت له الاختصاص حسب قواعد التنازع في قانون القاضي المعروض عليه النزاع، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حقق وحدة

1- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 24 و25.

2- علي الزيني، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الرحمانية، مصر، 1930، ص 178-182.

3- سورة المائدة، الآيتان: 48 و49.

4- صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 26.

القانون بالنسبة لجميع المواطنين وحسم الأمر في شأن مساوئ التعدد التشريعي الطائفي بالنظر لما يثيره من مشاكل، والذي لا تزال تعاني منه بعض الدول العربية. وفي هذا الصدد قد حرص المشرع الجزائري على الإفصاح عن اتجاه لهذا الحل الحاسم حتى يقطع دابر كل تأويل للنصوص ومحاولة تفسيرها بتوسع مما يؤدي أحيانا إلى فوات الغرض الذي رصدت من أجله أو جعل الاستثناءات الواردة على النص تفوق القاعدة العامة، فقد نص في المادة 221 من قانون الأسرة ضمن الأحكام الختامية لهذا القانون، على أن يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني، وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بهذه العبارة الأخيرة مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني هي مراعاة ما تقضي به الأحكام الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان أي قواعد الاسناد المقررة للأحوال الشخصية[1].

والروابط الدولية الخاصة في شكلها هي التي يكون على الأقل أحد أطرافها منتسبا الى الديانة الاسلامية يسند الاختصاص لحكمها إلى القانون الاسلامي ولو كان القانون الوطني للطرف الأجنبي هو المختص بمقتضى قواعد الاسناد أو له ارتباط بالنزاع[2].

ويترتب على اعتناق الديانة الإسلامية لزوما تطبيق القواعد الشرعية على مسائل الأحوال الشخصية والميراث لمعتنقي هذه الديانة، ما دام هذا الاعتناق وقع دون تدليس؛ وطبقا للقواعد الشكلية المقررة قانونا[3]، وهكذا يظل كل مسلم في الجزائر يخضع للشريعة الإسلامية فيما يخص أحواله الشخصية كيفما كانت جنسيته، وكيفما كانت الحالة المدنية التي يخضع لها في بلاده الأصلية، فالديانة الإسلامية كانت بمثابة ضابط للإسناد[4] بالنسبة للطرف المسلم يحل محل

1- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 25 و26.

2- جميلة أوحيدة، مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، خمسون سنة من العمل القضائي، الندوة الجهوية الثانية القصر البلدي، مكناس 9/8 مارس 2007، ص 141.

3- القرار رقم 250 صادر بتاريخ 5 يوليو 1974 الغرفة الإدارية المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 5، سنة 1977، ص 132.

4- هذا ما يطلق عليه امتياز الديانة والذي بمقتضاه يتم ترجيح قواعد نظام قانوني ذي مصدر إسلامي على حساب قواعد نظام قانوني غير إسلامي المصدر أثناء تنافسهما على حكم رابطة دولية استنادا الى مبدأ فقهي مفاده أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وكذا اعتبار قواعد الفقه الإسلامي هي المصدر الأساسي للنصوص المنظمة للأحوال الشخصية. راجع: خالد برجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الحلول المقررة لتنازع

الجنسية وهو حل لا وجود له ضمن قواعد الإسناد المتصلة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص المقارن المتمثلة في كل من الجنسية والموطن والإقامة الاعتيادية ومبدأ سلطان الإرادة.

ولعل أهم ما يمكن أن يرتبه الأخذ بالامتياز الديني هو استبعاد القاضي لقواعد التحليل التنازعي التي تقضي بإعمال قواعد الإسناد، ويطبق بدلها بشكل مباشر قواعد القانون ذو المصدر الإسلامي، مما يؤدي إلى خرق القانون الوطني لكل الأجانب الذين يعتنقون الديانة الإسلامية والذين يخضعون في بلدهم الأصلية لقوانين أحوال شخصية قد تكون بطبيعتها مدنية.

ومن الصعب التسليم بأن الروابط العائلية السابقة تبقى محتفظة بآثارها حسب الديانة السابقة خصوصا في المسائل المتصلة بالعقائد مباشرة كالزواج والطلاق، وإن إسلام زوجة مسيحية يؤدي حتما إلى انفساخ زواجها السابق بغير مسلم في نظر الشريعة الإسلامية، في حين أنه إذا طبقنا قاعدة الاسناد المقررة في المادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري وما يقابلها في القوانين العربية الأخرى نجد أن آثار الزواج الشخصية والمالية تبقى محكومة بقانون جنسية الزوج عند إبرام الزواج مهما كانت ديانته أو ديانة زوجته والأمر نفسه بالنسبة لانحلال الزواج طبقا للمادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري وما يقابلها في التشريعات العربية، في حين أن تغيير الديانة من طرف الزوجة في المثال السابق أثر مباشرة على عدم استمرار العلاقة الزوجية ووضع للزواج حدا[1].

وأخيرا، فإن المادة 13 من القانون المدني الجزائري الذي ينظم موضوع تنازع القوانين يؤكد على أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا فإن القانون الجزائري هو الذي يحظى بالأولوية في التطبيق باستثناء الأهلية في الزواج. وبمقتضى هذا النص يتأكد امتياز ضابط الجنسية الذي يضمن للطرف الجزائري الاحترام التام والكامل لمقتضيات قانون الأسرة الجزائري والذي يحث على منع زواج المسلمة بغير المسلم من خلال نص المادة 30، علما أن هذا المنع يمكن أن يرفع وذلك باعتناق

=القوانين في الدول الإسلامية، بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية، ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، المملكة المغربية، 2001، ص 58(بتصرف).

1- الطيب زروتي، مرجع سباق، ص 38.

الطرف غير المسلم للإسلام[1]. وفي المقابل لا يعترف القانون الفرنسي بأي قيد متعلق بالدين عندما يتعلق الأمر بالزواج، حيث ذهبت محكمة الاستئناف بباريس في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 9 يوليوز 1994 إلى أن "النظام العام الفرنسي يقف ضد القيود ذات الطبيعة الدينية التي تضعها بعض القوانين الأجنبية في مواجهة حرية الزواج[2].

ومنه، لا يمكن القول إن المشرع الجزائري قد تخلى عن عنصر الدين لفائدة ضابط الجنسية؛ فضابط الدين يبقى بمثابة ضابط خفي يتوارى وراء هذه الأخيرة، حيث يبقى ظهوره معلقا على توافق القوانين _الأجنبية المحال عليها وفق قاعدة الإسناد_ أم عدم توافقها مع النظام العام الجزائري.

الفرع الثالث: تفسير قواعد الإسناد

يستوجب لتطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية الحسم في مسائل أولية يتوقف عليها تحديد النص القانوني الواجب التطبيق وكيفية تطبيقه بداية بمسألة التكييف؛ أي تحديد المسألة الأساسية محل النزاع بغية إيجاد حل لها، وهذا بإعطائها الوصف القانوني الملائم من أجل تحديد قاعدة الإسناد التي تحكمها[3]، لكن معرفة القانون المختص بحكم العلاقة أو المسألة لا ينهي كل إشكال في طريق الحل بل يبقى يثير تساؤل أخر: هل للقاضي أن يرجع إلى القانون الأجنبي باعتباره كلا لا يتجزأ مما يفرض عليه استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعة التي يتضمنها ويطبقها على العلاقة القانونية المطروحة عليه وهو بذلك يستبعد قواعد الإسناد التي تتضمنها الإجابة عن هذا التساؤل تدفعنا للحديث عن مشكلة الإحالة.

1- زريول محمد، زواج المسلمة بغير المسلم في القوانين الأورو-مغاربية، أشغال الندوة الدولية: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، أبريل 2010، ص 132.

2- François Monéger, « les musulmans devant le juge français », journal du droit international, N° 1994, P.365 ; Voir ainsi : Hochart Catherine. Le statut personnel des musulmans en France. In: Hommes et Migrations, n°1232, Juillet-août 2001. Vies de famille, PP.58.59.

3- امحمدي بوزينة آمنه، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، مطبوعة محاضرات لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2020/2019، ص 06.

أولا: التكييف كإجراء أولي

لما كان من الصعوبة بمكان وضع قاعدة إسناد موحدة تخص جميع القضايا والعلاقات القانونية نظرا لتعددها واستحالة حصرها فإن مختلف الأنظمة القانونية تميل نحو تصنيف مجموعة من القضايا أو العلاقات القانونية المتشابهة في طائفة قانونية وتخصيصها بقاعدة إسناد معينة[1]؛ ولكي يتمكن القاضي من تطبيق قاعدة الإسناد، لابد له أن يكشف عن مضمونها في البداية، فلما تعرض على القاضي مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة التي يمكن أن يدرجها ضمنها من بين الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد في قانونه هذا ما يسمة بالتكييف[2].

ويعرف التكييف بأنه: "تلك العملية الذهنية التي تؤدي إلى تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد"[3]، وقد اختلف الفقه اختلافا كبيرا حول القانون الذي يحكم التكييف وانقسموا إلى ثلاث اتجاهات، اتجاه يسير في منحى إعطاء الاختصاص فيما يخص التكييف للقانون الذي يحكم النزاع، وهو اتجاه يجد دعائمه فيما دعا إليه الفقيه "ديسبانييه" الذي يقر أنه يتعين التكييف حسب كل قانون على حدى وبصورة خاصة به ولذاته[4]، في حين يميل الاتجاه الثاني إلى إخضاع التكييف للقانون المقارن[5]، أما الاتجاه الثالث فإنه يذهب إلى القول بضرورة إخضاع التكييف لقانون القاضي ويعتبر الفقيه

1- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 55.

2- امحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 214.

3- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 12، انظر أيضا: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 113.

4- Frantz Despagnet, des conflits de loi relatifs à la qualification des rapports juridiques, Marchal & Billard, librairie de la cour de cassation, Paris, 1898, P. 253 et suivi.

5- ويرجع هذا الحل إلى الأستاذ الألماني "رابل" الذي قال بإخضاع التكييف للقانون المقارن، بغية استخلاص مفاهيم موحدة للأفكار المسندة التي يتضمنها القانون الدولي الخاص بصورة موسعة، أنظر: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 140.

الفرنسي "بارتان" من أهم الفقهاء الذين ركزوا على أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص وضرورة خضوعه لقانون القاضي.[1]

ومنه، يمكن القول بأن تحديد معنى الواقعة القانونية يسهم في التوصل إلى الحل الدقيق، فالواقعة القانونية هي الواقعة أو الفعل المادي الذي يرتب القانون عليه أثرا قانونيا مثل واقعة الوفاة والأثر فيها هو الميراث.[2] فالتكييف هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها ضمن أحد الأصناف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد[3]، من خلال تركيز العلاقة القانونية لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق تبعا لذلك فإن قاعدة التكييف في الأصل العام ليس لها مضمون موضوعي، بمعنى أنها تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة فقط، وتنتهي وظيفتها عند هذا الحد فهي لا تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع.[4]

والجدير بالذكر، أن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس مشكل التنازع في التكييف، ذلك أن المسألة القانونية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول، ينبغي قبل إجراء التكييف تحديد القانون الذي يجري وفقه التكييف، ولو أن قوانين كل الدول كانت تعطي للمسألة القانونية نفس التكييف ما كانت هنا صعوبة تذكر، لكن يحدث أن قوانين الدول تعطي بالنسبة لكثير من المسائل تكييفات مختلفة ويعود سبب ذلك لاختلاف في المفاهيم القانونية من دولة لأخرى، فما يعد وفق قانون دولة ما من آثار الزواج الشخصية قد يعد وفق لقانون دولة أخرى من الأهلية، وما قد يعتبر في دولة ما من الشروط الموضوعية للزواج قد يعد في دولة أخرى من الشروط الشكلية للزواج.[5] فالتكييف إذن أمر أساسي وأولي لحل تنازع القوانين، لأن تحديد قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن

1- انظر محمد موساوي، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، مرجع سابق، ص 100.

2- عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في تنازع القوانين: دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مركز الدراسات الألوفة، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد 7، 2008، ص 223.

3- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 41.

4- امحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص 26.

5- المرجع نفسه، ص 27.

صنف قانوني معين. حيث جاء في نص المادة 09 من القانون المدني لجزائري أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

ويفهم من هذا النص، أن المشرع الجزائري أخضع التكييف لقانون القاضي في العلاقات القانونية عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تنازع فيها القوانين، فالقاضي الجزائري يجب أن يرجع إلى القوانين الجزائرية كالقانون المدني والتجاري وقانون الأحوال الشخصية...إلخ، للتعرف على طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع، وبالتالي على قاعدة الاسناد التي تعين له القانون الواجب التطبيق. كما يلاحظ أن المادة 09 من القانون المدني قصرت التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف الذي غرضه معرفة القانون الواجب تطبيقه، فهي بذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة لأنه لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي، فلو رفعت أجنبية دعوى على زوجها طالبة فيها بحل الرابطة الزوجية لعنة الزوج السابقة على إبرام الزواج، فحسم مثل هذه الدعوى يستلزم من المحكمة أن تقرر ما إذا كانت القضية تتعلق بالشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج لتطبيق قانون جنسية الزوجين، كما تنص على ذلك الفقرة الأولى من المادة 11 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة لصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". أم أنها تتعلق بالطلاق فتطبق قانون جنسية الزوج في حالة اختلاف جنسية الزوجين، كما تقرره الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني.

وهكذا يرجع القاضي إلى القانون الجزائري في جملته وبأفق واسع لتحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع للعمل بقاعدة الاسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق، وينتهي دور القانون الجزائري عند التكييف الأولي وهو تحديد نوع العلاقة القانونية وتحديد قاعدة الاسناد الوطنية، أما التكييف اللاحق فيخرج عن اختصاص القانون الجزائري ويحكمها القانون المختص الذي حددته قاعدة الاسناد[1].

ولو عرض على القاضي الجزائري نزاع موضوعه الانفصال الجسماني بين زوجين أجنبيين ما هو الحل إذا كيف النزاع على أنه طلاق فهو تكييف مخالف لطبيعته في النظم التي تعرفه،

1- المرجع نفسه، ص 42 و43.

كذلك لا يمكن اعتباره هجرا في المضجع، لأن نظام الانفصال الجسماني يؤدي إلى الافتراق في الحياة المعيشية دون الكلاق مع أنه قد يكون مرحلة أولية تسبق الطلاق وسببا له[1].

ثانيا: الإحالة كإجراء لاحق

تعرف الإحالة بكونها تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي متى اختلفت مع هذه الأخيرة، وكان التنازع بينهما سلبيا، وهي تشكل موضوع جدل فقهي اختلفت بشأنه الاجتهادات القضائية بين مؤيد ومعارض لها، وترجع الأصول التاريخية لهذه النظرية إلى الواقعة المعروفة بقضية "فورغو".[2]

والإحالة لا تثير أية صعوبة عندما تتحد قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي المعروض عليه النزاع والدولة الأجنبية الأخرى التي لها علاقة بشكل آخر بموضوع النزاع، فالأهلية مثلا في القانوني العراقي والأردني تخضع لقانون الجنسية، وعليه لو عرضت مسألة متعلقة بأهلية عراقي أمام القاضي الأردني فإن قاعدة الاسناد في القانون الأردني تولي الاختصاص إلى القانون العراقي وقاعدة الاسناد في القانون العراقي تخضع الاختصاص فيها للقانون العراقي، فما على القاضي الأردني إلا تطبيق القواعد الموضوعية للقانون العراقي ونقصد بذلك القواعد التي تحكم الأهلية[3].

يظهر موضوع الإحالة جليا في التشريع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، وذلك من خلال نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، إذ جاء فيها: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي". وبهذا يكون المشرع قد تبنى موقفا متناقضا من فكرة الإحالة الدولية، فقد عبر صراحة

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 112.

2- راجع لأكثر التفاصيل حول وقائع القضية: أحمد زوكاغي، أحكام تنازع بين القوانين في التشريع المغربي (نشأة نظرية الإحالة)، الطبعة الثانية، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، 2002، ص 63 و64.

3- حسن الهداوي، الإحالة في تنازع القوانين، مقال منشور بتاريخ 2021/03/04، على الساعة: 12:31، على موقع المرجع الالكتروني طريقك نحو المعرفة: https://almerja.com/more.php?idm=147508، تاريخ الولوج: 2021/09/23، على الساعة: 20:06.

عن رفض الإحالة في الفقرة الأولى من نص المادة المذكور أعلاه، لكن يثار الإشكال عند قراءة نص الفقرة الثانية من ذات المادة والتي تعقد الاختصاص للقانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي، فالفقرة الثانية أوردت تحفظا عن الحكم الوارد سابقا، حيث أقرت اختصاص القانون الجزائري استثناء إذا ما أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص، وهو ما يعتبر من قبيل الأحالة من الدرجة الأولى وفقا لنص المادة 23 مكرر 1 و2 من القانون المدني الجزائري، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، أي عندما تحيل قواعدتنازع القانون الأجنبي على القانون الجزائري، بينما رفض الإحالة في الحالات الأخرى[1]. ولما كان قبول المشرع الجزائري غير المشروط للإحالة من الدرج الأولى جعل منه موضوع انتقاد من طرف جانب من الفقهاء، ذلك لأن مؤداه تطبيق القانون الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية على أزواج أجانب لا يدينون بالإسلام، ولا شك أن هذا الأمر يتعارض مع رغبة هؤلاء الأجانب في تطبيق قوانينهم الشخصية، وعندئذ يجب رفض الحالة ولو كانت من الدرجة الأولى[2]، لكن هنا يظهر دور الإحالة في حماية النظام العام والآداب العامة الجزائرية ولو تعلق الأمر بأزواج أجانب[3]، وبذلك يكون المشرع الجزائري يكون قد حاول قدر الإمكان في قواعد التنازع حماية الطرف الجزائري وحماية النظامم العام والآداب العامة الجزائرية[4].

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاد الزواج المختلط

يعتبر عقد الزواج واقعة مادية وقانونية تربط بين الرجل والمرأة، ولكي يكون صحيحا يجب أن يتضمن شروط شكلية وأخرى موضوعية تحكمه وهذا ما جرت عليه غالبية دول العالم، غير أن التشريعات تختلف نظرتها في الزواج اختلافا كبيرا، فهناك من اعتبره نظاما دينيا محضا يشترط بانعقاده مراعاة مراسيم دينية معينة، بينما يعتبره البعض الآخر نظاما مدنيا كالقانون الفرنسي والقوانين العربية وهناك من اعتبر شروطه موضوعية شروطا شكلية.

1- امحمدي بوزينة آمنه، محاضرات في قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 25 و26.

2- بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2008، العدد الثاني، ص 365.

3- امحمدي بوزينة آمنه، محاضرات في قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 27.

4- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012/2011، ص 07.

والمشرع الجزائري وضع قواعد إسناد خاصة تحكم انعقاد الزواج من حيث الشروط الموضوعية والشكلية بنصوص قانونية، وعليه، فإننا من خلال هذا المطلب سنتناول الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

إن الزواج تنطبق عليه القواعد العامة التي تحكم العقود عامة فلا يختلف عنها في كونه عقد مبني على توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وتوافق الإرادتين هو ما يعبر عنه بالتراضي أو الرضا، وهو أساس عقد الزواج، وهو ركنه الأساسي فلا ينعقد إلا بتوافره.

على غرار ما تضمنه القانون المدني في مختلف الدول، فإن التشريعات الأسرية العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري اعتبروا الرضا ركنا أساسيا في العقد، وإلى جانب هذا الأخير تفرض أهمية الزواج شروطا تضمن قيامه صحيحا، وهي شروط يجب توافرها في العقد بعد تحقق ركنه، ويرجع الهدف في تخصيص الزواج عن باقي العقود المدنية الأخرى بمجموعة من الشروط التي قد لا يصح إلا بها، إلى ضبط العلاقة الأسرية من خلال تمييز الزواج عن غيره من العلاقات التي قد تربط الرجل بالمرأة خارج هذا الإطار، كما أن هذه الشروط إنما شرعت من أجل حماية الزواج.[1]

أولا: تعريف الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط

يقصد بالشروط الموضوعية تلك الشروط الجوهرية والأساسية التي لا تقوم الرابطة الزوجية دونها، حيث يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حال انعدامها، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج[2]، وإذا تخلف شرط يؤدي ذلك إلى البطلان. وكعقد يشترط لتكوينه الإرادة كتوافر الأهلية ورضا المتعاقدين كما قد يستلزم الأمر رضا الوالدين أو إحداهما[3]، مع عدم وجود

1- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 73 و74.

2- ممدوح عبد الكريم، حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، تنازع القوانين، بدون طبعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، الجزء الأول، ص 89.

3- هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1999، ص 270.

عيب من عيوب الرضا كالغلط والإكراه والتدليس وحضور الشهود[1]، ويعد من بين الشروط الموضوعية للزواج صلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد، وذلك بأن لا تكون من المحارم وشرطي المهر وتوافر الكفاءة اللازمين للزواج وفقا للشريعة الإسلامية والشروط الموضوعية حددها قانون الأسرة الجزائري كمرتكزات الانعقاد.[2]

ولدراسة ما يعبر عنه بالشروط الموضوعية للزواج من أركان وشروط عقد الزواج، ارتأينا تقسيم هذا الفرع لفقرتين، الفقرة الأولى خصصناها لدراسة التراضي في الزواج، فيما نترك شروطه في الفقرة الثانية.

1. التراضي في الزواج:

من بين الشروط الموضوعية كل ما يتعلق بالتراضي، وهي الشروط الخاصة بالإرادة التي تسهم في تكوين العقد سواء كانت إرادة أحد العاقدين أو من ينوب عنهما أو من يعاونه، وتطابق الإرادتين وكذلك ما يتعلق بالمحل والسبب.[3]

ويشكل ركن الرضا قوام عقد الزواج فلا ينعقد صحيحا إلا برضا طرفيه رضائي كاملا لا إكراه فيه، وقد اعتنت بعنصر الرضا جل التشريعات العالمية[4] إذ يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الزواج أحد المجالات التي يجب أن يضمن فيها حق الجنسين في الرضا بالزواج.[5]

وفي هذا الشأن، صدرت اتفاقية خاصة بالرضا بالزواج، وبموجبها لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه وبإرغامهما عنه شخصيا...[6]، كما أكد الميثاق الدولي

1- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص: تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 395.

2- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية الهامشية، 2009، ص 130.

3- إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة استكمالا لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2007، ص 389.

4- صارة بن شويخ، المرجع السابق، ص 59.

5- انظر المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.

6- المادة 1 من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، قرار الجمعية العامة رقم 1763، الدورة 17، الجلسة الأمة 1176، 7 تشرين الثاني (نوفمبر) 1962، تاريخ بدء النفاذ في 9 كانون الأول (ديسمبر) 1964، وفقا للمادة 6، ص 73.

بشأن الحقوق المدنية والسياسية على هذه الحقوق[1]، وكذلك العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ذات الحق[2]، ونصت اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة لسنة 1975 على أن للمرأة الحرية في اختيار الزواج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل[3]، وقد نص المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية على أن ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرن عن رضا تام[4]، والرضا بالزواج هو عموده الذي لا يقوم إلا بتوافره وهو ركن أساسي في صحته، إذ اتفق الفقهاء أجمع على ركن واحد وهو الرضا.[5]

واختلفوا في ما عداه من شروطه وهو ما أخذ به مشرعو قوانين الأسرة وبتأكيد قضائي صارخ[6] حيث أنه لا يمكن لأي عقد البقاء دون توفر ركن الرضا الذي يعتبر الركن الأساسي في جميع العقود سواء منها المالية أو الزواج، ومن المعلوم أن القانون يعتبر الرضا ركنا في جميع العقود والتصرفات[7](إعمالا بنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري)، بما في ذلك عقد الزواج الذي أصبح بموجب الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري عقد رضائي يبنى على أساس تبادل الرضا بين الرجل والمرأة.[8] فالرضا إذن هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني وهو عقد الزواج، توافق وتطابق إرادة الخطيبين على إبرام عقد الزواج وتنفيذه فيهما وفقا للشرع والقانون.[9]

1- انظر: المادة 3/23 من الميثاق الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية.

2- انظر: المادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

3- انظر: المادة 16 من اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة لسنة 1975.

4- انظر: المادة 23 من المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية.

5- الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2002/2001، ص 197.

6- عيسى حداد، عقد الزواج-دراسة مقارنة، (د. ط)، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2000، ص ص 28.

7- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 236.

8- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، الجزائر، 2018، ص 36.

9- عيسى حداد، المرجع السابق، ص 28.

ولما كانت الإرادة أمر خفي وحقيقة نفسية كامنة ليست ظاهرية، فإنه يتعين التعبير عنها لتظهر في العالم الخارجي، لكي يعتد بها القانون، إذا تطابقت مع إرادة أخرى[1]، ويفصح عنها بقول يصدر من العاقد، ويتلفظ به لسانه، أو بقول مكتوب أو بإشارة أو بفعل من الأفعال الدالة على الرضا في العقود التي يتم فيها التعاقد بالأفعال.[2]

فالتعبير عن الرضا بالزواج يكون بتبادل الإيجاب والقبول(أ)، وذلك باستعمال عبارات تدل على ذلك، وهذا ما يعبر عنه بصيغة التعاقد(ب).

أ. الإيجاب والقبول

للحديث عن الإيجاب والقبول يتطلب منا تعريفه وتوضيح الشروط الواجب توفرها فيه حتى يمكننا الاعتماد عليه يعد إيجابا جديا تترتب عليه الآثار القانونية للعقد عند قبوله. فالإيجاب هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين[3] للدلالة على إرادته في إنشاء العقد الزواج[4] ويعرف الإيجاب عند عند جمهور الفقهاء بأنه: التعبير الدال على الرضا الصادر من المملك.[5] فالإيجاب هو العرض الجازم، والكامل الذي يوجه الإرادة، للتعاقد وفقا لشروط معينة لإحداث الأثر الشرعي والقانوني.

وعليه، فإن التعبير الصادر عن الإرادة غير الجادة لا يعد إيجابا، وإنما الإرادة المعتبرة هي التي تصدر عن شخص مؤهل أي كامل الأهلية ومكلف.[6] ويتطلب هذا الإيجاب موصفات معينة[7]، حيث أنه لابد أن يكون باتا بمعنى نهائيا وصريحا، وأن يصل إلى علم الطرف الآخر كي

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007- 2008، ص 79.

2- عيسى حداد، المرجع السابق، ص 30.

3- إسماعيل أبابكر البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 78.

4- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل- دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 57.

5- وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر أحكام الأسرة، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مصححة ومنقحة، (د. د. ن)، ن)، دمشق، سوريا، 2002، ص 31.

6- حسن حامد حسن، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مكتبة المتنبي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1979، ص 241.

7- الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 57.

كي يصلح أن يقترن به فيما بعد قبول. ولما لأهمية ركن الرضا كركن في عقد الزواج فإنه يبطل بانعدامه، كما أنه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على إتمام مراسيم الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به.[1]

أما القبول، هو تعبير بات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، ويترتب عليه إذا تطابق مع الإيجاب أن ينعقد العقد[2]، وبعبارة أخرى هو ما يصدر ثانيا من العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته على ما أوجبه الأول. ومن هنا يتبين بأن القبول إنما هو تعبير عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، وكأي تعبير عن الإرادة يلزم أن يكون باتا وأن يتجه إلى إحداث أثر قانوني على أن من وجه إليه الإيجاب وينتظر صدور القبول منه، يكون غير ملزم بإصدار هذا القبول فيمكن له رفض التعاقد. حيث يجب أن يكون باتا وصريحا، كما لابد من أن يأتي متطابقا مع الإيجاب حتى ينعقد العقد.

ب. صيغة الإيجاب والقبول

تنتج الصيغة في الزواج آثارها إذا وردت صريحة بأن تكون شفاهة أو كتابة أو إشارة متداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في اتجاه النية لإبرام عقد الزواج وفق ما جاءت به المادة 60 من القانون المدني الجزائري. ومن ثم لا يعتد إلا بالإرادة الواضحة من حيث اللفظ، ويكون ذلك بتبادل الإيجاب والقبول من الطرفين، فالإرادة الباطنة كما قلنا سلفا ليس لها أي أثر قانوني، وعليه فإنه لابد من التعبير على وجود الإرادة، والمشرع قد بين في المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري كيفية التعبير عن الإرادة بحيث نص على أن: يكون الرضا بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. حيث أنه يجوز في الإيجاب إذا كان عن طريق الكلام أو الكتابة أن يصدر بصيغة المضارع وأن يصدر القبول بصيغة الماضي[3] شريطة وجود قرينة تدل على إرادة المتعاقدين في إنشاء عقد الزواج في الحال، على أن

1- المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2000/07/18، الملف رقم 249128، الصادر بتاريخ 2000/07/18، المجلة القضائية، ع.2، سنة 2003، ص 267؛ الملف رقم 90468، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص 47، الملف رقم 415123، م. م. ع 1، ص 275.

2- صارة بن شويخ، المرجع السابق، ص 62.

3- "كقول الرجل للمرأة: أتزوجك فتجيب قبلت أو تقول أزوجك نفسي، فيقول: قبلت، كما ينعقد الزواج بالجملة الإسمية كقول الرجل أنا أتزوجك على مهر مقداره...".

أن لا تتم هذه الصيغة بالوعد بالزواج، والقرينة المقصودة هنا قد تتمثل في دعوة بعض الأشخاص لح.ضور مجلس العقد، كما يجوز أيضا أن يكون الإيجاب والقبول إحداهما بصيغة الأمر والآخر بصيغة الماضي، كأن يقول الرجل الراغب بالزواج "زوجيني نفسك" وتقول المرأة "زوجتك نفسي" أو "تزوجتك" أو "قبلت الزواج منك".[1]

كما يشترط في الصيغة التي يصدر بها الإيجاب والقبول أن تكون منجزة، إذ يجب أن تصدر الصيغة بألفاظ تنشئ العقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، فلا يجوز صدور صيغة معلقة على شرط مستقبل كأن يقول الرجل "تزوجتك إذا غيرت مكان إقامتك" وتقول هي "تزوجتك"، كما لا يصح أن ترد الصيغة مضافة إلى زمان كقول الرجل للمرأة "تزوجتك بعد أسبوع" وتقول هي "قبلت زواجك بعد أسبوع"، فالعقد لا يمكن أن ينعقد بهذه الصيغ لأن صيغة عقد الزواج على خلاف العقود المدنية الأخرى لابد أن تكون مطلقة غير مقيدة حتى ينعقد العقد.[2] وما يمكن ملاحظته هو أن المشرع قد ركز على وجوب توفر رضا الزوجين، كركن لانعقاد الزواج لكنه سكت عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضاهما بالزواج.

ومن جهة أخرى يتضح من خلال نص المادة 10 السالفة الذكر أن المشرع لم يجعل في نفس الدرجة طرق التعبير عن الإرادة بل أعطى الأولوية للكلام، فإذا كان الشخص المقبل على الزواج قادرا على أن يعبر عن إرادته بالكلام فله ذلك، ويجب أن يحترم هذه الطريقة من طرق التعبير عن الإرادة، أما إذا كان عاجزا عن الكلام فله أن يعبر عن نفس إرادته بالكتابة أو بالإشارة، والصادر منه الإيجاب أو القبول بالإشارة يصح رضاه إذا كانت الإشارة مفهومة أو متداولة عرفا، وإذا كان الشخص من ذوي العاهتين، كأن يكون أصم أبكم أو أصم أعمى أو أبكم أعمى وتعذر عليه التعبير عن إرادته في الزواج فإنه طبقا للمادة 80 من القانون المدني الجزائري تعين له المحكمة المختصة مساعدا قضائيا يساعده في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. وما يؤخذ على المشرع هو انه جعل كل من الإشارة والكتابة في نفس المرتبة، بل كان عليه أن يعطي الأولوية للكتابة ثم الإشارة، وكان عليه أيضا توضيح الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، مثل النص على

1- صارة بن شويخ، المرجع السابق، ص 62 و63.

2- ممدوح عزمي، الزواج العرفي، (د. ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 21.

كون الرضا حالا، إذ أنه لا يصح أن يعلق الزواج على شرط أو يقترن بأجل[1]، وينبغي كذلك أن يصدر الرضا الزوجين خاليا مما يعيبه من العيوب التي قد تؤدي إما لإبطال العقد بطلانا مطلقا، أو نسبيا (وهذا قصور تشريعي ينبغي العمل على تفاديه).[2]

وأخيرا، فيما يخص وسائل التعبير عن الإرادة في الزواج، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية توسعوا في المسألة إلى درجة اعتبار السكوت تعبيرا عن الإرادة في الزواج، وهي قاعدة مستثناة من الأصل، لأن القاعدة العامة عندهم أنه: "لا ينسب لساكت قولا"، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان.[3] فالفقهاء اعتبروا استثناء سكوت البكر –دون الثيب– أثناء توجيه الإيجاب إليها بمثابة قبول ضمني، لقوله عليه الصلاة والسلام: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صمتها.[4] وعليه، وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على اعتبار السكوت عن الرضا بالزواج تعبيرا عن القبول من عدمه، إلا أنه ينبغي معه الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية في المسألة.

ج. انعقاد الزواج بتطابق الإرادتين

عقد الزواج من العقود الرضائية فالرضا هو المكون لعقد الزواج، ينتم بالإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، فلا بد من أن يبدأ أحد الطرفين بالإيجاب، ثم لابد من أن يقترن به قبول من طرف آخر، وأن يتطابق معه ولتطابق الإرادتين شروط عديدة تتمثل في النقاط الآتي ذكرها:

1– بكر إسماعيل، الفقه الواضح، الجزء الثاني، (د. ط)، دار المنار المصرية، القاهرة، مصر، 2001، ص 86، حيث أجمع السلف والخلف على تحريم المتعة إلا من لا يلتفت إليه الروافض.

2– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 211 و212.

3– العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 192.

4– يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي أبو زكريا محيي الدين، صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الثاني، كتاب النكاح، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1929/1371، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، حديث رقم 1461، ص 103.

- **اتحاد مجلس العقد:**

وهذا يعني أن يكون مجلس الإيجاب هو بعينه المجلس الذي صدر فيه القبول، وذلك بأن يصدر القبول عقب الإيجاب من غير تراخ، أما إذا تأخر القبول عن الإيجاب وكان سبب التأخير الانشغال بأمور لا تمت لعقد الزواج بصلة فإنه لا ينعقد لأن ذلك يعتبر إعراضا عن الإيجاب، كما يبطل الإيجاب إذا رجع الموجب عنه صراحة أو دلالة بإعراضه عنه، وانشغاله بأمر آخر قبل أن يصدر القبول[1]، إلا إذا كان الفاصل بين الإيجاب والقبول موضوعا يتصل بالزواج فلا يعتبر ذلك فاصلا يبطل الإيجاب لأنه أمر يتعلق بصميم العقد، ويراعى في اتحاد مجلس العقد العرف السائد، فما يعتبره العرف فاصلا وكلاما لا علاقة له بالزواج فإنه يحول دون انعقاد العقد.[2]

وفي هذا الإطار، يثور التساؤل عن مدى إمكانية التعاقد في الزواج بين شخصين غائبين من حيث مكان تواجدهما، خاصة أمام التطور التكنولوجي الذي شهدته وسائل الاتصال الحديثة، إذ أصبح بالإمكان رؤية وسماع أشخاص يبعدون عن بعضهم ملايين الكيلومترات وفي الوقت ذاته، وكأن الطرفان جالسين في المجلس نفسه، إذ بالنظر إلى ما سبق دراسته بشأن شروط التعاقد من حيث الصيغة، فإن هذه الأخيرة لا تختلف في شيء عن نظيرتها التي تتم بين حاضرين في مجلس واحد، ومنه فإنه بالإمكان إبرام عقد الزواج بين رجل وامرأة عبر الانترنت متى توافرت شروط التعبير عن الإرادة، وشروط الزواج الموضوعية، وأن يكون الزواج صحيحا من الناحية الشرعية إلا أن الإشكال الذي يثور هو ما يتعلق بالشروط الشكلية للزواج، فهو يبقى العائق الوحيد أمام توثيق الزواج المنعقد عبر الانترنت، ومن يدري فقد يتطور حال التوثيق في دولنا المغاربية ويدخل هو الآخر في دائرة التطور التكنولوجي فيحل المشكل.[3]

- **موافقة الإيجاب بالقبول:**

ولما كان التراخي لا يوجد إلا بوجود إرادتين متوافقتين متطابقتين لابد من إحداث أثر قانوني ألا وهو الزواج، وذلك بأن يصدر القبول مطابقا للإيجاب، فإذا قالت امرأة تدعى سعاد

1- هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين- الناحية الشرعية والقانونية شرح وتعليق وصيغ، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 23.

2- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الزواج وآثاره، الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1995- 1996، ص 86.

3- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص 64 و65.

للرجل زوجتك نفسي فقال الرجل قبلت زواج أختك سامية لم ينعقد العقد لأن القبول مخالفا للإيجاب[1]، أما إذا كانت مخالفة القبول للإيجاب في المهر فمثلا لو صدر الإيجاب بالزواج الخاطب من المخطوبة على مهر قدره ألف دينار، وصدر القبول بالموافقة على الزواج على مهر قدره عشرة آلاف دينار، لا ينعقد العقد وإنما يعد الاختلاف إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول جديد، ويشترط في هذه الحالة أن يكون محل الخلاف هو رغبة القابل في الزيادة في المهر، فالعقد ينعقد إذا ما اختلف القبول مع الإيجاب حول الرغبة في الإنقاص منه، حينها يعتبر المهر الصادر من القابل هو المتفق عليه فينعقد العقد.[2]

ويجب أن يكون الإيجاب قائما فقد يحدث ألا يبقى الموجب أصلا للتعاقد بعد إيجابه كان يفقد أهليته أو يموت قبل قبول الطرف الآخر، ففي هذه الحالة يبطل إيجابه حتى لو قبل الطرف الآخر الإيجاب لا ينعقد لأن قبوله لم يجد إيجابا قائما.[3]

- **عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول**

يمكن للموجب الرجوع عن إيجابه إذا كان القبول لم يصدر بعد، إذ يكون ذلك إبطالا للإيجاب الأول وإحلال الإيجاب الجديد محله، فلو صدر القبول بعد التراجع عن الإيجاب الأول فإن ذلك يعتبر إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الموجب أولا، ويعتبر من قبيل الرجوع عن الإيجاب فقدان أهلية الموجب قبل القبول.[4] وهذا الحكم يدخل ضمن الاستثناء الوارد في القانون المدني الجزائري الذي مفاده إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند الاتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل[5]، فطبيعة عقد الزواج تأبى تطبيق هذه القاعدة، كما لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول.[6]

1- هلال يوسف إبراهيم، مرجع سابق، ص 24.
2- عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص 87.
3- هلال يوسف إبراهيم، مرجع سابق، ص 25.
4- صارة بن شويخ، مرجع سابق، ص66.
5- المادة 62 من القانون المدني الجزائري.
6- انظر المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

- **سماع كل من العاقدين كلام آخر وفهم المراد منه**

بما أن اللفظ هو أداة الارتباط بين إرادتي العاقدين الحاضرين، فالسماع عهنا لازم لانعقاد العقد لأنه بالسمع يفهم المقصود من الكلام، هو إنشاء العقد وإن لم يفهم كل منهما معاني الكلام لأن العبرة بالقصد والنية في انعقاد الزواج، فإذا كان الإيجاب بلغة والقبول بلغة أخرى، وكان كلا من المتعاقدين لا يعرف لغة الآخر ولا يفهم المعنى اللغوي لعبارته ولكنه يعرف أن المقصود منها إيجاب العقد أو قبوله كان ذلك كافيا في إنشاء عقد الزواج ولا يعتبر استثناء من هذا الشرط، انعقاد الزواج بالكتابة في حالة غياب أحد العاقدين بأن يرسل إلى امرأة خطابا متضمنا أنه يريد الزواج منها بتشهد المرأة شاهدين أو تعيد مضمونه عليهما، أو تقرأه عليهما بمثابة الإيجاب من جانب الرجل راسل الخطاب وكان الموجب قد صدر منه في هذا المجلس وقبولها الزواج يكون قد تم في ذات المجلس وقبولها الزواج يكون قد تم في ذات المجلس وبذلك يتوافر اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.[1]

2. شروط عقد الزواج:

يقال في اللغة الشرط بفتحتين هو العلامة، وهو إلزام شيء والتزامه، وجمعه شروط وأشرط، ومنها أشراط الساعة، أي علاماتها[2]، كما جاء في قوله سبحانه وتعالى: ﴿**فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَآ**﴾[3]، وهو عند النحاة ترتيب أمر على آخر بأداة. أما اصطلاحا، هو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر ويلزم من عدمه العدم للحكم، ولا يلزم من وجوده ولا عدم، وهو خارج عن حقيقة المشروط، أو هو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب[4]، بمعنى أنه أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعا مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء، فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحا في نظر الشارع عندهم، فقد يوجدان ولا يوجد الزواج، وكون المرأة محلا للزواج بألا تكون محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا عند الفقهاء جميعا، فإن هذا الأمر خارج عن

1- هلال يوسف إبراهيم، مرجع سابق، ص 24.

2- ابن منظور، مرجع سابق، ص 329.

3- سورة محمد، الآية 18.

4- أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، الجزء الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الصميمي للنشر والتوزيع، السعودية، المملكة العربية المتحدة، 2003، ص 379 و380.

حقيقة العقد، وهكذا كل شرط لشيء لا يتحقق ذلك الشيء ولا يعتد به إلا إذا تحقق الشرط، وإن لم يكن جزءا من حقيقة ذلك الشيء.[1]

وبالنظر إلى الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج في مختلف المذاهب فإن بعضها متفق عليه عند الجميع، وبعضها الآخر مختلف فيه، وهناك شروط أخرى عند بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر، والشروط المتفق عليها مختلف في نوعها، ولا يسع المجال للتفصيل في ذلك.[2] وينعقد الزواج صحيحا نافذا لازما إذا ما تحققت مجموعة من الشروط على خلاف بين الفقهاء فيها، وهي شروط الانعقاد وشروط الصحة[3]، وشروط النفاذ وشروط اللزوم، إنما هو على رأي فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل في الزواج فجعلوا للانعقاد شروطا يترتب على تخلفها البطلان، وجعلوا للصحة شروطا يترتب على تخلفها الفساد.

أما جمهور الفقهاء الذين لم يفرقوا بينها وجعلوا العقد غير الصحيح نوعا واحدا يسمى بالباطل أو الفاسد، فليس عندهم شروط الانعقاد وأخرى للصحة بل كلها شروط للصحة، فأنواع الشروط للزواج عندهم ثلاثة ويتوقف على هذه الشروط وصف العقد تبعا لنوع الشروط المتخلفة فتخلف شروط الانعقاد أو بعضها يجعل العقد باطلا، وتخلف شروط الصحة أو بعضها يجعل العقد فاسدا، بينما تخلف شروط النفاذ يجعل العقد موقوفا، وأما تخلف شروط اللزوم فيجعل العقد جائزا غير لازم، أي قابلا للفسخ باختيار من له حق الخيار[4]، هذا ما يعرف بالشروط الموضوعية للزواج. وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد نص على شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر وتتمثل في أهلية الزواج، الولي، الصداق، شاهدين، وانعدام الموانع الشرعية. وعليه فإننا من خلال الآتي سوف نتطرق إلى هذه الشروط.

أ. الأهلية:

نظرا لأهمية عقد الزواج في الحياة الاجتماعية وما يحققه من سعادة أو شقاء وما يملكه من قدرة على الإنجاب والعناية به، ومن أجل السير الحسن عند القيام بشؤون الأسرة، لابد من تحقق

1- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 95.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 80.

3- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، 2007، دار البصائر، الجزائر، ص 54 و55.

4- السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، (د. ط)، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، (د. ت. ن)، ص 37.

شروط معينة تتعلق بأهليتهم كما اعتاد عليه الناس من أجل تكوين أسرة، ومتى كانت الأهلية كاملة وغير مشوبة بنقص كان التصرف صحيحا والعكس. والأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاءة[1]، أما اصطلاحا فهي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لأن يثبت له حقوق، وتثبت عليه واجبات، وتصح منه التصرفات.[2]

أما في الفقه الإسلامي فالأهلية هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات منه[3]، كما أنها تمثل صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا بعبارة أخرى هي صلاحية الشخص للقيام بعمل ينتج أثرا.[4]

وعليه، يمكن القول بأن أهلية الزواج هي كفاءة الشخص لأن يكون زوجا وصلاحيته لتحمل ما ينتج عن الزواج من آثار، إذ تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة"، هذا هو سن الرشد المدني.[5] وأهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وبأن يكون الزوجين بالغين عاقلين، وتحديد السن الأدنى للزواج أخذه القانون الجزائري من آراء المالكية والحنفية، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد وحد بين الجنسين (فيما يخص أهلية الزواج)، بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة، بعد أن كان

1- عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، طبعة خاصة بالجامعة المفتوحة، الطبعة الثانية، 1995، ص 53.

2- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة –انعقاد الزواج، (د. ط)، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 98.

3- محمد علي فهمي السرجاني، الملكية ونظرية العقد فلي الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 1977، ص 120.

4- عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1979، ص 121.

5- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 60.

21 سنة للرجل و18 سنة للمرأة[1]، كما أنه اقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار غير القادرين على تحمل تكاليف والتزامات الزوجية المادية والمعنوية.[2]

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج (19) سنة فهو منطقي تماشيا مع سن الرشد المدني، إلا أن الإشكال الذي يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية، لأن النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون، وهي القدرة الجسدية والمادية بالإضافة إلى القدرة على تحمل المسؤولية، حيث أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن سن 15 سنة، لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن هذه المرحلة في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام، خصوصا وأن القانون نص على أن الزواج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات.[3] والأهلية نوعان: أهلية وجوب بمقتضاها يثبت له الحقوق وأهلية الأداء تنشأ بمقتضاها التزامات عن نفسه، وتصرفات تجعل له حقوق قبل غيره. ولأن الزواج يندرج ضمن أهلية الأداء فيترتب عنه إنشاء الحقوق والواجبات والالتزامات، وأول أثر لثبوت هذه الأهلية هو صحة التصرفات، لأن أي عارض من عوارض الأهلية كالصبي غير المميز أو المجنون يعتبر فاقد لأهلية الأداء، وبالتالي لا تصح تصرفاته التي هي سببا شرعيا في ثبوت الحقوق.[4] ولا تكتمل الأهلية إلا بشرطين أساسين هما الرشد والبلوغ لقوله تعالى: ﴿**وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ وَمَن كَانَ غَنِيّٗا فَلۡيَسۡتَعۡفِفۡۖ وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِذَا دَفَعۡتُمۡ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبٗا٦**﴾[5]، فلا يعقد النكاح إلى البالغ العاقل الراشد؛ إلا أن الشريعة الإسلامية قد أجازت لغير العاقل أن يتزوج، فالمالكية ترى أن للأب وحده تزويج الغير عاقل، والحنفية جعل أمره لكل ولي،

1- نصت المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

2- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 196.

3- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 61.

4- راضية لبرش، نظام الزواج في المجتمع الجزائري في ظل المتغيرات الجديدة- قانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، دراسة ميدانية على أساتذة جامعة منتوري قسنطينة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في علم اجتماع التنمية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2010/2009، ص 188.

5- سورة النساء، الآية 6.

أما الشافعية فتقول أنه لا يزوج الغير عاقل إلا لضرورة من الأب وبتوافر شروط فيه قد تحددها القوانين أو المحاكم، كما قد يحتاج الأمر إلى إذن قضائي[1].

ب. الصداق:

الصداق بفتح الصاد وكسرها، مهر المرأة أو الصدقة[2]، ومنه قوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ٤**﴾[3]، وأصدق المرأة لها صداقا[4]، وفي اللغة هو: ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج[5]، ولقد ورد عن بعضهم أنه يسمى صداقا لأن وجوده يظهر صدق الزوجين[6]. غير أن الصداق يختلف عن الدوطة التي تعرفها الطوائف المسيحية والأقباط في مصر والكاثوليكيين في لبنان، وبعض القوانين الغربية كالقانون الفرنسي، فالدوطة أو البائنة تتمثل في كل ما تقدمه المرأة أو أبوها أو أحد أقاربها إلى الزوج بمناسبة الزواج قصد المساهمة في تحمل أعباء الحياة الزوجية، وقد تأخذ الدوطة شكل مبلغ من المال أو شكلا آخر، عقارا كان أو منقولا[7]. أما الصداق في الشريعة الإسلامية، فهو الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها[8]، سواء كانت مسلمة أو كتابية، مطلقة أو أرملة، ويكون الصداق للزوجة كيفما كانت ظروفها الاقتصادية والاجتماعية، فالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ألزموا الزوج وحده بدفع الصداق لزوجته ولو

1- راضية لبرش، مرجع سابق، ص 189 و190.

2- للصداق تسميات كثيرة منها: مهر، فريضة، نحلة، أجر، عطية، علائق، عقر، خرس، حباء. انظر: محمد الشافعي، شرح الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، (د. ط)، سلسلة البحوث القانونية 24، مراكش، المملكة المغربية، (د.ت.ن)، ص 78.

3- سورة النساء، الآية 4.

4- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ت: يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، مكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1999، ص 174.

5- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سورية، 1988، ص 341.

6- علي الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412هـ، ص 52.

7- محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 79.

8- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 73.

كانت أكثر منه ثراء، أما إذا كان الرجل فقيرا فلينتظر حتى يكون له مال ثم يتزوج[1] لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ...٣٣** ﴾[2].

والمشرع الجزائري أطلق عليه تسمية الصداق، ونمه في المواد من 14 إلى 17 من قانون الأسرة، فهو م يدفع نحلة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف به كما تشاء[3]، فالظاهر من خلال هذا النص أن المشرع وسع من دائرة ما يصلح صداقا ولو أن المطلوب شرعا هو التخفيف من قيمة الصداق، فطبقا لما جاء في نص المادة 14 من ق. أ. ج يمكن أن يكون الصداق كل شيء مقوم بالمال سواء كان منقولا أو عقارا، قيميا أو مثليا، وكل منفعة تقابل بالمال، شريطة ألا يخالف الشريعة الإسلامية(كالخمر، ولحم الخنزير...حتى وإن كانت الزوجة كتابية)، وألا يكون من المحظورات (كالمخدرات، والأشياء المسروقة كالمجوهرات مثلا...). وإذا كان الصداق يعبر عن رغبة الرجل في الزواج، فيجب ألا يكلفه ما لا طاقة له فيه وألا يؤدي هذا التكلف إلى النفور من الزواج، حيث أصبح في الوقت الراهن الغلاء في مهور النساء يشكل عقبة من عقبات الزواج في الكثير من الدول العربية، مما جعل السباب يفكرون في الهجرة واتخاذ الزواج بأجنبيات من غير دينهم وسيلة للتهرب من مشكلة دفع الصداق، مما يؤدي بهم إلى النفور من الزواج في أوطانهم الأصلية، وذلك راجع للأجنبية التي لا تطالب بمقابل الزواج، وإنما تبحث عن الاستقرار فقط.

ولقد اتفق الفقهاء على أن الصداق ليس له حد أعلى، لعدم ورود نص في القرآن أو السنة على ذلك، غير أنه ينبغي عدم المغالاة في المهور[4]. إلا أنهم اختلفوا في مقدار الحد الأدنى لما يصلح مهرا على فريقين، الفريق الأول رأوا أن لأقل المهر مقدارا وحدا أدنى لا يجوز تجاوزه،

1- محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 79.

2- سورة النور، الآية 33.

3- انظر المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري؛ والمشرع المغربي تناوله في المواد من 26 إلى 34 من مدونة الأسرة المغربية ففي المادة 26 الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية؛ أما المشرع التونسي فقد تناوله من خلال الفصلين 12 و13 من مجلة الأحوال الشخصية ومن خلال الفصل 12: كل ما كان مباحا ومقوما بالمالي تصلح تسميته مهرا وهو ملك للمرأة.

4- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 252.

وسبب اختلاف هذا الفريق فيما بينهم، هو الاختلاف في ضبط نصاب السرقة الذي فيه القطع، بينما يقول الحنفية، ومن وافقهم، أنه عشرة دراهم، كما يرى المالكية ومن معهم، أنه ثلاثة، أو أربعة دراهم[1]، ودليلهم على ذلك:

- أن تقدير المقادير يحتاج على الدلالة الشرعية، ولم ترد النصوص التي تحدد ذلك، بل وردت النصوص عامة بطلب المهر دون تحديده[2]، كما جاء في قوله عزو جل: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَۚ ...٢٤**﴾[3]، فالمهر بمدلول الآية يدخل فيه القليل والكثير. وفي قوله صلى الله عليه وسلم للذي زوجه: هل عندك من شيء تصدقها؟ قال: لا أجد، قال: التمس ولو خاتما من حديد[4]. كذلك ما ورد عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء، ولا مهر اقل من عشرة دراهم[5].

- وأن الصداق شرع في الأصل حقا للمرأة تنتفع به، فإن رضيت بالعلم والدين وإسلام الزوج وقراءته للقرآن، كان هذا من أفضل المهور وأجلها، وقد حصل لها انتفاع بذلك، وهذا هو الذي اختارته أم سليم من بإسلام أبي طلحة وذلها نفسها له إن أسلم وهذا أحب إليها من المال.

- وأن المهر ثبت حقا للعبد وهو حق المرأة بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطا، فكان التقدير فيه إلى العاقدين، كما أنه يعتبر بدل منفعتها، فجاز ما تراضيا عليه من المال، كالعشرة والأجرة.

أما الفريق الثاني، رأوا أن له حدا أدنى، وهو قول سعيد بن جبير، والنخعي، ابن شبرمة، ومال وأبي حنيفة، واستدلوا على ذلك بالآية الكريمة: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم**﴾، أي

1- أنس مصطفى أبو عطا، مقدار المهر وسلطة ولي الأمر في تحديده: دراسة مقارنة، المنارة، المجلد 12، العدد 3، جامعة آل البيت، 2006، ص 15.

2- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1979، ص 77.

3- سورة النساء، الآية 24.

4- أبوداود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، سنن أبي داوود، الجزء الثاني، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د. ت. ن)، باب الصداق، الحديث رقم 2111، ص 236.

5- أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، باب ما يجوز أن يكون مهرا، الحديث رقم 14387، ص 392.

أن الله جل جلاله، اشترط أن يكون الصداق مالا، ولا يطلق اسم المال على ما قل، بل على ما له قيمة معتبر، فما لا يسمى أموالا لا يصلح مهرا؛ والمهر فيه حق للشرع قصد به إبانة حظر البضع صيانة له عن شبهة الابتذال بإيجاب مال له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة[1]، واختلفوا هؤلاء كذلك في تحديد المقدار الأدنى للمهر على الأقوال التالية:

- قياس الصداق على قذع اليد، واليد عند أبي حنيفة، لا تقطع إلا في دينار ذهبا أو عشرة دراهم كيلا، ولا صداق عنده أقل من ذلك، وعلى ذلك جماعة أصحاب وأهل مذهبه، وهو قول أكثر أهل بلده في قطع اليد لا في أقل الصداق.

- أن المقدار الأدنى هو ربع دينار، أو ثلاثة دراهم، وهو قول المالكية، قال مالك في الموطأ: لا أرى أن تنكح المرأة بأقل من ربع دينار، وذلك أدنى ما يجب به القطع؛ واستدلوا على ذلك كما قال مالك بأدنى ما يجب به القطع، فمن نكح باقل من أقله أتم الباقي وإلا فسخ قبل الدخول، وإن دخل أتمه جبرا[2]، وأن أقله خمسون درهما، وهو قول سعيد بن جبير.

- وأن أقله أربعون درهما، وهو قول النخعي، وربما يكون مقصده من ذلك أن يون المال له قيمة، وليس تحديد الأربعين، فقد روي عنه: قوله: أكره أن يكون مثل البغي، ولكن العشرة والعشرون[3].

أما فيما يخص مقدار الصداق في حده الأعلى، فقد اتفق الفقهاء على أن ليس له حد أعلى ولا نهاية يقف عندها، لأنه لم يرد عن الشارع ما يدل على تحديده بحد أعلى بحيث لا يزيد عنه[4]، والدليل على أنه يجوز ولو كان كثيرا، لقوله تعالى:﴿**وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ٢٠**﴾[5]، والقنطار هو المال

1- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 6764.

2- نور الدين أبولحية، الحقوق المادية للزوجة، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، (د. ت. ن)، ص 43.

3- محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني، معجم فقه السلف (صحابة وعنرة وتابعين)، دارة الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971، ص 11

4- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الطبعة السادسة، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، 1993، ص 261.

5- سورة النساء، الآية 20.

الكثير[1]. أما من السنة، فقد روي عن الشعبي قال: خطب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الناس فحمد الله تعالى وأثنى عليه وقال: ألا تغالوا في صداق النساء، فإنه لا يبلغني عن أحد ساق أكثر من شيء ساقه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو سيق إليه جعلت فضل ذلك في بيت المال ثم نزل، فعرضت له امرأة من قريب، فقالت: يا أمير المؤمنين كتاب الله تعالى أحق ن يتبع أو قولك؟ قال: بل كتاب الله تعالى، فما ذلك؟ قالت: نهيت الناس آنفا أن يغالوا في صداق النساء والله تعالى يقول في كتابه: ﴿ **وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا**﴾(الآية 20، سورة النساء)، فقال عمر رضي الله عنه: كل أحد أفقه من عمر، مرتين أو ثلاثا، ثم يرجع إلى المنبر فقال للناس: إني كنت نهيتكم أن تغالوا في صداق النساء ألا فليفعل رجل في ماله ما بدا له[2]، وبالرغم من ذلك إلا أنهم كرهوا المغالاة فيه، ومجاوزة المهر لصداق النبي صلى الله عليه وسلم لأزواجه وصداق بناته عليهم رضوان الله، فالإسلام عندما حث على الزواج ودعا إليه بقوله صلى الله عليه وسلمك يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج[3]، لم يناقض نفسه بتضييق سبل لزواج بفرض المهور العالية حتى لا يعجز الشباب فيهجروا الزواج، وترك الأمر إلى التراضي مع دعوته المتكررة إلى عدم المغالاة في المهور[4]، وقد وردت في السنة أحاديث وآثار تحث على التيسير في المهور من بينها، ما ورد عن بن عباس قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خيرهن أيسرهن صداقا[5]، وقوله صلى الله عليه وسلم من أعطى في صداق امرأة سويقا أو تمرا فقد استحل[6]. وقد

1- وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (د. ت. ن)، 1424هـ، الجزء الأول، ص 302.

2- أبو بكر البيهقي، المرجع، السابق، باب لا وقت في الصداق كثر أو أقل، حديث رقم: 14336، الجزء السابع، ص 380.

3- الغلاء نقض الرخص، وأصله الارتفاع والمجاوزة القدرة في كل شيء. انظر: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414هـ، الجزء 15، ص 132.

4- مسلم بن حجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، السند الصحيح_ صحيح مسلم_ المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د. ت. ج)، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المن بالصوم، الحديث رقم: 1400، الجزء الثاني، ص 1018.

5- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007، ص 101-107.

6- أحمد ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الطبعة الأولى، مكتبة الصفاء، القاهرة، مصر، 2005، باب الصداق، الحديث رقم 1062، ص 206.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الصداق مما أدى إلى اختلافهم في الآثار المترتبة عن تخلفه، فالحنفية تعتبره أثرا من الآثار المترتبة عن عقد الزواج الذي ينعقد عندهم صحيحا ولو اتفقت الأطراف على إسقاطه، إلا أن الزوجة تستحق صداق المثل بعد الدخول بها، أما المالكية، فتعتبر الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه[1]، وسار على هذا المنوال المشرع الجزائري طبقا للمادة 9 مكرر من قانون الأسرة، إلا أنه من خلال نص المادة 33 من ق. أ. ج رتب المشرع آثار أخرى غير التي ذهب إليها جمهور الفقهاء، وهذه المادة يمكن تقسيمها إلى حالتين:

- في حالة إذا ما تخلف شرط الصداق، وتمت معرفة ذلك قبل الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق. وهو ما جسده قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه من أنه: المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد أو بالطلاق[2].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنه: من المقرر قانونا أن تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، ولما كان ثابتا _في قضية الحال_ أن الزوجة طلقت قبل البناء، فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه خالفوا أحكام المادة 16 من ق. أ. ج، مما يستوجب نقض القرار فيه[3].

- في حالة ما إذا تخلف شرط الصداق، ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أن الزواج يثبت بصداق المثل، وتترتب عليه آثار العقد الصحيح وهذا ما جسده قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه: إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج العرفي، ماعدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم لقاضي

1- محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 79.

2- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 45301، الصادر بتاريخ 1987/03/09، المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1992، ص 35.

3- المحكمة العليا، غ. أ. ش. ملف رقم 143725، الصادر بتاريخ 1986/09/24، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 269.

برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رقم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج[1].

وعليه، فإن المشرع الجزائري قد رتب على تخلف الصداق فسخ العقد إذا لم يتم الدخول، وإذا تم الدخول فإنه يثبت بمهر المثل، وكون الصداق في قانون الأسرة الجزائري شرط صحة فإن تخلفه في العقد يجعله قابلا للإبطال[2] وهو بذلك قد أخذ بالرأي المستحسن عند الإمام مالك والذي يفرق فيحكم تخلف الصداق في النكاح قبل الدخول وبعده.

ج. الولاية:

الولاية بكسر الواو وفتحها، لغة هي النصرة والقدرة وعند الفقهاء تعني سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود، وترتب آثارها عليها دون توقف على إجازة أحد[3]. فالولي هو من له على المرأة ملك أو أبوه أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام[4].

إن الولاية في الزواج هي السلطة والصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رض زواج المولى عليها، وتولي إبرام العقد عليها، ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسين: ولاية إجبار، ولاية اختيار. أما ولاية الإجبار فهي ولية الأب أو المقربون على الفتاة البكر، والصغير والمجنون؛ وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على لمولى عليه لا يشاركه أحد ولعدم توفر في المولى عليه شرط العقل والبلوغ في أهلية الزواج، أما ولاية الاختيار تسمى ولاية المشاركة أيضا، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة فالخيار لها غير أنه يستحسن أن تستشير وليها، وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف[5].

1- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 210422، الصادر بتاريخ 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2000، ص 53.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 117.

3- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 62.

4- الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الغمام بن عرفة، القسم الأول، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلام، 1993، ص 241.

5- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 401 و402.

فجمهور الفقهاء يعتبرون الولاية في الزواج شرطا لازما، لا ينعقد صحيحا بدونه، ويقع باطلا كل نكاح تم بدون ولي أو من ينوب عنه، على اعتبار الولي ركنا في صحة الزواج، غير أن الإمام مالك يعدها سنة لا فرضا[1]، أي أنها من شروط التمام لا من شروط الصحة[2]. أما الشافعية فيرون بأن الولي شرط في النكاح لا يصح العقد بدونه فلا تملك المرأة تزويج نفسها ولا مباشرة العقد سواء أذن لها وليها أو لم يأذن مهما كان سنها أو وصفها[3]، وقد ساير هذا الرأي الحنابلة الذين قرروا بدورهم أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها. واستدل الجمهور في حكمهم على آيات من الكتاب الحكيم في قوله تعالى: ﴿ **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ ...٢٣٢**﴾[4]؛ وقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ**﴾[5]؛ وقوله أيضا: ﴿**وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ...٣٢**﴾[6]. ودليلهم من السنة النبوية ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها[7]. وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل...[8]. والولاية في الزواج ليست حجرا بالمفهوم القانوني لهذا المصطلح، وأن سببها ليس راجعا إلى نقص في أهلية المرأة وبل هي للحفاظ على سمعتها وكرامتها وشرفها. فإن فقهاء الإسلام اعتبروا الولاية شرطا لصحة زواج الصغير والصغيرة،

1- محمد بن يوسف الكافي، أحكام الإحكام على تحفة الحكام، على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2003، ص 60.

2- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت لبنان، 1989/1409، ص 9.

3- أبي عبدين محمد بن ادريس الشافعي، الأم، مع مختصر المرني، الجزء الخامس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1990/1410، ص 21 و22.

4- سورة البقرة، الآية 232.

5- سورة البقرة، الآية 221.

6- سورة النور، الآية 32.

7- الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الحديث رقم 1882، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د. ت. ن)، ص 434.

8- المرجع نفسه، الحديث رقم 1880، ص 434. انظر أيضا: أبو داود؛ سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بشير الأزدي السجستاني، في صحيح أبي داود، المجلد الأول: كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1988، ص 584.

والمجنون والمجنونة، ولو كبارا؛ أما المرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا[1]، فيشترط أغلبهم رضاها موافقتها[2]، بل لها أن تباشر عقد زواجها ممن ترغب.

فالولاية هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق فاقد الأهلية أو ناقصها، وحقوق مصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها، وعدم تجربة الحياة الزوجية، إن وظيفة الولي هي رعاية القاصر والإشراف على مختلف شؤونه واختيار الأصلح له. والشريعة الإسلامية تمنع الولي من عضل أو ظلم وليته سواء أكان العضل بمعنى منع الولي المرأة من الزواج بكفئها، أو كان بمعنى الإضرار بالزوجة للتنازل عن حقوقها الشرعية فهي أمور محرمة شرعا، كما أن القانون الجزائري لا يشترط الولي لإبرام عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة بشكل عام، وأن حضوره هو حسب اختيارها ومصلحتها[3]، إلا أنه نظرا لخطورة عقد الزواج، وتبعاته المادة والمعنوية الجسيمة فإن المرأة تحتاج تحتاج إلى رأي واستشارة وليها الشرعي لا محالة، وذلك للتأكد من اختيارها ومصلحتها وضمان حقوقها كما أن تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة وليها وزيادة على ما فيه من إعلان رغبتها في الجنس، ومواجهتها للرجال وجها لوجه وقد تؤدي إلى مآسي اجتماعية وعائلية كثيرة، والتي من بينها إغفالها مناقشة شروط العقد التي ترغب إدخالها ضمنه وخطأها بسبب المساس بشرف أهلها وباعتبارهم[4].

ومنه، فإن الزواج مرتبط بسمعة العائلة، والزواج رباط بين الأسر له مقاصده وغاياته، ومباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات، ويخالف المألوف في الحياة الاجتماعية، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي".

د. الشاهدين

الشهادة لغة، مأخوذة من شهد، بمعنى حضرن يقال شهد المجلس يشهده شهودا، أي حضره واطلع عليه وعاينه، وشهد الجمعة أدركها، ومنه قوله تعالى: ﴿**فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ**

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 405 و406.

2- حيث لا يجوز للأب أو لغيره أن يزوج ابنته إلا برضاها وتأذن بالقول. المحكمة العليا، غ. أ. ش، الملف رقم 34438، 1984/09/24، ص 64؛ نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، الحزء الأول، ص 342-344.

3- انظر المادة 1/11 من قانون الأسرة الجزائري.

4- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 408 و409.

...١٨٥﴾[1]. أي من كان منكم حاضرا مقيما غير مسافر في الشهر فليصمه[2]، والشاهد في اللغة عبارة عن الحاضر، واصطلاح القوم عبارة عما كان حاضرا في قلب الإنسان وغلب عليه ذكره فإن كان الغالب عليه العلم فهو شاهد العلم وإن كان الغالب عليه الوجد فهو شاهد الوجد وإن كان الغالب عليه الحق فهو شاهد الحق[3]، والشهادة خبر قاطع تقول منه شهد الرجل على كذا، وربما قالوا شهد شهْد الرجل بسكون الهاء للتخفيف، وشهد الشاهد عند الحاكم أي بين ما يعلمه وأظهره، وشهد فلان على فلان بحق فهو شاهد وشهيد[4]. وشهد شاهد عند الحاكم، أي بين ما يعلمه وأظهره، والمشادة المعاينة[5].

وفي اصطلاح القانونيين، الشهادة هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره، وباعتبار الشهادة إخبار، فهي تحتمل الصدق أو الكذب[6]، وعرفت بأنها تقرير الإنسان شفاهة عما رآه أو سمعه أو أدركه بإحدى حواسه في الواقعة التي يشهد عليها، لذا فإن الشهادة قد تكون شهادة رؤية أو سمعية أو حسية تبعا لإدراك الشاهد الذي يدلي بها[7]، كما عرفت بأنها أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع[8]. والمشرع الجزائري جعل الشهادة شرط من شروط صحة عقد الزواج مثله مثل الولي والصداق(المادة 9 مكرر من ق. أ. ج)، ويفهم من ذلك أن تخلف شرط وجود الشاهدين في مجلس عقد الزواج لا ينتج عنه البطلان المطلق مثل ما هو الحال بالنسبة إلى تخلف ركن الرضا، وإنما يمكن أن ينتج عنه الفسخ في

1- سورة البقرة، الآية 185.

2- بطرس البستاني، قاموس محيط الميحط، (د. ط)، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1987، ص 485.

3- أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني السيد الشريف الحنفي، معجم التعريفات، ت: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر، (د. ت. ن)، باب الشين، ص 106.

4- عيسى حداد، مرجع سابق، ص 152.

5- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الثالث، ص 374.

6- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر، ص ص 207.

7- محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2004، ص 222.

8- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون الجزائري والفقه الإسلامي: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 188.

بعض الحالات والنفاذ في بعض الحالات الأخرى (المادة 32 و33 من ق. أ. ج)[1]. إلا أن المشرع الجزائري لم يعر أي اهتماما للشروط الواجب توفرها في الشاهدان سواء كان مسلما أو غير مسلم، يصلح أو لا يصلح شرعا للشهادة بشأن عقد الزواج، رجلا أو امرأة، كبيرا أو صغيران وهذا في رأينا على الأقل إهمال لا مبرر له، مع العلم أن قانون الحالة المدنية ينص في المادة 33 منه على وجوب بلوغ الشاهد سن الواحد والعشرين سنة، لتقبل شهادته في عقد الزواج، أما ما يمكن أن يترتب من آثار على الإخلال بشرط الإشهاد في عقد الزواج فيمكن القول أن إغفال الإشهاد في عقد الزواج سيترتب عليه ذلك الجزاء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 33 من أنه إذا تم عقد الزواج بدون شاهدين يفتح قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

فالمقصود بالإشهاد في عقد الزواج، هو أن يحضر إبرام عقد الزواج حال إجرائه، عدد معين من الأشخاص للتأكيد على حصوله، وحضور الشاهدين شخصيا هو جوهر الشهادة فلا تجوز بالمراسلة، أو الكتابة كما لا تجوز فيها الإنابة ولا تصح بالهاتف، أو بأي وسيلة اتصالات غير الاتصال الشخصي المباشر[2].

هـ. الموانع الشرعية

الأصل في الزواج الإباحة، غير أن الله عز وجل جعل بعضا من القيود فيه قائمة في أصلها على العلاقة التي تجمع بين الرجل والمرأة التي يريد نكاحها[3]، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ**﴾[4]. وهذه القيود وضعت لها الشريعة الإسلامية أحكاما تضبطها غير قابلة للتغيير ولا مجال فيها للاجتهاد، وإذا تم الزواج بإحدى المحرمات والموانع وقع باطلا، والمشرع الجزائري نص عليها في قانون الأسرة من خلال نصوص المواد 24 و 30 و 08 وهذه الموانع مقسمة إلى قسمين:

1- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 42.

2- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة والقانون (فقها وقانونا)، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص 25.

3- دليلة فركوس، جمال عياشي، مرجع سابق، ص 163.

4- سورة النساء، الآية 24.

هـ.1. المحرمات المؤبدة: وتتمثل في المحرمات بسبب القرابة والمصاهرة، والرضاع لقوله تعالى: ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ...**﴾[1].

هـ.2. المحرمات المؤقتة: وهم زوجة الغير والمعتدة من الغير، والمطلقة ثلاث طلقات متتاليات ومن لا تدين بدين سماوي، والجمع بين أكثر من أربع زوجات، والجمع بين الأختين أو من في حكمهما ويترتب عن الزواج بإحدى المحرمات الفسخ لكن مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء بنص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري.

والمشرع الجزائري في هذا الصدد، قد وقع في تناقض حول اعتبار الزواج الذي يشتمل على مانع باطل أم فاسد، حيث نجده من خلال نص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري اعتبره باطلا بطلانا مطلقا، بينما رجع في المادة 34 من نفس القانون ورتب عليه بعض آثار الزواج الصحيح مما يجعله زواجا فاسدا لا باطلا؛ ومنه فالزواج سواء كان مشتمل على مانع من موانع الزواج باطلا كان أم فاسدا، فإن ارتباطه بالنظام العام واضح جدا، فهو يعد باطلا قبل الدخول ولا يرتب أثر من آثار الزواج، والأجدر كان على المشرع الجزائري أن يفرق بين ما يعتبر جوهري وغير جوهري من تلك الموانع، فلا يساوي بين الموانع المؤبدة والمؤقتة من حيث الأثر المترتب على مخالفتها، ذلك أن الموانع المؤبدة لا تزول أبدا، فلا نتصور إطلاقا أن يتم ترتيب أثر على زواج تم بين الأم وابنها أو بين الأخت وأخيها أو بين الابن وعمته أو خالاته، فهذه الموانع تتعلق بالنظام العام، ومخالفتها إنما تؤدي إلى بطلاق مطلق سواء تم الدخول أو لم يتم.

ثانيا: نطاق تطبيق القانون الشخصي للزوجين

تختلف التشريعات في إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج، فتوجد في القانون المقارن ثلاثة اتجاهات للقانون المختص بحكمها، أولهما يسند هذه الشروط لقانون كل من الزوجين، ومن بينهم من الذين أخذوا بهذا الاتجاه القوانين العربية والقانون الألماني والبولوني، وحتى اتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 جوان 1902 في الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج في مادتها الأولى، أما ثانيهما يخضع هذه الشروط لقانون موطن الزوجية، ومن الذين أخذوا به القانون الإنجليزي والدول

1- سورة النساء، الآية 23.

الاسكندنافية، أما الاتجاه الثالث فيسندها إلى قانون محل إبرام عقد الزواج دون تمييز بين شكل أو موضوع الزواج كالقانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية[1]. أما القانون الفرنسي، فلم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج مما جعل جانب من الفقه، يقترح إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين استنادا لنص المادة 3/03 التي نصت على ما يلي: القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج. وعليه لقد طبق القضاء الفرنسي قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية، وفي حالة اختلاف الزوجين في الجنسية يطبق قانون الموطن المشترك، مسايرة لمبدأ المساواة[2]. وإعمالا بالرأي الأول السائد في التشريع الجزائري، اقتض منا الأمر توضيح القاعدة العامة التي تحكم الشروط الموضوعية للزواج والاستثناء الوارد عليها.

فالأصل في الزواج كما قلنا أنفا، أنه يشمل على شروط موضوعية وأخرى شكلية، فالشروط الموضوعية هي الرضا والأهلية وموافقة الأولياء على النفس، والمهر، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية ويرجع في تكييف ما هو موضوعي من شروط الزواج لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة[3]، والمنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري. وإذا كان الزواج بين مواطنين يحملان نفس الجنسية فإنهما سيخضعان لنفس القانون، أما إذا كان الزواج بين مواطنين لا يحملان نفس الجنسية، تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق على العلاقة الزوجية[4].

ثالثا: كيفية تطبيق القانون الشخصي للزوجين

بالرجوع إلى نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري: يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوج؛ فإن قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج تخضع لقانون جنسية كل من الزوجين، هو القانون الذي يسري على زواجهما، ويعتد بهذا القانون وقت إبرام الزواج فقط، فإذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك فلا يباشر عقد

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، (د. ط)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2008، ص 149.

2- رحاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين: دراسة مقارنة، مجلة القانون، العدد الخامس، مستغانم، الجزائر، 2016، ص 110.

3- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 68.

4- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 213.

الزواج بهذا التغيير وليس في إخضاع شروط الزواج الموضوعية لقانون الجنسية أية صعوبة إذا كان الزوجان يتحدان في جنسيتهما، ولكن يظهر صعوبة حين يختلفان في ذلك، فهل يخضع هنا الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل منهما معا؟ ففي هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه يجب أن يتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية الذي يستلزمه قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة كما يجب أن تتوفر في الزوجة تلك الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسية الزوج وهذا ما يسمى بالتطبيق الجامع[1]. غير أن هذا الرأي محل انتقاد، ذلك لأنه عسير التطبيق عمليا ويؤدي إلى التضييق من حالات انعقاد الزواج المختلط صحيحا، ويجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونيين[2].

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يكفي أن تتوفر في كل منهما الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته، غير أن الذي سار عليه القضاء هو التطبيق الموزع، فيكفي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يقتضيها قانون جنسيته وأن تتوفر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يقتضيها قانون جنسيتها[3]. إلا أن تطبيق هذا لابد من مراعاة بعض الحدود، لأنه هناك من الشروط الموضوعية للزواج ما يتعين بشأنه إجراء التطبيق الجامع، وأن الأمر يتوقف على الغرض من الشرط ونطاقه وأخذ بهذا الاعتبار يسمح في شأن سن الزواج وصحة الرضا ورضا الوالدين، التطبيق الموزع لأن كلا من هذه الشروط يلزم توفره في كل طرف على انفراد، فيكفي أن يكون الزواج قد بلغ من الزواج وصدر رضا صحيحا وفقا لقانونه، ولو كان لم يبلغ هذه السن ولم يسلم رضاه وفقا لقانون الزوجة والعكس صحيح[4]. أما موانع الزواج، فالغالب بشأنها هو التطبيق الجامع على خلاف التفاصيل التي وردت بين رجال الفقه، وذلك لأن المانع يحيط بالطرفين جميعا ولو

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 69.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 150.

3- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 69.

4- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة مكررة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص 260.

كان سببه قائما في أحدهما، ولأن الموانع يبتغي بها حماية مصالح اجتماعية، ونذكر من هذه الموانع_ مثلا في القانون الجزائري_ [1] القرابة، العدة، والارتباط بزواج سابق[2].

وتأسيسا على ذلك ما جاءت به المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم"، ويمكن توضيح تطبيق المادة 11 من القانون المدني لإعطاء بعض الحالات مثلا[3]، على اعتبار ما سبق بيانه في أنواع الزواج المختلط وماسيتم توضيحه في النقاط الآتية:

أ. إذا تم زواج الجزائري في الخارج

- بين جزائرية وجزائري، فإن القاضي يطبق القانون الجزائري لأنه قانون الجنسية المشتركة،
- بين جزائري وأجنبية، فإن القاضي يطبق القانون الوطني لكل من الزوجين؛
- بين جزائرية مسلمة وأجنبي غير مسلم، فإن القاضي يستبعد تطبيق القانون الجزائري المبني على أساس التمييز الديني، بحجة أن القانون يتعارض مع النظام العام في بلد القاضي الأجنبي، والدول التي تتعارض فيها هذه الفكرة مع نظامها العام هي الدول الغربية[4].

ب. إذا تم زواج الأجانب في الجزائر

إن القاضي الجزائري فيما يتعلق بزواج الأجانب في الجزائر، سيطبق قانون كل من الزوجين غير أنه إذا كان هناك تعارض مع النظام العام الجزائريين قد يستبعد القانون الأجنبي، فمثلا زواج المسلمة بالكتابي يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام في مصر ولو كان قانون الزوجين يجيزانه[5]. هذا ما أشارت إليه المادة 11 من القانون المدني الجزائري فإن المشرع أخذ بالتطبيق الموزع فيما يخص الشروط الموضوعية، وقد أكدت على ذلك المادة 97 من ق. ح. م. ج في نصها يشترط ألا يخالف الجزائري شروط الأساس التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج[6].

1- راجع المادة 23 من ق. أ. ج: يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.
2- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 261.
3- سنينات عبد الله، مرجع سابق، ص 65.
4- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 218
5- المرجع نفسه، ص 218.
6- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 69 و70.

وإذا كانت القاعدة العامة تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين، بالنسبة للدول التي تأخذ بذلكن فهذه 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 ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج". وطبقا لذلك يستثنى من تطبيق القانون الجزائري على الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج شرط الاهلية، إذ أنها تخضع لقانون الجنسية تطبيقا لنص المادة 1/10 من القانوني المدني الجزائري. القاعدة العامة بالنسبة للأهلية تقضي بخضوعها للقانون الشخصي، سواء كان هذا القانون قانون الموطن كما هو الشأن بالنسبة للأرجنتين، البرازيل، إنجلترا، أو قانون الجنسية كما هو الحال بالنسبة للتشريعات الغربية.

وحسب ما تقضي به التشريعات العربية على العموم، والمشرع الجزائري على وجه الخصوص، إذا تزوج جزائري بفرنسية، وثار النزاع بشأن القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري، تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده تطبيقا للاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، باستثناء أهلية الزوجة الفرنسية فتخضع للقانون الفرنسي إعمالا للمادة 10 من القانون المدني الجزائري. ومتى تقرر أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بموجب الاستثناء الوارد في نص المادة 13 من ق. م. ج، فإن قانون الأسرة الجزائري هو الذي يحدد الشروط الموضوعية، وقد نصت عليها المواد 9، 9 مكرر، 25، و26 و27، وإلى جانب هذه الشروط الموضوعية يجب توافر شروط شكلية لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الزواج المختلط

يدخل ضمن الشروط الشكلية للزواج كل ما يتعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص والزواج بالوكالة، و إشهار الزواج وتحرير عقده وإثباته[1]؛ فالشروط الشكلية هي الطرق اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي كإشهاره وتحرير عقده وإثباته[2].

والمغزى العام من هذه الشروط هو كبح حرية المتعاقدين في هذا النوع إلهام والخطير من العقود، حتى لا يتلاعب الأفراد بإرادة حرة وطليقة ويبرمونها بمجرد الإيجاب والقبول، وخروجا عن مبدأ سلطان الإرادة وحتى يساير المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية قد قيد المقبلين على مثل هذه العقود بشروط معينة.

وهذه الشروط تختلف من دولة إلى أخرى، فهناك من الدول ما يشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج وأخرى تشترط الشكل المدني لذلك، ودول تجمع بينهما والاختلاف هذا يجعل من الشروط الشكلية دائرة لتنازع القوانين، فما هو الحل إذن؟ بعبارة أخرى ما هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في هذه الحالة؟

أولا: إبرام الزواج وفق القانون الوطني للزوجين

باعتبار الزواج تصرف قانوني من الناحية الشكلية فإنه يخضه لقاعدة لوكس غير أن الدول تختلف في اعتبار هذه القاعدة اختيارية أم إلزامية[3]. فقد أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته المؤرخة في 1978/03/14 في مادتها الثانية أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي لقاعدة لوكس والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 1991/05/01[4].

غير أننا نجد بعض البلدان يلزم شهر الزواج فيها في شكل ديني ويعتبر هذا شرطا شكليا ويكون ذلك في أغلب الدول المسيحية، وأخرى تشترط المدني، ودول تجمع بينهما وهذا الاختلاف

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 70.

2- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1995، ص 109.

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 159.

4- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة سعيدة، الجزائر، 2011، العدد 4، ص 240.

يجعل من الشروط الشكلية للزواج دائرة لتنازع القوانين. كما أن بعض الدول مثل اليونان واسبانيا تعتبر شهر الزواج في شكل ديني شرطا موضوعيا[1]،

وفي هذا السياق، لابد من الإشارة إلى أنه ليس من السهل التمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، فكل نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلق بالزواج، لذلك يلجأ القاضي لمسألة التكييف بقصد إعطاء وصف للوقائع أو التصرفات لإدراجها ضمن فكرة مسندة، وبالتالي إسنادها للقانون الذي يسري عليها[2]، ومنه باختلاف هذا التكييف، تختلف قواعد الإسناد وكذا القانون الواجب التطبيق.

وبالنسبة للدول الإسلامية، بما أن الزواج ليس في الشريعة الإسلامية نظاما دينيا، وإنما هو نظام مدني، إذ لا يشترط لانعقاده رجل دين أو احترام طقوس معينة، يمكن القول أن شرط المراسيم الدينية يعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر، وقد قال بهذا التكييف الفقه المصري[3].

هذا ويلاحظ أن القانون الجزائري، قد أسند هذه الشروط في نص المادة 19 من القانون المدني المعدلة: تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

ثانيا: مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج المختلط في القانون الجزائري

إن مضمون شكل التصرف يختلف بحسب الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه فهناك الشكل المتعلق بالشهر، والشكل المتعلق بالإثبات، والشكل المكمل للأهلية؛ ولمعرفة المقصود بالشروط الشكلية، نعود لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، لتحديد ما يدخل ضمن الشروط وما يخرج عنها، أما إذا أثير النزاع حول صحة شكل الزواج فمعنى ذلك أنه يجب إثباتهن ويتم ذلك بتقديم الدليل أمام القضاء.

1- نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومه للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 293.

2- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 95.

3- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2004، ص 211.

ولإقامة هذا الدليل لابد من تحرير عقد، هذا ما جاء في نص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون ويرى الفقيه الألماني سافيني أن الشكل الذي يخضع لقانون المحل هو الشكل المادي الخارجي الذي يعبر عن الوجود الفعلي للإرادة، ومنه يمكن القول، أن شكل الزواج الحقيقي الذي تخضع له قاعدة لوكيس هو ذلك القالب، الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد[1]، أي كافة الإجراءات الكفيلة بإظهار إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي[2].

عرف هذا المفهوم للشكل الخارجي للتصرف انتشارا واسعا في العصر الحالي، كما اجتذب صدى كبير لدى الفقه، فأصبحت قاعدة لوكيس تحكم جميع الأشكال الخارجية من حيث مضمونها وتكييفها وطبيعتها وقوتها الثبوتية[3].

أما فيما يتعلق بإثبات الزواج، فإن قانون محل الإبرام هو الذي يحدد لنا ما إذا كان مطلوبا لإبرام الزواج إفراغه في شكل سندات رسمية أو وثائق إدارية معينة، أو عدم اشتراط ذلك أصلا كما يحدد لنا الطرق والإجراءات المقررة قانونا لإثبات الزواج. وهذا يعني أنه إذا تم إبرام الزواج وفقا للشكل المحلي، فإن إثباته أيضا يخضع للقانون المحلي، وإذا تم إخضاع شكل الزواج لقانون جنسية الزوجين أو لقانون الموطن المشترك، فإن إثباته يخضع بدوره لهذا القانون[4]، ضف إلى ذلك أن نص المادة 19 من ق. م. ج قد وضعت قاعدة إسناد متعددة الضوابط واختيارية التفضيل.

ثالثا: خضوع شكل الزواج لضابط محل الإبرام

في الحقيقة قد لا نلمس في بعض التشريعات وبالخصوص ضمن قواعد التنازع، قاعدة إسناد خاصة بتبيان القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، وهذا ما نستشفه في التشريع الجزائري من خلال المادة 19 المعدلة من القانون المدني لسنة 2005 حيث أخضع الزواج باعتباره تصرفا

1- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 87.

2- عبده مغضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 257.

3- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 349.

4- عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 154 و155؛ انظر أيضا: محمد فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 543.

قانونيا من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية، وهي قاعدة "locus".

والمشرع الجزائري من خلال نص المادة المذكور أعلاه نجد أنه قد أجاز للأفراد اختيار الضابط الذي يحكم شكل الزواج، إما قانون المحل، أو قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطنا أو قانون الجنسية الشتركة، أو اختيار القانون الذي يحكم الموضوع، وقد تم ضبط الصياغة الفنية للمادة 19 بإلغاء العبارة السابقة "العقود ما بين الأحياء" إذ لا يوجد ما يبرر هذه العبارة.

علاوة على ذلك، فإن المادة 19 لا تنطبق على العقود فقط كما ورد في النص القديم وإنما تشمل أيضا التصرفات بالإرادة المنفردة. وهذا ما تم تداركه في النص الجديد، كما ألغى المشرع كلمة " يجب" واستبدلها بكلمة " يجوز" رغبة منه في التأكيد على الطابع الاختياري للقاعدة. وأخيرا أضاف ضابطا إسناد آخرين هما على التوالي: قانون الموطن المشترك والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف[1].

وقد وقع جدل فقهي حول هذه المادة، بحيث يرى البعض بأنها لا تدخل ضمن مجال الزواج[2]، إنما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود بينما يرى جانب آخر أن نص المادة 13 من القانون المدني الأردني المقابلة للمادة 19 قانون مدني جزائري، تؤكد أيضا على الصفة الاختيارية أو الانتقائية لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج، إذ لم يلزم المشرع الزوجين بقانون معين، و إنما ترك لهم الخيار بين إخضاع شكل الزواج إما وفقا لقانون كلا الزوجين، وإما وفقا لقانون محل الإبرام[3]، أي في حالة عدم وجود نص خاص تنطبق على الزواج باعتباره عقدا مثل سائر العقود، القاعدة العامة و المتمثلة في المادة 19قانون مدني جزائري.

ويتأكد تطبيق قاعدة لوكيس بالنسبة لشكل الزواج من خلال المادتين 95 و 96 من قانون الحالة المدنية الجزائري، حيث نصت المادة 95 على ما يلي:" إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد." أما المادة 96 فقد نصت على ما يلي:" إن كل عقد خاص بالحالة المدنية

1- الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائري بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 01، ص85 و86.

2- عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 222.

3- ريم حمد أحمد الحمد، تنازع الاختصاص القضائي والتشريعي في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص77.

للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية ." كما تعرض المشرع إلى الطابع المفسر لقاعدة لوكيس في مجال الزواج بنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، والتي تنص على ما يلي:" إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية. غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم."

الملاحظ أن النص قد سكت عن حالة زواج الجزائرية بالأجنبي في الخارج، مما يستنتج منه أنه لا يجوز عقده في الشكل المحّلي، ويرجع ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن، وقد يكون في ذلك تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، غير أن هذا التخوف ليس في محله، ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية من طرف الجزائرية، الضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج مع غير مسلم[1].

وبذلك منح المشرع للجزائريين والأجانب الحق في تحرير عقودهم وفق قانون المحل[2]، ومنه تفصح المادة عن تبني المشرع الجزائري لقاعدة Locus في مجال الشروط الشكلية، وذلك بإخضاعها لقانون المكان الذي تمت فيه أو الشكل الذي يتطلبه القانون الجزائري باعتباره قانون محل الإبرام[3].

لقد منح المشرع الجزائري سلطة إبرام عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية ولم يخول هذه السلطة إلى رجل الدين، لأن الزواج في التشريع الجزائري يعد مدنيا وليس دينيا وهذا استنادا إلى نص المادة 71من قانون الحالة المدنية التي تنص على ما يلي": يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أوالمسكن

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 243.

2- نادية فوضيل، تطبيق قانون المحلّ على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 170.

3- رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص 31.

الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين."

والملاحظ هو أن المادة 19 من القانون المدني الجزائري، والمادة 95 من قانون الحالة المدنية الجزائرية يشتركان في أن الشروط الشكلية تخضع لقانون محل الإبرام، وقد جعل المشرع هذه القاعدة إلزامية في حالة اختلاف الأطراف في الجنسية، وذلك استنتاجا من نصوص قانون الحالة المدنية السالفة الذكر.

والجدير بالذكر، أن زواج الأجانب المقيمين بالجزائر يخضع إلى أحكام المادة 31 من قانون الأسرة، والمادة 73 من قانون الحالة المدنية[1]، والتعليمة رقم 09 الصادرة عن وزير الداخلية سنة 2018 التي اشترطت وجوب الحصول على رخصة إدارية لإبرام عقد زواج الأجانب أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، ولا يمكن للأجنبي إبرام زواجه إلا بعد حصوله على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي وذلك في الحالات الآتية:

- حالة زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة.
- حالة زواج الأجنبي المقيم مع أجنبي غير مقيم.
- حالة زواج جزائري مع أجنبي.

والمتعارف عليه، أن لكل قاعدة استثناء ومن بينها قاعدة لوكس بحيث يتقلص مجال تطبيقها بمجرد ظهور الموانع توقف العمل بها، كالغش نحو القانون ومعارضتها للنظام العام، وأخيرا الإحالة.

إذا كانت قاعدة لوكيس في مجال الزواج قاعدة اختيارية، فهل يعتبر الزواج الذي خضع شكله لقانون المحل صحيحاً حتى ولو قصد الزوجان من وراء ذلك التهرب من أحكام القانون الوطني؟

يرى الفقه المعاصر أن التصرفات المشوبة بنية الغش لا يمكن أن تنتج أي أثر، ويحق للقاضي عندئذ أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل عقد الزواج، غير أن مهمة

1- ورد في نص المادة 73 من قانون الحالة المدنية الجزائري ما يلي:" يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.

القاضي في البحث عن نية الغش ليست هينة خصوصا وأن تشريعات الدول تختلف في تنظيم مسألة شكل الزواج تبعا لاختلاف مضمون فكرة الزواج من مجتمع لآخر[1].

حيث أجزم غالبية الفقهاء على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق قاعدة لوكيس إذا تعارض مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع؛ وهو وسيلة استثنائية لا يلجأ إليها إلا في حالة وجود تضارب حقيقي بين القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج وفقا لقاعدة الإسناد، وبين المقومات الأساسية الجوهرية لدولة القاضي[2]. باختصار إن مسألة تضييق مجال تطبيق قاعدة لوكيس استنادا إلى فكرة النظام العام أمر تحكمه آراء القضاة في تحديد مفهوم النظام العام والذي يختلف من قضية إلى أخرى، خصوصاً وأنهم يتمتعون بحرية واسعة في تفسير مضمون القوانين الأجنبية دون خضوعهم إلى رقابة محكمة النقض[3].

وتستبعد قاعدة لوكيس إذا أحال القانون الوطني إلى قانون آخر، ويعود أساس الاختلاف في مواقف الدول بين مؤد لنظرية الإحالة و رافض لها في رغبتهم في الحفاظ على الطابع الاختياري للقاعدة، ونجد أن المشرع الجزائري قد حسم هذا الجدل الفقهي حين أورد نصا صريحا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون المدني لسنة 2005، حيث جاء في المادة 23 مكرر 1 ما يلي: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

غير أن السؤال الذي يطرح هنا في حالة ما إذا كنا أمام زواج خضع في شكله للقانون الوطني، ورفض القانون الشخصي هذا الاختصاص وأحاله إلى قانون المحل أو قانون الموطن، فهل يعتبر هذا الزواج صحيحا؟

والأصل أن شكل هذا التصرف يعتبر صحيحا في هذه الحالة طبقا لقاعدة لوكيس نظرا لكون القاعدة تتمتع بطابع اختياري.

1- هشام خالد، مرجع سابق، ص 444.

2- المرجع نفسه، ص 445 و446.

3- نادية فضيل، المرجع السابق، ص279 و280.

رابعا: اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج

قد يخضع الزواج من حيث الشكل لقانون الجنسية المشتركة في حال إتحاد الزوجين في الجنسية، سواء تعّلق الأمر بالدول التي اعتبرت قاعدة خضوع الشكل لقانون محل إبرامه اختيارية، أو الدول التي اعتبرتها إلزامية، وذلك لأن غالبية الدول تسمح لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها[1]. وتجدر الإشارة أنه توجد تشريعات أخرى لا تبيح لسلكها الدبلوماسي هذا الاختصاص أصلا مثل ما هو عليه الحال في بعض دول أمريكا اللاتينية[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعترف بصحة عقود الزواج التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل طبقا للقانون الجزائري، وذلك في نص في المادة 96 من قانون الحالة المدنية السابق ذكرها.

ومن استقراء أحكام النصوص السابقة يتبين لنا بأن زواج الجزائريين المبرم أمام الهيئات الدبلوماسية والقنصلية يبقى خاضع دائماً للقانون الجزائري وهذا بالنسبة للشروط الشكلية والشروط الموضوعية على حد السواء[3]، لا يشترط لصحة عقد الزواج الذي يقوم بتحريره أعوان السلك الدبلوماسي والقنصلي طبقا للقانون الجزائري أن تعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها[4]، ومع ذلك تبقى دائما سلطات الممثل الدبلوماسي أو القنصلي في إبرام عقد الزواج تمارس في حدود الاتفاقيات والأعراف الدولية وقد جرى العرف الدولي على إسناد هذا الاختصاص إلى القناصل فقط بالنسبة لرعايا دولة القنصل فيما بينهم[5].

وما يمكن ملاحظته، أن قانون الحالة المدنية الجزائري قد ميز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية في عقد الزواج، وهذا ما لم نجده في قانون الأسرة، كما أن الزواج الذي يتم إبرامه في بلد أجنبي بين الجزائريين والجزائريات وبين الجزائريين والأجنبيات يعتبر صحيحا إذا روعيت فيه الشروط الشكلية وفقا لقانون بلد الإبرام والشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الجزائري. وأجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان

1- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 155.

2- نفس المرجع السابق ، ص167.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 168.

4- أعراب بلقاسم، مرجع السابق، ص 245.

5- هشام خالد، مرجع السابق، ص412 و413.

المستقبليان من دولة القنصل، كما نصت عليه القوانين الداخلية مثل المادة 96 و المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري السالفتا الذكر ذلك.

بمفهوم المخالفة، أنه من خلال نص المادة 97 يمكن لأجنبيين مختلفي الجنسية إبرام زواجهم أمام قنصل أجنبي شريطة أن تتحد جنسية أحدهما مع جنسية القنصل، وذلك أخذا بمبدأ المعاملة بالمثل. وإذا حللنا المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري، نجد أنها من جهة عالجت الحالة التي يكون فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية، ومن جهة أخرى، أنه حتى في مثل هذه الحالة التي تكون فيها الزوجة أجنبية فإنها فرقت بين وضعيتين، الوضعية الأولى إذا كانت الزوجة الأجنبية تحمل جنسية البلد المضيف، فهنا لا إشكال، ففي هذا الوضع ما على الممثل الدبلوماسي أو القنصلي إلا إبرام هذا النوع من الزواج باعتبار الزوجة حاملة لجنسية البلد المضيف، أما الوضعية الثانية، إذا لم تكن الزوجة تحمل جنسية البلد المضيف، فإن مثل هذا الزواج لا يبرم إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم، مع ملاحظ أن هذا المرسوم لم يصدر لحد الآن. وحسب ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 97، فقد اعترف بقاعدة من القانون الدولي العام، وهي صلاحية الأعوان الديبلوماسيين والقناصل في عقد زواج رعايا دولهم في الجزائر، شريطة أن تسمح دولهم بذلك[1]، ولكن الملاحظ هو أنه في حالة الزواج المختلط وخضوعه من حيث شكله لقانون جنسية أحدهما، الذي تتفق جنسيته مع جنسية القنصل، يخالف القاعدة المقررة في المادة 19 القانون المدني الجزائري.

ويثير الزواج المبرم بهذه الطريقة مشكلتان تخصان مدى الاحتجاج به في دولة محل الإبرام، و في دولة الممّثل الدبلوماسي، ففي الدولة الأولى، أي الدولة التي أبرم فيها الزواج، يتوقف الأمر على ما إذا كان قانون محل الإبرام يعترف بهذا الاختصاص للسلك السياسي الأجنبي، مثلا القانون الألماني لا يسمح به، مما يتوجب ضرورة مراعاة الشكل المحّلي لإبرام عقود الزواج التي يكون فيها الطرفان أو أحدهما أجنبيا، وإلا قضي ببطلانه شكلا.

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 243-246.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالزواج المختلط

الأصل هو المساواة بين الوطنيين والأجانب في التمتع بالحق في التقاضي.[1] فلكل شخص يدعي حقا أن يرفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته، وبحسبه فمستعمل هذا الحق، لا يسأل متى أخطأ في رفع الدعوى، اللهم إذا ثبت تعسفه في رفعها، فإنه يسأل استثناء فيتعرض لعقوبة الغرامة، مع التعويض لجبر الأضرار التي تسبب فيها[2]. ومنه، فإنه للأجانب حق التقاضي أمام المحاكم الجزائرية، بصفتهم مدعين أو متدخلين في النزاع، متى كان المدعى عليه جزائريا[3].

والاختصاص القضائي الدولي هو مجموعة القواعد التي تتحدد بمقتضاها الدولة بالنظر في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى[4]، سواء بسبب جنسية الخصوم الأجنبية أو مكان إقامتهم أو موضوع النزاع نفسه[5]. ولما كانت الدولة تمارس سلطتها القضائية عن طريق محاكمها كان المقصود بالاختصاص القضائي هو تحديد الحدود التي تمارس فيها محاكم دولة معينة مهامها القضائية، بالمقابلة للحدود التي يباشر فيها قضاء الدول الأجنبية مهامه القضائية هو الآخر[6]. فالزواج ذات العنصر الأجنبي لا يكفي فيه تحديد القانون الواجب تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد الوطنية وإنما قبل ذلك هناك مسألة أخرى، ألا وهي البحث في

1- انظر أيضا: عباس محمد عباس، المرجع السابق، ص 301.

2- راجع: المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3- انظر: المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

4- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، (د. ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 05.

5- محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 289.

6- عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1986، ص 605.

محكمة أية دولة تختص في البث والفصل في النزاع[1]. كما أن تنازع الاختصاص القضائي هو الذي يحدد لنا الآثار التي يمكن أن تترتب على الحكم والشروط اللازمة لذلك[2].

وعليه، فإنه من خلال هذا المبحث سنتطرق إلى اختصاص المحاكم الوطنية في مسائل الزواج المختلط في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سنتناول تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط كالآتي.

المطلب الأول: اختصاص المحاكم الوطنية في مسائل الزواج المختلط

سنت مختلف التشريعات المقارنة قواعد خاصة من شأنها التكفل بتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية؛ على خلاف المشرعين الجزائري والفرنسي اللذين لم يخصصا للاختصاص القضائي الدولي سوى مادتين، بينا على أساسهما اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات ذات الطابع الدولي، أي التي يكون أحد أطرافها وطني وآخر عنصرا أجنبيا.

ولقد أجمع الفقه والقضاء الفرنسيين على الرجوع إلى قواعد الاختصاص القضائي الداخلي ومدها إلى المجال الدولي[3]، وذلك أمام عدم وجود أي نص تشريعي يتضمن القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي[4]، وبموجب هذا الإعمال يستوي أطراف الدعوى أمام المحاكم سواء كانوا وطنيين أم أجانب، لأن القاضي سيطبق قانونه بغض النظر عن صفة المتنازعين[5]، أيا كان كان نوع القواعد المعتمدة، فغنها ترشد القاضي لتحديد متى تختص المحاكم الوطنية بالنزاعات الدولية الخاصة، ومن بينهما تلك النزاعات الخاصة بالزواج المختلط وآثاره[6].

1- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 276.

2- فؤاد رياض عبد المنعم، سامية راشد، تنازع الاختصاص القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 354.

3- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968.

4- محمد سعادي، مرجع سابق، ص 177.

5- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص : طرق حل النزاعات الدولية الخاصة- الحلول الحلول الوضعية لتنازع القوانين- الجنسية، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ، (د. ط)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص 405.

6- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 148 و149.

وقد يتحدد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بناء على ضوابط أصلية (الفرع الأول)، كما يتحدد اختصاصها في هذه الدعاوى وفقا لمعايير وضوابط استثنائية طارئة قد تستدعي الخروج عن الاختصاص المقرر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية

تستقل كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي، قواعد الاختصاص الدولي لا ترتبط كأصل عام بقواعد القانون الدولي العام، وإنما تضع كل دولة القواعد التي تحدد اختصاص محاكمها دوليا بما يحقق أهدافها الاجتماعية الاقتصادية التي ترمي إليها سياستها التشريعية، فالأمر لا يختلف من هذه الوجهة عن ما هو عليه الحال بالنسبة لقواعد الاختصاص الداخلي[1].

وينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية من الناحية الدولية بصفة أصلية عندما تتصل الدعوى بمحكمة دولة معينة عن طريق الصفة الوطنية لأطراف النزاع من خلال جنسية الأطراف، أو محل إقامتهم، أو موقع أموالهم، أو محل إبرام عقودهم، أو محل تنفيذها، وهذا يعني أن هناك صلة شخصية أو إقليمية تصل الدعوى بمحكمة دولة ما، أي لا ينعقد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي لتلك المحكمة بشكل عرضي أي لابد من وجود مناسبة أو سبب يحرك ذلك الاختصاص[2].

وعليه فإننا من خلال الآتي سوف نتعرض للضوابط التي يبنى عليها الاختصاص الأصلي لإحدى الدول قضائيا بالفصل في النزاعات الخاصة بالزواج وآثاره.

1- هشام علي صادق، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص 06.

2- عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، (د. ط)، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، 2009/2008، ص 06 وما يليها، الهامش رقم 01 نقلا عن: عبد الرسول جابر شوكة، أنواع الاختصاص القضائي الدولي، منشور بتاريخ: 2011/01/06، على موقع جامعة بابل العراقية، على الساعة: 08:30، الرابط: http://www.uobabylon.edu.iq/uobColeges/lecture.aspx?fid=7&lcid=15418، تاريخ الولوج: 2019/10/08، على الساعة: 11:05.

أولا: الاختصاص المبني على أساس ضابط الموطن

يستند ضابط الموطن في مسائل انعقاد الزواج ذي العنصر الأجنبي، وآثاره إلى قيام رابطة إقليمية بين الخصم وإقليم الدولة بما يفسر اختصاص محاكم الدولة التي يقيم بها أحد أطراف الخصومة بالنظر إلى المنازعة المعروضة عليهم بشأنه. ويبرز اختصاص محاكم الدولة وفق هذا المعيار بمبررات متعددة منها أن سيادة الدولة على إقليمها تقضي بأن يكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص الكائنين على إقليمها بغض النظر عن جنسيتهم وكذلك الأموال الموجودة والالتزامات التي تتم في إقليمها[1].

وعموما، تحديد الموطن[2]، يعتمد على الربط بين الشخص والمكان الذي يتخذه مركز لمصالحه وأعماله[3]، ويختلف تعريف الموطن بين القانون الدولي الخاص عنه في القانون المدني، فإذا كان الأول يعبر عن موطن الشخص في أي دولة من الدول، فإن الثاني ينصرف إلى اعتباره توطن الشخص في دولة دون غيرها.

لقد تباينت أراء الفقه في تبرير اختصاص محاكم الدولة بمنازعات المدعى عليه المتوطن في إقليمها، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته هي التي يسهل عليها اتخاذ الإجراءات الخاصة بتنفيذ الحكم ضد المدعى عليه باعتباره موجودا تحت سيطرتها وفي دائرة سلطانها الأمر الذي يمكنها من التنفيذ على أمواله التي قد يوجد في إقليمها[4]؛

1- عبد الرسول عبد الرضا، تأثير المركز العالمي للأشخاص في قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 1999، العدد الأول، السنة السادسة، ص 214.

2- الموطن في اللغة: من كلمة وطن، أي المنزل الذي تقيم به، وهو موطن الإنسان ومحله، وهو كذلك أوطنه: اتخذه وطنا، ويقال أوطن فلان أرض كذا وكذا أي اتخذه محلا ومسكنا يقيم به..."؛ راجع: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق، المجلد السادس، ص 451، أما التعريف الاصطلاحي للموطن فيقصد به: المكان الذي يعتبر الإنسان موجودا فيه على الدوام كأصل عام حتى لو غاب عنه فترة بسيطة أو هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعماله ونشاطه القانوني ويخاطبه الغير فيه بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا النشاط؛ راجع: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 456.

3- خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص 44.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص 79.

في حين ذهب البعض الآخر إلى افتراض براءة ذمة المدعى عليه إلى غاية إثبات العكس إذ ليس من العدالة في شيء مضايقته وتحميله مشقة الانتقال والحضور أمام محكمة المدعي[1].

والمشرع الجزائري أورد من خلال نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حلا لهذه الإشكالية، ومفاده أنه إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فيتحدد الاختصاص القضائي بناء على معيار آخر موطن للمدعى عليه أو بناء على معيار الموطن المختار، على أن تطبيق هذه القاعدة مرتبط بعدم وجود نص قانوني يعقد الاختصاص لجهة قضائية معينة بالذات أي شريطة عدم وجود نص قانوني يقضي بخلاف ذلك[2]، والمقصود بالموطن المختار ذلك المكان الذي يختاره الفرد لتنفيذ عمل قانوني معين، والمنازعات المتعلقة بما أخذ في هذا الموطن من علاقات تختص بها محاكم دولة الموطن المختار، على أن اختيار هذا الموطن يكون إما بموجب الاتفاق المحدد في العقد وإما بالإرادة المنفردة للشخص[3].

فقد يتخذ الأجنبي من مكتب المحامي الذي يوكله بالجزائر لرفع الدعوى الخاصة بالزواج موطنا مختارا لاتخاذ جميع الاجراءات القانونية المتعلقة بانعقاد الرابطة الزوجية وآثارها والخاصة بالدعوى، ولا يقبل الاختصاص في هذه الحالة رغم اختيار دولة المحكمة كوطن مختار إلا إذا كان ثمة صلة تربط النزاع بإقليم الدولة بأي وجه من الوجوه، وذلك حتى يكون للحكم الصادر في شأنه قيمة فعلية[4].

وتستخدم القاعدة المنصوص عليها في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بصدد نظيم الاختصاص المحلي للمحاكم الجزائرية وبصدد حديد الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الجزائري بوجه عام، وهذا المسلك غير غريب، وعلى هذا الأساس يجوز مخاصمة الأجنبي

1- سهى خلف عبد، اعتبارات تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2008، ص 39.

2- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 154.

3- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية: نصا، شرحا، تعليقا، تطبيقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجزء الأول: المواد من 1 إلى 583، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 99.

4- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص 95.

أمام المحاكم الجزائرية، إذا كان له موطن في الجزائر، كذلك الحال إذا كان له محل إقامة معروف أو إذا سبق له التوطن في الجزائر، فإذا قام مواطنان أجنبيان بالتزوج في فرنسا على سبيل المثال، فمن حق أي زوج أن يقوم برفع دعوى ضد زوجه الآخر أمام المحاكم الجزائرية، وذلك بطلب الحكم ضده في دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج، إذا كان الزوج الأجنبي المعني متوطنا في الجزائر، أو مقيما على ترابها أو إذا سبق له التوطن في الجزائر وغادرها قبل رفع الدعوى ضده من قبل زوجه الآخر[1]. وإذا قام مواطن جزائري بالتزوج من أجنبية خارج الجزائر، يحق للجزائري أن يقوم برفع دعوى ضد زوجته الأجنبية أمام المحاكم الجزائرية، إذا كانت الزوجة الأجنبية متوطنة في الجزائر، لحظة رفع الدعوى عليها، أو مقيمة على ترابها في هذا الوقت، أو سبق لها التوطن في الجزائر قبل رفع الدعوى، حتى بعد انتهاء الموطن للمدعى عليه في الجزائر، أو سبق لها التوطن في الجزائر قبل رفع الدعوى، فحتى بعد انتهاء الموطن للمدعى عليه في الجزائر، ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية على أساس سبق توطنه هناك.[2]

ثانيا: الاختصاص المبني على أساس ضابط الجنسية

تعتبر الجنسية معيارا يبنى على أساسه الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. وتأكد هذا الضابط في مختلف قوانين الدول وبعض الاتفاقيات الدولية[3]، باعتبار أن الجنسية تربط أطراف النزاع بدولة القاضي المختص فهي التي تمنح الطابع الدولي لقواعد الاختصاص القضائي، على خلاف الموطن، باعتبار أنها رابطة سياسية قانونية تختلف عن الموطن الذي يعتبر مجرد رابطة قانونية فقط[4].

وهذه القاعدة تقوم على أساس سياسي كما ذكرنا، يقضي بأن من وظائف قضاء الدولة إقامة العدل بين وطنييها أينما وجدوا بالداخل أو بالخارج، إذ يكفي أن يكون الشخص يحمل جنسية

1- رحاوي آمنة، مرجع سابق، ص 124.

2- هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2003، ص 128.

3- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015، ص 62.

4- صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 34.

تلك الدولة[1]. بعبارة أخرى يتم تقرير اختصاص المحاكم بالنظر إلى المركز القانوني لأحد أطراف الدعوى، وهو إما المدعي إما المدعى عليه. وتبعا لذلك يثبت الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية، إذا كان الزوج أو الزوجة متمتعا بالصفة الوطنية بناء على ضابط الجنسية.

ومن خلال استقراء أحكام التشريعات التي أخذت بضابط الجنسية يتضح أن أغلبها عولت على ضابط جنسية المدعى عليه، مثال المشرع المصري من خلال نص المادة 28 من قانون المرافعات[2]، والمشرع العراقي من خلال المادة 14 من القانون المدني[3]، وكذا المشرع الكويتي في نص المادة 23 من قانون المرافعات المدنية والتجارية[4]، والمشرع الإماراتي في المادة 20[5].

والمشرع الجزائري نظم استثناء من الأصل العام اختصاص المحاكم الجزائرية بالنظر في النزاع بناء على ضابط الجنسية، وذلك بمقتضى المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[6]. إذ تقضي المادة 41 بأنه:" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري..."؛ حيث أن هذه الفقرة من النص تجيز للمدعي الجزائري تكليف خصمه(الأجنبي) إلى التقاضي أمام المحاكم الجزائرية، بشأن التزامات تعاقد عليها مع في الجزائر، ولو لم يكن هذا الأخير مقيما في الجزائر." كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن

1- على سبيل المثال: نص المادة الثالثة من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي 1983.

2- جاء في نص المادة 28 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

3- يسري نص المادة 14 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على أنه: "يقاضي العراقي أمام محاكم العراق كما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشا منها في الخارج".

4- المادة 23 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لعام 1980 على أنه: "تختص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على الكويتي... وذلك كل فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

5- نصت المادة 20 من القانون الاتحادي رقم 11 لعام 1992 بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية دولة الإمارات العربية المتحدة على أن: "فيما عدا الدعاوى العينية العقارية المتعلقة بعقار في الخارج تختص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على المواطن...".

6- جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010، ص 129.

التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين"؛ وهذه الفقرة تجيز للجزائري تكليف خصمه الأجنبي إلى التقاضي أمام المحاكم الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها معه في بلد أجنبي.

خلافا على ذلك، تقضي المادة 42 من ذات القانون على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي". هذا النص يجيز للمدعي (جزائريا كان أم أجنبيا) تكليف خصمه الجزائري بالحضور أمام المحاكم الجزائرية، بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي.

يتضح من ظاهر المادتين، أن المشرع فعل حسنا بإيرادهما وذلك لسد الثغرة التي كانت سببا في ضياع الكثير من الحقوق. ومن ثم أصبح للأجنبي معنى بهذا النص، شأنه شأن المواطن الجزائري، وبالتالي أضحى الأمر في هذا الخصوص على الأقل في الجانب القانوني منه[1].

وتعتبر هذه القاعدة بمثابة امتياز يمتاز به الوطنيين دون غيرهم ي مجال القضاء، استنادا إلى الرابطة الجنسية التي تربطهم بدولتهم، ونظرا لامتداد الحماية القضائية الذي يشتمل كل من وجد على إقليم الدولة بما في ذلك الأجانب المتواجدون عليها، فإن امتياز ضابط لجنسية ظل قائما ولم يتأثر بهذا الامتداد للحماية القضائية. ولتطبيق الامتياز الوارد في نص المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يستوجب أن يكون أحد أطراف النزاع جزائري الجنسية وقت تسجيل التكليف بالحضور.

وعليه، فالتغيير الطارئ للجنسية بصورة لاحقة لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي الجزائري[2]، ففي حال رفع زوج جزائري دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري طبقا للمادة 41 من ق. إ. م. إ . ج ثم قد جنسيته واكتسب الجنسية الفرنسية مثلا، فإن ذلك لا يمنع المحاكم الجزائرية من النظر في النزاع، وتطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج تطبيقا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري[3].

1- سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 111.

2- Patrick COURBE, divorce et séparation de corps, Rep international, édition Dalloz, Paris, 1998, P.07.

3- جندولي فاطمة الزهرة، مرجع سابق، ص 130.

ومنه، فالاستفادة من تطبيق هذا الامتياز، لا تستلزم أي شرط أو قيد آخر إلى جانب الجنسية الجزائرية، كأن يكون للمعني بالأمر أو لخصمه موطن بالجزائر مثلا، أو أن يكون موضوع النزاع مرتبطا بالإقليم الجزائري[1].

بالمقابل نجد أن القضاء الفرنسي لم يلتزم بالتفسير الضيق للمادتين 14[2] و15[3] من القانون المدني الفرنسي، بل وسع من شأنه ليشمل تطبيقهما على جميع الالتزامات سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، بما في ذلك الدعاوى غير المالية[4]، على خلاف المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 41 و42 الذي قصر الامتياز المقرر فيهما على الالتزامات التعاقدية دون غيرها[5]. وعليه، أصبح يجوز للأطراف المتنازعة اللجوء إلى المحاكم الجزائرية للفصل فيها سواء كانوا وطنيين أو أجانب[6]، وذلك تكريسا لحق اللجوء إلى القضاء.

ثالثا: الاختصاص المبني على ضابط موقع المال

المال هو الشيء أو الحق ذو القيمة المالية، سواء أكان هذا الحق عينيا أم معنويا، ولطلك فقد يكون المال ماديا بطبيعته، مثل العقار والمنقول، وقد يكون معنويا مثل الملكية الفكرية والأدبية والفنية، وأيا كان نوع المال، فإنه قد يكون محلا للعلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي تثير تنازع

1- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2004، ص 85.

2- Voir : l'art 14 du code civil français, Création Loi 1803-03-08 promulguée le 18 mars 1803, Modifié par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 1 JORF 30 juillet 1994 : L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

3- Voir : l'art 15 du code civil français : Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.

4- Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit International Privé, 8 eme édition, L.D.F.J.E.J.A., Paris, 2005, P.208.

5- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 41.

6- كمال سمية، مرجع سابق، ص 63.

بين مختلف قوانين الدول، مما ينبغي حل هذا التنازع بتكييف طبيعة موضوعه أولا، ومن ثم تعيين القانون الواجب التطبيق بإعمال قواعد الإسناد الوطنية عليه ثانيا[1].

ويراد بهذا الضابط عقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها المال، سواء كان عقارا أو منقولا ثار حوله نزاع[2]. فالمال يمكن أن يكون محلا لعلاقة قانونية دولية وسببا لتنازع الاختصاص القضائي الدولي وهو ما نلاحظه في المنازعات بين طرفي عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي فيما يتعلق بالأموال المنقولة أو العقارية المشتركة بينهما، ولا شك أن وجود المال بإقليم الدولة يكشف عن ارتباط النزاع بها ويعبر عن سيطرتها على موضوع النزاع[3]. ومتى كانت دولة ما هي دولة موقع المال محل النزاع بين الزوجين، يختص قضاء تلط الدولة بالفصل في النزاعات المتعلقة بالزواج المختلط، وعلى العموم يعتبر اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمال موجود على إقليمها من أكثر القواعد رسوخا في مختلف بلاد العالم، حيث جسدتها معظم التشريعات العربية[4]، حينما اعتبرت ضابط موقع المال كمبدأ عام للاختصاص القضائي الدولي هذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 39 من ق. إ. م. إ. ج والمادة 40 من ذات القانون.

يشمل هذا المبدأ جميع الدعاوى التي تتصل بمنقول أو عقار كائن بإقليم الدولة بغض النظر عن طبيعة النزاع سواء تعلقت الدعوى بمسألة من مسائل الأحوال العينية، أو بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كما إذا تعلق الأمر مثلا بنزاع خاص بزواج مختلط ويتعلق بأموال كائنة بإقليم الدولة، مما جعل النص على هذا المبدأ يأخذ طابعا عاما[5]. ويمتاز هذا الضابط كونه ضابط موضوعي وإقليمي في ذات الوقت، موعي لأنه يكفي لوحده لتقرير الاختصاص دون النظر

1- غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، مرجع سابق، ص 119.

2- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 441 و442.

3- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 186.

4- المادة 2/30 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، المادة 2/28 من قانون رقم 4 أصول المحاكمات المحاكمات المدنية الأردني لسنة 2019 المعدل للقانون رقم (24) لسنة 1988، المادة 78 من القانون رقم 529 تاريخ 20 /6/ 1996 المتضمن أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المادة 4 من القانون 1 قانون أصول المحاكمات السوري لسنة 2016، والفصل الخامس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

5- عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص 713.

إلى أشخاص الخصوم، أما إقليمي لأنه يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة[1]. إذ أن التسليم بمعيار ضابط موقع المال كضابط لتوزيع الاختصاص القضائي الدولي، يطرح إشكالية تحديد الوقت الذي يعتد فيه بتوافر المال موضوع النزاع على إقليم الدولة حتى ينعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية.

وهذه الإشكالية لا تطرح بطبيعة الحال بالنسبة للأموال العقارية نظرا لطبيعتها الثابتة ولكنها تثار خاصة بالنسبة للمال المنقول الذي يمكن نقله من مكان لآخر لذلك قد يتغير مكان وجود عدة مرات من نشوء الالتزام به إلى وقت تنفيذ هذا الالتزام. فإذا تساؤلنا حول معرفة القضاء المختص في هذه الحالة، فإن العبرة تكون بتحديد موقع المال المنقول وقت رفع الدعوى لأنه في هذا الوقت يتحدد اختصاص المحكمة ثبوتا أو نفيا[2]. فالعبرة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي حال وجود المال ليس بوقت إنشاء الالتزام، إنما بوقت إقامة الدعوى، فإذا ثار نزاع بين زوجين حول الآثار المالية للزواج، أو تعلق الأمر بمشارطة زواج تشمل أموال منقولة موجودة في الجزائر مثلا وقت رفع الدعوى، فإن الاختصاص الدولي ينعقد للمحاكم الجزائرية، فوجود المال وقت رفع الدعوى هو الذي يمنح المحاكم الوطنية حق النظر فيها[3].

رابعا: اختصاص المحاكم المبني على أساس ضابط نوع الدعوى

تولي التشريعات المقارنة اهتماما خاصا بالدعاوى المتعلقة بمسائل الأسرة والأحوال الشخصية في مجال تنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، فتميز ها بضوابط إسناد تكاد تختلف عن ضوابط الاسناد المستمدة من المبادئ التي استقر عليها العمل في القانون المقارن، وذلك تحقيقا لاعتبارات العدالة وتيسيرا للخصوم في العلاقات الأسرية ومسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي[4]. ويؤسس اختصاص المحاكم في النزاعات المرتبطة بالزواج على

1- شبورو نورية، رجع سابق، ص 188.

2- ممدوح عبد الكريم، حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 253.

3- رحاوي آمنه، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 128؛ انظر أيضا: وليد المصري، مرجع سابق، ص 309.

4- فائز بن محمد بديع الأعمى، الاختصاص القضائي الدولي وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية ونظام المرافعات الشرعية السعودي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2005، ص 168.

معيار موضوعي منبثق من نوع الدعوى المتضمنة عنصرا أجنبيا، والتي تطرح أمام القضاء الوطني، فعلى العموم يؤخذ بضابط الموطن أو محل الإقامة كمعيار لتحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة الوطنية، بحيث تختص المحاكم على أساس هذا الضابط بالنظر في المنازعات الدولية المرتبطة بمسائل الزواج وآثاره[1].

1. دعوى المعارضة في عقد الزواج:

يقصد بالاعتراض في هذا الشأن، هو ذلك المبني على تخلف شرط من الشروط الموضوعية للزواج ما لو كان أحد طرفي العقد أو كلاهما عديم الأهلية أو كان هناك مانع يمنع الزواج كرابطة القرابة إلى درجة معينة أو عدم رضا من يوجب القانون رضاه بالزواج كالوالدين أو أحدهما[2]. ويقع عقد الزواج صحيحا متى استوفى ركنه وكافة الشروط المتطلبة لقيامه وصحته[3]، وإن تخلف أي شرط من الشروط الموضوعية[4]، وقع فاسدا وجزاؤه الفسخ قبل الدخول، أما إذا تخلف ركن الرضا مثلا فيقع باطلا وجزاؤه البطلان ولو بعد الدخول[5].

1- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 159 و160.

2- صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2008، ص 107.

3- وتم تأكيد ذلك بموجب القرار الصادر بتاريخ 1993/02/23، حيث قضت أنه: من المستقر عليه قانونا وقضاء، أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وأبرم الزواج أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا...؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 88856، المجلة القضائية، 1996، عدد 2، ص 62.

4- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1984/09/24: متى كان من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا باركان مبنية بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على تصريحات شهود، لا يتبين منها توافر هذه الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع. المجلس الأعلى، بتاريخ 1984/09/24، قرار رقم 34438، المجلة القضائية، 1990، العدد 1، ص 64. نقلا عن: شبورو نورية، مرجع سابق، ص 161.

5- راجع المواد من 32 إلى 34 من ق. أ. ج.

وتحدث دعوى المعارضة في عقد الزواج عندما يقوم الموثق بتوثيق عقد الزواج، فترفع دعوى الاعتراض بهدف وقف توثيق عقد الزواج لوجود مانع من موانع الزواج[1]. وفي هذه الحالة، تختص المحاكم الوطنية بنظر الدعوى الماثلة متى تم ابرام هذا العقد أمام الموثق الوطني، وقد ورد بنص هذه الحالة في المادة 3/30 من قانون المرافعات المصري التي نصت على أنه: تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية...إذا كانت الدعوى معارضة في عقد الزواج وكان العقد يراد ابرامه أمام موثق مصري[2]. ويفهم من هذا النص أن المشرع المصري قد راعى في هذه الحالة أن تختص المحاكم المصرية بدعاوى المعارضة في الزواج المراد ابرامه أمام الموثق المصري، وذلك من قبيل التيسير والعمل على سرعة الفصل في دعوى المعارضة، وحتى لا يظل ابرام العقد معلقا لفترة طويلة في حالة ما إذا كان الفصل في هذه الدعوى من اختصاص محكمة أجنبية[3] فلو لم تختص المحاكم الوطنية بنظر دعوى المعارضة لأدى ذلك إلى تعطيل إبرام العقد، حتى يتم الفصل في المعارضة من محكمة أجنبية، وهي نتيجة لا يمكن قبولها خاصة وأن العقد ذاته يخضع من الناحية الشكلية لقانون بلد الابرام أين يتم توثيق عقد الزواج، كما أن الموثق يؤدي تلك الوظيفة وفقا لقانونه، مما يدعو إلى البت في الاعتراض ويكون ذلك من اختصاص السلطة المختصة في دولته[4].

أما المشرع الجزائري فقد بين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة ببعض الشروط الموضوعية لعقد الزواج، ولكنه تعرض سوى لشرطي الصداق والولاية، حيث نصت المادة

1- ريم حمد أحمد الحمد، تنازع الاختصاص القضائي والتشريعي في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الأردني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية، والقانونية،الأردن، 2000، ص 18.

2- فؤاد رياض عبد المنعم، سامية راشد، مرجع سابق، ص 440؛ انظر أيضا: محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 518.

3- ورد النص على اختصاص المحاكم السعودية بنظر هذه الدعوى في الفقرة 1 من المادة 27 من المرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 2014/1435، المتضمن نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ راجع لأكثر التفاصيل: فائز محمد بديع الاعمى، مرجع سابق، ص 168. كما نصت المادة 28 على اختصاص القضاء الأردني بنظر الدعوى المتعلقة بالتزام نشأ فيها (قانون أصول محاكمات المدنية الأردني المعدل بالقانون رقم 04 لسنة 2019)؛ راجع: ريم حمد أحمد الحمد، مرجع سابق، ص 18.

4- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 76.

426 من ق. إ. م. إ. ج في فقرتها الثامنة: "في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه"، وفي فقرتها التاسعة: "في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية". واستنتاجا من ذلك إذا انصبت دعوى المعارضة على تخلف ركن الصداق، فترفع الدعوى بمكان موطن المدعى عليه، وإذا انصبت حول تخلف شرط الولي، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية.

غير أن تطبيق هاتين الفقرتين لا يثير أي إشكال إذا وجد موطن المدعى عليه أو مكان ممارسة الولاية بالجزائر، لأن المحاكم الجزائرية هي المختصة لا محالة، لكن الإشكال يثور في الزواج المختلط إذا تم ابرامه في الجزائر وتخلف شرط الصداق ولم يوجد موطن للمدعى عليه بالجزائر، أو تخلف شرط الولاية ولو يوجد مكن ممارسة الولاية في الجزائر، لابد لنا من البحث حول المحكمة المختصة في هذه الحالة[1]. فإذا كان أحد أطراف الدعوى جزائريا، فالمحاكم الجزائرية تكون هي المختصة ولكن بناء على ضابط آخر غير الضوابط المنصوص عليها في هذه المادة وهو ضابط الجنسية المنصوص عليها في المادتين 41 و42 من ق. إ. م. إ. ج، إلا أن إشكالية المحكمة المختصة تحتدم إذا كان الزوجين مختلفي الجنسية ولم يتمتع أحدهما بالجنسية الجزائرية، فلا يمكن في هذه الحالة للمحاكم الجزائرية أن تكون مختصة نظرا لتخلف الضوابط المنصوص عليها في الفقرتين 8 و9 من المادة 426 وأيضا تخلف ضابط الجنسية المنصوص عليه في المواد 41 و42 من ق. إ. م. إ. ج، وذلك بالرغم من أن عقد الزواج قد تم ابرامه في الجزائر وتفاديا لهذه الإشكالية كان على المشرع الجزائري أن يورد في ق. إ. م. إ. ج نصا صريحا يقضي باختصاص المحاكم الجزائرية بدعاوى المعارضة في عقد الزواج متى تم ابرام عقد الزواج أمام موثق جزائري[2].

2. دعوى اثبات عقد الزواج:

تظهر أهمية دعوى اثبات عقد الزواج إذا وقع نزاع حول واقعه الزواج بين الزوجين أوبين من لهم مصلحه شرعيه كما سبق بيانه، وكان أحد الطرفين يدعي قيام الزواج قانون وشرعا والطرف الآخر ينفي هذا الزواج ويطعن في قيامه. في هذه الحالة الطريقة الوحيدة لإثبات ما يدعيه

1- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 163.

2- رحاوي آمنة، مرجع سابق، ص 113.

للمدعي هي إقامة دعوى إثبات الزواج خاصة في حالة الاكتفاء بالشكل العرفي وعدم إبرام عقد الزواج أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية. ويمكن أن يتم إثبات الزواج حسب القواعد العامة بكافة وسائل الاثبات المقررة في القانون الذي يحكم الشكل وذلك بناء على الصلة التامة بين إنشاء العقد وكيفيه إثباته.[1] وترفع دعوى إثبات الزواج بمكان تواجد موطن المدعى عليه، والأغلب يكون موطن الزوجية، وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في نص المادة 426 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية، والتي جاء في مضمونها على أنه:" في موضوع اثبات الزواج بما كان وجود موطن المدعى عليه". فإذا وقع نزاع حول واقعة الزواج المختلط بين زوجين أو بين من لهم مصلحه شرعية وقانونية في ذلك، وكان أحدهما يدعي قيام الزوجية قانونا وشرعا والآخر يزعم نفيه و يطعن في قيامه أو في صحته فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه[2] .

ومنه، إذا تمكن المدعي من إثبات أن الزواج قد تم وفقا للقواعد القانونية (وفقا لقانون الشكل) والشريعة الاسلامية، وأصدرت المحكمة العليا حكما نهائيا حائزا لقوة القضية المقضية، فإنه يتوجب على ممثل النيابة العامة إرسال نسخة من الحكم إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية المعنية، وتكليفه بتسجيل منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية وفقا للأوضاع والاشكال التي يتطلبها قانون الحالة المدنية. ومن ثم يمكن للشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية بالبلدية طبقا لنص المادة 22 قانون الأسرة الجزائري. ويحتج به لدى كل من يهمه أمر إثبات عقد زواجه[3].

3. دعوى النفقة:

بغيه حماية حق المحضون، وتيسير على الحاضن، نجد أن المشرع الجزائري فيما يخص دعاوى النفقة، منح الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة، لذلك تطبيق لموارد في المادتين 40 فقره 2 والمادة 426 فقره 5 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

1- المحكمة العليا، قرار رقم 381880، مجلة المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2002/02/14، العدد 22، 2007، ص 483: يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو شهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط...

2- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 167.

3- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 368 وما يليها.

الجزائري. ومنه، فإن المحكمة التي ترفع أمامها دعوى النفقة، ليست هي المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعى عليه المدين بها، وإنما التي توجد في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعي المطالب بالنفقة[1]. وإذا كانت هذه القاعدة الاستثنائية صالحة للتطبيق على المستوى المحلي، فمن باب أولى يصح تطبيقها على المستوى الدولي، وبذلك تختص المحاكم الوطنية بالفصل في دعاوى النفقة[2] إذا كان الدائن بالنفقة متوطنة بالإقليم الجزائري ولا يهم في هذه الحالة أن يكون عن المدعى عليه موطن أو محل الإقامة بالجزائر لأن الأساس الذي بني لأجله حكم هذه المادة وضع المطالب بالنفقة وحالته التي لا تمكنه من التنقل لرفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه[3]. وللإشارة فقط فإن أغلبيه التشريعات[4] تبنت ذات موقف المشرع الجزائري .

4. دعوى النسب:

تختص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي، الذي ليس له موطن أو محل إقامة في دولة المحكمة إذا تعلقت الدور الدعوى بشأن نسب الصغير مقيم في دولة المحكمة، وذلك مراعاة لمصلحة الصغير المراد إثبات نسبه.[5]

ودعوى إثبات النسب، إما أن تكون دعوى أصلية، تهدف إلى إثبات النسب ذاته دون أي نزاع أو خصام صريح حول موضوع محدد، وإما أن تكون دعوى تبعية، تهدف إلى إثبات النسب من أجل إثبات حق من الحقوق الشرعية والقانونية، وذلك مثل إقامة دعوى إثبات النسب تبعا لدعوى إثبات الزواج المقامة قبلها [6] فإذا كانت دعوى إثبات النسب دعوى أصلية، وكان المدعى عليه أجنبيا، ليس له موطن أو محل إقامة في دولة المحكمة، ينعقد الاختصاص لهذه الأخيرة، إذا كان الصغير مقيم في دولة المحكمة، أما إذا كان المدعى عليه أجنبيا وله محل إقامة في دولة المحكمة

1- جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 126.

2- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 169.

3- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 479.

4- المادة 5/30 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968، المادة 58 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني، الفصل السادس من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الفقرة الثانية.

5- رحاوي آمنه، مرجع سابق، ص 115؛ انظر المواد 6/30 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968، الفصل 1/6 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

6- الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 157.

التي رفعت فيها الدعوى يتقرر الاختصاص هنا لمحاكم هذه الدولة بالنظر إلى موطن المدعى عليه .[1]

والمشرع الجزائري منح للمحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه (أي أن المشرع أخذ بضابط موطن المدعى عليه) الاختصاص للفصل في دعوى إثبات النسب أو الاعتراف به بنوة كانت أم أبوة أم أمومة لشخص مجهول النسب، وأيضا في دعاوى إنكار الأبوة[2]، ما جاء في نص المادة 490 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية كما تنص المادة 491 من نفس القانون:" ينظر في الدعوى المتعلقة بالمنازعات النصوص عليها في المادة 490 أعلاه، بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية.[3]" أما إذا كانت دعوى إثبات النسب دعوى تبعية، فإنه يكفي أن تقدم في شكل مذكرة على نسختين، تتضمن الأدلة والحجج التي يمكن أن يعتمد عليها مدعي النسب من أجل إثبات النسب، حتى يتمكن من الحصول على حق آخر مثل الارث، وبعض الحقوق السياسية المتعلقة بالجنسية، وذلك متى أقر المدعى عليه ثبوت النسب، وإذا أنكره أبيحت في ذلك طرق الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية القانون الجزائري متى كان هو القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب[4].

5. دعوى الحضانة:

ينعقد الاختصاص فيما يخص دعوى الحضانة أو المطالبة بها أو ممارسة حق الزيارة أو الرخصة الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة طبقا لما ورد في المادتين 40 فقره 2 المادة 426 فقرة 4 القانون الاجراءات المدنية والادارية فمثلا النزاع الخاص بممارسة حق الحضانة بين زوجين فرنسيين مواطنين في الجزائر، يجعل الاختصاص كأصل عام يؤول للقضاء الجزائري، في حالة ما إذا فصل القاضي في دعوى الطلاق دون الحضانة بسبب من الأسباب كتحقق واقعة الميلاد بعد النطق بحكم الطلاق، ومغادرة الزوجة الاقليم الجزائري، فإن الاختصاص يؤول إلى

1- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 360.

2- سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 663؛ انظر أيضا: المحكمة العليا، قرار رقم 202430، مجلة الاجتهاد القضائي، بتاريخ 1998/10/20، عدد خاص، 2001، ص 82.

3- راجع لأكثر التفاصيل: بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 355.

4- رحاوي آمنة، مرجع سابق، ص 117.

القضاء الفرنسي باعتباره مكان ممارسة الحضانة[1] مظاهر على ذلك أن هذا المثال لا يثير أية اشكالات من الناحية العملية نظرا لتمتع الطرفين بالجنسية الفرنسية دون سواها وتوطنهما الاقليم الجزائري، إلا أن دعوى حضانة الأطفال النتيجة عن الزواج المختلط تثير مشاكل عديدة، هذا ما دفع التشريعات إلى تنظيمه بموجب قواعد القانون الاتفاقي، الهدف من ذلك وضمان أكثر لحماية الطفل ورعاية مصلحته قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية أو في حالة انفصال الزوجين أن اجراءات الطلاق في فرنسا تتميز بطولها وتعقيداتها.

على هذا الأساس، تجسيدا لحماية الأطفال الناتجين عن زواج المختلط حال الطلاق أو انفصال الزوجين، أبرمت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بتاريخ 21 جوان 1988 حيث اتفقت كل من الحكومتين في البلدين على التوقيع بالجزائر على هذه الأخيرة. لهذا فان هذه الاتفاقية في جوهره هل تتعلق بالتعاون القضائي حول حماية الطفل المحضون، والحماية هنا بموجب هذا الاختصاص هي حماية مزدوجة تتم عن طريق القضاء وأيضا بطريق إداري لتبادل المعلومات المتعلقة بما كان تواجد الطفل وحالته الاجتماعية وصحية. والاختصاص القضائي هنا يكون معياره مسكن الزوجية الذي غالبا ما يكون متواجدا في فرنسا والذي هو مرتبط بمصلحة المحضون المادية التي يأخذ بها القضاء الفرنسي في معظم الأحوال[2]. وهذا حسب نص المادة 5 من الاتفاقية باعتبار المسكن الزوجي ومكان الحياة المشتركة، و بذلك تم توحيد الاختصاص القضائي بالنسبة لدعاوى الطلاق والحضانة لارتباطهما، تجنبا كيف نزع الاختصاص الذي يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة من الجهتين[3].

الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للمحاكم الوطنية

الاختصاص القضائي الاستثنائي، هو ذلك الذي ينعقد بموجبه للمحاكم الوطنية سلطة النظر في الدعوى استنادا لمسألة فرعية ليست في الأصل من اختصاصها[4]. كما يمكن تعريفه أيضا: بأنه الاختصاص الذي يمنح للمحكمة سلطة البت في الدعوى رغم وجود ارتباط إقليمي أو

1- جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 125.

2- معوان مصطفى، مرجع سابق، ص 138 و139.

3- جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 125 و126.

4- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 291.

شخصي يتأسس وفقا له اختصاصها[1]. ومن خلال الآتي سنتعرض للضوابط الاستثنائية التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للنظر في دعاوى الزواج المختلط.

أولا: ضابط الخضوع الاختياري

من الأمور المسلمة في القانون الدولي الخاص أن هذا الفرع يفسح لإرادة الافراد دورا في بناء أحكامه، ولذلك نجد أنه يعتد بإرادة المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق في نظرية تنازع القوانين[2]، فإنه يخول لإرادة الأطراف أن تتدخل في تحديد الاختصاص القضائي[3].

ويتحقق الخضوع الاختياري عن طريق الاتفاق بين الخصوم للخصوص إلى ولاية القضاء دولة ما صراحة أوضمنا[4] الخضوع لولايتها، حتى وإن لم تكن محاكمها مختصة أصلا بنظر النزاع وفقا لضوابط الاختصاص الأصلية الواردة في التشريع الوطني[5]، ودون الدفع بعدم اختصاصها.

وتجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات الحديثة[6] قد أخذت بضابط الخضوع الاختياري لعقد الاختصاص لمحاكمها بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، إذا قبل الخصوم بالخضوع لولايتها[7]. والمشرع الجزائري على المستوى الداخلي يقبل باتفاقات الخضوع الاختياري، حيث يمكن

1- جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 140.

2- هشام علي صادق، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الثاني، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفتح للطباعة والنشر، اسكندرية، مصر، 2011، ص 63.

3- راجع الاتفاقيات في كتاب محمد سعادي، مرجع سابق، ص 179.

4- ويكون الاتفاق بشكل صريح لما يحدد في العقد الأصلي موضوع انزاع، ويمكن أن يرد في عقد مستقل ويكون على شكل مشارطة، أما عن الشكل الضمني فيكون عندما يقيم شخص دعوى أمام محكمة وطنية ويحضر المدعى عليه أمامها دون أن يدفع الأخير بعد الاختصاص قبل الولوج في الدعوى. انظر: عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 350.

5- جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 140.

6- على سبيل المثال المادة 32 من قانون المرافعات المصري التي نصت على أنه: تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعاوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة. إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا. والمادة 27 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. والمادة 59 من قانون رقم 40 لسنة 2002 بشأن المرافعات والتنفيذ اليمني. والفصل الرابع من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

7- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 454.

يمكن للأطراف الاتفاق صراحة على عرض نزاعهم أمام جهة قضائية غير مختصة إقليميا يرونها مناسبة لتفصل في نزاعهم، أو الاتفاق ضمنيا للخضوع لنفس هذه المحكمة من خلال المثول اختياريا أمامها[1]، هذا ما يؤكده نص المادة 45 من ق. إ. م. إ. ج: يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار[2] كما جاء في نص المادة 46 من ق. إ. م. إ. ج الذي جاء يه أنه: يجوز للخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له.

هاتين المادتين يستشف منهما أنهما يؤكدان مبدا الخضوع الاختياري على المستوى الداخلي، وتسمح بمخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي مادامت أغلبها ليست من النظام العام، والتي وضعت لحماية المصلحة الخاصة للمتقاضين، والتسيير عليهم استنادا لنص المادة 37 و38 من ق. إ. م. إ. ج.

كما تبنى المشرع الفرنسي لهذا المبدأ مع استثناء دعاوى الطلاق وذلك على ما يظهر، خشية التحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق، فيما لو أبيح لزوجين لا يجيز قانونهما الشخصي الطلاق أصلا أو يضيق فيما يجيزه منه، أن يلجأ إلى محاكم بلد أجنبي يجدان عنده بغيتهما من إجازة الطلاق أو التوسعة فيه، غير أن المشرع الفرنسي قد قصر الخضوع الاختياري على المجال التجاري، ولم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بذلك، وحكمت بصحة الاتفاق على تعديل أحكام الاختصاص القضائي، لما يكون النزاع دوليا. ومادام أن الزواج يندرج ضمن حالة الشخص فإن المنازعات الشخصية المحضة المرتبطة به قد تستثنى من الخضوع الاختياري في الدول التي لم تسمح به في النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص كفرنسا، غير أن النزاعات المالية المرتبطة

1- عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري: دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015، ص 57.

2- يقابلها نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية رقم 1123 لسنة 1975.

بالزواج كالأموال المشتركة بين الزوجين تخرج من هذا التصنيف لتدخل ضمن الأحوال العينية ويستجيب لها مبدأ الخضوع الاختياري[1].

ثانيا: الاختصاص المبني على أساس حسن سير وأداء العدالة

راعت مختلف التشريعات عند تحديد ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية أن يستجيب للمبادئ العامة المستمدة من الدراسات المقارنة للتشريعات المعاصرة في شأن الحرص على اعتبارات حسن سير العدالة في المجال الدولي[2]. وعلى هذا الأساس فإن هناك بعض المنازعات التي لا تدخل ضمن الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة معينة لعدم توافر أي ضابط من الضوابط التي ذكرناها أعلاه، إلا أنه على الرغم من ذلك تختص محاكم تلك الدولة بنظر تلك المنازعات، لغرض سرعة حسم الدعوى، وإقامة العدالة ومنع تضارب الأحكام[3]، ومن أهم أنواع الاختصاص الذي ينعقد على أساسه هذا الضابط، الاختصاص بالمسائل الأولية؛ الاختصاص بالمسائل العارضة؛ الاختصاص بالطلبات المرتبطة بالدعوى الاصلية؛ الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية.

ففي الجزائر، قواعد الاختصاص الداخلي هي التي تطبق في المجال الدولي، ووفقا لنص المواد من 53 إلى 58 من ق. إ. م. إ. ج، تكون المحاكم الجزائرية مختصة بالنظر في الدعوتين معا بالرغم من عدم اختصاصها في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الأجنبي وذلك للارتباط الموجود بينهما، وهو اختصاص يمليه حسن أداء العدالة[4]. كما نجد المشرع المصري[5] هو الآخر قد حرص على تقرير الاختصاص المحاكم المصرية بنظر بعض أنواع الدعاوى على الرغم من عدم توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي فالسالف ذكرها، ولعل السبب في ذلك راجع إلى أن المشرع قد رأى أن تختص المحاكم المصرية بهذه الدعوى إما لاتصالها بدعوى هي مختصة بها أصلا، وهو ما اصطلح على تسميته بالدعاوى المرتبطة(المسائل الأولية والطلبات العارضة،

1- رحاوي آمنة، مرجع سابق، ص 146.

2- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 177.

3- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 454 و455.

4- محمد سعادي، مرجع سابق، ص 182.

5- راجع المواد من 33 إلى 35 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968.

والمسائل المرتبطة)، وإما لأن هذه الدعاوى تتطلب سرعة تدخل القضاء لرفع الاعتداء الواقع على الحق، كما هو الشأن في حالة الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية[1].

ثالثا: الاختصاص القائم على فكرة تلافي انكار العدالة.

ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية في هذا الفرض، إذا كان المدعي وطنيا أو أجنبيا متواجدا في دولة المحكمة، ولم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج، كما ينعقد الاختصاص القضائي الدولي بموجب هذا الضابط بمحاكم دولة معينة بنظر نوع من الدعاوي، ولاسيما في مسائل الأحوال الشخصية، على الرغم من عدم اختصاص المحاكم الوطنية أصلا بنظر الدعوى، لعدم توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي الأخرى، فضلا عن احتمال عدم اختصاص القضاء الأجنبي بنظر المنازعة لعدم وجود رابطة جدية بين المنازعة وهذا القضاء. ويترتب على ذلك وجود منازعة مشوبة بعنصر أجنبي بدون وجود قاضي مختص ليفصل فيها، وحق دون وجود حماية قضائية له في مجال العلاقات الخاصة الدولية، لذلك فقد عقد المشرع الوطني في الكثير من الدول الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولته[2].

والواقع أن الأخذ بهذا الحكم يهدف إلى تجبن انكار العدالة، إذ قد لا يجد المدعي(الوطني أو ممن له موطن في الدولة) اية محكمة اجنبية تختص بنظر دعواه غلا أنه قد يقع على عاتق المدعي إثبات بذل قصارى جهده لمعرفة موطن المدعى عليه[3]، فقد ذهبت التشريعات فيما يتعلق بنطاق الاختصاص المبني على تلافي أو منع إنكار العدالة إلى اتجاهين، حيث تضيق بعض التشريعات[4] من نطاق هذا الاختصاص وتقتصر على مسائل الأحوال الشخصية، لما لهذه المسائل من أهمية، ولاسيما في الدول التي تستند فيها مسائل الأحوال الشخصية على الشريعة الإسلامية[5]. في حين توسع بعض التشريعات من نطاقه[6]، ولا تقتصره على مسائل الأحوال

1- محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص 450.

2- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 455.

3- وفاء مزيد فلحوط، قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم: دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص" السوري، الكويتي، الإماراتي، المصري"، المجلد 42، العدد الثالث، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2018، ص 434.

4- المادة 30 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968.

5- محمد عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1986، ص 95.

6- المادة 76 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983.

الشخصية فحسبن بل ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية على أساس تلافي أو منع انكار العدالة، سواء فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية أم العينية على حد سواء[1]. ويمكن التفرقة بين هذين الاتجاهين عن طريق الشروط الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص المبني على ضابط تلافي انكار العدالة[2]. فالاتجاه الضيق اشترط بأن يكون المدعي وطنيا سواء كان موطنه أو محل إقامته في وطنه أو في الخارج أو كان أجنبيا متوطنا في دولة المحكمة، أما إذا كان له مجرد إقامة عادية فلا يتحقق الشرط؛ اما الشرط الثاني أن لا يكون للأجنبي المدعى عليه موطن معروف في الخارج[3] غير أن أصحاب الاتجاه الموسع إضافة للشرطين المذكورين أعلاه أضاف شرط آخر، ألا وهو أن لا يكون هناك محكمة مختصة في دولة أخرى على أساس ضابط آخر من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي[4]. كما لا ننسى شرط أساسي لانعقاد الاختصاص في هذه الحالة، وهو أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كدعوى فسخ الزواج أو الطعن ببطلانه أو دعوى النسب، ذلك راجع لأن بعض الفقد ينتقد انعقاد الاختصاص في مسائل الأحوال العينية للمحكمة الوطنية على أساس تلافي انكار العدالة، لأن الاختصاص القضائي يمكن ان ينعقد لهذه المحكمة بوصفها محكمة موقع المال أو محل نشوء الالتزام أو تنفيذه حتى في حالة عدم وجود موطن معروف للمدعى عليه في الخارج، مما يؤكد اناء الحاجة إلى انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية على أساس ضابط تلافي انكار العدالة.

المطلب الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في مسائل الزواج المختلط

يعرف الحكم بصفة عامة بأنه: "كل قرار تتخذه هيئة قضائية مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها أو تدخلت في منازعة بين خصمين[5] طبقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، أما الحكم الأجنبي فيراد به: "ذلك الحكم الذي يصدر عن محكمة غير وطنية مختصة

1- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 456.

2- وسام توفيق عبد الله الكيتبي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 189.

3- رحاوي آمنة، مرجع سابق، ص 108.

4- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 456.

5- محمود الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2002، ص 341.

وظيفيا وموضوعيا ويصدر باسم السيادة بغض النظر عن جنسية الخصوم أو مكان صدور الحكم"[1].

حيث سعت مختلف التشريعات بما في التشريع الجزائري إلى التوفيق بين اعتبارين متناقضين في إطار معاملتها للأحكام الأجنبية، حيث أن الاعتبار الأول هو مصالح الأطراف في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي، أما الاعتبار الثاني فهو سيادة الدولة التي يراد الحكم على إقليمها، حيث أنها لم يهدر الحكم الأجنبي كلية باسم السيادة، ولم تعامله معاملة الحكم الوطني من جميع الجوانب اعتمادا على حاجات المعاملات الدولية واستقرارها، بل وضعت له شروطا وقيودا ليكون متمتعا فيها بالقوة التنفيذية وبحجية الأمر المقضي به وذلك وفق أساليب تنفيذ محددة(الفرع الأول)؛ فالأمر بالتنفيذ إنما هو إجراء يسري على جميع الأحكام الأجنبية الصادرة في إطار علاقات ترتبط بمصالح خاصة وصادرة في مادة من مواد القانون الخاص. لذلك يجب لتنفيذ أي حكم أجنبي صادر في مسألة من مسائل انعقاد الرابطة الزوجية أو آثارها في دعوى متعلقة بإثبات الزواج ومدى صحته أو النفقة الزوجية...، التقدم بطلب التنفيذ إلى القضاء الجزائري ولا يمنح الأمر بالتنفيذ لهذه الأحكام إلا بعد استيفائها الشروط المتطلبة لتنفيذها (الفرع الثاني)، وفق إجراءات معينة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أساليب تنفيذ الأحكام الأجنبية

تختلف الدول في تحديد النظام الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية فهناك دول تأخذ بنظام الدعوى الجديدة بحيث يتعين على من صدر الحكم لصالحه في الخارج أن يقوم برفع دعوى جديدة أمام محاكم الدولة التي يريد تنفيذ الحكم فيها ويكون موضوع هذه الدعوى هو المطالبة بالحق موضوع النزاع، وينتشر هذا النظام في الدول الأنجلو أمريكية. وقد تراجع الأخذ بهذا النظام لما له من إهدار للحقوق المكتسبة للأفراد وهناك دول أخرى تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ الذي يوجب الأمر بتنفيذ هذا الحكم عن طريق التنفيذ الجبري، ويسود هذا النظام في فرنسا[2].

1- أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص 687.

2- رزيقة قريشي، تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الواردي، الجزائر، جانفي 2018، ص 737.

هذا وقد اختلفت تشريعات الدول التي تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ في تحديد النظام القانوني الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية بين من هو مؤيدين لنظام المراجعة (أو ما يعرف بإعادة النظر) من هم مؤيدين لنظام المراقبة.

أولا: نظام المراجعة

يعطي هذا النظام للقاضي الوطني سلطات أوسع في فحص الحكم الأجنبي لا يكتفي بمراقبة مدى استبقاء الحكم الأجنبي للشروط الأساسية لصحته، بل أن سلطته أوسع في ذلك في مراقبة الحكم من حيث تقديره للوقائع وسلامة تطبيقيه لقواعد القانون، أي أن هذا النظام يخول للقاضي الوطني سلطة تعديل الحكم الأجنبي[1]. كما أن هذا الأسلوب يعتبر أول نظام فرض نفسه تاريخيا، وقد تم ذلك في فترة لم تكن فيها العلاقات بين البلدان تتمتع بهذه الدرجة من الكثافة التي تتمتع بها في يومنا هذا، فضلا عن الجهل المتبادل للأنظمة القانونية السائدة في تلك البلدان آنذاك، ولذلك لم يكن ثمة داع لمنح الأحكام القضائية الأجنبية أي أثر قانوني[2].

فبالرجوع إلى القضاء الفرنسي، نجد أنه قد قضى في حكم من محكمة Nimes [3] بمراجعة الأحكام الأجنبية، سواء من حيث الشكل أو الموضوع، ومن حيث العلاقات الفعلية والعلاقات القانونية، بحيث اعتبر القضاء الفرنسي الحكم الذي يصدر في قضيه تنفيذ حكم أجنبي بمنزله الحكم في الموضوع وكان القاضي يمتلك الحكم الأجنبي كليا أو جزئيا قياس الذرة بعد ذلك حكم التنفيذ[4].

مع العلم أن هذا النظام يقوم على أساس أن الحكم الأجنبي قد صدر عن قضاء غير نزيه بعيد عن الجدية والموضوعية، إلى أن هذا الحكم قد يكون زمنيا على غش أو التدليس، لذا فإنه

1- هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 196.

2- جارو نعيمة، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر: دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف 2، الجزائر، 2014/2013، ص 24 و25.

3- Cité par : Mohand Issad, op. cit, P.47, Note n°1.

4- ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق زالعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015، ص86 و87.

يجب على المحكمة المطلوب إليها التنفيذ أن تتصدى لكل ذلك حتى يمكن تحقيق العدالة ومصالح المتقاضين[1]. وبخصوص تعديل الحكم الأجنبي بعد مراجعته، فالبعض منهم إن المحكمة الوطنية التي تتصدى لطلب الأمر بالتنفيذ أن تعد ولا الحكم الأجنبي[2]، في حين بعض الآخر أن الأمر يرجع لتقديره إلى النظام القانوني للدولة المطلوب فيها التنفيذ[3] غير أن هناك دول تسمح للقاضي الوطني تعديل الحكم الأجنبي أو رفضه[4]، وغالبا يرى أن القاضي الوطني قصص القرار الأجنبي عمر بتنفيذ القرار أو رفضه ظروف الحال، ذلك لو تم السماح الحكم الأجنبي لأصبحت المحاكم الوطنية عبارة عن محاكم استئناف أو محاكم الدرجة الثانية، وهذا الأمر لم يقصد أحد به من خلال تبني أسلوب المراجعة[5].

هذا النظام تم التخلي عنه من قبل غالبية الدول التي كانت تأخذ به وجهت له انتقادات لادعة اعتبر عقيما وجامدا لا يتماشى مع متطلبات التعاون الدولي في مجال تسهيل تنفيذ الأحكام عبر الدول، ولا يراعي حاجة المعاملات الدولية وضرورة استقرارها.

ومنه، أسلوب المراجعة ينكر قيمة الحكم الأجنبي، لأنه لا يوفق الحماية الكافية لعلاقات الأفراد الخاصة الدولية، ويمس بالحقوق المكتسبة في الخارج [6] هذا إضافة إلى تعريض القاضي الوطني الذي يتصدى لطلب الأمر بالتنفيذ لصعوبات لا يمكن تجاوزها[7]. وأمام موضوعية هذه الانتقادات كان من الضروري العدول عن نظام المراجعة، وتبني نظام آخر ألا وهو نظام المراقبة.

1- عبد اللاوي سامية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، وفقا للقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، جامعة عباس لغزور، خنشلة، الجزائر، جويلية 2014، ص 195.

2- أحمد ضامن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقا للقانون الكويتي، العدد 1، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية والعشرون، جامعة الكريت، 1998، ص 25.

3- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 324.

4- أحمد ضامن السمدان، مرجع سابق، ص 25.

5- عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2013، ص 57.

6- عبد اللاوي سامية، مرجع سابق، ص 195.

7- عمار غالب مصطفى تركمان، مرجع سابق، ص 58.

ثانيا: نظام المراقبة

يقول الذين يكتفون بمراقبة الحكم (نظام المراقبة) أن حجية الأمر المقضي للحكم الأجنبي هي حق مكتسب واجب الاحترام دوليا، وهو أمر تقتضيه حاجة المعاملات الدولية. ولذلك فإن القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ يقف عند حالة التأكد من أن الحكم صحيح من الوجهة الدولية، أي أنه صدر من محكمة مختصة دوليا وداخليا وفقا لإجراءات صحيحة وبالتطبيق للقانون المختص وأنه لا يتعارض مع النظام العام في بلده، وبعبارة أخرى يقف دور القاضي عند حد التحقق من توافر الشروط التي ذكرتها سابقا، ومتى ثبت له ذلك أصدر الأمر بالتنفيذ، وإلا فإنه يمتنع عن إصداره ويرفض الطالب، ويصح أن تسمى هذه الشروط بالشروط الخارجية أو الشكلية للحكم[1].

لقد أخذ بهذا النظام العديد من الأنظمة العربية كالقانون المصري والقانون المغربي وقد استقر اجتهاد محكمة النقض الفرنسية على الأخذ بهذا النظام في حكمها في قضية MUNZER الصادر بتاريخ 17 جانفي 1964 على أن القانون الفرنسي كان يأخذ بنظام المراجعة لمدة قرن ونصف[2] وحددت بواسطته خمسة شروط وجب على قاضي التنفيذ التأكد من توافرها في الحكم الأجنبي قبل منحة الأمر بالتنفيذ[3]، تمثل هذه الشروط في كل من:

- اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم،
- ألا يكون الحكم مخالفا للنظام العام،
- غياب أي غش نحو القانون،
- تطبيق القانون المختص طبقا لقواعد الإسناد الفرنسية،
- صحة اجراءات المتابعة أمام القضاء الأجنبي.

– 1عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مجلة العلم القانونية والاقتصادية، المجلد الثالث، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، يوليو 1961، القاهرة، مصر، ص 138(202).

–2 فيصل عليان إلياس الشديقات، تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، (د. ت. ن)، ص 36.

-3 Mohand Issad, Op. cit, P.P. 88.89.

ومن ثم صدر قرار من المحكمة نفسها في تاريخ 04 أكتوبر 1967 في قضية السيد بشير BACHIR[1]، حيث قلص هذه الشروط إلى أربعة، وذلك بإدخال صحة الاجراءات ضمن شرط النظام العام والاختصاص القضائي للقاضي الأجنبي[2]، غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت الشرط بموجب القرار الصادر من الغرفة المدنية بتاريخ 20 فيفري 2007[3]؛ أما شرط مراقبة الغش نحو القانون الأجنبي، فإنه زال مع التطور الذي أحدثه قرار[4] SIMITCH، إذ بمقتضاه بدلا من البحث عن عدم وجود غش نحو القانون الأجنبي، يجب على قاضي التنفيذ أن يبحث أولا فيما إذا كان النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي من اختصاص قضاء دولته أم لا، إن ما يتوجب معرفته هو البحث فيما إذا كانت القاعدة الفرنسية لتنازع الاختصاص تمنح اختصاصا قاصرا الفرنسية بنظر النزاع. ففي حالة النفي يجب على القاضي الفرنسي الاعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية شريطات اتصال النزاع بالدولة التي وصلت فيها، وألا يكون اختيار القضاة هذه الدولة يحمل غشا.

وفيما يتعلق بمسألة الاختصاص، فإن القضاء الفرنسي أجاب عليها قاضي التنفيذ بطرحه لسؤالين: فكان الأول: هل النزاع الذي فصل فيه القاضي الأجنبي من اختصاص القاضي الفرنسي؟ في هذه الحالة يرفض منح الأمر بالتنفيذ، وجود اختصاص مزدوج أي اختصاص الدولتين أو اختصاص دولة التنفيذ واختصاص الدولة المصدرة للحكم؟ فإن قاضي تنفيذ يجيب على السؤال الثاني والذي مقاله هل النزاع يرتبط بصفة ملحوظة بالدولة التي ينتمي اليها القاضي المصدر للحكم وهل هذه المحكمة لا ينطوي على غش؟.[5]

1- راجع أحداث القضية: ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص 122.

2- ولد الشيخ الشريفة، مرجع نفسه، ص 121 و122.

3- Dominque Bureau, Horatia Muir Watt, Droit international Privé, Tome 1, 2 eme édition, collection THEMIS, Paris, 2010, P.284.

4- C.C, C.Civ 1, du 6 février 1985, N° de pourvoi : 83-11.241, Publié au bulletin, selon l'arrêt SIMITCH (1re Civ., 6 février 1985, Bull., I, n° 55), le juge étranger doit être reconnu compétent toutes les fois que la règle française de solution des conflits n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux.

5- ولد الشيخ شريفة، مرجع سابق، ص 123.

ومنه، قلص الشروط الخمسة التي ذكرتها إلى شرطين أساسيين وهما: الاختصاص القضائي الدولي للقاضي الأجنبي النظام العام، على أغلب أسباب رفض منح الصيغة التنفيذية لبعض الاحكام الأجنبية الصادرة في مواد الأحوال الشخصية إلى عدم احترام قواعد التنازع القوانين على الرغم من أن القضاء الفرنسي مازال يصدر أحكاما لا يعتبر الغش شرط ثالث[1] . فبالرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص أن نتابع إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي في بلد آخر منه توافر شروط معينة، وترجع أغلب أسباب رفض منح الصيغة التنفيذية لبعض الأحكام الأجنبية الصادرة في مواد الأحوال الشخصية إلى عدم احترام قواعد تنازع القوانين أو إلى خرق قواعد الاختصاص القضائي في أكثر الحالات يرجع عدم التنفيذ إلى مخالفة النظام العام الدولي[2]. وبتحليل المادة 605 من ق. ا. م. إ. ج يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بهذا النظام بوضع شروط على القاضي الجزائري التحقيق قبل الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ولكن دون أن يتطرق لبحث الموضوع مجددا.

الفرع الثاني: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية

إن السماح بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية بلا قيد أو شرط إنما يشكل مساسا بفكرة السيادة، كما إن عدم السماح بتنفيذ هذه الأحكام بصفة مطلقة فيه إهدار لحقوق الأفراد الخاصة المقررة بموجب هذه الأحكام، لذا تقضي المعاملات الدولية بضرورة صون حقوق الأفراد من خلال السماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية بشروط معينة تكفل سيادة الدولة وحقوق الأفراد[3].

1- Aujourd'hui, la régularité internationale du jugement étranger, condition de sa reconnaissance et de son accession à la force exécutoire n'est cependant plus tributaire que de deux séries de conditions relatives à la compétence internationale du juge étranger et respect de l'ordre public. Dominque Bureau, Horatia Muir Watt, D.I.P, op. cit, P.128.

2- يوسف مسعودي، تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في القانون الدولي الخاص، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2011، ص 66.

3- عبد الرحمن موسى الحلبي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والإدارية وفقا للقانون الأردني: دراسة تحليلية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، فلسطين، 2010، ص 29. نقلا عن: محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 688.

والاعتراف بالحكم الأجنبي يرتب مجموعة من الشروط؛ سواء أكانت متعلقة بوصفه حكما نحو واقعة قانونية حدثت، أو بوصفه سندا رسميا يحمل قوة الإثبات، فهي تترتب على الحكم الأجنبي بوصفه إجراء من مجموعة إجراءات المرافعات[1].

فإذا ما صدر حكم فاصل من محكمة الموضوع في نزاع يخص علاقة خاصة دولية واقتضى الأمر أن ينفذ في دولة أخرى غير الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم، هنا تشترط الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها شروط عديدة في الحكم كي تقبل بتنفيذه والموضوع الذي يتكفل بذلك هو تنفيذ الأحكام الأجنبية[2].

ومن بين هذه الشروط الأساسية التي من شأنها السماح بتطبيق الحكم الأجنبي شروط تتعلق بسيادة الدولة وشروط أخرى تتعلق بالحكم والتي سنوردها كالآتي:

أولا: شروط تتعلق بالسيادة:

سنت هذه الشروط من طرف مختلف تشريعات الدول من أجل تنفيذ الأحكام الأجنبية، وذلك بغية الحفاظ على سيادة الدولة[3]، وهذه الشروط نذكرها على النحو الآتي:

1. المعاملة بالمثل:

كأساس للتعامل الدولي باعتبار أن الدول تجامل بعضها البعض في قبول الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وتنفيذه كمركز للصداقة والتعاون واحترام النظم القانونية المختلفة ومبدأ المعاملة بالمثل[4]. ومفاد هذا الشرط أن يعامل القاضي الوطني الأحكام الأجنبية المراد تنفيذها في الوطن

1- عزام حميد حسين القيسي، إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الأردني: دراسة مقارنة مع القانون العراقي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2017، ص 16.

2- عبد الرسول كريم أبو صبيع، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، المجلد الأول، العدد الثاني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2009، ص 167.

3- عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010/2009، ص 75.

4- جارو نعيمة، مرجع سابق، ص 14. انظر أيضا: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 339.

نفس المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية المراد تنفيذها في هذه الدولة الأجنبية، بمعنى إذا كانت الدولة الأجنبية تطبق على الأحكام الجزائرية نظام الدعوى الجديدة، فإن القاضي الجزائري يجب أن يعامل الحكم الأجنبي الصادر عن محاكم تلطك الدولة نفس المعاملة، ومنه على المدعي الأجنبي رفع الدعوى جديدة أمام المحاكم الجزائرية لاستيفاء حقه[1]. أما إذا الدولة الأجنبية المراد تنفيذ أحكامها في الجزائر تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ، فيجب أن تعامل أحكامها أمام القاضي الجزائري بنفس المعاملة، مع الأخذ بعين الاعتبار الصورة المطبقة لإصدار الأمر بالتنفيذ، كونها نظام مراقبة أو مراجعة[2]؛ وهذا الشرط معترف به كذلك في بعض التشريعات المقارنة، من بينها القانون المصري والتونسي والكويتي والأردني[3].

على خلاف المشرع الفرنسي الذي يرفض شرط المعاملة بالمثل، إذ يرى القضاء الفرنسي بأن شرط التبادل ليس شرطا في تنفيذ الأحكام الأجنبية في فرنسا، أما الفقه فلقد انقسم بخصوص هذه المسألة فمنهم من يرى أن هذه المسألة متعلقة بحقوق الأفراد، ولا يأخذ فيها بمبدأ التبادل، وإنما يأخذ بها في محيط المصالح السياسية وعلاقات القانون العام، وهناك من يرى أنه وإن كان التشريع الحالي لا يأخذ بمبدأ التبادل (المعاملة بالمثل)، إلا أن ذلك لا يمنع من أنه يجب أن يأخذ التشريع به في المستقبل[4].

ومن خلال استقراء نص المادة 605 من ق. إ. م. إ يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على هذا الشرط، مما يتضح لنا أن المشرع الجزائري لا يأخذ بشرط المعاملة بالمثل

1- عبد اللاوي سامية، مرجع سابق، ص 191.

2- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 149.

3- جاء في نص المادة 296 من قانون المرافعات المصري على أن: الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر يكون بنفس الشروط التي يقررها قانون الدولة الصادر منها لتنفيذ الأحكام المصرية في هذه الدولة ونص الفصل 11 من مجلة القانون الدولي التونسي: لا يؤذن بتنفيذ القرارات الأجنبية... إذ لم يحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل؛ وتقابلها المادة 276 من مرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي المعدل بالقانون رقم 38 لسنة 2007؛ والمادة 02/07 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم 08 لسنة 1952.

4- رحاوي آمنه، مرجع سابق، ص 181. نقلا عن: عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، (د. ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 22.

في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، ما لم توجد اتفاقية دولية صادقت عليها الجزائر وجاء ضمن بنودها بند يشترط تطبيق ذلك، على أساس مبدأ سمو الاتفاقية على القانون.

2. عدم مخالفة الحكم للنظام العام والآداب العامة:

يعتبر الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا كان ينطوي على مساس بالمبادئ الأساسية التي تقوم عليها الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة المطلوب إليها التنفيذ[1]. ومن المسلم به في معظم أنظمة القانون الدولي الخاص، أنه يتعين على القاضي الأمر بالتنفيذ، وقبل منحة الصيغة التنفيذية وقوة الأمر المقضي به للحكم الأجنبي، مراقبة مدى توافر هذا الأخير على مجموعة من الشروط الأساسية، ويعتبر شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام[2]، من الشروط الجوهرية، سواء في القانون الداخلي أو في اتفاقيات التعاون القضائي الموقعة بين مختلف الدول[3].

ويصف فقه القانون الدولي الخاص النظام العام كصمام أمان ضروري لحماية المبادئ والأسس التي يقوم عليها كل مجتمع، دور النظام العام في مجال تنازع القوانين هو استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، أي رفض تنفيذ الحكم في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية وبذلك قضت الفقرة 4 من المادة 605 من ق. إ. م. إ. ج[4]. وفكرة النظام العام تبرز في مسائل الأحوال الشخصية ولاسيما في مسائل الزواج المختلط سواء تعلق الأمر بانعقاده أو آثاره، مما يترتب عليه إما بطلان العلاقة المشتملة على أجنبي والمخالفة للنظام العام في دولة القاضي، أو تدخل فكرة النظام العام للسماح

1- منار أحمد الضيافلة، إكساء الحكم الأجنبي صيغة التنفيذ: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، 2019، ص 31.

2- يقصد بالنظام العام مجموع القواعد والقيم التي تشكل الأسس الجوهرية للمجتمع، ويتميز مفهوم النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص عنه في نطاق القانون الدولي العام بكونه ذو صبغة وطنية محضة، حيث يتم تحديده بواسطة القاضي الوطني انطلاقا من التصورات والمفاهيم والمبادئ السائدة في المجتمع الذي ينتمي إليه القاضي. انظر: أحمد زوكاغي، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، تبقال للنشر، المملكة المغربية، 1991، الجزء الثاني، ص 82.

3- عبد الصمد التامري، خصوصيات تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب، مجلة المرافعة، العدد 21، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، المملكة المغربية، 2011، ص 86 و87.

4- بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2012، المجلد 11، العدد الثاني، ص 149.

بقيام هذه العلاقة، ومتى تدخلت فكرة النظام العام، يحل قانون القاضي محل القانون الأجنبي المختص الواجب التطبيق أصلا على مسائل الزواج بموجب قواعد الاسناد الوطنية في دولة القاضي[1]. فما يعتبر مثلا مخالفا للنظام العام في دولة معينة قد لا تكون كذلك في دولة أخرى فمثلا تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفا للنظام العام في الدول المسلمة في حين يعتبر مخالفا للنظام العام في الدول الأوروبية[2]. كالطلاق الذي كان ممنوعا في فرنسا في فرنسا معينة ثم أصبح مباحا[3].

3. غياب الغش نحو القانون:

هو أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد المتعلقة بالنزاع، وقاعدة الاسناد ترتكز في تحديدها للقانون المختص بحكم النزاع على وضع ضابط يربط المسالة القانونية بأكثر القوانين صلة بها، بل أنسبها لحكم المسألة القانونية محل النزاع[4]. إذ يحدث أن يكون القاضي قد طبق قانون معينا على النزاع، غير أنه لولا الغش نحو القانون[5] لكان قانونا آخر هو المختص، ويحدث غالبا هذا الغش بتحايل الأطراف على ضابط الاسناد المعتمد في الدولة الذي أصدر قضاؤها الحكم[6].

وفي مجال القانون الدولي الخاص قد يلجأ الأفراد عن عمد إلى تغيير ضابط الاسناد بهدف التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا والخضوع لأحكام قانون آخر يتفق مع ما يبتغونه من حلول وقد وجد القضاء في الدفع بالتحايل على القانون(الغش نحو القانون)، وسيلة فعلا

1- رحاوي آمنة، مرجع سابق، ص 130.

2- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 174.

3- ولد الشيخ الشريفة، مرجع سابق، ص 129.

4- ريم حمد أحمد الحمد، مرجع سابق، ص 117.

5- يقصد بالغش نحو القانون بأنه: يعمد الشخص إلى التهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة في قانون واجب التطبيق وذلك عن طريق تشكيل تصرف أو تصرفات قانونية تكون من شأنها التغيير في الظروف الملابسة للعلاقة القانونية. راجع: حسام الدين الأهواني كامل، الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، بحث في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 و2، السنة 15، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، يناير 1978، ص 71.أ

6- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 67 و68.

لمواجهة هذه المحاولات[1]. مثال ذلك كأن يغير زوجان فرنسيان جنسيتهما، أيام أن كان الطلاق محظورا في فرنسا، ويكتسبان جنسية دولة يبيح قانونها الطلاق، فالحكم بالطلاق الذي يتحصلان عليه فيها ينطوي في حقيقته على غش نحو القانون الفرنسي، لأنه لولا هذا التغيير، لكان القانون الفرنسي هو المختص باعتباره قانونهما الوطني[2]. والواقع أنه في مجال منازعات الزواج تحديدا، فإن عملية تغيير ضابط الاسناد أي تغيير الجنسية مسألة ليست بهذه السهولة، إذ أن هناك العديد من الشروط التي تشترطها قوانين الجنسية في مختلف الدول، من العسير تحقيقها بهذه السهولة، ورغم ذلك فإن مسائل الزواج المختلط يمكن بسهولة التوصل إلى تغيير ضابط الاسناد الذي يحكمها، عندما يعتمد القانون المسند إليه في حكم مسائل الزواج على الديانة، ففي مثل هذه الحالة باستطاعة الأطراف تغيير عقيدتهم لتوصلوا إلى قانون آخر لحكم المسألة محل النزاع بينهما على الرغم من أن تغيير الديانة أو العقيدة يعد من الحريات العامة التي يكفلها الدستور، إلا أن الهدف من وراء هذا التغيير هو تغيير القانون الذي يحكم النزاع لقانون آخر أكثر تحقيقا لمصالح الطرف الذي سعى لتغيير عقيدته.

ومنه، فإنه يحق للقاضي إذا تبين له أن مثل هذا التغيير في ضابط الاسناد قصد به التهرب من أحكام القانون الذي أشارت به قواعد الاسناد لقانون آخر، فإن على القاضي استبعاد أحكام القانون الجديد من دائرة التطبيق. وعليه، تبقى مسألة تقدير وجود الغش من عدمه، مسألة يرجع فيها لتقدير قاضي الموضوع.

4. عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم أو أمر سابق:

يشترط للاعتراف بالتنفيذ لدى احدى الدول المتعاقدة أن لا يكون الحكم المطلوب تنفيذه محلا لحكم صادر في الموضوع ذاته وبين الخصوم أنفسهم ومتعلق بالحق ذاته محلا وسببا إلى درجة رفضت الاعتراف بالأحكام الأجنبية المتعارضة مع أي حكم صادر عن إحدى الدول المتعاقدة، حتى وإن لم تكن الدولة المطلوب منها التنفيذ، ويرفض كذلك تنفيذ الحكم الأجنبي في حال وجود دعوى قائمة، حول نفس النزاع وبين نفس الأشخاص ونفس المحل والسبب ومتعلقة بالحق ذاته موضوع الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه أمامه ووفقا له ولكن بشرط يجب أن لا تكون

1- محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص 172.

2- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 68.

الدعوى مرفوعة أمام محكمة الدولة المتعاقدة المطلوب منها التنفيذ سابق على تاريخ طرح النزاع على قضاء محكمة الدولة المتعاقدة الصادر فيها الحكم، هذا ما تضمنته المادة 30 من اتفاقية الرياض[1].

وفي هذا الشأن، نصت المادة 605 من ق. إ. م. إ. ج على أنه: يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:"...3/ ألا يتعارض الحكم مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه". هذا الشرط إنما يهدف إلى احترام الأحكام الوطنية وتفضيلها عن الأحكام الأجنبية عندما تتزاحم هذه الأحكام مع الأحكام الوطنية وتتعارض معها، فالأحكام التي تصدر عن المحاكم الجزائرية تكون أولى في التنفيذ عن تلك الأحكام التي تصدرها محاكم أجنبية، فتنفيذ الحكم الأجنبي المتعارض مع الحكم الوطني لا يتماشى مع فكرة حجية الشيء المقضي به التي كفلها القانون للحكم الوطني، ولذلك لا يشترط في الحكم الوطني أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي بهن لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي لمتعارض معه، بل يكفي لذلك أن يكون حائزا لحجية الأمر المقضي به.

ثانيا: شروط تتعلق بالحكم

تهدف هذه الشروط والتأكد من أن هذا الحكم صدر صحيحا، حيث يجب أن يكون الحكم الأجنبي صادرا عن محكمة أجنبية مختصة، وقد اتبعت إجراءات صحيحة، وأن يكون حائزا لقوة الأمر المقضي به، وألا يتضمن تحايلا على القانون، هذا ما سنتطرق إليه في الآتي:

1. صدور الحكم من محكمة مختصة:

ويقصد بذلك أن يصدر القرار من المحكمة المختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي السارية المفعول في الدولة لتي سينفذ فيها الحكم (الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية)[2].

1- نور الدين زرقون، تنفيذ السندات الأجنبية، مطبوعة محاضرات مقدمة للسنة أولى ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، الجزائر، 2013، ص 40.

2- بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، العدد الثاني، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، 1994، ص 54.

وفي هذا الصدد، يتعين على طالب التنفيذ المتحصل على الحكم الأجنبي، رفع دعوى الأمر بالتنفيذ أما القسم المختص المماثل للقسم الذي أصدر الحكم الأجنبي، والمتواجد بالمحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ طبقا لنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1].

وعليه، فإن الحكم الأجنبي لا ينفذ بصورة آلية، بل لابد من صدور الأمر بتنفيذه إما كليا أو جزئيا، وهو ما لا يتحقق إلا من خلال تقديم طلب الأمر بالتنفيذ، ويستوي في ذلك الحكم، أن يكون صادرا عن المحكمة الابتدائية، أو مجلس الاستئناف، أو عن أعلى هيئة قضائية في البلد الأجنبي، سواء كان ذلك القرار الخاضع للصيغة التنفيذية تنازعيا أو ولائيا[2].

ونجد أن مختلف التشريعات تكاد تتفق على اشتراطه في خصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية[3]. إلا أن هذا الشرط يثير صعوبات عملية تكاد تكون مستحيلة التطبيق، وهو يتطلب من القاضي الذي أصدر الحكم الأجنبي أن يحدد اختصاصه وفقا لقانون الدولة التي سينفذ فيها الحكم، أي وفقا لقواعد الاختصاص الذي يأمر بها مشرع دولة أجنبية. كما تبنى القانون الاتفاقي الجزائري حلولا متباينة بهذا الخصوص وذلك حسب الاتفاقيات الثنائية اتجهت إلى التنصيص على ضرورة صدور الحكم من محكمة مختصة حسب القوانين المطبقة من طرف الدولة طالبة التنفيذ[4]. في

1- رحاوي آمنه، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، العدد السابع، مجلة القانون الدولي والتنمية، مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017، ص 197 و198.

2- موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 85.

3- Issad Mohand, le jugement étranger devant le juge de l'exéquateur : de la révision au contrôle, thèse de Doctorat en Droit, publication du cinquantenaire de l'Université d'Alger, 1962, P.113-115.

4- المادة 19 من الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية، التي تم التوقيع عليها يوم 1963/07/26 والمصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 1963/11/14 بالجريدة الرسمية رقم 87. المادة 17 من الاتفاقية الجزائرية المصرية، الموقع عليها يوم 29/.../1964 والمصادق عليها بمقتضى الأمر رقم 65-195 المؤرخ في 1965/17/29. المادة 20 من الاتفاقية الجزائرية المغربية، الموقع عليها في 1963/03/15 المصادق عليها بالأمر رقم 68-69 المؤرخ في 1969/09/02 المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بالقرار يوم 1969/01/15 الجريدة الرسمية رقم 77.

حين أن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[1] قررت اعتماد قواعد الدولة مانحة الصيغة التنفيذية من أجل تحديد ما إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصة أم لا[2]. والمشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى من المادة 605 من ق. إ. م. إ اشترط أن يكون الحكم غير مخالف لقواعد الاختصاص، والمعنى من هذا الشرط صدور الحكم من محكمة أجنبية مختصة ولكن وفقا لأي اختصاص[3].

ويتفق الفقه على أن كون المحكمة مختصة وفقا للاختصاص الدولي، غير أن القاضي الوطني ليس ملزما بالتحقق من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم فيها إذا كانت مختصة نوعيا ومحليا بالفصل في النزاع، بل يمكنه أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي حتى ولو كان هذا الاختصاص غير متوافر لدى المحكمة الأجنبية وذلك إلا إذا كان عدم توافر هذا الاختصاص من شأنه أن يجعل الحكم باطلا لدى الدولة التي أصدرت الحكم لهذا فإنه ليس من عناصر الإلزام أن يقوم القاضي بالتحقق من توافر الاختصاص الداخلي، بل يكفي التحقق فقط من أن الحكم الأجنبي قد صدر فعلا من محاكم مختصة دوليا بإصداره[4].

2. صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم:

لا يكفي لصحة الحكم الأجنبي مجرد أن يقطن المحكوم عليه داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم، أو مجرد كونه يتعاطى أعماله فيه، إنما يجب أن يتاح للمحكوم عليه الحضور بإرادته أو من خلال تبليغه من المحكمة التي أصدرت الحكم؛ ولا يعتد بكل تبليغ إلا أن يكون أصوليا بإتباع الإجراءات التي يرسمها قانون المحكمة التي أصدرت الحكم. بعبارة أخرى، يجب أن تراعي المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في الجزائر جميع متطلبات

1- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الموقع عليها يوم 1965/08/27، المصادق عليها بالأمر رقم 65-194 المؤرخ في 1965/07/29، الجريمة الرسمية رقم 68.

2- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 226.

3- عبد اللاوي سامية، مرجع سابق، ص 193؛ راجع قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1990/05/09، رقم 58890، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني؛ نقلا عن: الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 297-307.

4- فؤاد رياض عبد المنعم، سامية راشد، مرجع سابق، ص 462.

حقوق الدفاع، سواء من حيث تبليغ الخصوم تبليغا أصوليا، أو تمثيلهم في الدعوى تمثيلا صحيحا، وتمكين المدعى عليه من إبداء دفوعه[1].

ويجد هذا الشرط أساسه في أغلب التشريعات المقارنة، وقد نصت عليه كذلك بعض الاتفاقيات الدولية النافذة، ويقصد بهذا الشرط أن تكون الاجراءات المتبعة في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد تمت بشكل صحيح، وكلف الخصوم ومثلوا فيها أمام المحكمة المختصة وفق الكيفية المقررة في القانون الأجنبي استنادا إلى القاعدة العامة في خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي[2].

وتشترط التشريعات الحديثة في مختلف الدول لتنفيذ الحكم الأجنبي أن تكون الاجراءات التي اتبعت بشأن الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي صحيحة وأن تكون حقوق الدفاع قدر وعين[3] وليس المقصود فقط هو تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم في الدعوى[4]. والمقصود بهذا الشرط أساسا هو الاطمئنان بصفة عامة على سلامة الاجراءات التي اتبعت خاصة ما تعلق منها باحترام حقوق الدفاع، هذا ما يؤكده الفقه الفرنسي والمصري. فالعبرة في تقدير سلامة الاجراءات تكمن في قانون الدولة التي أصدرت الحكم أو الأمر عن محاكمها[5]، وهو المبدأ الذي حرص المشرع المصري على النص عليه في المادة 22 من القانون المدني التي تقضي بأنه: تسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات.

يتضح من هذا النص أن قانون الدولة التي صدر بها الحكم الأجنبي هو الذي يحدد صحة الاجراءات المتبعة في إصدار هذا الحكم، فهو الذي يحدد كون إعلان المدعى عليه قد تم على الوجه السليم، وما إذا كان تمثيله في الدعوى صحيحا[6].

1- منار أحمد الضيافلة، مرجع سابق، ص 24 و25.

2- مناء مفتاح الصور، خصائص تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الليبي والمقارن، مجلة البحوث القانونية، المجلد 3، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة مصراتة، ليبيا، 2016، ص 359.

3- فؤاد رياض عبد المنعم، سامية راشد، مرجع سابق، ص 471 و472.

4- محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص 667.

5- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 277.

6- فؤاد رياض عبد المنعم، سامية راشد، مرجع سابق، ص 472.

الهدف من وضع هذا الشرط إنما الاطمئنان لنزاهة قضاء الدولة التي أصدرت الحكم الأجنبي، والتأكد ما إذا كانت الاجراءات صحيحة أم لا فإنه يرجع إلى قانون الدولة التي صدر فيها عن قضائها الحكم الأجنبي، تطبيقا للمبدأ العام في القانون المقارن الذي يقضي بخضوع الاجراءات لقانون القاضي، هذا ما نصت عليه المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري. ويجب الإشارة إلى أن إعمال هذا الشرط يكون في الدعوى التي صدر فيها الحكم، حيث لا يمكن إعماله في الحالة التي يراد فيها تنفيذ أمر أجنبي، لأن التكليف بالحضور يكون عند قيام خصومه.

ويرى جانب من الفقه أنه لم يعد هناك ما يبرر استلزام صحة الاجراءات المتبعة في إصدار الحكم الأجنبي كشرط مستقل، ما دام أن أغلب التشريعات تستلزم لتنفيذ الحكم الأجنبي، أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به وفقا لقانون الدولة التي أصدرته، وبالتالي هذا الشرط ما هو إلا إكمال لنظام المراجعة الذي تخلت عنه قريبا سائر الدول[1] والمشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط، إلا أن بعض الاتفاقيات[2] التي عقدتها الجزائر مع بعض الدول اشترطت أن يكون التكليف بالحضور سلميا لتنفيذ الحكم[3]

3. حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي به:

إن هذا الشرط إنما يعبر على قابلية الحكم الأجنبي لتنفيذ الذي يقدر وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه، إذ لا يمكن تنفيذ حكم في دولة أجنبية إذا لم يكن صالحا للتنفيذ في دولته الأصلية[4].

والمعنى من ذلك هو ثبوت الحجية للحكم فيما فصل فيه من حقوق[5]، فموضوعها ونسبيتها وتاريخها يتحدد جميعا بمقتضى الحكم الصادر بالتنفيذ، كما أن حجيه تنصرف الى

1- عبد النور إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص 99 و100.

2- المادة 30/ب من اتفاقية الرياض وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بموجب قراره رقم (1) المؤرخ 1983/4/6، في دورة انعقاده العادي الأولى، وقعت الاتفاقية بتاريخ 1983/4/6 بالرياض من قبل جميع الدول الأعضاء عدا كل من جمهورية مصر العربية وجمهورية القمر الاتحادية الإسلامية، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1985/10/30، وذلك تطبيقا لنص المادة 67، المادة 37 من اتفاقية التعاون القضائي والقانوني لدول المغرب العربي لسنة 1993.

3- موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 79.

4- ولد الشيخ الشريفة، مرجع سابق، ص 211 و212.

5- المادة 338 من القانون المدني الجزائري نصت على أن: الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقص من هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية غلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

منطوق الحكم دون أسبابه، وفيما يتعلق بنسبيه الحجية فإنها تقتصر على الخصوم في دعوى الأمر بالتنفيذ، وما دام الحكم الصادر فيها هو الذي يولد هذه الحجية، إضافة إلى ذلك الحجية توجد من تاريخ صدور الحكم بالأمر بتنفيذه وليس من تاريخ صدوره من المحكمة الأجنبية، ذلك لأن الأول يعد منشئا وليس مقررا[1].

ومنه، تعتبر هذه الحجية قرينة قاطعة لا تقبل نقضها، ومؤداها أن هذا الحكم قد صدر صحيحا، فهو حجة على ما قضى به، والجدير بالذكر، أن هناك فارق بين حجية الأمر المقضي فيه وقوة الأمر المقضي فيه، فالحجية تثبت للحكم القطعي بمجرد صدوره سواء كان قابلا للطعن فيه أم لم يكن، وأيا كان طريق الطعن الجائز فيه، أما قوة الأمر المقضي فيه، فهي وصف لا يلحق غلا للأحكام غير القابلة للطعن فيها بطرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف)[2]. ومنه، يقصد بحجية الأمر المقضي فيه، أن الحكم الأجنبي لا يمكن نقضه بدعوى جديدة، لأن هذا الحكم يعد حجة فيا فصل فيه، وأن الإجراءات المتبعة في إصداره صحيحة[3]. فقوة الأمر المقضي به أوسع نطاقا من حجية الأمر المقضي به، فكل حكم حائز لقوة الأمر المقضي به يكون حائزا لحجية الأمر المقضي به لكن العكس لا يكون صحيحا. هذا ما تقتضيه مبادئ العدالة، إذ لا يعقل تنفيذ حكم ضد شخص لم يصبح حكما باتا ونهائيا في حقه، لأن الحكم غير القطعي معرض للإلغاء والإبطال وبالتالي لا يمكن تدارك آثاره[4]. إذ لتم تنفيذه ولم يصبح نهائيا بعدن وهذا من شأنه كذلك أن يخل بالاستقرار في المعاملات؛ ويستثنى من هذه القاعدة الأحكام غير القطعية(الأحكام التمهيدية)، كإجراء التحقيق أو ندب خبير فإنه يجوز تنفيذها عن طريق الإنابة القضائية، كذلك يجوز تنفيذ الأحكام الوقتية، لأنها تهدف إلى مجرد اتخاذ اجراء تحفظي أو وقتي كالأحكام الصادرة بشأن النفقة، لحين الفصل في دعوى الموضوع[5]. وتأكد هذا الشرط تحديدا في

1- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 933.

2- جارو نعيمة، مرجع سابق، ص 139.

3- عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة مقارنة طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد، 2014، ص 353.

4- محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، ص 69 و70.

5- بلمامي عمر، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في مواد الأحوال الشخصية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص 110.

اتفاقية الرياض بموجب نص المادة 25 فقرة أ[1]، كما أكدته أيضا اتفاقية تنفيذ الأحكام بين الجزائر وفرنسا. بصريح نص المادة الأولى فقرة ج[2]. بل وزاده تأكيدا بنصها على إلزامية قيام السلطة المختصة بالتحقيق فيما إذا كان القرار المطلوب تنفيذه مستوفيا الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى، الخاصة باكتسابه بحكم القانون قوة القضية المقضية كما قررت أنه لا يستجاب لطلب التنفيذ إذا كان القرار المطلوب تنفيذ موضوع طعن لدى محكمة النقض والابرام[3] ففي الجزائر يترتب على منح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي أجنبي بثبوت حجية الشيء المقضي فيه لهذا الحكم[4].

وعليه، فإن الحكم الأجنبي المقترن بقرار التنفيذ هو الذي يكتسب صفة حجية الأمر المقضي فيه، أما إذا لم يكن مقترن بذلك، فالرأي الراجح هو رفض الاعتراف له بهذه الصفة، لأن الاعتراف بحجية الحكم هو مظهر من مظاهر السلطة الآمرة في الدولة، مما يجعل المحكمة تأتمر بأوامر مشرع أجنبي وهذا أمر غير مقبول[5]، كذلك الاعتراف التلقائي بحجية الحكم القضائي يشكل يشكل خرقا للسيادة الوطنية[6].

4. تطبيق القانون المختص على موضوع النزاع:

ينعقد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي وفقا لهذا المعيار الدول التي يتقرر قانونها في النزاع المشوب عنصر أجنبي من قواعد الاسناد، في قانون القاضي الذي اعطى له الاختصاص على أساس أنه استوعب ويفهم قانونه الوطني أكثر من استيعابه لقانون أجنبي، لذا يجب إعطاء الاختصاص القضائي الدولي الأصلي في النزاع لمحاكم نفس الدولة التي يعد قانونها في حكم

1- مثال ذلك كأن يكون الحكم الأجنبي غير مستوفي لطرق الطعن مما يجعله غير حائز لقوة الشيء المقضي به، راجع قرار المحكمة العليا رقم 482270، الصادر بتاريخ: 2009/06/17؛ والقرار رقم 655755 الصادر بتاريخ 11/07/14.

2- انظر: المادة 25 فقرة أ من اتفاقية الرياض.

3- راجع المادة 1/ج من الأمر رقم 65-194 مؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 يوليو سنة 1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري- الفرنسي المؤرخ في 28 غشت سنة 1962.

4- عليوة عالية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الخاصة بمنازعات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة القانون والعلوم السياسية، عدد 7، جانفي 2018، ص 404.

5- عباس العبودي، مرجع سابق، ص 353.

6- جارو نعيمة، مرجع سابق، ص 140.

النزاع[1]. وقد أخذ بهذا المبدأ مؤتمر لاهاي سنة 1875، وذلك بالنسبة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والتزامات والأموال غير المنقولة[2]. لقد أشارت قاعدة الاسناد الوطنية إلى تطبيق قانون القاضي على النزاع المطروح، حيث يثبت القضائي للمحاكم الوطنية في جميع المسائل المرتبطة بالزواج، وهذا ما يؤدي إلى تحقق التلازم بين الاختصاص القضائي والتشريعي، وإن كان الأصل هو عدم التلازم والاستقلالية[3]. والمشرع الجزائري لم يتبنى هذا الضابط صراحة، على خلاف المشرع المصري الذي أخذ به من خلال نص المادة 30 من قانون المرافعات حيث نصت على أنه: تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال التالية: إذا كانت الدعوى متعلقة مسائله من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعي وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى[4].

من خلال التمحص في النص المذكور أنفا، يتضح أن المشرع المصري منح الاختصاص للمحاكم المصرية للنظر في دعاوى الأحوال الشخصية، إذا كان المدعي وطنيا أو أجنبية متوطنا بالإقليم المصري، وذلك لكفالة تطبيق القانون الوطني الواجب التطبيق بمقتضى المادة 14 من القانون المدني المصري, وهو بذلك يكون قد تبنى ما اتجه إليه القضاء الفرنسي الذي وسع من نطاق تطبيق المادة 14 من القانون المدني الفرنسي لتشمل دعاوى الأحوال الشخصية، وهو ذات ما سبق بيانه بالنسبة للقضاء الجزائري الذي تبنى التفسير الموسع للمادة 14 من قانون الاجراءات المدنية الإدارية نتيجة لتأثره بها اتجه القضاء الفرنسي لكفالة تطبيق القانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا، وقت انعقاد الزواج تطبيقا للمادة 13 من القانون المدني جزائري[5].

1- علي محمد جاسم الدليمي، الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المستعجلة: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2020، ص 56.

2- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية (تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 289.

3- راجع غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 289.

4- شبورو نورية، مرجع سابق، ص 191.

5- جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 137 و138.

وعليه، تكون المحاكم الجزائرية هي المختصة دون غيرها متى كان أحد أطراف الدعوى المتعلقة بشروط وآثار الزواج جزائريا، تختص أيضا في حالة حلول القانون الجزائري محل القانون الأجنبي إما لمخالفته للنظام العام الوطني أو نتيجة اختصاصه بناء على غش نحو القانون وذلك تطبيقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري[1].

ومنه، فإن المشرع الجزائري اعتبر ضابط جنسية المدعي امتيازا يمكن التنازل عنه، خلافا لذلك نجد أن المشرع المصري اعتبره ضابطا وجوبيا هذا ما تؤكده المادة 30 من القانون المرافعات المصري.

الفرع الثالث: اجراءات رفع دعوى الأمر بالتنفيذ

تخضع أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في اقليمها إلى رقابة الغاية منها وذلك بالتحقق خلوي هذا الحكم القضائي الأجنبي من العيوب الجوهرية تعيق في الدولة المراد منها إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، ويتم ذلك عن طريق اصدار الأمر بالتنفيذ في محاكم الدولة التي يراد تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي فيها وهذا الأمر هو إجراء قضائي يقصد به امهار الحكم قوة تنفيذية في ذلك البلد، كما هو معمول به في الدولة التي صدر فيها[2].

وتختلف الاجراءات المتبعة لتنفيذ الأحكام القضائية من دولة لأخرى قوانينها الخاصة، إذا ما طلب المحكوم له تنفيذ حكم قضائي أجنبي أخرى التي صدر عن محاكمها، لا يمكن قبول طلب مباشره، إنما اجراءات منصوص عليها في كل دولة يجب أن تطبق في هذه الحالة من أجل تأمين وتيسير التنفيذ وتمثيل سيادة الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها من جهة أخرى.

فالمشرع الجزائري نظم اجراءات طلب الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي في أحكام المراد من 605 إلى غاية المادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[3]، حيث أناط الماده607 من ذات القانون الاختصاص في طلبات منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات الأجنبية لمحكمة مقر المجلس الذي يوجد في دائرة اختصاصه موطن

1- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة سنة 4 حقوق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008، ص 90؛ انظر أيضا: شبورو نورية، مرجع سابق، ص 193 و194.

2- جارو نعيمة، مرجع سابق، ص 61.

3- تقابلها المواد من المواد 4 إلى 6 من قانون رقم 73 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني لسنة 1951.

المنفذ عليه محل التنفيذ، ويفصل الفرع المدني في طلب الأمر بالتنفيذ بغض النظر عن طبيعة الحكم الأجنبي ما إذا كانت مدنية أم خاصة بالأحوال الشخصية، وكذا القضائية الأجنبية المصدرة له(محكمة أو مجلس أو محكمة قانون). العبرة في تحديد الاختصاص الاقليمي هو المجلس القضائي التابع له عليه أو محل التنفيذ أما إذا كان محل التنفيذ هو مال منقول معين أو عقار فيكون الاختصاص لمحكمة مقر مجلس التابع له محل وجود المال؛ ودعوى تنفيذ الحكم الأجنبي دعوى موضوعية طبيعة النظر عن طبيعة القرار المطلوب بتنفيذه ما إذا كان قضائيا أم ولائيا[1].

ويطلب الأمر بالتنفيذ بموجب دعوى قضائية تختص بها المحكمة الوطنية حسب الأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى[2]، فيتعين تكليف المنفذ عليه(المدعى عليه) في الحضور تكليفا صحيحا وفي حالة عدم وجوده الاجراءات ضد النيابة العامة كطرف منظم أصلي وترفق بالعريضة الوثائق والمستندات الضرورية لدعم الطلب (صورة رسمية للحكم الأجنبي شهادة حيازة على قوة الشيء المقضي به شهادة التبليغ الرسمي إذا كان الحكم غيابيا) على التوقيعات الرسمية حسب ما هو مقرر للوثائق الرسمية الأجنبية ويجب أن تقدم أصول الوثائق ترجمة الرسمية من اللغة العربية تحت طائلة عدم القبول ويقدم المحكوم عليه دفوعه صحيحة[3]. وإذا ما صدر الحكم في دعوى الأمر بالتنفيذ وفقا للإجراءات المعتادة لصدور الأحكام سواء بقبول تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي و برفضه فإنه يخضع لطرق الطعن فيه كسائر الأحكام الوطنية، وذلك لأن دعوى الأمر بالتنفيذ تعتبر دعوى مستقلة لها موضوعها الذاتي كذلك الامر فيها يتعلق بطرق المراجعة الاستثنائية، كما ويتدخل شريطة أن يكون له مصلحة في ذلك[4]. واجراءات التنفيذ لا يمكن أن تتم إلا إذا تم تكوين ملف يحتوي على السندات والوثائق اللازمة الخاصة بطلب التنفيذ يتم إيداعها بأمانه ضبط الجهة القضائية المختصة ولم يحدد القانون الجزائري ما هي الوثائق المكونة للملف الخاص بطلب من التنفيذية أنه بالرجوع الى الاتفاقيات الثنائية والإقليمية التي عقدتها الجزائر مع دول أخرى[5] وكذلك

1- رزيقة قريشي، مرجع سابق، ص 744.

2- السيد الصاوي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 84.

3- رزيقة قريشي، مرجع سابق، ص 744 و745.

4- جارو نعيمة، مرجع سابق، ص 67.

5- مثال ذلك: الاتفاقية الجزائري المغربية الموقع عليها بتاريخ 1963/03/15 والمصادق عليها بالأمر 68-69 المؤرخ في 1969/09/02، المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه في 1969/01/25، ج. ر، العدد 77.

بالنظر الى الشروط الواجب صورها في الحكم الأجنبي التي ذكرناها سابقا هل يمكن إجمال هذه الوثائق فيما يلي:

- صورة رسمية للحكم تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها.
- صورة رسمية عن محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه.
- شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا حائزا لقوة بيت له ما لم يكن ذلك منصوص عليه ذاته.
- نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور إلى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة.
- يجب أن تكون الوثائق الأجنبية مصحوبة بترجمة رسمية إلى اللغة العربية.

و بعد تقديم الملف القاضي بالتحقق من توافر كل الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي حسب ما ورد في القانون فإنه بموجب ذلك يصدر الأمر الحكم الأجنبي دونما تعديل فيه وبالتالي قابلا للتنفيذ غير أنه يمكن أن يتصور عدم قابلية الحكم الأجنبي للتنفيذ رغم شموله بالصيغة التنفيذية أي يتم رفض إعطائه الصيغة التنفيذية هذا الأمر الصادر بالرفض حائزا لحجيه الأمر المقضي به مما يترتب عليه عدم إمكانية رفع دعوى جديدة يكون موضوعها جديد الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي غير أنه يبقى لصاحب الحكم الأجنبي أن يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم الوطنية بشأن النزاع الذي قضى فيه الحكم الأجنبي وأن يكون هذا الجزء قابلا للانفصال عن باقي أجزاء الحكم الأخرى أما فيما يخص الطعن في بإصدار الأمر بالتنفيذ القضائي الأجنبي فإنه يجوز للخصم الذي صدر هذا الحكم ضده أن يطعن فيه وفقا للقواعد العادية المقررة في القانون الجزائري ضد الأحكام[1].

=نفس النص الذي يقابله في نص المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية التونسية؛ والمادة 24 من الأمر رقم 70-4 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1389 الموافق 15 يناير سنة 1970 يتضمن المصادقة على الاتفاقيتين المبرمتين بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الموريطانية والموقعتين بنواقشط في 23 رمضان عام 1389 الموافق 3 ديسمبر 1969 المتعلقة بالتعاون القضائي، ج.ر، رقم 14، سنة 1970.

1- عليوة عالية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية بمنازعات الأحوال الشخصية في الجزائر، العدد السابع، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، الجزائر، جانفي 2018، ص 412.

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج المختلط

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج المختلط

متى استوفى الزواج جميع الشروط اللازمة لقيامه صحيحا، فإنه يقوم وتنشأ عنه علاقة ذات طابع خاص، وهذه العلاقة تتميز عن العلاقات الأخرى التي تنشأ بالنسبة للعقود العادية بين الأفراد. فيكفي في الزواج أن يتم انعقاد العقد حتى يتكفل القانون من تلقاء نفسه بتحديد الآثار التي تترتب عليه وليس لإرادة الأفراد أية سلطة في تحديد الآثار وتنظيمها. وعند البحث لم نجد تعريف دقيق لآثار الزواج لدى الفقهاء القدامى والمحدثين وإنما وردت عباراتهم في هذا الشأن على سبيل التعداد أو التمثيل لهذه الآثار. وأكثر ما يدور كأقوال حول آثار الزواج، حقوق وواجبات كل من الزوجين على الآخر. فعند البعض إذا وقع العقد صحيحا ترتب عليه كل الآثار من حقوق الزوجية وحقوق الأسرة والأولاد. في حين تتركز آثار الزواج عند البعض الآخر بالنسبة إلى العلاقة الشخصية بين الزوجين في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وفي إدارة الأسرة التي هي نتاج الزواج وثمرته.

وإلى جانب الآثار الشخصية للزواج المختلط هناك آثار مالية تعبر عنها بعض التشريعات بالنظم المالية للزوجين، التي تبين حقوق والتزامات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع به.

هذه الآثار قد لا تخضع لنفس القانون الذي يحكمها وقد تثير مشكلة تنازع القوانين ومن هنا تظهر أهمية البحث في القانون الواجب التطبيق على كل من الآثار الشخصية والمالية.

ومنه، فإننا من خلال هذا الفصل الذي قسمناه إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول الآثار الشخصية للزواج المختلط، أما في المبحث الثاني نتعرض من خلاله إلى الآثار المالية للزواج المختلط.

المبحث الأول: الآثار الشخصية للزواج المختلط

من بين الآثار التي يرتبها عقد الزواج سواء على المستوى الوطني أو الدولي تلك الآثار المتصلة بشخص الزوجين وهي ما تسمى بالآثار الشخصية، ويقصد بها تلك الآثار التي تساهم في تنظيم الأسرة وتكوينها، فهي مجموع الحقوق التي يقرها المشرع في دولة ما لكلا الزوجين والالتزامات الملقاة على كل منهما[1].

وهذه الأثار تظهر على نوعين أثار شخصية بحتة تتمثل في الاخلاص والطاعة، وحسن المعاشرة وأثار شخصية ذات طبيعة مالية، منها النفقة واستحقاق المهر وتخضع هذه الأثار على مستوى القانون المقارن لقانون موطن الزوجية في بريطانيا ولقانون جنسية الزوج وقت الزواج على مستوى الدول التي تأخذ بالاتجاه اللاتيني ومنها الدول العربية، مثال ذلك العراق حيث نصت المادة 2/19 من القانون المدني العراقي، وإلى نفس الحكم ذهبت المادة 13 من القانون المدني المصري وكذلك باقي التشريعات العربية. كما يلحق بهذه الأثار البنوة، فهي تخضع لقانون موطن الأب في التشريعات التي تأخذ بالاتجاه الأنجلوسكسوني، بينما تخضع لقانون جنسية الأب في الدول التي تأخذ بالاتجاه اللاتيني كما هو الحال في الدول العربية. ضف إلى ذلك ما قد يأثره الزواج المختلط في موضوع الحضانة والجنسية.

ومن خلال هذا المبحث سنتعرض إلى القانون المختص في حكم الآثار الشخصية للزواج المختلط في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سوف نتناول فيه تحديد مضمون الآثار الشخصية للزواج المختلط، وذلك على النحو الآتي بيانه.

المطلب الأول: القانون المختص في حكم الآثار الشخصية للزواج المختلط

تختلف الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى، كما تختلف الآثار الشخصية بحد ذاتها من بلد لآخر، حيث أن هذه الأخيرة من شأنها أن تخلق لدينا نزاع بين القوانين في تحديد القانون الواجب تطبيقه على الآثار المترتبة عن عقد الزواج بين طرفين مختلفي الجنسية.

1- موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 313.

وعليه، عمدت الدول باختلافها لوضع قواعد تنظم المسائل المتعلقة بالآثار الشخصية لعقد الزواج المختلط.

ومنه، فإنني من خلال هذا المطلب سأتعرض لمضمون قاعدة الاسناد التي التي تسري على الآثار الشخصية للزواج (الفرع الأول)، وإخضاع الآثار الشخصية لقانون الجنسية (الفرع الثاني)، وفي الأخير إخضاع الآثار الشخصية لضابط الدين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون قاعدة الاسناد التي تسري على الآثار الشخصية للزواج

تختلف التشريعات في مختلف دول العالم في تحديد القانون الذي يطبق في حالة قيام نزاع دولي خاص متعلق بالآثار الشخصية لعقد الزواج.

فبعض الدول أسندتها لقانون الإقامة، والذي عادة يكون قانون دولة القاضي. وقد أخذت بهذا الرأي الولايات المتحدة الأمريكية، والقانون الإنجليزي[1]. في حين يرى جانب آخر من التشريعات، إخضاع الآثار الشخصية لعقد الزواج للجنسية المشتركة للزوجين، أو آخر جنسية مشتركة لهما، وأخذ بهذا الرأي القانون اليوناني، التشيكوسلوفاكي، والبولوني، وكذا اتفاقية لاهاي لسنة 1905 الخاصة بتنازع القوانين فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق وواجبات خاصة بالزوجين في مادتها الأولى[2]. ومن جهة أخرى هناك من يخضعها إلى قانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين[3].

ولقد أسندت الدول العربية وبعض الدول الأوروبية آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، والمشرع الجزائري من خلال نص المادة 12 و 13 إنما واجه بالقاعدة المنصوص عليها في المادتين حل مسألة التنازع الثابت وهو تفضيل قانون جنسية الزوج، وحل مسألة التنازع المتحرك عندما أخذ في الاعتبار بقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، ولكن هذا الحكم لا يخلو من صعوبات، إن المادة 12 من القانون المدني الجزائري أسندت الاختصاص التشريعي إلى قانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج؛ وبالمثل إن تطبيق المادة 13 من القانون المدني الجزائري قاصر

1- دربة آمين، مرجع سابق، ص 82.

2- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 159.

3- دربة آمين، مرجع سابق، ص 242.

في حالة عرض المنازعة أمام القضاء الجزائري ولا يسوغ تطبيقه من محكمة أجنبية مادام يقر حلا وحيد الطرف، وبعد قاعدة استثنائية، والأكثر من ذلك يصبح حكمه لا معنى له إذا غير الطرف الجزائري جنسيته فكيف يتصور حينئذ تطبيق القانون الجزائري على آثار الزواج المستقبلية لشخص أصبح أجنبيا وانقطعت صلته بالقانون الجزائري. ومهما يكن اختلاف الأنظمة القانونية في ضابط الاسناد الخاص بأثار الزواج الشخصية فإن تكييف ما يعتبر عندنا من آثار الزواج الشخصية أو الآثار المالية لا يثير إشكالا مادام كلا الأثرين يخضعان لقانون جنسية الزوج عند إبرام الزواج. ولعل تفضيل قانون جنسية الزوج في حكم آثار الزواج مرده هو مرتبته في الأسرة بصفته رب الأسرة المكلف بشؤونها المالية والالتزامات التي تقع على عاتقه، وهو دور له أهميته في الدول الإسلامية وإن كانت القوانين الغربية لحديثة قللت من شأنه متأثرة بالأفكار التحررية الداعية إلى المساواة المطلقة بين الزوجين فأخذت تبحث عن ضوابط إسناد أكثر ملاءمة لذلك، كقانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن بدلا من قانون الجنسية[1].

الفرع الثاني: إخضاع الآثار الشخصية لقانون الجنسية

إن عقد الزواج يربط الرجل والمرأة، من أجل إقامة نظام مدني للحياة المشتركة بينهما، ولبناء أسرة بموجب عقد مختلط مدني وديني، ضمن إطار قائم على التكافل والتعاون وتقاسم الأعمال والمسؤوليات بالتساوي، ولذلك فمتى تم إنشاء عقد الزواج الصحيح رتب حقوقا وواجبات لكل منهما على الآخر ما بقيت الحياة الزوجية[2].

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى ترتيب مجموعة من الآثار الشخصية على الزواج المبرم بين جزائريين، متى تم إبرامه بشكل صحيح واحترمت بشأنه مختلف القواعد التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 36، والتي تشمل كل من الحقوق والواجبات المتبادلة والمشتركة بين الزوجين، بينما ذهب المشرع إلى إلغاء المادتين 38 و39 التي كانتا تتعلقان بحقوق وواجبا الزوجة.

1- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 171 و172.

2- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات 10 شتنبر 1993، دار النشر الجسور، وجدة، المملكة المغربية، 2002، ص 166.

أما إذا تعلق الأمر بزواج شخصين أحدهما جزائري والآخر أجنبي، فقد أخضع المشرع الجزائري آثار عقد الزواج المختلط الشخصية لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، والأمر راجع إلى قوامة الرجل في الإسلام، وكذا دوره المعترف به داخل الأسرة فهو رب العائلة ورئيسها، فهنا اعتنق المشرع الجزائري مبدأ ثبات نظام الزوجية وتفادي مشكلة التنازع المتحرك، ولا يهم عنده تغيير الزوج لجنسيته فيما بعد لأن العبرة بالجنسية وقت انعقاد الزواج عملا بأحكام المادة 12 من القانون المدني الجزائري[1].

وعليه، فإذا كان الأصل العام يقتضي إخضاع الآثار الشخصية لعقد الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج ولكن متى ما كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقد الزواج، فهنا نطبق الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، أين تخضع كل الآثار الشخصية للقانون الجزائري وحده.

وعلى غرار المشرع الجزائري لم تخرج التشريعات العربية عن تبنيها لفكرة إخضاع الآثار الشخصية للزواج المختلط لضابط الجنسية، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري الذي نص في المادة 14 من القانون المدني على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج..".

حيث أن المشرع المصري يكتفي في هذا الإطار بقانون جنسية الزوج، ولا يعتد بجنسية الزوجة إذا اختلفت مع جنسية الزوج، باعتبار هذا الأخير هو رب الأسرة، إلى جانب أنه ليس من مصلحة هذه الأخيرة أن تكون آثار الزواج محكومة بأكثر من قانون[2].

وهو نفس الحل الذي تم تكريسه في اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية[3]، حيث تنص المادة الثامنة منها على أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وقت انعقاد الزواج على الآثار التي

1- فتيحة يعقوبي، أثار عقد الزواج المختلط في تنازع القوانين والتشريعات المقارنة، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جوان 2019، ص 305.

2- إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 443.

3- ظهير شريف رقم 9-99-1 صادر بتاريخ 10 ربيع الأول 1420 موافق 24 يونيو 1999 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4718 بتاريخ 7 جمادى الأولى 1420 موافق 19 غشت 1999، ص 2093.

يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من الآثار الشخصية..". على الرغم من أن المشرع المغربي لم يحدد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج.

وبالرجوع إلى الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، نجد أن المشرع المغربي قد أخذ بضابط إسناد أكثر ليونة وتوفيقا، ومحافظة على هوية كل من الزوجين[1]، يتجلى في تطبيق القانون الوطني المشترك فيما يرجع للآثار الشخصية للزواج، إذا كان الزوجان من جنسية واحدة، وقانون إحدى الدولتين التي بها موطنهما المشترك أو آخر موطن مشترك لهما، إذا كان أحد الزوجين مغربيا والآخر فرنسيا، الأمر الذي يتبين معه استعاضته عن ضابط الجنسية بضابط الموطن في حالة اختلاف الجنسية، وهو توجه يروم خلق حلول لتجاوز الآثار السلبية لظاهرة الزواج المختلط، من خلال توحيد القانون المطبق على العلاقة ككل اعتمادا على مكان استقرار الأسرة. وإذا كان المشرع المغربي لم يشر إلى أي حكم صريح يبين موقفه من هذه المسألة ويحدد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج، فإن الفقه المغربي قد اتجه إلى سد هذا الفراغ التشريعي، حيث ذهب إلى اعتبار القانون المختص في هذا المجال يتحدد بنفس الكيفية التي يتعين بها القانون المختص بالنسبة للشروط الجوهرية للزواج، فإذا كان الزوجان من جنسية واحدة قبل الزواج أو أصبحا من جنسية واحدة بعد الزواج، فإن آثاره يعينها قانونهما الوطني المشترك؛ أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين فإن حقوق وواجبات كل من الزوجين يعينها قانونه الوطني. ومنه يتضح أن المشرع المغربي لم يأخذ بوحدة قانون الزوجية فيما يخص الآثار الشخصية للزواج، الأمر الذي يقتضي إخضاع هذه الآثار للقانون الوطني للزوجين إذا اتحدت جنسيتهما، وإخضاعها للقانون الوطني لكل زوج على حدة إذا كانا مختلفي الجنسية[2]. كذلك المشرع التونسي يسير في نفس الاتجاه، حيث يكرس تطبيق قانون آخر موطن مشترك بين الزوجين إذا كانا من جنسيتين مختلفتين، كما يتضح من نص الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي جاء

1- عبد الكريم الطالب، دور اتفاقيات الأحوال الشخصية في تنمية التعاون بين دول اتحاد المغرب العربي، والاتحاد الأوربي، الزواج والطلاق نموذجا- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 46، أكتوبر 2002، ص 90.

2- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، 1994، ص 235.

فيه: " تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا قانون المحكمة[1].

الفرع الثالث: إخضاع الآثار الشخصية لضابط الدين

علاوة على معياري الجنسية والموطن اللذان يسودان في بعض الدول العربية، بوصفهما معيارين من المعايير المعتمدة لتحديد القانون المختص، معيار ثالث يتميز بأنه شائع ومستقر، وثابت في مختلف أنظمة القانون الدولي الخاص العربية، ألا وهو معيار الدين الذي يعتنقه الشخص والذي يمثل طرف في رابطة قانونية من روابط القانون الخاص، والتي تشتمل على عنصر أجنبين يجعلها تدخل في دائرة اختصاص القانون الدولي الخاص[2].

وخلافا لبعض الدول العربية التي يسود فيها تعدد قوانين الأحوال الشخصية، تبعا لتعدد الديانات والطوائف الموجودة فيها كمصر وسوريا ولبنان، فإن الجزائر على غرار دول عربية أخرى مشابهة لها في عدة زوايا، مثل تونس والمغرب وليبيا وموريتانيا، حيث تعتبر الديانة الإسلامية ديانة الأغلبية الساحقة من المواطنين، توجد إلى جانبها الديانة اليهودية التي تعتنقها أقلية قليلة جدا لا تكاد تتعدى نسبة 1 % من مجموع عدد السكان.

ويترتب على ذلك، أن اعتناق الديانة الإسلامية في الجزائر يتولد عنه امتياز حقيقي، قانوني وعملي، في آن واحد، يتمثل في أن الشريعة الإسلامية تشكل الشريعة العامة التي يتعين الرجوع إليها وترجيحها في حالة التنازع بين قوانين الأحوال الشخصية المحلية، وهو الأمر الذي يتجلى على وجه الخصوص، في حالات حظر الزواج بين امرأة مسلمة ورجل غير مسلم، وتحريم التوارث بين مسلم وغير مسلم، وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية كلما تعلق الأمر بمسلم بصرف النظر عن الجنسية التي ينتسب إليها أو الموطن الذي يستقر فيه. والزواج المبرم خلافا لهذا الحكم يقع باطلا حسب قانون جنسية أحد الزوجين أو كلاهما معا وبالتالي يكون للحالة الدينية للزوجين أثر مباشر على صحة أو بطلان الزواج، وكذا فسخه وانحلاله إذا حصل اعتناق ديانة أخرى خلافا

1- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 166.

2- أحمد عويبد، الروابط الشخصية والمالية بين الزوجين في القانون الدولي الخاص المغربي والمقارن، ت: أحمد زوكاغي، طبعة نونبر، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، 2012، ص 99 و100.

لما يقضي به قانون الزوج الآخر. وبما أن زواج المسلمة بغير المسلم غير جائز في جل قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، كما قلنا سابقا، فإن ارتداد الزوج المسلم أيضا يترتب عليه حتما انحلال زواجه السابق بمسلمة. وقد يستعمل تغيير الديانة بنية التحايل لتحقيق أغراض غير مشروعة، وخو ما يشكل غش نحو القانون، فإذا كان الغش لصالح قانون أجنبي، فيستبعد من التطبيق، وقد يتدخل قانون القاضي باسم النظام العام لتقرير بطلان التصرف أو لعدم الاعتراف بأي أثر للحقوق المكتسبة بموجبه. ولكن في المقابل إذا تم تغيير الديانة إلى الإسلام من أحد الزوجين كأن يعلن الزوج إسلامه حتلا يستفيد من رخصة تعدد الزوجات، فإن ذلك يرتب آثاره القانونية والدينية، ولو صاحبه تحايل مقصود وسوء نية ظاهر[1].

ومنه، فإن كل المواطنين الجزائريين خاضعون لقانون موحد ألا وهو قانون الأسرة المستمدة جل أحكامه من الشريعة الإسلامية، بما في ذلك الأجانب المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني[2]. وكذلك نصت المادة 222 من نفس القانون أن كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يحال فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.[3] أما في تونس كان الأمر المؤرخ في 1956/07/12 قد تحفظ لغير المسلمين من التونسيين واليهود بعدم تطبيق أحكام مجلة الأحوال الشخصية التونسية عليهم، مما يفيد احتفاظهم بقانونهم الشخصي الطائفي، ولكن القانون 97 لسنة 1998 المتضمن إصدار مجلة القانون الدولي الخاص ألغى الأمر السابق بموجب الفصل الثالث منه، مما يفيد أيضا تطبيق مجلة الأحوال الشخصية على كل التونسيين باختلاف ديانتهم. أما في التشريع المغربي فإن المادة الثانية من مدونة الأسرة رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة تستثني من نطاق تطبيق تلك المدونة المغاربة اليهود حيث خصتهم بتطبيق قانونهم الطائفي أي قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية، كما أن الفصل الثالث من قانون الجنسية المغربية أكد هذا الحكم بالنص على أنه: " يطبق قانون الأحوال الشخصية والميراث الخاص بالمغاربة المسلمين على جميع المواطنين باستثناء المغاربة المعتنقين اليهودية فإنهم خاضعون لقانون الأحوال

1- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 18.

2- راجع المادة 221 من قانون الأسرة الجزائري.

3- في هذا الشأن الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري كل ما لم يرد النص عليه أحالته إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الشخصية المغربي العبري". فالديانة الإسلامية كانت بمثابة ضابط للإسناد[1] بالنسبة للطرف المسلم يحل محل الجنسية وهو حل لا وجود له ضمن قواعد الإسناد المتصلة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص المقارن المتمثلة في كل من الجنسية والموطن والإقامة الاعتيادية ومبدأ سلطان الإرادة.

ولعل أهم ما يمكن أن يرتبه الأخذ بالامتياز الديني هو استبعاد القاضي لقواعد التحليل التنازعي التي تقضي بإعمال قواعد الإسناد، ويطبق بدلها بشكل مباشر قواعد القانون ذو مصدر إسلامي، مما يؤدي إلى خرق القانون الوطني لكل الأجانب الذين يعتنقون الديانة الإسلامية والذين يخضعون في بلدهم الأصلي لقوانين أحوال شخصية قد تكون بطبيعتها مدنية.

وما قيل بالنسبة لصحة الزواج في حالة اختلاف الديانة يصدق أيضا على المراسيم الدينية للزواج بين غير المسلمين إذا كان قانونهم الطائفي يتطلب تلك المراسيم، ولكن لا يغني مراعاة الشكل المدني الذي هو الأصل[2].

المطلب الثاني: تحديد مضمون الآثار الشخصية للزواج المختلط

يترتب على إبرام عقد الزواج الصحيح مجموعة من الآثار الشخصية، منها ما ينصرف إلى العلاقة التي تربط بين الزوجين تتمثل في الحقوق والواجبات التي تثبت في ذمة كل منهما، ومنها ما ينصرف إلى العلاقة التي تجمع بين الآباء والأبناء، خاصة ما يتعلق منها بالنسب وما يترتب عليه من حقوق على رأسها الحضانة والجنسية، وتثير هذه الآثار في نطاق القانون الدولي الخاص الجزائري تنازعا بين القوانين، يظهر بالدرجة الأولى على مستوى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الآثار، ذلك أنه إذا كانت العديد من التشريعات المقارنة قد حددت القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية للزواج. والمشرع الجزائري تطرق إلى هذه الآثار من خلال نص المادة 36

1- وهو ما يطلق عليه امتياز الديانة والذي بمقتضاه يتم ترجيح قواعد نظام قانوني ذي مصدر إسلامي على حساب قواعد نظام قانوني غير إسلامي المصدر أثناء تنافسهما على حكم رابطة دولية استنادا إلى مبدأ فقهي مفاده أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وكذا اعتبار قواعد الفقه الإسلامي هي المصدر الأساسي للنصوص المنظمة للأحوال الشخصية. انظر في هذا الشأن: خالد برجاوي، مرجع سابق، ص 58.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 19.

و38 و39 من قانون الأسرة الجزائري، كما أنه ضبطها بقانون يحكمها وقت نشوب أي نزاع ممكن أن يطرأ على العلاقة الزوجية بخصوص هذه الآثار من خلال نصوص القانون المدني.

ومن هذا المنطلق سأتناول في هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين، خصصنا الأول للقانون الذي تخضع له الآثار الشخصية على مستوى العلاقة بين الزوجين، أما الفرع الثاني، فخصصناه لتحديد القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية على مستوى الروابط بين الآباء والأبناء.

الفرع الأول: القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية على مستوى العلاقة بين الزوجين

تتحدد الآثار الشخصية للزواج على مستوى العلاقة بين الزوجين في مجمل الحقوق والواجبات التي تثبت في ذمة كل منهما تجاه الآخر وأخرى مشتركة بينهما، وقد حاول الإسلام رسم صورة واضحة المعالم للعلاقة الزوجية لا يجتنبها أدنى غموض أو لبس[1]. وأقام أساس متين لها حدده المولى عز وجل في قوله تعالى: ﴿**وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ**﴾[2].

ومنه، فالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين نص عليها المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي من خلال المواد من 212 إلى 226 منه[3]؛ كذلك نجد المشرع الجزائري ينص على مجموعة من الحقوق والواجبات بين الزوجين، والتي ورد ذكرها في المادة 36 منه[4] والتي تنص على ما يلي: يجب على كل الزوجين:

1- رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 81.

2- سورة البقرة، الآية 228.

3- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008/2007، ص 30.

4- لقد أوضح الفصل 23 من أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية لارائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956، حقوق وواجبات الزوجين، فأوجب على كل واحد منهما أن يعامل الآخر بالمعروف، يحسن عشرته وتجنب إلحاق الضرر به؛ كما أوجب عليهما التعاون على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية وأسند للزوج رئاسة العائلة وحمله واجب الإنفاق على زوجته وأبنائه على قدر حاله وحالهم كما حمل الزوجة إن كان لها مال واجب المساهمة والإنفاق على الأسرة. انظر: مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية

- المحافظة على الروابط الزوجية والواجبات الحياة المشتركة؛
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة؛
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم؛
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات؛
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه، واحترامهم وزيارتهم؛
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف؛
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

من خلال هذه المادة، أقر المشرع الجزائري جملة من الحقوق والواجبات التي يرتبها عقد الزواج الصحيح، مثل ما يترتب على زواج الوطنيين فيما بينهم يترتب ذات الحق والالتزام بالنسبة للزواج الدولي، حيث حرص على المحافظة الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة لأجل استمرارية الحياة الزوجية في جو من السعادة والاحترام كما ألزم الزوجة بطاعة الزوج باعتباره رب العائلة، وذلك على أساس المودة وفي حدود الشرع الرباني[1]. لقوله تعالى: ﴿**ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ**﴾[2].

كما تضمن النص ما يجعل إلى ضرورة رعاية الأولاد، بتوفير متطلبات الحياة من طرف الأب بحسب استطاعته، ورعايته من طرف الأم باعتبارها أولى بهاته الرعاية، وذلك لقوله عز وجل: ﴿**وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ**﴾[3]، وإذا امتنعت الزوجة عن ارضاع الأولاد دون عذر مقبول وتسبب هذا الأخير في إضرار مولودها فتلزم بهذا قضائيا[4].

كذلك تطرق المشرع الجزائري لمسألة طاعة الزوج ورعاية الأولاد وتربيتهم ومسألة إخلاص كلا الزوجين لبعضهما بالقدر الذي يضمن استمرار الحياة الزوجية بينهما وغيرها من المسائل التي

=للقانون الدولي الخاص، شرح فقهي تأصيلي لسائر أحكام المجلة معزز بنصوص التشريع المقارن والأعمال التحضيرية، الطبعة الأولى، المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، الشرقية، تونس، 2003، ص419.

1- زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص 120.

2- سورة النساء، الآية 34.

3- سورة البقرة، الآية 233.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 166.

أقرت مختلف تشريعات الدول العربية والغربية بأنها تعتبر من حقوق وواجبات الزوجين المتبادلة. وكل هذه المسائل لا تطرح إشكالا كونها أثر من الآثار الشخصية لعقد الزواج. غير أن مسألة النفقة الزوجية تطرح صعوبة في تكييفها ضمن الآثار الشخصية لعقد الزواج أو من بين الآثار المالية لعقد الزواج[1]. وبالنسبة لهذه الأخيرة، يذهب التشريع الفرنسي إلى اعتبارها من الالتزامات المتبادلة بين الزوجين[2]، بينما نجدها في الدول ذات المرجعية الإسلامية التزاما ملقى على عاتق الزوج وحده_ كما سنرى لاحقا_.

الفرع الثاني: القانون الذي تخضع له الآثار الشخصية على مستوى الروابط بين الآباء والأبناء

تشكل العلاقة بين الآباء والأبناء في ظل الروابط الدولية الخاصة موضوعا يثير الجدل على مستوى تنازع القوانين، وذلك نظرا لتباين القوانين الأجنبية، وما يوجد بينهما وبين القانون الجزائري من اختلافات جوهرية ترجع بالأساس إلى الاختلاف القائم على المستوى المرجعي، حيث يعتبر موضوع النسب والجنسية من أكثر المواضيع حساسية في كافة البلدان الإسلامية[3].

ومنه، فإننا من خلال الآتي، سوف نتعرف على القانون الواجب التطبيق على النسب ثم سنتناول اكتساب الأبناء إلى جنسية الأم.

أولا: القانون الواجب التطبيق على النسب

إذا كان الزواج المختلط ظاهرة إيجابيه في بعض جوانبه، تسجم فيه الأفكار والقناعات وتتفتح الأسر على بعضها، إلا أنه في الوقت نفسه يشكل بؤرة تنازع القوانين وبالأخص نسب الأطفال والآثار المترتبة عنه، فلا شك أنه يثير مشكلات حادة ومهمة، لما يخالط عنه من جنسية

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 200.

2- Article 203 C.C.F : « les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage l'obligation de nourrir, ... »

3- فكري بكيدي، تنازع النظام القانوني لزواج الأجانب في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2009/2008، ص 68.

مغايرة وديانة مختلفة بين طرفيه، ذلك ما اقتضى تعدد المصادر التشريعية الحاكمة لعلاقات الزواج المختلط، وفق قواعد الاسناد المعروفة عند تنازع القوانين[1].

ويعد النسب[2] حقا من حقوق الله عز وجل باعتباره أساسا لبناء الأسرة وتكونيها، وهو أيضا حق من حقوق الأولاد، إذ من حقهم الانتماء بثبوت النسب إلى أب معين[3]، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ﴾[4]، فإن النسب يعتبر من بين المقاصد الضرورية التي ينبغي المحافظة عليها[5]، مما يجعل القانون الشخصي هو القانون الواجب التطبيق عليه[6]، وتحديد هذا القانون هو من المسائل التي اختلف الفقه حولها، على اعتبار أن النسب له علاقة بثلاثة أشخاص: الأب، الأم، الطفل، وفي شأنها تعددت الاتجاهات التشريعية و القضائية. فالاتجاه الأول، مميز بين كل من النسب الطبيعي والنسب الشرعي[7]. انقسم إلى رأيين، الرأي الأول يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزوج على اعتبار الطفل الشرعي في عداد أفراد الأسرة التي أسسها الزواج كما أنه من الأفضل أن يكون قانون واحد هو الذي تخضع له مختلف العلاقات التي تنشأ بين أفراد نفس الأسرة . في حين أن الرأي الثاني: أخضعوا النسب الطبيعي لقانون جنسية

1- امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 462.

2- يراد بالنسب filiation لغة القرابة. فيقال بينهما نسب أي قرابة، وفلان يناسب فلانا فهو نسيبه أي قريبه. ونسيب الرجل ذكرت نسبه ونسبته أيضا بالكسر، وانتسب إلى أبيه أي اعترف ونسب أي ادعى أنه نسيبك، والنسب واحد وجمعه أنساب. ويعرف النسب اصطلاحا بأنه القرابة بالدم، وهي الأبوة والأمومة والبنوة والأخوة والعمومة والخؤولة، ونوع النسب الذي يعنينا فيما نحن بصدده هو البنوة أي نسبة الولد إلى أبيه وأمه. فمن أهم ما يترتب على عقد الزواج من آثار بالمنسبة للأولاد هو تحديد نسبتهم أو انتمائهم لأب معين وأم معينة. انظر: هلالي عبد الإله أحمد، خالد محمد القاضي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، (د. ط)، الهيئة المصرية الهامة للكتاب، القاهرة، مصر، 2008، ص 137.

3- دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص 236.

4- سورة الأحزاب، الآية 05.

5- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص 385-387.

6- H. Batiffol, dr. Int. Privé, op. cit, P. 486.

7- في فرنسا مثلا يفرقون أو يميزون بين من هو ناتج عن زواج شرعي والطفل الناتج عن زواج غير شرعي، حيث إلا أنهما يمتلكان نس الحقوق المدنية والسياسية.

Voir : Alfred Juvara, les enfants naturels en droit international privé, thèse de Doctorat publiée, librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, Paris, 1898, P.139. Voir ainsi : Jean Charles Florent Demolombe, cours de code civil, du mariage et de la séparation de corps, Imprimerie de crapelet, Tome 3 eme, Paris, P. 131.

الطفل لعدم مزاحمته من طرف القانون الذي تخضع له الأسرة لأنه لا يوجد ما يسمى بالأسرة الطبيعية[1]. وهذا الاتجاه كان سائد في فرنسا قبل القانون الصادر في 3 جانفي 1972. فقد طبق القضاء الفرنسي على النسب الشرعي القانون الذي يحكم آثار الزواج، وعلى النسب الطبيعي قانون الجنسية الطفل[2]. أما الاتجاه الثاني: يقول بتطبيق قانون جنسية الطفل على النسب بنوعيه، سواء كان طبيعيا أم شرعيا[3]، وما يلاحظ على هذا الاتجاه أنه لم يميز ما بين النسب الشرعي و النسب النسب الطبيعي ذلك أن النسب يتعلق بحالة الطفل الشخصية، إلا أن هناك فريق من الفقهاء انتقد هذا الاتجاه واعتبر أن حجته غير مقنعة لأن النسب يتعلق بحالة الأب من حيث أبوته[4].

بالإضافة إلى هذين الاتجاهين يوجد اتجاه آخر(ثالث) يخضع النسب لقانون جنسية الأم الاعتبار هذه الأخيرة هي محور غالبية النزاعات التي تتعلق بالنسب. كما أنه من النادر أن تكون مجهولة، بخلاف الأب. وهذا الاتجاه أخذ به المشرع الفرنسي من خلال القانون الصادر بتاريخ 03 جويلية 1972 حينما أخضع كل نوعي النسب (الشرعي والطبيعي) الشخصي للأم، هذا في حالة إذا كانت الأم معلومة، أما في حالة كانت مجهولة ولا يعلم من تكون سيخضع النسب للقانون الشخصي للطفل.

أما في الجزائر، في المشرع قبل تعديل القانون المدني 2005 لم تكن هناك أي قاعدة إسناد بشأن موضوع النسب، مما فتح المجال للاجتهاد، فالبعض أسنده إلى قانون جنسية من يدعي النسب أو من ينكره[5]، ومن ثم سوف يختلف القانون المختص باختلاف المدعي في دعوى النسب، والبحث الآخر رجح قانون جنسية الطفل مع إقراره أن النسب أثر للزواج مما يقتضي أن يخضع للمادة 12 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري وأن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالبنوة الطبيعية أو لا في تبرير رأيهم إلى النصوص القانونية المانحة للجنسية الجزائرية في البنوة غير

1- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 263.

2- Aurélie le Dressay, Nelly le Grand, les conflits de filiation, revue juridique de l'ouest, 2002, vol N° 2, rennes, ile et vilaine, faculté de droit et science politique de rennes, Université de rennes 1, P. 232.

3- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 264.

4- فليغة نور الدين، مرجع سابق، ص 169.

5- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 83.

الشرعية(المادتان 6 و7 فقرة 1 من قانون الجنسية الجزائرية)[1]، في حين يخضع البعض الآخر البنوة الشرعية إلى القانون المنظم لأثار الزواج من البنوة الطبيعية قانون القاضي حيث أن بعضهم يفضل إسناد البنوة الشرعية لقانون جنسية الأب باعتبار الطفل ثمرة للزواج الصحيح[2] فيخضع للقانون الذي يحكم أثاره.

وبإضافة المشرع الجزائري لنص المادة 13 مكرر ضمن القانون المدني ناتج أنه حسم المشرع المشكل إقرار النسب لقانون جنسية الأب عند ميلاد الطفل وهو الحل نفسه الذي أخذت به أغلب التشريعات العربية. وعلى الرغم من ذلك إلا أن المشكل لم يحل برمته فبتعديل قانون الجنسية أقر المشرع الجزائري أحكاما جديدة الجنسية الجزائرية الأصلية لا تنسجم وقواعد النسب المرتبطة بالزواج الشرعي، ذلك يعتبر جزائريا المولود أو أم جزائرية، فالمشرع من خلالها لم يرعى شروط النسب الشرعي ومن ثم فإنه بإمكان الولد أن يأخذ الجنسية الجزائرية على أساس البنوة الطبيعية[3]. وينبني على اختصاص قانون جنسية الأب الزواج بحكم البنوة الشرعية اختصاص هذا القانون فيما يخص تحديد ميعاد رفع الدعوى البنوة، ومن له الحق في رفعها والأثار التي ترتب عليها، وإذا حصل إقرار بالنسب والعدول عنه وأثاره، على أن تطبيق هذا القانون مقيد بشرطين هما:

1. إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج، فاختص القانون الجزائري وحده ولو غير الزوج جنسيته وهذا تطبيقا للمادتين 12 فقره 01 والمادة 13 من القانون المدني الجزائري. أي أن هذا الشرط سيستفاد منه المساواة بين الأم والأب في موضوع الجنسية وبالتالي فإنه يصبح بإمكان أخذ الولد للجنسية من الطرفين مساواة ما بين القانون الذي يحكم البنوة الشرعية والبنوة والطبيعية. إذا كانت الزوجة جزائرية عند إبرام الزواج وهو حكم مبدأ المادة 13 مكرر، ومنه وجب استبعاد لتنافيه من مقتضيات الشريعة الاسلامية، ذلك لأن البنوة الشرعية تنسب للأب.

2. إذا كانت أحكام القانون المختص مخالفة للنظام العام والآداب العامة في الجزائر تطبيقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري، لا تطبيق للقانون الأجنبي المختص[4]. هذا ما أخذته

1- موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 313 و314.

2- جاء في مضمون المادة 40 من ق. أ. ج أنه: يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه لعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 188.

4- امحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص 466.

التشريعات العربية، من شأن القانون المختص أن الواجب التطبيق على النسب، فالمشرع المصري يخضع لقانون جنسية الزوج (الأب) وقت الزواج وليس وقت ميلاد الطفل، ويبرر هذا الحل أن الإقرار بالنسب هو أثر من أثار الزواج، ذلك أن الغاية من ذلك هي الولد في الحالة ذاتها التي كان سيتواجد فيها أنه ولد أثناء الزواج، ولد لا يصح أن تكون له حقوق مغايره لتلك المقررة للأولاد الشرعيين أو أكثر استطاعا منها[1].

ثانيا: اكتساب الأبناء لجنسية الأم

يعتبر الحق في الجنسية أثر من الآثار العائلية الشخصية للزواج المختلط، ويقصد بالآثار العائلية الشخصية تلك التي تترتب في ظل التبعية العائلية وبمقتضاها يلحق رب الأسرة كل من زوجته وأبنائه القصر في جنسيته الأصلية أو عند تغييره لجنسيته، ويختلف كل تشريع في تنظيم هذه المسألة، فهناك من جعل تبعية واكتساب الجنسية بحكم القانون، وهناك من ربطها بضرورة تقديم طلب التجنس[2]. ولما كانت فكرة التبعية العائلية هي السائدة حول الزواج المختلط، لم يكن ثمة مجال لقيام أي إشكال حول جنسية الأولاد المولودين عن هذا الزواج في الدول الآخذة بحق الدم. إذ أن الأبناء يكتسبون جنسية الوالدين التي كانت حينئذ جنسية واحدة بحكم مبدأ التبعية العائلية. لكن بظهور فكرة استقلال الجنسية في العائلية أصبح من المحتمل اختلاف جنسية الوالدين، ومن ثم صار من الضروري معرفة أي من الجنسيتين هي التي يجب أن تنقل إلى الأولاد المولودين عن هذا الزواج[3]. غير أن مختلف التشريعات انقسمت إلى قسمين أحدهما مؤيد وآخر معارض، فمنهم من لم تجعل لاكتساب المرأة الأجنبية الجنسية بالزواج أي أثر عائلي (جماعي)، في حين هناك التشريعات أخرى نادت بالمساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية إلى أبنائهم عملا بالأثر الجماعي للجنسية المكتسبة.

1- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 822.

2- صلاح الدين جبار، مرجع سابق، ص 154.

3- تمارا يعقوب ناصر الدين، الزواج المختلط: أحكامه وآثاره القانونية في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، مشورات جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2013، ص 79.

1. **انكار دور الأم في نقل الجنسية إلى الأبناء:**

أ. **الجنسية الاصلية:**

تقتضي القاعدة العامة عند أغلبية التشريعات العربية عدم تبعية الأبناء للأم التي اكتسبت الجنسية عن طريق الزواج المختلط. فالأصل هو تبعية الأولاد القصر لتجنس الأب. فالأجنبي الذي يكتسب الجنسية الوطنية لأي سبب، يكتسب أولاده القصر الجنسية الوطنية معه بالتبعية وبقوة القانون من يوم اكتسابه لها ولا مجال للسلطة التقديرية للجهة المختصة بمنح الجنسية.

ومفاد هذا الاتجاه عدم جواز نقل جنسية الأم للأبناء والاعتماد على حق الدم من جهة الأب فقط في نقل الجنسية إلى الأبناء، فمن يولد لأب وطني في الداخل أو الخارج يكتسب جنسية أبيه وفي الأحوال التي يعذر معها اكتساب جنسية الأب بحق الدم لكون الأب عديم الجنسية أو مجهولها، كما يمكن الاعتماد على الإقليم فيكتسب المولود الجنسية بناء على حق الإقليم[1]، فحق الإقليم يعطي المولود الحق في اكتساب جنسية الدولة التي ولد على اقليمها بصرف النظر عن أصله العائلي وهذا الحق يقتضي تأسيس رابطة الجنسية على الصلة التي تربط الفرد بالإقليم الذي يولد فيه، وذلك دون اعتبار لأصله الذي انحدر منه وعائلته التي ينتمي إليها وحتى دون اعتبار لكونه من أبوين وطنيين أم أجنبيين، فالعبرة في هذا الحق بالأرض التي يولد عليها الفرد، فإن ولد بأرض ألمانية مثلا فهو ألماني عملا بحق الإقليم[2]، فالأساس الذي يستند عليه أهل هذه النظرية هو أن الأرض التي ولد بها المولود هي عادة الأرض التي يقيم فيها أبواه، حيث أنه بوجود مثل هذه الصلة المكانية من شأنه أن يربي الشعور بالولاء نحو الدولة والتعلق بها لدى المولود، كما يؤدي إلى اندماجه في مجتمعها وانصهاره فيه وتطبعه بطباعهم[3]، غير أنه من حيث الواقع أن اكتساب الجنسية عملا بمبدأ حق الإقليم يقل أهمية عن اكتسابها بناء على حق الدم إذ روعي فيه أن واقعة الميلاد على إقليم الدولة قد تكون عرضية دون قصد فنجد أن هناك دولا لا تكتفي بان مجرد الميلاد على إقليمها مبررا كافيا تمنح بموجبه جنسيتها لمن يولد على إقليمها وكذلك لا تعتبره قرينة كافية للولاء لها والاندماج في مجتمعها، كما نجدها تستلزم شروطا أخرى تعضد وتدعم هذا

1- عبد الله مريم أحمد، حق الزوجة في إكساب جنسيتها لزوجها وأبنائها: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2008، ص 159.

2- أحمد مسلم، مرجع سابق، ص 106.

3- فؤاد رياض عبد المنعم، مرجع سابق، ص 34 و35.

الميلاد كأن تشترط أن يكون ميلاد الاب أيضا قد وقع على أرضها وهو ما يعرف بشرط الميلاد المضاعف، وللدولة على أية حال مطلق الحرية في تأسيس جنسيتها الأصلية بناء على حق الإقليم ولا يقيد من تلك الحرية سوى ما يقضي به العرف الدولي من عدم جواز فرض جنسية الإقليم على أولاد الأشخاص المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية[1].

وعليه، فإن من يكتسب جنسية أجنبية بحكم ولادته بالخارج يمكن إذا رغب في جنسية دولة الأب أن يتخلى عنها ويختار جنسية والده الوطنية[2].

ب. الجنسية الطارئة:

يقضي هذا الاتجاه بعدم كفاية الانتساب إلى الأم في نقل الجنسية الطارئة إل الأبناء والتي حصلت عليها بالزواج أو التجنس على عكس ما عليه الحال في جانب الأب، خاصة وأن ميلاد هؤلاء الأولاد قد تم في الخارج، وفي هذه الحالة يتعين اللجوء إلى اعتبارات أخرى من شأنها تقوية الانتماء إلى الأم وقدرتها على نقل جنسيتها للأبناء كالإقامة في إقليم الدولة وذلك لكفالة اندماج المولود في جماعة الدولة الوطنية، وللتأكد من انفصال المولود عن مجتمع الدولة التي ولد بإقليمها ويتأكد هذا الأمر بصورة أكبر إذا ما قام المولود بطلب الدخول في جنسية أمه الوطنية ونظرا لكون المولود ولد لأم وطنية فإنه في الغالب يتم التخفيف من الشروط اللازمة لتجنس هؤلاء الأولاد بجنسية الأم الوطنية[3].

ومن أمثلة التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الجنسية الجزائرية، أن الجنسية تكتسب بقوة القانون استنادا على حق الإقليم وحق الدم من جانب الأم الجزائرية في حالة واحدة نصت عليها المادة (09) من قانون الجنسية الجزائرية لسنة 1970 التي ألغيت بموجب الأمر رقم 05-01، وذلك بأن يكون الابن مولود من أب أجنبي مولود خارج

1- عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص 161.

2- عبد الله مريم أحمد، مرجع سابق، ص 159.

3- مصطفى محمد مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة استكمالا لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1999، ص 742 و743.

الإقليم الجزائري[1]، إضافة إلى بعض الشروط الواجب توافرها في القاصر من أجل اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق أم جزائرية الجنسية بالأصل، وهذه الشروط تتمثل المتمثلة في:

- ميلاد الولد أو البنت في الإقليم الجزائري،
- أن يكون المولود من أم جزائرية وأب أجنبي،
- أن يكون للمولود بالإقليم الجزائري إقامة معتادة ومنتظمة عند إعلان الرغبة في اكتساب الجنسية الجزائرية،
- أن يعلن القاصر صراحة عن رغبته في اكتساب الجنسية الجزائرية خلال السنة السابقة لبلوغه سن الرشد أي مدة محددة،
- كما يشترط ألا يعارض وزير العدل حافظ الأختام في منحه الجنسية الجزائرية بموجب قرار.

ومنه، يمكن القول إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة السالف ذكرها، قد مزج بين حق الإقليم وحق الدم بنسبة المولود لأمه الجزائرية بعد توافر شرط الإعلان عن الرغبة في اكتساب الجنسية الجزائرية خلال العامين السابقين لبلوغ السن الرشد، بالإضافة إلى عدم معارضة وزير العدل على اكتساب الجنسية الجزائرية خلال مدة ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

نفس المسار الذي سار عليه المشرع العراقي من خلال قانون الجنسية لسنة 2006، تحديدا في المادة (04) منه حيث نصت على أنه: "للوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط أن يكون مقيما في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية"[2]. ويلاحظ من خلال نص المادة أعلاه، أن المشرع العراقي لا يجعل الانتساب لأم وطنية سببا كافيا لنقل جنسيتها الطارئة لأولادها، بل وجب توافر شروط معينة لتقويته وتدعيمه، كشرطي الإقامة الاعتيادية بالأراضي العراقية واختيار الجنسية من قبل الطفل قبل بلوغه سن الرشد.

1- بن عبيدة عبدالحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 116 و117.

2- قانون الجنسية العراقية، رقم 26، جريدة الوقائع العراقية، العدد 4019، بتاريخ: 07-03-2006.

ومن ثم يمكن القول بأن هذا الاتجاه يأخذ بعدم كفاية الانتساب إلى الأم في نقل جنسيتها إلى الأبناء يكون بذلك مخالفا للفقه الإسلامي، إذ أن الفقه الإسلامي لا يشترط أن يكون التوطن بالنسبة لانتقال الذمة إلى الأبناء وأن تباين الدارين لا يقضي بانقطاع التبعية بين الأبوة والبنوة لأن رابطة البنوة من الروابط الطبيعية القوية فلا تؤثر عليها الأمكنة والحدود، ومن ثن فلا تنقطع تبعية الأبناء للذمي أو الذمية من أبويه بأي حال من الأحوال.

2. **مساواة الأم للأب في نقل الجنسية إلى الأبناء:**

تقتضي القاعدة العامة في الجنسية المبنية على حق الدم، أن تكون جنسية الأب وحده باعتبار الأسرة وصاحب التأثير الواضح في نشأة وتربية الابن؛ وإلى جانب جنسية الأب فإنه يؤكد على سبيل الاستثناء بجنسية الأم التي تمنح لولدها سواء الأصلية أو الطارئة[1]، باعتبار أن ذلك يعتبر حق من حقوق الطفل التي لقيت عناية وحماية من طرف المنظمات الدولية[2].

ومن خلال ما سيأتي سنتطرق للتشريعات الدولية والعربية التي ساوت الأم للأب في نقل جنسيتها الأصلية والطارئة لأبنائها:

أ. **الجنسية الأصلية:**

لقد أقر ميثاق الأمم المتحدة العديد من الحقوق الأساسية للإنسان و من أهمها الاقرار بمبدأ المساواة التامة بين الرجال والنساء، كما أكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان هو الآخر على المساواة التامة بين الأفراد بصفة عامة[3]، وما يمكن القول بأن الأمم المتحدة دأبت على وضع القواعد القانونية الدولية التي من شأنها أن تكفل تلك الحقوق وتضمن احترامها من قبل الدول، بما في ذلك حق المرأة في مواد اكتساب الجنسية وتغييرها أو الاحتفاظ بها مثلما هو حق للرجل تحت طائلة المساواة. كما تم تكريس مبدأ المساواة من خلال مبادئ العرف الدولي والمعاهدات والمواثيق

1- عبد العزيز خميس علي الشامسي، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانون الإماراتي مقارنة مع القانون الأردني والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2008، ص 36.

2- إعلان حقوق الطفل لسنة 1959، واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

3- جاء في مضمون المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 على أنه: لكل فرد حق التمتع بجنسي ما، وأنه لا يجوز تجريده من جنسيته بطريقة تحكمية أو انكار حقه في تغييرها.

الدولية[1] والتي تعد الجزائر طرفا فيها إيمانا منها بوجوب حماية حقوق المرأة بالطرق القانونية والدفاع عن مصالحها وذلك للرفع من مستواها واحترام أدميتها وانسانيتها[2].

ومنه، يتضح مدى حرص هذه الاتفاقيات الدولية والإقليمية على تقرير المساواة التامة بين الرجل والمرأة في نق الجنسية إلى الأبناء، فضلا عن المساواة بينهما في جميع الحقوق والواجبات، ما تقرر حق الطفل في اكتساب جنسية البلد التي ولد أو وجد على إقليمها.

ولا يخفى علينا، أن مختلف تشريعات دول العالم، العربية منها والغربية، اتجهت نحو تبني جنسية الميلاد على النسب (حق الدم) من جهة الأم بالتساوي مع النسب من جهة الأب ورائدها في ذلك القناعة بأن من شأن ذلك تحقيق المساواة بين الجنسين[3]؛ كما يستوي لدى هذه الدول أن تكون واقعة ميلاد الابن قد تمت في إقليم الدولة، أو خارجه؛ و يطمح العديد من الأجانب ممن اختاروا الهجرة إلى بلدان أوروبية أو غيرها من أجل الحصول على جنسية بلد الإقامة، لكن بعض

1- ومن بين أهم هذه الاتفاقيات، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي تتألف من ثلاثين مادة تتعلق كلها بالمساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في جميع الميادين، وأبرز هذه المواد، ما تضمن منها موضوع الجنسية، ويتجسد الأمر من خلال الفقرة الثانية من المادة 9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة نصت على أن: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها." وهذه الاتفاقية ألزمت الدول الأطراف أن تسمح للمرأة بمنحها حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها. انظر: إلهام العلمي، اسناد الجنسية الأصلية للأولاد بناء على رابطة الدم من جهة الأم، مجلة المناهج القانونية، العدد 15-16، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، 2011، ص 61؛ نقلا عن: محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول في الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص. 16. ضف إلى ذلك البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1999، بالإضافة إلى البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية سنة 1989، والميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب سنة 1980 الذي عالج موضوع القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. انظر: عبد الحميد محمود عليوة، دور الأم المصرية والعربية والأجنبية في نقل الجنسية إلى أبنائها، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2006، ص58.

2- مناء مفتاح الصور، حق الأم الليبية في نقل الجنسية الأصلية لأبنائها في ضوء المساواة، مجلة البحوث القانونية، المجلد س 1، العدد 1، كلية القانون، جامعة مصراتة، ليبيا، أكتوبر 2013، ص. 68.

3- هشام صادق، عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص. 101.

دول العالم كبلدان الاتحاد الأوروبي تختلف قوانينها الخاصة بالإقامة ومنح الجنسية، حسب الإجراءات التي وضعها كل بلد[1].

وإذا كان المقصود بحق الدم باعتباره أساسا للجنسية الأصلية هو حق الدم من ناحية الأب، إلا أن الدولة قد تعتد أحيانا بحق الدم من ناحية الأم وغالبا ما يكون ذلك بالنسبة للولد الشرعي، من أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له وبالنسبة للولد الشرعي مثل ما تقضي به المادة (06) من قانون الجنسية الجزائرية[2]، فينصرف تجنس الأم إلى أولادها القصر، لا سيما إذا كانت الأم أرملة وتتكفل بحضانة أولادها.

من خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري جعل النسب للأم الجزائرية أساسا كافيا لأن يمتد أثر تجنس الأم إلى أولادها القصر؛ وأصبح لها دور في نقل جنسيتها الجزائرية لأبنائها بصفة مطلقة، سواء حصل الميلاد في الجزائر أوفي الخارج، وسواء كان الزوج جزائريا أو

1- فبالنسبة للمشرع الإسباني مثلا في الكتاب الأول الخاص بالإسبان والأجانب، ساوى بين الأب والأم في مسألة نقل الجنسية الإسبانية، إذ نصت المادة (17) في فقرتها الأولى من القانوني المدني الإسباني لسنة 2013 على أن "يكون إسباني الجنسية بالميلاد: الأطفال المولودين من أب أو أم إسبانية" كما أن هذا الأخير لم يستثني الطفل المولود في إسبانيا من أبوين أجنبيين أو إذا كان أحدهما قد ولد بإسبانيا، باستثناء أبناء الدبلوماسيين أو الموظفين القنصليين المعتمدين في إسبانيا.

Art 17-1-a): "The following persons are Spaniard by birth: a) Those born to a Spanish father or mother". Spanish Code Civil, the present text is a translation of an original in Castilian that does not have official character in the sense foreseen by the paragraph 1-article 6 royal decree 2555/1977, of August 27, 2013, by which there is approved the regulation of the office of interpretation of languages of State Department and of cooperation, minister of the justice, translated by Dr. Sofia de Ramon-Laca Clausen.

كما أنه لم يستبعد الطفل الذي ولد في إسبانيا من أبوين أجنبيين كليهما يفتقدان للجنسية (عديمي الجنسية)، أو إذا ما كان تشريع دولة أحد الأبوين لا يمنح الطفل الجنسية

Art 17-1:

b) "…Those born in Spain to foreign parents if at least one of them was also born in Spain. The children of diplomatic or consular officials accredited in Spain are excepted.

c) Those born in Spain to foreign parents, if both lack a nationality or if the legislation of the State of either of the parents does not give the child a nationality.

d) Those born in Spain without determinate filiation. For this purpose, minors who's first known place of sojourn is Spanish territory are presumed to be born on Spanish territory". See the Spain Civil Law 2013.

2- جاء في مضمون المادة 06 من قانون الجنسية الجزائرية الصادر بموجب الأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج. ر. ج، عدد 15، ص. 15، المعدل للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 كما يلي: " "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"

أجنبيا أو حتى عديم الجنسية أو مجهول الجنسية، بل حتى لو كان الأب مجهولا، أي أن الولد غير شرعي، ولا يهم أيضا إذا كانت الأم جزائرية أصلا أن أنها اكتسبت للجنسية الجزائرية، لأن العبرة بجنسيتها الجزائرية وقت ميلاد الطفل. وعليه، فإن الجنسية الجزائرية الأصلية تثبت للطفل تلقائيا عملا يحق الدم من جهة الأم، تحت طائلة المساواة مع الأب الجزائري[1].

وبهذا فإن المشرع الجزائري بإقراره هذا الحكم يكون قد التزم بتطبيق تعهدات الجزائر الدولية[2]، بشأن المساواة بين الجنسين في نقل الجنسية إلى الأبناء بعد أن سحبت تحفظها على الفقرة (02) من المادة (09)، تبعاً لتعديل قانون الجنسية في عام 2005 الذي قضى بمنح المرأة الجزائرية الحق في نقل جنسيتها لأبنائها المولودين من أب أجنبي.

ب. الجنسية الطارئة:

يكتفي أنصار هذا الاتجاه بانتساب المولود إلى الأم حتى يتمتع بجنسيتها المكتسبة التي حصلت عليها بالتجنس أو الزواج وذلك عملا بالأثر الجماعي للتجنس ومساواة الأم للأب في مجال نقل الجنسية الطارئة إلى الأبناء[3]. فلو تجنست الأم بجنسية أجنبية فإن ذلك يتعدى إلى أولادها القصر، فيكتسون تلك الجنسية بقوة القانون تماما كما هو الحال في جانب الأب، وذلك تحقيقا لوحدة المركز القانوني للأسرة، والمساواة بين الجنسين. ولعل في التطور الاجتماعي الذي حدث في الفترة الأخيرة الذي ساهمت فيه الحركات النسائية بأنشطتها المختلفة والثورات التحريرية سببا كافيا للوصول إلى هذه التسوية. والعمل على تحقيقها على الصعيدين الدولي والداخلي[4].

1- انظر في هذا الشأن: الملاحظات التي قدمها الطيب زروتي فيما يتعلق بإقرار المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 215-218.

2- القانون رقم 52/96 المؤرخ في 2 رمضان 1416، الموافق لـ 22 يناير 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ج. ر، العدد 6، لسنة 1996.

3- مصطفى محمد مصطفى الباز، مرجع سابق، ص 741 -743.

4- عبد الله مريم أحمد، مرجع سابق، ص 161.

المبحث الثاني: الآثار المالية للزواج المختلط

يقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية المنظمة للروابط المالية بين الزوجين، من حيث تملك أو حيازة أو إدارة الأموال، الثابتة والمنقولة، العائدة لكل من الزوجين أو لهما معا.

وغني عن البيان أن القوانين الوضعية الصادرة في معظم البلدان العربية، لا تتضمن نصوصا خاصة بالأنظمة المالية بين الأزواج، على أساس أن الذمة المالية لكل من الزوجين، في ظل أحكام الشريعة الإسلامية، تنفصل عن ذمة الزوج الآخر.

لكن هناك من التشريعات ما يخول للزوجين قسطا من الحرية في تنظيم ملكية أموالهما والتصرف فيها وإدارتها عن طريق إبرام ما يسمى بالمشارطة المالية للزواج، وتتضمن تشريعات أخرى نظاما قانونيا يسري على العلاقات المالية بين الزوجين في حالة عدم اتفاقهما على تنظيم خاص، ومن ثم يمكن القول إن النظام المالي إما أن يكون قانونيا، أو يتخذ شكل نظام تعاقدي.[1]

وعليه، فإننا من خلال هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، سنتعرض إلى القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة بين الزوجين في المطلب الأول، والقانون الواجب التطبيق على ملكية أموال الزوجين في المطلب الثاني.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال المكتسبة بين الزوجين

يعد الزواج الرابطة الأساسية في تكوين الاسرة وتشكيل المجتمع وقد اهتمت التشريعات بتنظيمها في مختلف جوانبها متأثرة في ذلك بالتعاليم الدينية والقيم الأخلاقية ويعتبر النظام المالي للزوجين أحد أهم هذه الجوانب، ولهذا الأخير عدة أشكال منها نظام انفصال الأموال بين الزوجين الذي أخذت به معظم التشريعات العربية، وكذا نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بينهما، الذي أخذت به التشريعات الغربية.

1- خالد بن عروس، الزواج المختلط: الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، المملكة المغربية، 2007/2006، ص 25 و26.

فإعطاء الوصف القانوني الصحيح لكل نظام بصفة تتلاءم مع طبيعته يستدعي منا التطرق لهذه المكتسبات بتبيان مضمونها والتي اكتسبت بمقتضى الزواج وتلك التي اكتسبت بطرق أخرى كالميراث والتبرعات، مع تبيان كيفية إدارتها باعتبار أن الأصل هو استقلال الذمم لكل من الزوجين وكذا كيفية تسييرها. وكل ذلك سوف نتطرق إليه من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: المكتسبات المالية بمقتضى الزواج

لما للزواج من أهمية في بناء المجتمع فإنه يعتبر الرابطة الأساسية لتكوين أسرة، لهذا اهتمت التشريعات بتنظيم مختلف جوانبه، أخذا بالمرجعية الشرعية، ومن بين هذه الجوانب، استقلال الذمة المالية للزوجين، حيث أنه لكل واحد منهما ذمته المالية الخاصة سواء اكتسبها بمقتضى الزواج أو بطرق أخرى أو حتى تلك التي قد اكتسبها قبل الزواج. والشريعة الإسلامية إلى جانب القانون، قد منحا حقوقا مالية للزوجة تتمثل في كل من الصداق والنفقة، وتكون لها بمجرد إبرام عقد الزواج، غير أنه أحيانا تكون لها حقوق أخرى قبل الزواج أي بمناسبة الخطبة تتمثل في الهدايا.

أولا: الهدايا في الزواج المختلط

قد يقوم الزوج بتقديم بعض الهدايا لزوجته في المناسبات، كعربون محبة وصدق مشاعر ووفاء لها في فترة الخطوبة أو خلال قيام الرابطة الزوجية[1].

والهدايا أثناء الخطبة، التي يقدمها الخاطب، وقد يدفع الخاطب شيئا من المهر استعجالا لإعداد الجهاز بناء على ما ترجح عنده من قرب إتمام العقد وهو أمر متعارف بين الناس. حيث جرت عادة الناس أن يقدم الخاطب لخطيبته بعض الهدايا في فترة الخطوبة، إعراباً منه عن رغبته فيها واهتمامه بشؤونها، وربما أهدت الخطيبة لخاطبها بعض الهدايا أيضاً في مناسبة معينة، إعراباً منها عن اهتمامها به، ومشاركته المشاعر في تلك المناسبة. وبالتالي تعتبر هذه الهدايا من مصادر أموال الزوجة إذا تم الزواج، أو إذا تنازل عنها الخطيب، أما إذا تم العدول عن الزواج، فقد نص المشرع الجزائري في الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على ما

1- جوادي شمس الدين، استقلالية الذمة للزوجين في التشريع الجزائري بين تكريس قانون الأسرة وحماية قانون العقوبات، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد الثاني، جامعة تمنغاست، الجزائر، أفريل 2021، ص 523.

يلي: "لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة كل ما أهدته له ما لم يستهلك أو قيمته.[1]

في حين إذا كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته"، ولد أكد القضاء الجزائري ذلك في حالة ما إذا كان العدول من الخاطب، حيث أنه من المستقر عليه شرعا وقانونا، لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه أما إذا كان العدول من المخطوبة فالمقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أم ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها[2].

أما الهدايا التي يتم تقديمها خلال الحياة الزوجية في الحالات العادية يكون من حق الزوجين أن يهدي أو يهب لزوجه ما يشاء من ممتلكاته وبأي صيغة كانت حسب نص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك من إحسانا من الزوج لزوجته.

والأمر بالإحسان شمل الكفار غير المعادين وليس فقط المسلمين، وذلك من خلال قوله تعالى: ﴿**لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ٨**﴾[3]. ومن خلال تفسير هذه الآية يفهم أن الإهداء للكفار والتعارف والتواصل من الاحسان المطلوب، سواء أكانت هذه العلاقة في ديار المسلمين أم في ديار غير المسلمين[4].

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 42-44.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار ملف رقم 29714، بتاريخ 1993/07/13، م. ق، العدد الأول، 1992، ص 128. نقلا عن: جوادي شمس الدين، مرجع سابق، ص 524.

3- سورة الممتحنة، الآية: 08.

4- محمد بن جرير بن زيد بن خالد أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، بيروت، لبنان، 1985، الجزء الثامن عشر، ص 59.

وفي خصوص هذه المسألة ذهب أكثر علماء الأمة إلى جواز قبول هدية الكافر والإهداء إليه، وذلك من باب تأليف قلبه للإسلام[1]، إذا كان الهدف من التهادي التأليف وإعطاء صورة حسنة لقلوب هؤلاء الكفار عن الدين الإسلامي[2].

ثانيا: الصداق في الزواج المختلط

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري برأي الأحناف باعتبار أن الصداق نحلة وهدية من الزوج لزوجته وذلك باستنادا لنص المادة 14 من ق.أ، كما اعتبر الصداق أثر من آثار الزواج، حيث أخذ برأي الجمهور من خلال المواد 9، 15 و33 من قانون الأسرة الجزائرية[3].

ثالثا: النفقة في الزواج المختلط

يعتبر الزوج مسؤول عن توفير هذه الحاجيات لزوجته وأولاده، فيما يعرف بالنفقة[4] الزوجية، ونفقة الأولاد، والنفقة التي تجب للإنسان على غيره[5]، ويرجع سبب استحقاق الزوجة للنفقة على زوجها، هو جزاء احتباسها لحقه ومنفعته، لأن عقد الزواج متى وقع صحيحا صارت الزوجة حلال للزوج، صيانة لنسب أولاده عن الاختلاط، وأن يقوم بالمقصود من الحياة الزوجية من

1- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار، ت: رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، المجلد الأول، لبنان، 2004، ص 107.

2- سعيد وجيه سعيد منصور، أحكام الهدية في الفقه الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص 75.

3- سبق تفصيله في الباب الثاني الفصل الأول من بحثنا هذا.

4- النفقة لغة: الإخراج وهي مشتقة من التفوق، ونفقوا الشيء أي فني. انظر: قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ت: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، الطبعة الأولى، دار الوفاء للنشر والتوزيع، 1986، ص 163.

5- عبد الجليل عبد الله، علاقة نظرية تنازع القوانين باعتبار المآلات وتطبيقاتها على قانون الأسرة الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية. تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2017، ص 326.

تربية الأولاد ورعاية شؤون البيت[1]. ومن هذا المنطلق، يفرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه على الزوجة بالدخول أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و90 من هذا القانون[2].

إضافة على ذلك، النفقة واجبة على الزوج سواء أكانت الزوجة الأجنبية مسلمة أصلا أم كان الاختلاف أصلي_ كأن كان الزوج مسلما، والزوجة كتابية؛ أم كان طارئا، كأن أسلم أحد الزوجين الكافرين، أو ارتد أحد الزوجين المسلمين[3]، وهذا باتفاق الفقهاء على وجوب نفقة الزوج المسلم على زوجته مسلمة كانت أم كافرة، سواء كانت في قيد النكاح أو كانت في العدة مادام العقد صحيحا[4] ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تفصل بين من هي مسلمة وكتابية في وجوب نفقة الزوج على زوجته، لقوله تعالى:﴿۞...**وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ...٢٣٣**﴾[5]، وقوله عز وجل: ﴿**أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ ...٦**﴾[6] بمعنى أنفقوا عليهن من وجدكم[7]؛ وقوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان حين شكت إليه شح زوجها؛ "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بيتك"[8]. ومنه للزوجة الحق في النفقة، فإذا كان للرجل نسوة وكانت إحداهن كتابية، فرض عليه لكل واحدة منهن ما يكفيها ولا تزداد المسلمة الذمية شيئا، لأن النفقة مشروعة للكفاية وهذا لا يختلف باختلاف الدين[9].

1- زهير بن حشاني، النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن المهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2011/2010، ص 34.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 55116، الصادر بتاريخ 1989/10/02، م.ق، عدد 1، 1991، ص 34.

3- حمودين بكير بن داود، اختلاف الدين وأثره في قضايا الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2007، ص 230.

4- خير سامية محمد علي محمد، مرجع سابق، ص 231.

5- سورة البقرة، الآية: 233.

6- سورة الطلاق، الآية: 6.

7- الكاساني، بدائع الصنائع، 15/4.

8- محمد بن محمد الحسين الزبيدي مرتضى، إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين، الكتاب الثالث، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ت.ن)، ص 331.

9- السرخسي، المبسوط، 190/5.

وعليه، فإن الشريعة الاسلامية بخصوص وجوب النفقة لم تخص المسلمة دون غيرها، لذلك يعمل بعمومها ولا يمنع الكفر الزوجة من نفقتها على زوجها[1]. هذا ما يستشف من نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها..." حيث جاءت على صيغة العموم، ولم يتحدث عن الزوجة إذا كانت مسلمة فقط دون ما سواها.

والنفقة لدى بعض الشراح تعتبر من الأثار المالية لعقد الزواج، حيث أن نظام انفصال الأموال السائد بين الزوجين والذي استمدته التشريعات العربية من الشريعة الإسلامية، يتكون من ثلاث عناصر رئيسية وهي الأموال الخاصة بكل من الزوجين، والإنفاق الزوجين، و الديون المستحقة على كل من الزوجين[2]، غير أن الرأي الراجح في الفقه يعتبر النفقة من الأثار الشخصية لعقد الزواج، فنجد أن مسألة نفقة الزوجة عادة ما تبحث ضمن أثار الزواج الشخصية في مؤلفات القانون الدولي الخاص.

والجدير بالذكر، أن هناك فرق كبير بين ما يعد أثار مالية، في التشريعات الأوربية (خاصة فيما يتعلق بالنظام المالي بين الزوجين) عن ما يعد أثار مالية في التشريعات العربية، فالنفقة وإن كانت تساهم في الحياة الزوجية المشتركة إلا أنها لا تتم من قبل الزوجين، وإنما هي واجب على الزوج وحق للزوجة، وهذا الاختلاف يخرج هذه المسألة من أن تكون نظاما ماليا بين الزوجين، إذ أن الاختلاف بين الدول التي أخذت بالنظام المالي، من حيث الاشتراك في الأموال بين الزوجين أو الانفصال، لا يخرج النظام أنه مشترك بين الزوجين، أي مساهمة كل منهما، أما بالنسبة للنفقة فإنها ليست نظاما وإنما واجب وحق من شخص إلى آخر[3]. ومنه فإن مسألة تكون النفقة من الأثار الشخصية أم من الأثار المالية مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي. أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الرغم من أهمية مسألة النفقة، إلا أن التشريعات العربية لم تحدد لها قاعدة إسناد صريحة. ويرى جانب من الفقه أن النفقة هي أثر من أثار الزواج، ومن ثم فإنها تخضع للقانون الواجب التطبيق على أثار الزواج عملا بأحكام المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار

1- خير سامية محمد علي محمد، مرجع سابق، ص 231.

2- رعد مقداد محمود الحمداني، مرجع سابق، ص 11 و12.

3- خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 40، العراق، 2009، ص 78.

الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج". ويعنى بذلك أيضا أن النفقة واجبة على الزوج الجزائري ولو كانت زوجته أجنبية مسلمة أصلا أو كان الاختلاف أصليا الكتابية، متى كانت الزوجية قائمة بينهما وصحيحة أو حصلت الفرقة بطلاق[1].

وعليه، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج، وقت إبرام عقد الزواج على النفقة، طبقا لما هو سائد في التشريعات العربية والمقارنة[2] أول قانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائري عند إبرام العقد[3]، استنادا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، أما في ما يتعلق بالنفقة الوقتية، خلال فترة التقاضي فإنها تخضع لقانون القاضي[4]، بوصفة أنسب القوانين للفصل في هذه المسألة، ولا يحول دون أن يكون القانون الواجب التطبيق على منازعة النفقة قانون آخر[5].

الفرع الثاني: مكتسبات الزوجين بطرق أخرى

في خضاب استقلال الذمم بين الزوجين نجد أن الشرعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة منحا للزوجين حرية التصرف في أموالهما، حيث نجد أن الزوجة تكون غير ملزمة في المساهمة بما لها في تكاليف الحياة الزوجية على أساس أن النفقة واجبة على الزوج غير أنه قد يحصل أن يكتسب أحد الزوجين أموالا في ظل الحياة الزوجية أو قبل ذلك سواء كانت أموالا عقارية أو منقولة والتي تؤول إليهما بطريق غير عقد الزواج، وتكون إما ثمرة عملها كما هو معروف في الأسرة الحديثة داخل المجتمعات العربية بما فيها المجتمع الجزائري، أو عن طريق الإرث والتبرعات، وإما تكون الأموال متعلقة بالزواج أن يتم الحصول عليها بموجب عقد الزواج، فنجد أن هذه الأموال تبقى ملكيتها مستقلة عن ملكية زوجها بعد الزواج كما كانت عليه من قبل.

1- حمودين بكير بن داود، مرجع سابق، ص 232.

2- راجع: المادة 15 من القانون المدني المصري، المادة 4/21 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم 12 لسنة 1971، المادة 45 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 32.

4- رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 338.

5- راجع: المادة 45 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، والمادة 22 من القانون المدني المصري.

وعليه، فإنه من خلال ما سيأتي سيتم عرض العناصر التي تضاف للذمة المالية للزوجين بطرق غير عقد الزواج.

أولا: الأموال المكتسبة عن طريق الميراث.

تعد الشريعة الإسلامية واحدة من الشرائع الكثيرة التي عنيت بنظام الميراث، وجعلت له منزلة خاصة بين أنظمة الشريعة الأخرى التي نظمت حياة المسلم سياسيا واقتصاديا وسلوكيا، وليس ذلك بالأمر المستغرب، لأن المقصد الأعلى للشريعة إنما هو جلب المصالح ودرء المفاسد، وهذا بحد ذاته يفسر لنا حرص الإسلام على وضع نظام للمواريث في غاية الدقة والتفصيل والعدالة التي تحقق ذات الإنسان، ولا تحرمه من عواطفه وميوله وغرائزه ومشاعره بصورة لم يسبق لها مثيل في النظم التشريعية التي سبقت الإسلام، وكذلك النظم التي جاءت بعد ظهور الإسلام بما فيها النظم المعاصرة[1]. والميراث اسم لما يستحقه الوارث من موته كسبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالا، أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية[2].

وقد أجمع الفقهاء على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم من بعض[3]، بدليل قوله تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ** ...١١﴾[4]، في حين ذهب الفقهاء، إلى أنه لا يجوز التوارث بين المسلم والكافر، فلا يجوز توريث المسلم من الذمي أو المستأمن، ما لا يجوز توريث الذمي أو المستأمن من المسلم، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم[5]، ولا فرق بين كون غير المسلم أصليا أو مرتدا، فالمسلم لا يرث الكافر الأصلي، وإنما يرثه أقربائه من أهل دينه فقط، ولا يعطى المسلم من الميراث شيئا فإن مات الكافر عن غير

1- فؤاد عبد اللطيف السرطاوي، الوجيز في الوصايا والمواريث، الطبعة الأولى، دار البيارق، عمان، الأردن، 2000، ص 79.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 10.

3- أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1999، الجزء الثاني، ص 265.

4- سورة النساء، الآية: 11.

5- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب الفرائض، رقم الحديث 6764، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، وإذا أسلم قبل أن يقسم الميراث فلا ميراث له، ص 1675.

وارث أو عن وارث سلم فقط فإن ماله يكون فيئا[1] يوضع في بيت مال المسلمين[2]. ذلك لأن التوارث مبني على الموالاة والمناصرة ولا موالاة بين المسلم والكافر بحال[3]. في حين ذهب بعض من الحنفية إلى أن المسلم يرث الكافر الأصلي، فإن مات الكافر عن قريب من دينه وآخر مسلم قسمت تركته بينهما حسب أحكام الشريعة الاسلامية وكذا إن مات الكافر الأصلي عن غير قريب من دينه وله قريب مسلم فقط ورث المسلم كل التركة[4].

ونلاحظ بأن المشرع الجزائري ذكر الردة كمانع للميراث في المادة 138 من قانون الاسرة، ولكنه أغفل عن الإشارة إلى اختلاف الدين كمانع من موانع الميراث في المواد من 135 إلى 138 من قانون الأسرة، وسكوت المشرع من خلال القانون لا يعني أنه قد أسقطه من موانع الإرث، لأنه عملا بالقاعدة التي قررها القانون في المادة 222 من قانون الأسرة: كل ما لم يرد به نص يرجع فيه إلى الشريعة الاسلامية؛ والشريعة الإسلامية في هذا الخصوص، تنص على أنه لا يرث الكافر المسلم والعكس[5]، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا، في قرارها المشهور المؤرخ في 1995/07/25 ملف رقم 123051[6]. وفي قرار آخر المؤرخ في 2001/06/20، قضت المحكمة العليا، بأنه يجب الميراث لمن كان مسلما، يوم موت المورث، وأمل من أسلم بعد موته، فلا حق له في الميراث شرعا حسب قول الإمام مالك، ومن ثم فإن القضاء بمنح صفة الوراثة

1- الفيء أصله من الرجوع، وهو مال حصل من كفار بلا قتال وإيجاف خيل وركاب كجزية وعشر تجارة وما جلوا عنه خوفا ومال مرتد قتل أو مات وذمي مات بلا وارث. انظر: يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي أبو زكريا محيي الدين، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الأولى، دار المنهاج، بيروت، لبنان، 2005، الجزء الأول، ص 93.

2- النعمان منذر الشاوي، توارث مختلفي الدين في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2006، ص 24 و25.

3- موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني المحتاج، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، الرياض، 1986، الجزء الثالث، ص 24.

4- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ت: محمد عبد الغفار سليمان البنداري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، الجزء الثامن، ص 337 و338.

5- العربي بلحاج، أحكام الميراث في التشريع الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري الجديد (وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 123.

6- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/07/25، ملف رقم 123051، م.ق، 1996، العدد 1، ص 113. نقلا عن عن جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 827-829.

للزوجة الأجنبية، التي لم تعتنق الإسلام في حياة زوجها إلا بعد وفاته، هو مخالف للشرع والقانون[1].

والمقصود هنا، هو اختلاف الملة وليس اختلاف الجنسية، لأن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث، ولكنها تأمر بالتمسك بالدين الإسلامي، فإن القضاء بما يتفق مع أحكام هذا المبدأ، يعد مؤسسا على قواعد الشريعة الإسلامية، كما أن الفتوى الشرعية المشهورة، الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، نصت على أنه لا يجوز التوارث مع اختلاف الدين، بالإضافة إلى أن الأحكام القضائية الأجنبية، المتعلقة قضايا الأحوال الشخصية والمواريث لا تعطى لها الصيغة التنفيذية من طرف القاضي المختص، إلا بعد التأكد من عدم المساس بالسيادة الوطنية، والشريعة الإسلامية، والآداب العامة، وعدم تعارضها مع النظام العام الوطني[2].

ولما كان الميراث من المسائل التي تقع بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية محلا للخلاف الفقهي فيما يتعلق بطبيعته، وتعدد في الاتجاهات التشريعية ومنشأ للاختلاف هو تحديد القانون الذي يخضع له[3]. حيث يرى اتجاه أن مسألة المواريث يغلب فيها الطبيعة المالية والعينية على الطبيعة الشخصية، فيلحقها بمسائل الأحوال الشخصية، ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها أن مركز الثقل هذه العلاقات هو انتقال الأموال من ذمة السلف إلى الخلف وبذلك فإن للجانب المالي فيها الدور الرئيسي بينما الجانب الشخصية فله دور ثانوي ومحدود. في حين يرى اتجاه آخر إلى تغليب الطبيعة الشخصية لهذه المسألة على الطبيعة المالية فتلحق بالأحوال الشخصية، ذلك أن مركز الثقل في هذه المسألة يتمثل في الأشخاص، وما انتقال الأموال إلا نتيجة ترتب عليها، كما أنها تعبر عن استمرار للعلاقة الشخصية التي تربط الخلف بالسلف[4].

ومنه، فالميراث يشتمل على طبيعتين الأولى شخصية تشمل كل من شروط استحقاق الميراث وموت المورث حكما أو حقيقة، وحياة الوارث حقيقة أو حكما، وأهلية الوارث وتحديد أنصبة

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/06/20، ملف رقم 244899، م.ق، 2003، عدد 1، ص 345. نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1205-1207.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 123 و124.

3- فليغة نور الدين، مرجع سابق، ص 172.

4- انظر: أحمد سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1905، ص 932.

الورثة في أموال التركة وموانع الميراث ومراتب استحقاقه، أما الثانية فتتمثل في الطبيعة المالية والتي تتعلق بأموال التركة وتشمل طبيعة الأموال وآلية انتقال ملكيتها من ذمة السلف إلى الخلف ووقت انتقال الملكية والشكل المطلوب للوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في دولة الأموال[1]. بيد أن بعض الفقه يرى أن المواريث ذات طبيعة خاصة ومستقلة عن الأحوال العينية والشخصية، ومن ثم يجب وضعها في طائفة مستقلة عن الأحوال العينية والشخصية[2]. أما في إطار تعيين القانون الواجب التطبيق على المواريث الدولية ظهرت عدة توجهات فقهية، أبرزها ثلاثة اتجاهات أساسية:

الاتجاه الأول: كان يتبناه نيبوييه NEBOYET، يقضي بتطبيق القانون الشخصي للمتوفى على ميراثه كوحدة لا تتجزأ ويتم تحديد القانون الشخصي بالاستناد على ضابط الجنسية عوض ضابط موقع المال[3]؛ وفي هذا الإطار نجد العديد من التشريعات من تبنت هذا التوجه التشريع المصري من خلال المادة 17 من القانون المدني المصري[4].

الاتجاه الثاني: تبناه ديمارتينز DE MARTENS الذي أخذ بتطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها المال الذي خلفه المتوفى أي قانون الموقع وكذا قانون الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيته استنادا كذلك على ضابط الجنسية وذلك من خلال التمييز إلى أقامه ما بين الأموال المنقولة والأموال غير المنقولة؛ بحيث يجب تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المورق بجنسيته على النوع الأول بينما النوع الثاني فهو يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها ذلك المال[5]، ومن بين

1- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 276 و277.

2- يحي أحمد زكريا الشامي، مرجع سابق، ص 417.

3- سلمى الأزرق، الميراث في القانون الدولي الخاص المغربي: أية إشكالات يطرحها الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب؟، العدد 31، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، كلية الحقوق، السويسي، يونيو- شتنبر 2020، ص 57.

4- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 هـ الموافق لـ 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر (أ) الصادر في 1948/07/29.

5- سلمى الأزرق، مرجع سابق، ص 57.

التشريعات التي أخذت بهذا التوجه التشريع العراقي[1] حينما ميز بين المسائل الخاصة كشروط الاستحقاق وموانع الإرث وتحديد الأنصبة التي أخضعها لقانون جنسية المتوفى.

وما يعاب على هذا التوجه هو أنه يفتح المجال أمام تطبيق أكثر من قانون واحد وما لا يتماشى مع وظيفة المنهج التنازعي التي تسعى إلى الوصول إلى تطبيق قانون واحد دون غيره من القوانين. غير أن هناك من التشريعات التي تفرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، حيث تخضع الميراث في العقار لقانون غير القانون الذي خضع له الميراث في المنقول. حيث يطبق على العقار قانون موقع العقار، فلو توفى شخص فرنسي في فرنسا، وكانت أموال عقارية ببريطانيا، فإن ميراث العقار يخضع لقاعدة موقع العقار، وبالتالي يطبق القانون البريطاني باعتباره قانون موقع وجود العقار[2]؛ أما ميراث المنقول فاختلفت في شأنه بعض الدول تطبق على المنقول قانون جنسية المتوفى، كقانوني النمسا ورومانيا[3]، مثال ذلك لو أن شخص نمساوي الجنسية انتقل إلى فرنسا وعاش بها، ولسبب من الأسباب فقدت منه الجنسية النمساوية حصل بعدها على الجنسية الفرنسية وتوفي هذا الشخص بهولندا مخلفا وراءه عقارات ومنقولات بهولندا وعقارات بفرنسا، فعند عرض النزاع على القاضي المختص فإنه سيطبق على ميراث المنقولات قانون جنسية المتوفى أي سيطبق على المنقول الموروث الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفى، أما ميراث العقار فإن القاضي المختص سيطبق على العقار قانون موقع العقار، فالعقارات المتواجدة بهولندا يطبق عليها القانون الهولندي باعتباره قانون الموقع، والعقارات المتواجدة بفرنسا يطبق عليها القاضي المختص القانون الفرنسي باعتباره قانون موقع العقار[4]. في حين اتجهت تشريعات دول أخرى، إلى إخضاع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى[5]، فمثلا شخص فرنسي الجنسية عاش ببريطانيا وتوفى بها تاركا وراءه أموال منقولة وعقارية ببريطانيا فالقضاء المختص هنا يطبق

1- راجع المادتين 22 و24 من القانون المدني العراقي رقم 40 المؤرخ في 1951/08/09 مجموعة القوانين والأنظمة العدد 3015، ص 243.

2- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 268.

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 184.

4- بن عومر محمد الصالح، الميراث في القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسات قانونية، العدد 11، ص 95 و96.

5- Jean Derruppé, Droit international privé, Dalloz, 13 Editions, Sirey, Paris, 1999, P.113.

القانون البريطاني على كل من العقار باعتباره قانون موقع العقار والمنقول فيطبق عليه القانون البريطاني أيضا باعتباره آخر موطن للمتوفى، ويرجع سبب هذا التفرقة بين الميراث في المنقول والعقار، إلى الفكرة القديمة التي سادت أيام العصر الإقطاعي، وهي أن العقار ذو قيمة، فهو الذي يمثل الثروة وحده، أما الأموال المنقولة فهي ضئيلة القيمة، وبذلك فإنها تتبع الشخص حيث وجد[1].

وقد أخذت بهذا الرأي كل من فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، ولكن هذا الاتجاه منتقد، إذ يترتب عليه أوضاع شاذة ويؤدي إلى تقسيم التركة الواحدة بين عدة قوانين، مع أنها تمثل ذمة مالية واحدة، بينما أسندت بعض الدول الميراث في المنقول إلى قانون جنسية المتوفى، في حين أن بعض الدول الغربية لم تميز بين العقار والمنقول معتبرة الميراث نتيجة لواقعة قانونية ألا وهي الوفاة وأسندته لقانون موطن المتوفى[2].

الاتجاه الثالث: تبناه الفقه الأنجلو سكسوني حيث يبني فكرته على أساس أن التركات تشكل قواعد عينية لا قواعد شخصية وبالتالي هي التي تخضع في مجملها للقانون المحلي أخذا بضابط موقع المال، وأخذت بهذا الاتجاه التشريع اليمني بنص المادة 27 من القانون المدني اليمني[3]. حيث اتجهت بعض الدول إلى تطبيق قانونين على الميراث، حيث تفرق هذه الدول بين الميراث في المنقول والميراث في العقار، في حين اتجهت بعض الدول الأخرى إلى تبني تطبيق قانون واحد على الميراث، دون التفريق بين ما هو منقول وعقار[4].

1. تطبيق قانونين مختلفين على الميراث:

اتجهت بعض الدول إلى التفرقة بين الميراث في المنقول والعقار، والمشرع الفرنسي يعد من التشريعات التي سارت على هذا النهج قبل صدور لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/650 بتاريخ 2012/07/04 المتعلقة بالمواريث[5]، والسبب راجع إلى أن المشرع الفرنسي التركة ذات صفة مزدوجة، كما فيها من مساس بالروابط الأسرية من ناحية، ومنه تدخل ضمن طائفة الأحوال

1- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 570.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 197.

3- سلمى الأزرق، مرجع سابق، ص 58.

4- بن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص 95.

5- لعطر فتيحة، مرجع سابق، ص 35.

الشخصية، ومن ناحية تتعلق بالمال. لذا تصنف أيضا ضمن طائفة الأموال والتصرفات القانونية التي تقع عليها[1].

ومن ناحية أخرى، نجد أن الفقه الفرنسي القديم تأثر بالمدرسة الإيطالية القديمة التي قضت بإخضاع الميراث لقانون موقع المال **la lex rei si** أما المنقول فقد أخضعه لقانون موطن المتوفى **la lex ultimi domicili** [2].

أ. خضوع التركة المتعلقة بالعقارات لقانون موقع المال:

اختار المشرع الفرنسي منذ العصور الوسطى قانون النظام العيني وهذا ما يجب تفسيره في الارتباط به[3]. حيث قضت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي[4] بإسناد العقارات التي يمتلكها الأجانب والمتواجدة على الإقليم الفرنسي فإنه يحكمها القانون الفرنسي، غير أنه لم يكن هناك ميل لتطبيق هذه القاعدة على المسائل الإرثية[5] ولما للغموض الذي يعتري هذا النص جاء قرار ستيوارت STEWART الصادر سنة 1837[6] ليؤكد على اختصاص قانون مكان تواجد تواجد العقار لحكم الميراث[7]؛ وهذا القاعدة تعرضت لعدة انتقادات كونها تتسبب في قطع وحدة الذمة المالية، باعتبار أن هذه القاعدة تخضع التركة لعدة قوانين في ما إذا كانت تنقسم إلى أموال

1- Pierre Mayer, Vincent Heuzé, D.i.p, Op. cit, N° 778, P.408.

انظر أيضا: محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 155.

2- Instate succession to movables is governed by the law of country of the deceased's last domicile (the Lex Ultimi Domicilii). In state succession to immovable is governed by the law of country where the immovable property is situated (The Lex Situs). These rules apply to complete and to partial instate succession.See: Paul volken, Andrea Bonomi, Petar Sarcevic, year book of private international law, Vol VII, Swiss, institute of comparative law, stampfli publishers LTd, Berne, Lausanne, Switzerland, 2005, P. 186.

انظر أيضا: لعطر فتيحة، مرجع سابق، ص 38.

3- يحي أحمد زكريا الشامي، مرجع سابق، ص 416.

4- Voir : l'art 3/2 du code civil français.

5- لعطر فتيحة، مرجع سابق، ص 39.

6 -Cass. Civ. 14 mars 1837, Arrêt STEWART, GADIP, grands arrêts, N°3. Cité par : Jean Louis Van boxstael, Éric Fon-Gard, successions internationales, droit de prélèvement et exceptions d'ordre public, à propos des arrêts Kazan et colombier de la cour d'appel de paris, revue de planification patrimoniale belge et international, Paris, Vol 2, 2016, P. 199.

7- Sandrine Clavel, Droit international privé, 2 eme éd, Dalloz, Hyper cours, paris, 2010, P. 408.

منقولة وعقارية، وتقع في أقاليم مختلفة[1]، إضافة على ذلك فإن القواعد الموضوعية للإرث تختلف من دولة إلى أخرى، ينجم عنها العديد ممن الصعوبات، فقد يعتبر الشخص وارثا في قانون دولة ما في حين لا يعتبره كذلك في قانون دولة أخرى[2].

غير أنه رغم الانتقادات الموجهة لهذه القاعدة إلا أن جانبا من الفقه الفرنسي الحديث رأى ضرورة بقاء هذه القاعدة، وأنه لا مفر من تأسيسها على اعتبارات ترجع إلى طبيعة العقار الخاصة وأهميته في الدولة الكائن بها أو المتواجد بها، ضف على ذلك أن إخضاع الميراث المتعلق بالعقار لقانون موقعه من شأنه أن يكفل وحدة القانون المطبق على ملكية العقار.

والاعتبارات التي يقوم عليها هذا الأخير بالنسبة إليهم يعتبر أولى بالاعتبار في هذه الحالة من الرغبة في توحيد القانون الواجب التطبيق على التركة[3] هذا ما تسعى وتأمل إليه النظم القانونية القانونية الحديثة في إخضاع التركة لقانون واحد دون تمييز بين ما هو عقار وما هو منقول[4].

ب. خضوع التركة المتعلقة بالمنقولات لقانون موطن المتوفى:

تعد قاعدة خضوع التركة المتعلقة بالأموال المنقولة إلى قانون الدولة التي كان للمتوفى آخر موطن له فيها[5] وقد كان أساس هذه القاعدة يعتبر به شيء من الغموض مما جعل صعوبة كبيرة لتكريسها على مستوى القضاء الفرنسي أنذاك، ففي القانون القديم كان هناك خلاف بين المؤلفين حول مسألة تكييفها، فبعضهم يرى بأنها من الأحوال الشخصية بينما يرى أغلبيتهم بالأخذ بمفهوم الأحوال العينية الذي كان يتصف بافتراض التمركز الوحيد للمنقولات في موطن المتوفى، وفيما بين هذين المفهومين كان مترجمو ومفسرو القانون المدني الفرنسي مترددون، غير أن تصنيف ميراث المنقولات ضمن مسائل الأحوال الشخصية بعنونته ووصفه من العلاقات العائلية هو ما دفع لتبني

1- موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 316.

2- شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010، ص 32.

3- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الخاص اليمني والمصري: دراسة دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1999، ص 553 و554.

4- موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 316.

5- لعطر فتيحة، مرجع سابق، ص 40.

قاعدة قانون موطن المتوفى وإسناد المسألة إلى هذا الأخير[1]. وظلت هذه القاعدة سائدة مع ذلك الغموض إلى غاية إلغاء المادة 13 من القانون المدني الفرنسي بواسطة القانون الصادر بتاريخ 10 أوت 1927 وفي غضون هذه المدة، حدث تراجع، وتغير هذا الاتجاه ونشأ عن ذلك الرأي السائد الذي يعترف بنقاط الضعف في الفقه الشخصي ومساوئ الإسناد إلى القانون الوطني، وكان المتوفين أكثر عن أكثر يزيد ميولهم للأخذ بنظرية الموطن الفعلي بصفته من الأحوال العينية. غير أنه كان على محكمة النقض الفرنسية التأكيد من جديد على اختصاص قانون آخر موطن للمتوفى، بدافع أن: المنقولات الموروثة تعد موجودة مكان افتتاح التركة مما يحدد صلاحيات الاختصاص القضائي لأنه من المحتمل أن يرى أن المنقول الموروث موجود[2] ومنذ ذلك الحين، نطقت الجهات القضائية بصفة تقريبية لأجل المحافظة على القاعدة التي تسند المواريث في المنقولات لقانون موطن المتوفى[3]. وقد سار على هذا النهج كل من القانون البلجيكي والانجليزي والأمريكي، والكندي والأسترالي[4]. ورغم الانتقادات التي وجهت لقاعدة الاسناد الخاصة بالميراث في فرنسا نظرا للإشكالات التي أثارتها ازدواجيتها إلا أنها طبقت لأمد طويل إلى غاية 17 أوت 2015 الذي يعد تاريخ تطبيق اللائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2012/650 الصادر بتاريخ 4 جويلية 2012[5]، والمتعلقة بالميراث حيز التنفيذ، والتي اقرت بقاء العمل بقاعدة الإسناد التي ككان معمولا بها على كل التركات التي توفي أصحابها قبل تاريخ العمل باللائحة الأوروبية، بينما سنت قاعدة موحدة تطبيق على التركات سواء كانت عقارات أو منقولات التي توفي أصحابها بعد 17 أوت 2015 على حد سواء[6] ويكون هذا القانون هو قانون الدولة التي أقام للفيها المتوفى إقامة معتادة وقت

1- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal Devareilles Somieres, Droit international privé, 9 eme éditions, Dalloz, Paris, 2007, P. 586.

2- Cass. Civ 1 er, 19 juin 1939, arrêt Labedan, GAJFDIP, N° 18, les successions mobilières sont régies par la loi du dernier domicile du défunt. Les meubles héréditaires sont réputés exister au lieu d'ouverture de la succession et qu'en conséquence leur dévolution est régit par la loi du dernier domicile du défunt. Cité par : Yvon Loussouarn, P. Bourel, P. Devareille, Op. cit, P. 587, Note N° 3.

3- لعطر فتيحة، مرجع سابق، ص 41.

4- يحي أحمد زكريا الشامي، مرجع سابق، ص 416.

5- Règlement (UE) N° 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012, relatifs à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral l'européen, JOUE, 55 eme année, 27 juillet 2012, l2012.2010.

6- فتيحة لعطر، مرجع سابق، ص 42.

وفاته، أو قانون جنسية المتوفى إذا كان قد حدده قبل وفاته باعتباره القانون الواجب التطبيق على تركته[1].

2. تطبيق قانون واحد على مسائل الميراث:

اتجه فريق آخر من مختلف التشريعات دول العالم إلى الأخذ بوحدة القانون الذي يحكم الميراث فيخضع الميراث منقولا كان أم عقارا لقانون واحد أن هذه الدول التي تبنت هذا الموقف لم تتفق على قانون معين[2].

حيث يعتبر اتجاه أن للإرث إحدى مسائل الأحوال الشخصية، على النظام القانوني الذي يخضع له شخص نفسه، سواء كان قانون الجنسية أو القانون الموطن في حين يعتبره اتجاه آخر من الأحوال العينية، ولهذا ينبغي خضوعه للقانون الذي يخضع له المال نفسه، قانون موقع وجود المال[3].

أ. اخضاع الميراث لقانون الجنسية المتوفى:

ثبتت غالبية التشريعات قانون الجنسية بوصفه القانون الواجب التطبيق على الميراث الشرعي(قانوني)، والميراث الايصائي، الذي يدعو إلى إخضاع الميراث في قانون الجنسية من الفقه هذا المسلك التشريعي، وبرر ذلك بحجة مؤداها أن قانون الجنسية هو قانون الإرادة الشخصية للمورث، فلو قدر له أن يعيش لكان قد اختار ذلك القانون فهو أعلم به من غيره، و يتوافق مع توقعاته، وكذلك توقعات ورثته[4]. إضافة على ذلك أن أساس تطبيق قانون جنسية المورث على الميراث من شأنه وحدة القانون الواجب التطبيق على التركة بمجموعها[5].

1- Chambre des notaires de Paris, Droit des successions : ce qui change en aout 2015, publié le 08/06/2015, sur le site : Paris notaire.fr, mise à jour le 29/07/2015, visité le : 15/03/2021 à 14 :40.

2- بن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص 97.

3- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 269.

4- ميسرة محمد أمين مفضي خرابشة، القانون الواجب التطبيق على انتقال الملكية للخلف العام: دراسة مقارنة بين بين التشريعين الأردني واللبناني، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات منح درجة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، المملكة الأردنية الهامشية، كانون الأول، 2012، ص 201. انظر أيضا: مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، مرجع سابق، ص 556.

5- هشام صادق، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 318.

وقد أخذت الدول العربية بوحدة القانون الواجب تطبيقه على الميراث بنوعيه، وأخذت بالجنسية كضابط إسناد في مواد الأحوال الشخصية بشكل عام[1]. ومن بين الدول التي أخذت بقاعدة إخضاع الميراث برمته إلى قانون جنسية المتوفى بغض النظر عن موقع المال، أو موطن المتوفى، دول وألمانيا وإيطاليا واليونان وبولندا إسبانيا.[2]

كما اتخذ المشرع المصري بموجب المادة 1/17 من القانون المدني المصري سنة 1948، من جنسية المورث ضابطه للإسناد و بمقتضى هذه المادة وحدد المقنن المصري الاختصاص القانوني بمسائل الميراث برمته(عقار ومنقول)، وسواء أن أكان القانون وطنيا وأجنبيا، وبهذا يكون قد سوى بين العقار والمنقول، أي أنه قام بتوحيد القانون الواجب تطبيقه على الميراث[3].

وسار على هذا النهج معظم تشريعات الدول العربية[4]، أما القانون التونسي فقد أسند الميراث لقانون الجنسية المتوفى عند الوفاة أو لقانون دولة أخرى مقر له، أول لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا[5]، وما يمكن ملاحظته أن المشرع التونسي قد انفرد بوضع قاعدة إسناد خاصة بالميراث تختلف عن تلك المقررة في بقية الدول العربية، حيث أضاف إلى جانب ضابط جنسية المتوفى وقت وفاته ضابطين آخرين هما قانون دولة آخر مقر للمتوفى، وقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا، غير أن هذه القاعدة يثور بصددها إشكال في كيفيه التطبيق[6].

يبدو أن الفقه القضاء الغالب يذهب إلى اعتبارها قاعدة إسناد تراتبية يطبقها القاضي حسب ترتيب عناصر الاسناد الوارد بالنص وإن ذهب بعض إلى مقارنة ذرائعه تقوم على تخيير القاضي للإسناد الأنجع والأكثر ملائمه لوضع التركة[7]. غير أن القضاء التونسي أقر بتطبيق القانون التونسي باعتبار أن تونس هي آخر مقر للهالك ومكان تواجد جزء من أملاكه، لكون المتوفى كان

1- ميسرة محمد أمين مفضي خرابشة، مرجع سابق، ص 202.

2- المادة 1/18 القانون المدني السوري، المادة 1/17 القانون المدني الليبي، المادة 47 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961. نقلا عن: الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 196.

3- أحمد محمد زكريا الشامي، مرجع سابق، ص 423.

4- الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998.

5- فتيحة لعطر، مرجع سابق، ص 46.

6- فاطمة الزهراء بن محمود، الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، شرح وتعليق ومثراة بفقه بفقه القضاء، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016، ص 405.

7- محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 12260 المؤرخ في 28 أفريل 2005(غير منشور)؛ نقلا عن: فاطمة الزهراء بن محمود، الحسين السالمي، مرجع سابق، ص 412.

متعدد الجنسية، ولم يثبت بالملف ما يفيد تخليه عن إحداها وانه ترك املاكا بعد الدول لم يقع حسرها حتى تاريخ القيام بالدعوى، وذلك بصرف النظر عن اختلاف قيمتها من دولة إلى أخرى فإن اعتماد معيار آخر مقر للهالك بتونس وتركه أملاكا بالبلاد التونسية يجعل القانون التونسي هو المطبق[1].

والمشرع الجزائري هو الآخر انتهج نفس النهج القائل بتطبيق قانون واحد ووحيد على الميراث الذي سلكته الدول العربية، ومن خلال نص المادة 16 فقرة واحد من القانون المدني الجزائري، أخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى حيث نصت على أنه: يسري على الميراث الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. وما يميز هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر الذمة المالية كل لا يتجزأ فتخضع لقانون واحد، دون الوقوف عند مكان تواجد المال أو على طبيعته فيما إذا كان منقولا أو عقارا[2]. ذلك لأن التركة تكون مجموعة واحدة لتجنب الصعوبات التي قد تنشأ من إخضاع التركة لقوانين متعددة[3]، وكل ذلك يرجع لسبب بسيط ووجيه وهو إخضاعه الميراث لقانون الأسرة المستمد المستمد أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية والمرتبطة بحالة الشخص[4].

إن تطبيق قانون جنسية المورث من شأنه أن يحقق وحده القانون المطبق على التركة، وبذلك نجد التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ تعدد القوانين التي تحكم التركة إذا ما كانت الأموال الموزعة في عدة دول، أو كان للورثة منتمين إلى عده جنسيات مثلما أشرنا إليه سابقا (القانون التونسي)، وبذلك يؤخذ بقانون جنسية المورث دون غيره من القوانين كقانون موقع المال أو قانون جنسية الورثة، كما أن القوانين المؤيدة لهذه النظرية قد ساوت بين المنقولات والعقارات ولم تخضع كلاهما لقانون كما فعلت مع بعض التشريعات[5].

1- انظر بن عومر الصالح، مرجع سابق، ص 98؛ انظر أيضا: أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 270.

2- امحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص 484.

3- Mohand Issad, D.I.P, les règles de conflits, OPU 4 eme éditions, Alger, Algérie, 1986, P.267 et 268.

4- فتيحة لعطر، مرجع سابق، ص 47.

5- تريكي دليلة، المولودة آيت شاوش، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص 248 و249.

ب. اخضاع الميراث لقانون موطن المتوفى:

أن تكون هذه القاعدة تطبيق آخر لخضوع المال موقعه، لأن موطن المتوفى ما هو إلا موقع حكمي للأموال المنقولة التي يتركها المتوفى، وفي الغالب سوف يخضع العقار والمنقول لقانون موقع المال، وبالتالي أنه يدخل في نطاق نظام الأموال، وهذا بالنسبة لمن يخضع الميراث لنظام الأموال[1]، كما قد ينظر إلى قانون الموطن باعتباره القانون الشخصي بالنسبة لمن يخضع المسائل لنظام الأشخاص[2]، وفقا لهذا الاتجاه يجب تطبيق القانون الشخصي للمتوفى على الميراث وحدة لا تتجزأ، إلا أنه يثير التساؤل حول المعيار الذي يتحدد به القانون الشخصي للمتوفى في هذه الحالة، إما عملا بمعيار الجنسية وإما بمعيار محل الإقامة[3].

ذهب بعد الفقهاء مثل نبواييه إلى وجوب تحديد القانون الشخصي اسنادا إلى معيار المواطن أو محل الإقامة، وذلك راجع لعدة اعتبارات أهمها: أن أساس الميراث لا يتعلق إلا بالأهلية أو بالأحوال الشخصية، والشخص بحد ذاته يرتبط بالمحيط الذي يقيم فيه، ويتفاعل معه عمليا، وعلى هذا الأساس ارتباطه يكون أكثر ارتباطا بقانون الذي يعيش فيه بصورة اعتيادية، لهذا لا يجوز إخضاعه موطنه لقانون الجنسية[4]. ويؤكد جانب من الفقه المصري على أن وحدة النظام القانوني للتركة يمكن أن تحقق بغير تطبيق قانون جنسية المورث، ويشير هذا الرأي إلى وجوب تطبيق قانون موطن المتوفي على التركة منقولة كانت أم عقارية.

ومنه، فإن أنصار هذا الاتجاه يروا بأن هذا هو الحل الذي يحقق التوازن بين واجهات النظر المعارضة، قانون موطن المتوفي، إلى جانب تحقيقه لوحدة النظام القانوني للتركة، سيكون غالبا هو قانون موقع المال عقار كان أم منقولا، على أساس أن الغالب هو وجود أموال الشخص في الدولة التي يتوطن فيها، والتي تعتبر عادة مركزا لأعماله من عناصر التركيز في الميراث الوفاة والتي يعتبر مكانها هو موطن المتوفى[5]، وعلى هذا الأساس فالقانون الذي يحكم الميراث هو قانون موطن المتوفى[6]، وعلى هذا النحو يحاول أصحاب هذا الرأي أن يتجنبوا الانتقادات الموجهة

1- امحمدي آمنة بوزينة، مرجع سابق، ص 487.

2- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 181.

3- سبق وأن وضحنا ما يتعلق بخضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى.

4- راجع: شبورو نورية، مرجع سابق، ص 33. انظر أيضا: غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 181.

5- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 313.

6- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 340. انظر أيضا: امحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص 487.

الموجهة إلى تطبيق قانون الجنسية المتوفي والتي تدور حول صعوبة تجاهل أحكام قانون موقع المال في شان الميراث، وفضلا عن ذلك فإن تطبيق قانون موطن المتوفى لن يصطدم بالاعتبارات العائلية[1]، وقد أخذت بهذا الاتجاه قوانين عدة دول، مثل الارجنتين و البرازيل وسويسرا و الولايات المتحدة الأمريكية ودول جنوب أمريكا والدنمارك، والنرويج[2].

ثانيا: الأموال المكتسبة عن طريق التصرفات التبرعية

لقد أباح الإسلام صلة المسلم لغير المسلم وبره والإحسان إليه بشرط أن يكون غير المسلم من المسالمين لا من المحاربين[3] لقوله تعالى:﴿ **لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ٨ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُواْ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْۚ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ٩** ﴾[4]. من خلال الآيتان يتضح من يجوز ممن لا يجوز بره والإحسان إليه، كما إن السنة السنة أباحت ذلك عندما سألت أسماء بنت أبي بكر الرسول صلى الله عليه وسلم: أتصل أمها المشركة، فقال صلى الله عليه وسلم: نعم صليها[5]، أما المنهي عنه التودد والموالاة إليهم، وبناء على ما تقدم ناقش الفقهاء حكم التعامل مع غير المسلم على سبيل التبرع من خلال عقد الوصية والهبة والوقف سواء كان موصيا أو موصى له، وسواء كان واهبا أو موهوبا له، أو واقفا أو موقوف له، فالقاعدة تقول: إن كل ما جاز للمسلم أن يعطيه غير المسلم بمعاوضة جاز أن يعطيه إياه

1- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 313

2- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 181.

3- سامية محمد علي محمد خير، الأحكام المترتبة على اختلاف الدين والدار في العبادات والمعاملات: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2005، ص 140.

4- سورة الممتحنة، الآيتان: 8 و9.

5- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة دار الحديث، القاهرة، مصر، المجلد السادس، ص 344. 344.

تبرعا[1]، وعكس ذلك يقع صحيحا، أي جاز للمسلم أن يأخذ من غير المسلم بمعاوضة أي يأخذه تبرعا[2].

ولهذه الأموال المتبرع بها أهمية بالغة من الناحية الشرعية والقانونية، فإنها تلعب عنصرا هاما من عناصر الذمة المالية للزوجين سواء كانت مقدمة من طرف الأقارب أو غيرهم، والتي سنتعرض إليها كالآتي:

1. الوصية في الزواج المختلط:

تعد الوصية من أهم التصرفات القانونية القائمة على أساس التبرع بعد الموت[3]، والوصية تصرف قانوني يجريه الشخص أثناء حياته وتتراخى أثاره إلى ما بعد الوفاة. والشريعة الإسلامية أجازت لكل رجل مسلم له زوجة كتابية أو له قريب يختلف معه في الدين أن يوصي لها أو يوصى له بوصية[4] لا تزيد عن ثلث التركة[5]، لأن الوصية هي عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعد وفاته[6]، أو هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض[7]. أي أن الوصية أجيزت استثناء بسبب المنع من الميراث، ولذلك يجب أن يكون ما يأخذه الكتابي بالوصية أقل مما يأخذه لو كان وارثا، ولكن هناك حالات كثيرة تبين فيها أن حصة الكتابي بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثا، وربما تكون أكثر من حصة المسلم الوارث، فمثلا من كانت له زوجتان زوجة كتابية وأخرى مسلمة فأوصى للكتابية بثلث التركة لأنها ممنوعة من

1- زين العابدين بن إبراهيم ابن نعيم، الأشباه والنظائر على فقه أبي حنيفة النعمان، دار الكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1985، الجزء الثاني، ص 62.

2- عطية فياض، فقه المعاملات المالية على أهل الذمة: دراسة فقهية معاصرة، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات، القاهرة، مصر، 1999، ص 122.

3- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة والوصية والوقف، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 45.

4- لقد أجاز المشرع الجزائري الوصية عند اختلاف الدين وذلك من خلال نص المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تصح الوصية مع اختلاف الدين".

5- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، مصر، (د. ت. ن)، الجزء الرابع، باب ذكر فيه أحكام الوصايا وما يتعلق بها، ص 426.

6- محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1984، باب أحكام الوصية، ص 503.

7- انظر المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية العراقية، رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

الميراث، هنا ستكون حصة الكتابية أكثر من حصة الزوجة المسلمة إذ أنها ستأخذ ثلث التركة بينما الزوجة المسلمة ستأخذ الربع إذا لم يكن هناك فرع وارث أو الثمن إذا كان هناك فرع وارث، بينما لو كانت الزوجة الكتابية وارثة فإنها ستشارك الزوجة المسلمة في ربع التركة أو في ثمنها مناصفة[1].

ومنه، فالوصية تصح من المسلم للكافر والعكس، بشرط ألا تكون عونا على باطل، والوصية للذمي جائزة ولا تعلم في هذا اختلافا؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "في كل ذي كبد رطبة أجر"[2]. غير أنه لا تجوز الوصية إلا إلى بالغ مسلم أو امرأة، ولا تجوز وصية مسلم إلى مشرك[3]؛ أما اختلاف الدارين بين الموصى والموصى له فليس مانعا من الوصية. فتصح الوصية مع اختلاف الدين وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعا لبلد إسلامي، والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي، تمنع شريعته من الوصية مثل الموصى[4]. ومنه، فإذا كانت الوصية تزيد عن ثلث التركة، يأخذ رأي الورثة بالزيادة فإن أجازوها نفذت الوصية بالزيادة وإن لم يجيزوها نفذت الوصية بالثلث فقط وبطلت بالزيادة، وفي كل الأحوال سواء نفذت بالزيادة أم في الثلث فقط ستكون حصتها بالوصية أكثر من حصتها الميراثية التي منعت منها، هذا ما جاء في نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري: "تكون الوصية في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

وعلى الرغم من الصفة المالية التي تتميز بها إلا أنها تعتبر من الأحوال الشخصية، حيث أخضعتها التشريعات لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة.[5] الوصية تتصل اتصالا وثيقا بالميراث لتعليقها بفكرة الخلافة بسبب الموت[6]، لهذا أخضعها المشرع الجزائري لنفس قاعدة الإسناد التي

1- عادل ناصر حسين، أهل الكتابة بين الوصية والمنع من الميراث في الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الأنبار، العراق، 2007، المجلد التاسع، ص 03.

2- أبي عبد الله محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011، كتاب الجامع، باب 646، ح 1793، ص 388.

3- أبي عبدين محمد بن ادريس الشافعي، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 120.

4- عبد العزيز بن محمد الصغير، أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015، ص 84.

5- امحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص 503.

6- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 315

أخضع لها الميراث، كما أنه لم يخضع شروطها الشكلية للقاعدة العامة المتعلقة بشكل التصرفات القانونية المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري ولكنه خصها بقاعدة إسناد خاصة تتلاءم مع طبيعتها. فيكون المشرع الجزائري هنا قد أخرج بذلك الوصية وسائل التصرفات القانونية المضافة إلى ما بعد الموت، من نطاق إعمال قواعد الاسناد الخاصة بالتصرفات القانونية سواء من حيث الموضوع ومن حيث الشكل[1].

أ. قاعده الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للوصية:

يقصد بالشروط الموضوعية تلك الشروط التي تتوقف عليها صحة الوصية و وجودها القانوني، مثل الأهلية وعوارضها والحصة المحفوظة للورثة في التركة والقدر الجائز الايصاء به عند وجود الورثة أو عند عدم وجودهم، والأشخاص الذين يجوز الايصاء لهم وأهليتهم لقبول الوصية أو رفضها وشروط إجازة الوصية من الورثة والرجوع عنها، وأهلية الموصي عمل الوصية، وتعرض أو عدم تعرض هذه الأهلية لعارض من عوارض الأهلية، وبقاء الموصي له حيا تحرير الوصية وعند موت الموصي، وأن لا يكون قاتلا للموصي[2]. ومنه، فإن الشروط الموضوعية هي تلك الشروط الجوهرية الأساسية التي يجب توافرها جميعا وإذا تخلف شرط واحد يؤدي إلى البطلان وهي متعلقة بالإرادة والمشروعية وقابليه المال لأن يكون محلا للوصية. وهذه الشروط وغيرها في الوصية، تخضع لقانون الموصي وقت موته لا وقت كتابة الوصية هذا ما جاء في نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على أنه: يسري على الميراث في الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. والتشريعات المقارنة سارت على نفس نهج المشرع الجزائري، المشرع الأردني والعراقي والمصري[3]، غير أن هذا الأخير ميز بين الميراث القانوني من ناحية والميراث الإيصائي من ناحية أخرى، فأخضع الأول لقانون جنسية المورث وقت موته، أما الثاني فيخضع لقانونين مختلفين حسبما إذا كان الأمر يتعلق بالشكل أو الموضوع.[4] غير أن الاشكال الذي يثار هذه المسألة يكمن في تحديد

1- فليغة نور الدين، مرجع سابق، ص 150.

2- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 188.

3- المادة 18 من القانون المدني الأردني، المادة 23 من القانون المدني العراقي، المادة 17 من القانون المدني المصري.

4- محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 532.

تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية[1] والقانون الواجب التطبيق إذا اعتبرنا أن الوصية هي من جهة تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة، ومن جهة أخرى هي تبرع ينفذ بعد الموت أي أنه تصرف غير لازم بمعنى أنه لا تتحقق أثاره إلا بموت الموصي.

- **المسائل الموضوعية المتصلة بوصفها تصرف قانوني:**

يدق الأمر بالنسبة للمسائل الموضوعية التي لا ترتبط بفكرة الخلافة العامة قدرة ارتباطها بالوصية كتصرف قانوني غير لازم[2] إذن هي من المسائل الأقل ارتباطا بفكرة الخلافة على المال بسبب الموت وأكثر اتصالا الوصية كتصرف قانوني إداري غير لازم، أين يلزم إلا بالوفاة. وهي شغلت بالشروط الموضوعية بصحة الوصية كتصرف إداري (مثل أهلية الموصي للايصاء وصحة إرادته والمحل والسبب).[3] حيث يرى البعض إخضاع الأهلية وعيوب إرادة الموصي لقانون جنسية الموصي، وقت الايصاء وإخراجها من نطاق قانون الموصي وقت وفاته، وذلك على أساس أن هذه المسائل لا علاقة لها بالميراث ولا تربط بقدر ارتباطها بالوصية، بالإضافة إلى أن الوصية تصرف إرادي ينبغي أن يعبر عن الإرادة وقت صدورها لا وقت الوفاة، لأن الوصية تنعقد عند صدورها من الموصي في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى الاعتداد بالنسبة لأهلية الموصي لقانون جنسية الموصي وقت الايصاء وقانون الجنسية وقت الوفاة[4]. لأن الأهلية وقت تحرير الوصية تصرف قانوني تخضع لأهلية الموصي وقت صدور الإرادة، وإما خضوعها لقانون الجنسية وقت الوفاة، وأنه يمكن الرجوع فيها ما بقي الموصي حيا، لذلك فإن الشروط الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصي[5]. ومن هنا يتعين أن يعتد أيضا بقانون جنسية الموصي وقت الوفاة عند تقدير أهلية الموصي للايصاء. وأساس الاعتداد في نفس الوقت لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، هو

1- المحكمة العليا، ملف رقم 631219، قرار الصادر بتاريخ 1990/10/17، المجلة القضائية، عدد 2، 1991، ص 79-82. ويقصد بالشروط الموضوعية: هي تلك الشروط الجوهرية الأساسية التي يجب توفرها جميعا وإذا =تخلف شرط واحد يؤدي البطلان وهي متعلقة بالإرادة والمشروعية وقابلية المال لأن يكون محلا للوصية. راجع: ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، 2005، ص 102.

2- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 319.

3- محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 538.

4- راجع: عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 269.

5- فليغة نور الدين، مرجع سابق، ص 181.

أن الوصية رغم كونها تصرفا قانونيا إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها ما بقي الموصي[1]، و هذه المثابة فإن شروطها لا تتحدد إلا عند وفاة الموصي.

وأعتقد أن أفضل هذه الآراء هو الرأي الذي يخضع للشروط الموضوعية للوصية بقانون جنسية الموصي وقت وفاته على أساس أن نفس المادة 16 من القانون المدني الجزائري جاء عاما، وتنص المادة 776 من نفس القانون على أن كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت. ويقصد بالتبرع شرعا: تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، تسري عليه أحكام الوصية أين كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف، وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت. فإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاله لذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة مخالفة. ونص المادة 777 من القانون المدني الجزائري على أنه يعتبر التصرف وصيه وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك[2]. ويستفاد من المادة أعلاه أن تصرف الشخص لأحد ورثته يعين من الأعيان، و احتفاظه بحيازة تلك العين بأي طريقه كانت و بحقه في الانتفاع بها مدى حياته يعتبر وصية وتجري عليه أحكامها مع أنه لا يصدر من المورث في مرض موته بل حالة صحته، إلا أن القانون قيده بقيود لو تحققت قامت قرينة قانونية بسيطة على أن هذا التصرف مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه بالتالي أحكام الوصية[3].

- **المسائل التي ترتبط بفكره مركز الأموال:**

إن خضوع المسائل الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي على التفصيل السابق بيانه يتقيد بما يقضي به قانون موقع المال على نحو ما رأينا بالنسبة للميراث تأكيدا لسلامه

1- المحكمة العليا، الملف رقم 54727، القرار الصادر بتاريخ 1990/01/24، المجلة القضائية، عدد 4، 1991، ص 85-87.

2- تقابلها المواد: 921 من القانون المدني الليبي، المادة 1129 من القانون المدني الأردني، المادة 917 من القانون المدني المصري.

3- شبورو نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، المجلد 5، العدد الثاني، أكتوبر 2008، ص 204.

المعاملات والمحافظة على حق الغير، ولذلك فإنه يتعين الرجوع إلى قانون الموقع بالنسبة لشهر التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله.[1] ومن ثم يشترط لانتقال المال المتصرف فيه وما يرد عليه من حقوق عينية أصلية أو تبعية مراعاة ما يقضي به قانون موقع المال من إجراءات خاصة بالقسمة والشهر العقاري سواء في العلاقة بين ذوي الشأن أو في مواجهه الغير، وبالمثل يشترط لتطبيق قانون الجنسية طبقا لأحكام المادة 16 من القانون المدني الجزائري لا يكون القانون الأجنبي المختص مخالفا للنظام العام في الجزائر[2]. كأن يجيز مثلا هذا القانون الوصية لوارث دون إجازة الورثة. فقد يختص قانون القاضي أيضا باعتباره يهدف إلى تحقيق الأمن المدني بالنسبة للإجراءات التحفظية والوقتية التي تؤدي إلى المحافظة على وصايا الأجانب قبل تصفية التركة ومن ذلك اختصاصه فيما يتعلق بوضع الأختام على أعيان التركة وتسجيل الوصايا الواردة عليها[3].

ب. قاعده الاسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية:

إن اعتبار الوصية تصرف قانوني يقتضي الرجوع في شأن المسائل المتعلقة بالشكل إلى نفس القانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية على نحو ما رأينا من قبل[4] ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن المقصود بالشكل في الوصية هي إجراءات إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي وقد تكون قاصرة على الكتابة بخط يد الموصي، أو التوثيق الرسمي لدى موثق العقود(كاتب العدل أو المحكمة المختصة)، وقد تكون قاصرة على العلنية بحضور شهود، ولذلك فإن أحكامها تختلف من دولة إلى أخرى، وهي تعمل عادة بثلاثة أشكال: بالسند الرسمي الموثق، أو بالشكل العرفي المكتوب والموقع بخط يد الموصي، أو بالقول شفويا أمام شهود[5]. وكما سبق وأن ذكرت أن مسألة

1- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 321.

2- طبقا لنص المادة 200 من القانون المدني الجزائري: "تصح الوصية مع اختلاف الدين؛ أي أنه يجوز الإيصاء من مسلم إلى غير مسلم. والعكس يقع صحيحا".

3- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 200 و201.

4- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 321.

5- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 190.

لزوم أو عدم لزوم الشكل وتخضع للقانون الذي يحكمه، ولا شأن لها بالتالي بالقانون الذي يحكم الموضوع[1].

وقد كان يخصص المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة 2 من المادة 16 من القانون المدني الجزائري قبل تعديل سنة 2005 شكل الوصية بضابط اسناد خاص وهو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون الدولة التي تمت فيه الوصية، وكذلك الشأن في مسائل التصرفات المضافة لما بعد الموت.

الملاحظ على ذلك، أن شكل الوصية مستثنى من القاعدة العامة في شكل التصرفات القانونية ومن ثم اعتبر قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء هو القانون الواجب التطبيق وحده، إلا أنه بالرجوع للمادة قبل التعديل يتضح لنا أنها كانت تتضمن لضابطين، قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء وقانون محل إبرام الوصية[2]. فالمشرع الجزائري استثنى الشروط الشكلية للوصية من ضمن القاعدة العامة التي نص عليها في المادة 19 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية. وذلك نظر للطبيعة الخاصة للوصية وعلاقتها الوثيقة بالميراث من جهة، ولأنها تعد من التصرفات الإدارية من جهة أخرى[3].

المراد من ذلك أن الجزائري في الخارج والأجنبي في الجزائري، يمكنه أن يخضع شكل الوصية للقانون المحلي أي القانون المحلي الأجنبي بالنسبة للجزائري والقانون المحلي الجزائري بالنسبة للأجنبي. وعلى هذا الأساس للجزائري المقيم بالخارج الاختيار بين أن يحرر وصيته، إما في الشكل المحلي وإما حسب أحكام القانون الجزائري[4].

1- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 321.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 202.

3- فليغة نور الدين، مرجع سابق، ص 182.

4- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 270.

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب التشريعات العربية[1] أسندت الوصية من حيث الشكل إلى قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية(قانون محل ابرامها).

2. الهبة في الزواج المختلط:

الهبة هي التبرع بما ينفع الموهوب له[2]، وقيل هي تمليك المال بلا عوض حال حياة المملك[3]، والمشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني كأن يعتبر الهيئة من الأحوال الشخصية ولم يكن يخصها بقواعد إسناد معينة[4]. وحينما صدر قانون الأسرة سنة 1984 نظم الهيئة في المواد من 202 الى 212 منه؛ وعلى هذا الأساس استقر اعتبارها على أنها من الأحوال الشخصية بالرغم من كونها عقدا ناقلا الملكية كسائر العقود وأثناء حياة الواهب[5]. والمشرع التونسي هو الآخر اعتبرها من الأحوال الشخصية وأخضعها لقانون جنسية الواهب وقت حصول الوصية من خلال الفصل 56 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998، والمشرع الكويتي أخضعها لقانون جنسية الواهب وقت الهبة فيما يخص انعقادها، أما نفاذها في حق الورثة فيسري عليها قانون جنسية الواهب وقت الوفاة[6]، أما القانون المصري اعتبر الهبة من الأحوال العينية باعتبارها ناقل الملكية وتنشأ برابطة عقدية تسري عليها القواعد المطبقة على العقود من حيث الموضوع(قانون الإرادة)[7]. غير أن المشرع الجزائري بعد تعديله للقانون 05- 10 أضاف فقرة ثانية ضمن المادة 16 خاصة بقاعدة تنازع في شأن الهبة والوقف، وقد أسندها إلى قانون جنسية الواهب وقت إجرائها[8]. أما شكل الهبة فطبقا لنص المادة 19 من القانون المدني تخضع لقانون

1- المادة 2/17 من القانون المدني المصري.

2- اللغوي أبي الفتح ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، ت: محمود فاخوري، عبد الحميد مختار، الجزء الثاني، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سورية، 1982، باب الهاء – الواو، ص 373؛ انظر أيضا: علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، ت: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، 2004، باب الهاء، ص 319.

3- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 154.

4- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 271.

5- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 203.

6- المادة 90 من القانون رقم 05 لسنة 1961 بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي.

7- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 83.؛ انظر أيضا: الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 203.

8- الطيب زروتي، الدولي في الجزائري، بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2006، ص .78

محل إجرائها(الفقرة الأولى)، وإما لقانون جنسية الواهب(الفقرة الثانية)، باعتباره القانون المختص بحكم موضوع التصرف[1]. ويستشف من هذه المادة أنها تحتوي على قاعدتين للإسناد، القانون المحلي والقانون الوطني المشترك للمتعاقدين، وتجدر الإشارة إلى أن المادة 20 من القانون المدني المصري قد وضعت أربعة قواعد إسناد للهبة، القانون المحلي، القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، قانون الموطن للمتعاقدين، القانون الوطني المشترك[2]. والمشرع التونسي هو الآخر قد قد نص على قاعدتي إسناد من خلال نص المادة 56 في فقرتها الثانية[3]، إلا أن المشرع التونسي التونسي أثار قاعدة إسناد غير موجودة لا عند المشرع الجزائري ولا المصري، ألا وهي قانون الواهب، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن هبة الأجنبي تكيف بحسب قانونه، فإذا كان هذا القانون يعتبر الهبة داخلة في الأحوال الشخصية طبق على الهبة أحواله الشخصية، وإن كان يعتبر الهبة داخلة في الأحوال العينية طبق عليها القانون الذي تخضع له الأحوال العينية أو العقود[4].

3. الوقف في الزواج المختلط:

الوقف هو نظام الانتفاع بالمال، بموجبه يرصد الواقف المال الموقوف للجهة المحبس عليها مؤقتا دون أن يكون لها حق التصرف فيه أو لجهة عامة أو خاصة بصفة مؤبدة[5]. واختلاف الفقهاء على مسألة الوقف عند اختلاف الدين والدار في الوقف، حيث قال الأحناف أن الإسلام ليس شرطا لصحة الوقف، أي يصح عندهم الوقف من الحربي إذا دخل دار الإسلام بأمان، ومن باب أولى أنه يصح من الذمي ويجوز وقفهم على المساكين من المسلمين وأهل الذمة، ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس لأن الكفر كله ملة واحدة، وكل ما صح للذمي صح للحربي المستأمن لأنه كالذمي، فوقفه كذلك لا يبطل برجوعه إلى دار الحرب أو بموته. إلا أنهم أجازوا وقف المسلم لغير المسلم شريطة أن يكون الشيء الموقوف لغير المسلم مما يصح تملكه، يعني لا يصح أن يقف لغير المسلم مصحف أو عتق مسلم[6]، ويستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿**وَيُطْعِمُونَ**

1- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 205.

2- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 277.

3- Art 56 alinéa 2 : droit civil tunisien.

4- امحمدي بوزينة آمنة، مرجع سابق، ص 519، انظر أيضا: عليوش قربوع كمال، ص 278.

5- امحمدي بوزينة آمنة، مرجع نفسه، ص 513.

6- خير سامية محمد علي محمد، مرجع سابق، ص 142.

﴿وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا٨﴾[1]. والأسير لا يكون في الغالب إلا كافرا وقد مدح الله المتصدق عليه فهذا دليل على الجواز. ودليل صحته أيضا ما روي أن صفية بنت حبيب زوج الرسول صلى الله عليه وسلم أوقفت على أخ لها يهودي فلو كان غير جائز لأبطله صلى الله عليه وسلم ولأنكره عليها، ولكن واحد من ذلك لم يثبت عنه عليه السلام[2]. أما المسلم إذا أوقف وقفا صحيحا في أي جهة ثم ارتد يبطل الوقف ويكون ميراثا سواء قتل على ردته أو مات أو عاد إلى الإسلام إلا أن يعيد الوقف ببعد عودته إلى الإسلام. وقال المالكية يجوز الوقف على الذمي لأن الوقف عليه صدقة، والصدقة عليه أجر، أما الوقف على أغنياء أهل الذمة وليس بهم صلة رحم فمكروه، والوقف على الحربي لا يصح عند المالكية، إذا كان في دار الحرب متصديا للحرب أو لا، أما الحربي الذي في دار الإسلام بأمان فلم يصرحوا فيه إنما يفهم أن له حكم الذمي، لأنه بدخوله دار الإسلام أصبح في ذمتنا. أما وقف المسلم لغير المسلم مكروه عندهم، لأن الأولى أن يقف المسلم على مثله[3]. أما الوقف على الحربي فباطل والصدقة له باطلة إذا كان في دار الحرب. وقال الشافعية وقف غير المسلم للمسلم جائز حيث لم يشترط في الواقف الإسلام وكذلك وقف المسلم لغير المسلم جائز إذا كام في دار الإسلام سواء كان ذمي أو حربي، وشبهوا ذلك بصدقة التطوع بشرط ألا يظهر فيه قصد معصية ويستوي في ذلك المستأمن والكتابي وغير الكتابي ويشترط عندهم أن يكون الوقف من غير المسلم لجهة طاعة. أما الحنابلة فقالوا بجواز الوقف من غير المسلم للمسلم بلا خوف، أما وقف المسلم لغير المسلم يجوز ولكن يشترك ألا يكون في معصية، كالوقف على الكنائس.

وقد أدرج المشرع الجزائري أحكامه الموضوعية ضمن الأحوال الشخصية (في المواد من 213 الى 220 من قانون الأسرة)، فما يخص إنشاءه وأنواعه وطرق إدارته واستغلاله والجهة المستفيدة من ريعه[4]. والمادة 213 من قانون الأسرة الجزائري عرفت الوقف على أنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق". غير أن هذا التعريف ليس كافيا لأجل

1- سورة الانسان، الآية: 08.

2- صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ، التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1992، ص 98.

3- عبدالله محمد الخرشي علي العدوي، الخرشي على المختصر سيدي الجليل وبهامشه حاشية العدوي، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، الجزء السابع: الإجارة الشهادة، بولاق، مصر المحمية، (د.ت.ن)، ص 82.

4- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 21 و22.

ضمان الحماية الفعلية للأوقاف، المشرع الجزائري أراد من خلال تناوله لنظام الوقف في قانون الأسرة وكأنه أشار إليه كواحد من عقود التبرع إضافة للوصية والهبة، دون أن ينظم أحكامه الخاصة تنظيما دقيقا وشاملا يكفل ضمان الحماية القانونية والمؤسسية لهذا القطاع.[1] على هذا الأساس، خص المشرع الجزائري نظام الوقف بتنظيم خاص[2]. من حيث إنشائه وأنواعه وطرق إدارته واستغلاله والجهات المستفيدة منه. وبالنظر لما يثيره الوقف من منازعات ذات عنصر أجنبي خاصة بمناسبة الوقف على جهات خيرية غير وطنية معروفة، ضبطه المشرع الجزائري بقاعدة تنازع خاصة ضمن الفقرة الثانية من المادة 16 والتي تضمنت على أنه: "يسري على الوقف قانون الجنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما"[3].

إن اختيار قانون جنسية الواقف وقت إجراء الوقف ملائم لطبيعة هذا النظام باعتبار الواقف الطرف الذي يرصد المال للجهة المحبس عليها بما يشترطه من شروط سواء أن تعلق الأمر بالوقف الأهلي أو الوقف الخيري العام، وكذلك خاصية الفورية بعد إنشائه مباشرة ولو تراخ تنفيذه لما بعد وفاة الواقف وأيضا طبيعته التأبيدية للجهة المرصود عليها أو مآله إلى جهة بر عامة[4].

ثالثا: الأموال المكتسبة عن طريق الدخل

يشمل الدخل الراتب المحصل عليه من ممارسة نشاط معين وتعويضات والمنح وكذا الحوافز وغير ذلك، كما يلحق به دخل العمل غير المأجور كالأتعاب وحقوق المؤلفين، بالإضافة إلى بدل الراتب من معاش التقاعد ومنح التسريح...إلخ، ويضاف إليه الأرباح المحصل عليها من ممارسة التجارة[5]. ويكون لكلا الزوجين الحرية في التصرف في مالهما الخاص الذي اكتسباه بطرق أخرى غير عقد الزواج.

1- امحمدي بوزينة أمنة، مرجع سابق، ص 514.

2- القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 الخاص بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون 01-07 المؤرخ في 2001/05/22، وبالقانون 02-10 المؤرخ في 2002/12/14.

3- زيدون بختة، تنازع القوانين في التصرفات التبرعية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2018، المجلد الأول، ص 72.

4- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 206.

5- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006/2005، ص 96.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على ملكية أموال الزوجين

النظام المالي للزواج يقصد به مجموعة من القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين والتي بمقتضاها يتم تحديد حقوق وواجبات الزوجين من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتهما والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه، وبعد انحلال عقدته وتسوية حقوق كلا الزوجين بعد انفصالهما[1]. والتنظيم القانوني لهذه المؤسسة يختلف من تشريع إلى آخر، فإذا كانت التشريعات التي تتبنى المرجعية الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية تكرس بشكل صريح مبدأ فصل الذمة الموروث عن الفقه الإسلامي، وتجعل من النظام المالي للزواج داخل في طائفة الحوال الشخصية والتي تخضع للقانون الوطني للزوجين، فإنه على خلاف ذلك فإن التشريعات الغربية ميزت بين النظام المالي القانوني والنظام المالي الاتفاقي، وقد اعتبرت بأن النظام المالي للزواج هو من أثار الزواج تدخل في دائرة الأحوال العينية وأخضعته لقانون إرادة المتعاقدين وذلك في الحدود التي يحددها القانون[2].

وملكية أموال الزوجين تختلف حسب اختلاف النظام المالي للزوجين السائد بينهما، فتكون الملكية مستقلة وخاصة بكل من الزوجين إذا كان نظام انفصال الأموال هو السائد بينهما كما هو الحال في التشريعات العربية، في حين تكون ملكية مشتركة بين الزوجين إذا كان نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة هو السائد بينهما كما هو الحال في التشريع الفرنسي.

ومن هذا المنطلق سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول ندرس نظام استقلال الذمة وفصل الأموال، أما في الفرع الثاني سنتناول نظام الاشتراك في الأموال.

الفرع الأول: نظام استقلال الذمة وفصل الأموال

من مقومات الثبات والاستقرار داخل المجتمعات وجود قواعد راسخة تنظم العلاقات المالية بين أفراده، ولا شك أن في الاعتراف بحق الفرد في ذمة مالية مستقلة، وإمكانية إقامة علاقات مالية

1- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 217.

2- ياسين منصوري، القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد التاسع عشر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2017، ص 134.

من خلال هذه الذمة يحقق الكثير من استقرار المعاملات، وفي دائرة أضيق من المجتمع ككل تأخذ الذمة المالية نفس الأهمية بالنسبة للزوج والزوجة باعتبار الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع[1]. ويعد مبدأ استقلال الذمة المالية بين الزوجين ضمانة أساسية لحماية حقوق المرأة في الأموال الأسرية المكتسبة محل الإجماع بين الفقه. وأغلب القوانين الوضعية وجل الشرائع السماوية تتفق على ضرورة تنظيم المعاملات المادية بين الزوج والزوجة إلا أن اختلاف منطلقات وفلسفة عقد الزواج تؤدي إلى الاختلاف فيما يتعلق بهذه الذمة.

وعليه، فإنه من خلال ما سيأتي، سوف أتعرض لتعريف مفصل لاستقلال كل من الزوجين بماله مع كافة ضوابطه.

أولا: سلطات كل من الزوجين على أمواله الخاصة

يقصد بنظام استقلال الذمة المالية واحتفاظ كل من الزوجين بملكية أمواله والتزامه لوحده بالوفاء بالديون المستحقة بذمته للغير مع التزام الزوج وحده بالإنفاق الزوجي[2] والإسلام أنصف المرأة وجعلها في مصاف الرجل تملكا وتصرفا وتبرعا وتجارة وفي سائر التصرفات المالية والاقتصادية الأخرى، فالمرأة كالرجل في البيع والشراء والإيجار والاستئجار والشراكة والحوالة والرهن والوقف وتتمتع بشخصيتها وأهليتها الكاملة وإرادتها الحرة ولا يحق لأي شخص التصرف في أموالها حتى إذا كان وليها إلا إذا أذنت هي له بذلك أو أوكلته[3]، حيث جاء في قوله تعالى: ﴿**لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْ ۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ ۚ ...٣٢**﴾[4]؛ في هذه الآية الكريمة دلالة على أن للزوجة الولاية والسلطة الكاملة على أموالها وهي المطالبة بسداد الديون المستحقة بذمتها

1- شريف حمدي عبد الرحمن زايد، حق الكد والسعاية في الفقه الإسلامي والقانون المغربي: دراسة في اقتسام الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة الإسكندرية، مصر، 2014، ص 96.

2- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 32.

3- بدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية للمرغياني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1981، الجزء السابع، ص 375.

4- سورة النساء، الآية: 32.

للغير دون أن يكون للزواج أي تأثير في ذلك[1]. هذا ما أقرته المادة 37 في شقها الأول من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أن: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر..."، فمن خلال هذه المادة قد اعترف المشرع الجزائري للزوج باستقلال الذمة المالية بما في ذلك الزوجة، من خلال تجسيده لفكرة حرية المرأة بالتصرف بأموالها[2]. و يبقى كل منهما مسؤولا عن ديونه سواء قبل الزواج أو بعد الزواج، باستثناء الديون الناجمة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد حيث يتحمل كل واحد من الزوجين نصيبه في هذه التكاليف طبقا للاتفاقات الحاصلة بينهما[3].

أما ما يقابله في الدول الغربية فيصطلح عليه بنظام فصل الأموال أو نظام فصل الذمم الذي يعرف بأنه:" ما يتم اختياره من طرف الزوجين اللذين أرادا الاحتفاظ بأموالهما الخاصة خلال الحياة الزوجية، والتصرف فيها على انفراد دون إشراك الزوج الآخر فكل واحد من الزوجين يظل أجنبيا عن الآخر من الناحية المالية".

غير أن مبدأ الفصل بين ذمم الزوجين في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية يختلف عنه في القانون الفرنسي، ففي ظل هذا الأخير يستطيع كل زوج أن يحتفظ بأمواله الخاصة إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك زوجه، فيظل كل واحد منهما أجنبيا عن الآخر من الناحية المالية، ويبقى مسؤولا عن ديونه، سواء قبل أو بعد الزواج؛ باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد. بينما تبقى الزوجة في الإسلام محتفظة بنفس الحقوق والسلطات على أموالها، كما كان وضعها قبل الزواج، دون أن تكون ملزمة بالمساهمة بمالها في تكاليف الحياة وتربية الأولاد[4].

تتمتع الزوجة بذمة مالية مستقلة ومنفصلة شرعا وقانونا، ولها حقوق مالية ناتجة عن الرابطة الزوجية كالنفقة والمهر، بالإضافة إلى حقوق مالية أخرى تنتقل إلى ذمتها عن طريق

1- رعد مقداد محمود الحمداني، مرجع سابق، ص 33.

2- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2006، ص 166.

3- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 57.

4- مسعودي رشيد، مرجع سابق، ص 13.

الإرث، والوصية والهبة تمكنها من التملك وإنشاء ثروة مالية خاصة بطرق قانونية وشرعية. كما أن للمرأة المتزوجة في الاسلام شخصيتها المدنية، وثروتها الخاصة المستقلة عن شخصية زوجها وثروته ولكل منهما ذمته المالية، وعقد الزواج لا يرتب أي حق لكل منهما قبل الآخر في الملكية أو الدخل، ولكن رتب للزوجة حقوقا على الزوج مجملها العدل في المعاملة والنفقة طالما كان عقد الزواج قائما[1].

واستقلال الذمة المالية، كما رأينا سابقا، هو استقلال كل من الزوج والزوجة بملكية أمواله الخاصة يخوله سلطات المالك عليها وفقا للقانون المدني استعمالا واستغلالا وتصرفا، هذا ما سوف أتعرض إليه:

1. سلطة استعمال الأموال المستقلة بملكيتها:

عملا بسلطة الاستعمال يكون لكلا الزوجين سلطة استخدام ماله الخاص في جميع وجوه الاستعمال التي أعد لها وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه استخداما يتفق وطبيعة المال بغية الحصول على منافعه غير الثمار والمنتجات فاستعمال كل من الزوجين لداره يكون بسكناها وسيارتها بركوبها وثيابه بلبسها. وما يميز استعمال كل من الزوجين لماله الخاص به عن استعمال غيره لهذا المال كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة في أن الزوج المالك قد يصل في استعمال ماله الخاص به إلى حد إتلافه دون حد لسلطته في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه من قيود أو بالحجر عليه لسفه أو مرض عقلي[2].

وعلى الرغم من ذلك فإن كلا من الزوجين يتقيد أيضا في استعماله لماله الخاص به بالقيود التي يفرضها القانون فليس لأي منهما أن يقيم بناء خارج حد التنظيم المرسوم من قبل الدولة، كما أنه ليس لأي منهما استعمال ماله الخاص به استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضرار فاحشا. كما أن لكل من الزوجين استعمال ماله الخاص به كما يشاء فإن لكل منهما أيضا عدم استعماله ذلك أن المالك ليس ملزما بممارسة سلطة الاستعمال، فإن كان لأي من الزوجين منزل فإن له أن

1- جاد الحق علي جاد الحق، استقلال الزوجة بذمتها المالية عن زوجها، فتوى بتاريخ 19 جمادى الأولى 1400هـ الموافق 04 ماي 1980، https://al-maktaba.org/book/432/329، تاريخ الولوج: 2021/03/20، على الساعة: 20:35.

2- شريف حمدي عبد الرحمن زايد، مرجع سابق، ص 131.

يسكنه أو لا[1]. أما بالنسبة إلى استعمال أحد الزوجين لحصته الشائعة في مال شائع بينه وبين آخرين فإن كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله كل سلطات المالك عليها مع مراعاة حقوق الشركاء الآخرين.

وعليه، فإن لكل من الزوجين استعمال حصته الشائعة على أن لا يلحق ضرار بالشركاء الآخرين[2]، هذا إذا كان المال الشائع قابلا للاستعمال المشترك كأن يكون دارا كبيرة فيسكنها الشركاء جميعا، أما إذا لم يكن كذلك فإن لكل من الزوجين أن يتفق مع شركائه الآخرين على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع فيما بينهم حيث ينتفع كل شريك بالمال الشائع بمقدار يتناسب مع حصته.

2. استغلال كل من الزوجين لماله الخاص:

يقصد بذلك قيام كل من الزوجين بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء وغلته. واستغلال كل من الزوجين لماله الخاص، قد يكون بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة، فيكون الاستغلال مباشرا إذا قام كل من الزوجين بنفسه بجني ثمار وغلة ماله الخاص، كأن يستغل أحد الزوجين سيارته للأجرة، فهذه الأخيرة تمثل غلة السيارة، كذلك كأن يزرع كل من الزوجين أرضه ويجني ثمارها، في حين يكون الاستغلال غير مباشر عندما يقوم الغير بجني ثمار المال الخاص بأحد الزوجين ويدفع مقابل الثمار للزوج المالك كأن يؤجر أحد الزوجين منزله للغير فيجني ثماره في صورة الأجرة أو أن يستغل أحد الزوجين سيارته بتأجيرها إلى سائق يستعملها للأجرة والأجرة التي يقبضها الزوج المالك من السائق هي غلة السيارة[3].

والاستغلال يمتد إلى جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية، وهذا النطاق يشمل الثمار والمنتجات، كما يشمل العلو والعمق[4]، فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية، والثمار المدنية هي التي يتمثل فيها الاستغلال؛ وللمالك أن يستغل العلو، فيؤجر مثلا لمن

1- رعد مقداد محمود الحمداني، مرجع سابق، ص 51.

2- شريف حمدي عبد الرحمن زايد، مرجع سابق، ص 131.

3- رعد مقداد محمود الحمداني، مرجع سابق، ص 53.

4- جاء في مضمون نص الفقرة الثانية من المادة 675 من القانون المدني الجزائري أنه: "... وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في المتع بها علوا وعمقا...".

يبني فيه ويتقاضى أجرة من مالك هذا البناء كما له ان يستغل العمق، كما في حالة المناجم والمحاجر مع مراعاة التشريعات التي صدرت في هذا الشأن[1]. أما فيما يتعلق باستغلال كل من الزوجين لحصته الشائعة في مال شائع بينه وبين آخرين، فإن كل من الزوجين يملك حصته الشائعة ملكا تاما وبالتالي له حق استغلالها مع مراعاة حقوق الشركاء الآخرين وعلى ذلك فإن لكل من الزوجين إيجار حصته الشائعة إذا كان المال الشائع قابلا للاستغلال المشترك[2].

3. تصرف كل من الزوجين بماله:

ويقصد بذلك، استخدام كل من الزوجين ماله الخاص به استخداما يستفيد به وفقا للسلطة المقررة له على رقبة المال أو على كيانه ووجوده. وتصرف كل من الزوجين بماله الخاص به قد يكون تصرفا ماديا، كما قد يكون تصرفا قانونيا، فالتصرف المادي هو ما يرد على مادة المال، فلكل من الزوجين القيام بالأعمال التي تؤدي إلى استهلال ماله كاستهلاك النقود، أو إتلافه كقلع التصرف المادي لا تثبت لغير المالك. أما التصرف القانوني فهو ما يرد على حق المالك ذاتهن فلكل من الزوجين القيام بالأعمال القانونية التي تؤدي إلى زوال حقه في ماله الخاص به كليا كبيع داره أو هبته[3].

وعلى الرغم من عدم تصور ملكية كل من الزوجين لماله الخاص به بدون سلطة التصرف، إلا أن هناك حالات استثنائية تتقيد فيها سلطة كل من الزوجين في التصرف في ماله الخاص به بصورة مؤقتة وذلك بموجب نص قانوني أو اتفاق إداري.

ثانيا: الآثار المترتبة عن مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين

إن إقرار المشرع استقلال الذمة المالية للزوجة عن الذمة المالية للزوج، يهدف إلى تحقيق العدل والمساواة بين طرفي العلاقة الزوجية في تحمل أعباء الحياة الزوجية واستفادة المشتركة من الحقوق المتعلقة بها، ويترتب على هذا المبدأ آثار[4]، والتي سأوردها كالآتي:

1- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 500.

2- شريف حمدي عبد الرحمن زايد، مرجع سابق، ص 133.

3- رعد مقداد محمود الحمداني، مرجع سابق، ص 57.

4- عويس بوعلام، حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017، ص 260.

1. حرية الزوجة في التصرف في ملكيتها ومالها:

ويتحدد نطاق الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين يمكنهم من مباشرة حقوقهم على هذا المال في ضوء هذا النطاق من استعماله واستغلاله والتصرف فيه[1]. أي بالمال ذاته وجميع أجزائه المكونة له أي عناصره الجوهرية التي لا يمكن فصلها عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير[2].

ويمكن تعريف حق الملكية على أن: حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله واستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون[3].

فنطاق الملكية لكل من الزوجين لا ينحصر في المال فقط، بل يمتد ليشمل ما يعتبر العناصر الجوهرية المكونة له، التي لا يمكن فصلها عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير فإن أمكن الاستغناء عن العنصر في الشيء دون تلف أو هلاك أو تغير فلا يعد عنصر جوهري، وإن كان يمكن أن يعد من التوابع. وتأسيسا على ما سبق فإن المال محل الملكية الخاص بأحد الزوجين يجب أن يكون معين بذاته، تعيين يسمح بفرزه عن غيره من الأموال، وهو شرط ممكن التحقق في المنقولات التي يسهل تميز أجزاءها وذاتها مثل المكينات والآلات، ذلك لأن انتقالها من مكان لآخر يشمل جميع هذه الأجزاء وعليه يمكن تحديد هذه الأجزاء أو العناصر الجوهرية[4].

أما إذا كان المال محل ملكية أي من الزوجين عقارا، فإما أن يكون بناء أو يكون أرضا، فإذا كان بناء فإن تماسك أجزاء البناء يحدد ذاتيتها فيملك الزوج المسالك البناء ذاته وأجزاءه التي تدخل في تكوينه كالجدران والسقوف والأعمدة والشبابيك وغير ذلك مما هو مندمج في البناء حيث لا يمكن فصله عنه دون المساس بكيانه أو التغيير فيه ، أما إذا كان العقار أرضا فإن المالك أيا كان من الزوجين يملك ما فيها من أتربة وأحجار وما ينبت فيها من غراس وأشجار، ولكن تحديد

1- شريف حمدي عبد الرحمن زايد، مرجع سابق، ص 128.

2- رعد مقداد محمود الحمداني، مرجع سابق، ص 45.

3- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د. ت. ن)، ص 493.

4- شريف حمدي عبد الرحمن زايد، مرجع سابق، ص 128.

الحدود الفاصلة بين الأراضي ليس أمرا يسيرا لأن الأرض ثابتة ولا ينفصل بعضها عن بعض كما هو الحال في المنقولات[1].

وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنه يحق للزوجة الرشيدة التصرف في مالها كله عملا بمبدأ استقلالية ذمة كل منها، سواء بعوض أو بدون عوض، ولا تحتاج في ذلك إلى ترخيص أو إذن من زوجها. والمشرع الجزائري أخذ ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة. فللزوجة أن تحتفظ بكامل أهليتها المالية بعد الزواج، ولها كامل الحرية في أن تدير أموالها، مادامت بالغة سن الرشد القانوني، فهي ليست بحاجة لا إلى إذن زوجها كما ذكرت سابقا، ولا لمساعدة حتى تقوم بكل التصرفات في أموالها، وليس للزوج الحق في منعها، ويترتب على هذه الاستقلالية تحملها لجميع الالتزامات عن العقود التي أرمتها مع الغير فتلزم بدفع الثمن في عقود البيع، والتعويض عن الضرر الذي ألحقته بالغير متى تقرر مسؤوليتها، ولا مجال للتضامن بين الزوجين في التعويض المقرر للغير بسبب خطأ الزوجة، وأي تصرف يقوم به أحدج الزوجين تجاه الآخر يعتبر كأنه تصرف لأجنبي[2].

ومن خلال استقراء المادة 1/37 من قانون الأسرة يتضح جليا أن المشرع الجزائري أقر باستقلالية الذمة المالية للزوجة وعدم تدخل الزوج في مالها الخاص، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك في ضمن عقد الزواج أو في عقد آخر يقضي بغير ذلك.

2. تبرع الزوجة من مالها الخاص مقيد بالثلث

إن التصرفات المالية التي تصدر من المرأة العاقلة الرشيدة إن كانت بغير عوض، أي على سبيل التبرع كالهبة والصدقة والوصية وسائر التبرعات، فمن الفقهاء من يرى بأنها صحيحة نافذة مطلقا، ولو أتت على جميع أموالها. في حين ذهب المالية إلى أن تبرعاتها صحيحة ومنافذة إذا كانت في حدود ثلث المال فلا يجوز لها أن تعطي بغير إذن زوجها، ولو كانت رشيدة، إلا من

1- رعد مقداد محمود الحمداني، مرجع سابق، ص 45.

2- دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1994، ص 164. انظر أيضا: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ، ص 164.

الثلث، مستدلين بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تجوز عطية امرأة في مالها إلا بإذن زوجها"[1]، ومنه، يدل الحديث على منعها من التصرف، بما يؤدي إلى إنهاك المال، والإتيان عليه بلا عوض، ما لم تكن هناك إجازة صريحة من زوجها، فإن الزوج الذي تجب عليه النفقة، له مصلحة أن يعترض على زوجته عند محاولتها منعه من الإرث، بتفويت أموالها على سبيل التبرع، كما أنه حماية للمرأة المتزوجة نفسها، من التبرع بمالها بدون حد[2].

والمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يأخذ برأي المالكية صراحة، وإنما أقر مبدأ حرية المرأة في التصرف في أموالها (استنادا لنص المادة 14 من قانون الأسرة)، إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته (عملا بأحكام المادة 1/37 من قانون الأسرة). غير أنه وانطلاقا من واجب التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وضرورة التشاور في تسيير شؤون الأسرة(المادة 36 في فقرتيها 3 و4 من قانون الأسرة)، استشارة الزوج في جميع التصرفات المالية التي تبرمها الزوجة بغير عوض(المادة 222 من قانون الأسرة)، فطالما أنه رب الأسرة وهو المكلف بالإنفاق، فهو الذي يسهر على مصالح زوجته المادية والمعنوية[3].

بالإضافة إلى ذلك، فإن الزوجة تخضع لقيد العام الوارد على الوصية، طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة، أن تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة الشرعيين[4]، والزوج يرث زوجته، وهو من أصحاب الفروض شرعا وقانونا.

3. استقلال الديون المستحقة على كل من الزوجين:

يترتب على استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين، وفقا لنص المادة 37 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري، أن يتحمل كل زوج الديون المترتبة في ذمته كما كان الحال قبل الزواج، فكل زوج مسؤول عن إبراء ذمته من ماله الخاص، واستقلال كل منهما بتحمل تبعة التنفيذ الجبري

1- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري على شرح صحيح البخاري، ت: عبد العزيز بن عبدالله بن باز، الجزء الخامس، دار الفكر، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، (د. ت.ن)، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج، الحديث رقم 2593، ص 3106.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 547 و548.

3- دنوني هجيرة، ص 160 و161.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 166090، بتاريخ 1997/07/26، إ.ق، عدد خاص، 2001، ص 298. نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1149 و1150.

على أمواله الخاصة بسبب امتناعه عن الوفاء بالديون المستحقة عليه[1]. ولا يحق لدائني الزوج مثلا أن يرجعوا على الزوجة ويطالبونها بتسديد ديون الزوج، ولا يجوز لدائني الزوج التنفيذ الجبري على أموال الزوجة عن امتناع الزوج عن الوفاء بديونه، فلكل واحد منهما ذمة مالية منفصلة ومستقلة عن ذمة الزوج الآخر، وكل واحد مسؤول تجاه الغير عن الديون التي رتبها في ذمته المالية؛ كما أن الدين المترتب في ذمة الزوج لفائدة زوجته _كدين النفقة مثلا_ يستقل عن الدين الذي في ذمة الزوجة لصالح الزوج، وعليه لكل واحد منهما اتخاذ الإجراءات القانونية التي أقرها المشرع لتحصيل ديونه من الطرف الآخر[2].

وقد أشارت المحكمة العليا في أحد قراراتها الحديثة المشهورة، إلى أن قضاة الموضوع طبقوا صحيح القانون، كون الطاعن (هو الزوج) يعترف صراحة بمبلغ مائة ألف دينار كدين في ذمته، ويطالب بالدين تجاه زوجته المطعون ضدها يجعل قاضي الدرجة الأولى مختصا للفصل في مبلغ الدين، وعليه فالوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه، مما يستوجب معه رفض الطعن[3].

وباعتراف الزوج بالدين تجاه زوجته أمام قاضي الأحوال الشخصية، يجعل هذا الأخير مختصا للفصل في مبلغ الدين المتنازع عليه. فإن الديون المستحقة على كل من الزوجين، هي أثر من آثار نظام الاستقلال النظري لذمم الزوجين، السائد في الفقه الإسلامي، وتبقى الديون المستحقة على كل منهما مستقلة بعد الزواج أيضا كما كانت قبله.

أما بخصوص المقاصة في دين النفقة، عند النزاع في مسائل النفقة بما على الزوجة من ديون تجاه زوجها، وهذا أمر وارد بين الزوجين لحل الخصومة المتعلقة بالديون الشخصية للزوجين، بعد إقرار استقلالية الذمة المالية للزوجين من خلال نص المادة 01/37 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه إذا طلب الزوج المقاصة بين نفقة زوجته، ودين له عليها، لا يجوز لقضاة الموضوع الإجابة إلى طلبه إلا إذا كانت موسرة قادرة على أداء الدين من مالها[4].

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 549.

2- عويس بوعلام، مرجع سابق، ص 263.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 279878، بتاريخ 2002/04/10، م.ق، 2003، العدد 1، ص 378.

4- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 550 و551.

4. تقاسم الزوجين عبء الانفاق على الأسرة:

إن استقلال الذمم المالية للزوجين يبقى نظريا إلى حد كبير، لأن الفارق شاسع بين النصوص القانونية والحياة الواقعية، فهذا الانفصال الظاهر لأموال الزوجين تحده بعض الأعراف المحلية التي تقضي بضرورة التعاون بين الزوجين على تحمل تكاليف أعباء الأسرة[1].

وبإقرار المشرع الجزائري مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في العمل وتولي الوظائف العامة، لم يميز في ذلك بين المرأة المتزوجة وغير المتزوجة، ونص على أنه لا يوجد في القانون ما يمنع الزوجة من العمل(المادة 19 من ق. أ. ج)[2].

بعد إلغاء جميع أشكال التمييز تجاه المرأة، أصبحت المرأة المتزوجة تحترف الأعمال المكسبة، تصرف على بيتها وأولادها خلال فترة الزواج مما يستوجب معه الاعتراف بمساهمتها لتنمية أموال الأسرة مع الرجل في كل كبيرة وصغيرة[3]؛ على الرغم من أن الأصل العام في التشريع الجزائري هو التزام الزوج بالإنفاق، إلا أنه من خلال نص المادة 36 التي وجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، ورغم عمومية هذا النص، إلا أنه يفرض على الزوجين واجب مراعاة تربية الأولاد والقيام بشؤون الأسرة وما تقتضيه من متطلبات مادية ومعنوية، إضافة على ذلك ما أقرته المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، ولعل حالة عجز الأب المذكورة ضمن المادة يمكن تفسيرها بالإعسار، ويستشف من ذلك أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الإمام مالك الذي فرق بين الزوج المعسر والموسر، واعتبرها في الحالة الأولى متبرعة، وما عدا هذه الحالة يعتبر دينا في ذمة الزوج ولها أن تدخل مع بقية الغرماء بدينها حسن يسره[4].

لكن قد يستأثر الزوج بكل الثروة الزوجية، دون إعارة أي اهتمام إلى كد الزوجة ومساهمتها ومجهودها في تنمية الأسرة، ولا تثار مسألة استرداد ما أنفقته الزوجة لا يثار في غالب الأحيان إلا في حالة الطلاق، وحدد القانون للقاضي تقدير النفقة من يوم رفع الدعوى ابتداء من تاريخ تسجيلها

1- عويس بوعلام، مرجع سابق، ص 263.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 33397، بتاريخ 1984/06/25، م.ق، 1989، العدد 3، ص 41، نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، ص 278.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 558 و559.

4- حداد فاطمة، الذمة المالية للمرأة المتزوجة: استقلالية قانونية واتحاد فعلي في التشريع الجزائري، مجلة جيل حقوق الانسان، مركز جيل البحث العلمي، العدد 18، أبريل 2017، ص 71.

بكتابة الضبط كأصل عام، ويجوز لها على سبيل الاستثناء المطالبة بذلك لمدة لا تتجاوز السنة، ويجب عليها إثبات أن الزوج أخرجها نهائيا من بيتها ووضعها في بيت أهلها، وأنفق وليها عليها، أو أنفقت من مالها إن كان لها مال[1].

الفرع الثاني: نظام الاشتراك في الأموال

قد يكتسب الزوجان أموالا مدة الزواج، أي أثناء قيام الزوجين، الأمر الذي يطرح مشاكل خطيرة في حال الخصومة أو النزاع، خصوصا بعد الافتراق، مما يؤدي بالتشريعات أن تجيز لهما الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أثناء فترة الزواج، تنظيم الأموال المشتركة بينهما. فإنه رغم الاستقلالية بين الزوجين، بما في ذلك الذمة المالية المستقلة، هناك في الحقيقة اتحاد فعلي لذمم الزوجين وفقا للمصالح الزوجية المشركة.

ولا يجوز لأحدهما التصرف بكل حرية في الأموال المشتركة، بما يضر المصالح المادية للأسرة، وأن ديون الأسرة إنما هي ديون مشتركة مستحقة على الزوجين معا؛ كما أن المرأة العاملة أو الموظفة قد تساهم بقسط وفير في تنمية أموال الأسرة واستثمارها، مما يستوجب إنصاف المرأة في هذا الخصوص، وفقا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة[2].

أولا: تعريف نظام الاشتراك في الأموال

يعد نظام الاشتراك في الأموال أو الأملاك، نظام اختياري يخول للزوجين اللجوء إليه عند إبرام عقد الزواج أو في تاريخ لاحق، غير أنه لا يمكن أن يؤدي اختيار هذا النظام إلى المساس بقواعد الإرث، كما أن المهر لا يدخل في الأملاك المشتركة ذلك لأنه خاص بالزوجة[3].

1- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، الجزء الأول، ص 184.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 552.

3- محمد الشافعي، نظام الأموال بين الزوجين في القانون التونسي: نموذج للقانون المغربين مجلة محاكمة، العدد 5، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، يناير 2009، ص 18.

وقد وردت عدة تعريفات بشأن نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين، حيث يعرف على أنه: القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين وتحديد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج وبعده وطريقة التصفية والقسمة بينهما على التساوي[1].

بتحليل هذا التعريف، يستشف منه إجماع على جملة من الاتفاقات المالية المشتركة بين الزوجين، والمعمول بها في أغلب التشريعات الغربية على صياغة واحدة باعتبار أن جل هذه الأنظمة لها حكم واحد وطرق متشابهة في التسيير والقسمة والتصفية المالية بين الزوجين.

ويعرف كذلك بأنه: "عقد أملاك الزوجين ينظم أملاك الزوجين مدة بقاء الزوجية ويبين مقدار اشتراك كل واحد منهما في نفقات المعيشة الزوجية"[2]. وهذا التعريف وردت فيه صياغة "عقد" كأنه يعرف الوثيقة الرسمية لهذا النظام، على الرغم من أنه كان على وفاق في تحديد تعريف للعقد المالي، إلا أنه لم يعرف النظام المالي الاشتراكي بين الزوجين.

أما في الفقه الفرنسي، فيعرفه على أنه: النظام الذي يتم بمقتضاه التحديد المسبق لمسار العلاقات المالية بمناسبة عقد الزواج. فكل طرف يساهم بماله في تكوين الثروة العائلية يكون على دراية بما يملك منها ويملكه الطرف الآخر، وفي حالة النزاع أو انحلال الزواج تكون أموال الزوجين مملوكة على الشيوع بينهما بنية النصف[3].

وبالرجوع إلى التشريعات الغربية، نجد أن المشرع الفرنسي نظم الملكية المشتركة بين الزوجين تنظيما دقيقا ويتأكد ذلك بموجب نص المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي[4]، حيث أشارت إلى أن الملكية تكون مشتركة بين الزوجين في حالتين، الأولى إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة، والثانية إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما الزوجين، في حين لا تكون الملكية مشتركة بين الزوجين إذا صرح الزوجان بأن

1- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي للزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، 2010، ص 78.

2- سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، المجلد الرابع، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2001، ص 1292.

3- Pierre Sipiteri, l'égalité des époux dans le régime matrimonial légal, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, P. 40.

انظر أيضا: رحاوي آمنة، مرجع سابق، ص 49 و50.

4- Art 1400 du code civil français.

زواجهما يخضع لنظام مالي آخر عن طريق اتفاق خاص يعقد بينهما ويقترن بعقد الزواج يسمى مشارطة الزواج[1].

أما في التشريعات العربية، فلا نجد أي تنظيم تشريعي أو حتى وجود قانوني للملكية المشتركة بين الزوجين، وإن وجدت فإنها توجد برضا الطرفين وليس بنص القانون، عدا المشرع التونسي الذي تطرق لتعريف نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين، حيث عرفه على أنه نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو حمله من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة[2]. وجاء هذا التعريف مسايرة للمنظومة الاجتماعية بتونس، وذلك بخروج المرأة التونسية للعمل ومساهمتها في نفقات المعيشة الأسرية.

والمشرع الجزائري يعتبر من بين التشريعات التي لم تتطرق إلى تعريف نظام الاشتراك في الأموال، واكتفى فقط بما جاء به من خلال نص المادة 37 فقرة 2 م ق. أ. ج، حيث أدخل عليها تعديل جديد بقولها: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"[3]. إلا أنه كان على المشرع الجزائري تنظيم الملكية المشتركة بين الزوجين، وتوضيح

1- الأصل بحسب أحكام القانون المدني الفرنسي أن تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك وقد أجاز المشرع الفرنسي للزوجين اللذين يريدان الخروج على قواعد هذا النظام أن يعلنا عن رغبتهما هذه في مشارطة يعقدانها ويبينان فيها النظام المالي الذي اختاراه فإذا لم يستعمل الزوجان هذه الرخصة ولم يحررا المشارطة خضع أموالهما حتما لنظام الاشتراك يكونه أثرا من الآثار التي يرتبها القانون أصلا على الزواج، وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1964/03/19 في الطعن رقم 349 لسنة 29 القضائية مكتب فني 15 ج 1 ق 62 ص 372. الطعن تضمن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب في مسألة النظام المالي بين الزوجين، نظام المشاركة في الأموال، منشور بتاريخ 2020/09/03، على موقع رواق الجمل، الرابط: https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2020/09/349-29-19-3-1964-15-1-62-372.html، تاريخ الولوج: 2021/03/21، على الساعة: 22:00.

2- الفصل الأول من القانون عدد 91 لسنة 1998، المؤرخ في نوفمبر 1998، المتضمن نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

3- ينطبق على هذه المادة، المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، ظهير الشريف رقم 22.04.1 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 هـ (03 فبراير 2004)، بتنفيذ رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، ج. ر. م، ص 425.

حدود اتفاقهما بشأنها، حيث يعلم الزوجان المشروع منها والممنوع، ذلك أنه يمنع شرعا وقانونا، أي اتفاق بين الزوجين يؤدي إلى تغيير نظام النفقات المالية[1].

والملاحظ من خلال التشريعات عند تنظيمها لقوانين الأسرة لازال يعتريها قصور تشريعي وجب تداركه بسرعة، لأن مؤدى هذا الفراغ مشاكل زوجية قد تنتهي بالطلاق في أغلب الحالات خصوصا بعد خروج المرأة للعمل والتوظيف ولما قد يرتبه راتبها الشهري من عوائق ومشاكل أسرية.

من خلال ما تقدم، فإن نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين ينطلق من مبدأ المساواة بين الزوجين وبفكرة التضامن المادي بينهما، إذ هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد وتنظم سير واستثمار الأموال التي يكتسبها الزوجان معا وباتفاقهما خلال الحياة الزوجية، بموجب عقد يضمن تلك الحقوق المالية المشتركة في حالة انقضائه وفق الطرق التي تقضي بذلك.

ثانيا: الطبيعة القانونية لنظام الاشتراك في الأموال في قانون الأسرة الجزائري

عند البحث في الطبيعة القانونية للاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين، لابد لنا من الرجوع إلى النصوص القانونية التي نظمته، فمن خلال نص الفقرة الثانية من المادة 37 من ق. أ. ج المذكور أعلاه، يتضح الاختلاف في وجهات النظر حول اتفاق الشراكة المالية بين الزوجين، فتارة جاء على أنه يشترط من الشروط التي يمكن أن تندرج ضمن عقد الزواج، وتارة أخرى في عقد رسمي لاحق مستقل عن عقد الزواج، ويفهم منه حتى أنه عقد من ضمن العقود المدنية.

غير أنه عند تحليل هذه المادة التي جاء فيها: "**يجوز للزوجان أن يتفقا**" لم تأتي بعبارة أخرى، كقول المشرع: "**يجوز للزوجان أن يشترطا**..." مثلا. هذا ما يؤكد الخلاف بين مصطلح الاتفاق ومصطلح الاشتراط.

فالاتفاق هو اتحاد شخصين أو جملة من أشخاص على تقرير نتائج قانونية، ويرمي العاقدان بالتعاقد إما إلى تقرير أو نقل حق عيني أو تقرير التزامات متنوعة، وتتجري العادة على أن يستعمل أحيانا الواحدة منهما بدل الأخرى[2]. بينما الشرط هو تصرف بالتزام أحد الطرفين

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 556 و557.

2- مصطفى مجدي هدجة، العقد المدني: أركانه، آثاره، بطلانه، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2002، ص 12.

بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف بناء على اشتراط الطرف الآخر بأية عبارى تفيد ذلك[1].

وفي هذا الشأن لابد للإشارة إلى أن المشرع الجزائري في المادة 19 أقر للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذا الشروط مع أحكام هذا القانون.

وعليه، فإذا كان حق الاشتراط مكفول في القانون، ولكلا الزوجين الحق في أن يشترطا ما يشاءان مادام هذا الشرط لا يتنافى وأحكام قانون الأسرة، فيمكن لهما أن يحددا كيفية تسيير الأموال المكتسبة ووضع شروط لتحديد نسبة كل منهما فيها، ومنه، يمكن هذه المسألة أن تحل مشكلة النزاع حول الأموال المكتسبة.

ثالثا: عقد الأموال المشتركة بين الزوجين

لما كان العقد هو المظهر الحقيقي للحرية الإنسانية، فقد اعتبر مبدأ التعاقد حول تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية السبيل الأوحد لإيجاد قانون عادل يحكم حياة الزوجين وينظم علاقتهما المالية، ويكون شاهدا على حقوقهما وواجباتهما التي ارتضيا قبولها والإلزام بها.

وعلى إثر ذلك منحت التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري إلى جانب التشريعات الغربية حرية إفراغ اتفاق الزوجين حول المكتسبات الزوجية وكيفية إدارتها واستثمارها وتحديد نسب الاستحقاق في الريع في قالب شكلي قانوني يتمثل في وثيقة تتضمن شروط الاتفاق المبرم بينهما، هذا الاتفاق يكون ملازما ومصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج استنادا لنص المادة 19 من قانون

1- محمود بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في ق. أ. ج، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009/2008، ص 454. انظر أيضا: مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران 1، الجزائر، 2015/2014، ص 186.

الأسرة، أو يأتي لاحقا من غير تحديد الأجل طبقا لما جاء في المادة 37 من قانون الأسرة[1]. وبالرجوع إلى التشريعات الغربية، مثلا في فرنسا قبل إبرام الزواج رسميا أمام ضابط الحالة المدنية يتفق كل من الخاطب وخطوبته على أحد الأنظمة التي تتلاءم وحياتهما المالية، حيث يمكنهما أن يختارا نظام فصل الأموال أو نظام المساهمة في المكتسبات، كما يمكنهما أن يختارا نظام الاشتراك الاتفاقي، ولا يتدخل القانون إلا في حالة عدم ممارسة الخطيبين لحقهما في الاختيار، فيخضعان تلقائيا لنظام الاشتراك القانوني[2]. وفي مصر قد أثار ضجة كبرى بمناسبة صدور مشروع قانون ينظم ميدان الأحوال الشخصية، حيث أتى المشروع بنقطة جوهرية تتمثل في منح الافراد المقبلين على الزواج سلطة أكبر في تحديد الشروط التي يتم العيش وتوزيع الأموال وفقها بإرادتهما الحرة، خلال فترة زواجهم، وذلك يوضع رهن إشارتهم عقودا نموذجية، تتضمن مجموعة من النقط، وجب عليهم الحسن فيها بحسب اتفاقهم؛ وقد تضاربت المواقف حول طبيعة هذا المقترح الجديد بين مؤيد ومعارض[3].

أما المشرع الجزائري فقد جعل الاشتراك في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية استثناء من القاعدة التي تقضي بفصل موالهما، أقر إمكانية خرق هذه القاعدة بالاتفاق على طريقة استثمار الأموال وتوزيعها، وما هذا الاختيار الممنوح إلا أثرا لفكرة ارتباط النظام المالي بقانون العقود ومبدأ الحرية التعاقدية، الذي لا يعرف أية قيود إلا تلك الواردة عادة على سلطان الإرادة. ومبدأ حرية التعاقد هذا قد يجعل الزوجين لا يقصران محل تعاقدهما على مجرد توزيع الالتزامات المالية وتحديد ملكية أموالهما، بل قد يتجاوز الأمر ذلك الاتفاق على انشاء شركة لاستثمار هذه الأموال[4].

1- زبيدة إقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية والبحوث القانونية، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2012، المجلد الثالث، ص 56.

2- Gabriel Marty, Pierre Raynaud, droit civil : les régimes matrimoniaux, 2eme éd, Sirey, Paris, 1986, P17.

انظر أيضا: بن يحي أبوبكر الصديق، ضامن عبد القادر، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري: دراسة نقدية، العدد الثالث، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 3، جامعة ويان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2016، المجلد الأول، ص 121.

3- شريف حمدي عبد الرحمن زايد، مرجع سابق، ص 152.

4- بن يحي أبوبكر الصديق، ضامن عبد القادر، مرجع سابق، ص 121.

وخلافا على باقي التشريعات التي كانت سباقة إلى إدخال مبدأ سلطان الإرادة كآلية لتنظيم الأموال المكتسبة من طرف الزوجين، والتي أحاطته بنظام خاص من جميع جوانبه الشكلية والموضوعية، في حين أن المشرع الجزائري جاء بنظام تعاقدي ذو مقتضيات عامة، محددة في بضعة أسطر دون تحديد لمضمون وطبيعة العقد الذي يتمخض عن اتفاقات الزوجين في هذا الشأن؛ فالمشرع الجزائري لما منح للمقبلين على الزواج الحرية الكاملة في تحديد طريقة وكيفية تدبير أموالهما، يكون قد استحدث نظاما تعاقديا مخالفا لما يعرف في القانون المدني الفرنسي بالنظام الاتفاقي، لكون هذا الأخير جعل الأصل هو اتحاد الذمم، وفي مقابل ذلك منح الراغبين في الزواج الاتفاق على اختيار نظام مالي معين من مجموع الأنظمة المالية المحددة في القانون المدني، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد حدد طبيعة العقد الذي يمكن للزوجين أن يفرغا فيه إرادتهما، وذلك حسب الشروط والأحكام المنصوص عليها في القانون؛ غير أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة هذا العقد ولم يضع له أية شروط، حيث يمكن للزوجين الاتفاق حسب ما تمليه و تقتضيه مصلحتهما، فإرادتهما حرة في تحديد مضمون العقد ولا تكون ملزمة بصبه تحت عنوان عقد من العقود المسماة. كما أن المشرع الجزائري لم يحدد الشروط الواجب توافرها في عقد الاشتراك في الأموال، وترك للأطراف الحرية التامة في تحديدها تطبيقا للقاعدة العامة المقررة في القانون المدني استنادا لنص المادة 106 منه. إضافة إلى ذلك لم يحدد مفهوم العقد ولا طبيعته ولا الأساس المعتمد في تحديد النسب ومن ثم كيفية توزيعها.

ومنه، فإذا اختار الطرفان المتناكحان ضابط الحالة المدنية ببلدية إقامتهما أو إقامة أحدهما لتسجيل عقد زواجهما فإن اتفاقهما المتعلق بالأموال المشتركة بينهما يبقى مجرد اتفاق شفوي يعلن في مجلس العقد أما الضابط المؤهل والشاهدين والولي، ولا يمكن تدوين هذه الشروط ولا هذا الاتفاق في الاستثمارات المعدة لعقود الزواج، وهنا لا خيار أمام الطرفين إلا إبرام وثيقة مستقلة أمام الموثق. أما إذا كان عقد الزواج سيتم إبرامه بين يدي الموثق إن ذلك أفضل لأن هذا الأخير بإمكانه تحرير كل الشروط التي يتقدم بها الزوجة والزوجة سواء كانت شروطا عامة أدبية أو مالية، استنادا لنص المادة 19 من قانون الأسرة.وحتى يكون العقد صحيحا منتجا لآثاره، لابد من توفر الشروط الشكلية والموضوعية الي ينص عليها القانون، ففيما يتعلق بشكل العقد المالي للزواج، قد

بين المشرع الفرنسي ذلك من خلال أحكام المادة 1/1394 بأنه عقد رسمي يتم تحرير أمام الموثق بتراضي الزوجين وحضورهما مع كل الأطراف المعنية أو من ينوب عنهم بمجلس العقد[1].

ونظرا لخطورة العقد المالي للزواج في المستقبل بالنسبة للزوجين في علاقتهما المالية وبالنسبة للغير معهما لذلك أو جب المشرع الفرنسي تحريره أمام موثق؛ كما يجب تحريره أمام موثق واحد، ويحتفظ هذا الأخير بالعقد الأصلي وتسلم نسخة إلى الأطراف المعنية، وإن كان أحد الأطراف غير قادر على الإمضاء، فيكون بحضور شاهدين أو موثق ثان، وتكون مصاريف العقد المالي المتمثلة في أتعاب الموثق، التسجيل والعشر مناصفة بين الزوجين المعتمدين لنظام الانفصال المالي وتنصب هذه المصاريف على الكتلة المشتركة بالنسبة للزوجين المعتمدين لنظام الاشتراك المالي وإن كانت هذه الديون قبل الزواج لكنهما بمناسبته؛ ضف على ذلك لابد من حضور جميع الأطراف أو من ينوب عنهم، فيتم أثناء ذلك الإمضاء في نفس الوقت ويقصد بالأطراف في صلب النص(الزوجان، الوالدان، بالنسبة للزوجين القصر، الأقارب، أو الغير أحيانا، ومقدمو الهبات المالية للزوجين). وفي حالة وجود وكلاء لابد من وكالة خاصة رسمية من طرف موثق يحدد فيها النظام المالي المعتمد.

أما عن مضمون العقد فيتضمن العقد تحديد النظام المالي المختار من طرف الزوجين، وسلطات كل واحد منهما على هذه الأموال وكل ما يتعلق بالعلاقات المالية بينهما. كما يمكن أن يتضمن هذا العقد شروط غير مالية، كما سبق وأن أشرت، كالاعتراف بالأبناء الطبيعيين مثلا.

وأما فيما يتعلق بإشهار العقد المالي، فإنه لا تقتصر أهمية هذا العقد على الزوجين فقط في تنظيم علاقتهما المالية، بل تتعدى هذه الأهمية مصالح الزوجين إلى الغير الذي يدخل في علاقات مالية معهما في معرفة أموال وسلطات كل واحد منهما عليها، لهذا أوجب المشرع الفرنسي إشهار عقد الزواج المالي، حتى يتاح للغير العلم به، لمعرفة أموال كل واحد منهما وسلطاتهما عليها[2].

1- Art 1394/1 C.CIV.F : Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par un acte devant un notaire en présence et avec le consentement simultané de toutes les personnes qu'y sont partie ou de leurs mandataires.

2- رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص 320 و321.

غير أنه فيما يتعلق بالشروط الموضوعية الواجب توافرها في العقد المالي، فإنه يخضع لأحكام الشريعة العامة كأي عقد مبني على اتفاق إرادتي الأطراف بالإضافة إلى القواعد الخاص بالموضوع الأساسي للعقد المالي والأركان الخاصة به تتمثل في كل من التراضي والأهلية، تاريخ العقد المالي، وموضوع هذا العقد.

رابعا: النتائج المترتبة على نظام الاشتراك في الأموال

يترتب على نظام الاشتراك في الأموال نتائج معينة، والتي تتمثل في الآتي:

1. الاتفاق على تنظيم الانفاق بين الزوجين:

حثت مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها باهتمام بالغ على التعاون والتراحم والتكافل والتعاطف بين الزوجين على وجه الخصوص، لقوله تعالى: ﴿...**وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ٢**﴾[1]، ولا شك أن هذا التعاون يكون من باب أولى بين الرجل وزوجته؛ فالشريعة الإسلامية وإن جعلت مسؤولية الانفاق على الأسرة يقع على عاتق الزوج بالدرجة الأساس، إلا أنها لم تجعل الزوجة في حل من مسؤولية الانفاق على الأسرة بشكل مطلق فيما إذا كان زوجها فقيرا أو معسرا أو أن ما يجخله من مورد لا يكفي نفقة زوجته وأولاده، وكانت هي موسرة ولديها الأموال الكافية للإنفاق على أسرتها فقد ذهب رأي ممن الفقهاء إلى أن الزوجة ملزمة بالإنفاق على زوجها وأولادها في هذه الحالة[2].

وبناء على ما تقدم، فإن الشريعة الإسلامية منضبطة وازنت بين الحقوق والواجبات بلا إفراط ولا تفريط، وعقد الزواج يرتب حقوق وواجبات متقابلة بين الزوجين، وواجبات كل طرف في العقد تمثل حقوقا للطرف الآخر منه، فلا بد لكلا الزوجين الالتزام بهذه الواجبات.

على هذا الأساس، وجب على الرجل العمل والكد لتحصيل المال وإنفاقه بما هو ملزم به من توفير ما تحتاجه الأسرة في كل أمور الحياة، بالمقابل يكون من واجب الزوجة القرار في البيت

1- سورة المائدة، الآية 2.

2- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د، ت، ن)، الجزء التاسع، ص 254.

لتربية الأولاد والقيام بحق الزوج وتهيئة أسباب راحتهما[1]. وفي عصرنا الحديث أصبحت الزوجة تشارك زوجها في العمل والوظيفة في كثير من الأحيان حتى أصبح الخروج من المنزل للعمل أمرا معتادا، هذا ما قد يترتب عليه من تقصير في واجبها المفروض عليها تجاه أسرتها، كما يزعم البعض على قوله، وبالتالي فإن هذا يبيح للزوج أن يتفق معها أو يشترط عليها المشاركة في نفقات البيت والأسرة في مقابل الخروج، وفي مقابل الانتقاص من واجبها في رعاية الأسرة والأولاد، على أن يكون هذا بالتراضي بينهما وبدون أي وسيلة للإكراه.

وقد يكون هذا الاتفاق بين الزوجين على شكل شرط يشترطه الرجل على المرأة قبل إبرام عقد الزواج، فيسمح لها بالخروج للعمل مقابل مشاركتها في نفقات الأسرة وفي الحالتين يكون الاتفاق ملزما للطرفين. غير أن هذا الشرط مناف للقاعدة العامة التي توجب على الزوج مسؤولية الانفاق على الأسرة وإن كانت الزوجة ميسورة الحالة ولها سعة من المال، وبالتالي فإنه على سبيل المخالفة، أن تكون مشاركة الزوجة بالإنفاق برضاها وعلى سبيل التبرع والصدقة على بيتها وأولادها، إذا كان زوجها فقيرا أو معسرا لسبب معين.

مما سبق بيانه، يمكن القول أن إنفاق الزوجين على الانفاق على الأسرة وتحديد مسؤولية كل من الزوجين تجاه الأسرة لابد له من توافر شرطين، أولهما، أن تكون المرأة موسرة ماليا أو لها عمل يدر لها واردا أو راتبا ماليا، وثانيهما أن يكون الإنفاق بين الزوجين بالتراضي وبطيب نفس من الزوجة وليس عن طريق الإكراه، بتحقق هذين الشرطين يكون الاتفاق من الأمور المحمودة والمشروعة، أما إذا لم تكن الزوجة موسرة، أو لم يكن لها عمل يكون لها منه وارد مالي أو راتب، فليس للزوج أن يتفق معها ولو برضاها على مشاركتها بالإنفاق على الأسرة، لأن الرجل ملزم وحده بالإنفاق على الأسرة حتى ولو كان معسرا.

لذلك لا يمكن الجزم أن اتفاق الزوجة مع زوجها على الانفاق على الأسرة ومشاركتها لزوجها في أعباء هذا الانفاق فيه مخالفة للأصل العام في كون الزوج هو الملزم بالإنفاق، مادام هذا الاتفاق ضمن الحدود والشروط التي تسمح بها الشريعة الإسلامية، وذلك لما يحققه هذا الاتفاق من مصلحة مشروعة للأسرة في كل جوانب حياتها وتحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية.

1- سعد حسين عبد ملحم، عبد الرزاق طلحة عبد الجبار الحلبوسي، مشروعية الانفاق على تنظيم الانفاق في الأسرة بين الزوجين: دراسة قانونية مقارنة مع الشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 5، العدد 1، 2021، ص 39.

وبالتالي فالزوجة ما عليها إلا الوفاء بالتزامها بالشرط، فإن لم تفي به جاز للزوج إثبات الشرط أو الاتفاق أمام القضاء والمطالبة بإلزامها بالوفاء بالتزامها، ولا يعد هذا خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بمسؤولية الزوج عن النفقة على الأسرة، كما لا يمكن للزوج إلزامها بالمشاركة في الانفاق على الأسرة بدون رضاها.[1]

2. **مساهمة الزوجة في تنمية إيرادات الأسرة:**

لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما أجاز للزوجين أن يتفقا على كيفية الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها أثناء الزواج، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما(المادة 2/37 من قانون الأسرة الجزائري)، وهذا وفقا لمساهمة كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء من أجل ذلك[2]. وهذا يدخل فيما يسمى بالسعاية[3]، وهذا يخص الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج، ولا يتناول ما كان يملكه كل واحد منهما ملكية خاصة قبل إبرام العقد، وكذا كل مال استفاده خلال مدة الزواج من هبة أو صدقة أو ميراث[4].

فإذا لم يكن بين الزوجين اتفاق أو عقد شركة لتنمية أموال الأسرة[5]، فإن أمر تقويم هذه الأموال المشتركة إلى القواعد العامة للإثبات، فيمكن لكل واحد منهما أن يثبت مساهمته ومجهوداته، فيما تحقق من كسب وأموال خلال الحياة الزوجية، بكافة وسائل الإثبات المقررة شرعا وقانونا.

هذا، ويعتبر حق الكد والسعاية من العادات الأصلية، في المناطق المغربية، ويتم بموجبه الاعتراف للزوجة بالحق في أخذ نصيب معلوم من الأموال المكتسبة أثنا الزوجية، إذا أثبتت أن لها

1- سعد حسين عبد ملحم، مرجع سابق، ص 44-46.

2- دنوني هجيرة، المستحدث في تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة دراسات قانونية، العدد السابع، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010، ص 14 و15.

3- ويقصد بالسعاية جميع الحقوق التي تضمن للمرأة المكسب المالي الذي نتج عن كدها وجهدها وسعيها. انظر: عويس بوعلام، مرجع سابق، ص 270.

4- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 559.

5- يمكن تعريف الشركة بأنها عقد يتم بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه، وأن يكون إذن التصرف لهما أو على الاشتراك على عمل والربح بينهما. انظر: محمد بن براك الفوزان، الأحكام العامة للشركات: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2014، ص 21.

جهدا ظاهرا في اكتسابها أو تنميتها، ويكون نصيبها فيها على قدر مساهمتها، أي على قدر جهدها في تنمية أموال الأسرة، وذلك دون المساس بحقوقها الثابتة شرعا أو بمبدأ استقلال الذمم[1].

وعلى الرغم من أننا نتحدث في العلاقة المالية الناشئة بين الزوجة وزوجها، فإن فكرة السعاية أي المشاركة في تنمية ثروة الأسرة، هي عرف غير قاصر النطاق على الزوجة وحدها، وإنما قد يستفيد منها أفراد الأسرة، كل حسب كده واجتهاده ومساهمته في تنمية المال[2].

أما في الجزائر، أصبحت الزوجة تخرج إلى ميدان العمل بهدف الاكتساب، وهي تساهم فعليا في الانفاق مع الرجل في كل صغيرة وكبيرة، وتصرف على بيتها وأولادها[3]، مما كان يستوجب معه الاعتراف بمساهمتها في تنمية ثروة الأسرة، وكذا تنظيم مساهمة الزوجة الموسرة والعاملة في الانفاق في حالة عسر الزوج بالانفاق، كما سبق توضيحه.

في هذه الحالة، حق الزوجة الشرعي ثابت لها بواسطة القواعد العامة للإثبات، في تنمية أموال الأسرة المكتسبة أثناء قيام الزوجية، وفقا لقيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف[4].

وتجدر الإشارة، إلى أن نص الفقرة 2 من المادة 37 من قانون الأسرة، جاء على شكل مبدأ قانوني، أعطى المشرع الجزائري من خلاله للزوجين الحق في الانفاق، في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها أثناء مدة الزواج، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، لكنه أغفل عن التفصيل في المسألة، كما أنه لم يحدد الأموال المشتركة ولا كيفية استثمارها، ولاحتى كيفية توزيعها في حالة النزاع، وغير ذلك من المسائل خصوصا أمام عمومية النص المذكور أعلاه.

والملاحظ على ذلك، بأن مساهمة الزوجة في تنمية أموال الأسرة، من المسائل الواقعية، لها علاقة بالاستحقاق إذا تعلق النزاع بالعقار، وبالاثراء بلا سبب إذا ارتبط الأمر بخصوصه تخص المنقول. فإنه يجوز لها إثبات هذا الحق بكل وسائل الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، إعمالا للقاعدة المعروفة في ميدان التقاضي أن البينة على المدعي.[5]

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 560.

2- محمد الكشبور، مرجع سابق، ص 391 و392.

3- دنوني هجيرة، المستحدث في تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مرجع سابق، ص 156.

4- محمد مومن، حق الكد والسعاية: حق المرأة في اقتسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغربي، مجلة الحقوق، السنة الثلاثون، العدد الثاني، جامعة الكويت، 2006، ص 201.

5- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 562.

3. مصير المسكن الزوجي:

إن مسكن الزوجية يرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ استقلال ذمم الزوجين، حيث أن القانون الجزائري يأخذ بنظام استقلال الأموال كنظام مالي للزوجين، الأمر الذي يترتب عليه استقلال ملكية أموال كل من الزوجين عن الآخر[1]، كما أسلفت الذكر.

وقد تشترك الزوجة مع زوجها في ملكية السكن العائلي، سواء عن طريق أسباب الملكية المعروفة في القانون المدني، أو الأسباب الخاصة بقانون الأسرة، كأن يدفع الزوج لزوجته جزء من داره في صداقها. ومنه تنشأ الملكية المشتركة بينهما[2]، وإعمالا لهذه القاعدة يكون السكن إلى الزوج الذي معه سند الملكية، فإنه يحافظ كل واحد من الزوجين على ثروته الشخصية خلال الزواج وبعده ويمكن أن يثبت ملكية السكن بعقد ملكية، سواء اتجاه الزوج الآخر أو الأغيار؛ فإذا ادعى الطرف الآخر في مساهمته في تكاليف السكن بكل الوسائل جاز للمحكمة تحديد مما تحمله من أعباء مالية من أجل ذلك، وإدخال السكن الزوجي في عملية اقتسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج[3].

أما في حالة الطلاق يجب قسمة السكن بينهما مع مراعاة ما إذا كانت هذه الزوجة حاضنة أم لا، فإذا كانت حاضنة، لها حق البقاء في السكن الزوجي إذا كان ملكا للزوج في حالة الملكية المشتركة بينهما طبقا، ويسقط ذلك الحق بأسباب سقوط الحضانة، فتخضع القسمة حينئذ إلى أحكام قسمة الملكية الشائعة في القانون المدني؛ إما إذا كانت الزوجة غير حاضنة، تتم قسمة المسكن الزوجي المشترك بين الزوجين طبقا لأحكام قسمة الملكية الشائعة، وتطبق في ذلك أحكام الشفعة باعتباره عقارا[4].

4. النزاع حول متاع البيت:

عادة ما يحدث النزاع بين الزوجين حول متاع البيت عند عدم وجود دليل إثبات أحدهما لملكية المتاع الموجود داخل بيت الزوجية، وهذه مسألة أثيرت قديما قبل أن تناقشها قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية، إذ أن الفقهاء تطرقوا للمسألة، فجاء عنهم أن كان يصلح

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 565.

2- رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص 322.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 565.

4- رشيد مسعودي، مرجع سابق، ص 323.

للرجال كالسلاح وغيره مما يختص به الرجال فالقول فيه الزوج لأن الظاهر شاهد له، وما يصلح للنساء كأدوات الزينة وغيرها فالقول فيه للزوجة لأن الظاهر شاهد لها، مع تحليفهما اليمين عند الاختلاف، غير أن الممتلكات قديما لا يمكن أن تماثل الممتلكات الموجودة في العصر الحاضر والتي لا يكاد يخلو أي بيت منها، كما أن أغلبها ذا قيمة عالية، ومن الاجحاف الأخذ بآراء الفقهاء كما هي كاملة بتفاصيلها[1].

وما يفهم من ذلك، أن جميع الأموال التي تحملها الزوجة إلى بيت زوجها، سوف تختلط حتما بأموال الزوج، بالإضافة إلى مساهمة كلا الزوجين فيما بعد أثناء قيام العلاقة الزوجية، فهذا أدى إلى وجود كتلة مشتركة بينهما، ولا يثور أي نزاع حول هذه الأموال أثناء قيام العلاقة الزوجية والتفاهم بين الزوجين، لكن بمجرد أن تسوء هذه العلاقة تظهر للوجود ل المشاكل بما فيها النزاع على الأموال المشتركة؛ والمشرع الجزائري لم يتعرض إلى أحكام المتاع المشترك بين الزوجين في نصوص قانون الأسرة إلا فيما هو معتاد للرجال والنساء معا في الفقرة الأخيرة من نص المادة 73 من قانون الأسرة التي نصت على أن: "المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين"[2]، فإذا ادعى كل واحد منهما لنفسه ملكية متاع البيت، فلا بينة لأحدهما، ومن خلال نص المادة التي أسلفنا ذكرها يجب إعمال قرينة بسيطة وهي أن ما للرجال عادة يأخذه الزوج بيمينه(كملابس الرجال وبندقية الصيد ومستلزمات عمله أو حرفته...)، وما للنساء عادة تأخذه الزوجة بيمينها(كملابس النساء والحلي وأدوات الزينة، وما يخص عملها أو وظيفتها إن كانت تعمل...)[3]، أما المشتركات بين

1- زوزو فريدة صادق عمر، الأموال المشتركة بين الزوجين: دراسة فقهية قانونية، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، المجلد الثاني، العدد 14، سبتمبر 2013، ص 28 و29.

2- مسعودي رشيد، مرجع سابق، ص 309 و310.

3- ادعاء الزوج أن زوجته أخذت معها متاع البيت دون إثبات ذلك، القول للزوجة مع يمينها، انظر قرار: المحكمة العليا، غ.أ.ش، الملف رقم 50075، بتاريخ: 1988/07/18، م. ق، عدد 4، 1990، ص64؛ نقلا عن: جمال سايس: مرجع سابق، الجزء الأول، ص 425-427. انظر أيضا: قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، الملف رقم 81850، بتاريخ: 1992/04/14، ا.ق، عدد خاص، 2001، ص230؛ نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1112-1114.

الزوجين، فإنها تقسم بينهما بالتساوي، بعد يمينهما عينا كانت نقدا(كالمفروشات والأدوات والأواني وغيرها...)[1].

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن أداء اليمين يؤدى أمام الهيئة القضائية، وفقا للصيغة المحددة قانونا؛ وإن نكول أحد الزوجين حال توجيه اليمين إليه، فإن ذلك يعتبر إقرارا منه بملكية الطرف الآخر للشيء أو الأشياء المتنازع بشأنها، فإن نكول المدعي يعد شاهدا ضده، فيحلف المدعى عليه على الشيء فيستحقه، فإذا نكل المدعى عليه أيضا، بطل حقه فيرجع للمدعى مرة أخرى دون يمين[2]، وفقا للقاعدة: "النكول بالنكول تصديق للناكل الأول"[3].

والملاحظ على نص المادة المذكور أعلاه أن المشرع الجزائري قد خالف المذهب المالكي، بخصوص تقسيم المشتركات بين الزوجين بعد يمينهما، في حالة عدم إثباته من طرف أحدهما، لأنه كان يعتبر في هذا المذهب من نصيب الزوج مع يمينه.

إن القواعد الخاصة بالنزاع بين الزوجين حول أمتعة البيت تطبق كذلك في حالة ما إذا ثار نزاع حول متاع البيت بين ورثة الزوج الهالك، والزوج المتبقي على قيد الحياة استنادا لنص المادة 73 من قانون الأسرة، إضافة على ذلك، فإن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأمتعة والأثاث، لا يعتبر طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي، كما أنه لا يجوز الحكم بسبق الفصل في دعوى تسليم باقي الأمتعة.

ويجوز وفقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، لأحد الزوجين رفع دعوى استعجالية لإلزام الطرف الآخر بتسليمه الأشياء الشخصية واللازمة للاستعمال اليومي أو المهني، بما في ذلك الملابس والأدوات الضرورية التي تركها في البيت الزوجي، ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع

1- العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة دفاتر، مخبر قانون الطفل، المجلد الثالث، العدد الأول، 2012، ص 49.

2- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 568 و569.

3- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998، الجزء الأول، ص 595.

حول أمتعة البيت الزوجي (المادة 73 من قانون الأسرة، والمواد 40 و183 و188 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)[1].

إلا أنه قد يثور التساؤل حول كيفية تطبيق قاعدة الاثبات في حالة ما إذا ادعت المطلقة وجود متاعها في بيت الزوجية ولا ينكر المدعي_المطلق_ وإنما يدعي أنها تسلمته وأخذته إليها، في هذه الحالة يتم كذلك تطبيق نفس القاعدة العامة في الاثبات ويصبح المدعى عليه مدعيا بشيء جديد وهو تسلم المدعية لأثاثها، في حين تصبح المدعية مدعى عليه في هذا الجانب، فإذا أثبت كان الحكم لصالحه، وإذا عجز عن الإتيان بدليل، توجه المحكمة يمين النفي للمطلقة بأنها لم تأخذ المتاع المدعى به ثم ينطق بالحكم لصالحها[2].

5. الديون المشتركة المستحقة على الزوجين:

لقد سبق لي وأن ذكرت بأن الديون التي في ذمة أحد الزوجين قبل إبرام الزواج، تبقى على عاتقه، وفقا لنظام استقلال الذمم المالية، ولا يمكن لدائنيه أن يتابعوه إلا بالنسبة لأمواله الشخصية التي تعتبر ضمانا لهم. أما الديون المشتركة المستحقة على الزوجين، فهي الديون المترتبة على الزواج والحياة المشتركة بين الزوجين.

والمشرع الجزائري قد أشار إلى الديون المشتركة المترتبة على ذمة الزوجين ضمن قانون الضريبة على الدخل طبقا لنص المادة 376 في فقرتها الأولى على أن: "يتحمل المسؤولية بالتضامن، كلا الزوجين إن تعاشرا في البيت الواحد وكذا أولادهما القصر على أساس الأموال والمداخيل التي تؤول له بعد الزواج عن الضرائب المؤسسة باسم الضريبة على الدخل"[3].

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 570.

2- مليط ابتسام، الإثبات في دعوى الأموال المشتركة بين الزوجين، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مشاركة ضمن الملتقى الوطني الموسوم بعنوان: "الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن"، جامعة جيجل، يومي 08 و09 ديسمبر 2015، ص 03.

3- المديرية العامة للضرائب، قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2022، ص81.

ويستشف من نص المادة أعلاه أنه لابد من توافر شرطين أساسيين كي يأخذ بمبدأ الديون المشتركة بين الزوجين وتحمل أحدهما الضريبة المفروضة على الآخر بالتضامن، وهذين الشرطين هما:

- عيش الزوجين في بيت واحد؛
- أن تكون الأموال والمداخيل التي تؤول إليهما بعد الزواج.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد خرج عن مبدأ الفصل بين ذمم الزوجين بالنسبة للأموال المنصوص عليه في المادة 37 من قانون الأسرة. إلا أنه أخذ بمبدأ انفصال الديون التجارية المترتبة عن التصرفات التي يقوم بها الزوجين، من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 08 القانون التجاري الجزائري على أن: "تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها الحاجات تجارتها"[1].

وعلى هذا الأساس، تكون الزوجة مسؤولة مسؤولية شخصية عن كل الالتزامات، والديون المترتبة من الأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها، وهذا باعتبار أن هذه الزوجة تمارس تجارة منفصلة عن زوجها. غير أنه يجوز للزوجين أن يكونا شريكين لبعضهما، أو مع شركاء آخرين، وعليه تطبق عليهما الأحكام العامة في القانون التجاري على جميع الشركاء فيما يخص الديون. فعلى سبيل المثال لو مارست الزوجة لنشاط تجارية مع زوجها بموجب شركة تجارية(شركة التوصية البسيطة، يحدد نصيب كل شريك في رأس المال وما يترتب من أرباح أو خسائر، وفي حال ترتبت ديون في ذمة هذه الشركة، يسأل كل من الزوجين عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس المال[2].

وعند اتفاق الزوجين بأن تكون الضريبة مشتركة بينهما، فغن هذا الاتفاق يكون بمثابة وسيلة إثبات الاشتراك في الديون المترتبة منها، وذلك بتقديم طلب لمصلحة الضرائب، فيستفيد الزوجان من تخفيض قدره 10 % من الدخل الإجمالي للضريبة استنادا لنص الفقرة الثالثة من المادة 06 من قانون الضريبة على الدخل.

1- القانون التجاري الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، ج. ر.ج، رقم 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

2- عمور عمار، شرح القانون التجاري، الأعمال التجارية -التاجر- الشركات التجارية، طبعة منقحة ومزيدة، دار المعرفة، الجزائر، 2010، ص 187.

كما يمكن للزوجة كفالة زوجها فيما يخص الديون التي يرتبها الزوج بصفة عامة، ودين النفقة بصفة خاصة؛ حيث تلتزم الزوجة بأن تضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على ذمة زوجها المدين إذا لم يف به زوجها، وذلك اساتنادا لنص المادة 644 من القانون المدني الجزائري[1]، وبمجرد تحرير عقد الكفالة، تكون الزوجة مسؤولة عن الوفاء بهذا الدين من كل أموالها، ولا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة؛ أما إذا فرض القاضي للزوجة النفقة على زوجها ولم يستطع الأداء تكون دينا في ذمته، فللزوجة أن تستدين من أجل الانفاق على أسرتها أو تطلب من القاضي أن يأذن لها الاستدانة على ذمة الزوج، وهنا يكون الزوج هو المستدين حكما، والإذن بالاستدانة يخول للدائن الحق في أن يأخذ دينه من الزوج أو الزوجة.

إلا أنه في حالة استدانة الزوجة بدون إذن القاضي من أجل الانفاق على أسرتها، تعتبر ضمانة منه لذلك الدين، ولا يحق للدائن الرجوع للزوج بل الرجوع على الزوجة فقط، وترجع بذلك الزوجة على زوجها ولا يسقط دين النفقة إلا بالأداء أو الإبراء. والمشرع الجزائري لم ينظم مسألة الديون المشتركة بين الزوجين سواء في قانون الأسرة أو في القانون المدني، لذلك يجب إدراج مواد جديدة تنظم الديون المشتركة المترتبة على الانفاق الزوجين، وذلك بتحديد الديون المشتركة المستحقة على الزوجين.

ويكون الزوجان مسؤولين تضامنيا تجاه الدائنين بهذه الديون، كذلك الحال عند امتناعهما عن الوفاء بالديون المشتركة وأموالهم الخاصة بهما[2]. فأداء هذه الديون المشتركة يكون من الأموال المشتركة خلال الحياة الزوجين كيفما كانت طبيعتها، إلا إذا كان هناك غش من قبل الزوج الذي قام بالأداء أو كان الدائن سيء النية، ولكن الزوج يبقى مدينا للأموال المشتركة أدته عليه، أي بمعنى أنه قام الزوج المدين بأداء ديونه الشخصية المستقلة من الأموال المشتركة، فإنه يبقى في هذه الحالة كدين للكتلة المالية المشتركة للزوجين[3].

1- نصت المادة 644 من القانون المدني الجزائري على أن: "الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يوفي له الدين إذا لم يوف به المدين نفسه". بمعنى أن عقد الكفالة هو اتفاق ينشأ بين الدائن والكفيل يلتزم بمقتضاه الكفيل بضمان الوفاء بالدين الأصلي إذا لم يوف به المدين".

2- مسعودي رشيد، مرجع سابق، ص 285.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 571.

الخاتمة:

في الأخير، نخلص إلى أن الزواج المختلط بلغ حدا من التشابك والتعقيد، الأمر الذي أوقع مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري في تنازع دائم ومستمر، ويبدو أنه لا مناص من هذا التنازع مادامت التشريعات الوطنية والدولية تختلف في مرجعيتها اللائكية والإسلامية، وهو أمر يضع أطراف الرابطة الزوجية على محك حقيقي بين الخضوع لمقتضيات الشريعة الإسلامية وبالتالي النظام العام الوطني، وبين الخضوع لقوانين علمانية لا تقيم للدين والزنا، بيد أن تبقى للواقع وللظروف الاجتماعية المعاشة كلفتها الفصل في مثل هذه الأمور؛ وللإشارة أنه بالرغم من التشريعات الدولية والداخلية والاتفاقيات بين العديد من الدول التي سعت إلى توحيد قوانين الأسرة وتليينها ناهيك عن موضوع الجنسية، تبقى الظروف الاجتماعية بكل تداعياتها أصل الداء.

ولما لقواعد القانون الدولي الخاص وأحكامه من أهمية بالغة، تبرز متى ما اشتملت العلاقة القانونية على صفة أجنبية في أحد عناصرها إما في الجنسية أو الدين أو في كليهما، ولعل هذه الأهمية تزداد وحدة في مسائل الزواج المختلط الذي يتم بين مختلفي الجنسين مواطنين وأجانب.

وقد عرف الزواج المختلط انتشارا كبيرا خاصة في السنوات الأخيرة، أمام تطور وسائل الاتصال والمواصلات وارتفاع وتيرة الهجرة، وكذا تلاشي الحدود بين الدول وإدماج المجتمعات وغيرها من العوامل التي ساهمت في شيوع هذه الظاهرة التي تأثرت بها دول كثيرة بما فيها الجزائر التي عرفت تناميا كبيرا، مما تسبب في إثارة مشاكل من الناحية الواقعية والقانونية والقضائية، جعل من هذا الموضوع مجالا خصبا لتصادم قيم وعادات وثقافات المتزوجين، وذلك لتصادم المرجعية الدينية للزواج في الدول الإسلامية بما فيها الجزائر مع المرجعية العلمانية للتشريعات الغربية، مما نجم عنه تنازع بين المنظومتين القانونيتين، ترتب عنه سعي كل من تلك الدول إلى إيجاد آليات قانونية تضمن لقضائها تطبيق قانونها الوطني.

ومن خلال هذه الدراسة خلصنا إلى بعض النتائج التي سأوجزها كالآتي:

- يمكن تعريف المركز القانوني للأجنبي بأنه مجموعة القواعد التي تبين حقوق وواجبات الأجنبي خلال فترة إقامته في دولة معينة أي بيان مالهم من حقوق وما عليهم من التزامات دون التطرق للمسائل المترتبة على استعمالهم لهذه الحقوق، والتزام الدولة المقيم فيها الأجنبي بالاعتبارات التي تراعيها في تنظيم حقوقه والقيود الواردة عليها.

- يتمتع الأجانب داخل الإقليم الجزائري بحد أدنى من الحقوق لا يمكن أن تنزل عنه.

- إن دخول الأجانب وخروجهم من الجزائر محاط بضمانات معينة هدفها الموازنة بين حق الأجانب وحرياتهم داخل الإقليم الجزائري بالمحافظة على أمنها ومصالحها، على الرغم من الصعوبات التي قد تكتنف عملية الإبعاد.

- حدد المشرع الجزائري من خلال القانون 11-08 المتعلق بتنظيم دخول وخروج الأجانب من الجزائر إقامتهم بها شروط الدخول حيث اشترط الحصول على تأشيرة الدخول وإذن الإقامة، وكذا الخروج وتوقيع العقوبة في حال مخالفة أحكام هذا القانون.

- كفل المشرع الجزائري للأجانب الحق في إبرام عقود زواج مختلط في الجزائر مثلهم مثل الجزائريين شريطة ألا يخالف النظام العام والأداب العامة في القانون الجزائري.

- الزواج المختلط يكون بين زوجين مختلفي الجنسية تؤثر في انعقاده عدة أسباب وعوامل، نذكر من بينها العامل الديني، نظرا لاختلاف فكرة الزواج بين الديانات والعقائد والطوائف، وهو ما قد يثير العديد من الصعوبات والإشكالات القانونية عند انعقاده، مثال ذلك فكرة النظام العام.

- أهم ما يلاحظ على المشرع الجزائري، أنه قد أسند الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، وحسنا فعل، ذلك أن قانون الدولة التي ينتمي إليه الشخص بجنسيته هي أولى القوانين بحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

- المشرع الجزائري يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المختلط والشروط الشكلية، حيث أخضع الأولى للقانون الوطني لكل من الزوجين مع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناء الذي يقضي بإخضاع الزواج المختلط للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، في حين أسند الثانية لقانون محل إبرام العقد.

- يواجه زواج الأجانب في الجزائر بعض العقبات التي تحول دون انعقاده خاصة في الأحوال التي تكون فيها أحكام القانون الأجنبي المختص بحكمه تتعارض مع الأسس والمبادئ التي يقوم عليها نظام الزواج في دول القاضي، كأن يسمح القانون الأجنبي بزواج المسلمة بغير مسلم، في هذه الحالة تتدخل فكرة النظام العام لاستبعاد هذا القانون ويستبدله القاضي بالقانون الجزائري إعمالا لنص المادة 24 فقرة 2 من القانون المدني.

– الرخصة الإدارية الخاصة بالزواج المختلط حصرت الرجل الأجنبي متى ما تعلق الأمر بالدين فقط غير أن المشرع الجزائري بوضعه لمصطلح أجنبي إنما أراد به الجنسين معا، أي الرجل والمرأة معا.

– جعل المشرع الجزائري من الزواج المختلط سببا لاكتساب الأجنبي للجنسية الذي يتزوج من جزائري أو جزائرية، من خلال قانون الجنسية رقم 05-01.

– تبنى المشرع الجزائري من خلال قانون الجنسية مبدأ المساواة بين الجنسية، وذلك من خلال مساواة الأم للأب في نقل جنسيتهما للأبناء بناء على حق الدم، ولقد كان موقفه في هذا الخصوص صائبا من أجل تفادي إمكانية انعدام جنسية الأبناء في حال تعذر على الأب منح جنسيته لأبنائه.

– لم يفرق المشرع الجزائري بين الآثار الشخصية والآثار المالية في القانون الواجب التطبيق، حيث أخضع كلاهما لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، حيث كان من الأجدر أن يفرق بينهما ويخضع الآثار المالية إما لقانون موقع المالي وإما لقانون الإرادة.

وعليه فإنني أوصي وأقترح الآتي:

– على المشرع الجزائري أن يتدخل بوضع قاعدة إسناد صريحة تنص على القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج، لأنه أخضع هذا الأخير إلى المادة 19 من القانون المدني التي تحكم شكل جميع التصرفات القانونية بصفة عامة، سواء تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية أو الأحوال العينية.

– ضرورة إعادة النظر في الأحكام الخاصة بزواج الأجانب في الجزائر بما يتماشى مع التطورات الحاصلة في مختلف أنحاء العالم، بما يحقق مصلحة المجتمع الجزائري.

– أرى من الضروري إجراء تحقيق إداري من طرف السلطات الإدارية المختصة حول الأجانب الذين يرغبون في عقد زيجاتهم في الجزائر قبل تسليم رخصة الزواج المختلط، وذلك من أجل الوقوف على الأسباب الحقيقية التي دفعتم لذلك، خاصة عندما يتعلق الأمر بزواج الأجانب من الجزائريين والجزائريات.

– إدراج الأحكام التنظيمية التي يخضع لها زواج الجزائريين من الجنسين بالأجانب ضمن قانون الأسرة والتخلي عن تنظيمها من طرف وزارة الداخلية وفق تعليمات.

– إدراج نص تبعي لنص المادة 605 من قانون الإجراءات المنية والإدارية الجزائري مخصص للصيغة التنفيذية، وفصله إلى نصين أحدهما مستقل عن الآخر وإوراده كما يلي: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية"؛ أما النص الثاني يكون تبعي لم قبله وذلك كالآتي: "تمنح الصيغة التنفيذية الوطنية للسندات التنفيذية الأجنبية متى توافرت فيه الشروط الآتية: (1، 2، 3، 4...)".

– التشريع الجزائري لا يزال يعتريه قصور تشريعي من خلال تنظيمه لقانون الأسرة فيما يتعلق بالآثار الشخصية والمالية، وجب تداركه بسرعة، لأن مؤدى هذا الفراغ مشاكل زوجية قد تنتهي بالطلاق في أغلب الحالات خصوصا بعد خروج المرأة للعمل والتوظيف ولما قد يرتبه راتبها الشهري من عوائق ومشاكل أسرية.

– كما يجب على المشرع التدخل لرفع اللبس الذي يكتنف موضوع إثبات الزواج العرفي المختلط وتفعيل حماية حقيقية للأسرة عبر سن نصوص قانونية واضحة وإسناد صلاحية منح الرخصة الإدارية الخاصة بالزواج المختلط لقاضي الأحوال الشخصية بدلا من الوالي.

– إذا كان حق الاشتراط مكفول في القانون، ولكلا الزوجين الحق في أن يشترطا ما يشاءان مادام هذا الشرط لا يتنافى وأحكام قانون الأسرة، فيمكن لهما أن يحددا كيفية تسيير الأموال المكتسبة ووضع شروط لتحديد نسبة كل منهما فيها، ومنه، يمكن لهذه المسألة أن تحل مشكلة النزاع حول الأموال المكتسبة.

– إدراج قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية وذلك بأخذ التطبيق الموزع صراحة لأن موانع الزواج التي يلزم أن يكون بشأنها التطبيق جامعا يتدخل من خلال فكرة النظام العام.

– ضرورة إحداث قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج تجلي الغموض والجدل الفقهي المثار حول تحديد مضمون وتكييف الشروط الشكلية للزواج تتماشى أيضا مع التطور المتسارع الذي تشهده العلاقات الدولية.

– ضرورة استحداث تشريع مستقل وخاص لأحكام القانون الدولي الخاص، وذلك من خلال مسايرة التطورات المستمرة والأحداث المستجدة التي يقتضيها هذا الفرع من القانون ويؤدي إلى تفادي الجمود، من أجل يجمع جميع مسائل التنازع الدولي في مختلف الفروع.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

- **القرآن الكريم:**
- **كتب تفسير القرآن**

1. السيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد السادس، الطبعة السابعة عشر، دار الشروق، 1992.

2. أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ت: محمد الصاوي قمحاوي، الجزء الرابع، دار احياء التراث العربي _ مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1992.

3. أحمد بن علي الرازي أبكر الجصاص، أحكام القرآن، ت: محمد الصادق قمحاوي، الجزء الرابع، (د. ط)، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1992.

4. محمد ألتويجي، المعجم المفصل في تفسير غريب القرآن الكريم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

5. محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم: تفسير المنار، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار المنار، مصر، 1947.

6. محمد علي الصابوني، مختصر تفسير بن كثير، الطبعة السابعة، دار القرآن الكريم، بيروت، لبنان، 1981.

7. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1986.

- **كتب تفسير الحديث:**

1. أبوعبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1997.

2. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، 2002.

3. أبي الطيب السيد صديق حسن خان القنوجي، ت: علي حسن الحلبي، الحطة في ذكر الصحاح الستة، دار عمار، الكويت، (ب، ت).

4. أبوداود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، سنن أبي داوود، الجزء الثاني، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، (د. ت. ن).

5. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

6. الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الحديث رقم 1882، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د. ت. ن).

7. مسلم بن حجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، السند الصحيح_ صحيح مسلم_ المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د. ت. ج).

8. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، الجزء الخامس، ت: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1982.

9. محمد بن يوسف الكافي، أحكام الإحكام على تحفة الحكام، على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2003.

10. يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي أبو زكريا محيي الدين، صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الثاني، كتاب النكاح، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1929/1371.

- **الكتب الفقهية:**

- **علم أصول الفقه:**

1. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الصميمي للنشر والتوزيع، السعودية، المملكة العربية المتحدة، 2003.

2. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ت: محمد عبد الغفار سليمان البنداري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.

3. محمد بن الحسن الشيباني، شرح كتاب السير الكبير، ت: أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.

4. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع: الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، سوريا، 1985.

5. وهبه الزحيلي، الفقه المالكي الميسر أحكام الأسرة، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مصححة ومنقحة، (د. د. ن)، دمشق، سوريا، 2002.

- **كتب الفقه العام:**

1. السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، (د. ط)، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، (د. ت. ن).

2. بكر إسماعيل، الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، (د. ط)، دار المنار المصرية، 2001.

3. عطية فياض، فقه المعاملات المالية على أهل الذمة، دار النشر للجامعات، 1999.

4. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1983.

5. وزارة الشون الدينية والأوقاف والدعوة ومجمع الملك فهد لطباعة المصحف، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، (د. ت. ن)، 1424هـ/2004.

6. وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (د. ت. ن)، 1424هـ.

7. محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية: موسوعة جامعة للأحكام الفقهية والصحة والمرض والممارسات الطبية، الطبعة الأولى، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000.

- **كتب الفقه المتخصصة:**
- **الفقه الحنبلي:**

1. أبو داود؛ سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، في صحيح أبي داود، المجلد الأول: كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1988.

2. أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، ت: محمد عزير شمس، خرج أحاديثه: مصطفى ابن سعيد إيتيم، المجلد الأول، مجمع الفقه الإسلامي، دار علم الفوائد للنشر والتوزيع، جدة، 1432.

3. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة دار الحديث، القاهرة، مصر، المجلد السادس.

4. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، ت: أبي براء يوسف بن أحمد البكري وأبي أحمد شاكر بن توفيق العاروري، الطبعة الأولى، رمادي للنشر، المملكة العربية السعودية، 1997.

5. موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، المغني المحتاج، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، الرياض، 1986.

- **الفقه الحنفي:**

1. زين العابدين بن إبراهيم ابن نعيم، الأشباه والنظائر على فقه أبي حنيفة النعمان، دار الكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1985.

2. أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني السيد الشريف الحنفي، معجم التعريفات، ت: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر، (د. ت. ن).

3. ابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، طبعة جديدة ومنقحة مصححة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

- **الفقه الشافعي:**

1. أبي عبدين محمد بن ادريس الشافعي، الأم، مع مختصر المرني، الجزء الخامس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1990/1410.

2. أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، الطبعة الثالثة، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، القاهرة، مصر، 1956.

3. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1979.

4. محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ت: رفعت فوزي عبد المطلب، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2001، كتاب الجهاد والجزية/ في إظهار دين النبي صلى الله عليه وسلم على الأديان.

5. أحمد ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الطبعة الأولى، مكتبة الصفاء، القاهرة، مصر، 2005.

6. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري على شرح صحيح البخاري، ت: عبد العزيز بن عبدالله بن باز، الجزء الخامس، دار الفكر، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، (د. ت.ن).

7. الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، ت: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، ت، ت: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.

8. يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي أبو زكريا محيي الدين، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الأولى، دار المنهاج، بيروت، لبنان، 2005.

9. يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محيي الدين النووي، المجموع شرح المهذب، مكتبة الارشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، (د. ت. ن).

- **الفقه المالكي:**

1. الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الغمام بن عرفة، القسم الأول، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلام، 1993.

2. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت لبنان، 1989/1409.

3. أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1999.

4. علي الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412هـ.

5. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، مصر، (د. ت. ن).

6. محمد زكريا بن محمد بن يحيى الكاندهلوي، أوجز المسالك لموطأ مالك، ت: أيمن صالح شعبان، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971.

- **الفقه الظاهري:**

1. أبي محمد علي ابن أحمد ابن حزم الظاهري الأندلسي، الفصل في المِلَلْ والأهواء والنِحَلِ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة الأدبية، مصر، 1320.

- **المعاجم اللغوية والقواميس:**

1. الصاحب ابن عباد الطالقاني، المحيط في اللغة، ت: محمد عثمان، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر.

2. اللغوي أبي الفتح ناصر الدين المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، ت: محمود فاخوري، عبد الحميد مختار، الجزء الثاني، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سورية، 1982.

3. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الثانية، دار المعارف، بيروت، لبنان،1987.

4. أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1979.

5. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414هـ.

6. أبي الحسن أحمد ابن فارس بن زكريا، ت: عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1979.

7. أبي الصن علي بن إسماعيل بن سيدة المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، ت: عبد الحميد هنداوي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.

8. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ت: يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، مكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1999.

9. سعد الله عمر، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.

10. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سورية، 1988.

11. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، ت: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، 2004.

12. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.

13. محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الطبعة الثانية، طبعة حكومة الكويت، الكويت، 1987.

14. محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني، معجم فقه السلف (صحابة وعنرة وتابعين)، دارة الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971

15. بطرس البستاني، قاموس محيط الميحط، (د. ط)، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1987

- **الموسوعات:**

1. محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية: موسوعة جامعة للأحكام الفقهية والصحة والمرض والممارسات الطبية، الطبعة الأولى، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000.

2. محمد حسن علي وأحمد فاروق الحيلي، الموسوعة العلمية في نظام العاملين المدنيين بالدولة طرق شغل الوظيفة العامة، دار الكتب العلمية، مصر، 2004.

ثانيا: المراجع

- **المراجع باللغة العربية**

أ. الكتب:

1. الحسين بلحساني، أثر اللبس المرجعي على وضعية المرأة في النظام القانوني المغربي، سلسلة الندوات رقم 1 النساء ودولة الحق والقانون، دار القلم، الرباط، المملكة المغربية، 2004.

2. الحسين بلحساني، الموجز في القانون الدولي الخاص المغربي، دار الجسور، وجدة، المغرب، 2002.

3. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل– دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

4. الطاهر الحداد، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، الطبعة السادسة، الدار التونسية للنشر، تونس، 1992.

5. الطيب بوحالة، الفحوصات الطبية قبل الزواج: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010.

6. الطيب زروتي، مركز الأجانب في القانون الجزائري وقوانين الدول العربية، الجزء الأول: الشخص الطبيعي الأجنبي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2017.

7. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

8. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.

9. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، (د. ط)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2008.

10. الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

11. السيد أحمد علي بدوي، المركز القانوني للأجانب_ دراسة تحليلية تأصيلية في ضوء قواعد القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

12. السيد الصاوي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

13. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

14. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

15. العربي بلحاج، أحكام الميراث في التشريع الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري الجديد (وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

16. العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

17. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

18. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.

19. امحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية: مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول للقضايا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019.

20. أحمد أبو الوفاء تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1984.

21. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986.

22. أحمد زوكاغي، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، تبقال للنشر، المملكة المغربية، 1991.

23. أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ في القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.

24. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص- الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

25. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص_ الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

26. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.

27. أحمد محمد أحمد مليجي، التنظيم القانوني لدخول ومعاملة الأجانب في مصر، (د. ط)، (د. د. ن)، مصر، 2004.

28. أحمد عبد الحميد عشوش، محاضرات القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة بنها، العراق، (ب، ت).

29. أحمد زوكاغي، أحكام تنازع بين القوانين في التشريع المغربي (نشأة نظرية الإحالة)، الطبعة الثانية، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، 2002.

30. أحمد سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1905.

31. أحمد عوبيد، الروابط الشخصية والمالية بين الزوجين في القانون الدولي الخاص المغربي والمقارن، ت: أحمد زوكاغي، طبعة نونبر، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، 2012.

32. أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص_ الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1977.

33. أحمد مسلم، المركز القانوني للأجانب، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1952.

34. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري_ تنازع الاختصاص القضائي الدولي والجنسية، الطبعة السادسة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

35. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة، الجزائر، 2013.

36. إسماعيل أبابكر البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

37. ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص_ مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

38. إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات 10 شتنبر 1993، دار النشر الجسور، وجدة، المملكة المغربية، 2002.

39. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.

40. بدر الدين شوقي، العلاقات الخاصة الدولية- أحكام الجنسية والموطن ومركز الأجانب- دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مطبعة العشري، القاهرة، مصر، 2005.

41. بدر الدين عبد المنعم شوقي، القانون الدولي الخاص المصري، (د، ط)، دون ذكر المطبعة، القاهرة، مصر، (د، ت، ن).

42. بدرالدين شوقي عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، درا النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

43. بكر إسماعيل، الفقه الواضح، الجزء الثاني، (د. ط)، دار المنار المصرية، القاهرة، مصر، 2001.

44. بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون الجزائري والفقه الإسلامي: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.

45. بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، العدد الثاني، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، 1994.

46. بلمامي عمر، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في مواد الأحوال الشخصية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة.

47. بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2008.

48. بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية منقحة، دار هومه، الجزائر، 2007.

49. تمارا يعقوب ناصر الدين، الزواج المختلط: أحكامه وآثاره القانونية في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، مشورات جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2013.

50. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة دار الإسلام، بغداد، العراق، 1972.

51. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، مطبعة دار الإسلام، بغداد، العراق، 1972.

52. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، وزارة المعارف العراقية، بغداد، العراق، 1949.

53. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية_ قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.

54. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية_ قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.

55. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية_ قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.

56. جمال سلامة أحمد الوقيد، تعدد الجنسية في القوانين العربية وآثاره الأمنية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015.

57. خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي للزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، 2010.

58. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة والوصية والوقف، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2004.

59. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2004.

60. حسن حامد حسن، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مكتبة المتنبي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1979.

61. حامد سيد محمد حامد، العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي_ إطلالة موجزة عن مكافحته طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016.

62. حسين عمر، المنظمات الدولية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1968.

63. حسام الدين فتحي ناصف، مركز الأجانب_ دراسة للنظرية العامة والقانون المصري والمقارن، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2010.

64. حسام الدين فتحي ناصف، مشكلات الجنسية_دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

65. حسام الدين فتحي ناصف، تعدد الجنسية وحق الترشح لعضوية مجلس الشعب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.

66. حسن الهداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص_ الجنسية، مطبعة الارشاد، بغداد، العراق، 1962.

67. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1995.

68. خالد برجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الحلول المقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية، بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية، ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، المملكة المغربية، 2001.

69. خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

70. دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة –انعقاد الزواج، (د. ط)، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.

71. فاضل عبد الزهرة الغزاوي، القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.

72. رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

73. زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الطبعة السادسة، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، 1993.

74. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية: نصا، شرحا، تعليقا، تطبيقا للقانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجزء الأول: المواد من 1 إلى 583، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

75. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص: تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.

76. سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص : طرق حل النزاعات الدولية الخاصة– الحلول الوضعية لتنازع القوانين– الجنسية، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ، (د. ط)، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995.

77. سعيد يوسف البستاني، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية_ دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

78. سعيد يوسف البستاني، إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

79. سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

80. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

81. سليمان بن صالح الجربوع، الاختلاط بين الجنسين_ حقائق وتنبيهات، (د. ط)، دار القاسم، الرياض، 1429.

82. سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، المجلد الرابع، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2001.

83. شمس الدين الوكيل، الوجيز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1964.

84. صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ، التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1992.

85. صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2008.

86. صالح عبد الزهرة الحسون، حقوق الأجانب في القانون العراقي، الطبعة الأولى، دار الآفاق الجديد، بغداد، العراق، 1981.

87. صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج: دراسة شرعية قانونية تطبيقية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009.

88. صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

89. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2004.

90. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

91. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.

92. طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1997.

93. عبد العزيز بن محمد الصغير، أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015.

94. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

95. عبده مغضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

96. عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة والقانون (فقها وقانونا)، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001.

97. عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، طبعة خاصة بالجامعة المفتوحة، الطبعة الثانية، 1995.

98. عبد الحميد محمود عليوة، دور الأم المصرية والعربية والأجنبية في نقل الجنسية إلى أبنائها، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2006.

99. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، دار الرسالة، بيروت، لبنان، 1982.

100. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة مقارنة طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد، 2014.

101. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، (د. ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.

102. عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، 1994.

103. عبد المتعال محمد الجبري، جريمة الزواج بغير المسلمات فقها وسياسة، الطبعة الثالثة، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1403/1983.

104. عباس محمد عباس، المركز القانوني للأجانب في دول الخليج_ دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار E-Kutub Ltd، لندن، بريطانيا، 2017.

105. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

106. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، الجزائر، 2018.

107. عبد العزيز سلاوي حسناوي، الزواج المختلط والاشكاليات المتعلقة به، الطبعة الأولى، مركز البحوث والدراسات الفقهية والتشريعية والقضائية، دائرة القضاء، أبو ظبي، 2013.

108. عبد المنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

109. عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، طبعة مختصرة ومخصصة للطلبة، القاهرة، مصر، 2016.

110. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الزواج وآثاره، الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1995- 1996.

111. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د. ت. ن).

112. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص_ الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، (د. ط)، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، 2015.

113. عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، الشركة المصرية للطباعة والتوزيع، القاهرة، مصر، 1988.

114. عبد الله علي عبو، المنظمات الدولية، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة دهوك، إقليم كوردستان، العراق، 2011.

115. عبدالله محمد الخرشي علي العدوي، الخرشي على المختصر سيدي الجليل وبهامشه حاشية العدوي، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، الجزء السابع: الإجارة الشهادة، بولاق، مصر المحمية، (د.ت.ن).

116. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار البصائر، الجزائر، 2007.

117. عبد الغفور محمد خليل، الوسيط في شرح أحكام الجنسية، (د. ط)، مطبعة رمسيس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1980.

118. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979.

119. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007.

120. عدنان داود عبد الشمري، الحماية الدولية لحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، 2015.

121. عثمان ناصر، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الأول: الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

122. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص- الجنسية والموطن ومركز الأجانب، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1986.

123. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة التاسعة، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1986.

124. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة مكررة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974.

125. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري_ الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1954.

126. عطية فياض، فقه المعاملات المالية على أهل الذمة: دراسة فقهية معاصرة، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات، القاهرة، مصر، 1999.

127. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، (د. ط)، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، 2009/2008.

128. علي الزيني، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الرحمانية، مصر، 1930.

129. علي ونيس، تعدد الزوجات: شريعة دائمة وسنة باقية، شبكة الألوكة، (د. ذ. ب)، 2016.

130. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، (ب، ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994.

131. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

132. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2006.

133. عمور عمار، شرح القانون التجاري، الأعمال التجارية –التاجر– الشركات التجارية، طبعة منقحة ومزيدة، دار المعرفة، الجزائر، 2010.

134. عيسى حداد، عقد الزواج–دراسة مقارنة، (د. ط)، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2000.

135. غالب علي الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، وأحكامه في القانون العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، العراق، 1986.

136. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص_ النظرية العامة للمواطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، الطبعة الأولى، مطبعة دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1976.

137. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

138. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

139. فليغة نور الدين، محاضرات في قانون العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018.

140. فاطمة الزهراء بن محمود والحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي_ شرح وتعليق ومثراه بفقه القضاء، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016.

141. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص_ الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

142. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1988.

143. فؤاد عبد المنعم رياض، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب في القانونين المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.

144. فؤاد رياض عبد المنعم، سامية راشد، تنازع الاختصاص القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

145. فؤاد رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية 1974.

146. فؤاد عبد اللطيف السرطاوي، الوجيز في الوصايا والمواريث، الطبعة الأولى، دار البيارق، عمان، الأردن، 2000.

147. كريم ناصر حسناوي كاظم المحنة، الرقابة القضائية على قرارات الإبعاد والترحيل الخاصة بالأجانب، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2016.

148. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.

149. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2006.

150. مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، شرح فقهي تأصيلي لسائر أحكام المجلة معزز بنصوص التشريع المقارن والأعمال التحضيرية، الطبعة الأولى، المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، الشرقية، تونس، 2003.

151. محروق كريمة، عقد الزواج غير الموثق: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الجزائر، 2016.

152. محمد عصفور، الحد الفاصل بين التأديب والتجريم، دار الإسراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

153. محمد بن براك الفوزان، الأحكام العامة للشركات: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2014.

154. محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول في الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006.

155. محمد أبو زهرة، محاضرات عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971.

156. محمد الروبي، مركز الأجانب- مركز الشخص الطبيعي، الجزء الأول، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2013.

157. محمد بن علي بن محمد الفرني، السندات التنفيذية الأجنبية وإجراءات تنفيذها_ دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام السعودي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.

158. محمد جلال حسن الأتروشي، الأجنبي والوسائل الفنية لتنظيم مركزه القانوني: دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة كمال، إقليم كردستان، العراق، 2013.

159. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر.

160. محمد فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

161. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007- 2008.

162. محمد عرفة السيد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.

163. محمد عرفة السيد، القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية_ الجنسية والموطن ومركز الأجانب، دار المؤيد للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2000.

164. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2004.

165. محمد عكاشة عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات_ دراسات تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1991.

166. محمد عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1986.

167. محمد علي فهمي السرجاني، الملكية ونظرية العقد فلي الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 1977.

168. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص_ الجنسية والموطن ومركز الأجانب ومادة التنازع، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

169. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية الهامشية، 2009.

170. محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، 1956.

171. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

172. محمد سامر دغمش، الرقابة القضائية والاختصاص النوعي على مسائل الجنسية_ دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، جمهورية مصر العربية، 2018.

173. محمد عودة الجبور، مكافحة تزوير الجوازات ووثائق السفر، الطبعة الأولى، مركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب_ جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1987.

174. محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي: دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، (د. ط)، منشورات الجامعة المفتوحة، مطبعة الانتصار لطباعة الأوفست، (د. ب. ن)، 1994.

175. محمد محدة، جرائم الشيك– دراسة قانونية فقهية مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2004.

176. محمد الشافعي، شرح الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، (د. ط)، سلسلة البحوث القانونية 24، مراكش، المملكة المغربية، (د.ت.ن).

177. محمد موساوي، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، المغرب، 2002.

178. محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.

179. محمود الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 2002.

180. محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر.

181. مرتضى نصر الله، مبادئ القانون الدولي الخاص التجاري، مطبعة النعمان، النجف الأشرف، 1962.

182. مصطفى العدوي، مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، الطبعة الثانية، (د. د. ن)، القاهرة، مصر، 2011.

183. مصطفى العدوي، النظام القانوني لدخول وإقامة وإبعاد الأجانب في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

184. مصطفى العدوي، ترحيل الأجانب في القانون المصري والفرنسي_ دراسة تطبيقية للقانون 88 لسنة 2005 مقارنة بالقانون الفرنسي رقم 911 لسنة 2006، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

185. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام : دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1977.

186. مصطفى صخري، مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها بأحدث القرارات التعقيبية، تونس العاصمة، تونس، 2011.

187. مصطفى مجدي هدجة، العقد المدني: أركانه، آثاره، بطلانه، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2002.

188. مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2007.

189. ممدوح عبد الكريم، حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، تنازع القوانين، بدون طبعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998.

190. ممدوح عزمي، الزواج العرفي، (د. ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

191. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، 2005.

192. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص_ القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

193. موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، 1994.

194. نجوى مصطفى حساوي، حقوق اللاجئين الفلسطينيين بين الشرعية الدولية والمفاوضات الفلسطينية– الإسرائيلية، الطبعة الأولى، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، لبنان، 2008.

195. نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومه للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2006.

196. نجيمي جمال، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

197. نور الدين أبولحية، الحقوق المادية للزوجة، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، (د. ت. ن).

198. هدى محمود الناشف، الأسرة وتربية الطفل، الطبعة الثانية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2001.

199. هشام خالد، دروس في تنازع القوانين، دون ذكر الطبعة، دون دار النشر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.

200. هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2003.

201. هشام صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1977.

202. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.

203. هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية (تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.

204. هشام علي صادق، تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.

205. هشام علي صادق، وعكاشة عبد العال، وحفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب– دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2006.

206. هلالي عبد الإله أحمد، خالد محمد القاضي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، (د. ط)، الهيئة المصرية الهامة للكتاب، القاهرة، مصر، 2008.

207. هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين– الناحية الشرعية والقانونية شرح وتعليق وصيغ، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.

208. وسام توفيق عبد الله الكيتبي، اعتبارات العدالة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

209. ياسين السيد طاهر الياسري، مركز الأجنبي في القانون العراقي، الطبعة الأولى، دار العلوم للطباعة، بغداد، العراق، 2011.

210. يحي أحمد زكريا الشامي، آثار الزواج في القانون الدولي الخاص والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة في مسائل: الجنسية. الميراث. النفقة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2016.

211. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

ب. الرسائل العلمية والمذكرات:

- **الرسائل:**

1. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1962.

2. بدر الدين عبد المنعم شوقي، مركز الأجانب بين الشريعة والقانون الدولي الخاص المصري، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1971.

3. مصطفى محمد مصطفى الباز، جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة استكمالا لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1999.

4. مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الخاص اليمني والمصري: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1999.

5. الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2002/2001.

6. سالم جروان علي أحمد النقبي، إبعاد الأجانب_ دراسة مقارنة، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه في علوم الشرطة، كلية الدراسات العليا، أكاديمية مبارك للأمن، وزارة الداخلية، جمهورية مصر العربية، 2003.

7. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوي، سلطة الدولة في تنظيم إقامة الأجانب وإبعادهم والرقابة القضائية عليها، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2003.

8. أمل لطفى حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب: دراسة مقارنة، رسالة أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، مصر، 2004.

9. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006/2005.

10. إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة استكمالا لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2007.

11. حمودين بكير بن داود، اختلاف الدين وأثره في قضايا الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2007.

12. عبد العزيز خميس علي الشامسي، اكتساب الجنسية عن طريق الأم في القانون الإماراتي مقارنة مع القانون الأردني والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2008.

13. محمود بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في ق. أ. ج، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009/2008.

14. راضية لبرش، نظام الزواج في المجتمع الجزائري في ظل المتغيرات الجديدة– قانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، دراسة ميدانية على أساتذة جامعة منتوري قسنطينة، رسالة مقدمة لنيل

شهادة الدكتوراه علوم في علم اجتماع التنمية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2010/2009.

15. ميسرة محمد أمين مفضي خرابشة، القانون الواجب التطبيق على انتقال الملكية للخلف العام: دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني واللبناني، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات منح درجة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، المملكة الأردنية الهامشية، كانون الأول، 2012.

16. صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور (دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي: المغرب– الجزائر– تونس)، رسالة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، 2014/2013.

17. ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق زالعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015.

18. يحي لعمارة محامد، الحالة المدنية في الجزائر: دراسة ميدانية على عينة من بلديات الوطن، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على شهادة الدكتوراه، جامعة أحمد بن أحمد 2، وهران، الجزائر، 2015/2014.

19. مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران 1، الجزائر، 2015/2014.

20. بلحو نسيم، المسؤولية القانونية للموثق، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015/2014.

21. بوجانة محمد، معاملة الأجانب في ظل أحكام القانون الدولي المعاصر، رسالة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015.

22. خالد جاسم خلف، المركز القانوني للأجانب في القانون العراقي، أطروحة أعدت لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، خلدة، لبنان، 2016/2015.

23. عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري: دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015.

24. كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015.

25. شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين_ دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.

26. زيدان عبد النور، تدخل الهيئات القضائية الإدارية في الزواج، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017/2016.

27. عبد الجليل عبد الله، علاقة نظرية تنازع القوانين باعتبار المآلات وتطبيقاتها على قانون الأسرة الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية. تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2017.

28. سلامي دليلة، إبعاد الأجانب في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019/2018.

- **المذكرات:**

1. رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة استكمالا لنيل متطلبات الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، جامعة الإسكندرية، مصر، 1419هـ/1999م.

2. صفية بشاتن، أثر الزواج المختلط على جنسية المرأة، مذكرة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 1998/1997.

3. ريم حمد أحمد الحمد، تنازع الاختصاص القضائي والتشريعي في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الأردني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية، والقانونية، الأردن، 2000.

4. زلاسي بشرى، الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000-2001.

5. وهيب حسن أحمد خدابش، دخول وإقامة وإبعاد الأجانب_ دراسة مقارنة لمصر واليمن والسعودية، رسالة مقدمة لتكملة متطلبات شهادة الماجستير في القانون، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2001.

6. خير سامية محمد علي محمد، الأحكام المترتبة على اختلاف الدين والدين في العبادات والمعاملات: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان، السودان، 2005.

7. سامية محمد علي محمد خير، الأحكام المترتبة على اختلاف الدين والدار في العبادات والمعاملات: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2005.

8. فائز بن محمد بديع الأعمى، الاختصاص القضائي الدولي وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية ونظام المرافعات الشرعية السعودي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2005.

9. عماد حامد الرواشدة، النظام القانوني لدخول وإقامة الأجانب في الأردن، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة مؤتة، الأردن، 2006.

10. دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008/2007.

11. مختاري هوارية حنان، نظرية الجنسية وأحكامها في ظل آخر تعديل للتشريع الجزائري، رسالة مقدمة لتكملة متطلبات شهادة الماجستير في القانون، جامعة وهران 2، الجزائر، 2008/2007.

12. سهى خلف عبد، اعتبارات تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2008.

13. عبد الله مريم أحمد، حق الزوجة في إكساب جنسيتها لزوجها وأبنائها: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2008.

14. سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في القانون الدولي الخاص، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009/2008.

15. لوافي سعيد، الحماية الدستورية للحقوق السياسية في الجزائر، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2010/2009.

16. عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010/2009.

17. خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2010.

18. عبد الرحمن موسى الحلبي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والإدارية وفقا للقانون الأردني: دراسة تحليلية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، فلسطين، 2010.

19. زهير بن حشاني، النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن المهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2011/2010.

20. جندولي فاطمة الزهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010.

21. رحاوي آمنة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010.

22.شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010.

23. عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2013.

24.جارو نعيمة، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر: دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف 2، الجزائر، 2014/2013.

25.شريف حمدي عبد الرحمن زايد، حق الكد والسعاية في الفقه الإسلامي والقانون المغربي: دراسة في اقتسام الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة الإسكندرية، مصر، 2014.

26.صفاء يوسف حسين التميمي، المركز القانوني للأجنبي في دولة الإقامة_ دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق، 2016.

27.صفاء يوسف حسين جاسم، المركز القانوني للأجنبي في دولة الإقامة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق، 2016.

28. عزام حميد حسين القيسي، إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الأردني: دراسة مقارنة مع القانون العراقي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2017.

29. عزام حميد حسين القيسي، إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الأردني: دراسة مقارنة مع القانون العراقي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2017.

30.منار أحمد الضيافلة، إكساء الحكم الأجنبي صيغة التنفيذ: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، 2019.

31. علي محمد جاسم الدليمي، الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المستعجلة: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2020.

32. فيصل عليان إلياس الشديقات، تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، (د. ت. ن).

ت. المقالات والدوريات:

1. الحسين بلحساني، أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، 2002.

2. الطيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط (التعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، جامعة الجزائر، 1993.

3. الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد الثالث، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016.

4. الطيب زروتي، إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائري، بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2006.

5. العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة دفاتر، مخبر قانون الطفل، المجلد الثالث، العدد الأول، 2012.

6. امحمدي بوزينة آمنة، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة: دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد الخامس، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، 2018.

7. أحمد شامي، فيروز بن شنوف، المرسوم الرئاسي رقم 16-254 وأثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020.

8. أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص: دراسة فقهية قانونية للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي بمنازعات الحضانة الخاصة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ديسمبر 2019.

9. أحمد ضامن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقا للقانون الكويتي، العدد 1، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية والعشرون، جامعة الكريت، 1998.

10. أحمد عبد العزيز، مسألة تعدد الجنسيات وموقف القانون السوري منها، مجلة جامعة دمشق، العدد الأول، دمشق، سوريا، 2003.

11. أحمد عبد الكريم سلامة، المعاملة الدولية للأجانب في الأنظمة الداخلية للمملكة العربية السعودية، العدد السادس، دراسات سعودية، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1992.

12. إبراهيم زعيم، الزواج المختلط: ضوابطه وإشكالاته، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل والحريات، المعهد العالي للقضاء، مراكش، المغرب، مارس 2003، العدد 36.

13. إلهام العلمي، اسناد الجنسية الأصلية للأولاد بناء على رابطة الدم من جهة الأم، مجلة المناهج القانونية، العدد 15-16، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، 2011.

14. أنس مصطفى أبو عطا، مقدار المهر وسلطة ولي الأمر في تحديده: دراسة مقارنة، المنارة، المجلد 12، العدد 3، جامعة آل البيت، 2006.

15. بلمديوني محمد، وضع اللاجئين في القانون الدولي الإنساني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جانفي 2017، العدد 17.

16. بن سالم رضا، الهجرة غير الشرعية وآليات محاربتها من خلال المعاهدات الدولية والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، جانفي 2017.

17. بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2012، المجلد 11، العدد 2.

18. بن قادة خويرة، صورية عقد الزواج، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، العدد 09، ديسمبر 2017.

19. بن يحي أبوبكر الصديق، ضامن عبد القادر، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري: دراسة نقدية، العدد الثالث، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 3، جامعة ويان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2016.

20. بلعبيد نصيرة، الشروط الإجرائية لإبرام عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة دفاتر البحوث العلمية، العدد الحادي عشر، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، ديسمبر 2017.

21. بوعلالة عمر، تعدد الزوجات بين الحق والرخصة في التشريعات الأسرية المغاربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، جوان 2015.

22. بوفروة سمير، بن هبري عبد الحكيم، أزمة الزواج المختلط في الجزائر بين الفراغ التشريعي والانزلاق القضائي؛ نقلا عن: المؤلف الجماعي، انعقاد الزواج_ الإشكالات والحلول، مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، جوان 2021.

23. دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1994.

24. دنوني هجيرة، المستحدث في تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة دراسات قانونية، العدد السابع، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010.

25. جمال قتال، قراءة تحليلية نقدية للمادة 1/46 من القانون رقم 08-11 المؤرخ في 2008/06/25 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، العدد الأول، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معقد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، 2012.

26. جوادي شمس الدين، استقلالية الذمة للزوجين في التشريع الجزائري بين تكريس قانون الأسرة وحماية قانون العقوبات، مجلة آفاق علمية، المجلد 13، العدد الثاني، جامعة تمنغاست، الجزائر، أفريل 2021.

27. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 40، العراق، 2009.

28. حداد فاطمة، الذمة المالية للمرأة المتزوجة: استقلالية قانونية واتحاد فعلي في التشريع الجزائري، مجلة جيل حقوق الانسان، مركز جيل البحث العلمي، العدد 18، أبريل 2017.

29. حسام الدين الأهواني كامل، الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، بحث في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 و2، السنة 15، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، يناير 1978.

30. حسيبة شرون، أسباب إباحة جريمة التمييز في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جانفي 2016.

31. حواسي يامنة، انعقاد الزواج المختلط وآثاره: دراسة تحليلية نقدية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد التاسع والعشرون، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2016.

32. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة سعيدة، الجزائر، 2011، العدد 4.

33. سعد حسين عبد ملحم، عبد الرزاق طلحة عبد الجبار الحلبوسي، مشروعية الانفاق على تنظيم الانفاق في الأسرة بين الزوجين: دراسة قانونية مقارنة مع الشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 5، العدد 1، 2021.

34. قسوري فهيمة، يزيد عربي باي، عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، ديسمبر 2018.

35. فتيحة يعقوبي، أثار عقد الزواج المختلط في تنازع القوانين والتشريعات المقارنة، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جوان 2019.

36. فريجة لدمية، الهجرة غير الشرعية_ دراسات في الحركيات السببية المنتجة للظاهرة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثامن، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، جانفي 2013.

37.سلمى الأزرق، الميراث في القانون الدولي الخاص المغربي: أية إشكالات يطرحها الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب؟، العدد 31، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، كلية الحقوق، السويسي، يونيو – شتنبر 2020.

38.سمير بلحيرش، حماية قاضي الاستعجال الإداري لحرية تنقل الأجانب في الجزائر، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، ديسمبر 2017.

39.شايل لطيفة، ظاهرة الزواج المختلط في المغرب أسبابها ونتائجها على الأسرة، مجلة البحوث، العدد 1، المغرب، مارس 2002.

40.شبورو نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، المجلد 5، العدد الثاني، أكتوبر 2008.

41.زبيدة إقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية والبحوث القانونية، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2012.

42.زيدون بختة، تنازع القوانين في التصرفات التبرعية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2018.

43.زوزو فريدة صادق عمر، الأموال المشتركة بين الزوجين: دراسة فقهية قانونية، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، المجلد الثاني، العدد 14، سبتمبر 2013.

44.رحاوي آمنة، الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين: دراسة مقارنة، مجلة القانون، العدد الخامس، مستغانم، الجزائر، 2016.

45.رحاوي آمنه، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، العدد السابع، مجلة القانون الدولي والتنمية، مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017.

46. رزيقة قريشي، تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ، عدد 17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الواردي، الجزائر، جانفي 2018.

47. عادل ناصر حسين، أهل الكتابة بين الوصية والمنع من الميراث في الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الأنبار، العراق، 2007، المجلد التاسع.

48. عبد الرسول عبد الرضا، تأثير المركز العالمي للأشخاص في قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 1999، العدد الأول، السنة السادسة.

49. عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في تنازع القوانين: دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مركز الدراسات الألوفة، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد 7، 2008.

50. عبد الرسول كريم أبو صبيع، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، المجلد الأول، العدد الثاني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2009.

51. عبد الصمد التامري، خصوصيات تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب، مجلة المرافعة، العدد 21، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، المملكة المغربية، 2011.

52. عبد الكريم الطالب، دور اتفاقيات الأحوال الشخصية في تنمية التعاون بين دول اتحاد المغرب العربي، والاتحاد الأوربي، الزواج والطلاق نموذجا- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 46، أكتوبر 2002.

53. عبد اللاوي سامية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، وفقا للقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، جامعة عباس لغزور، خنشلة، الجزائر، جويلية 2014.

54. عز الدين عبد الله، أبحاث في القانون الدولي الخاص المقارن، مجلة العلم القانونية والاقتصادية، المجلد الثالث، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، يوليو 1961.

55. عزت علي محمد البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة، مجلة كلية الشريعة والدراسات القانونية، العدد 25، جامعة قطر، 2007.

56.عليوة عالية، تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية بمنازعات الأحوال الشخصية في الجزائر، العدد السابع، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، الجزائر، جانفي 2018.

57.عويس بوعلام، حماية الأسرة في النزاعات المالية بين الزوجين، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017.

58.محمد الشافعي، نظام الأموال بين الزوجين في القانون التونسي: نموذج للقانون المغربين مجلة محاكمة، العدد 5، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، يناير 2009.

59.محمد بن عبد العزيز بن فارس السبيعي، أثر اختلاف الدين في توابع النكاح (النفقات، الحضانة، تبعية الأولاد في الدين)، مجلة كلية دار العلوم، العدد 101، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، مارس 2017.

60.محمد مومن، حق الكد والسعاية: حق المرأة في اقتسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغربي، مجلة الحقوق، السنة الثلاثون، العدد الثاني، جامعة الكويت، 2006

61.محمد رفيق بكاي، نسيمة قناوي، مركز الأجنبي في القانون الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل للبحث العلمي، سبتمبر 2018، العدد 28.

62.مصلح ممدوح الصرايرة، عماد حامد الرواشدة، الأحكام الخاصة بدخول وإقامة الأجانب وتطبيقاتها القانونية في الأردن، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتة، 2008.

63.معجب معدي الحويقل، تزوير جواز السفر: المفهوم والمكافحة، الفكر الشرطي، القيادة العامة لشرطة الشارقة، مركز بحوث الشرطة، أبريل 2005، العدد 53.

64.معوان مصطفى، حماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، العدد الأول، جامعة الجزائر، 2000.

65.مناء مفتاح الصور، خصائص تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الليبي والمقارن، مجلة البحوث القانونية، المجلد 3، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة مصراتة، ليبيا، 2016.

66.مناء مفتاح الصور، حق الأم الليبية في نقل الجنسية الأصلية لأبنائها في ضوء المساواة، مجلة البحوث القانونية، المجلد س 1، العدد 1، كلية القانون، جامعة مصراتة، ليبيا، أكتوبر 2013.

67. وفاء مزيد فلحوط، قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم: دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص" السوري، الكويتي، الإماراتي، المصري"، المجلد 42، العدد الثالث، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2018.

68. ياسين منصوري، القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزواج دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد التاسع عشر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2017.

69. يوسف مسعودي، تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في القانون الدولي الخاص، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2011.

ث. المحاضرات:

1. حسن محمد خير الدين، محاضرات في المدخل للعلوم السلوكية، مكتبة عين الشمس، القاهرة، مصر، 1975.

2. نور الدين زرقون، تنفيذ السندات الأجنبية، مطبوعة محاضرات مقدمة للسنة أولى ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، الجزائر، 2013.

3. يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة سنة 4 حقوق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008.

ج. البحوث العلمية:

1. النعمان منذر الشاوي، توارث مختلفي الدين في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2006.

2. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية_ بحث تحليلي انتقادي مقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.

3. خالد بن عروس، الزواج المختلط: الإشكالات القانونية والانعكاسات الاجتماعية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، المملكة المغربية، 2007/2006.

4. فكري بكيدي، تنازع النظام القانوني لزواج الأجانب في المغرب، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2009/2008.

5. وليد خالد الربيع، حق اللجوء السياسي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، بحث منشور على موقع مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 72، الصادرة عن مجلس النشر العلمي، الكويت، 2008.

ح. المداخلات:

1. السبتي بوكرب، الرخصة الإدارية كشرط مسبق للزواج المختلط، مداخلة ألقيت باليوم الدراسية تحت عنوان الزواج المختلط وآثاره بين الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بالاشتراك مع مجلس قضاء قسنطينة، يوم الثلاثاء 25 رجب 1442 هـ الموافق 09 مارس 2021.

2. أحمد عبد العزيز الأصفر، الهجرة غير المشروعة: الانتشار والأشكال والأساليب المتبعة، ورقة عمل مقدمة لندوة الهجرة غير المشروعة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 8 – 10 فبراير 2010.

3. أشرف محمود بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة وأثرها، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الأسلامي، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، 2016.

4. أشرف وفا، العدالة في مجال علاقات الأفراد على الصعيد الدولي، ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان من خلال عنوانها:(فقه العصر... مناهج التجديد الديني والفقهي) والتي عقدت خلال الفترة من 15 إلى 18 جمادى الأولى 1436هـ، الموافق 5 إلى 8 أبريل 2015م في نسختها الحادية عشرة من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، جامعة السلطان قابوس.

5. تريكي دليلة، المولودة آيت شاوش، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014.

6. جميلة أوحيدة، مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، خمسون سنة من العمل القضائي، الندوة الجهوية الثانية القصر البلدي، مكناس 9/8 مارس 2007.

7. زريول محمد، زواج المسلمة بغير المسلم في القوانين الأورو–مغاربية، أشغال الندوة الدولية: تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، أبريل 2010.

8. محمد العربي المساري، الزواج المختلط في العلاقات الأورو مغاربية، خلال العرض الافتتاحي للندوة الدولية التي نظمت بكلية الحقوق، وجدة، المغرب، خلال أيام 14/13 و15 مارس 2002.

9. مليط ابتسام، الإثبات في دعوى الأموال المشتركة بين الزوجين، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مشاركة ضمن الملتقى الوطني الموسوم بعنوان: "الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن"، جامعة جيجل، يومي 08 و09 ديسمبر 2015.

10. يعيش فارسي، الحضانة والقانون الواجب التطبيق، أشغال الندوة العلمية: القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين– دراسات مهداة تكريما للأستاذ محمد الشافعي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، المجلد الثاني، 2017.

خ. المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1989.
2. المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1990.
3. المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1990.
4. المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1991.
5. المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1991.
6. المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1992.
7. المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1992.
8. المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1992.
9. المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1994.
10. المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1996.

11. المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1996.
12. مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، لسنة 1998.
13. المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2000.
14. مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، لسنة 2001.
15. المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001.
16. المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 2003.
17. المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 2003.
18. المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 2004.
19. مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2005.
20. مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2007.
21. مجلة المحكمة العليا، عدد 22، لسنة 2007.
22. مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2016.
23. مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2016.
24. المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 8، لسنة 1952.

د. القرارات القضائية:

1. القرار رقم 250 صادر بتاريخ 5 يوليو 1974 الغرفة الإدارية المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 5، سنة 1977

- قرار المجلس الأعلى، رقم 52207، العدد 4، المجلة القضائية، بتاريخ 1989/1/2، 1990.

هـ. الوثائق الدولية والاتفاقيات:

أ. الإعلانات والمواثيق الدولية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948، بموجب القرار 217 ألف.

2. إعلان حقوق الطفل، الصادر بموجب قرار الجمعية العامة رقم 1386 (د-14)، المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1959.

3. الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب لعام 1980، الصادر عن مجلس الرؤساء الأفارقة، كينيا، نيروبي، الدورة رقم 18، يونيو 1981.

4. الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب لعام 1980، الصادر عن مجلس الرؤساء الأفارقة، كينيا، نيروبي، الدورة رقم 18، يونيو 1981. الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16-254 المتضمن التصريحات التفسيرية على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الانسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 2016/10/05.

5. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الصادر عن منظمة الوحدة الإفريقية في مؤتمر القمة الإفريقي بتاريخ 27/24 يونيو 1981، الدورة رقم 18، دخل حيز التنفيذ في 21 أكتوبر 1986.

- **الاتفاقيات الدولية:**

1. اتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين، اعتمدت بموجب مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين، بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، المؤرخة في 28 تموز 1951.

2. اتفاقية نيويورك، المتعلقة بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية، تم اعتمدها بتاريخ 28 أيلول/سبتمبر 1954، الصادرة عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي، بموجب القرار رقم 526 ألف، الدورة 27، المؤرخ في 26 نيسان/ أبريل 1954، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 6 حزيران/يونيه/ جويلية 1960.

3. اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963.

4. اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، الصادرة بموجب قرار الجمعية العامة رقم 1763، الدورة 17، الجلسة العامة 1176، بتاريخ 7 تشرين الثاني/ نوفمبر 1962، دخلت حيز التنفيذ في 9 كانون الأول/ديسمبر 1964، وفقا للمادة 6.

5. الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري- الفرنسي المؤرخة في 28 غشت سنة 1962، المصادق عليها بموجب الأمر رقم 65-194، المؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 يوليو سنة 1965.

6. الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بالتحكيم وكذا ملحق موقع عليهما بباريس، المؤرخة في 1963/07/26، المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 1963/11/14 بالجريدة الرسمية رقم 67.

7. الاتفاقية الجزائرية المغربية، المتعلقة بالتعاون المتبادل في الميدان القضائي، الموقع عليها في 1963/03/15، و المصادق عليها بالأمر رقم 68-69 المؤرخ في 1969/09/02، المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بالقرار يوم 1969/01/15 الجريدة الرسمية رقم 77.

8. اتفاقية الجزائرية المغربية حول إقامة وتنقل الأشخاص الطبيعيين، المؤرخة في 15 مارس 1963، المعدلة والمتممة ببروتوكول ملحق وقع بتاريخ 15 جانفي 1969، الصادرة بموجب الأمر رقم 69-68 المؤرخ في 2 سبتمبر 1969.

9. الاتفاقية الجزائرية المصرية، المتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القضائي والقانوني، الموقع عليها يوم 1964/02/29 والمصادق عليها بمقتضى الأمر رقم 65-195 المؤرخ في 1965/17/29

10. الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المؤرخة في 1965/08/27، المصادق عليها بالأمر رقم 65-194 المؤرخ في 1965/07/29، الجريمة الرسمية رقم 68.

11. الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف(د-21)، المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966، دخلت حيز التنفيذ في 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49.

12. الاتفاقيتين المبرمتين بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الموريطانية والموقعتين بنواقشط، في 23 رمضان عام 1389 الموافق 3 ديسمبر 1969 المتعلقة بالتعاون القضائي، المصادق عليهما بموجب الأمر رقم 70-4 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1389 الموافق 15 يناير سنة 1970، ج.ر، رقم 14، الصادرة سنة 1970.

13. الاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية، المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب الأمر رقم 74-75، بتاريخ 1974/07/12، ج. ر، 1974.

14. الاتفاقية القنصلية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، الصادرة بموجب الأمر رقم 74-75 المؤرخ في جمادى الثانية عام 1394 الموافق 12

يوليو 1974، الموقعة بباريس، في 24 مايو 1974، ج. ر. ج، عدد 62، السنة الحادية عشرة، الجمعة 13 رجب 1394 الموافق 2 غشت 1974.

15. اتفاقية لاهاي المتعلقة بالإشهار والاعتراف بشرعية الزيجات المؤرخة في 14 مارس 1978.

16. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الصادرة عن الجمعية العامة بموجب القرار رقم 180/34، المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1979، دخلت حيز التنفيذ في 3 أيلول / سبتمبر 1981، طبقا لأحكام المادة 27.

17. اتفاقية الرياض المتعلقة بالتعاون القضائي العربي، الصادرة بموجب القرار رقم (01)، مجلس وزراء العدل العرب، الدورة الأولى، المؤرخ في 1983/4/6، وقعت بتاريخ 1983/4/6 من قبل جميع الدول الأعضاء عدا كل من جمهورية مصر العربية وجمهورية القمر الاتحادية الإسلامية، الرياض، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1985/10/30، وذلك تطبيقا لنص المادة 67.

18. اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1989، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2 أيلول/سبتمبر 1990.

19. اتفاقية التعاون القضائي والقانوني لدول المغرب العربي لسنة 1993.

20. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الصادرة بموجب القانون رقم 52/96 المؤرخ في 2 رمضان 1416، الموافق لـ 22 يناير 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج. ر، العدد 6، لسنة 1996.

21. اتفاقية الجزائرية الموريطانية حول إقامة وتنقل الأشخاص الطبيعيين، المؤرخة في 6 جويلية 1996، نواكشط، الصادرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-339، المؤرخ في 23 سبتمبر 1997.

22. اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص، الصادرة بموجب ظهير شريف رقم 9-99-1، المؤرخة في 10 ربيع الأول 1420 موافق 24 يونيو 1999، القاهرة، المؤرخة في 2 صفر 1419 (27 ماي 1998) بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، منشور بالجريدة الرسمية، عدد 4718، بتاريخ 7 جمادى الأولى 1420 موافق 19 غشت 1999.

- **البروتوكولات:**

1. البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين لسنة 1967، الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي بموجب القرار رقم 1186، (د-41)، المؤرخ في 18 تشرين الثاني/نوفمبر 1966، وقرار الجمعية العامة رقم 2198، (د-21)، المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، دخل حيز التنفيذ في 4 تشرين الأول/أكتوبر 1971، وفقا لأحكام المادة 8.

2. البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1999، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 4، الدورة 54، بتاريخ 9 أكتوبر 1999، دخل حيز التنفيذ في 22 ديسمبر 2000، وفقا لأحكام المادة 16.

3. البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية سنة 1989، الخاص بالعمل على إلغاء عقوبة الإعدام، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 128/44، المؤرخ في 15 كانون الأول/ديسمبر 1989، دخل حيز التنفيذ في 11 تموز/يوليو 1991، وفقا لأحكام المادة 8.

- **المشاريع الدولية:**

1. المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليج العربي 1418هـ- 1997، الصادر عن مجلس وزراء العدل العرب، بتاريخ 8 - 9 جمادى الآخرة 1417هـ الموافق 20 - 21 أكتوبر 1996م، مسقط، تمت الموافقة عليه من المجلس الأعلى في الدورة 17، الدوحة، بتاريخ 26- 28 رجب 1417هـ الموافق 7 - 9 ديسمبر 1996م.

- **الأحكام القضائية الدولية:**

1.محكمة العدل الدولية، الحكم الصادر بتاريخ 1952/07/22، منشور في مجموع أحكام محكمة العدل الدولية 1952.

- **القوانين الوطنية:**

- **الدساتير:**

1. التعديل الدستوري الجزائري، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر.ج، العدد 82.

- **المراسيم الرئاسية والتنفيذية:**

1. المرسوم رقم 88- 131 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1408 الموافق لـ 4 يوليو سنة 1988 ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج. ر. ج، العدد 27. سنة 1988.

2. المرسوم الرئاسي 02-407 المؤرخ في 21 رمضان 1423 الموافق لـ 2002/02/01 المحدد لصلاحيات رؤساء المراكز القنصلية للجمهورية الديمقراطية الشعبية.

- **القوانين:**

1. القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 ج. ر. ت، العدد 11- السنة 111، بتاريخ 12 مارس 1968 يتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية.

2. قانون الجنسية الجزائرية، الصادر بموجب الأمر 70-86 بتاريخ 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970، معدل ومتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2. القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

3. القانون التجاري الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، ج. ر.ج، رقم 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

4. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

5. القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 الخاص بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون 01-07 المؤرخ في 2001/05/22، وبالقانون 02-10 المؤرخ في 2002/12/14.

6. القانون رقم 01/99 المؤرخ في 6 يناير 1999، المحدد للقواعد المتعلّقة بالفندقة، الجريدة الرسمية، العدد 2، المؤرخ في 10 يناير 1999.

7. القانون رقم 06/99 المؤرخ في 4 أبريل 1999، المحدد للقواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 7 أبريل 1999.

8. القانون رقم 03-14 المؤرخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 الموافق لـ 24 فبراير سنة 2014، يتعلق بسندات ووثائق السفر.

9. القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق في الجزائر.

10.قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

11.القانون رقم 08-11 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1429هـ، الموافق 2 يوليو 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيها، ج. ر. ج، العدد 36، السنة الخامسة والأربعون.

12.القانون 17-03 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017، يلغي القانون رقم 14-75 ويعدل ويتمم الأمر 70-20 المؤرخ في ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية الجزائرية.

13.قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2022.

- **الأوامر:**

1. الأمر رقم 66-211 المؤرخ في 1966/07/21 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-251 المؤرخ في 2003/07/19، ج. ر. ج، العدد 43، المؤرخة في 2003/07/20 .

2. الأمر رقم 211/66 المؤرخ في 21 يوليو 1966 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر تم إلغائه بموجب المادة 51 من القانون رقم 08-11.

- **القوانين الأجنبية المقارنة:**

- **الدساتير:**

1. الدستور الفرنسي لسنة 1958 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر سنة 1958 وحتى آخر تعديلاته التي طرأت عليه في 23 جويلية سنة 2008 المتضمن دستور الجمهورية الخامسة.

- **القوانين والأوامر:**

2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 هـ الموافق لـ 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر (أ) الصادر في 1948/07/29.

3. القانون رقم 131 لسنة 1948 القاضي بإلغاء القانون المدني المصري المعمول به أمام المحاكم الوطنية لـ 28 أكتوبر 1883 منشور بالجريدة الرسمية في 15 أكتوبر 1949.

4. القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتأريخ 18 ايار 1949 والمطبق اعتباراً من 15 حزيران 1949.

5. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

6. قانون رقم 73 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني لسنة 1951.

7. قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم 08 لسنة 1952.

8. القانون المدني الليبي، المؤرخ في 20 فبراير 1954، المعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2016.

9. أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية الرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

10. القانون عدد 70 لسنة 1958 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

11. قانون إقامة الأجانب في الكويت، الصادر بموجب المرسوم الأميري رقم 17 لسنة 1959.

12. القانون 89 لسنة 1960 بشأن إقامة الأجانب في مصر.

13. القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

14. القانون رقم 224-63 الصادر بتاريخ 1963/06/29 المتعلق بتحديد السن الأدنى للزواج.

15. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968.

16. قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، رقم 12 لسنة 1971.

17. قانون الإجراءات المدنية الفرنسية رقم 1123 لسنة 1975.

18. القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976.

19. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، الصادر بموجب مرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980، المعدل بالقانون رقم 38 لسنة 2007.

20. القانون الدولي الخاص التركي رقم 2675 الصادر بتاريخ 20 ماي 1982 ألغي بموجب القانون رقم 5718 المؤرخ في 2007/11/27 بشأن القانون الدولي الخاص وقانون الإجراءات.

21.قانون الإجراءات المدنية دولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم 11 لعام 1992.

22.القانون رقم 529، المؤرخ في 20 /1996/6، المتضمن أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

23.مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998.

24.القانون عدد 91 لسنة 1998، المؤرخ في نوفمبر 1998، المتضمن نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين في تونس.

25.قانون رقم 40 لسنة 2002 بشأن المرافعات والتنفيذ اليمني.

26.القانون رقم 03-70 المعدل بموجب القانون رقم 15.102، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5184، بتاريخ 14 ذي الحجة 1424هـ، 5 فبراير 2004م.

27.القانون رقم 03-02 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة.

28.قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين رقم 29 لسنة 2004.

29.قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات، الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005م.

30.قانون الجنسية العراقية، رقم 26، جريدة الوقائع العراقية، العدد 4019، بتاريخ: 07-03-2006، من قانون الأحوال الشخصية العراقية، رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

31.سلسلة القانون الدولي الإنساني، رقم 8، النازحون المشردون داخليا في القانون الدولي الإنساني، 2008.

32.اللائحة التنفيذية للقانون رقم 69 لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام قانون نظام السلك الدبلوماسي القنصلي الصادر بالقانون رقم 45 لسنة 1982، جمهورية مصر العربية، قرار وزير الخارجية، رقم 4014 لسنة 2009، ج. ر. م، العدد (25) مكرر في 26 يوليو 1982 والعدد (18) مكرر (أ) في 4 مايو 2009.

33.قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010، المعدل بقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019.

34.قانون المرافعات الشرعية السعودي، الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 2014/1435.

35.القانون رقم 21 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم دخول وخروج الأجانب الوافدين وإقامتهم في دولة قطر، يعدل القانون رقم 04 لسنة 2009. القانون رقم 1 لسنة 2016 بشأن أصول المحاكمات المدنية السوري.

36.القانون رقم 4 لعام 2019 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته.

37.قانون رقم 4 أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة 2019 المعدل للقانون رقم (24) لسنة 1988.

- **القرارات**

1. القرار رقم 4، المتضمن نظام الجنسية السعودية لسنة 1954، بتاريخ 1374/01/25هـ.
2. قرار 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، منشور بالجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 92، لسنة 1992.

- **التعليمات والمناشير الوزارية**

1. وزارة الداخلية، التعليمة رقم 08/02، الصادرة بتاريخ 1980/02/11، المتضمنة الرخصة الإدارية الخاصة بزواج الأجانب.
2. التعليمة الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 تتضمن إصدار رخصة الزواج المختلط.

- **الارساليات:**

1. الإرسالية رقم 432/ م ع ش ق ق 2076 الصادرة عن المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية بخصوص عقود الزواج المبرمة بالسفارات الأجنبية بالجزائر، الصادرة بتاريخ: 2016/04/21.
2. الإرسالية رقم 2016/77 الصادرة عن المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية بخصوص عقود الزواج المبرمة بالسفارات الأجنبية بالجزائر الصادرة بتاريخ 09 جوان 2016.

- **المواقع الالكترونية:**

1. https://al-maktaba.org/book/432/329
2. https://almerja.com/more.php?idm=147508
3. http://www.policemc.gov.bh/reports/2011/April/13-4-2011/634383197310436772.pdf
4. www.muslim-library.com/dl/books/Arabic_ahkam_al_taamul_maa_ghayr_al_Muslim.pdf
5. http://www.lahaonline.com
6. http://www.uobabylon.edu.iq
7. https://ahmedazimelgamel.blogspot.com
8. http://www.actionpal.org.uk/ar/post/10539
9. https://handbookgermany.de/ar/rights-laws/asylum/blue-passport.html

- **المراجع باللغة الأجنبية:**

I. Ouvrages :

2. BATIFFOL Henri & Paul. LAGARDE, traité de droit international privé, Tome 1, 8e Edition, librairie générale de droit de jurisprudence, Paris, 1993.

3. BATIFFOL Henri, Aspects philosophiques du droit international privé, Ed Dalloz, Paris, 2002.

4. Dominque Bureau, Horatia Muir Watt, Droit international Privé, Tome 1, 2 eme édition, collection THEMIS, Paris, 2010.

5. Frantz Despagnet, des conflits de loi relatifs à la qualification des rapports juridiques, Marchal & Billard, librairie de la cour de cassation, Paris, 1898.

6. Gabriel Marty, Pierre Raynaud, droit civil : les régimes matrimoniaux, 2eme éd, Sirey, Paris, 1986.

7. GUIMEZANES Nicole, le droit des étrangers, éd. Colin, Paris, 1987.

8. Jean Derruppé, Droit international privé, Dalloz, 13 Editions, Sirey, Paris, 1999.

9. Mohand ISSAD, Droit international Privé : Les règles matérielles, Office des publications universitaires, Volume n°1, Alger, 1986.

10. Mohand Issad, D.I.P, les règles de conflits, OPU 4 eme éditions, Alger, Algérie, 1986.

11. Patrick COURBE, divorce et séparation de corps, Rep international, édition Dalloz, Paris, 1998.

12. Pierre Sipiteri, l'égalité des époux dans le régime matrimonial légal, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris .

13. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit International Privé, 8 eme édition, L.D.F.J.E.J.A., Paris, 2005.

14. Sandrine Clavel, Droit international privé, 2 eme éd, Dalloz, Hyper cours, paris, 2010.

15. Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal Devareilles Somieres, Droit international privé, 9 eme éditions, Dalloz, Paris, 2007.

II. Thèses et mémoires :

1. Abdelkader Boye, les mariages mixtes en droit international privé sénégalais, thèse pour le doctorat, 3 eme cycle, Université de droit d'économie et de sciences, Paris II, Paris, 1979.
2. Anne-Lise DUROQUETZ, l'expulsion des étrangers en droit international et européen, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit, Doctorat de Droit Public – nouveau régime, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, ECOLE DOCTORALE N° 74, Université de LILLE 2, France, 1/12/2007.
3. Alfred Juvara, les enfants naturels en droit international privé, thèse de Doctorat publiée, librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, Paris, 1898.
4. Issad Mohand, le jugement étranger devant le juge de l'exéquateur : de la révision au contrôle, thèse de Doctorat en Droit, publication du cinquantenaire de l'Université d'Alger, 1962.

III. Articles de revues :

1. Aurélie le Dressay, Nelly le Grand, les conflits de filiation, revue juridique de l'ouest, 2002, vol N° 2, rennes, ile et vilaine, faculté de droit et science politique de rennes, Université de rennes 1.
2. Armand Lainé, La rédaction du code civile et le sens dispositions, Revue Critique, Droit International Privé, 1905.
3. François Monéger, « les musulmans devant le juge français », journal du droit international, N° 1994.
4. Jean Louis Van boxstael, Éric Fon-Gard, successions internationales, droit de prélèvement et exceptions d'ordre public, à propos des arrêts Kazan et colombier de la cour d'appel de paris, revue de planification patrimoniale belge et international, Paris, Vol 2, 2016.

5. Hochart Catherine. Le statut personnel des musulmans en France. In: Hommes et Migrations, n°1232, Juillet-août 2001. Vies de famille .
6. Muhammad Roy Purwanto, Tamyiz Mukharrom, Tulisan ini menjelakan tentang perbandingan Hukum Keluarga di Tiga Negara, yaitu Indonesia, Saudi Arabia dan Tunisia, International Journal of Business, Economics and Law, Vol 9, Issue 5 (Apr), Islamic University of Indonesia, 10/04/2016.
7. LOCHAK Danièle_ Fasc. 524-35 : DROITS ET LIBERTE DES ETRANGERS, vie privée familiale, Juris-Classeur Droit International 18 Juin 2011.
8. Paul volken, Andrea Bonomi, Petar Sarcevic, year book of private international law, Vol VII, Swiss, institute of comparative law, stampfli publishers LTd, Berne, Lausanne, Switzerland, 2005.

IV. Référence des textes normatifs :

a. Ordonnanaces :

1. Ordonnance N° 44 – 2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

b. Lois :

1. code civil français Création Loi 1803-03-08 promulguée le 18 mars 1803, Modifié par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 1 JORF 30 juillet 1994.
2. Spanish Code Civil, the present text is a translation of an original in Castilian that does not have official character in the sense foreseen by the paragraph 1- article 6 royal decree 2555/1977, of August 27, 2013, by which there is approved the regulation of the office of interpretation of languages of State Department and of cooperation, minister of the justice, translated by Dr. Sofia de Ramon-Laca Clausen.

c. Décrets :

1. Décret n°82-440 du 29 Mai 1982, Modifié par le Décret n°98-512 du 24 juin 1998, J.O, portant application des dispositions du livre V du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatives aux mesures d'éloignement.

d. Règlements :

1. Règlement (UE) N° 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012, relatifs à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral l'européen, JOUE, 55 eme année, 27 juillet 2012

e. Arrêts :

1. C.C, C.Civ 1, du 6 février 1985, N° de pourvoi : 83-11.241, Publié au bulletin, selon l'arrêt SIMITCH (1re Civ., 6 février 1985, Bull., I, n° 55)
2. Cass. Civ. 14 mars 1837, Arrêt STEWART, GADIP, grands arrêts, N°3.
3. Cass. Civ 1 er, 19 juin 1939, arrêt Labedan, GAJFDIP, N° 18.

f. Rapport :

1. E.M.N (European Migration Network- réseau européen des migrations), détournement du droit au regroupement familial : mariage de complaisance et fausses déclarations de parentalité, Etude ciblée du Point de Contact National belge du réseau Européen des Migrations (REM), Cofinancée par la Commission Européenne, Bruxelles, Belgique, 2012.

V. Cours et conférence :

1. Jean Charles Florent Demolombe, cours de code civil, du mariage et de la séparation de corps, Imprimerie de crapelet, Tome 3 eme, Paris.

VI. Ressources électroniques :

1. https://fr.m.wikipedia.org/wiki/Mariage_blanc
2. https://refugeesmigrants.un.org/fr/d%C3%A9finitions
3. Paris notaire.fr

الملاحق

الملحق رقم 01

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و التهيئة العمرانية

الوزير

تعليمة وزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018
تتضمن تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط

المراجع:

-الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبفري 1970 يتعلق بقانون الحالة المدنية المعدل و المتمم:

-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الاسرة المعدل و المتمم :

-القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 جوان 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم فيها:

-التعليمة رقم 02 المؤرخة في 11 فبفري 1980 المتعلقة بإبرام الزواج المختلط في الجزائر (رخصة إدارية مسبقة).

المرسل إليهم:

- السيّد المدير العام للأمن الوطني:
- السّيدتين و السادة الولاة و السيدة و السادة الولاة المنتدبون.

نسخة للإعلام:

-السيد وزير الشؤون الخارجية:
-السيد وزير العدل، حافظ الأختام:
-السيد وزير الشؤون الدينية و الأوقاف.

تهدف هذه التعليمة الوزارية إلى تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط من حيث تحديد:

- الشروط الواجب إحترامها للحصول على رخصة للزواج المختلط:
- الإجراءات المعمول بها لإصدار رخصة الزواج المختلط:
- الوثائق المطلوبة في ملف طلب رخصة الزواج المختلط.

أولا: الشروط الواجب إحترامها لإصدار رخصة الزواج المختلط :

1. أن يكون الأجنبي في وضعية إقامة قانونية فوق التراب الوطني (حائز على بطاقة المقيم الأجنبي أو متحصل على تأشيرة الدخول قيد الصلاحية بالنسبة لرعايا الدول الخاضعين لتأشيرة الدخول إلى الجزائر أو جواز سفر قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا الذين لا يخضعون لتأشيرة الدخول إلى التراب الوطني):
2. أن يتمتع الأجنبي بالقدرة على الزواج و التي تثبت بموجب شهادة القدرة على الزواج صادرة عن ممثليته الدبلوماسية بالنسبة للدول التي تصدر هذه الوثيقة أو شهادة رسمية مماثلة تفي بالغرض بالنسبة للدول التي لا تصدرها؛
3. إحترام التشريع و التنظيم المعمول بهما في هذا المجال لاسيما البند الأخير من المادة 30 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم، و التي تمنع زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم؛
4. أن لا يقوم الطرفين أو أحدهما بالتحايل على القانون و الإجراءات التي تنظم الزواج المختلط لتحقيق أغراض أخرى غير الغرض الرئيسي من الزواج؛
5. ضرورة المحافظة على التماسك الإجتماعي و الأمن القومي و النظام العام.

ثانيا: إجراءات طلب رخصة الزواج المختلط:

على طالب رخصة الزواج المختلط إتباع الإجراءات التالية:

1- ملئ إستمارة طلب رخصة الزواج المختلط التي تسلمها الإدارة المحلية المختصة أو تسحب من الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية و التهيئة العمرانية (نموذج مرفق)؛

2-يتم إيداع طلب رخصة الزواج المختلط ثلاثة (03) أشهر قبل تاريخ إبرام الزواج مقابل تسليم وصل إيداع لأحد الطرفين؛

وتحسب هذه المدة إبتداءا من تاريخ إيداع الملف الورقي على مستوى المصالح المحلية المختصة؛

3- إن إيداع ملف طلب رخصة الزواج المختلط يتم من طرف المعنيين بالأمر و عند غياب أحدهما يجب تقديم وكالة عادية عن الطرف الغائب و ترفق بالملف؛

ويودع الملف حسب الحالة:

- لدى المصالح المختصة بولاية إقامة الطرف الجزائري إذا كان الطرف الأجنبي غير مقيم؛
- لدى المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الأجنبي إذا كان الطرف الأجنبي مقيم.

ثانيا: مكونات ملف طلب رخصة الزواج المختلط:

يتكون ملف طلب رخصة الزواج المختلط إلى جانب الإستمارة من الوثائق الآتية حسب الحالة:

أ) - بالنسبة للطرف الجزائري:

1-ثلاثة (03) صور شمسية للهوية حديثة؛

2 -شهادة عدم الزواج، عدم الطلاق و عدم إعادة الزواج؛

3 -نسخة من وثيقة إثبات الهوية؛

4 -إثبات إقامة (وصل الكهرباء، الهاتف، الماء أو كل وثيقة أخرى)؛

5-شهادة ميلاد رقم ح م 07 معنية بالبيانات الهامشية تستخرجها المصالح الولائية المستقبلة للملف من السجل الوطني للحالة المدنية و تدرجها فيه؛

6-وكالة عادية لإيداع الملف و الإمضاء عند الإقتضاء.

ب) - بالنسبة للطرف الأجنبي:

1 -ثلاثة (03) صور شمسية للهوية حديثة؛

2 -شهادة ميلاد نسخة كاملة ؛

3 -شهادة عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج أو شهادة الطلاق أو شهادة مماثلة تفي بالغرض؛

4 -نسخة من جواز السفر قيد الصلاحية ؛

5 -شهادة إيواء أو حجز في الفندق بالنسبة للرعايا غير المقيمين المتواجدين فوق التراب الوطني ؛

6 -شهادة إعتناق الإسلام (بالنسبة للرجل) ؛

7-شهادة القدرة على الزواج صادرة عن الممثلية الدبوماسية أو القنصلية لدولته المعتمدة في الجزائر أو عن السلطات المختصة في بلده أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض ؛

8-نسخة من بطاقة المقيم الأجنبي قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا المقيمين فوق التراب الوطني؛

9- شهادة سوابق عدلية صادرة عن الدولة الأجنبية التي يحمل جنسيتها و مصادق عليها من طرف ممثليته الدبلوماسية أو القنصلية المختصة، مع ترجمتها إلى اللغة العربية أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض؛

10- وكالة عادية لإيداع الملف و الإمضاء عند الإقتضاء؛

و يرفق الملف الأصلي بنسخة لجميع الوثائق المكونة له.

رابعا: إجراءات إصدار رخصة الزواج المختلط:

1- تتأكد المصالح المختصة في الولاية من إستيفاء كل الشروط و الوثائق و الإجراءات المطلوبة عند إستلام الملف مقابل تسليم وصل إيداع لأحد الطرفين:

إذا كان الملف غير كامل يتم رفضه ولا يرسل إلى مصالح الأمن لإبداء الرأي، و في حالة قبوله يتم إرساله إلى مصالح الأمن المختصة في أجل لا يتعدى عشرة (10) أيام كأقصى حد.

2- تجري المصالح المختصة للمديرية العامة للأمن الوطني مقابلة مع الطرفين الأجنبي و الجزائري، و تقوم بإبلاغ المعنيين بالأمر بتاريخ موعد المقابلة بكل الوسائل المتاحة:

3- يصدر الوالي رخصة الزواج المختلط بعد إبداء مصالح المختصة بالمديرية العامة للأمن الوطني رأيها، و في كل الحالات يتوجب على المصالح المختصة الرد على ملفات طلب الزواج المختلط في أجل لا يتعدى 15 يوم قبل إنتهاء مدة ثلاثة (03)أشهر من تاريخ إيداع الملف لدى الولاية:

4-في حالة عدم الرد على طلب رخصة الزواج المختلط من طرف المصالح المختصة في الأجل المحدد أعلاه، يقوم الوالي بالفصل في الطلب إما بمنح الرخصة الإدارية أو رفضها مع التعليل.

5- يقوم الوالي بتبليغ القرار النهائي للمعنيين بالأمر و للجهات المعنية التالية:

- وزارة الشؤون الخارجية (عن طريق وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و التهيئة العمرانية)
- وزارة العدل (النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليما):
- وزارة الشؤون الدينية(مدير الشؤون الدينية الأوقاف):
- المديرية العامة للأمن الوطني(رئيس الأمن الولائي)

تحدد مدة صلاحية رخصة الزواج المختلط بسنة (01) واحدة، وفي حالة عدم إبرام الزواج بعد إنقضاء مدة صلاحيتها يتم إعادة إجراءات طلب الرخصة الإدارية من جديد.

لا يمكن إعتبار هذه الرخصة بمثابة عقد زواج و لا يمكن إستظهارها إلا في الغرض المحدد لها.

تجدون طيه نسخة من:

-إستمارة طلب رخصة الزواج المختلط:

-نموذج لرخصة إدارية للزواج المختلط:

-نموذج لوصل إيداع ملف طلب رخصة الزواج المختلط.

وزير الداخلية و الجماعات المحلية

وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية

نور الدين بدوي

وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية

الملحق رقم 02

وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و التهيئة العمرانية

مديرية التنظيم و الشؤون العامة
مصلحة تنقل الأشخاص
مكتب تنقل الأجانب

طلب رخصة إدارية لزواج مختلط
Formulaire de demande d'autorisation de mariage mixte

I) - الطرف الجزائري:

الاسم:
اللقب:
Nom :
Prénom :
تاريخ ومكان الميلاد:
Date et lieu de naissance :
اسم الأب:
اسم و لقب الأم :
الجنسية :
بطاقة التعريف رقم :
العنوان:
البريد الالكتروني:
رقم الهاتف:
E-mail :
Numéro De Tel :

إمضاء المعني بالأمر

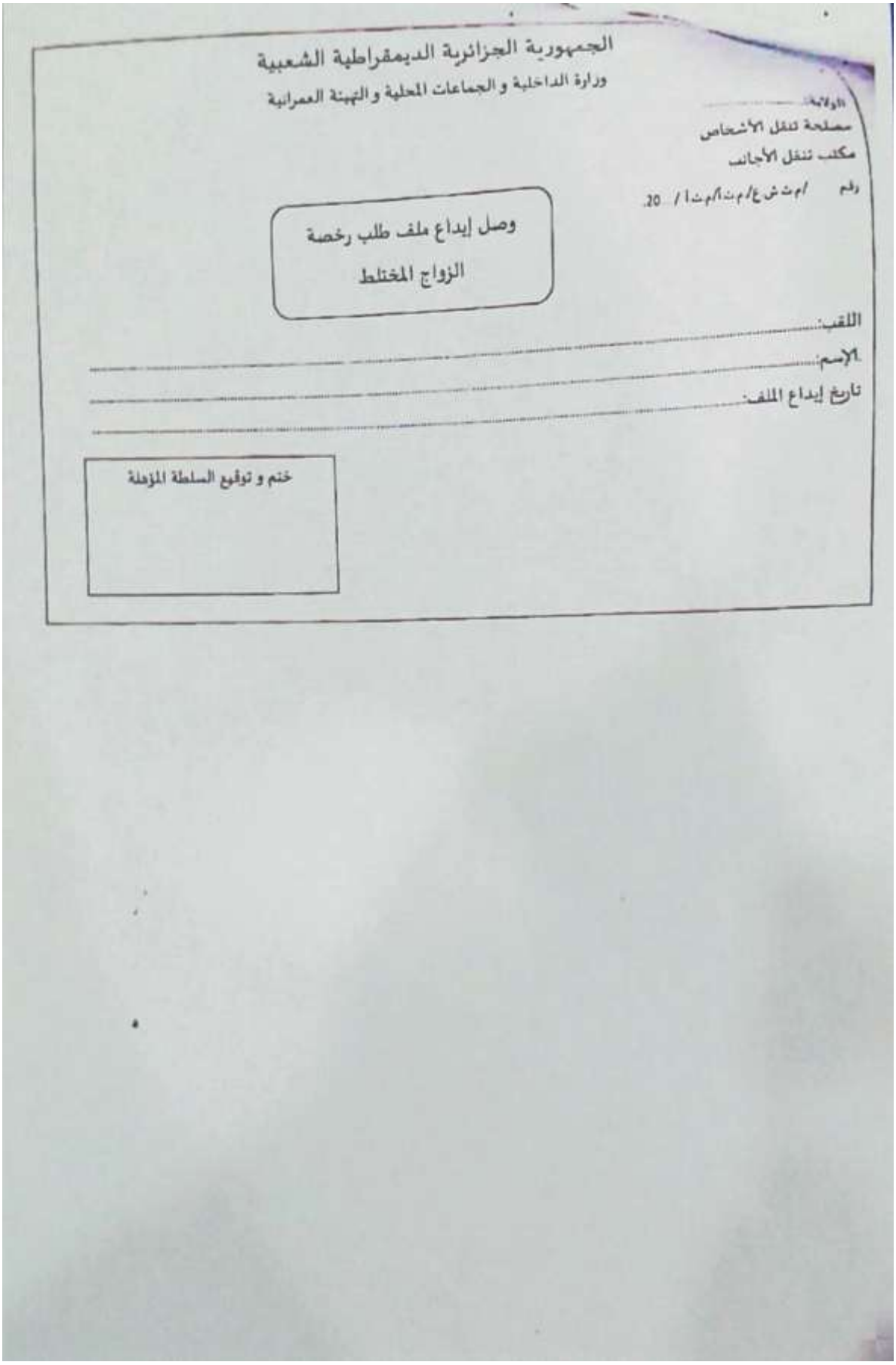
II) - الطرف الأجنبي :

الاسم:
اللقب:
Nom :
Prénom :
تاريخ ومكان الميلاد:
Date et lieu de naissance :
اسم الأب:
اسم و لقب الأم :
الجنسية:
جواز السفر رقم :
بتاريخ :
بطاقة الإقامة[2] رقم :
بتاريخ :
تاريخ الدخول[3] :
شهادة القدرة على الزواج[3] رقم:
العنوان :
البريد الالكتروني:
رقم الهاتف:
E-mail :
Numéro De Tel :

إمضاء المعني بالأمر

حرر بـ :

الملحق رقم 03



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و التهيئة العمرانية

الولاية: .....

مصلحة تنقل الأشخاص

مكتب تنقل الأجانب

رقم: م ت ش ع/ م ت أ/ م ت أ/ 20..

وصل إيداع ملف طلب رخصة الزواج المختلط

اللقب: .....

الإسم: .....

تاريخ إيداع الملف: .....

ختم و توقيع السلطة المؤهلة

Abstract:

At present, societies around the world are opening up to each other by establishing and upholding the principle of free movement of persons emphasized in international and regional charters and conventions. Like his religion, mankind has realized the importance of marriage, which was established by God for his servants and confirmed by all divine laws, making mankind God's people on his own land. The understanding of other societies led to the emergence of so-called mixed marriage.

Mixed marriage refers to the marriage between two people of different nationalities, which requires to meet the same substantive and formal conditions as ordinary marriage, but this marriage has caused many problems, which involve The conflict of legal systems governing international marriage disputes shall be governed by who, and the conditions and procedures for the enforcement of foreign judgments shall be determined The Algerian legislature, including the Algerian legislature, has made provisions on foreign-related marriage, but there are still deficiencies, which can be seen from practice, especially in the recognition of international marriage. Foreigners in Algeria, in the sense of Algerian law, have become a customary marriage, which must be proved by giving foreigners the right to marry.

If the mixed marriage of men and women meets all the conditions and elements stipulated in the relevant laws, the marriage is effective, has personal and economic legal effects, and has a significant impact on the situation of spouses of different nationalities, including the arrangement of rights. Foreigners have the obligation to acquire nationality on the basis of marriage.

Key words: alien status, mixed marriage, conflict of laws, international jurisdiction, enforcement of foreign judgments, administrative license, marital effectiveness, nationality.