Université de Bouira
Akli Mohand Oulhadj
جامعة البويرة
أكلي محند اولحاج

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أكلي محند أولحاج البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

القانون الواجب التطبيق على إنعقاد الزواج و إنحلاله

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص

إعداد الطالبة :

عوادي وسام

تحت إشراف الأستاذ :

حمزة قتّال

السنة الجامعية: 2017/2016

شكر و عرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على انجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهناه من صعوبات، ونخص بالذكر الأستاذ المشرف **"قتال حمزة"** الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذا البحث.

ولا يفوتنا أن نشكر جميع أساتذتنا الكرام و كل موظفي جامعة **أكلي محند أولحاج البويرة كلية الحقوق**

كما نتقدم بالشكر إلى كل من ساعدنا على كتابة وطباعة هذه المذكرة...

إهـــداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

أهدي هذا العمل إلى:

من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي الحبيبة...

إلى روح أبي الطاهرة أسكنه الله فسيح جناته...

إلى إخوتي و أخواتي...

إلى كل الأقارب ...

إلى كل من عمل معي بكد بغية إتمام هذا العمل...

إلى الأصدقاء...

إلى الزملاء و الزميلات...

إلى جميع أساتذتنا الكرام و كل رفقاء الدراسة....

الكلمات الإفتتاحية:

- الزواج المختلط.
- تنازع القوانين.
- قواعد الإسناد.
- القانون الدولي الخاص.

قائمة المختصرات باللغة العربية :

- **ف:** فقرة.
- **ص:** صفحة.
- **ج-ر:** الجريدة الرسمية.
- **ط:** طبعة.
- **ق.م.ج:** القانون المدني الجزائري.
- **ق.م.م:** القانون المدني المصري.

المختصرات باللغة الفرنسية:

- Art : Article.
- C.CIV.FR : code civil français.
- L : Loi.
- N : numéro.
- OPU : office des publications universitaire.
- V : voire.
- P(PP) : page(s)
- ORD : ordonnance.
- D.i.P : Droit international privé.

مقدمة

مقدمة

إن كل دول العالم تأوي بالإضافة إلى مواطنيها رعايا أجانب وهؤلاء الأجانب قد يقومون بإجراء تصرفات قانونية على إقليم تلك الدولة و على أساس إجرائهم للتصرفات القانونية تثور منازعات فيما بينهم، أو فيما بينهم و بين مواطني تلك الدولة و هنا تتدخل قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات المتضمنة عنصرا أجنبيا.

والهدف من وضع قواعد التنازع[1] هو تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يكون إما قانونا وطنيا أو قانونا أجنبيا، فعلى الرغم من أن الدولة ذات سيادة و لها أنظمتها القانونية الخاصة بها إلا أنها تتنازل عن سيادتها و تقبل تطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها.

هذا التنازل الذي قدمته الدولة له أهمية بالغة على الصعيد الدولي خصوصا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لأنها تراعي خصوصيات الأجانب و تترك الأمر لقوانينهم الشخصية بتنظيمها إذ ليس لها مصلحة في فرض قانونها الوطني على الأجانب.

فبعدما كانت في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية و تطبق القوانين الوطنية إعمالا لقاعدة إقليمية القوانين، أصبحت نتيجة لضرورات دولية تسمح لقضائها الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها أساس المجاملة الدولية و كأن القاضي الوطني يجامل المشرع الأجنبي و هو بصدد إعمال القوانين الأجنبية مما نتج عنه في الأخير تطبيق القوانين على أساس المعاملة بالمثل بين الدول.

1- المقصود بقواعد الإسناد هو أنه: إذا أثار نزاع لابد من البحث عن القانون الذي يسند له حكم هذه العلاقة و قاعدة الإسناد هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق و يعتبر دورها غير مباشر ويكمن في توجيه القاضي إلى القانون المختص.

ومن أهم التصرفات القانونية التي يقوم بها الرعايا الأجانب في دول العالم هي الزواج و الخطبة، فالزواج و الخطبة هما من أثر مواضيع الأحوال الشخصية التي تثير النزاع و الخلاف بين الدول نظرا لاختلاف فكرتهما من بلد لآخر و شروط وشكل انعقادهما و آثارهما و انقضائهما.

فقد يكيف قانون دولة معينة العلاقة التي تكون بين رجل و امرأة على أنها علاقة زواج فحين يراها قانون دولة أخرى علاقة غير مشروعة و طرفي هذه العلاقة هما {الرجل و المرأة} قد يكونا من جنسية واحدة أو من جنسيتين مختلفتين، و هذا ما يسمى بالزواج المختلط.

و يعرّف الزواج المختلط بأنه:

هو الزواج الذي ينعقد بين زوجين من جنسيتين مختلفتين ويعتبر هذا الزواج وسيلة لاكتساب الجنسية. و الزواج المختلط هو في البداية علاقة عاطفية و دوافع اقتصادية أو لجوء سياسي و هروب من الواقع و قد يؤدي في النهاية إلى خلاف و صراع و انفصال[1].

والأسباب الرئيسية لتزايد الزواج المختلط:

- تعود لهجرة المسلمين إلى أوروبا و أمريكا.
- تدهور الأوضاع السياسية للدول العربية خاصة دول إفريقيا و دول المشرق العربي.
- ضعف اقتصاد دول العالم الثالث و قلة مناصب الشغل بها.

فالزواج بصفة عامة و الزواج المختلط بصفة خاصة أدى إلى وجود علاقات عابرة للحدود فبعدما كانت الجماعة الدولية منغلقة على نفسها لا ينتقل سكان إحداها إلى إقليم الدولة الأخرى، تحول

1- مجهود شخصي.

العالم بفضل التقنيات الحديثة إلى قرية كونية صغيرة و قد كان من نتائج ذلك التحول دخول الأفراد إلى علاقات مختلفة و معاملات متعددة الجوانب مالية و اقتصادية و حتى اجتماعية نجم عنها ارتباط الأفراد مع رعايا الدول المستضيفة عن طريق الزواج[1].

إلا أن اختلاف الثقافات و الحضارات ساهم بشكل كبير في توتر تلك العلاقات وازدياد الخلافات مما أدى إلى انفصام عرى الرابطة الزوجية تفاديا لنزاعات مستقبلية قد تكون شديدة التعقيد و عليه فقد أصبحت مشاكل انحلال الرابطة بالطرق الإرادية ظاهرة اجتماعية اشد تعاظما لبروز مشكلات انحلال الزواج المختلط.

فإذا كانت هذه الظاهرة قد احتلت على المستوى الداخلي مكانا بارزا فأسالت حبر رجال الدين و علماء النفس و علماء الاجتماع لما لها من آثار سلبية على الأسرة و المجتمع ككل وذلك أن انحلال ذلك الرباط الوثيق يؤدي إلى زعزعة كيان الأسرة و هو ما يترتب عليه ضياع الأولاد ومن ثم انحطاط مستوى التعليم و الثقافة في المجتمع فتعم الفوضى و يكثر الإجرام و تبرز ظواهر اجتماعية لا يمكن التحكم فيها إلا من خلال سن نصوص قانونية أكثر من الردع و الزجر على أن تكون مستمدة من أسس فرضت نفسها و تأصلت فروعها بجذور ها لا يمكن التنصل منها لارتباطها بقواعد طبيعية يشعر أفراد المجتمع بإلزاميتها و يحترمون تطبيقها مخافة من الوقوع في دائرة الخطر التي ينه عنها الدين الذي يعد عمد و أساس القانون الذي ينظم أحوالهم الشخصية وعليه كانت هذه الانعكاسات و

1- روبورتاج (لقاء صحفي) على قناة الجزيرة بين المذيعة {خديجة بن قنة} و ضيوف الحلقة:
- د/ آن صوفي رولد {أستاذة تاريخ الأديان في السويد}
- د/ آمنة نصير {أستاذة الفلسفة الإسلامية و العقيدة في جامعة الأزهر}
- د/ نهى أبو ضبة {مستشارة الصحة النفسية في المحاكم الأمريكية}

تاريخ الحلقة : 2002/02/11
الموقع الإلكتروني : http://www.aljazeera.net/programs
تاريخ زيارة الموقع: 2016/04/17

الآثار نتيجة واقعية وحقيقة حتمية رغم انتماء الأسرة إلى دولة واحدة فان هذه الآثار تبلغ ذروتها كلما تعلق الأمر بانحلال الزواج ذو العنصر الأجنبي .[1]

من خلال هذا يتضح أن المشاكل التي يثيرها انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص لا يمكن تجاوزها بموجب النصوص الوطنية التي وضعت للتطبيق على العلاقات الداخلية فتطرق العنصر الأجنبي إلى العلاقة القانونية يطرح عديد من المشكلات و التي لا يمكن التصدي لها إلا بموجب قواعد فنية هي قواعد القانون الدولي الخاص بإعتبارها قواعد وجدت للتطبيق على العلاقات الخاصة الدولية حيث تهدف إلى تنظيم حقوق ذات طبيعة خاصة تستمد خصوصيتها من العنصر الأجنبي الذي يطرأ عليها كما أنها تسعى إلى رسم حدودها منذ نشأتها و إلى غاية إنقضائها حفاظا على مصالح مكتسبيها الذين أصبحوا يتمتعون بقدر من الحقوق في دولة يصفون فيها بالأجانب شريطة ألا تكون تلك الحقوق متعارضة مع الأسس الجوهرية في الدولة التي يتواجدون على إقليمها[2].

بناءاً على ما تقدم يتضح أن كفالة حقوق الأجانب يتسع نطاقها ليشمل كافة الحقوق و بصفة حصرية الشخصية منها لارتباطها بحالة الشخص التي تهدف إلى بيان وضعيته العائلية ومركزه القانوني و إنتمائه الديني حفاظا على المتعاملين معه في هذا المجال خاصة مراحل انقضائها لامتداد آثارها إلى ثمرة الزواج المنحل.

وفقا لذلك، يتبين أن هذه الحماية لن تكون ناجحة وفعالة إلا إذا اشتملت كافة المجالات التي يطرحها موضوع انحلال الرابطة الزوجية في مجال القانون الدولي الخاص و يستوي ذلك أن يكون على

1- نفس المرجع السابق. روبورتاج "لقاء صحفي" على قناة الجزيرة.
2- تشوار حميدو زكية. مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية –دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة الطبعة الأولى- دار الكتب العلمية لبنان 2008، ص 34.

مستوى الاختصاص القضائي الدولي ذلك أن المشاكل التي تثيرها انحلال الرابطة الزوجية تبلغ ذروتها كلما تعلق الأمر بالاختصاص التشريعي أين تتعدد وتتنازع القوانين لحكم المسألة الواحدة فيجد القاضي نفسه في حلقة متشعبة يرتبط أفرادها بأنظمة مختلفة تطرح نفسها قيد النظر نتيجة تباعد الأنظمة القانونية المقارنة سواءا تعلق الأمر بالنسبة لحالات انحلال الرابطة الزوجية أو ما يترتب عنها فبينما يجد القاضي أن هناك تشريعات تعتبر الزواج مؤسسة أبدية غير قابلة للانحلال و يحرم تعددها على أن مخالفة ذلك يعد جريمة أي أن هناك من الأنظمة ما تسمح بانحلالها و يكون ذلك إما بإرادة الطرفين تكريسا لمبدأ المساواة بين الزوجين و إما بإرادة احد الأطراف و لا يمكن أن يكون مرد هذا التباعد إلا اختلاف التصور الفكري و الاجتماعي السائد في كل دولة.

وتظهر أهمية موضوع تنازع القوانين في مسائل الزواج و انحلاله في :

1- تبيان أهم المسائل و الإشكالات التي اختلفت فيها التشريعات و القوانين المقارنة في هذا الموضوع.

2- مدى أهمية ضوابط الإسناد المتعلقة بالزواج المتعلق بعنصر أجنبي حيث يبدأ ذلك من انعقاد الزواج و يمتد إلى انقضائه.

3- يعتبر الزواج من أهم المعاملات التي تنشأ بين مختلف الشعوب لارتباطه بفكرة النظام العام و تأثره بعوامل محيطة التي تختلف من مجتمع لأخر.

وقد اخترنا هذا الموضوع لأسباب عديدة منها :

- أن الزواج من أكثر العقود التي تنشأ بسببها صلة القرابة و الروابط الأسرية و العائلية ولأن الزواج يدخل ضمن الأحوال الشخصية بصفته موضوع يترتب اختلاف بين مختلف قوانين الدول ذلك لأن الفكرة الاجتماعية التي يقوم عليها الزواج تختلف من مجتمع لأخر.
- و أيضا لتحليل المواد القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني المتعلقة بتنازع القوانين في مسألة الزواج و انحلاله.
- و أيضا بإدخال بعض الأنظمة الجديدة لهذا العقد وهي موضوعات تحتاج إلى دراسة دقيقة.

أما المنهج الذي اتبعناه في انجاز مذكرتنا هو المنهج التحليلي المقارن دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و بعض القوانين العربية و الأجنبية.

ومما سبق يتضح لنا أن موضوع تنازع القوانين في مسائل الزواج و انحلاله قد تمت دراسته من قبل إلا أنه نظرا لأهمية هذا الموضوع على المستوى الداخلي و الخارجي ونظرا لتطور موضوعاته و حالاته يحتاج إلى عدة دراسات تجديدية.

وعلى هذا الأساس تطرح التساؤلات التالية :

ما هي الحلول التي اتبعها المشرع الجزائري لحل مشكلة تنازع القوانين في إشكالات الزواج و انحلاله؟

و هل إتبع نهج القوانين المقارنة فيما يخص هذا التطبيق؟

و كيف فرق بين ضوابط الإسناد التي تحكم جوانب الزواج المختلط منذ انعقاده إلى غاية انحلاله؟

الفصل الأول : القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج

المبحث الأول: مقدمات الزواج

جرت العادة أن تبدأ إجراءات الزواج بالخطبة فإذا وصلت إلى مرحلة الوعد ذو القيمة القانونية فلا شك أنها تعتبر كمقدمة للزواج وتدخل في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: تعريف الخطبة و العدول عنها

تعتبر الخطبة وعد متبادل بين رجل و امرأة على الزواج في المستقبل و هي مرحلة تستبق الزواج و تمهيدا له يقوم طرفي العقد بالاختيار و إعلان من جانب الخاطب أو من يمثله و يقابلها القبول فهي تواد متبادل بين رجل و امرأة أو من يمثلها بعقد زواجهما في المستقبل و لم يتطلب التشريع الإسلامي في الخطبة شكلية معينة و لا مكان خاص تجرى بها ولا صيغة خاصة وما يقدم من هدايا فأمر مرده إلى العرف إذا ما تم التوافق بين الطرفين قامت الخطبة و الوعد بالزواج. [1]

الفرع الأول: تعريف الخطبة

1- الدكتور محمد احمد الصانوري : القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنش، الطبعة الأولى، سنة 2011،ص138

لقد وردت عدة تعار يف للخطبة و هذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الأول و هذه التعاريف تتمثل في التعريف اللغوي و الاصطلاحي و التعريف القانوني.

أولا : تعريف الخطبة لغة

هي الفعل الثلاثي خطب و خطب المرأة يخطبها خطب و خطبة بكسر حرف الخاء أي طلبها للزواج ، قال عز و جل " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء " سورة البقرة الآية 135.

والخِطب : الذي يخطب المرأة و العرب تقول فلان خَطِب المرأة كان يخطبها و إختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم و يقال خطب فلان خطب و خطبةً.

ثانيا : التعريف الاصطلاحي للخطبة

عرف الفقهاء الخطبة بعدة تعاريف:[1]

- **تعريف المالكية:** بأنها التماس التزويج و المحاولة عليه.
- **تعريف الشافعية:** بأنها التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة.
- **تعريف الحنابلة:** بأنها خطبة المرأة لينكحها. ومن هنا يمكننا تعريف الخطبة على أنها طلب الرجل النكاح من إمرة معينة خالية من الموانع الشرعية.

ثالثا: التعريف القانوني للخطبة

1- الدكتور جميل فخري محمد حاتم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه و القانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع، سنة 2008، الطبعة الأولى، ص 19

نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة على إن {الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة}[1].

و بالتالي فقد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة بأنها وعد بالزواج و لم يتطرق إلى تعريفها تاركا إلى ذلك مفهوم الفقه.

أما مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري[2] اليوم فهي عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة و غالبا يقع بين والدي الخطيبين و أولياءهما و ينتهي بإيجاب و قبول المصاهرة بين العائلتين دون إبرام أي عقد فقد تكون الخطبة بطلب الرجل التزويج بالمرأة كما قد تكون الخطبة بطلب المرأة التزوج من رجل وهذا ما نجد في السيرة النبوية الشريفة حيث تثبت قيام خديجة رضي الله عنها بطلب الزواج من الرسول صلى الله عليه و سلم[3].

الفرع الثاني : تعريف العدول عن الخطبة

1- قانون الاسرة الجزائري مع آخر التعديلات التي ادخلت عليه سنة 2005 المتضمن الامر 05-02 المؤرخ في 2008 بدون طبعة و دار نشر.
2- الدكتور جميل فخري محمد حاتم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص19
3- مشروع مذكرة مكملة من نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال الشخصية –الخطبة و آثار العدول عنها في القانون الجزائري- جامعة محمد خيضر، بسكرة. الطالبة حرصي صورايا.

يعد العدول عن الخطبة جائزا في حالة إستحالة إتمامها هو حق لكلا الخاطبين.

إن الشريعة الإسلامية قد أجازت الخطبة ووضعت لها ضوابط و أحكام خاصة، والخطبة هي وعد بالزواج و العدول عنها جائز لكلا الطرفين.

وللعدول عن الخطبة عدة تعريفات فقد ورد تعريف لغوي و تعريف اصطلاحي وتعريف قانوني[1].

أولا : تعريف العدول لغة

العدول لغة مشتق من عدَل عدلاً أو عدولاً أي مال و يقال عدل عن الطريق بمعنى حاد وعدل إليه أي رجع.

ثانيا : العدول اصطلاحا

هو رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة و فسخها بعد أتمامها و الرضا منهما.

و لم يعرف الفقهاء القدامى و لا المعاصرين العدول عن الخطبة لذلك يمكن أن نعرف العدول "بأنه رجوع احد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا و القبول منهما".

ثالثا : العدول في عن الخطبة في القانون

1- نفس المرجع السابق. مشروع مذكرة مكملة من نيل شهادة الماستر–الخطبة و آثار العدول عنها في القانون الجزائري.

معظم التشريعات الوضعية تجيز العدول عن الخطبة سواء كان مبررا أو غير مبرر و بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجده يجيز العدول عن الخطبة حيث نصت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها"[1].

فكلا الطرفين أي الخاطب و المخطوبة لهما الحق في العدول عن الخطبة وهذا ما يطابق ما جاء به في قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته الثانية وفي مدونة الأحوال الشخصية للقانون المغربي في فصلها الثالث و هذا الجواز المقرر في التشريعات الوضعية يمكن إرجاعه لاعتبارات منها ما يعود إلى أهداف الخطبة التي شرعت تمهيدا للزواج و يمكن الخاطبين من التعرف لبعضهما البعض فإذا ما تبين لأحدهما أن الطرف الأخر غير صالح لان يكون زوجا للثاني أمكن لكل منهما العدول عن الارتباط للزواج و منها ما يعود إلى التقليل في الفشل في الزواج و منها ما يرجع إلى حرية الزواج.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الخطبة و العدول عنها.

1- قانون الأسرة مع آخر التعديلات التي أُدخلت عليه عام 2005 المتضمن الأمر 05-02 المؤرخ في 2008.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الخطبة

لقد جرت العادة أن الزواج دائما ما تسبقه مقدمة و هي الخطبة و قد اختلفت التشريعات حول طبيعتها و تكييفها فهناك اتجاه اعتبرها عقد ملزم و لا يمكن للأطراف العدول عنها و إذا عدل عنها احد الأطراف يسأل على أساس المسؤولية العقدية [1]

ومن بين الأنظمة القانونية التي ذهبت لهذا المذهب إليها التشريع الألماني و الانجليزي، إذ اعتبرت العدول عنها نوع من أنواع التقيد مما يترتب عليها آثار المسؤولية العقدية أي بعبارة أخرى تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد[2].

أما المشرع الفرنسي فلم يعط تعريفا للخطبة و لم يتعرض لأثارها رغم أن الفرنسيين لا يتم الزواج عندهم إلا بعد المرور بمرحلة الخطبة و اعتبر القضاء الفرنسي الخطبة وعد غير ملزم بمعنى انه لا يتولد عنها التزامات قانونية في ذمة الخاطبين. [3]

لم يتعرض المشرع المصري لبيان القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج أو الخطبة، إذ للخطبة شروطاً موضوعية و أخرى شكلية، و تحديد ما يعد من الشروط الموضوعية أو الشكلية للخطبة هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي.

ففيما يتعلق بالشروط الموضوعية للخطبة كتحديد من تحل بينهما الخطبة و التراضي و غيرها.[4]

2- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000، ص 149

3- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله ، دراسة مقارنة – من إعداد – دربة أمين، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007- 2008

4- C.F Trib.Civ seine, 16 Juin 1936, V.Loussouam y von, Bourel Pierre : « Droit International Privé » Dalloz 7eme édition, 2001, P352

4- د/ جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2005.

أما الشروط الشكلية للخطبة و المراد إجرائها و صيغتها فهي تخضع للقانون الذي يحكم شكل التصرفات بوجه عام و ذلك بحسب قاعدة الإسناد المنصوص عليها من القانون المدني المصري فتكون الخطبة صحيحة شكلاً إذا تمت في الشكل المقرر في بلد وقوعها أو وفقا لجنسية الخاطب و المخطوبة و إذا تمت وفقاً لقانون موطن الخطيبين أو أخيراً وفقاً لقانون جنسيتهما المشتركة وذلك على النحو الذي سيرد بيانه فيما يتعلق بانعقاد الزواج كما تخضع مسألة إثبات الخطبة للقانون الذي يخضع له شكل الخطبة و المادة 20 من ق . م .م.

أما عن آثار الخطبة كعدم جواز الخطبة على الخطبة و تحديد مدى الالتزام بتمام الزواج و اعتبارها مانعا من الزواج من غير الخاطب و مسألة جواز النظر و المخالطة بين الخاطبين فهي تخضع لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، وذلك قياسا على قاعدة خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج.

أما المشرع الجزائري فلم يضع قاعدة تنازع تسري على الخطبة و يتبع في ذلك كلا من القانون الفرنسي و المصري في هذا الشأن إذ اعتبر الخطبة عبارة عن وعد بالزواج وذلك بصريح المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بقولها :

الفقرة 01: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"[1]

1- المادة 05 من القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.

و يخضع تكييف الخطبة لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع و ذلك طبق للمادة 09 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين"

و على هذا الأساس تعتبر الخطبة طبقا للنظام القانوني الجزائري وعدا، فهي لا ترقى إلى درجة العقد و لا يترتب عنها أي اثر من آثار عقد الزواج.[1]

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على العدول عن الخطبة

1- نفس المرجع السابق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله –دراسة مقارنة-

بما أن العدول عن الخطبة هو حق للطرفين أي الخاطب و المخطوبة فإن معظم التشريعات نظمت هذا الموضوع و ذلك نتيجةً لما ينجم عنه من آثار مادية و نفسية، فالقانون الأردني فبخصوص أثار الخطبة فهي تخضع لقانون الخاطب وقت الخطبة و على فسخ الخطبة لقانون الخاطب وقت الفسخ و لا ينطبق ذلك إلا إذا كان احد الطرفين أردنيا، ففي هذه الحالة يجب إعمال القانون الأردني وحده، وأيضاً تطبق أحكام القانون الأردني عند إصطدام أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق لقواعد النظام العام إذا كان القانون يرتب إلتزاماً بإبرام الزواج و يقرر مبدأ التعويض إذا ما تم العدول عن الخطبة ففي هذه الحالة يتعين إستبعاد قانون جنسية الخاطب لما تتضمن أحكامه من معنى الإكراه على الزواج و هو آمر مخالف للنظام العام.[1]

وإذا ما تم فسخ الخطبة فإن التزام المخطوبة برد الهدايا التي تتلقاها من الخاطب تعتبر تطبيقا لفكرة الإثراء بلا سبب و بالتالي فهذا الالتزام يخضع للقانون المحلي، أي لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام و العدول عن الخطبة لا يترتب عنه أي مسؤولية إلا إذا اقترن العدول بخطأ تقصيري. [2]

أما بالنسبة للقانون المصري فيثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على التزام الخاطب آو الخطيبة برد الهدايا التي جرت العادة على تقديمها أثناء الخطبة أي ما يقدمه الخاطب لخطيبته من المتعارف عليه بين الناس. مثلا يرى البعض إخضاع مثل هذه الهدايا

1- نفس المرجع السابق، د.مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ستة 2011، ص140 .

2- د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث في استثناء الحقوق و استعمالها ،ص 205-206.

لقانون الإرادة لأن الهدايا في حقيقتها هبة، و الهبة عقد يخضع لقانون الإرادة، ويذهب جانب آخر من ويذهب جانب أخر إلى أن إخضاع مسألة رد الهدايا لقانون جنسية الخاطبين بوصفهما تدخل في مسألة انعقاد الخطبة، بينما يؤيد فريق ثالث القول بأن التزام الخاطب أو الخطيبة برد الهدايا يخضع لقانون محل تحقق الإثراء و ذلك تأسيسا على أن الإلتزام بالرد لا يعدو أن يكون في حقيقته إلا تطبيقا لفكرة الإثراء بلا سبب.[1]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 05 ف2 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ".[2]

فالأفعال الضارة المصاحبة للعدول عن الخطبة يمكن مسائلة الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية وبالتالي تطبق عليها قاعدة التنازع التي تحكم الإلتزامات غير التعاقدية.[3]

وذلك طبقا لنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى بقولها " يسري على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام ."[4]

المبحث الثاني: شروط انعقاد الزواج

1- مرجع سابق.مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله –دراسة مقارنة- من إعداد دربة أمين جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان.كلية الحقوق.

2- المادة 05 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005 ج-ر رقم 15

3- د/ جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، مرجع سابق، ص 272

2- نفس المرجع السابق. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله –دراسة مقارنة-

حتى يكون الزواج صحيحا وقانونيا يجب أن يستوفي شروطه وينتج آثاره بطريقة صحيحة وهذه الشروط لا يمكن أن تخلفها ليكون الزواج صحيحا وتتمثل هذه الشروط في الشروط الموضوعية والشروط الشكلية.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

تعد الشروط الموضوعية شرطا أساسيا لقيام عقد الزواج الصحيح التي لا يمكن تخلفها.

الفرع الأول: مضمون الشروط الموضوعية

يجب الإشارة إلى المقصود بالشروط الموضوعية وبيانها لتحديد القانون الذي يسري عليها وتعرف على أنها تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب على هذه العلاقة البطلان[1] ، ويقصد بها أيضا تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة إنعدامها ، إذاً هي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج .[2]

و تنقسم شروط الزواج إلى قسمين:

القسم الأول و يحتوي على ما يطلق عليه الفقه الشروط الايجابية كالأهلية و التراضي و رضا الوالدين و موافقة الولي و الكفاءة ...الخ

1- ممدوح عبد الكريم عرموش ،القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ج1 ، تنازع القوانين ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان سنة 1998 بدون طبعة ، ص 89.

2- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة. مرجع سابق.

أما القسم الثاني فيتضمن الشروط السلبية و أهمها ما يسمى بموانع الزواج لوجود قرابة موجبة للتحريم بين الزوجين سواءاً قرابة دموية أو قرابة مصاهرة أو قرابة رضع أو إختلاف في الدين ...الخ

و من هذه الشروط ما نصت عليه المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " [1]، والمادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري[2] يجب أن تتوافر في عقدا الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

وكذالك المواد25-26-27 من قانون الأسرة الجزائري[3]، ويستخلص من هذه المواد أن عقدا الزواج يشمل على الرضا و الأهلية و الصداق و شهود و ولي، و خلو الزوجين من الموانع الشرعية و يجب أن تتوفر هذه الشروط لكي يترتب العقد على جميع آثاره القانونية[4].

1- المادة 9 عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية 15، ص 20).
2- المادة 9 مكرر أضيفت بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية 15، ص 20).
3- قانون الأسرة الجزائري سنة 2007 بدون طبعة بدون دار النشر.
4- مرجع سابق. د/جمال محمود الكردي –تنازع القوانين- الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية سنة 2005. بدون طبعة.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية

أما فيما يتعلق بالقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج فهناك ثلاث اتجاهات تحدد ذلك و هي:[1]

الإتجاه الأول : يرى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين و أخذ بهذا الحكم كل من القانون الإنجليزي و الدول الاسكندينافية.

الإتجاه الثاني: يسندها لقانون محل إبرام عقد الزواج من دون تميز بين شكل و موضوع الزواج و هذا الحكم معتمد من طرف القانون الأمريكي و بعض الدول في أمريكا اللاتينية.

الإتجاه الثالث : نادى بإخضاع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وأخذت به الدول العربية و القانون الألماني و أيضا إتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 جوان 1902 الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج في المادة الأولى منها.

أما القانون الفرنسي فلم يأتي بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج مما جعل جانب من الفقه[2]، يقترح إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين إسناداً لنص المادة 03 من فقرتها الثالثة التي جاء نصها على ما يلي "القوانين الشخصية هي التي تحكم حالة الأشخاص و أهليتهم تتبع الفرنسيين و لو أقاموا في الخارج.[3]

1- الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 149.
2- Gutmann Daniel, Droit international privé, 3eme édition, 2002, p143
3- C-Fart 03 Al du C. CIV. Fr dispose « les lois concernant l'état et la capacité des personne les français même résident en payes étrangers.

و على هذا الأساس تعتبر هذه الشروط من مسائل حالة الأشخاص لهذا يلاحظ أن الفقه الفرنسي يحبذ إخضاع هذه الشروط لقانون الجنسية المشتركة للزوجين.

و عليه لقد طبق القضاء الفرنسي قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية.[1]

أما بخصوص المشرع المصري فقد أخضع هذه الشروط لقانون جنسية الزوجين حيث نص في المادة 12 من القانون المدني المصري على أنه " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين"

و تدارك المشرع هدا النقص من خلال التعديل الجديد للقانون المدني ، ووضح أن هذه المادة تعني الشروط الموضوعية دون الشروط الشكلية.

و يكون الأمر سهلا لتطبيق القانون المختص إذا كان الأطراف متحدي الجنسية ، لكن يطرح الإشكال إذا كان الزوجين مختلفي الجنسية، فكيف يطبق قانون جنسية الزوجين؟

ظهر في هذا الخضم اتجاهان لدى الفقه، الأول يدعو إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعاً و الإتجاه الآخر ينادي بتطبيقهما تطبيقا موزعا.

الإتجاه الأول: التطبيق الجامع

[1] الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية ، ص 149، مرجع سابق

و ينادي أصحاب هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع للقانونين معا ، ومعنى ذلك أن الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني وكذا الأحكام المنصوص عليها في جنسية الطرف الأخر.

غير أن هذا الرأي انتقد، لأنه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين.[1]

الاتجاه الثاني: التطبيق الموزع

و معنى ذلك إن كل طرف عليه إن يستوف جميع الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني و يستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج نظرا لخطورتها[2]، لأنها تهدف إلى حماية الرابطة الزوجية في حد ذاتها و ليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة.[3]

و ما يلاحظ من نص هذه المادة أنها لم تذكر الوقت الذي يعتد به بقانون كل من الزوجين غير أنه يبدو أن العبرة بوقت إنعقاد الزواج بإعتباره الوقت الذي يتعين فيه توافر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد الزواج بطريقة صحيحة[4]، و القضاء المصري[5] يطبق بشأن شروط الزواج المتعلقة بسن الزواج و صحة التراضي التطبيق الموزع أن يكفي أن يكون

1- موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، قواعد التنازع، ترجمة فائق أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة سنة 1989 ،ص 295.

2- حبار محمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق،جامعة وهران، عام 2005 -2006.

3- نفس المرجع السابق، مذكرة ماجستير في القانون الدولي تاخاص –قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و إنحلاله- دراسة مقارنة.

4- فؤاد عبد المنعم رياض وسامنة راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،سنة 1974، ص 254.

5- حكم محكمة النقض المصرية، في جلسة 1 افريل 1954 منشور في مجموعة الاحكام التي يصدرها المكتب الفني، السنة 05، ص 747، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، "تنازع القوانين ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون"، التركي للطباعة و الكمبيوتر، الأوفست طنطا، طبعة 2006، ص218

كل زوج قد احترم سن الزواج طبقا لقانونه الوطني أما فيما يتعلق بموانع الزواج كالقرابة فينطبق بشأنهما التطبيق الجامع.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد اخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة، وذلك في الفصل 45 من الباب الثالث المتعلق بحقوق العائلة و تسمى هذه الشروط بالشروط الأصلية.[1]

بينما المشرع الجزائري يعتبر الزواج حادثاً مغيراً لحالة الشخص، فإن شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية وفقاً لما تقضي به المادة 10 من القانون المدني الجزائري، و قد نصت أيضاً عل إختصاص قانون الجنسية لحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج المادة 11 من ق.م.ج فقد جاء فيها : "الشروط الخاصة لصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين"

و خضوع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية نجده أيضاً منصوصاً عليه في المادة 97 في قانون الحالة المدنية، فقد إعتبرت الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية صحيحاً شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج.

و يلاحظ أن نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية جاء أحادي الجانب لأنه لم يتناول زواج الأجانب سواءاً داخل الجزائر أو خارجها. و نجد في القانون المدني الفرنسي نصاً مماثلاً

1- قانون رقم 98-97 الصادر في 79 نوفبر 1998 المتعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، رقم 96 في 01 ديسمبر 1998. www.jurispedia.org

لهذا النص، هو نص المادة 170 من القانون المدني و لم يتردد القضاء في إعطائه تفسيراً مزدوجاً[1].

و لا يوجد في الجزائر ما يمنع من إعطاء نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية نفس التفسير، فتجعل الأجانب يخضعون بالنسبة لزواجهم الذي يعقد داخل الجزائر أو خارجها لقانون جنسيتهم، خاصة و أن المادة 11 من القانون المدني تخضع بصفة شروط صحة الزواج لقانون جنسية الزوجين[2].

أ- الصعوبات المعترضة لتطبيق قانون الجنسية:

هناك صعوبات خاصة بالشروط الموضوعية للزواج، فهذه الشروط تخضع لقانون جنسية الزوجين،فإذا كان الزوجان يتمتعان بنفس الجنسية فلا توجد أي صعوبة، إذ تطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهما المشتركة، لكن الصعوبة تظهر لما تختلف جنسيتهما، و نجد القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط غير الشروط التي ينص عليها الآخر.

فقد نص المشرع الجزائري على الحل لما يكون أحد الزوجين جزائرياً، فقال بأنه في هذه الحالة القانون الجزائري هو وحده المختص، و هذا حسب المادة 13 من القانون المدني الجزائري، لكنه لم ينص على الحل لما يكون الزوجان أجنبيان، فهل نطبق قانون جنسية كل منهما تطبيقاً جامعاً، أم نطبقه تطبيقاً موزعاً، و نعني بالتطبيق الجامع أنه يجب أن تتوافر في الزوج كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجته، و نفس الشيء بالنسبة للزوجة، يجب أن

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الاول، تنازع القوانين،دار هومة، الجزائر، سنة 2003، ص228-229.
2- رأي الدكتور أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص230.

تتوافر فيها جميع الشروط التي يستلزمها قانون جنسية زوجها، و نعني بالتطبيق الموزع أنه يجب أن تتوافر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط، و في الزوجة الشروط التي يستلزمها قانون جنسيتها فقط[1].

و نلاحظ أنه إذا كان من اليسير تطبيقا لهذا الرأي تصنيف بعض الشروط في طائفة الشروط التي لها صفة فردية مثل شروط السن و الرضا و الأهلية، وتصنيف بعضها الآخر في طائفة الشروط التي لها صفة مزدوجة مثل القرابة، فإن هناك شروطاً أخرى يصعب تصنيفها في إحدى الطائفتين، من هذه الشروط شرط عدم وجود في أحد الزوجين مرض جسماني أو عقلي أو شرط عدم وجود زواج سابق غير منحل، و تسمى هذه الشروط بموانع الزواج.

فبالنسبة للمانع الصحي فإن غالبية الفقه فقد إعتبره من الموانع ذات الصفة المزدوجة لأن هذا المانع يتعلق بالطرفين و لو كان سببه قائماً في أحدهما، وقد نصت تشريعات بعض الدول بصفة صريحة على التطبيق الجامع بشأنه مثل التشريع اليوغسلافي و التشريع البلغاري.

و بالنسبة للمانع من الزواج في حالة وجود زواج سابق غير منحل و الذي تنص عليه بصفة خاصة تشريعات الدول المعدية لتعدد الزوجات، و قد اعتبره بعض الفقه من الموانع التي لها صفة مزدوجة، واعتبر البعض الآخر من الموانع ذات الصفة الفردية، و نشير إلى أن

1- نفس المرجع السابق، ‘راب بلقاسم "القانون الدولي الخاص"، ص231.

محكمة إستئناف باريس قد إعتبرته من الموانع المزدوجة و قد أبطلت على هذا الأساس زواج فرنسية مع كامروني متزوج على الرغم من أن قانونه الشخصي يبيح له تعدد الزوجات، فتكون بذلك قد طبقت القانون الوطني للزوجة تطبيقاً جامعاً[1].

1- نفس المرجع السابق، أعراب بلقاسم "القانون الدولي الخاص"، ص235.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية

يخضع شكل الأعمال وفقا للقاعدة التقليدية لقانون مكان إبرامهما فهي تطبق بشكل عالمي، فالشروط الشكلية ليست نفسها في مختلف الدول ففي بعض الدول يشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج.

الفرع الأول: المقصود بالشروط الشكلية

و يقصد بالشروط الشكلية للزواج كل الإجراءات المتعلقة بتحرير عقد الزواج و إثباته و تحديد الجهات المختصة بإبرامه و إعلام الغير به و كل المسائل المتعلقة بالشهود[1] ، وفي كل الأحوال يرجع تكييف شروط الزواج هل هي موضوعية أم شكلية لقانون القاضي طبقا للقواعد العامة، أما عن القضاء و الفقه فقد اخضع الشروط الشكلية في الزواج لقانون المحل طبقا لقاعدة "لوكوس" إلا أن الدول تختلف من حيث إختياره أو إلزامية هذه القاعدة[2]، وقد صنفت قوانين مختلف الدول حول هذه القاعدة إلى ثلاث مجموعات[3]:

المجموعة الأولى:

تأخذ هذه القاعدة على سبيل الاختيار مثل القانون الفرنسي و القانون المصري و القانون العراقي.

المجموعة الثانية:

1- نسرين شريفي بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، الطبعة الاولى، سنة 2013، ص 60

2- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة 2006، ص 70.

3- وفاء بن حمزة –القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية- مذكرة ليسانس جامعة قاصدي مرباح، ورقلة. كلية الحقوق و العلوم السياسية. سنة 2013 ص-ص 21-22.

حيث أخذت بالقاعدتين و ذلك إذا أُبرم الزواج على إقليم الدولة فإنها تجعل هذه القاعدة إلزامية أما إذا أُبرم الزواج خارج إقليمها فتجعلها قاعدة اختيارية، أخذ بهذا التطبيق كل من القانون الألماني و النمساوي.

أما **المجموعة الثالثة :**

فقد أخذت بهذه القاعدة بإلزامية سواء كإبرام الزواج، تم على إقليم الدولة أو خارجها و أخذ بهذه القاعدة القانون اليوغسلافي و الألباني و البلغاري.[1]

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

1- نفس الرجع السابق. وفاء بن حمزة، القانون الواجب التطبيق على الاحوال الشخصية، مذكرة ليسانس،جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ورقلة، سنة 2013، ص 21-22.

إن إختلاف الشروط الشكلية للزواج بين مختلف دول العالم يجعلها المجال الرحب لتنازع القوانين مما يجعل من الضروري تحديد القانون الذي يحكمها ثم تحديد نطاقه، لأن الكثير من شروط صحة الزواج تحتاج إلى عملية التكييف لتصنيفها في طائفة الشروط الموضوعية أو في طائفة الشروط الشكلية و ذلك أن الطائفتين لا تخضعان إلى نفس القانون.

أ- تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج:

بإعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية، فهو يخضع من حيث شكله طبقاً لقاعدة "locus regit actum"[1] لقانون محل إبرامه، غير أن هذا القانون يستبعد في الكثير من الدول لصالح القانون الوطني في حالة إبرام الزواج أمام بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج، و سنتناول فيما يلي إبرام الزواج وفقاً لقانون محل إبرامه ثم إبرامه أمام البعثات الدبلوماسية أو القنصلية:

- خضوع الزواج من حيث شكله لقانون محل إبرامه.
- إبرام الزواج في الشكل المحلي حل عالمي.

يخضع الزواج من حيث شكله في القانون الجزائري لقانون محل إبرامه و يستفاد ذلك من عدة نصوص:

- نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية جاء فيه: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع

1- لقد جعل المشرع الجزائري من "قاعدة لوكيس" قاعدة اختيارية وليست إلزامية سواءا قبل التعديل أو بعد التعديل حيث تخضع شكل التصرفات القانونية في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلي قانون محل إبرام العقد أو الوطن المشترك أو الموطن المشترك أو القانون الذي يحكم الموضوع.

المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"[1].

و يلاحظ أن هذا النص لا يتعلق إلا بالزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائرياً مما يجعل زواج الأجانب في الجزائر غير خاضع له، و لا يوجد في إعتقادنا ما يمنع من إعطاء هذا النص صفة مزدوجة مثل ما فعل القضاء الفرنسي مع نص المادة 170 من القانون المدني الجزائري الذي هو مماثل له، فيكون بذلك زواج الأجانب الذي يتم إنعقاده في الجزائر خاضعاً من حيث شكله للقانون الجزائري.

- نص المادة 71 من نفس القانون، جاء فيه: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج... ويضيف النص ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

و يفيد هذا النص بمفهوم المخالفة بأن الأجانب يمكنهم غقد زواجهم في الجزائر أمام الجهات المذكورة إذ ما كانت لهم إقامة فيها منذ شهر واحد على الأقل.

- و أخيراً نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري الذي يخضع كل العقود من حيث شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه لكن دون أن يجعل ذلك إلزامياً إذا أجاز إخضاعها أيضاً للقانون الوطني المشترك للمعاقدين.

1- نفس المرجع السابق أعراب بلقاسم، "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص239.

و خضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحل الذي أخذت به بصفة صريحة تشريعات الكثير من الدول العربية، نذكر منها القانون المصري، و القانون الكويتي، القانون التونسي، القانون اللبناني و السوري و العراقي.[1]

و يسود هذا الحل أيضاً في الدول الإفريقية فهو الحل المأخوذ به مثلاً في غينيا و السنغال و ساحل العاج و الطوغو و نذكر أيضاً ضمن الدول التي أخذت بهذا الحل الدول الأوروبية كفرنسا و إيطاليا و اليونان و ألمانيا و النمسا و تشيكوسلوفاكيا و ألبانيا و يوغوسلافيا و بلغاريا و النمسا و تركيا و إنجلترا، و أخذ به كذلك القانون الأمريكي.

نلاحظ من خلال ما تقدم أن خضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحل السائد في كل دول العالم لما فيه من التيسير على الزوجين، ذلك أنه لو ألزمنا الزوجين بعقد زواجهما في الشكل الذي قرره قانونهما لكان ذلك متعذراً عليهما في الكثير من الأحيان.

مدى إعتبار الشكل المحلي إلزامياً:

إذا كانت كل الدول تأخذ قوانينها كما سبق أن قلنا بقاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد إبرامه، فإن هناك إختلافاً فيما بينها حول طابعها هل لها طابع إلزامي أم لا، و يمكن تصنيف قوانين مختلف الدول حول هذه المسألة في ثلاث مجموعات:

1- نفس المرجع السابق، أعراب بلقاسم "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص240.

- **المجموعة الأولى:** تجعل هذه القاعدة إختيارية كالقانون المصري، و القانون العراقي (المادة 26 من القانون المدني العراقي) و القانون الكويتي (المادة 37 من المرسوم الأميري) و القانون السوري (المادة 21 من القانون المدني) و القانون الإيطالي.
- **المجموعة الثانية:** تجعل هذه القاعدة إلزامية بالنسب للزواج المبرم عل إقليمه و اختيارية بالنسبة للزواج المبرم في الخارج و يدخل ضمن هذه المجموعة القانون النمساوي و القانون الألماني و القانون البولوني[1].
- **المجموعة الثالثة:** تجعل هذه القاعدة إلزامية أياً كان بلد إبرام الزواج سواء أتم إبرامه في إقليمه أو تم إبرامه في الخارج، و يدخل ضمن هذه المجموعة القانون اليوغسلافي و القانون الألباني، و القانون المجري و القانون البلغاري و التشيكوسلوفاكي و يمكن إعتبار كذلك القانون الفرنسي ضمن هذه المجموعة.

بالنسبة للقانون الجزائري فإن هذه القاعدة تعتبر إلزامية إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتركة، ففي هذه الحالة يمكنهما إبرام زواجهما وفقاً لقانون جنسيتهما المشتركة و يستخلص ذلك من نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري "ويمكن أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين" معنى ذلك أنه إذا لم يكن مشتركاً فليس أمامهما إلا الشكل المحلي.

تطبيق القانون المحلي:

1- نفس المرجع السابق ، أعراب بلقاسم "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص ص، 240-241.

ينبغي أن نبين تطبيق قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي على زواج الجزائريين في الخارج ثم على زواج الأجانب في الجزائر.

أولاً: زواج الجزائريين في الخارج

يجوز للجزائريين عقد زواجهم في الخارج وفق الشكل المحلي.

و هذه الإمكانية قد أتاحها لهم نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية فقد جاء فيه: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين، أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"[1].

و نلاحظ أن هذا النص لا يتناول إلا الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية، و أما الذي يعقد بين جزائرية و أجنبي فهو مسكوت عنه مما يجعلنا نستنتج أن زواج الجزائرية بأجنبي في الخارج لا يجوز عقده في الشكل المحلي، و يرجع سبب ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايلاً على القانون الجزائري الذي يمنع زواج مسلمة بغير المسلم.

و في رأي الأستاذ "أعراب بلقاسم" أن هذا التخوف ليس في محله، ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية الضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج من غير المسلم.

1- المرجع السابق، أعراب بلقاسم "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص242.

و إذا كان للجزائري الحق في عقد زواجه في الخارج وفق الشكل المحلي فإن هذا الحق ليس مطلقاً، ذلك أن هناك أشكالاً محلية قد تعتبر مخالفة للنظام العام الجزائري مما يتعين منع الجزائري من إبرامه زواجه في الخارج وفقها، هكذا يعتبر باطلاً زواج الجزائري في الخارج إذا تم وفق الشكل المحلي، و كان الشكل دينياً يمس عقيدة المسلم، أما إذا كان هذا الشكل على خلاف ذلك فإن الزواج الذي يتم وفقه يكون صحيحاً و هناك بعض الدول البروتستانتية تعرف ما يسمى بالزواج الرضائي و هو الزواج الذي يتم بدون أي شكل، فمثل هذا الزواج لا يعتبر في رأينا باطلاً، ذلك أن جانباً كبيراً من الفقهاء المسلمين يجيزون إثبات الزواج بكافة طرق الإثبات بما في ذلك إقرار الطرفين[1].

ثانياً: زواج الأجانب

للأجانب الخيار بين عقد زواجهم وفق الشكل المحلي وبين عقده وفقاً لقانون جنسيتهم و هذا إذا كان الطرفان من جنسية واحدة، أما إذا كان من جنسيتين مختلفتين فإن الشكل المحلي يصبح حينئذٍ إلزامياً، ذلك ما يستخلص من نص المادة 19 من القانون المدني.

و إذا تم زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي فإنه على الزوجين احترام كل الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري كحضور شاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي، و الإقامة داخل الإقليم لمدة لا تقل عن شهر.

1- نفس المرجع السابق، أعراب بلقاسم "القانون الدولي الجزائري". ص 244.

أ- صلاحية الأعوان الدبلوماسية و القناصل في إبرام زواج رعاياهم

غالبية الدول حتى تلك التي اعتبرت قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي إلزامية تسمح لرعاياهم بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية و القنصلية في الدول المعتمدة فيها، و قد جعلت معاهدة فيينا المعقدة في 24 أفريل 1948 من صلاحية رجال السلك الدبلوماسي و القنصلي في التصرف كضابط الحالة المدني قاعدة حقيقة من القانون الدولي العام.

كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1978 و المتعلقة بإبرام الزواج و الإعتراف بصحته قد اعترفت لهم هي أيضاً بصلاحية إبرام زواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين فيها شريطة أن هذه البلدان لا تمنعهم من ذلك[1].

لم تشذ الجزائر عن هذه القاعدة فقد اعترفت هي أيضاً بصحة العقود التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين و القناصل طبقاً للقانون الجزائري فقد جاء في المادة 96 من قانون الحالة المدنية: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقاً للقوانين الجزائرية"

إستناداً إلى هذه المادة يعتبر صحيحاً زواج الجزائريين المبرم طبقاً للقانون الجزائري أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل في الدول المعتمدين فيها.

1- نفس المرجع السابق، أعراب بلقاسم "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص245.

و نلاحظ أن هذه المادة لم تغلق اختصاص رجال الأحوال الدبلوماسيين أو القناصل على أي شرط و لذلك لا يشترط صحة العقد الذي يقومون بتحريره طبقاً للقانون الجزائري أي تعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها مثل ما يشترط ذلك القانون المدني المصري[1].

و إذا كان للأعوان الدبلوماسيين و القناصل على ما رأينا صلاحية إبرام زواج الجزائريين، فهل لهم أيضاً مثل هذه الصلاحية في حالة الزواج المختلط؟

قد أعطت لهم المادة 97 من قانون الحالة المدنية هذه الصلاحية إذا كان الزوج جزائرياً و الزوجة أجنبية و تتمتع بجنسية البلد المضيف، أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد التي ستحدد بموجب مرسوم.

و نشير إلى أن هذا النص لم يتناول زواج الجزائرية بأجنبي مما يتيح لنا القول بأنهم غير مختصين في هذه الحالة[2].

و لما أعطى المشرع الجزائري للأعوان الدبلوماسيين و القناصل الجزائريين صلاحية إبرام زواج الجزائريين في الخارج، فقد اعترف بذلك بقاعدة من القانون الدولي العام و هي صلاحية الأعوان الدبلوماسيين و القناصل في عقد زواج رعايا دولهم في الجزائر شرط أن تكون أيضاً دولهم تسمح لهم بذلك.

ب- نطاق القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج

1- المادة 64 من القانون رقم 166 لسنة 1654، الخاص بتنظيم السلكين الدبلوماسي و القنصلي.
2- مرجع سابق، أعراب بلقاسم "القانون الدواي الخاص الجزائري" ص244.

لما كانت شروط صحة الزواج تخضع لقانونين مختلفين فمن اللازم تحديد نطاق القانون الذي يحكم منها الشروط الشكلية للزواج، و يعتبر شرط "الشكل الديني" الذي تفرضه بعض الدول على رعاياها الذين يبرمون زواجهم في الخارج الشرط الوحيد الذي أثار صعوبة كبيرة في تكييفه في مختلف الدول، أما الشروط الأخرى فتكييفها لا يثير صعوبة ذات أهمية كبيرة.

ج-تكييف شرط إبرام الزواج في الشكل الديني:

شرط بعض الدول على رعاياها إبرام زواجهم في الشكل الديني ذلك هو حال اليونان قبل قانون 5 أبريل 1982، و إسبانيا قبل قانون رقم 81/30 الصادر في 1981 (المادة 80 و المادة 50) و هو حال مالطا.

إن الدول التي جعلت من الزواج نظاماً علمانياً كفرنسا و بريطانيا وبلجيكا تعتبر هذا الشرط من الشروط الشكلية.

أما الدول التي تعتبر الزواج نظاماً دينياً فتعتبره من الشروط الموضوعية[1].

و في الجزائر تنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، و لما كان القانون الداخلي لا يعرف التفرقة بين الشروط الموضوعية و الشروط

1- نفس المرجع السابق، أعراب بلقاسم "القانون الدولي الخاص الجزائري". ص247.

الشكلية فإن أمر تكييف شرط المراسيم الدينية وفقاً للقانون الجزائري مسألة في غاية الصعوبة و نجد نفس هذه الصعوبة في معظم الدول العربية لأنها هي أيضاً لا تعرف هذه التفرقة و لكن بما أن الزواج ليس في الشريعة الإسلامية نظاماً دينياً و إنما هو نظام مدني إذ لا يشترط لانعقاده رجل دين أو إحترام طقوس معينة فيمكن بأن شرط المراسيم الدينية تعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر، و قد قال بهذا التكييف الفقه المصري وقد نص القانون الكويتي عليه صراحة حسماً لأي خلاف شابه.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج

المبحث الأول: حالات إنحلال الزواج

الزواج كأي تصرف قانوني ينتهي وفق طرق معينة طبيعية كالوفاة، أو رضائية كالطلاق من طرف الزوج كما هو معروف في الشريعة الإسلامية أو بالتفريق القضائي بقرار من المحكمة أي ما يسمى بالتطليق و سوف نرى حالاته.

وقد خصصنا ثلاث مطالب: المطلب الأول نتناول فيه "الطلاق"، المطلب الثاني "التطليق"، أما المطلب الثالث فتناولنا فيه "الإنفصال الجسماني".

المطلب الأول: الطلاق

الفرع الأول: التعريف اللغوي للطلاق

الطلاق هو انفصال الزوجين عن بعضهما البعض بطريقة شرعية و عن طريق إجراءات حكومية لوجود سبب يمنع الحياة الزوجية أو استمرارها فقد شرعه الله تعالى فقال: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾-الآية 229 سورة البقرة- فيحل فسخ عقد النكاح عند الطلاق بقول صريح

و واضح من الزوج سليم العقل و دون إكراه فيكون الطلاق إما بإتفاق الطرفين أو برغبة أحدهما و لكن إعتبره الإسلام (الطلاق) أبغض الحلال عند الله.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للطلاق

نصت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

في الطلاق يمكن الحكم على الزوج بالنفقة على الزوجة و هو غير ممكن في حالة الحكم ببطلان الزواج و لا تجتمع التشريعات على مفهوم واحد لمسألة إنحلال الزواج بحيث نرى الشريعة الإسلامية بأن الزواج ليس رابطة أبدية عكس ما هو الحال عند الطوائف المسيحية الكاثوليكية، إذ ترى بأن الرابطة الزوجية لا تنقضي إلا بالوفاة، وفي القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاء الزواج بالإرادة المتفردة للزوج و بالتطليق في حالة معينة على طلب الزوجة[1].

1- زروتي الطيب،مرجع سابق، ص168.

المطلب الثاني: التطليق

إلى جانب الطلاق يوجد ما يعرف بالتطليق و الذي فيه يتم حل الزواج عن طريق الإرادة المتفردة للزوجة

الفرع الأول: التعريف اللغوي للتطليق

هو حصول الزوجة على حكم القضاء يحل زواج صحيح بناءاً على الأسباب التي يجيزها القانون، لكن شريطة أن يصدر حكم قضائي عن طريق المحكمة المختصة، بناءاً على دعوى ترفع من أحد الزوجين أو كلاهما معاً، إستناداً إلى سبب من الأسباب التي تجعل استحالة استمرار الحياة الزوجية، و بعبارة أخرى يعرف الطلاق على أنه إنقضاء إرادي للزواج، بينما التطليق هو انقضاء يستلزم تدخل القضاء[1].

الفرع الثاني: التعريف القانوني للتطليق

نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

1- هشام علي صادق "دروس في تنازع القوانين" دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 2003، ص282.

3- الهجرة في المضجع فوق أربع أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08.

7- إرتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعاً.

المادة 53 مكرر: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

المطلب الثالث: الإنفصال الجسماني

الفرع الأول: التعريف اللغوي للإنفصال الجسماني

قد عرفت بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول العربية إلى جانب الطلاق و التطليق، نظاماً آخر لا تعرفه التشريعات العربية و يسمى بالإنفصال الجسماني أو التفريق البدني، بالنسبة للدول التي تحرم الطلاق و الذي عبارة عن مباعدة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، و لكنه قد يكون سبب للطلاق إذا استمر مدة معينة.[1]

غير أن هذه الطريقة دائماً تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية، فقد يعود الزوجان إلى ما كان عليه الحال من قبل فترة التفريق الجسماني، وقد لا يعودان إلى ذلك و يتحول هذا الإنفصال إلى انحلال الزواج بصفة نهائية عن طريق القضاء.[2]

و كيفت بعض التشريعات مسألة الإنفصال الجسماني على أنه إجراء وحيد لتراخي الرابطة الزوجية تدريجياً، إلى أن تنقضي نهائياً لوفاة أحد الزوجين و هذا هو حكم التشريعات التي تحظر الطلاق، ومنها ما تعتبره بمثابة إجراء وقائي يقصد به محاولة تاإبقاء على الرابطة الزوجية و التريث في الحكم بالتطليق.[3]

1- محمد حسين منصور. المرجع السابق.ص ص 289/288
2- فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد. المرجع السابق ص ص 276/275
3- محمد كمال فهمي. المرجع السابق. ص 547

و يحصر التعريف اللغوي للإنفصال الجسماني: هو فراق بين زوجين دون إنهاء الرابطة الزوجية.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للإنفصال الجسماني

تنص المادة 12 من القانون المدني الجزائري على أن: "يسري على انحلال الزواج و الإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

و الملاحظ أن صياغة المادة بعد تعديلها تضمنت عبارة "الإنفصال الجسماني" و هو ما يتناسب مع قواعد التنازع في حد ذاتها بالرغم أن القانون الجزائري لا يعرفه إلا أنه في إطار العلاقات الدولية الأسرية قد يكون القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى يعرف هذا النظام، أما انحلال الزواج فيكون إما بالطلاق بإرادة الزوج المتفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة (الخلع أو التطليق)، أما في القانون الفرنسي فيتم الطلاق إما بتراضي الزوجين المشترك أو بإنهاء الحياة المشتركة (الإنفصال الجسماني)[1].

[1]- www.mohamed.net تاريخ زيارة الموقع: 2017/05/15

المبحث الثاني : قواعد الإسناد التي تحكم إنحلال الرابطة الزوجية

يثير إنحلال الرابطة الزوجية التي يكون أحد طرفيها أو كليهما أجنبياً مشاكل متعددة، وهو ما فرض على التشريعات سن نصوص قانونية للحفاظ على جملة من المبادئ أهمها تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة محل النزاع، تكريس مبدأ إستقرار المعاملات، و كبح تجاوزات الأفراد سعياً لتحقيق العدالة.

و نتيجة لذلك عمدت التشريعات إلى تحقيق الأهداف السابقة، بموجب وسيلة تقنية تسمى قاعدة الإسناد، و التي تتضمن إلى جانب الفكرة المسندة ضابط الإسناد، باعتباره أداة فنية للربط بين موضوع القاعدة والقانون المسند إليه، و يتم تحديد ضابط الإسناد من خلال العنصر الذي يمثل مركز ثقل العلاقة القانونية ذات الصيغة الدولية محل البحث و بما أن عنصر الأطراف يعد العنصر الأساسي في مسائل الأحوال الشخصية و التي تندرج ضمنها مسألة إنحلال الرابطة الزوجية فلقد تم الإستعانة به لتحديد القانون الواجب التطبيق، على أن هذا الضابط الشخصي الذي عولت عليه التشريعات و نخص بالذكر ضابط الجنسية الذي يثير هذا التنازع. و على هذا الأساس ما هو الضابط الشخصي الذي إعتمدت عليه التشريعات لحل مشكلات إنحلال الرابطة الزوجية ؟ و ما هي الحلول المقترحة لتجاوز الصعوبات التي يثيرها؟[1]

1- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص –إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص- من إعداد "حنبولي فاطمة زهرة" جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان. كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2011/2010

المطلب الأول: تحديد قواعد الإسناد التي تحكم انحلال الزواج

إن الفلسفة السياسية السائدة في المجتمع الدولي، و القائمة على فكرتي الهيمنة و المصلحة تنعكس إيجاباً و سلباً على المنظومة القائمة، خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لإرتباطها بالأسس الدينية و الإجتماعية في الدولة، على هذا الأساس فقد تبنت تشريعات الدول المختلفة الضابط الذي يحقق مصالحها لحل مشكلات إنحلال الزواج فبينما إعتمدت التشريعات الأنجلوسكسونية على ضابط الموطن، إعتمدت التشريعات اللاتينية وجل التشريعات العربية على ضابط الجنسية، بيد أن الأخذ بهذه الضوابط يبقى مسألة نسبية تتحدد نسبتها في ضرورة الحفاظ على المصالح الوطنية، و السعي إلى تطبيق القانون الأكثر صلةً بالعلاقة محل النزاع.[1]

و مما تجدر الإشارة إليه أنه و على الرغم من إنتشار ظاهرة إنحلال الزواج إلا أن غالبية التشريعات بما فيها المشرع الجزائري إكتفت عند تنظيمها بقاعدة إسناد وحيدة تطبق على كل الحالات.

1- زروتي الطيب –القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي- الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الدويرة سنة 2008 ص 141

و عليه هل تبنّت التشريعات نفس الضابط الشخصي للفصل في مسائل إنحلال الزواج؟ و ما هي الحماية القانونية التي سعت التشريعات إلى تكريسها إذا كان أحد أطراف دعوى إنحلال الزواج وطنياً ؟[1]

إن بيان ذلك يتطلب تحديد الموقف الذي تبنته التشريعات لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إنحلال الزواج المختلط تحت عنوان القاعدة العامة و الإستثناء الوارد عليها.

الفرع الأول: التشريعات المقارنة

تختلف التشريعات الغربية عن التشريعات العربية، بما فيها المشرع الجزائري في إسناد حكم إنحلال الزواج لضابط معين يحدد القانون الواجب التطبيق، و عليه وجب بيان موقف التشريعات من ضابط الإسناد، و بيان مجال تطبيق ضابط الإسناد.

لذلك ترى بعض الأنظمة المقارنة وجوب إسناد مسائل إنحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج بإعتباره القانون الذي ارتضى الطرفان الإرتباط في ظله[2] خاصة أن الإعتداء بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيه مساعدة للزوج على تغيير جنسيته لغرض التوصل إلى النتائج التي يهدف إليها.[3]

1- نفس المرجع السابق –مذكرة لنيل الماجستير في القانون الدولي الخاص ، -إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص.
2- مرجع سابق، هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية سنة 2003 ص 289.
3- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص –دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي- الطبعة الأولى الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان 2009 ص 142.

رغم النقد الموجه للأنظمة العربية التي تعتمد على ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إلا أن البعض يؤيد الأخذ بالضابط السابق لإعتباره الضابط الذي يتحدد فيه عنصر الحالة بالنسبة للزوج.[1]

إذا كانت التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري، تتبنى كقاعدة عامة ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقد حاول كل من التشريعين الكويتي و التونسي تفادي الإنتقادات من خلال تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين، فقد قضى التشريع الكويتي في المادة 40 من المرسوم الأميري رقم 05 لسنة 1961 بتطبيق قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج و قبل رفع الدعوى[2]

و هو ما أقرته إتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق و الإنفصال في مادتها الثامنة.[3]

وإن كانت في المادة 2 تؤكد على وجوب إخضاع الطلاق و الإنفصال الجسماني في القانون جنسية الزوجين و قانون القاضي، إذ لا يحكم بالطلاق إلا إذا كان جائزاً في

1- مرجع سابق، صلاح الدين جمال الدين "تنازع القوانين" دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، الطبعة الثانية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية سنة 2006 ص 254.

2- تنص المادة 40 من القانون الأميري الكويتي 05 لسنة 1961 "يسري على الطلاق و التفريق الجسماني آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج و قبل رفع الدعوى، فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.
-أعراب بلقاسم –القانون الدولي الخاص الجزائري. المرجع السابق ص 257.
- فتيحة يوسف عماري "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع السابق ص 115.

3 -Art 8 du convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridiction de divorce et de séparation de corps dispose : « si les époux n'ont pas la même nationalité , leur législation commune devra pour l'application des articles précédé d'être considérée comme leur loi nationales ».

القوانين و لو لأسباب مختلفة[1] وعلى الرغم من ذلك إنتُقِد الحل المكرس في التشريع الكويتي و في إتفاقية لاهاي نقداً لاذعاً إذ قد لا يكون الزوجان متحدي الجنسية.[2]

و تفادياً لذلك أخضع المشرع التونسي في المادة 49 في مجلة القانون الدولي الخاص التونسية مسائل إنحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، قانون القاضي[3]

و هو بذلك إنتهج نهج المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 309 من الأمر 05-759 الصادر بتاريخ 04 جويلية 2005 المعدل للمادة 310 من القانون المدني الفرنسي رقم 75-617 الصادر في 11 جويلية 1975 "يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق و الإنفصال الجسماني في الحالات الآتية:

- إذا كان كل من الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية.
- إذا كان موطن كل من الزوجان بفرنسا.
- حين لا يعترف أي قانون أجنبي بإختصاصه و تكون المحاكم الفرنسية مختصة ففي هذه الحالة يعود الإختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق و التفريق الجسماني.[1]

[1] -Art 8 du convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps dispose : «le divorce n peut être demandé que si dans le cas d'ont il s'agit il est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu ou la demande est formé encore que .

[2]- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع) الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 2006 هامش، ص 548.

[3]- تنص المادة 49 من قانون 98-97 الصادر في 27 نوفمبر 1998 المتصمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، ج-ر رقم 96 لسنة 1998 "الطلاق و التفريق الجسدي ينظمها القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، و عند إختلاف الجنسية يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر كشترك للزوجين إذا وجد و إلا تطبق المحكمة قانونها".

تعتبر قاعدة التنازع الواردة في المادة 309 من القانون المدني الفرنسي قضائية النشأة وضع أساسها القضاء الفرنسي من خلال تطبيقاته المختلفة إبتداءاً من 1952، إذ أنه قبل هذا التاريخ لم يكن في الوسع الحديث عن قاعدة تنازع قوانين بخصوص مسائل إنحلال الزواج، لأن الطلاق آنذاك كان يعد من المسائل الشخصية التي يطبق عليها القانون الشخصي، إضافة إلى أن مشاكل الطلاق الناجمة عن الزواج المختلط كانت نادرة الوقوع، و ترجع إما لأسباب واقعية (الزواج المختلط لم يكن معتمد) أو قانونية لإكتساب الزوجة لجنسية زوجها، غير أنه سرعان ما تلاشت هذه الأفكار بسبب تطور حركة الهجرة المتبادلة، وتغير قوانين الجنسية الفرنسية التي أجازت للمرأة المتزوجة الإحتفاظ بجنسيتها.[2]

أمام هذه التغيرات طرح على القضاء الفرنسي قضايا شائكة إستوجب عليه الفصل فيها، فطبق في المرحلة الأولى قانون الجنسية المشتركة تطبيقاً موزعاً و هو ما حصل في قضية « Ferrari »"فيراري" غير أنه نظراً للنتائج الوخيمة لذلك التطبيق عمد القضاء الفرنسي في المرحلة الثانية إلى تطبيق قانون الموطن المشترك و هو ما طبقه في قضية

1 - Art 309 du c.civ.fr. (inséré par Ordonnance nº 2005-759 du 4 juillet 2005 art. 2 Journal Officiel du 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006) qui dispose : Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps.

2 - Cité par «Jean Deruppé », droit internationale privé 13 eme éd, Dalloz, paris 1999. P 107.

« Riviére » في 17 أفريل 1953 الذي تلته قرارات أخرى رسخت أبعاده منها قرار « Lewandowski » في 15 مارس 1955.[1]

و يقصد بالإقامة الزوجية طبقاً للقرارين السالف ذكرهما، الإقامة الفعلية في الدولة نفسها أما في حالة ما إذا كان كل من الزوجين يقطن في دولة غير التي يقطن فيها الزوج الآخر، طبق قانون القاضي لعدم وجود عنصر إتصال آخر يمكن ترجيحه، و ذلك ما حصل في قضية « Tarwid » سنة 1961.[2]

من ذلك يتضح أن مختلف الإجتهادات القضائية السالف بيانها ساهمت في تقنين نص المادة 309 من القانون المدني الفرنسي و إذا كانت القراءة الواعية لهذه المادة تبين أن النص ثوري على مستوى النهج "الطريقة"، و كذا على مستوى إختيار الروابط في الحقيقة يشكل خليطاً من الوحدة القومية الوطنية "الجنسية المشتركة، الموطن المشترك"، والوحدة القومية الدولية "قانون القاضي"، إضافة لذلك فإن المشرع الفرنسي إعتمد على قاعدة مفردة من الأحوال الشخصية، رغم أن هذه الأخيرة تعد المجال الخصب للقواعد الثنائية.[3]

1 - Nouhad rizkallah. Droit internationale privé. M.A.J.D entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L) 1er éd. Beyrouth, Liban 1985 p82.

2 - Civ. Mai 1961 arrêt tarwid. Meni polonais domicilié en Angleterre et femme française domicilié en France application de la loi français par le juge français . cité par «Jean Deruppé », op- cit. p107.

3- بيار ماييير، فونسييه هوزيه. القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات النشر و التوزيع بيروت، لبنان. 1429ه – 2008م ص 534.

كما أنه لم يحسم مشكلة التنازع المتحرك رغم إعتماده على الضوابط القابلة للتغيير خاصة أن القضاء اعتد بقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك وقت رفع الدعوى.[1]

حسب ما يتضح فإن المشرع الفرنسي سعى إلى تطبيق القانون الفرنسي بكل الوسائل فالمادة 309 من ق.م.ف تمنح للقانون الفرنسي إختصاصاً أصلياً إذا كان الزوجان من الجنسية الفرنسية بغض النظر عن موطنهما، و تستعين بضابط الموطن متى كان الزوجان من الأجانب، كما أنها تمنح القانون الأجنبي إختصاصاً محدوداً إذا كان الزوجان الأجنبيان متوطنين خارج فرنسا و تؤكد طات المادة على الإختصاص الإحتياطي للقانون الفرنسي متى كانت التشريعات المعنية تجهل مؤسسة الطلاق[2] وهو حقيقة ما طبقته محكمة التمييز الفرنسية في 10 جويلية 1979 بخصوص دعوى طلاق بين زوجة فرنسية و زوج إيرلندي بمنع قانون الطلاق، إذ تهربت من النقد اللاذع الذي وجه لها بخصوص قضية "فيراري" لجأت إلى استخدام حيلة قانونية تسمى "قانون القاضي"[3]

إذا كان المشرع الفرنسي إعتمد على ثلاثة ضوابط من بينها قانون الموطن المشترك، فإن تشريعات البلاد الأنجلوأمريكية كالولايات المتحدة الأمريكية، كندا و إنجلترا، تستند مسائل إنحلال الزواج إلى قانون القاضي إما على اعتبار موطن الزوجين أو أحدهما في بلد القاضي،

1 - Cité par «Jean Deruppé »,op.cit. p109.

2- نفس المرجع السابق. محمد وليد المصري. ص 142.

3- سامي بديع منصور. الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفيسور فايز الحاج شاهين. الطبعة الأولى -دار العلوم العربية- بيروت، لبنان. 1994م ص 411.

و إمـا علـى أسـاس أن حـل الرابطـة الزوجيـة يمـس النظـام العـام و الآداب العامـة في بلـد القاضي، و هو ذات الحل المعتمد عليه في تقنين بوستمانت.[1]

إن بيـان الضـابط الشخصـي المعـوا عليـه للفصـل في مسـائل إنحـلال الـزواج و المتمثـل في ضـابط الجنسـية بالنسـبة للتشـريعات العربيـة بمـا فيهـا المشـرع الجزائـري و ضـابط المـوطن بالنسـبة للتشريعات الأنجلوأمريكية لذلك وجب بيان المجال الذي يطبق فيه كفئة مسندة:

فبينمـا تعتـبر بعـض التشـريعات كقـوانين أمريكـا الجنوبيـة (البرازيـل و الأرجنتـين) و دول أوروبـا (إسـبانيا قبـل 1982، أيرلنـدا) الرابطـة الزوجيـة رابطـة أبديـة لا تنحـل إلا بالوفـاة، فـإن هناك من التشريعات من تجيز إنقضاء الزواج، وتتراوح هذه الطرق بين الطلاق و التطليق.[2]

فـالطلاق هـو إنهـاء العلاقـة الزوجيـة و يـتم بـإرادة أحـد الـزوجين المتفـردة و هـو الـزوج في الشريعة الإسلامية.[3]

و الزوجـة حسـب القـانون السـوفياتي سـابقاً ولمـا كـان منـاط هـذا النـوع مـن الطـلاق "الإرادة المنفـردة" فإنـه لا يحتـاج إلى تـدخل سـلطة رسميـة، المهـم مـا يسـتلزمه مـن وجـوب توثيقـه وإثباته من محرر رسمي لدى موظف مأذون له بذلك.[4]

1- محمد مبروك اللاذقي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي –دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي- الجامعة المفتوحة، بنغازي 1994 ص 132. زروتي الطيب، نفس المرجع السابق. ص 179.
2- نفس المرجع السابق، زروتي الطيب. ص 212.
3- لوعيل محمد الأمين –المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. الطبعة الثانية، دارهومة. الجزائر 2006 ص 88.
4- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية و الموطن و معاملة القانون للأجانب و التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية الدولية. الطبعة الأولى، دار النهضة العربية. القاهرة 2008 ص 866.

أما التطليق فهو إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القضاء، متى توافر سبب من الأسباب التي تجعل إستمرار الحياة الزوجية مستحيلاً، وفي هذا النوع من الطلاق يتعين رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة من طرف أحد الزوجين أو كليهما معاً.[1]

إذا كان كل من الطلاق و التطليق، يؤديان حتماً إلى إنهاء العلاقة الزوجية، فإن هناك نظاماً غير معروف في التشريعات العربية، و تستعين به الدول العربية لاسيما تلك التي تؤكد مبدأ أبدية الزواج، ألا و هو نظام الإنفصال الجسماني و الذي هو عبارة عن مباعدة مادية يحكم بها القضاء متى تبين له إستحالة العشرة بين الزوجين و يكون الهدف منه تعطيل المعيشة المشتركة، فينتهي الإلتزام بالمساكنة و ما يرتبط به واجب الطاعة الأدبية و المعونة، في حين يظل الإلتزام بالإخلاص ملقى على عاتق الزوجين[2].

و لما كان التفريق البدني حالة معلقة يكون فيها الزوجان منفصلان، فإن الأمر الطبيعي هو إنهاء هذا الإنفصال و ذلك إما باستئناف المعيشة المشتركة بين الزوجين بالصلح أو بزوال السبب الذي أدى إليه، و إما بإنحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أو بالتطليق بعد مرور مدة معينة من تاريخ الحكم النهائي للإنفصال.[3]

يتضح من خلال هذا أن نظام الإنفصال الجسماني هو الآخر تختلف بشأنه الرؤى التشريعية فبينما تعتبره التشريعات التي تحظر الطلاق إجراءاً وحيد الطرف لتراخي الرابطة

1- نفس المرجع السابق، هشام علي صادق. دروس في تنازع القوانين ص 289.
2- أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين –دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، الشروق للنشر و التوزيع. سنة 2001. ص 108.
3- نفس المرجع السابق. محمد حسين منصور. ص 369.

الزوجية التي لاتنقضي إلا بالوفاة، تعتبره تشريعات أخرى إجراءاً وقائياً (كالتشريع الفرنسي) يهدف إلى الإبقاء على الرابطة الزوجية في حكم التطليق.[1]

نتيجة لهذه الإختلافات، وجدت الفئة المسندة التي تسمح بالتمييز بين الإجراءات الشكلية[2]، فإذا كانت الجوانب الإجرائية تستوجب الرجوع إلى قانون القاضي لتحديد الإجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني لحل الرابطة الزوجية، فإن الجوانب الموضوعية تستوجب الرجوع إلى القانون المحدد لمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفا به في دولة هذا القانون أم لا، بيان الزواج الذي يملك حق إيقاعه، القيود الواردة على إستعماله وكذا الفترة اللازمة لتحويل الإنفصال إلى طلاق إذا كان قانون تلك الدولة ممن يجيزه.[3]

و لما كان ما يندرج في مفهوم الطلاق، التطليق أو ما يطلق عليه تسمية التفريق، و الإنفصال مسألة تكييف تخضع كأصل عان لقانون القاضي، كان لابد من الوقوف على التنظيم القانوني لحالات إنحلال الزواج في دول مختلفة بغية تحديد الصعوبات العملية التي تواجه القاضي و هو بصدد عملية التكييف[4] التي يكون القصد منها إدراج مسألة قانونية

1- نفس المرجع السابق. محمد كمال فهمي ص 547.
2- نفس المرجع السابق. زروتي الطيب ص 183.
3- جعفر الفضلي "إنقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص" مجلة الحقوق، الطبعة الثانية. العدد 1 السنة 12 مارس 1988 ص 236.
4- يعود الفضل في إبراز نظرية التطبيق الفقيه « Bartin » إلا أن أول من تنبه لها هو الفقيه الألماني فرانتز كاهن، في أواخر القرن 19 في مقال له نشر في ألمانيا سنة 1891.
- نفس المرجع السابق. موحند إسعاد –القنون الدولي الخاص- ص 179.

معينة ضمن طائفة معينة لإنزال حكم القانون عليها، خاصة أنه في مجال القانون الدولي الخاص تطرح مشكلة تنازع التكييفات.[1]

فالطلاق بالتراضي حسب المشرع الفرنسي هو إتفاق الطرفين على إنحلال الزواج، و يكون في شكل إتفاقية تختص بتنظيم الطلاق و آثاره و على القاضي قبل النطق بحكم بالطلاق التأكد من إرادة الطرفين الحرة الحقيقية و هو ما ورد في المواد من 230 إلى 232 من القانون المدني الفرنسي.

أما حالة مبدأ قبول إنحلال الزواج فقد نظمها بالمواد من 233 إلى 234 و في هذا النوع من الطلاق يقدم أحد الزوجين أو كلاهما طلب الطلاق و يتوجب على القاضي قبوله و النطق به و بالآثار المترتبة عليه.

إلى جانب الحالتين السابقتين يحكم في فرنسا بالطلاق نتيجة إنتهاء العيش المشترك بين الزوجين اللذين إنفصلا عن بعضهما مدة سنتين قبل التأشير بالطلاق في حالة الإنقطاع النهائي للرابطة الزوجية و هو ما نظمه المشرع الفرنسي بالمادتين 237 و 238 من القانون المدني الفرنسي.

كما يحكم بالطلاق للخطأ الذي يكون سببه الخرق و الإخلال الفاضح بالواجبات الزوجية من طرف أحد الزوجين، و في هذا النوع من الطلاق يجوز للقاضي الحكم بالرجوع المؤقت للحياة الزوجية لأول مرة إلا أنه في حالة تقديم طلب آخر مؤسس على وقائع

1- صادق محمد محمد الجبران. "التصنيف في القانون الدولي الخاص"، الطبعة الأولى. منشورات الحلبي الحقوقية. سنة 2006 ص 31

جديدة يترتب عليه النطق بحكم الطلاق و ذلك ما نصت عبيه المواد من 242 إلى 246 من القانون المدني الفرنسي.[1]

الفرع الثاني: القانون الجزائري

أسند المشرع الجزائري إنحلال الزواج دون تمييز بين الطلاق و التطليق و الإنفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى و هذا طبقاً للمادة 12 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "يسري على إنحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، هذا النص حسم مسألتي التنازع الثابت بمنح الإختصاص التشريعي لقانون جنسية الزوج، و التنازع المتحرك بأن أخضع إنحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى و ليس عند إبرام الزواج كما هو مقرر بالنسبة لآثار الزواج غير أنه يلاحظ أن الحل المعتمد في المادة 12 ف2 لا يخلو من التناقض و الصعوبات.

فقد اكتفى المشرع الجزائري بوضع ضابط إسناد لانحلال الزواج و لم يتعرض إلى مسألة الإنفصال الجسماني و هو نظام مقرر في القوانين الغربية، و من الجائز أن تعرض أمام القضاء الجزائري منازعات بشأنه و المفروض في قواعده أن توضع للتطبيق على المواطنين و الأجانب فإذا ترافع إلى القاضي الجزائري زوجان يقر قانونهما الوطني الشخصي هذا النظام فعلى أي أساس يفصل القاضي الجزائري في الدعوى إذا كيَف الإنفصال

1- نفس المرجع السابق. مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص –إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص-

الجسماني بأنه حل لعقدة النكاح فهذا النظر غير صحيح و مشوه للطبيعة القانونية الحقيقية للحالة المتنازع عليها لأن الإنفصال الجسماني يؤدي إلى الفصل بين الأجسام و انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين فقط وهو ليس طلاق أو تطليقاً فقط[1].

إن المشرع الجزائري سوى في انحلال رابطة الزواج بين الطلاق و التطليق من حيث ضابط الإسناد الذي يخضعان له مع أن الطلاق هو الذي يتم بالإرادة المتفردة للزوج بينما التطليق يتم بناءاً على طلب الزوجة في حالات معينة، و قد رأى أستاذنا الدكتور "علي علي سليمان" في هذا الشأن أن المشرع بإسناده الطلاق إلى قانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق بالإرادة المتفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية، و يغزو هذا الإتجاه التشريعي إلى أن الرجل المسلم قد أساء إستعمال رخصة الطلاق وأهمل القيود التي ترد عليه طبقاً للشريعة الإسلامية[2].

و إن كنا نؤيد مبدئياً هذا الرأي[3] من حيث وجوب إصدار حكم بالطلاق كي يفيد من الناحية القانونية كما أنه لا يجوز إثباته إلا بحكم قضائي و ذلك حسب المادة 49 من ق.أ.ج، و لكن المشرع الجزائري لم يقيد إرادة الزوج في حل الرابطة الزوجية بإرادته المتفردة حسب المادة 48 من ق.أ.ج، كأن يشترط أن تتوافر أسباب معينة لقبول طلب الطلاق كما هو الشأن في التطليق فإرادة الزوج حرة، و إذا أصر عليه فما على القاضي إلا أن يستجيب لطلبه و يحكم بالطلاق و في المقابل يجوز للقاضي أن يحكم للطرف الآخر

1- مرجع سابق، زروتي الطيب "القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية" الجزء الأول، مطبعة الكاهنة سنة 2000، ص170.
2- رأي الدكتور "علي علي سليمان" المرجع السابق، زروتي الطيب، "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص171.
3- رأي الدكتور زروتي الطيب "القانون الدولي الخاص الجزائري" المرجع السابق، ص171.

بالتعويض المناسب إذا ثبت له أن الزوج متعسف في ذلك (المادة 52 من ق.أ.ج) و على ذلك نلاحظ و كأن الحكم القاضي بالطلاق يعتبر كاشفاً لا غير بينما الحكم القاضي بالتطليق يكون منشئاً و لكن من ناحية تنازع القوانين يعتد بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى و ليس وقت الطلاق بإرادته المتفردة[1]. أي أن المشرع الجزائري وحد ضابط الإسناد المتعلق بانحلال الزواج، بخلاف القوانين العربية الأخرى التي تعرضت للطلاق بالإرادة المتفردة و أخضعته لقانون جنسية الزوج وقت رفع الطلاق أي دون الحاجة إلى حكم و إلى تطليق و الإنفصال الجسماني أسندتهما إلى قانون جنسية الزوج و قت رفع الدعوى (المادة 13 ف2 من القانون المدني المصري) وقد فضل بعض شراح القانون الجزائري إسناد انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بدلاً من قانون جنسيته عند رفع الدعوى على أساس أن الحل الثاني فيه ظلم للزوجة التي تتزوج في ظل قانون لا يسمح بالطلاق، و لكن هذا الرأي نؤيده أيضاً أن الطلاق ليس أثراً من آثار الزواج الشخصية حتى يستطيع أن يصبح حقاً مكتسباً له قوة نفاذ دولية، و المفروض أن يطبق عليه القانون الساري المفعول عند المطالبة به سواء غير الشخص جنسيته إلى جنسية أخرى يجيز قانونهما الطلاق أو لا يجيزه، أو لم يغير الشخص جنسيته هي أن الزوج لم يغير جنسيته و لكن صدر قانون جديد يسمح بالطلاق بعد أن كان محظوراً في ظل القانون الذي أبرم زواجه في ظله فلابد أن يكون للقانون الجديد أثر فوري و مباشر على جميع الروابط الزوجية القائمة و لا يوجد فرق

1- نفس المرجع، زروتي الطيب. نفس الصفحة.

بين هذه الحالة و حالة تغيير الجنسية إلى جنسية يسمح قانونهما بالطلاق غاية ما في الأمر أن التنازع في الحالة الأولى هو تنازع زمني وفي الثانية هو تنازع متحرك، و الأكثر من ذلك إذا فرضنا أن قانون الجنسية السابقة كان يسمح بالطلاق و قانون الجنسية الجديدة يحرمه كيف يطبق القانون الأول مع أن الزوجة أو الزوج قد انقطعت صلته بالقانون القديم و بالجنسية السابقة و الطلاق ليس أثر للزواج[1].

إن الحل المعتمد في المادة 12 ف2 قد يؤدي إلى تنازع بين القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية و القانون الذي يحكم الطلاق في حالة ما إذا ما كان الطلاق بالإرادة المتفردة تعسفياً و ذلك بالنسبة للتعويض المستحق للزوج المضرور (المادة 52 ق.أ.ج) و ذلك لأن التعسف في استعمال حق الطلاق قد يعد حسب الرأي الراجح فقهاً خطئاً تقصيرياً و يستوجب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي و قاعدة الإسناد التي تحكمه و ذلك حسب المادة 20 من ق.م.ج.

و بالمثل يؤدي تطبيق المادة 12 ف2 إلى التنازع بين القانون الذي يحكم آثار الزواج المالية و بين القانون الذي يحكم الميراث في حالة تغيير جنسية الزوج ما بين وقت رفع الدعوى ووقت وفاته، لنفرض أن زواجاً تم بين فرنسيين و اختار نظام الإشتراك العام ثم تجنس الزوج بالجنسية الجزائرية و رفع دعوى ضد زوجته و هو يحمل هذه الجنسية يطلب فيها الطلاق و لكن قبل أن يعمل الحكم فيها غير جنسيته إلى الجنسية الإيطالية ثم توفي

1- نفس المرجع السابق، زروتي الطيب "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص171.

قبل صدور الحكم في هذا الفرض يختص القانون الفرنسي بحكم النظام المالي للزوجين و يختص القانون الجزائري فيما يخص الطلاق و يختص القانون الإيطالي بالنسبة للميراث.

إن الحل السابق تمليه القواعد الأساسية للإسناد، و لكن طبقاً للمادة 13 من ق.م.ج يطبق القانون الجزائري وحده على انحلال الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائرياً عند إبرامه[1] إلا فيما يخص شرط الأهلية، و يوجه لهذا الإتجاه التشريعي كما سبقت الإشارة إليه في البند السابق من أوجه النقد و القصور فضلاً عن أن تطبيق هذا الإستثناء يبقى قاصرا على حالة عرض النزاع أمام القضاء الجزائري، أما إذا عرض على جهة قضائية أجنبية فلا شك في أنها تقضي حسب القواعد العامة في قانون القاضي.

يجب التمييز في نطاق الفكرة المسندة للقانون المختص بانحلال الزواج بين الجوانب الموضوعية و الإجراءات الشكلية و المؤقتة. ففي المسألة الأولى فيحدد القانون المختص حالات جواز الطلاق و التطليق و الإنفصال و أسبابها و شروط صحة كل منهم و الوكالة فيه و من يملك من الزوجين المطالبة به و كذلك القيود الواردة عليه، و المدة اللازمة لتحويل الإنفصال إلى تطليق، و لكن تدخل النظام العام في قانون القاضي يفيد اختصاص القانون الأجنبي الواجب التطبيق مما يستوجب توافق هذا الأخير مع قانون القاضي، فيما يخص إنشاء الحق في الإنحلال، دون التمسك به كحق مكتسب في دولة القاضي عملاً بفكرة

1- نفس المرجع السابق، زروتي الطيب "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص172.

الأثر المحقق للنظام العام و قد نصت بعض القوانين على إجراء التطبيق الجامع بين القانون الأجنبي المختص و قانون القاضي.

أما إجراءات المطالبة بالتطليق و الإنفصال ما إذا كان يكفي بالتصريح بهذا لدى جهة معينة كسلطة دينية أو موظف مختص أو يتعين صدور حكم بشأنهما و كذلك الإجراءات التحفظية الهادفة للمحافظة على مصالح الزوجين فتخضع لقانون القاضي كأصل عام.

أما شهر الطلاق و التطليق و الإنفصال و إعلام الغير به و إذا كان يتصل بالأمن المدني مما يقتضي إسناده لقانون القاضي، إلا أن التأشير به في سجلات الحالة المدنية يقتضي اختصاص قانون محل الزواج بوصفه يخص تنظيم الحالة المدنية[1].

المطلب الثاني: الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية

و على هذا الأساس ظهر إتجاهين، إتجاه تقليدي و إتجاه حديث.

1- نفس المرجع السابق، زروتي الطيب "القانون الدولي الخاص الجزائري" ص173

الفرع الأول: الإتجاه التقليدي

عالج الإتجاه التقليدي كل من مسألة تعدد الجنسيات و مسألة إنعدام الجنسية.

أ-تعدد الجنسيات:

يقصد بتعدد الجنسيات تمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في ذات الوقت و يترتب على تراكم الجنسيات مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في الدولة التي تأخذ بالجنسية كضابط للإسناد للفصل في مسألة إنحلال الزواج، لهذا سعت التشريعات بما فيها المشرع الجزائري إلى إيجاد حلول من خلال التمييز بين فرضين في أولهما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة وفي ثانيهما تكون من بين الجنسيات المتزاحمة جنسية الدولة المرفوع أمامها النزاع.[1]

و عليه فبالنسبة للفرض الأول أين تكون الجنسيات المتزاحمة كلها أجنبية يجب إختيار جنسية من الجنسيات التي يتمتع بها الشخص لحل النزاع المتعلق بإنحلال الزواج و يستوي أن يكون الزوج أو الزوجة بالنسبة للدول التي تعول على ضابط الجنسية المشتركة، وفقاً لما أكدت عليه المادة 05 من إتفاقية لاهاي لعام 1930.[2]

و لتحقيق هذه الغاية طرحت عدة معايير منها معيار الجنسية الملائمة لمصلحة دولة القاضي، معيار أقرب الجنسيات إلى جنسية القاضي، معيار الجنسية السابقة بإعتبار أن للشخص فيها حق مكتسب لا يمكن إهداره طالما لم يؤد إكتسابه للجنسية الجديدة إلى

1- تنص المادة 22 من ق.م.ج "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".
2- تنص المادة 05 من إتفاقية لاهاي 1930 "يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أجنبية أن تعامله على أن يتمتع بجنسية واحدة و يجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية".

فقد الجنسية الأولى، معيار الجنسية الاخير، معيار منح الشخص حرية إختيار إحدى الجنسية الثابتة، و انتقدت كل هذه المعايير لاسيما المعيار الأخير الذي يتجاهل أن الجنسية من روابط القانون العام و التي لا يسمح فيها بالإختيار.[1]

نظراً لما وجه لهذه المعايير من إنتقادات إستقر الرأي الراجح على الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية للشخص باعتبارها الجنسية التي يرتبط بها أكثر من غيرها و يستنتج ذلك الإرتباط من ظروف الحال و ملابسات الدعوى، كإقامة الشخص المعتادة في إقليم دولة ما، ممارسة نشاطه بإقليم هذه الدولة أو ترشحه لإحدى الهيئات النيابية على إقليمها.

وفقاً لما سبق الحديث عنه، فإن معيار الجنسية الفعلية يعتبر أقرب معيار إلى المنطق، لهذا فقد تبناه المشرع الجزائري في المادة 22 من القانون المدني و من ثم فإن النزاع الذي يطرح أمام القضاء الجزائري و المتعلق بطلاق زوجين إنجليزيين، يتمتع فيه الزوج إلى جانب الجنسية الإنجليزية بالجنسيتين الفرنسية و التونسية، مما يستوجب من القاضي البحث عن الجنسية الفعلية.

فإذا تبين له أنها الجنسية الفرنسية بإعتبارها الدولة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها تعين عليه لنص المادتين 12 ف2 و 22 من القانون المدني تطبيق القانون الفرنسي، رغم أن هذا الأخير قد يترتب عليه الإضرار بمصالح الزوجة و مفاجئتها باختصاص قانون لن تكن تتوقعه وقت إنعقاد الزواج.

1- نفس المرجع السابق. محمد كمال فهمي. ص 105.

هـذا بالنسـبة للفـرض الأول أمـا بالنسـبة للفـرض الثـاني أيـن تكـون جنسـية دولـة القاضـي مـن بـين الجنسـيات المتنازعـة فإنـه يجـب الإعتمـاد عليهـا دون غيرهـا، ذلـك أن القاعـدة العامـة في شـأن تـرجيح جنسـية الدولـة الـتي أثـير مركـز متعـدد الجنسـية أمـام سـلطاتها القضـائية، إذا كانـت مـن بـين الـدول الـتي يحمـل جنسـيتها هـي إسـتجابة في الدولـة إلى تشـريعات هـذه الأخـيرة بحيـث تتجاهـل إنتسـابه إلى أيـة دولـة أخـرى و ذلـك مـا أكـدت عليـه المـادة 03 مـن إتفاقيـة لاهـاي و الـتي يتمحـور معناهـا في أنـه إذا كـان للشـخص جنسـيتان أو أكثـر يجـوز لكـل دولة يتمتع بجنسيتها إعتباره من رعاياها.[1]

و لقـد تبـنى المشـرع الجزائـري هـذا الحـل في المـادة 22 ف2 مـن القـانون المـدني علـى غـرار غـيره من التشريعات.[2]

فلـو إفترضـنا أن نزاعـاً عـرض علـى القاضـي الجزائـري مضـمونه إنحـلال الـزواج بـين زوجـين فرنسـيين يتمتـع فيـه الـزوج إلى جانـب الجنسـية الفرنسـية بالجنسـية الجزائريـة، سـيكون الحكـم الصـادر بخصوصـه إعمـالاً لقاعـدة الإسـناد الوطنيـة الـواردة في المـادتين 12 ف2 و 22 ف2 مـن القـانون المـدني هـو تطبيـق القـانون الجزائـري، غـير أنـه إذا اكتسـبت المـرأة الجنسـية الجزائريـة عنـد رفـع دعـوى الـزوج يطبـق القاضـي الجزائـري القـانون الفرنسـي إعمـالاً لـنص المـادة 12 ف2 مـن القـانون المـدني هـو مـا تمـت الإشـارة إليـه عنـد النقـد الموجـه للمـادة 13 مـن القانون المدني الجزائري.

1- نفس المرجع السابق. بيار مابير ص 773.
2- تقابلها المادة 25 من القانون المدني المصري.
-الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

ب- إنعدام الجنسية:

إلى جانب تعدد الجنسيات قد يكون رافع دعوى الطلاق عديم الجنسية و يقصد بانعدام الجنسية عدم تمتع الفرد بأية جنسية، حيث يكون الشخص في هذه الحالة أجنبياً من وجهة نظر قوانين الجنسية في جميع الدول، و هذا الإنعدام يكون إما معاصراً للحظة الميلاد و إما لاحقاً له.[1]

و بما أن فكرة إنعدام الجنسية إنتقدت إنتقاداً لاذعاً من الفقه لما يترتب عليها نت نتائج وخيمة في مجال الأحوال الشخصية التي تندرج ضمنها مسألة إنحلال الزواج، طرح الفقه معايير تساهم في تحديد المركز القانوني للفرد، فبينما ذهب جانب من الفقه إلى إعمال قانون آخر جنسية كان يحملها الشخص قبل إنعدام جنسيته، إتجه الرأي الثاني إلى البحث عن جنسية بديلة ألا و هي جنسية الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية إذا عرف مكان ميلاده إلا أن هذا الحل إنتقد لأن واقعة الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة و بالتالي لا تعكس إرتباط الشخص بها.[2]

أمام هذا كله نادى الرأي الراجح بتطبيق قانون دولة موطن المعني بالأمر، و إن تعذر معرفتها طبق قانون محل الإقامة لإعتبار أن الموطن أو محل الإقامة ضوابط إسناد إحتياطية يمكن الإستعانة بهما.

1- نفس المرجع السابق. بن عيدة عبد الحفيظ. ص 220.
2- نفس المرجع السابق. أعراب بلقاسم "القانون الدولي الخاص الجزائري" ج-1 ص 207.

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الرأي في تعديله للقانون المدني، متجنباً بذلك الإنتقادات التي وجهت إليه مسبقاً المتمثلة في عدم تطابق النص الداخلي مع معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بمركز عديمي الجنسية المصادق عليها من قبل الجزائر في 08 جوان 1964.[1]

و على الرغم من وجاهة الحل الذي تبناه المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات يوضح قصوره في الحالات التي يكون فيها لعديم الجنسية أكثر من موطن فقد يكون الشخص الذي يرفع دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري متوطن في كل من الجزائر و فرنسا و متصلاً بالإقليم الفرنسي أكثر من الجزائر و رغم ذلك يطبق عليه القاضي الجزائري القانون الجزائري.

نظراً لمساوئ الإتجاه التقليدي الذي تبناه المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات بالنسبة لمسألتي تعدد الجنسيات و إنعدامها، برز الإتجاه الحديث الذي ينادي بتطبيق فكرة الحل الوظيفي لحل مشكلة تنازع الجنسيات بالنسبة لرافع دعوى إنحلال الزواج.

الفرع الثاني:الإتجاه الحديث نحو الحل الوظيفي

يؤكد الفقه الحديث وجوب تبني معيار الحل الوظيفي لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمتعددي الجنسية وعديمها خاصة في مسائل إنحلال الزواج و مؤدى هذه الفكرة منح القاضي صلاحية وضع قاعدة إسناد إحتياطية، عند إعمال قاعدة الإسناد الأصلية التي

1- نفس المرجع السابق. أعراب بلقاسم "القانون الدولي الخاص الجزائري" ج-1 ص 208.

نص عليها المشرع مع تقييده بالغاية من قاعدة الإسناد و المتمثلة في تطبيق القانون أكثر صلة بالمسألة محل النزاع.

و حسب هذا الفقه يجب النظر لمسألة تنازع الجنسيات بصورتيها، التعدد و الإنعدام على أنها مسألة لأولوية تثور بمناسبة مسألة أصلية و يتعين حلها بالنظر للغاية من قاعدة الإسناد حتى لا تتحول هذه الأخيرة إلى قاعدة مجردة عمياء تحدد الحل مسبقاً وفقاً لمعيار موطن الشخص أو معيار جنسية القاضي، فعدم تطبيق جنسية القاضي مثلاً عل متعدد الجنسية الذي يحمل إلى جانب الجنسية الأجنبية جنسية دولة القاضي لا يعد إنكاراً لصفته الوطنية و إنما يعد ضرورة حتمية للحفاظ على الحالة الشخصية للفرد لاسيما في مسائل إنحلال الرابطة الزوجية و الآثار المترتبة عليه.[1]

كنتيجة فإن الإعتماد على فكرة الحل الوظيفي يسمح بعدم التعصب للقوانين الوطنية و يجنب القاضي مخاطر التوصل لحلول تفتقر للأمن القانوني و تعرض مصالح الطفل للإرتباك و عدم الإستقرار خاصة مع النقص الواضح في المنظومة التشريعية للأسرة.

أولاً: إنتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات.

مضت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات أسند مسألة إنحلال الزواج لقانون جنسية الزوج، و عليه فإذا كانت الصعوبات السالف بيانها تثور في حالة ما إذا أشار ضابط الإسناد إلى تطبيق قانون دولة بسيطة فإن حدتها تتسع إذا كان

1- عكاشة محمد عبد العال " الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات" بيروت، الدار الجامعية. سنة 1991 . ص 143.

القانون المختص بموجب قاعدة إسناد وطنية أي قانون دولة تتعدد فيها التشريعات إقليمياً أو وظائفياً. و للتغلب على هذه الصعوبات، رصد المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى حلولاً يستعين بها القاضي لتطبيق القانون تطبيقاً سليماً و ذلك ما نصت عليه المادة 23 من ق.م.ج: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه". إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.حسب الفقه يعالج هذا النص مسألة الإحالة الداخلية أو ما اصطلح على تسميتها مشكلة التفويض و التي تبرز عندما تحيل قاعدة الإسناد الوطنية على تطبيق قانون دولة تتعدد فيها التشريعات تعدداً إقليمياً أو وظائفياً فإذا كان التعدد الإقليمي يبرز عندما تختص كل شريعة بنظام إقليمي معين كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية و سويسرا.[1]

فإن التعدد الشخصي أو الطائفي المؤسس على إعتبارات الديانة أو الجنس يبرز عندما تخضع كل طائفة من المتمتعين بجنسية دولة ما لشريعة خاصة بهم تضبط مسائلهم المتعلقة بالأحوال الشخصية وهذا ما نجده في كل من مصر ولبنان.

1- نفس المرجع السابق. محمد كمال فهمي ص 432.

وفي هـذا المجـال الأمثلـة متعـددة فلنفـرض مـثلاً أن مصـريين في الجزائـر رفعـا دعـوى طـلاق أمـام القضـاء الجزائـري فحسـب قاعـدة الإسـناد الجزائريـة، يطبـق القـانون المصـري و لمـا كـان القـانون المصـري مـن التشـريعات المتعـددة الشـرائع يتعـين علـى القاضـي الجزائـري البحـث عـن التشـريع الواجـب التطبيـق و في حالـة عـدم تحديـد ذلـك بصـفة صـريحة في القـانون المصـري يتوجـب عليـه الفصل في النزاع وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية بإعتبارها التشريع الغالب في ذلك البد.

أمـا في حالـة مـا إذا رفعـت أمـام القضـاء الجزائـري دعـوى طـلاق بـين أمريكـي و إنجليزيـة متـوطنين في الجزائـر فـإن القـانون الجزائـري يطبـق القـانون الأمريكـي بإعتبـاره قـانون جنسـية الـزوج وقـت رفـع الـدعوى ولمـا كـان القـانون الأمريكـي مـن القـوانين الـتي تتعـدد فيهـا التشـريعات تتعـدد إقليميـاً وجـب علـى القاضـي البحـث عـن الشـريعة الواجـب التطبيـق و المحـددة مـن قبـل المشـرع وفي حالـة مـا لم يكـن مشـرع الدولـة الـتي أشـارت قاعـدة الإسـناد إلى تطبيـق قانونـه فتحـدد الشـريعة الواجبـة التطبيـق وجـب علـى القاضـي تطبيـق عاصـمة ذلـك البلـد و مثـال ذلـك نيويورك.[1]

التنازع المتحرك:

يمكـن تعريـف التنـازع المتحـرك بأنـه ذلـك التنـازع الـذي ينشـأ بـين قـانونين متعـاقبين صـادرين من مشرعين مختلفين لحكم موضوع واحد.

1- عليوش قربوع كمال"القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين". الجزء الأول، الطبعة الثانية دارهومه، الجزائر سنة 2007 ص 100

من خلال هذا التعريف يتضح أنه لقيام التنازع المتحرك لابد من توافر شرطين هما وجود فاصل زمني بين نشأة الحالة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً و المنازعة فيها أمام القضاء من جهة ومن جهة أخرى قدرة الإدارة على تغيير ضابط الإسناد تغييراً طبيعياً يسمح بتعاقب القوانين قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة، مما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكرسة في قانوني الدولتين، من هذا المنطلق السؤال الذي يطرح نفسه هل يمكن للإسباني الذي إكتسب الجنسية الجزائرية رفع دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري رغم أن القانون الإسباني يحظر الطلاق؟

في هذا الشأن وردت العديد من المذاهب الفقهية التي تحاول تحديد طبيعة التنازع المتحرك ومنها المذهب الذي ينادي بضرورة إحترام الحقوق المكتسبة و المذهب الذي ينادي بقياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني.[1]

فإذا كان مؤدى النظرية الأولى وفقاً للفقيهين « Pillet , bartin » قائم على وجوب التمييز بين الإعتراف بآثار الحق المكتسب في الخارج، و بين تطبيق القانون الأجنبي اكتسب الحق في ظله، حيث يكون للحق الذي اكتسب صحيحاً طبقاً للقانون المختص قوة نفاذ دولية في الخارج مراعاة لحاجة إستقرار المعاملات الدولية، بحيث إذا ما عرض على القاضي الفرنسي نزاع يتعلق بنفاذ الطلاق شخص إسباني وفقا للقانون الإنجليزي بإعتباره "قانون الموطن" رفض لأن قاعدة التنازع الفرنسية تسند حكم الطلاق إلى قانون الجنسية و

1- موحند إسعاد. القانون الدولي الخاص. نفس المرجع السابق ص 212.

مادام قانون جنسيته الإسبانية يحرم الطلاق (قبل 1982) فلا يجوز له التمسك بحقه المكتسب في الطلاق طبقاً للقانون الإنجليزي وهذا طبقاً لما نادى به الفقيه « Pillet » و الذي خالفه الرأي الفقيه « Bartin » رغم إعتناقهما لذات الرأي، إذ إقترح هذا الأخير لحل التنازع المتحرك عدم التقيد بالمكان، فأوجب تحديد التاريخ الذي يعتد به لتطبيق القانون المختص، فإذا قلنا بأن إنحلال الزواج يسري عليه قانون جنسية الزوج يجب تحديد التاريخ الذي يعتد به لتطبيق هذا القانون.[1]

و بما أن الرأيين تعرضا للنقد لما يترتب عليهما من تشويه للمحاكم المنطقية و تحويل التنازع المتحرك إلى تنازع ثابت ظهر الإتجاه الثاني الذي نادى بقياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني ووضع حد فاصل بين نهاية تطبيق القانون القديم و بداية تطبيق القانون الجديد.

و وفقاً لهذا الإتجاه يخضع وجود الحق للقانون القديم، أي قانون الدولة التي نشأ في ظل سلطاتها، خلافاً لذلك تخضع الآثار المستقبلية الناتجة عنه للقانون الجديد و ذلك ما طبقته محكمة النقض الدولية في قضية "فيراري".[2]

1- زروتي الطيب. نفس المرجع السابق ص 129.
2- نفس المرجع السابق. موحند إسعاد ص 213.

خاتمة:

لاحظنـا مـن خـلال هـذا البحـث المتواضـع الـذي أجريناه أن لقواعـد التنـازع أهميـة كـبرى في حـل النزاعـات الدوليـة الخاصـة، ويثـير الـزواج المخـتلط مشـاكل عويصـة داخـل الأنظمـة القانونيـة لـذلك سـعت الـدول إلى تنظيمـه بقواعـد قانونيـة لـتحكم هـذه المنازعـات الـتي يتخللهـا عنصراً أجنبياً، و يبلغ هذا التنازع حده خاصة في مجال الزواج و إنحلاله.

فبالنسـبة لشـروط إنعقـاد الـزواج نجـد المشـرع الجزائـري و علـى غـرار التشـريعات الأخـرى يفـرق بـين الشـروط الموضـوعية لإنعقـاده وبـين الشـروط الشـكلية، فأخضـع الشـروط الموضـوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين.

بينمـا أسـند الشـروط الشـكلية لقـانون محـل الإبـرام، إضـافة إلى ضـوابط إسـناد إحتياطيـة تحكـم هـذه الشـروط الشـكلية إمـا لقـانون الجنسـية المشـتركة أو قـانون المـوطن المشـترك أو القـانون الـذي يسـري علـى أحكامهـا الموضـوعية، و يوجـد صـعوبة في تحديـد هـذه الشـروط مـا إذا كانـت قبيـل الشـروط الموضـوعية أو قبيـل الشـروط الشـكلية، ففـي هـذه الحالـة تـرك الأمـر للقاضـي المعـروض أمامـه النـزاع السـلطة التقديريـة في تحديـدها طبقـاً لقانونـه الـوطني إعمـالاً لـنص المـادة 09 مـن القـانون المـدني الجزائـري علـى أسـاس أن التكييـف يخضـع لقـانون القاضـي المعـروض أمامـه النزاع.

أمـا فيمـا يخـص إنحـلال الرابطـة الزوجيـة في القـانون الـدولي الخـاص يعـد موضـوعاً حساسـاً، و ذلـك لإرتباطـه بالكيـان الأسـري المكـون للمجتمـع ولهـذا فهـو مـن الدراسـات التقنيـة ذات الأصول التشريعية التي تختلف أصولها من دولة لأخرى.

فأهميـة هـذا الموضـوع ظهـرت في شـتى المجـالات وانعكسـت آثارهـا في كافـة الميـادين ممـا دفـع التشـريعات إلى إحاطتـه بعنايـة خاصـة، مـن مرحلـة رفـع الـدعوى أمـام القضـاء إلى غايـة صـدور حكم نهائي فيها حفاظاً على إستقرار المعاملات و توفير الأمان للأفراد.

و عليـه فـإن إنحـلال الـزواج المخـتلط لـه نظـام خـاص متميـز ومسـتقل عـن أحكـام القـانون الـداخلي إذ لا يمكـن تطبيـق القواعـد الموضـوعية الـواردة في القـانون الـداخلي لوجـود عنصـر أجنبي إلا بعد إستشارة قاعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق.

علـى أن تأسـيس هـذه القاعـدة يختلـف مـن دولـة لأخـرى إذ يـتم تحديـدها إمـا علـى أسـاس ضـابط الجنسـية بالنسـبة للتشـريعات اللاتينيـة و التشـريعات العربيـة بمـا فيهـا المشـرع الجزائـري، وإمـا علـى أسـاس ضـابط المـوطن بالنسـبة للتشـريعات الأنجلوأمريكيـة، وذلـك حسـب أسـس و موجهـات السياسـة التشـريعية و الـذي يـنعكس مـن بـاب أولي علـى مبـدأ المسـاواة بـين الجنسـين مـن عدمـه، فبينمـا تقـر بعـض التشـريعات هـذا المبـدأ تزامنـاً مـع المنظومـة التشـريعية الأسمـى في الـبلاد فـإن دول أخـرى تجـد في ذلـك منفـذاً و مخرجـاً نظـراً للصـعوبات الـتي يثيرهـا سـواءاً تم إعتماد أسلوب التطبيق الجامع أو الموزع.

قائمة المراجع

أوّلا : المؤلفات.

1-باللغة العربية:

- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص "الجنسية و الموطن و معاملة القانون للأجانب و التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية الدولية". الطبعة الأولى، دار النهضة العربية. القاهرة 2008

- أعراب بلقاسم : "القانون الدولي الخاص الجزائري" ،الجزء الأوّل : تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر،2003.

- أمين رجا رشيد دواس، "تنازع القوانين في فلسطين" –دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، الشروق للنشر و التوزيع. سنة 2001.

- بيار مايير، فونسييه هوزيه. "القانون الدولي الخاص"، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات النشر و التوزيع بيروت، لبنان. 1429هـ – 2008م.

- تشوار حميدو زكية. مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية –دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة الطبعة الأولى- دار الكتب العلمية لبنان 2008، ص 34.

- جعفر الفضلي "إنقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص" مجلة الحقوق، الطبعة الثانية. العدد 1 السنة 12 مارس 1988

- جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2005.بدون طبعة.

- جميل فخري محمد حاتم: "مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه و القانون"، دار الحامد للنشر و التوزيع، سنة 2008، الطبعة الأولى.

- حبار محمد : "محاضرات في القانون الدولي الخاص"، غير مطبوعة، كلية الحقوق، جامعة وهران 2006/2005.

- زروتي الطيب:" القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية"، الجزء الأوّل، مطبعة الكاهنة، الجزائر سنة 2000.

- سامي بديع منصور "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، تقديم البروفيسور فايز الحاج شاهين. الطبعة الأولى -دار العلوم العربية- بيروت، لبنان. 1994.
- صادق محمد محمد الجبران. "التصنيف في القانون الدولي الخاص"، الطبعة الأولى. منشورات الحلبي الحقوقية. سنة 2006.
- صلاح الدين جمال الدين، "تنازع القوانين ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون"، التركي للطباعة و الكمبيوتر، الأوفست طنطا، طبعة 2006.
- عبد العال عكاشة محمد " الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات" بيروت، الدار الجامعية، 1991.
- علي علي سليمان –مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر سنة 2005.

- عليوش قربوع كمال، "القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين". الجزء الأول، الطبعة الثانية دارهومه، الجزائر سنة 2007 .
- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد : "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية. القاهرة 1974.
- فتيحة يوسف عماري "قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية"كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر. الجزء 37 العدد 2 سنة 1999.
- لوعيل محمد الأمين "المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري" الطبعة الثانية، دارهومة. الجزائر 2006.

- محمد احمد الصانوري : القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، سنة 2011.
- محمد المبروك اللاذقي : "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي"، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 1994.

- محمد كمال فهمي، "أصول القانون الدولي الخاص" (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع) الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 2006.
- محمد وليد المصري، "الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص" –دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي- الطبعة الأولى الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان 2009.
- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش " : القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن"، الجزء الأوّل : تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1998 .
- موحند إسعاد : "القانون الدولي الخاص"، الجزء الأوّل : قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر، طبعة 1989.
- نسرين شريفي بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، الطبعة الاولى، سنة 2013.
- هشام علي صادق" : دروس في تنازع القوانين" ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، طبعة 2003.

2-باللغة الفرنسية:

- Derruppé Jean : "Droit international privé", Dalloz, 14ème édition, 2001.
- Gutmann Daniel : "Droit international privé", Dalloz, 3ème édition, 2002.
- Jean Deruppé , droit internationale privé 13 eme éd, Dalloz, paris 1999.
- Loussouam y von, Bourel Pierre : « Droit International Privé » Dalloz 7eme édition, 2001
- Rizkallah Nouhad : "Droit international privé", M.A.J.D, Beyrouth, 1ère édition, 1985.

ثانيا : المقالات والرسائل.

1-المقالات:

- فرانتز كاهن. مقال له نشر في ألمانيا سنة 1891. إبراز نظرية التطبيق الفقيه « Bartin »

2-الرسائل:

- دربة أمين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص "قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله" ، دراسة مقارنة ، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007- 2008.

- حنبولي فاطمة زهرة. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص –إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص- جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان. كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2011/2010.

- وفاء بن حمزة "القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية" مذكرة ليسانس جامعة قاصدي مرباح، ورقلة. كلية الحقوق و العلوم السياسية. سنة 2013.

ثالثا : النصوص.

1-الاتفاقيات:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948.

- الاتفاقيات التي عقدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص:

- Convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps.
- Convention de la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages qui dispose « les conditions de la forme du mariage sont régies par le droit de l'état de la célébration ».

-**ملاحظة** :هذه الاتفاقيات الدولية موجودة بالموقع التالي : www.hcch.Com

2-**التشريعات الوطنية:**

أ -الأوامر:

- الامر 05-02 المؤرخ في 2008 بدون طبعة و دار نشر.

- الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية 15، ص 20).

- الأمـــر رقـــم 75-85 المـــؤرخ في 20 رمضـــان 1435 الموافـــق ل 26 ســـبتمبر – المتضمن القانون المدني الجزائري المتمم و المعدل ج-ر العدد 78 سنة 1975.

- الأمر رقم 157/62 "نص المادة 2 " المؤرخ في 12/31 /1962.

- الأمر رقم 5 سنة 1969 من القانون الأميري الكويتي.

- الأمـــر الصـــادر بتـــاريخ 03 أوت 1956 التضـــمن مجلـــة الأحـــوال الشخصـــية التونســـية المعدل و المتمم ج-ر العدد 66 لسنة 1956

ب-القوانين:

- قانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأول 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري ج-ر العدد 44 لسنة 2005
- قانون الأسرة الجزائري مع آخر التعديلات التي أدخلت عليه سنة 2005 بدون طبعة و دار نشر.
- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.
- قانون الأسرة الجزائري سنة 2007 بدون طبعة بدون دار النشر.
- القانون المدني الجزائري. المادة 09
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 موافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ج-ر العدد 21 لسنة 2008

3-التشريعات الأجنبية:

أ- العربية:

- قانون رقم 98-97 الصادر في 79 نوفبر 1998 المتعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، رقم 96 في 01 ديسمبر 1998.

- القانون الأميري الكويتي 05 لسنة 1961.

- القانون المدني العراقي.

- القانون المدني السوري.

- القانون المدني الليبي.

- القانون المدني المصري.

- القانون المدني الأردني.

- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

ملاحظة :هذه النصوص موجودة بالموقع التالي : www.jurispedia.org -

ب- **الفرنسية:**

- Code civil Français, Dalloz, 1984 – 1985.
- C. CIV. Fr (C-Fart 03 Al) dispose « les lois concernant l'état et la capacité des personne les français même résident en payes étrangers.
- C.civ.fr. (inséré par Ordonnance nº 2005-759 du 4 juillet 2005 art. 2 Journal Officiel du 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006)
-C-civ.fr. Art 229

رابعا : الموسوعات :

- Juris classeur du droit civil, Dalloz, édition 1998.
- Juris classeur du droit international, Dalloz, édition 1999.

خامسا: اللقاءات الصحفية.

-روبورتاج (لقاء صحفي) على قناة الجزيرة بين المذيعة {خديجة بن قنة}، تاريخ الحلقة : 2002/02/11. من الموقع الإلكتروني : http://www.aljazeera.net/programs

سادسا: مواقع الأنترنت :

- www. Jurispedia. org.
- www. droit. org.
- www. hcch. com.
- www. Legifrance. gouv. Fr
- www. Joradp. DZ.

الفهرس

مقدمة 1
الفصل الأوّل : القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج.....7
المبحث الأوّل : مقدمات الزواج.....7
المطلب الأوّل : تعريف الخطبة و العدول عنها.....7
الفرع الأوّل : تعريف الخطبة 8
أوّلا : تعريف الخطبة لغة 8
ثانيا : التعريف الاصطلاحي للخطبة..... 8
ثالثا: التعريف القانوني للخطبة:..... 9
الفرع الثاني : تعريف العدول عن الخطبة..... 10
أولا : تعريف العدول لغة..... 10
ثانيا : العدول اصطلاحا..... 10
ثالثا : العدول في عن الخطبة في القانون..... 11
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق عل الخطبة و العدول عنها..... 12
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الخطبة 12
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على العدول عن الخطبة..... 15
المبحث الثاني: شروط انعقاد الزواج..... 17
المطلب الأول: الشروط الموضوعية..... 17
الفرع الأول: مضمون الشروط الموضوعية..... 17
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية..... 19

المطلب الثاني: الشروط الشكلية..... 26
الفرع الأول: المقصود بالشروط الشكلية..... 26
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية..... 28
أولا: زواج الجزائريين في الخارج..... 32
ثانيا: زواج الأجانب..... 33
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج..... 38
المبحث الأول: حالات إنحلال الزواج 38
المطلب الأول: الطلاق 38
الفرع الأول: التعريف اللغوي للطلاق 38
الفرع الثاني: التعريف القانوني للطلاق 39
المطلب الثاني : التطليق 40
الفرع الأول: التعريف اللغوي للتطليق 40
الفرع الثاني: التعريف القانوني للتطليق 40
المطلب الثالث: الإنفصال الجسماني 42
الفرع الأول: التعريف اللغوي للإنفصال الجسماني 42
الفرع الثاني: التعريف القانوني للإنفصال الجسماني 43
المبحث الثاني: قواعد الإسناد التي تحكم الرابطة الزوجية 44

المطلب الأول: تحديد قواعد الإسناد التي تحكم انحلال الزواج 45
الفرع الأول: التشريعات المقارنة 46
الفرع الثاني: القانون الجزائري 56
المطلب الثاني: الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية 62
الفرع الأول: الإتجاه التقليدي 62
أ. تعدد الجنسيات 62
ب.انعدام الجنسية 65
الفرع الثاني: الإتجاه الحديث نحو الحل الوظيفي 67
أولاً: إنتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات 68
ثانياً: التنازع المتحرك 70
خاتمة.....72
قائمة المراجع..... 74
الفهرس..... 82

خاتمـة

الفـهرس

قائمـة المراجع