جامعة محمد الصديق بن يحي- جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

القانون واجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون الأسرة

إعداد:
- سعيداني نرجس
- بولجويجة زينب

تحت إشراف
د. موكه عبد الكريم

لجنة المناقشة

الأستاذة: لغريب ليلى، أستاذة مساعدة أ، جامعة جيجل، .....رئيسًا

الدكتور: موكه عبد الكريم. أستاذ محاضر. جامعة جيجل .....مشرفًا ومقررًا

الأستاذ: كامل فؤاد. أستاذ مساعد أ. جامعة جيجل.....ممتحنًا

السنة الجامعية 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

"قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ماعلمتنا إنك أنت العليم الحكيم"

الآية 32 سورة البقرة

الشكر لله صاحب الفضل الرزاق، الذي وفقنا وأوصلنا إلى ما نحن عليه والذي منحنا الصبر والإرادة لإتمام هذا العمل، نشكره ونحمده حمدا كبيرا فهو من علمنا الشكر في الشدة والرخاء.

يشرفنا أن نتقدم بخالص الشكر والتقدير والإمتنان إلى الأستاذ المشرف ، الدكتور "**موكة عبد الكريم**"، لما أغدقه علينا من علمه الغزير، وتوجيهاته القيمة وآرائه السديدة، وصبره علينا، حتى اخراج هذا العمل في الصيغة التي عليها.

كما نتوجه بالشكر الى الأساتذة الكرام الذين قدموا لنا العون ونخص منهم بالذكر الأساتذة الأفاضل:

مليط ابتسام، عيساوي عز الدين، بلميهوب عبد الناصر، بن غريب رابح، عليوش قربوع.

كما نتوجه بخالص الشكر للجنة المناقشة لقبولها مناقشة المذكرة المتكونة من الأستاذة **لغريب ليلى رئيسا**، والأستاذ **كامل فؤاد مناقشا**.

كما لايفوتنا أن نتقدم بشكر أيضا الى الطاقم الإداري لقسم العلوم القانونية والإدارية وكل من ساعدنا من قريب أو من بعيد و لو بنصيحة أو توجيه.

قائمة المختصرات.

د ب ن: دون بلد النشر

د د ن: دون دار النشر

د س: دون سنة

ص: الصفحة

مقدمة

بعدما كانت العلاقات الدولية في السابق تقتصر بين الدول فقط، أصبحت بين أفراد المجتمع الدولي، هذا نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي، حيث سمح هذا الأخير بتقرب الأفراد وإنشاء علاقات مختلفة وصلت إلى الزواج لكن أثناء إبرامهم مثل هذه التصرفات تحدث نزاعات بينهم مما يستدعي البحث عن قواعد قانونية لفض النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، لكن التعرف على هذه القواعد ليس بالأمر السهل وذلك بسبب النظام القانوني الخاص بكل دولة على اعتبار أن لها مطلق الحرية في وضع القواعد التي تراها مناسبة لإخضاع أفرادها لها.

في هذا الصدد نجد قواعد التنازع تحل النزاع وذلك بتحديدها القانون واجب التطبيق على النزاعات ذات العنصر الأجنبي وقد يكون هذا القانون واجب تطبيقه قانونا وطنيا أو قانونا أجنبيا على الرغم من أن الدول في السابق لم تكن تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليميها، على أساس أنه ينتقص من سيادتها كما أن لها أنظمة قانونية خاصة بها، إلا أن هذا التنازل بالغ الأهمية خاصة في مجال الأحوال الشخصية وذلك مراعاة لخصوصيات الأجانب وفتح المجال لقوانينهم الشخصية لحل نزاعاتهم طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري في **المادة 10** [1] حيث يطبق قانون دولة أخرى على إقليم دولة المرفوع أمامها النزاع ويدخل هذا الأمر ضمن المجاملات الدولية وتقوم الدول الأخرى أيضا بنفس الشيء.

تتمثل قواعد التنازع في ضابط الإسناد المعتمد في الأحوال الشخصية لمعرفة القانون الواجب التطبيق باعتبار زواج الأجانب من بين أهم مسائل الأحوال الشخصية الراهنة في الوقت الحالي.

[1] **المادة 10** من القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني**، جريدة رسمية، عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر1975. " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون لها بجنسيتهم."

ومن أبرز مواضيع تنازع القوانين نجد في إبرام عقد الزواج أو إنحلاله يواجه المكلفون بعقد الزواج، أو القاضي المعروض أمامه دعوى الطلاق مشكل يتعلق بالقانون الواجب التطبيق وذلك بسبب وجود عدة قوانين تتنازع على تنظيمه، ويكون حل هذا النزاع بإختيار أحد القوانين وقد يكون القانون وطنيا أو أجنبيا، وإختياره يكون بالرجوع إلى قواعد قانونية تم وضعها من قبل المشرع الوطني لحل النزاع بإسناد المسألة المتنازع حولها للقانون الذي يحكمها وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في **المادة 9** من **القانون المدني** بقوله: « **يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.**

من خلال نص هذه المادة نجد أن العلاقة القانونية تمر بمرحلتين المرحلة الأولى هي اختيار القانون واجب التطبيق والمرحلة الثانية هي تطبيق القانون المختار على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، كذلك بالرجوع إلى نصي المادتين من نفس القانون في نص **المادة 11**[1] **و12**[2] نجد أن المشرع قد أخضع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكلا الزوجين، والشروط الشكلية للزواج أخضعها لنص **المادة 19**[3] من **القانون المدني الجزائري** إلى البلد التي تمت فيه، كما أنه أجاز أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو لقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية.

---

[1] **المادة 11** من قانون رقم05-10 المتضمن القانون المدني، **السالف الذكر**، " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة عقد الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين."

[2] **المادة 12**، من قانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**،" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية لكل من الزوجين. ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى."

[3] **المادة 19**، من قانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**، " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان التي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو لقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية."

هذا، وقد أخضع الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج طبقا لنص **المادة 1/12** من **القانون المدني الجزائري.**[1]

كما هو معلوم أن الزواج يثير عدة مشاكل من حيث انعقاده وآثار انحلال الزواج تختلف باختلاف صوره؛ فالطلاق قد يكون بإرادة الزوج، كما قد يكون بطلب من الزوجة (التطليق،الخلع) أو بالتراضي فيما بينهما، كما يمكن أن يكون بالانفصال الجسماني وهذا الأخير بالرغم من عدم وجوده في التشريعات العربية فهو تحلل من الإلتزامات الزوجية، فبامكانه أن يؤدي الى الطلاق وقد يترتب عليه الرجوع.

يختلف القانون واجب التطبيق باختلاف صور الطلاق، بعض الدول اعتمدت قانون مختلف عند كل صورة ودول أخرى أجملت قانون واحد لمختلف الصور، غير أنه في كلتا الحالتين يجد القاضي نفسه أمام تنازع عدة قوانين تطبق على الطلاق مما يستدعي منه اختيار القانون واجب التطبيق استنادا لضابط الإسناد التي تشير إليه القاعدة القانونية.

بالتالي يوجد تضارب بين القوانين في تحديد القانون واجب التطبيق على صور انحلال الزواج، فيوجد ما تم إسناده لقانون جنسية الزوج أو الجنسية المشتركة للزوجين، وهذا ما اعتمدته أغلب التشريعات العربية والأوروبية، ومنها من أسندته لقانون الموطن أو قانون الموطن المشترك أو قانون القاضي.

انطلاقا من ما سبق يتحدد موضوع الدراسة المتمثل في " **القانون واجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية** " وقد تم تخصيص هذه المذكرة لدراسة مضمون انحلال الرابطة الزوجية والتي تم المعالجة فيها صورها والآثار الناتجة عنها، إذ تكون قواعد الإسناد الطريق

[1] **المادة 1/12 من قانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، السالف الذكر**، " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج."

والمنبر للقاضي لإيجاد القانون الواجب تطبيقه على النزاع المطروح أمامه والذي يشتمل على عنصر أجنبي في قضية الطلاق، من **الفصل الأول**.

كما تم تخصيص دراسة لقانون جنسية الزوج التي يتم إخضاع انحلال الرابطة الزوجية له وذلك بعرض مضمون القاعدة مع بيان الاستثناءات المندرجة تحتها وبيان موقف المشرع الجزائري ومختلف التشريعات من هذا القانون كل هذه المراحل التي يمر القاضي بها من أجل الوصول للقانون الذي يفض النزاع في مسألة فك الرابطة الزوجية قد يجد نفسه أمام استحالة تطبيقه إذا ثبت له أن القانون المختص يشمل ما يعارض أساس ومبادئ النظام العام والآداب العامة في الدولة، كما يمكن للأشخاص التلاعب بقواعد الإسناد بتغييرها وذلك من أجل التهرب من تطبيق قانونهم لعدم إباحته للطلاق، من **الفصل الثاني**.

تظهر أهمية موضوع تنازع القوانين في مسألة الطلاق خاصة لوجود طرف أجنبي حاضر في النزاع أي على مستوى العلاقات الدولية الخاصة المتشعبة التي تثير عدة خلافات لا يمكن تصورها في ميادين أخرى لكون الطلاق هو المجال الخصب لتنازع القوانين ولهذا السبب تمت معالجة موضوع الطلاق على مستوى العلاقات الدولية الخاصة وذلك بدراسة كيفية تحديد وأي القانون واجب التطبيق من قبل القاضي على واقعة انحلال الزواج والعراقيل التي تقف أمام تطبيقه.

لدراسة موضوع تنازع القوانين في مسألة الطلاق تم الاعتماد على المنهج التحليلي والمنهج المقارن بين التشريع الجزائري ومختلف التشريعات الأخرى، ونظرا لقلة النصوص القانونية والمراجع وكثرة الوقائع واجهتنا عراقيل في إعداد هذا البحث، فنقص المراجع في ميدان تنازع القوانين في المؤلفات الجزائرية حتى إن وجد القليل فهي تعالج نفس المضمون ومن نفس الجهة والنظرة وكأنها نسخة واحدة، مما استدعى منا في كل مرة الاستعانة بكتب الدول الأخرى التي يمكن القول أنها عالجت الموضوع حتى وإن إعترتها هي الأخرى نقائص.

بناءً على المعطيات القانونية التي يعالجها الموضوع، استوجب البحث في اشكالية القانون واجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية وذلك من خلال اشكالية أساسية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في إيجاد حلول لإشكالية القانون واجب التطبيق على انحلال العلاقة الزوجية ذات العنصر الأجنبي ؟.

للإجابة على الاشكالية المطروحة أعلاه استوجب التطرق الى: مواضيع انحلال الرابطة الزوجية في العلاقات الخاصة الجزائرية في **الفصل الاول،** وتم تخصيص **الفصل الثاني** لتناول نقطة إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج وفقا لما تقرره أحكام قواعد التنازع الجزائرية.

الفصل الأول

مواضيع انحلال الرابطة الزوجية في العلاقات الخاصة الأجنبية

الفصل الأول

مواضيع انحلال الرابطة الزوجية في العلاقات الخاصة الأجنبية

لطالما أعتبرت الرابطة الزوجية من المسائل الحساسة في جميع الدول وجميع الديانات لقدسية الزواج، وذلك لما يخلفه من آثار سلبية على الأسرة والمجتمع، على هذا الأساس اجتهدت التشريعات لتنظيمه بنصوص قانونية مبنية على الدين والعرف المتبع، وإذا كانت الأحكام القانونية المنظمة لإنحلال الزواج الذي يكون أطرافه وطنيين واضحة للقاضي الوطني، فإن انحلال الزواج الذي يكون أحد طرفيه أو كليهما عنصرا أجنبيا يعد من أكثر المواضيع إثارة لتنازع القوانين، إذ يواجه القاضي مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة لحكم انحلال الزواج، حيث يجد القاضي نفسه أمام قضية صعبة تتطلب منه المفاضلة بين القوانين المتزاحمة وتطبيقها لتحقيق العدالة القانونية بما يضمن مصالح الأطراف.

غير أن إختلاف نظرة الدول بشأن مسائل انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه، استوجبت من التشريعات التدخل لسن قواعد يتم على أساسها بيان القانون واجب التطبيق، وتسمى قواعد التنازع. على الرغم من هذا التنظيم القانوني، إلا أن اختلاف نظرة الدول بشأن مسألة انحلال الزواج أفرز صعوبات متعددة عند إعمال قاعدة الإسناد، التي تعتمد في تطبيق القانون على أحد ضوابط الإسناد الشخصية المتمثلة إما في الجنسية وإما في الموطن.

المبحث الأول: مضمون إنحلال الرابطة الزوجية

يقصد بالطلاق الفرقة الزوجية وهو حل للرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو في المآل؛ فالزواج بداية أصله الإستمرار والدوام وعدم التوقيت وهو صيانة للنفس من المعاصي، غير أن الحياة الزوجية قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها من مشاكل (سوء تفاهم، انعدام الثقة بين الزوجين...)؛ ما ينتج عنه إستحالة

للحياة مع بعضهما؛ لذلك شرع الإسلام الطلاق؛ لمعالجة المشاكل التي قد تعتري الحياة الزوجية والتي قد لا يستطيع أحد أو كلا الطرفان تحملها؛ شرّع كآخر حل وهو أبغض الحلال عند الله، وآخر خطوة يتخذها الزوج حين يشتد الخلاف وذلك بعد اتخاذ مراحل سابقة؛ **قال الله تعالى:** « **والتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا** ».[1]

وقوله تعالى أيضا: « **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا** ».[2]

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد عرف الطلاق في **المادة 48** على أنه " **انحلال عقد الزواج**".[3]

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الطلاق قد يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة (التطليق والخلع)؛ وهي صور الطلاق التي يتم ذكرها **(مطلب أول)** في حين يتم معالجة الآثار المترتبة على الطلاق **(مطلب ثان)**؛ على النحو التالي:

المطلب الأول: صور انحلال الرابطة الزوجية

إن صور إنحلال الرابطة الزوجية من الممكن تقسيمها إلى قسمان الأولى بالإرادة المشتركة للزوجين هذا الأمر لا إشكال فيه والثاني الطلاق بالإرادة المنفردة أي بإرادة أحد الزوجين دون رضا الطرف الآخر سواء من طرف الزوجة أو الزوج، وعليه تم تفصيلهم في إنحلال الزواج بإرادة الزوج **(فرع أول)** ، وإنحلال الزواج بطلب من الزوجة **(الفرع الثاني)** واشكالية الانفصال الجسماني **(الفرع الثالث)**

---

[1] **سورة النساء** الآية 34.

[2] **سورة النساء** الآية 35.

[3] **المادة 48** من الأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية، عدد15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 معدل ومتمم.

الفرع الأول: انحلال الزواج بإرادة الزوج

بما أن العصمة الزوجية بيد الزوج فله حق الطلاق بإرادته المنفردة وكونه الأحرص على العلاقة الزوجية؛ ذلك لإنفاقه مبالغ مالية معتبرة فمن الممكن عند قيامه بإجراء الطلاق أن ينفق مبالغ قد تكون أكثر مما نفقها في الزواج فيجب عليه حينئذ أن يدفع لمطلقته تعويض عن إرادته في فك الرابطة الزوجية؛ وبمقتضى ذلك لا يسارع بالطلاق إذا عصيت أو اقترفت زوجته سيئة يصعب عليه تحملها في حين تعتبر المرأة أسرع منه غضبا وأقل صبرا واحتمالا للمشاكل الواقعة بينهما لأن ليس عليها تبعات ونفقات الطلاق لهذا قد تكون أجدر بالمبادرة إلى الطلاق لأتفه الأسباب.[1]

النصوص الشرعية الواردة في القرآن والسنة النبوية الشريفة دائمة التأكيد على أن الطلاق يقع بيد الرجل والعصمة له.

قال تعالى : « يا أيها اللذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن....»[2]

وقوله **تعالى أيضا: « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء»**[3]

أقرت هذه الآيات بأن الطلاق بيد الرجل دون المرأة وهذا ما يدل على أن للزوج حق أصيل في طلب الطلاق دون أن يرجع إلى الزوجة أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج، في حين نجد أن الواقع العملي ينص على غير ذلك، أي في المحاكم الجزائرية على خلاف ما هو حاصل في باقي الدول العربية الإسلامية فإن أغلبية الأحكام القضائية المتعلقة بالطلاق يتحمل الزوج تبعاته، فبما أن جعل العصمة الزوجية شرعا للزوج دون الزوجة فالرجل يعتبر أكثر مسؤولية وصبرا وتحملا لأنه هو المسؤول على عائلته وهو من ينفق ويتعب.

---

[1] باديس ديابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء بالجزائر**، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص ص 12، 13.

[2] **سورة الأحزاب** الآية 49.

[3] **سورة البقرة** الآية 236.

كما ذكر سابقا أنه من المفترض أن يكون الزوج هو الأحرص على حياة زوجية مستقرة هادئة خالية من المشاكل؛ لكن في الحقيقة الواقع داخل المحاكم يحكي غير ذلك ويؤكد بأن الزوجة هي الأكثر تحملا وصبرا على المشاكل التي تعتري العلاقة الزوجية حتى لو كان اختلالا جوهريا فهي لا تملك القدرة على صد إرادة الزوج في الطلاق وقد لا ترغب في أي تعويض فكلمة مطلقة فقط تضرها نفسيا و إجتماعيا وحتى إقتصاديا، وبالرغم من أن طلب الزوج الطلاق قد ينطوي على مبررات شرعية وأخلاقية؛ فالزوج يبقى مسؤولا عنه بإراداته المنفردة وقد لا يكون له تجسيدا واقعي؛ فعلى الزوج إثبات ما يدعيه ذلك أن خصوصية العلاقة الزوجية تجعل من مسألة إثبات الواقع ومبرراتها صعبة غالبا ما تنتهي بالفشل من ثمة تحميل الزوج مسؤولية وتبعات الطلاق.[1]

رغم تمتع الزوج بسلطة إنهاء العلاقة الزوجية غير أن المقصود بالطلاق ليس اللعب واللهو، حتى يزعم الرجل لنفسه أنه يملك بيده الطلاق كما شاء وكيفما شاء، أو متى شاء،وإن شاء جعلها معتدة يملك عليها الرجعة.[2]

لأن الشريعة الإسلامية في إباحتها الطلاق وضعت شروط على وقوعه لو روعيت من قبل الرجال لكانت قيود على إرادته في الطلاق.

الفرع الثاني: انحلال الزواج بطلب من الزوجة

أولا: التطليق: (التفريق القضائي) يمكن تعريفه بالقول أنه: التفريق بين الزوجين من قبل القاضي بناءا على طلب من الزوجة إذا ما توفر سبب من أسباب التطليق الواردة في **المادة 53** من **قانون الأسرة الجزائري.**[3]

[1] باديس ديابي، **المرجع سابق**، ص ص 13، 14.

[2] أحمد محمد شاكر، **نظام الطلاق في الاسلام**، منشورات مكتبة السنة، مصر، د سنة، ص، 41.

[3] **المادة 53** من الأمر05-02، المتضمن قانون الأسرة، **السالف الذكر**.

تجدر الإشارة أن **المادة 53** المذكورة أعلاه قبل تعديل 2005 كانت تنص على سبعة أسباب فقط لكن بعد التعديل أضيف 3 أسباب أخرى لها وبالتالي أصبحت 10.

يتبين أن أسباب التطليق جاءت على سبيل الحصر في **المادة 53** ما عدا الفقرة الأخيرة منه جاءت على سبيل المثال لا الحصر، من خلال هذه المادة يتم ذكر هذه الأسباب فيما يلي:

أ. **التطليق لعدم الإنفاق:** يجوز للزوجة طلب التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها وعلى أولادها و هو حق خوله لها القانون والشرع، وهو السبب الأول الذي أقرته **المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.**

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

يتضح من خلال هذه الفقرة أن الزوجة حتى يكون لها الحق في طلب التطليق يجب أن تتوافر شروط معينة وهي:

* يجب أن يكون هناك حكم صادر يوجب النفقة ضد الزوج المدعى عليه ويكون عالما بذلك وبصدور الحكم ضده وامتنع عمدا أو قصدا بتسديدها.

* أن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره : فالزوج قد يكون معسرا ولا يملك المال أو العمل الذي ينفق على زوجته ففي هذه الحالة يجب مراعاة ظروفه لكن إذا كان موسرا ويدعي الإعسار فهنا الأمر يختلف ويجب النظر فيه من قبل المحكمة.

* يجب على الزوجة أن تكون غير عالمة بإعساره وقت الزواج، وقانونيا من حق الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، لكن إذا كانت الزوجة قد قبلت بالزواج وهي تعرف بأن زوجها

[1] **المواد 78–79–80** من الأمر 05–02، المتضمن قانون الأسرة، **السالف الذكر**.

معسرا وليس له شيئا يقدمه لها فليس لها الحق في طلب التطليق لعدم الإنفاق فهذا لا يكفي لإيقاع التطليق، ولا يجوز للقاضي الحكم بالطلاق إلا إذا تأكد أن الزواج صحيحا.[1]

ب. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: إن للزوجة الحق في طلب التطليق إذا كان الزوج به عيب سواء هذا العيب أصيب به قبل العقد أو بعده وقد يكون هذا العيب معنويا كالجنون والسفه أو ماديا كمرض جسدي أو علل جنسية...

بالتالي المشرع لكي يعتبر العيب سببا مبررا للتطليق يجب:

- أن يكون العيب الذي يعتري الزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد ذلك.[2]

ج. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر: إذا هجر الزوج زوجته أكثر من 4 أشهر في المضجع هذا سبب كفيل للزوجة بطلب التطليق وذلك بشروط:

1. أن يتجاوز الهجر 4 أشهر متتالية،
2. أن يكون الهجر عمديا و مقصودا،
3. هجران الزوج زوجته مع المبيت في فراش الزوجية وعدم القرب منها.

إذا تحقق القاضي من الهجر الحقيقي بدون توفر سبب شرعي مقبول لمدة تتجاوز 4 أشهر مع نية الإضرار بالزوجة جاز له الحكم بالتطليق.[3]

د. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معه مواصلة العشرة والحياة الزوجية: إذا كانت الجريمة تمس كرامة وسمعة الزوجة خصيصا وأولادها، جاز للزوجة طلب التطليق؛ على إعتبار الجريمة ماسة بالشرف ومنافية للأخلاق الأمر الذي يؤدي إلى إستحالة الحياة الزوجية.

---

[1] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، **قانون الأسرة الجزائري**، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2003، ص 86.

[2] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، **المرجع السابق**، ص 87.

[3] **المرجع نفسه**، ص 87.

هـ. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة: إذا غاب الزوج عن زوجته أكثر من سنة؛ أي غيبة طويلة كان لها الحق في طلب التطليق وذلك بشروط:

* مضي أكثر من سنة على الغياب ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى.

* إذا كان الغياب عمديا دون سبب شرعي ودون عذر مقبول.

* أن يكون غياب الزوج لمدة سنة كاملة ولم يترك للزوجة ما تنفق على نفسها وأولادها.[1]

و. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من تقنين الأسرة: إذا تخلفت الأحكام الواردة في **المادة 8** التي تنص على تعدد الزوجات والشروط التي تجيزها قانونا ووجود المبرر الشرعي وتحقيق نية العدل فللزوجة الحق في طلب التطليق.[2]

ز. ارتكاب فاحشة مبينة: يقصد بالفاحشة الفعل المخل بالحياء كالزنا، فانحراف الزوج عن الطريق السليم يتنافى مع مقتضيات العقل والمجتمع؛ فإذا توفرت فرضية من هذه الفرضيات جاز للزوجة طلب التطليق.[3]

ح. الشقاق المستمر بين الزوجين: بعد التعديل لسنة 2005 أضيف هذا السبب فإذا إشتدّ الخصام بين الزوجين واستمر النزاع فيجوز للقاضي الحكم بالتطليق بعد إجراء محاولات الصلح، هذا ما أشارت إليه **المادة 56** من قانون الأسرة الجزائري.[4]

ط. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: إذا خالف الزوج شرط من الشروط

---

[1] سليمان ولد خسال، **المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ص ص 161، 162.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 163، 164.

[3] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، **المرجع السابق**، ص ص 89، 90.

[4] **المرجع نفسه**، ص 90.

المتفق عليها عند ابرام عقد الزواج كعدم التعدد وعمل المرأة أو في الجانب المادي مثلا فيجوز للزوجة طلب التطليق.[1]

ي. كل ضرر معتبر شرعا: في هذه الحالة المشرع الجزائري لم يبين ولم يحدد نوع الضرر، فالنص جاء عاما وعليه فقد ترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ذلك ففي حالة ثبوت الضرر جاز له الحكم بالتطليق والتعويض للزوجة سواء ماديا أو معنويا عن ما لحقها ذلك في حالة إذا ما طلبت الزوجة ذلك.[2]

وبالتالي إذا توفر سبب من الأسباب الواردة في **المادة 53 قانون الأسرة** أجاز المشرع للمرأة طلب التطليق من المحكمة أمام القاضي وأن يكون بطلب من الزوجة لأن الضرر لحق بها هي وليس أحد آخر وأخير أن لا يستعمل إلا إذا تعذر الإتفاق بين الزوجين.[3]

ثانيا: الخلع

عرف الخلع: أنه « **فراق الزوجة على مال.** » [4]

أما بالنسبة للفقهاء اختلفت تعاريفهم منهم من عرفه بأنه « **طلاق بعوض** » ومنهم من عرفه « **فُرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع...** »

فالخلع « **بدل المرأة عوضا لزوجها مقابل الفرقة بينهما.**» [5]

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الخلع مباشرة ولكن أشار إليه **في المادة 54 من**

---

[1] سليمان ولد خسال، **المرجع السابق**، ص 167.

[2] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، **المرجع السابق**، ص 91.

[3] سليمان ولد خسال، **المرجع السابق**، ص 154.

[4] مصطفى ابن العدوى، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، مكتبة ابن تمية، مصر، 1988، ص 64.

[5] المصري مبروك، **الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع**، الجزائر، **2010** ، ص 265.

قانون الأسرة الجزائري بقوله : « **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مادي.** »[1]

أ. شروط الخلع

لصحة الخلع يشترط وجود حقيقته الشرعية فيما يأتي :

* لا يصح مخالعة المطلقة بائنا، فالخلع يتم حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما.

* أن يكون الخلع لفظا مثلا كأن تقول الزوجة لزوجها خالعتك على 20 ألف دينار جزائري فيقول هو قبلت فيحصل الخلع وتسري عليه أحكامه.

* الرضا من كلا الطرفين أي قبول الزوج بدل الخلع وقبول الزوجة بدفع البدل.

* أن تكون الزوجة أهلا للتبرع وذلك بالاّ تكون مريضة مرض الموت أو محجور عليها...

* لزوم وجود بدل للخلع الذي تدفعه المرأة فإذا فقد البدل أعتبر طلاق عادي وليس خلع.[2]

ب. ما يصح بدلا للخلع: نصت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية على أن:

« **إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .**

يصح بدل الخلع أن يكون مهر الزواج سواء كان نقودا، عقارا، منقولا أو منافع مقومة بالمال أو كان هو المهر نفسه أو غيره.

[1] **المادة 54** من الأمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة، **السالف الذكر**.

[2] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضه، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009، ص 84.

فقانون الأحوال الشخصية الأردني في **مادته 104** أقر بأن كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع[1].

إذا كان بدل الخلع الذي التزمت به الزوجة كثيرا يجوز للزوج قبوله لأن الزوجة هي التي رضيت به وقبلته وإذا اتفقت معه على عدم نفقة على ابنها مثلا مقابل الخلع فهذا يجوز[2].

- **جواز الخلع في الطهر والحيض:** يجوز الخلع في الطهر والحيض لقوله تعالى: « **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** » **فالله سبحانه وتعالى** لم يقيد ولم يحدد وقت الخلع فيجوز خلع الزوجة لزوجها سواء كانت على طهر أو حيض.

ج. الآثار المترتبة على الخلع: للخلع آثار ترتب على إصداره سيتم ايجازها فيما يلي[3]:

* بدل الخلع يصبح دينا لازما للزوجة اتجاه زوجها وبذلك استحقاق الزوج بدل الخلع.

* سقوط الحقوق المالية الزوجية الثابتة وقت الخلع لكل منهما على الآخر كالمهر والنفقة في حين الديون المتعلقة بالزواج لا تسقط.

د. أحكام الخلع في بعض التشريعات المقارنة

1. في القانون المصري: لا يوجد فيها نصوص صريحة في أحكام الخلع إلا **المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية** التي تنص « **إن الطلاق نظير عوض طلاق بائن** »

لكن من الناحية الشرعية جاءت أحكام كثيرة من أحكام الخلع في المذهب الحنفي لكن ليس له صفة رسمية كما أشارت إلى الخلع في المواد **203، 274، 276، 277** منه.[4]

---

[1] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **المرجع سابق**، ص 82.

[2] نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص ص 197، 198.

[3] عثمان التكروي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2004 ص ص 210، 211.

[4] منال محمود المشني، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص ص 116، 117.

2. في القانون المغربي: نص عليه في قانونه المتعلق بالأحوال الشخصية في **الفصل 61** بنصه : « **للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع** »

و**الفصل 62** « **تخالع الرشيدة عن نفسها والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق والالتزام ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال**» كذلك فصل 63 وفصل 64.

3. في القانون الليبي: نص عليه في **قانون الأحوال الشخصية الخاص** في المواد **12، 13، 14، 15، 16، 17، 18، 19** منه حيث عرفته المادة 12 على : « **الخلع هو تطليق الزوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطلاق وما في معناهما كالمبارأة** » ونصت **المادة 13 من الأحوال الشخصية الليبي كذلك على** أن :

« **يشترط لصحة المخالعة أن يكون كل من الزوجين مستوفيا ما يتعلق به من شرائط إيقاع الطلاق .**»[1]

« **إذا كان أحد الزوجين المتخالعين دون سن الرشد لا تنفذ مخالعته إلا بموافقة ولي المال.**»

وعليه فإن الخلع إزالة للرابطة الزوجية بكل متعلقاتها وهو يعتبر معاوضة من جانب الزوجة لزوجها.

الفرع الثالث: إشكالية الانفصال الجسماني

يعتبر الانفصال الجسماني صورة من صور الانفصال لكنه يختلف عن الطلاق والتطليق وهو نظام ابتدعته الكنيسة الكاثولوكية وذلك سعة لأخذها بمبدأ أبدية الزواج وعدم زواله أي رفضها للطلاق.[2]

[1] منال محمود المشني، **المرجع السابق**، ص 120.

[2] محمد السعيد رشدي، **الأحوال الشخصية لغير المسلمين**، في ظل2007 أحكام القانون رقم(1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، د د ن، د ب ن، 2007، ص 251.

أولا: مفهوم الانفصال الجسماني

أ. التعريف بالانفصال الجسماني: يعرف على أنه انفصال الزوجين في المعيشة المشتركة بينهما مع إبقاء الرابطة الزوجية قائمة، أي لا يستطيع كلا الزوجين أن ينكحا عقد جديد، فهو من الناحية القانونية يبقى العقد قائم لكن من الناحية الفعلية فهو غير قائم وذلك بسبب اختفاء المساكنة بين الزوجين، لكن يرتب عليه آثار نصت عليهم **المادة 309 من القانون المدني الفرنسي** كواجب المساعدة بين الزوجين والإخلاص بينهما فلا يجوز مثلا إنشاء علاقة خارج إطار الزواج كالزنا، وتأكد تنظيم هذا النموذج خاصة في دول الاتحاد الاوربي وذلك بموجب النظام رقم 2010/1259 الخاص التعاون بين الدول في مجال القانون واجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني[1].

المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 لم يكن يأخذ بهذا النظام لكن بعد تعديل 2005 أشار إليه في **المادة 2/12 من القانون المدني.**[2]

ب. آثار الانفصال الجسماني

1.**آثاره بالنسبة للزوجين:** بما أن عقد الزواج ما زال قائما فإن كلا الزوجين لا يستطيع الدخول في علاقة جديدة وكلا الزوجين أيضا يرث الآخر سواء بعد الوفاة أو خلال فترة الانفصال، هذا الأخير يترتب عليه توقف الحياة المشتركة بين الزوجين من حيث المعيشة والمساكنة ويسقط كذلك واجب الاهتمام والرعاية المادية والمعنوية.[3]

2.آثاره بالنسبة للأولاد:

يحق للأولاد النفقة على آبائهم لكن بالنسبة للديانة الكاثولوكية فإذا كان الزوج هو السبب في المفارقة وجب عليه النفقة لزوجته وأولاده الذين في حضانتها ويتفق على تقديرها أو

[1] Règlement (UE) n 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

[2] **المادة 12** من القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر.**

[3] محمد السعيد رشدي، **المرجع السابق**، ص 259.

يقدرها القاضي، أما إذا كان الانفصال بسبب الزوجة فلا يلتزم الزوج بالنفقة إلا على أولاده فقط وهو الذي يحدد قيمة النفقة دون تدخل الزوجة.

الانفصال الجسماني قد يؤدي إلى الطلاق وقد لا يؤدي، ذلك عندما يقر الزوجان العودة إلى حياتهما السابقة، فانحلال الزواج في القانون الفرنسي يكون دائما بموجب حكم قضائي أما في القانون الإنجليزي فيعد الانفصال المستمر لمدة خمس سنوات مبررا أساسيا للطلاق.

ج. انتهاء الانفصال الجسماني

بما أن التفريق الجسماني لا هو بزواج كامل ولا بانفصال كامل فهو حالة معلقة فمن الطبيعي أن ينقضي الانفصال عن طريق الصفح أو الصلح بين الزوجين وبذلك يعود للزواج كل آثاره التي كانت معلقة ومعطلة بسبب الانفصال أو بزوال السبب الذي أدى إليه أو ينقضي بتحويل الانفصال إلى تطليق أو بوفاة أحد الزوجين.[1]

ثانيا: مقارنة بين الانفصال الجسماني وانحلال الرابطة الزوجية

يظن البعض أن الانفصال والطلاق والتطليق لهم نفس المعنى ويترتب عليهم نفس الآثار لكن بتحليل هذه المصطلحات توجد فوارق مختلفة يتم ذكرها فيما يلي:

أ. الفرق بين الانفصال والطلاق:

* كلاهما يؤديان إلى انقضاء وانحلال الرابطة الزوجية .

* الطلاق هو أسلوب يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية ذلك بطلب من الزوج بإرادته المنفردة وطلبه حتما يؤدي إلى انقضاء الرابطة الزوجية في حين الانفصال لا يؤدي دائما إلى انحلال الرابطة الزوجية فقد يعود الزوجان إلى حالتهما السابقة أي ما كان عليهما من

[1] مسعودي يوسف ، **تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان 2012 ، ص ص، 205، 206 .

قبل بعد انتهاء فترة الانفصال وقد لا يعودان إلى ذلك عندما يتحول التفريق إلى انحلال الزواج ذلك باللجوء إلى القضاء فعدم رفع دعوى قضائية لا يؤدي إلى الانحلال.

ب. الفرق بين الانفصال والتطليق:

يؤدي التطليق إلى انحلال الزواج فحل الرابطة الزوجية بالتطليق لا يكون إلا بحكم قضائي من المحكمة المختصة وذلك بطلب من الزوجة طالما توفر سبب من أسباب المخولة لها في **المادة 53** من **قانون الأسرة الجزائري**.

فالمادة 2/12 من القانون المدني الجزائري جمعت التطليق والانفصال مع بعضهما وذلك في عدم وقوع الانحلال إن لم ترفع دعوى إلى القضاء.

فالطلاق والتطليق لا محالة يؤديان إلى انحلال الرابطة الزوجية في حين الانفصال الجسماني يعتبر مرحلة مؤقتة تساهم في مساعدة الزوجين باختياراتهما إما التطليق أو الصلح أي بالرجوع؛ فيمكن أن يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية أو يترتب عليه الرجوع إلى المعيشة المشتركة وبالتالي الصلح بينهما والحفاظ على حياتهما الزوجية.[1]

بعد دراسة صور انحلال الرابطة الزوجية تم تخصيص **المطلب الثاني** لدراسة آثار انحلال الرابطة الزوجية .

المطلب الثاني: آثار انحلال الرابطة الزوجية

في هذا المطلب يتم التطرق لشرح؛ العدة **الفرع الأول**، الحضانة **الفرع الثاني**، متاع البيت **الفرع الثالث**، والنفقة **الفرع الرابع**.

[1] تواتي نصيرة، **إشكالات خضوع الإنفصال الجسماني لضابط الجنسية، المجلة الأكاديمية، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية** ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، يومي 23 و24 أفريل، 2015، ص ص 175، 176.

الفرع الأول: العدة

أولا: تعريف العدة

أ. لغة:« الإحصاء والحساب . »

قال تعالى : « فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم.»[1]

ب. اصطلاحا: عرفت بعدة تعاريف منها :**« أنها المدة اللازمة شرعا لمكوت الزوجة في بيتها بعد أن تم طلاقها أو موت زوجها عنها حتى تنقضي المدة المقررة شرعا وذلك لكي يعرف براءة رحمها أو حملها أو نسب ولدها. »** [2]

ثانيا: حكمة تشريع العدة

العدة واجبة شرعا وقانونا وذلك عندما:

* تقع الفرقة الزوجية .

* إعطاء فرصة للزوجين لإعادة النظر في قرار الطلاق.

* عدم اختلاط الأنساب وذلك بمعرفة براءة الرحم.

* التنبيه بقيمة النكاح فالزواج شيء مقدس وليس لعبة ينظم في ساعة ويفك في ساعتين.[3]

ثالثا: أنواع العدة: العدة لها عدة أنواع

* اليائسة من الحيض وهي ثلاثة أشهر لقوله تعالى : **« واللآئي يئسن من نساءكم أن أوتيتم فعدتهن ثلاثة أشهر».**

---

[1] **سورة الطلاق** الآيه 1.

[2] محمد باوني، **عقد الزواج وآثاره، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون**، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 132.

[3] بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2008، ص 224.

* المرأة الحائضة مدتها ثلاث حيضات لقوله تعالى: « **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء**».

* المرأة التي مات عنها زوجها ولم تكن حاملا عدتها 4 أشهر وعشرة لقوله تعالى: «**والذين يتوفون منكم ويدرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا.** »[1]

* المرأة المطلقة بدون دخول هذه المرأة لا عدة عليها لقوله تعالى[2]: « **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن قبل أن تكسوهن، فمالكم عليهن من عدة تعتدونها.**»[3]

رابعا: انقضاء العدة

تنقضي عدة المرأة الحامل بوضع الحمل والمرأة المطلقة حتى تستكمل ثلاثة أشهر أما المرأة المتوفى عنها زوجها بمضي 4 أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود تعتد من تاريخ صدور الحكم بفقده و تنقضي بـ 4 أشهر وعشرة؛ هذا ما نصت عليه **المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري.**[4]

في حين اليائس من المحيض تنقضي بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق وعليه فإن العدة تعتبر حق و واجب على المرأة.[5]

الفرع الثاني: الحضانة

تعتبر الحضانة من حقوق الأولاد على أوليائهم، فهي حق لهم وذلك لحمايتهم وحفظهم من أي سوء سواء من الناحية المادية أو المعنوية وهي واجب على الآباء والأمهات إتجاه صغارهم؛ فالحضانة تحقق مصالح الصغار وسد حاجاتهم والعناية بهم، لذلك أولى الشرع

---

[1] **سورة البقرة** الآية 234 .

[2] محمد باوني، **المرجع السابق**، ص 342.

[3] **سورة الأحزاب** الآية 49.

[4] **المادة 59** من الأمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة، **السالف الذكر**.

[5] السيد سابق ، **فقه السنة، المجلد الثاني**، الطبعة 21، دار الفتح للإعلام العربي المكتبة العصرية، د سنة، ص 341.

أهمية كبيرة لذلك؛ ونص عليها في **المواد** من **62** إلى **72 من قانون الأسرة الجزائري** سيتم تناول شرح الحضانة من حيث تعريفها، حكمها، شروطها، وأخيرا انقضائها فيما يلي:

أولا: تعريف الحضانة : عرفت عدة تعاريف منها:

أنها« **إمساك الولد وتربيته منذ ولادته سواء كان ذلك من الأم أو من شخص آخر يقوم مقامها كالجدة أو أحد الأقارب...** »[1]

بالرجوع إلى **قانون الأسرة الجزائري** نجد أن المشرع عرفها في **المادة 62**: « **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.** »[2]

ثانيا: الأولوية في الحضانة

الأولوية في الحضانة للأم؛ فهي تكون أحن وأشفق وأقدر على تربيته وإدارة شؤونه من أي شخص آخر حتى على أبيه، فالشريعة الإسلامية أعطت الأولوية للأم ويليها الأب كذلك المشرع الجزائري أقر بذلك في **المادة 64** من قانون الأسرة : « **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.**

ثالثا: مكان الحضانة

يكون مكان حضانة الطفل في بيت الزوجية هذا إذا كان الزواج قائما بين الوالدين أو كانت الأم معتدة من طلاق رجعي أو بائن، أما إذا كانت الأم معتدة فتبقى أيضا في بيت الزوجية حتى تنقضي عدتها وبالتالي الحضانة تكون لها وعندما تنتهي عدتها وجب عليها

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 583.

[2] **المادة 62** من قانون رقم 05-02، المتضمن قانون الأسرة، **السالف الذكر**.

الخروج من بيت الزوجية، لكن يجب على الزوج أن يوفر لها سكن لممارسة الحضانة في حين يجوز للأم أن تنتقل إلى بلد أجنبي بالصغير إذا تم عقد الزواج في ذلك البلد أو إلى أي بلد آخر قريب يمكن للأب زيارة الطفل فيه هذا في حالة إذا كانت الأم والدة الطفل أما إذا كانت الحاضنة ليست أم الطفل فلا يجوز لها الانتقال بالطفل لأي بلد إلا بإذن الأب.[1]

رابعا: شروط الحاضنين

أ. **الأهلية الكاملة للحاضن:** يجب على الحاضن أن يكون عاقل وبالغ لكي يكون أهلا للحضانة؛ فإذا كان الحاضن مجنون أو سفيه أو محجور عليه فلا تثبت الحضانة له. حيث نصت **الفقرة 2** من **المادة 62** على « **يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.**

ب. **الإسلام** : لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم.[2]

ج. **الأمانة والعفة:** أن يكون الحاضن موثوق فيه يتقي الله في تربية الطفل والإهتمام به.

* أن يكون قادر على القيام بشؤون المحضون وتلبية متطلباته فالأعمى مثلا والعاجز لا تثبت لهم الحضانة لأن هذه الأخيرة لا تتحقق بمثل هؤلاء.

* أن لا تتزوج أم الصغير بأجنبي أي بغير قريب فالصغير لربما لن يوجد الجو الملائم له بذلك يسقط حقها في الحضانة طبقا **للمادة 62 ولقوله صلى الله عليه** وسلم « **أنت أحق به ما لم تنكحي**». أما إذا تزوجت بقريب كأخ زوجها أي عم الصغير فلا تسقط حضانتها.[3]

* ألا تكون الحاضنة مرتدة فإذا ارتدت الحاضنة عن الإسلام لا حق لها في حضانة الولد إلا إذا تراجعت فيمكن استرجاع حضانة الطفل.

* ألا تعيش بالولد في سكن من يبغضه سواء كان من قريب له أم لا.[4]

---

[1] نبيل صقر، **المرجع السابق**، ص 245.

[2] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص ص 358، 359.

[3] عبد القادر بن حرز الله، **المرجع السابق**، ص 358.

[4] نبيل صقر، **المرجع السابق**، ص 244.

خامسا: انتهاء الحضانة : تدرس من جانبين:

أ. الجانب الفقهي: بالنسبة لأقوال الفقهاء أقروا بأن تنتهي مدة الحضانة بالنسبة للولد متى استغنى عن خدمة النساء وقدرت هذه المدة ببلوغه 10 سنوات وهو في هذا السن يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة والأدب، فالأب دوره هنا أقدر من الأم أما البنت تنتهي حضانتها إذا بلغت مبلغ النساء فهي تحتاج عند الإستغناء عن خدمة غيرها إلى معرفة آداب النساء وتعلم أشغال البيت وغيرها، ففي هذا المجال النساء أقدر من الرجال في ذلك ولهذا من الأفضل أن تبقى في يد الحاضنة سواء كانت أمها أو حاضنة أخرى.[1]

ب. من جانب القضاء

نصت عليها **المادة 65** « **تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون** » يستنتج من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حدد انقضاء حضانة الذكر بتجاوز 10 سنوات على خلاف الفتاة التي لم يحدد سن انتهاء حضانتها وحددها ببلوغها سن الزواج وبذلك لم يبين سن محددة لانقضاء حضانتها وأيضا حدد حضانة الذكر إلى غاية 16 سنة إذا رأى القاضي مصلحة المحضون في ذلك، وعليه فالحضانة حق للطفل وواجب وحق أيضا على الوالدين والقاضي يراعي مصلحة المحضون في إسنادها.

الفرع الثالث: متاع البيت

يعتبر متاع البيت أثر من آثار انحلال عقد الزواج فغالبا ما يتنازع عليه الزوجان وذلك بعد انقضاء الرابطة الزوجية فالزوج يقول هو حق لي والزوجة نفس الشيء ويبقى النزاع قائما إلا أن يحكم القاضي لصالح طرف منهما أو يحكم باشتراك المتاع بينهما أي مناصفة. وهذا

[1] نبيل صقر، **المرجع السابق**، ص 352.

ما نصت عليه **المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري : « إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمين»**

فإذا إختلف الزوجان وتنازعا في متاع البيت وليس لأحد منهما أي بينة أو إثبات على ذلك فيحلف كل واحد منهما على متاعه، فالرجل قد يملك متاع النساء بالشراء أو الميراث وكذلك المرأة قد تملك متاع الرجل بالشراء أو الميراث وكان المتاع في أيديهما فإذا حلف كل منهما يحكم القاضي مناصفة بينهما أي يقتسمان كل المشتركات[1].

أما إذا مات الوالدان مثلا واختلف ورثتهما وتنازعوا في متاع البيت كذلك لا بد استعمال اليمين لكل واحد منهم.

أما إذا ثبت أحد منهما ببينة على عكس الآخر فيجوز للقاضي الحكم لصالح هذا الطرف فالقاضي لا يستطيع أن يحكم بشيء لأحد الزوجين دون بينة ويترك الآخر فيكون بذلك غير عادل، فمن يدعى حقا له لا بد أن يأتي ببينة فإن أتى بها فهو له وإن لم يؤت به فاليمين على المدعى عليه.[2]

إذا إختلف الزوجان وتنازعا حول قيمة الأمتعة فالسلطة التقديرية في تحديدها ترجع للقاضي المختص ولا يجوز تحويل سلطته إلى شخص آخر مع العلم أن تقدير مبلغ الأمتعة مسألة فنية ترجع إلى أصحاب الخبرة في ذلك، فمن الأصح أن يحددها خبير قانوني والقاضي يحكم بذلك.

---

[1] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر، 1996، ص 313.

[2] المصري مبروك، **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص ص 529، 530، 531.

يمكن الإشارة على أن أداء اليمين تؤدي أمام الهيئة القضائية إلا إذا حكم القاضي بخلاف ذلك فتغير مكان أداء اليمين أو إلغائها يعد من اختصاص القضاة.[1]

الفرع الرابع: النفقة

تعتبر النفقة في الإسلام مظهر من مظاهر التعاون والتكافل الإجتماعي بين الأقرباء أو غيرهم من المسلمين، فهي تعد أثر من آثار الزواج شرعا وقانونا وتظهر أهميتها عند إنحلال عقد الزواج.

فالنفقة عرفت على أنها المصاريف الواجبة للزوجة على زوجها وتتضمن السكن، الملبس، الأكل، الخدمة، الكسوة، العلاج وكل ما تحتاجه الزوجة.[2]

المشرع الجزائري لم يعرف النفقة بنص صريح لكن نص على مشتملاتها في **المادة 78** بقوله: « **تشمل النفقة: الغداء، الكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة** »

أولا: حكمها: الوجوب وهي واجبة على الزوج نحو زوجته وأولاده والدليل على ذلك مايلي:

أ. من الكتاب: قوله تعالى : «....وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف....».[3]

و**قوله أيضا : «... وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن....».**[4]

وقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن» .

وقوله أيضا : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله».

---

[1] بلحاج العربي، **قانون الأسرة** ، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص 413.

[2] محمد باوني، **المرجع السابق**، ص 161.

[3] **سورة البقرة** الآية 233

[4] **سورة الطلاق** الآية 6.

ب. من السنة : عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع: « .... **ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف** »

ج. من الإجماع: أجمع الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة وأولادها من طرف زوجها وكذا والديه إذا كان في حالة احتياج.[1]

ثانيا: شروط وجوب النفقة واستحقاقها

نص المشرع الجزائري في **مادته 74 من قانون الأسرة** على أن « **تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببنية مع مراعاة أحكام المواد 78و79و80 من هذا القانون** » .

لا توجب النفقة على الزوج إلا إذا توفرت شروط معينة منها:

* أن يكون النكاح صحيحا شرعا وأن يتم الدخول بالزوجة فإذا لم يتم الدخول بالزوجة فلا تستحق النفقة إلا في حالة واحدة وهي أن يكون العقد صحيح والزوج هو الذي يباطأ في الدخول لسبب غير شرعي أو غير معروف فإذا وجدت المحكمة ما يدعم طلبها وقدمت إثباتات بذلك أجاز الحكم لها بالنفقة.[2]

* صدور حكم قضائي عن طريق رفع دعوى مدنية: إذا رفعت الزوجة دعوى قضائية ضد زوجها بهدف النفقة عليها وصدر حكم بذلك من قبل المحكمة فهنا وجب على الزوج تسديد النفقة سواء للزوجة أو الأولاد.

ثالثا: أنواع النفقة: النفقة 3 أنواع هي : النفقة الزوجية، النفقة على الفروع ، نفقة الأقارب.

أ. **النفقة الزوجية:** هي واجبة على الزوج نحو زوجته وذلك إذا تم الدخول بها وكان زواجه بها صحيحا.

[1] محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 409.

[2] محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص ص ص 411، 412، 413.

ب. النفقة على الفروع: نصت عليها المادة **75 قانون الأسرة الجزائري: « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.»**

يستنتج من هذه المادة أن نفقة الأب اتجاه الأبناء واجبة بتوفر شروط وهي:

* عدم وجود مال للأبناء،

* عدم بلوغ الذكور سن الرشد،

* إذا كان الولد عاجز أو مريض أو مزاولا دراسة ما،

* عدم زواج الأنثى والدخول بها.[1]

ج. نفقة الأقارب: بما أن النفقة واجبة على الآباء نحو الأبناء فبالمقابل واجبة على الأبناء نحو الآباء وذلك في حالة عجز الوالدين واحتياجهما وذلك حسب يسر الأبناء ودرجة القرابة في الإرث، نصت **المادة 77** من **قانون الأسرة الجزائري** على أن : « **تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث».**

رابعا: كيفية تقدير النفقة

قال تعالى: « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها...».[2]

[1] ممدوح عزمي، **دعوى النفقة**، دار الفكر الجامعي، مصر، د سنة، ص ص 21، 22.

[2] **سورة الطلاق** الآية 7.

يستنتج من خلال هذه الآية أن النفقة تقدر بحسب حال الزوج سواء كان يسرا أو عسرا، فيجب مراعاة ظروفه وتقديرها بحسب مقدرته المادية.[1]

هذا ما تبناه أيضا المشرع الجزائري في **المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري**. التي نصت على أنه : « **يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**». فتقدير النفقة تعود للسلطة التقديرية للقاضي المختص.

خامسا: الآثار المترتبة عن الامتناع عن النفقة

إن عدم دفع النفقة يترتب على الزوج عقوبة مادية ومعنوية وهذا ما نصت عليه **المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري** التي تنص على: « **يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم**».

يستنتج من هذه المادة أن النفقة واجبة على الزوج، فإذا لم يسددها أوجب عليه العقاب وذلك بسلب حريته وتسديده تعويض لزوجته على ما سببه من ضرر لها لعدم إنفاقه عليها.

[1] محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية**، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2006، ص 170.

المبحث الثاني: ضوابط تحديد القانون واجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية ذات العنصر الأجنبي

القاضي المعروض أمامه دعوى طلاق الذي يكون طرف أجنبي فيها لا يمكنه الفصل فيها دون الرجوع إلى قاعدة الإسناد الذي يرشده للقانون واجب التطبيق وضابط الإسناد في مواد الأحوال الشخصية يتمثل في **ضابط الجنسية (المطلب الأول)**، و**ضابط الموطن (المطلب الثاني)**

المطلب الأول: ضابط الجنسية

إن إسناد الأحوال الشخصية لقانون الجنسية؛ أي للقانون الوطني للطرفين يعتبر من أبرز الحقوق ذات السبق التاريخي في التطبيق سواء من خلال العرف الدولي أو القانون الوضعي، تم تخصيص هذا المطلب لتعريف ضابط الإسناد أولا، وتعريف الجنسية **ثانيا**، وأهمية الجنسية كضابط في تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية **ثالثا**.

الفرع الأول: التعريف بضابط الجنسية

من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص أن القاضي المرفوع أمامه النزاع يحل تنازع القوانين وفقا لقواعد الإسناد المنظمة في قانون البلد الذي يحكم باسمه؛ مما يعني أن القاضي الأجنبي لا يطبق قانون الجنسية من تلقاء نفسه، وإنما يفعل ذلك بناء لتطبيقه لقواعد الإسناد المنصوص عليها في قانونه الداخلي.

أولا: تعريف ضابط الإسناد: يعتبر ضابط الإسناد أهم عنصر من عناصر قاعدة الإسناد؛ على هذا الأساس يمكن تعريفه على أنه المعيار الذي يثبت بواسطته اختصاص لقانون

معين لحكم الفكرة المسندة؛ بعبارة أخرى هو ضابط الاختيار والتفضيل بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة المعروضة.[1]

مثال: في موضوع انحلال الزواج (موضوع البحث والدراسة) نجد أن المشرع الجزائري قد استند إلى الجنسية التي تعتبر ضابط الإسناد لتحديد قانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بمسائل الطلاق.

جدير بالذكر أن أهمية ضابط الإسناد تكمن في تغيره بتغير القانون واجب التطبيق لذلك يتبين أن إختيار المشرع لضابط الإسناد يتم بعناية فائقة حتى يتم إختيار القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية.

بمعنى أن قاعدة الإسناد بعد أن تحدد موضوع الإسناد وضابط الإسناد فإنه تلقائيا يتحدد القانون واجب التطبيق.

غير أن السؤال الذي يطرح : هو كيفية إختيار ضابط الإسناد من قبل المشرع الجزائري

نجيب ونقول أنه يتم من خلال النظر إلى العلاقة القانونية؛ حيث نجد أن أي علاقة قانونية تشتمل على ثلاثة عناصر المتمثلة في: الأشخاص، الموضوع، السبب، فإذا كان مركز ثقلها العنصر الأول والذي هو موضوع البحث، فإن الضابط سيكون طبيعته شخصية أي تستمد من الشخص، ويظهر الضابط في مظهر الجنسية أو الموطن، حسب دولة الشخص، فتحسب العلاقة من مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والأهلية.[2]

ثانيا: تعريف الجنسية

أ. تعريف الجنسية لغة

[1] صلاح الدين جمال الدين، **القانون الدولي الخاص الكتاب الأول الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين**، 2009، مصر، ص 141.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، **أحكام التنازع الدولي للقوانين**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 37.

الجنسية لغة: مشتقة من كلمة جنس وتعني نوع أو الانتساب إلى نوع معين، ويتم استخدام كلمة جنس للدلالة على معاني ومقاصد مختلفة.[1]

ب. تعريف الجنسية قانونا

يقصد بمصطلاح الجنسية قانونا انتماء الفرد إلى دولة معينة، وهي وسيلة فنية ضرورية اقتضتها ضرورات النظام الدولي الحالي لتوزيع سكان المعمورة على الدول بإعتبارها أشخاصا القانون الدولي العام، ولا توجد سلطة عالمية فوق الدول لتسبغ جنسيتها على كل سكان كرة الأرضية حتى تختفي فكرة الجنسية بمفهومها القانوني الحالي.[2]

وبالرغم من إنتشار هذا التعريف إلا أنه هناك تعريفات كثيرة للجنسية فهناك اتجاهين ذهبا في تعريفها؛

الاتجاه الأول: وصف الجنسية رابطة بين الفرد والدولة.

الاتجاه الثاني: يرى أن الجنسية صفة تلحق بالشخص.

يتبين من خلال ما سبق أن التعريف الموجز للجنسية يقتضي بالضرورة عدم إغفال الاتجاهين معا، وعليه لابد من تعريف الجنسية أنها الرابطة القانونية والسياسية التي تفيد اندماج الفرد في عنصر السكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة ذاتها.[3]

ثالثا: عناصر الجنسية

أ. الدولة

تشكل الجنسية أداة لتوزيع الأفراد بين مختلف الدول؛ ومن خلالها نصل إلى التمييز

---

[1] محمد طيبة، **الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات**، الطبعة الرابعة، دار هومة لطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص 19.

[2] زروتي الطيب، **الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي**، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص، 18.

[3] حفيظة السيد الحداد، **الموجز في الجنسية ومركز الأجانب**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 16.

بين المواطنين والأجانب، غير أن الدولة هي وحدها لها الحق في هذا التحديد والتمييز.[1]

ب. الفرد

يعتبر الفرد العنصر الأهم في تكوين الركن الأساسي لأركان الدولة إذ لا يمكن تصور دولة بدون شعب، فالشخص هو الركن الثاني في تحديد الجنسية.[2]

رابعا: أهمية الجنسية كضابط في تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية

* الجنسية هي الرابطة التي تربط الفرد بدولة معينة، وهي السبيل لتمييز الوطني عن الأجنبي، وهذا التمييز مسألة أولية يتوجب الفصل فيها قبل النظر في النزاع المعروض، فإذا ما عرضت دعوى طلاق أمام القاضي وتمسك الأجنبي بحقه، توجب على القاضي البحث ما إذا كان هذا الشخص وطنيا أم أجنبيا، أي لابد من معرفة جنسيته.[3]

* الجنسية تربط بين الشخص وحالته وأهليته، من أجل الوصول إلى حل مسألة تنازع القوانين في نطاق الحالة الشخصية[4] والأهلية لابد من الرجوع إلى قانون جنسية الشخص الذي هو طرف في النزاع؛ وعلى هذا الأساس يكون الفصل في مسألة الجنسية سابقا ولازما للفصل في مسألة تنازع القوانين، وهذا رأي المذهب اللاتيني.

* كما تظهر أهمية الجنسية في أن الدول التي تميز تحديد الموطن بين الوطني والأجنبي.[5]

---

[1] سعيد يوسف البستاني، **الجنسية والقومية في التشريعات الدول العربية دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي، لبنان، 2003، ص 47.

[2] بن عبيدة عبد الحفيظ، **الجنسية في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، ص 32، 33 .

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، **الجنسية والعلاقات الدولية**، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 191.

[4] حسام الدين فتحي ناصف، **مشكلات الجنسية، دراسة مقارنة لـ: مشكلة التعدد ومشكلة انعدام ومشكلة البدون، مشكلة جنسية الأشخاص الاعتبارية، مشكلة إثبات الجنسية**، دار النهضة العربية، د ب ن، 2007، ص 84.

[5] حسين نوارة، **الاشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية المجلة الأكاديمية، الملتقى الوطني حول:" تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 أفريل 2015، ص ص 37، 38.

* الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في الدعاوى ذات العنصر الأجنبي يتحدد في أغلب الأحوال بجنسية الخصوم.[1]

الفرع الثاني: حجج أصحاب إتجاه ضابط الجنسية والصعوبات التي تواجه تطبيقه

كثيرة هي التشريعات التي أخذت بقانون جنسية الفرد بإعتباره القانون الشخصي الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية، وقد انحازت غالبية التشريعات العربية لهذا المذهب بصورة واضحة بإعتبارها تشريعات ذات صبغة دينية تميل إلى تطبيق قوانينها في الأحوال الشخصية على رعاياها أينما كانوا وحيثما ذهبوا، ولهم حججهم في تبني هذا المذهب؛ **(أولا)**، غير أن ضابط الجنسية قد يواجه تطبيقه صعوبات وعراقيل **(ثانيا)**.

أولا: حجج أصحاب اتجاه ضابط الجنسية

* يمكن إرجاع أخذ بعض الدول لضابط الجنسية إلى جملة من الحجج تتمثل في: ضرورة استقرار الأحوال الشخصية وثباتها؛ حيث لا يثير أي صعوبة في تحديده؛ في هذا الصدد يقول الأستاذان Batiffol et Lagarde شارحين هذه الحجة بأنه إذا كان القانون الشخصي هو القانون الذي يتبع الشخص بصفة مستمرة، لا يشك أحد بأن الجنسية تعتبر أحسن عامل للإسناد من الموطن، لأن هذا الأخير يمكن أن يتغير بسهولة على خلاف الجنسية، ضف إلى ذلك أن التغيير المستمر للموطن من شأنه خلق صعوبات في تحديده، وذلك نادر الوقوع بالنسبة للجنسية.[2]

[1] حسين نوارة، **المرجع السابق**، ص 38.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 202.

* من المعروف أن مشرعي قوانين الأحوال الشخصية في أي دولة توضع لرعياها دون سواهم من الأجانب، كما يقع على عاتق رعاياها أن يتبعوا تلك القوانين أينما ذهبوا، كما أن هذا الإتباع لا يقع خارج الدولة إلا إذا ارتبطت بجنسيتهم.[1]

* إن الغرض من الزواج هو تكوين أسرة ولما كانت هذه الأخيرة هي الخلية الأولى للمجتمع فهي محور وأساس اهتمام البلد الذي ينتمي إليه الزوجان بجنسيتهما أكثر مما تهم البلد الأجنبي الذي تكون الصدفة قد لعبت دورها في إيجادهم فيه، لذلك فإنه ليس هناك أحسن من الجنسية كعامل إسناد للأحوال الشخصية.[2]

* كل دولة تهتم برعاياها في الخارج وتهتم بحماية حقوقهم بواسطة السفارات والقنصليات، من حق هؤلاء الرعايا الذين يحملون جنسية دولتهم أن يرجعوا في كل تصرفاتهم إلى سفارات الدولة التي ينتمون إليها وقنصلياتها لتدافع عن حقوقهم وتحميهم،[3] في حين لو انصهروا في قانون موطنهم الجديد فسوف تنقطع صلتهم بهذه السفارات والقنصليات، والدليل على ذلك هو أن البلاد التي تتبنى قانون الموطن، تعطي مع ذلك لمواطنيها الحق في اللجوء إلى سفاراتها وقنصلياتها في الخارج للقيام بتصرفاتهم طبقا لقانون موطنهم؛ في هذه الحالة يكون قانون جنسيتهم هو الذي يطبق دون قانون موطنهم.[4]

* إن قانون الجنسية بإعتباره القانون الوطني للشخص هو الأكثر تكيفا من غيره مع مزاج من وضع لأجلهم ، لذلك نجد رغبة هؤلاء في اللجوء إلى أحكامه أقوى من رغبتهم في اللجوء

---

[1] موري سفيان، **إشكالية الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق**، المجلة الأكاديمية، **الملتقى الوطني حول:" تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 أفريل، 2015، ص 22.

[2] أعراب بالقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، **المرجع السابق**، ص 203.

[3] موري سفيان، **المرجع السابق**، ص، 22.

[4] علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، لطلبة الفصلين الدارسين السابع والثامن، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 57.

إلى قانون الموطن أو إلى قانون آخر،[1] غير أن قانون الجنسية يأتي انعكاسا للقيم السائدة في الدول، فهي تخضعه أخذا بحساباتها للطوائف المختلفة والعقائد السائدة في المجتمع، لذا من الطبيعي أن تتبع هذه القوانين مواطنيهم أينما ذهبوا، لأنها وحدها الأنسب بحكم أحوالهم الشخصية.[2]

* إن تحديد جنسية الشخص يعد أمرا أكثر يسرا وسهولة على القاضي من تحديد موطنه لإقتصاره على العنصر المادي أي تمتع الفرد بجنسية دولة، في حين يبدو التحقق من العنصر المعنوي؛ أي نية الاستقرار أو الإقامة الواجب توافرها في الموطن أكثر صعوبة.[3]

* إن الأخذ بقانون الجنسية يغرس في نفوس رعايا الدولة التي ينتمون لها جنسيتهم الشعور بقوميتهم ويجعلهم يتعلقون بوطنهم الذي يحملون قانونه أينما ذهبوا.[4]

ثانيا: الصعوبات التي تواجه تطبيق ضابط الجنسية

إن ضابط الجنسية الذي تبناه المشرع الجزائري والتشريعات العربية في مسائل انحلال رابطة الزواج، رغم الاعتبارات والمبررات القوية التي يقوم عليها إلا أن قاضي النزاع قد يواجه أثناء تطبيقه بعض الصعوبات التي تتعلق بضابط الجنسية في حد ذاته، لا بالقانون المسند إليه الاختصاص كما تعتبر الجنسية رابطة سياسية وقانونية تنفرد كل دولة بوضع قوانينها وكيفية اكتسابها وفقدانها.

تتمثل هذه الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية في **تنازع القوانين (أ)، تمتع الشخص بجنسية دولة تتعدد فيها الشرائع (ب)، التنازع المتحرك (ج)**

---

[1] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق**، ص 381.

[2] محمد وليد المصري، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 109.

[3] محمد وليد المصري، **المرجع السابق**، ص ص 109، 110 .

[4] علي علي سلميان، **المرجع السابق**، ص، 57.

أ. تنازع القوانين

قد يثير ضابط الجنسية في مسألة فك الرابطة الزوجية قضية تنازع الجنسيات؛ فقد يكون الشخص الذي يريد فك الرابطة الزوجية يتمتع بأكثر من جنسية، كما يمكن أن يكون عديم الجنسية، أمام هذا الأمر يقع على القاضي إيجاد حل لهذه المسألة المعروضة أمامه وفقا للقوانين المعمول بها في دولته.

على هذا الأساس يتم دراسة حالة **تعدد الجنسية (1)**، وحالة **إنعدام الجنسية (2)**

1. تعدد الجنسية

يقصد بتعدد الجنسيات أن يحمل الشخص جنسية أكثر من دولة في نفس الوقت،[1] مما يثبت لشخص تزاحم عدة جنسيات مما يرتب مشكلة تحديد جنسية من إحدى الجنسيات التي يعتد بها القاضي الوطني للفصل في مسألة انحلال الزواج عند تعيينه للقانون واجب التطبيق.[2]

هذه المسألة جعلت القاضي يكون أمام المفاضلة بين الجنسيات لحل النزاع المعروض عليه، غير أنه تصدت التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري؛[3] من خلال إيجاد حلول وذلك بالتمييز بين فرضيين الفرض الأول عندما يكون كل الجنسيات التي يحملها الشخص أجنبية والفرض الثاني عندما توجد من بين الجنسيات التي يحملها الشخص جنسية الدولة التي رفعت الدعوى فيها.

---

[1] أحمد ضاعن السمدان، **المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي**، مجلة الحقوق، العدد الأول، رقم 2، 2007، ص 17.

[2] أعراب بالقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 206.

[3] **المادة 22** القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**، " في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر، الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة. وفي حالة انعدام الجنسية يطبق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة. "

الفرض الأول: نكون أمام الجنسيات التي يتمتع بها الشخص لحل النزاع المتمثل في انحلال الزواج كما يمكن أن يكون الزوج أو الزوجة من الدول التي تعتمد على ضابط الجنسية المشتركة وجدت عدة معايير ومن بينها معيار الجنسية الملائمة لمصالح دولة القاضي، معيار أقرب الجنسيات إلى جنسية القاضي، معيار الجنسية السابقة باعتبار أن للشخص فيها حق مكتسب لا يمكن إهداره طالما لم يؤدي اكتسابه للجنسية الجديدة إلى فقد الجنسية الأولى، معيار الجنسية الأخيرة، معيار منح الشخص حرية اختيار إحدى الجنسيات الثابتة.

قد انتقدت كل هذه المعايير لاسيما المعيار الأخير الذي يتجاهل أن الجنسية من روابط القانون العام والتي لا يسمح للفرد فيها بالاختيار.[1]

لقد تعرضت هذه المعايير للانتقاد، مما أخد بالرأي الراجح على الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية للشخص، لأنها الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من أي جنسية أخرى، هذا الارتباط ينتج من الظروف المعاشة أثنائها وملابسات الدعوى، كأن يكون الشخص مقيم إقامة معتادة في دولة ما ويمكن معرفة إقامته بممارسة نشاطاته بإقليم هذه الدولة أو ترشحه لإحدى هيئات النيابة على إقليميها،[2] والإقامة العادية فيها أو التحاقه بإحدى الوظائف العامة.[3]

بناءا على ما سبق فإن معيار الجنسية الفعلية يعتبر معيارا منطقيا وقد إعتمد عليه المشرع الجزائري في **المادة 22** من **القانون المدني.**

على هذا الأساس فإن النزاع الذي يطرح أمام القضاء الجزائري والمتعلق بطلاق زوجين انجليزيين، يتمتع فيه الزوج إلى جانب الجنسية الإنجليزية بالجنسية الفرنسية والتونسية، يلتزم

---

[1] جندولي فاطمة زهرة، **انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، كليه الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011، ص 52.

[2] **المرجع نفسه**، ص 52.

[3] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، **المرجع السابق**، ص، 206، 207 .

القاضي بالبحث عن الجنسية الفعلية للزوج، فإن تبين له أن الجنسية الفرنسية هي جنسيته الفعلية بناء على ارتباطه بالدولة الفرنسية أكثر من باقي الدول، توجب على القاضي استنادا لنص **المادة 2/12** و**المادة 22 من القانون المدني الجزائري** تطبيق القانون الفرنسي رغم أن هذا الأمر ينتج عنه الإضرار بمصالح الزوجة غير أنها ستفاجئ باختصاص قانون لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج. على غرار المشرع الجزائري من خلال ما سبق بأخذه لقانون الجنسية فإن المشرع الفرنسي هو الآخر أخد بهذا الفرض.

الفرض الثاني: عند وجود بين الجنسيات التي يحملها الشخص جنسية الدولة التي رفعت الدعوى أمامها، وهذا ورد في الفقرة الثانية من **المادة 22** من **القانون المدني الجزائري** وكإستثناء أن القانون الجزائري هو واجب التطبيق إذا كانت للشخص في نفس الوقت الجنسية الجزائرية.[1]

يتبين من خلال هذا النص أنه إذا كان النزاع متعلقا بحالة شخص متعدد الجنسيات وتكون الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة في هذه الحالة يطبق القاضي الجزائري قانون الأحوال الشخصية الجزائري ولا ينظر إلى قانون الجنسيات الأخرى،[2] كما يمكن أن لا يكون للشخص الجنسية الجزائرية أي في حالة تنازع جنسيات أجنبية لا توجد الجنسية الجزائرية بينهم فعلى القاضي الجزائري تعيين القانون واجب التطبيق.[3]

هذا ما أخد به المشرع الأردني في نص **المادة 26** من **القانون المدني**« ....**على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية أخرى فإن**

---

[1] **المادة 2/22** من القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**، "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر، الجنسية الجزائرية، و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة."

[2] إسعاد موحند، **القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية**، ترجمة فائز أنجقن, ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007، ص 111.

[3] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 62.

القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه.» [1]، مبررا موقفه من الصفة السيادية للدولة في تحديدها للأفراد الذين يشكلون رعاياها، فالدولة وحدها تحدد عنصر السكان فيها فالمشرع الأردني أخضع مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية إستنادا إلى أسس متعددة مستمدة من فكرة سيادة الدولة على رعاياها بالإضافة إلى أسس دينية واجتماعية وديمغرافية تسمح لها بمراقبة مواطنيه حتى خارج المملكة لضمان بسط قانون الأحوال الشخصية عليهم.[2] ما ما يبدو عليه أن المشرع الجزائري قد أخذ بقانون الجنسية بناءا على نفس المبدأ الذي أخذ بها المشرع الأردني بقانون الجنسية.

2. انعدام الجنسية

في مقابل تعدد الجنسيات نجد أنه من الممكن أن نصادف شخص عديم الجنسية قام برفع دعوى الطلاق، والمقصود بإنعدام الجنسية عدم تمتع الشخص بأية جنسية[3] حيث يكون هذا الشخص في جميع قوانين الجنسية في الدول أجنبيا، وقد يكون هذا الانعدام في الجنسية مند الميلاد كما يمكن أن يكون لاحقا،[4] وهذا الشخص العديم الجنسية يكون كسفينة تسير في عرض البحر بدون علم فهو شخص بلا وطن نظامه القانوني مجهول.[5]

في هذا الخصوص اختلف الفقه في كيفية اختيار القانون واجب التطبيق عندما يكون الشخص عديم الجنسية فإتجه البعض إلى القول بتطبيق القاضي لقانون الدولة التي كان الشخص يحمل جنسيتها قبل انعدام الجنسية إلا أن هذا الرأي انتقد بناء على أنه يمكن أن يكون الشخص مند ولادته عديم الجنسية،[6] غير أن جانب من الفقه سعى إلى تطبيق جنسية

---

[1] محمد وليد المصري، **المرجع السابق**، ص 111.

[2] **المرجع نفسه**، ص 111.

[3] Rizkallah Nouhad, Droit International privé, entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L.), , BEYROUTH ,Liban, 1985., p 123.

[4] جندولي فاطمة زهرة، **المرجع السابق**، ص 54.

[5] حسين نوارة ، **المرجع السابق**، ص 44.

[6] بلقاسم أعراب، **القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص** 207.

الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية إذا كان من الممكن معرفة مكان ميلاده، غير أن هذا الحل انتقد لأن الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة، مما يؤدي إلى عدم ارتباط الشخص بها،[1] أو أن هذه الدولة أخذت منه جنسيتها.[2] أما الرأي الراجح الذي تبنته أغلب التشريعات فيقضي بتطبيق على عديم الجنسية قانون الموطن، فإن لم يكن له موطن فيطبق عليه قانون محل إقامته أخذت بهذا الرأي إتفاقية جنيف المنعقدة في سنة 1931 وسنة 1951 بخصوص اللاجئين،[3] لذلك يكون للموطن أو محل الإقامة ضوابط إسناد احتياطية يمكن الاستعانة بهما في حالة عدم إمكانية تطبيق ضابط الجنسية.

حيث أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في نص **المادة 3/22** من القانون المدني،[4] إلا أن أن **المادة 12** من معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بمركز عديمي الجنسية، المصادق عليها من طرف الجزائر في 8 جوان 1964 تجعل الاختصاص لقانون الموطن فمن الخطأ عدم إدراك المشرع الجزائري لذلك مما أدى إلى انتقاده لعدم تطابق النص الداخلي مع المعاهدة.[5]

لقد أخذ بهذا الرأي القضاء السوري وكل من القانونين الإيطالي والسويسري، واعتبروا اللاجئين كالأشخاص الذين لا جنسية لهم ويطبق عليهم قانون موطنهم كما أن المشرع الأردني ترك للقاضي في نص **المادة 26** من **القانون المدني** الحرية القانون واجب التطبيق

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، **الاتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د .س، ص، 192.

[2] بلقاسم أعراب، **المرجع السابق**، ص 208.

[3] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 62.

[4] **تنص المادة 3/22** القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**، "... وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة."

[5] بلقاسم أعراب، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 208.

عندما يتعلق الأمر بشخص عديم الجنسية فالقاضي له حرية الاختيار بين قانون موطن أو محل إقامة عديم الجنسية فإنه يطبق قانونه.[1]

في مقابل هذا نجد أن التشريع العراقي في **المادة 1/33** من **القانون المدني** أكدت على تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية هذا يفسر على أن مثلما منح القاضي سلطة تعيين القانون الذي يجب تطبيقه في ظل تعدد الجنسيات في الفرض الثاني السالف ذكره باعتماد الجنسية الفعلية بوصفه مبدأ تمليه المبادئ العامة في القانون الذي يجب تطبيقه في ظل انعدام جنسية الشخص؛ وهذا يعني أن كل شخص في حالة تعدد جنسيته أو انعدامها يفترض أن له جنسية واحدة هي إما جنسية القاضي أو الجنسية الفعلية أو الجنسية المفترضة حسب كل حالة.[2]

ب. **التمتع بجنسية دولة تتعدد فيها الشرائع**

إلى جانب تنازع الجنسيات لدى الجنسيات لشخص في حد ذاته غير أنه يمكن أن يكون الشخص حامل لجنسية أو متعدد الجنسيات وانتمائه لدولة القانون واجب التطبيق تكون متعددة التشريعات تعددا إقليميا كما هو معروف في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا حيث كل ولاية أو مقاطعة يوجد بها قانون ينظم أحوالها الشخصية.

كما يمكن أن يكون تعددا طائفيا في داخل الدول البسيطة كما هو معروف في أغلب الدول الشرقية حيث يطبق على كل طائفة قانون خاص بأحوالها الشخصية مستوحى ديانتيها لحل هذه الإشكالات والتغلب عليها فيتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم لقانون جنسيتها حل هذه المشكلة فيحيل على أي القوانين يجب التطبيق، وتسمى هذه الحالة بالإحالة (الإحالة الضرورية أو الداخلية) يسميها **بيليه** بالتفويض.

[1] محمد وليد المصري، **المرجع السابق**، ص 193.

[2] حسين نوارة، **المرجع السابق**، ص 45.

كما أخذت بها التشريعات الوضعية كالقانون البولوني الصادر سنة 1926 والقانون السويدي الصادر سنة 1937،[1] كما أخد به المشرع الجزائري في نص **المادة 23** من **القانون المدني الجزائري** التي تقر بـ : « **متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون واجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.**

ما يفهم من هذا النص أنه إذا تعين تطبيق قانون أجنبي على نزاع متعلق بالأحوال الشخصية وكانت الدولة التي يجب تطبيق قانونها من بين الدول التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواء كان إقليميا أو طائفيا، فإن قواعد التنازع الداخلي بين الشرائع هي التي تتولى تحديد الشريعة واجبة التطبيق من بين هذه الشرائع المتعددة.[2]

يرى الفقه هذا النص أنه يعالج مسألة الإحالة الداخلية أو التفويض والتي تظهر عندما تحيل قاعدة الإسناد الوطنية على تطبيق قانون دولة تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا أو طائفيا فإذا كان التعدد الإقليمي يبرز عندما تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الشأن بالنسبة للولايات الأمريكية وسويسرا فإن التعدد الشخصي أو الطائفي المبني على اعتبارات الديانة أو الجنس يبرز عندما تخضع كل طائفة من المتمتعين بجنسية دولة ما لشريعة خاصة بهم تضبط مسائلهم المتعلقة بالأحوال الشخصية وهذا ما هو موجود في مصر ولبنان.[3]

فمثلا يفترض أن مصريين متوطنين في الجزائر رفعا دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري بناء على قاعدة الإسناد الجزائرية يطبق القانون المصري، بما أن القانون المصري من التشريعات متعددة الشرائع فيقع على القاضي الجزائري البحث عن التشريع واجب التطبيق

[1] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 62.

[2] بلقاسم أعراب، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، **المرجع السابق**، ص 63.

[3] جندولي فاطمة زهرة، **المرجع السابق**، ص، 58.

أما في حالة عدم تحديد ذلك بصفة صريحة في القانون المصري يتوجب عليه الفصل في النزاع وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية بإعتبارها التشريع الغالب في مصر. ليفترض وجود دعوى طلاق رفعت أمام القضاء الجزائري بين أمريكي وإنجليزية متوطنين في الجزائر، فهنا القاضي الجزائري يطبق القانون الأمريكي لأنه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. ولما كان القانون الأمريكي من القوانين التي تتعدد فيها الشرائع تعدد إقليمي توجب على القاضي البحث عن الشريعة التي يجب أن تطبق من قبل المشرع، أما في حالة ما لم يشير مشرع الدولة إلى قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانونه وجب على القاضي تطبيق قانون عاصمة ذلك البلد.[1]

لقد اعتمدت أغلب التشريعات من بينها المشرع الجزائري ضابط الجنسية للفصل في دعوى إنحلال الزواج الذي مبني على عنصر واقعي يتمثل في تمتع الشخص بجنسية دولة معينة، وعنصر قانوني يشمل الجنسية في حد ذاتها لكونها نظام يخلص إلى تبيان إنتماء الشخص إلى دولته، ولما كان ضابط الجنسية من الضوابط التي يمكن أن تتغير، فنجد أنه يثير مشكلة التنازع المتحرك.

ج. التنازع المتحرك

على خلاف الصعوبات السالف ذكرها التي تقف حاجزا أمام تطبيق ضابط الجنسية الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري للفصل في مسائل إنحلال الرابطة الزوجية، من خلال ذلك توجب التطرق إلى صعوبة أخرى يثيرها هذا الضابط وهي التنازع المتحرك أو بمصطلح آخر تغيير الجنسية والذي يمكن التعريف به: « **التنازع الذي ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان.** »[2]

[1] جندولي فاطمة زهرة، **المرجع السابق**، ص ص 58، 59.

[2] يوبي سعاد، **تنازع القوانين في مجال النسب**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 89.

كما يمكن تعريفه بـ « **التنازع الذي ينشا قانونين متعاقبين صادرين من مشرعين لحكم موضوع واحد** » .[1]

يستنتج من خلال التعريفين أنه لقيام التنازع المتحرك يجب توفر شرطين:

الشرط الأول وجود فترة زمنية بين نشأة الحالة القانونية المتوافرة على شخص أجنبي المتنازع فيها أمام القضاء، و**الشرط الثاني** أن يكون هناك إمكانية وقابلية لتغيير ضابط الإسناد تغير طبيعي يمكن من تعاقب القانونين أي قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة ومما ينتج تضارب الحقوق المكتسبة في قانون كل من الدولتين.[2]

هذا التضارب من شأنه أن يؤثر على العلاقات التي تتخذ صفة الديمومة مثل الزواج فيمكن أن يقوم الشخص بتغيير جنسيته بين وقت نشوء علاقة الزواج القانونية ووقت رفع النزاع أمام القضاء،[3] فهنا يطرح التساؤل هل يؤخذ بقانون الجنسية القديم أم الجديد ؟، فمثلا جزائريان تزوجا ثم سافر الزوج إلى بريطانيا واكتسب الجنسية البريطانية وتخلى عن الجنسية الجزائرية، وبعدها قام برفع دعوى طلاق على زوجته أمام القضاء الجزائري هنا يتبلور الإشكال هل يعتمد القاضي جنسية الزوج القديمة وهي الجنسية الجزائرية وقت زواجه، أم جنسيته الجديدة عند وقت رفع الدعوى، هذه هي حالة التنازع المتحرك فإذا قمنا بالرجوع إلى أحكام تنازع القوانين وخصوصا قواعد الإسناد في القانون المدني في مواد الطلاق نجدها

[1] جندولي فاطمة زهرة، **المرجع السابق**، ص 59.

[2] Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, Droit International privé, Masson, Paris, 1987, p228.

[3] شبورو نورية، **الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت في القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012 ، ص 46.

نصت على أنه يسري على انحلال الزواج قانون الزوج وقت رفع الدعوى،[1] إذن هنا على القاضي أن يطبق قانون بريطانيا.

المطلب الثاني: ضابط الموطن

يعد الموطن من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، وهو الأداة والوسيلة التي تعمل إلى جانب الجنسية لتوزيع الأفراد جغرافيا عبر دول العالم، وهو الأسبق في هذا الدور من الجنسية، غير أن هذه الأخيرة الأداة التي توزع الأفراد سياسيا بين الدول، غير أن الموطن يقوم بمهمة تركيز الأفراد موقعيا ومكانيا بين الدول، كما أن الجنسية رابطة قانونية روحية وسياسية في حين الموطن رابطة قانونية واقعية، كما أنه يؤدي دورا رئيسا في تحديد القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأحوال الشخصية في الدول الأنجلوأمريكية لذا نجد الدول الأخيرة نظمت أحكام الموطن الدولي، في حين يؤدي الموطن دورا ثانويا إلى جانب الجنسية في أكثر دول العالم وهي التي تأخذ بالاتجاه اللاتيني ومنها الجزائر، لذلك تم تخصيص التعريف بالموطن في **(الفرع الأول)**، حجج أصحاب اتجاه ضابط الموطن والانتقادات الموجه له في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التعريف بالموطن

لأجل الإحاطة بما ينطوي عليه الموطن من أحكام وأهمية وما يكتنفه من إشكاليات كان لابد من بيان ذلك من مفهومه أولا، والفرق بين الموطن في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص ثانيا، على النحو التالي:

[1] **تنص المادة 2/12** من القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**، "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى."

أولا: مفهوم الموطن

أ. تعريف الموطن

عرفت **المادة 36** من **القانون المدني الجزائري** الموطن « **موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن** » .

يتبين من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري تبنى معيارا مزدوجا لتحديد الموطن مثل باقي التشريعات الوضعية الأخرى، ووفقا للمادة 36 السالفة الذكر فإن الموطن يحدد على أساس" **محل وجود السكن الرئيسي**"، وإن استحال تطبيق هذا المعيار لعدم وجود سكن يطبق المعيار الثاني؛ وهو "**مكان الإقامة العادي**".[1]

غير أن الدستور الجزائري اعتبر الموطن حق من حقوق المواطن، إذ نص في **المادة** 44 منه « **يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني** » .[2]

كما عرفه محمد الصغير بعلي بأنه « **موطن الشخص هو المكان الذي يقيم فيه بصفة مستقرة .**» [3]

---

[1] عبد المجيد الزعلاني، **المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق**، دار هومة لطباعة والنشر، الجزائر، 2005، ص 108.

[2] **المادة 44** من المرسوم الرئاسي رقم96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء28 نوفمبر1996، في الجريدة الرسمية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 6 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور، جريدة رسمية العدد 14 الصادرة في 27 جمادى الأولى 1437 الموافق ل 7 مارس سنة 2016.

[3] محمد الصغير بعلي، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 146.

ب. أهمية الموطن

تتجلى أهمية الموطن سواء في نطاق العلاقات الداخلية البحتة أو في نطاق العلاقات الخاصة الدولية؛

1. في نطاق العلاقات الداخلية البحتة: يكون للموطن أهمية خاصة في معاملات الأفراد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية.[1]

2. في نطاق العلاقات الخاصة الدولية: يلعب الموطن دورا كبيرا في كافة مواضيع القانون الدولي الخاص.

* يتم اتخاذه كضابط لتحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

* يتخذ الموطن كضابط لتحديد القانون واجب التطبيق على الأحوال الشخصية لعديم الجنسية ومعاملاته.

* يتخذ كضابط أو معيار لتحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بنظر المنازعات الخاصة الدولية.

* يكون للموطن دور هام في مجالات الجنسية التأسيسية والمكتسبة (فالشخص المتوطن في الدولة لحظة تأسيسها يمكن أن تثبت له جنسية التأسيس، ومن يتوطن في الدولة مدة معينة يستطيع أن يحصل على جنسيتها بطريق التجنس أو بطريق الزواج المختلط.

* في مجال مركز الأجانب يكون للموطن دور كبير في تحديد المعاملة التي تمنحها الدولة للأجنبي.

* للموطن أهمية خاصة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث يشترط لتنفيذ حكم أجنبي في الدولة أن يكون هذا الحكم قد صدر من محكمة مختصة دوليا.

[1] محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع**، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1992، ص 253.

ج. أنواع الموطن

1.الموطن العام: هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة.[1]

2.الموطن القانوني: هو الموطن الذي يتدخل القانون لتحديده بالنسبة لبعض الأشخاص ودون اختيار من جانبهم للمكان المعتبر موطنا لهم، ويكون ذلك بالنسبة للأشخاص الذين لا يتمكنون من مباشرة شؤونهم وتصرفاتهم بأنفسهم.[2]

3.الموطن الخاص: هو المكان الذي يتخذه الشخص لمباشرة تجارة أو حرفة معينة.[3]

4.الموطن المختار: هو المكان أو المحل الذي يتخذه الشخص كموطن له وهو بصدد القيام بإجراءات قضائية معينة أو تنفيذ عمل قانوني محدد.[4]

ثانيا: الفرق بين الموطن في القانون الداخلي والقانون الدولي

الموطن هو موضوع داخلي يخص التشريعات الداخلية للدول، وسبب كونه موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص؛ أنه يعد كحل بديل لموضوع الجنسية؛ وذلك في موضوع تنازع الجنسيات بنوعيه الإيجابي والسلبي، وعندما يكون الشخص طرفا في قضية أمام القاضي، فقد يأخذ هذا الأخير بمعيار الجنسية وعندها يفقد الفرصة في تطبيق القانون الوطني، ذلك أن القواعد الإسنادية قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، أو أن يكون طرف

---

[1] هشام صادق علي، حفيظة السيد حداد، **القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجانب**، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص 57.

[2] مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، **النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، الحق، منشورات الحلبي الحقوقية**، لبنان، 2002، ص 549.

[3] عبد القادر الفار، **المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق**، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 184.

[4] اسحق إبراهيم منصور، **نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 233.

الدعوى أمام القاضي لا يتمتع بالجنسية، فقد يكون عديم الجنسية أو مجهول الجنسية، على هذا الأساس كان الموطن بديل للجنسية عند التقاضي.[1]

من خلال ما سبق يمكن التوصل إلى أنه لا يوجد تعريف للموطن بمفهوم القانون الدولي الخاص إنما هو مأخوذ من التشريع الداخلي للدول.

يكمن التمييز في تعريف الموطن بين التشريع الداخلي والقانون الدولي الخاص؛ أنه في التشريع الداخلي يتم تعريفه بناء على جزء محدد من الإقليم أي مكان محدد داخل الدولة، أما في القانون الدولي الخاص فيعرف بكامل إقليم الدولة وليس بجزء من إقليمها.

الفرع الثاني: حجج أصحاب اتجاه ضابط الموطن والانتقادات الموجهة له

أولا: حجج أصحاب اتجاه ضابط الموطن

يستدل أنصار هذا الاتجاه بحجج لإثبات أن قانون الموطن هو الأصلح بالنسبة لدعاوى الطلاق من قانون الجنسية بتبريرات وحجج نذكر منها:

* قانون الموطن هو الأسبق في ظهوره من قانون الجنسية لذلك لابد من ترجيحه.[2]

* من السهل توحيد موطن الأسرة إذا اختلفت جنسية الزوجين ولكن من الصعب توحيد جنسية الأسرة، غير أن موطن الزوجة والأولاد القصر هو موطن الزوج أو الأب في حين أن جنسيته قد لا تكون مثل جنسيتهم.[3]

---

[1] أبو فواز، **ما هو الموطن في القانون الدولي الخاص**، تحت موقع، https://abofawazblog.wordpress.com ، (غير منشورة)

[2] هشام خالد، **المدخل لقانون الدولي الخاص العربي، نشته، مباحثه، مصادره، طبيعته، دراسة مقارنة في القوانين العربية: المصري، الكويتي، السعودي، الإماراتي، السوري، الليبي، العراقي، القطري، العماني، الجزائري، السوداني، الأردني، اليمني، البحريني**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 88.

[3] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 58.

* قانون الموطن هو واجب التطبيق في حالة ما إذا كان هناك شخص عديم الجنسية وهذه الحالة كثيرا ما تحدث.[1]

* جريان العرف على تطبيق قانون الموطن منذ أن أسندت المدرسة الإيطالية القديمة الأحوال الشخصية لقانون الموطن خصوصا تطبيق هذا القانون يحقق مصلحة الفرد والغير الذين يتعاملون معه في موطنه، لأن هؤلاء على علم بالقانون المطبق في مكان إقامتهم بينما يجهلون تفاصيل قانون جنسية الأجنبي.[2]إن الغير الذي يتعامل مع المهاجرين في دولة أجنبية يجد الطمأنينة في أن يتعامل مع شخص يخضع لقانون جنسيته الذي يحتاج منه بحثا لتصرف على أحكامه وقواعده.[3]

* قانون الموطن أصلح من قانون الجنسية بالنسبة إلى المهاجرين الذين توطنوا في إقليم آخر، إذ يكون من مصلحتهم أن يسري عليهم قانون الموطن الذي يعرفونه دون قانون جنسيتهم وربما كانوا يجهلونه ببعدهم عن إقليم دولتهم، غير أنه يمكن لقانون الموطن أن يسهل اندماج المهاجرين مع مواطني الدولة وإلحاقهم بهم بدلا من أن يبقوا أجانب عنها.[4]

* تلعب الأسس الديمغرافية دورا حاسما في تطبيق قانون الموطن فالدول التي يعيش على أرضها الكثير من الأجانب يكون من مصلحتها تطبيق قانون الموطن لتحقيق انسجامهم في المجتمع، وقد أخذ بهذا القانون كل من المشرع الأمريكي والإنجليزي والكندي والسويسري.

الجدير بالذكر أن فكرة الموطن الأصلي في القانون الإنجليزي هي أقرب للجنسية من الموطن، حيث يلازم الموطن الأصلي الفرد أينما ذهب حتى يكتسب موطنا جديدا يعرف بالموطن الاختياري.[5]

---

[1] موري سفيان، **المرجع السابق**، ص 22.

[2] محمد وليد المصري، **المرجع السابق**، ص 109.

[3] عكاشة محمد عبد العال، **الاتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات**، **المرجع السابق**، ص 655.

[4] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 58.

[5] محمد وليد المصري ، **المرجع السابق**، ص، 109.

* يسمح تطبيق قانون المقام بوحدانية في القانون المطبق على أفراد الأسرة الواحدة، وتلك فضيلة لا يحققها قانون الجنسية في حالات الزواج المختلط وهي عديدة، وتكون النتيجة؛ تطبيق عدة قوانين داخل الأسرة الواحدة مع ما يرتبه ذلك من مشاكل وتعقيدات ذات طبيعة قانونية ونفسية.[1]

* يحافظ قانون الموطن على المصالح العليا لدول الهجرة كفرنسا تتجه نحو إدماج المهاجرين في نظام سياستهم، وبالتالي فإن خضوعهم لقانون جنسيتهم يتعارض مع هذه السياسة.[2]

* من مصلحة القاضي تطبيق حكم قانونه الذي يعرفه حق المعرفة بدلا من أن يبحث عن القانون الأجنبي واجب التطبيق لاسيما إذا كان الأجانب من دول مختلفة وعديدة، إذ يجب عليه حينئذ أن يرجع إلى قانون كل منهم وفي ذلك عسر كبير.[3]

* كما أن تطبيق قانون الموطن ميزة في حالة ما إذا تعلق الأمر بتحديد القانون الشخصي للفرد وتبين انتماؤه لدولة تتعدد فيها الشرائع، فإن الرجوع إلى قانون الجنسية لا يحل المشكلة وإنما يتعين الرجوع من بعد ذلك إلى الشريعة الداخلية التي تحكم حالته الشخصية، ولا شبهة أن إعمال قانون المقام يجنب هذه المشاكل والتعقيدات.[4]

* باعتبار الموطن هو مركز مصالح الشخص، وهو مركزه القانوني الذي تترتب فيه حقوقه ويباشرها فيه، يجعل من الطبيعي ومن العدل أن يخضع الشخص لقانون المكان الذي يتوطن فيه، شأنه في ذلك شأن الوطني في ذلك المكان،[5] لو طبق على كل أجنبي قانون

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، **الاتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات، المرجع السابق**، ص،656.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق**، ص، 204.

[3] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص، 59.

[4] عكاشة محمد عبد العال، **الاتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات، المرجع السابق**، ص 656.

[5] عبد الوافي عز الدين، **القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، تخصص، قانون السوق، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية والادارية، جامعة جيجل، 2008، ص 98.

قانون جنسيته في بلد يكثر فيه الأجانب مثل الولايات المتحدة الأمريكية لضاق تطبيق القانون الوطني إلى حد كبير، وفي ذلك ضرر لسيادة الدولة وسيادة قانونها في إقليمها.[1]

* كما أن الشخص يرتبط بموطنه الذي يعيش فيه لارتباط مصالحه بموطنه أكثر من جنسيته.[2]

ثانيا: الانتقادات الموجهة لاتجاه ضابط الموطن

بالنسبة لحجة سهولة توحيد موطن الأسرة إذا إختلفت جنسية الزوجين؛ يرد عليهم بأنه يمكن أن يختلف موطن الأسر؛ إذ ليس من الضروري أن ترتبط الأسرة بقانون الموطن حتى تكون خاضعة كلها لقانون واحد.[3]

أما بالنسبة للقول أن الموطن أصلح للمهاجرين فإن هذا لا يطبق على المهاجرين الذين استقروا بصفة نهائية في موطنهم الجديد مثلما هو موجود في الولايات المتحدة الأمريكية، لكن قد يحدث أن ينتقل المهاجرون من إقليم ما إلى إقليم ولا يستقرون في أي إقليم؛ في هذه الحالة يكون من مصلحتهم أن يطبق عليهم أحكام قانون جنسيتهم حتى لا تتغير أحوالهم الشخصية كلما انتقلوا إلى موطن أخر.[4]

كما يردون على الحجة التي تقر بأن الغير الذي يتعامل مع المهاجر في دولة أجنبية يجد الطمأنينة، زيادة على ذلك يمكن أن تحمل مفاجأة غير سارة في تعامله مع شخص يخضع لقانون جنسيته الذي يحتاج منه بحثا منه لتصرف على أحكامه وقواعده، بأن المفاجأة غير

---

[1] موكة عبد الكريم، **ملخص محاضرات تنازع القوانين في مسائل الأسرة، السنة الثانية ماستر، تخصص أسرة**، جامعة محمد الصديق بن يحى جيجل، 2016، ص 9. (غير منشورة)

[2] موري سفيان، **المرجع السابق**، ص 23.

[3] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 59.

[4] **المرجع نفسه**، ص 59.

السارة قد تترتب على تطبيق أحكام قانون الموطن أكثر مما تترتب على تطبيق أحكام الجنسية.[1]

إن القول بالإستناد إلى أحد القانونين بصفة مطلقة غير ممكن فهو نسبي يرجع إلى عوامل وظروف تاريخية وإجتماعية واقتصادية تؤثر فيه وفقا لكل دولة.[2]

مثلا: إنجلترا تأخذ بقانون الموطن نتيجة تأثرها بإعتبارات تاريخية تتمثل فيما ورثته من تقاليد منذ العهد الإقطاعي وهي تميز بين موطن الأجنبي الذي يأخذ حكم الموطن في القوانين الأخرى وموطن المواطن الذي يسمى الموطن الأصلي "**الموطن الأم**" وبالتالي تقترب من مفهوم الجنسية الذي يصعب إسقاطه عن الموطن الإنجليزي ولو غير محل إقامته إلى الخارج.

وفي القوانين العربية منها الجزائر في الأحوال الشخصية أسندت إلى قانون الجنسية وهو الأسلم خاصة وأنها مستمدة من الشريعة الإسلامية؛ على هذا الأساس نجد أن إعتماد ضابط الجنسية يسمح بتطبيق القوانين الإسلامية على المسلمين المقيمين في الخارج على عكس قانون الموطن الذي يؤدي لتطبيق قوانين غير إسلامية على المسلمين.

[1] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 59.

[2] عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، مركز الأجانب**، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية العامة، مصر، 1986، ص 588.

الفصل الثاني

اخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج

الفصل الثاني

إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج

إن الزواج مثله كمثل كل العقود والعلاقات القانونية، يمكن أن ينتهي بوفاة أحد الزوجين غير أن الوفاة لا تثير أي إشكال في مادة تنازع القوانين إلا في ما يخص الميراث والوصية. كما أن الزواج قد ينقضي بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة أو بالتراضي بينهما، كما يمكن أن ينتهي عن طريق الانفصال الجسماني،[1] غير أن الإشكال الذي يثار أي قانون واجب التطبيق على الطلاق، فالعلاقة الدولية التي تشتمل على عنصر أجنبي إذا وقع بشأنها نزاع وجب على القاضي تطبيق قاعدة الإسناد من أجل الوصول إلى تحديد القانون واجب التطبيق عليها،[2] إلا أن جل القوانين وضعت استثناء على تطبيق قانون الزوج في حالة وجود طرف حامل لجنسية دولة القاضي المعروض أمامه النزاع هذا ما يتم تناوله في **المبحث الأول.**

من الممكن أن تثار قضية أمام القاضي والتي تشتمل على عنصر أجنبي ويتضح أن قاعدة الإسناد توجب تطبيق قانون أجنبي كما أن قاعدة الإسناد تخالف مبادئ النظام العام والآداب العامة لقانون القاضي، مما يستدعي إلى إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي هذا ما يعرف بالنظام العام، غير أنه في مقابل النظام العام قد يجد القاضي نفسه أمام تحايل أطراف النزاع على القانون المختص الواجب تطبيقه على الواقعة القانونية، فيستبعد القاضي القانون الذي تم الغش نحوه، ثم يخضع العلاقة القانونية إلى القانون واجب التطبيق عليها،

[1] صلاح الدين جمال الدين، **القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 418.

[2] نادية فضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 4.

هذا ما يعرف بالغش نحو القانون أو التحايل على القانون،[1] سيتم توضيح هذه النقطة في **المبحث الثاني.**

المبحث الأول: القانون المختص في موضوع انحلال الرابطة الزوجية

تم تخصيص هذا المبحث لدراسة قانون الزوج وقت رفع الدعوى **المادة 2/12** من القانون المدني الجزائري **المطلب الأول،** واستثناءات **المادة 13** من القانون المدني الجزائري **المطلب الثاني.**

المطلب الأول: قانون الزوج وقت رفع الدعوى المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري

تم تناول مضمون إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون الزوج **الفرع الأول،** موقف المشرع الجزائري من قانون إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لجنسية الزوج **الفرع الثاني** موقف التشريعات المقارنة من قانون إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لجنسية الزوج **الفرع الثالث.**

الفرع الأول: مضمون إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون الزوج

عادة ما ينتهي عقد الزواج بالوفاة وهذا الأخير لا يرتب أي تنازع في القوانين على عكس الطلاق والتفريق أو البطلان أو الانفصال الجسماني التي تثير التنازع بين القوانين لاختلاف الأحكام في التشريعات.[2]

أغلب التشريعات أخضعت انقضاء الزواج لقانون جنسية الزوج على خلاف القانون الذي أخضع له الزواج،[3] أما بالنسبة للوقت الذي يعتد فيه بقانون جنسية الزوج فقد اختلفت التشريعات في ذلك، هناك من فرق في وقت إخضاع قانون جنسية الزوج على أساس طريقة

[1] نادية فضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق،** ص 111.

[2] غالب علي الدوادي، **القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة،** الطبعة الخامسة، دار وائل لنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 171.

انتهاء الزواج؛ بعض التشريعات لم تفرق بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني حيث أخضعتهم لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وتشريعات أخرى ميزت بين الطلاق من جهة وبين التطليق والخلع والانفصال الجسماني من جهة أخرى حيث يخضع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، بينما يخضع التطليق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أرجعوا الحكمة من هذا التمييز إلى أن الطلاق يكون بإرادة الزوج أي أن قانون الزوج وقت إيقاع الطلاق يكون قانون ملائم لتنظيم الطلاق من حيث إمكانيته وشروط استعماله.

مقابل هذا نجد أن التطليق والانفصال الجسماني يتوقفان على رفع الدعوى أمام القضاء، ولا يقعان بمجرد إعلان الإرادة، على هذا الأساس فلحظة رفع الدعوى الفيصل في تحديد القانون الذي يحكم النزاع.[1]

هذا الرأي هناك من أيده وهناك من انتقده ، فأنتقد على أساس مفاجأة الزوجة بالطلاق وفقا لقانون جنسية الزوج لا يكون معروفا بالنسبة لها وقت انعقاد الزواج، من الممكن أن يغير الزوج من جنسيته بعد الزواج، أيد على أساس أن الاعتداد بقانون الزوج وقت الطلاق بالنسبة لطلاق هو أمر مفهوم لأنه الوقت الذي يتكون فيه عنصر الحالة.[2]

على الرغم من إخضاع الطلاق لقانون جنسية الزوج إلا أنه له نطاق في تطبيقه.

أولا: بالنسبة للمسائل الإجرائية

إن المسائل الإجرائية في دعوى التطليق والانفصال الجسماني تخرج عن نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج، وتخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.[3]

---

[1] جمال محمود الكردي، **تنازع القوانين**، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 410.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 410، 411.

[3] صلاح الدين جمال الدين، **القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق**، 2008 ص 421.

ثانيا: بالنسبة لآثار الزواج

إن الآثار التي تتصل بحالة الزوجين لا تدخل في قانون جنسية الزوج، إنما تخضع لقانون كل من الزوجين على حدة أي أنها تخضع للقانون الشخصي أي لقانون كل من جنسية الزوج والزوجة على حدة، فقانون بلد الزوجة هو الذي يحدد إمكانية الزوجة من الزواج برجل آخر، نفس الأمر مع الزوج.[1]

غير أن النفقة والتعويض التي تمنح للزوجة إذا تسبب لها الطلاق في ضرر يقتضي التعويض يدخل ضمن قانون الزوج الذي ينتمي إليه وقت الطلاق وكذلك حق الزوجة في الاحتفاظ باسم زوجها.[2]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من قانون إخضاع انحلال الزواج لجنسية الزوج

حسم المشرع الجزائري مسألة انحلال الزواج **في المادة 2/12** من القانون المدني الجزائري التي نصت على« **ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.** »[3]

يتبين من خلال نص هذه المادة أن الاختصاص لقانون الزوج عند رفع الدعوى إذا كان الزوجان أجنبيين.[4]

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، **القانون الدولي الخاص**، ص 422.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، **التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية**، دار النهضة العربية، مصر، د سنة، ص 292.

[3] **المادة 2/12** من القانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني، **السالف الذكر**.

[4] عليوش قربوع، **القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية، المجلة الأكاديمية، الملتقى الوطني حول:" تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 أفريل 2014، ص 157.

نصت **المادة 47** من **قانون الأسرة الجزائري** على أن« **الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة.** »[1]

يعود سبب تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على أساس اعتبار العصمة الزوجية في يد الزوج .

يتضح من خلال **المادة 2/12** أن المشرع الجزائري قد عدل نص المادة ووسع من مفهوم الفئة المسندة الخاصة بانحلال الزواج في نص المادة السابق ذكرها حيث أدرج مع الطلاق الانفصال الجسماني مما ينتج عنه تقليل الصعوبات التي من المفترض أن تقف أمام القاضي الجزائري في تكييف النزاع.[2]

لقد أخضع المشرع الجزائري كل من الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني إلى قانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون أي تمييز، من الملاحظ أن المشرع الجزائري أدرج نظام الانفصال الجسماني بالرغم من أنه غير موجود في الأحوال الشخصية الجزائرية والعربية عامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية لكن ليس من المستحيل أن يجد القاضي الجزائري نفسه أمام قضية بين أجنبيين يطالبان بالانفصال الجسماني، في هذه الحالة يكون من السهل عليه إعطاء الوصف القانوني المناسب لهذا القضية مع العلم أن الانفصال الجسماني لا يحل الرابطة الزوجة.[3]

المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الصادر بإرادة الزوج المنفردة، إلا بناء على حكم صادر من المحكمة، هذا ما نصت عليه **المادة 49** من **قانون الأسرة الجزائري** " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم** ".[4]

---

[1] **المادة 47** من الأمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة، **السالف الذكر**.

[2] زروتي الطيب، **قراءة في اصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائري بقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي**، مطبعة الغسلية، الجزائر، 2010، ص 10.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، **المرجع السابق**، ص 181

[4] **المادة 49** من الأمر 05-02، المتضمن قانون الأسرة، **السالف الذكر**.

إن إخضاع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيه ظلم للزوجة فقد تتزوج الزوجة وهي تحمل نفس جنسية زوجها الذي لا يسمح بالطلاق ثم تتغير جنسية الزوج بتجنس بجنسية دولة تسمح بالطلاق، ثم يرفع دعوى انحلال الرابطة الزوجية طبقا لقانون جنسيته الجديدة، فيطلق زوجته بحكم القانون المنتمي إليه جديدا.[1]

الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من قانون إخضاع انحلال الزواج لجنسية الزوج

أسندت أغلب التشريعات العربية الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت النطق بالحكم كما أسندت التطليق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا هو المعمول به من طرف التشريعات الآتية:

- المشرع المصري نص في **المادة 2/13** من القانون المدني المصري على أنه :

« ...أما **الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي الزوج وقت رفع الدعوى.**» [2]

- المشرع السوري نص هو أيضا في نص **المادة 2/14** من القانون المدني على أنه:

« **...أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي الزوج وقت رفع الدعوى.** » [3]

- المشرع الإماراتي هو الآخر نص في **المادة 2/13** من **قانون المعاملات المدنية** على أنه: « **أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي الزوج وقت رفع الدعوى.** » [4]

---

[1] علي علي سليمان، **المرجع السابق**، ص 76.

[2] **المادة 2/13** من القانون المدني المصري.

[3] **المادة 2/14** من القانون المدني السوري.

[4] **المادة 2/13** من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

يتبين من خلال هذه النصوص السابقة أن كل من المشرع المصري، السوري، الإماراتي قرروا إخضاع الطلاق لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج، أما بالنسبة للزمن الذي يعتد فيه بقانون جنسية الزوج فهو يتوقف على كيفية انحلال الزواج؛ إذ فرقت كل التشريعات السابقة بين التطليق والانفصال وبين الطلاق؛ ونص على إخضاع التطليق والانفصال لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، هذا راجع إلى أن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة للزوج، بالتالي فهو القانون الملائم وقت وقوع الطلاق، أما التطليق والانفصال فكل منهما يتوقف على رفع الدعوى أمام القضاء، فهما لا يقومان بمجرد الفصح عن الإرادة، هذا ما يجعل من لحظة رفع الدعوى حاسمة، لأنها الفيصل في تحديد قانون جنسية الزوج الذي يحكم النزاع.[1]

من الملاحظ على هذه النصوص أيضا أنها استبعدت ضابط الاحتياط، وهو قانون الموطن المشترك أو الإقامة العادية المشتركة للزوجين، كما استبعد التطبيق الجامع والموزع لقانون دولة كل من الزوجين، كما أنه تبنى قانون دولة الزوج دون قانون دولة الزوجة.[2]

كما تم الاشارة سابقا أن هذا التطبيق ليس لصالح الزوجة مفاجئتها بقانون لا تعرفه، لهذا فقد رأى **الدكتور** "**غالب علي الدوادي**" على أنه يجب إخضاع انحلال الزواج لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج لا وقت انحلال الزواج أو وقت رفع الدعوى، ذلك حفاظا على الحقوق التي اكتسبتها الزوجة وفقا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج وتحقيق العدالة.[3]

غير أن المشرع التونسي خلافا على ما سبق أخضع انحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة عند رفع الدعوى، في حالة اختلاف الجنسية يطبق قانون آخر مقر مشترك للزوجين وإن تعذر ذلك يطبق قانون القاضي، أما المشرع الكويتي أخضع انحلال الزواج إلى

---

[1] جمال محمود الكردي، **المرجع السابق**، ص ص 309، 310.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص ص 839، 840.

[3] غالب علي الداوودي، **القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة**، الطبعة الخامسة، دار وائل لنشر، 2010، ص 173.

قانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين قبل الطلاق بكل صوره، هذا الإخضاع يضمن إحترام الإرادة المشتركة للزوجين، كما يخلق انسجام مع تكوين عقد الزواج الذي أبرم طبقا لقانون كليهما، مما ينتج عنه أيضا معرفة الزوجة للقانون الذي يخضع له الطلاق، ويحقق المساواة بين الرجل والمرأة.[1]

أما المشرع المغربي أخضع الطلاق إلى نظرية تطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين وانتقد هذا الاتجاه لأن تطبيقه في كل دعاوى الطلاق يؤدي إلى نتائج غريبة، والقانون الشخصي لأحد الزوجين قد يمنع الطلاق بينما القانون الوطني للطرف الآخر يبيحه مما يرتب على ذلك الطلاق بالنسبة لطرف، والطرف الأخر يحرمه.[2]

هذا ما جرى في قضية " **فيراري**" حيث تزوجت فرنسية من " **فيراري**" الذي يحمل الجنسية الإيطالية، نتيجة لعدم القدرة على مواصلة الحياة الزوجية قررت الزوجة طلب إنهاء الزواج بناء على توفر شروط الطلاق المنصوص عليها في القانون الفرنسي حكمت المحكمة بالطلاق بالرغم من أن قانون الزوج أي القانون الايطالي لا يبيح الطلاق، مما أدى الأخذ بقانون جنسية كلا الزوجين بفك الزواج بالنسبة للزوجة الفرنسية الأصل والذي يبيح قانونها الطلاق بينما " **فيراري**" الذي يحمل الجنسية الإيطالية بقت العلاقة الزوجية قائمة في حقه مما لا يسمح له بالزواج بإمرأة أخرى، مقابل هذا الزوجة الفرنسية استعادت حريتها بالزواج من رجل آخر.[3]

---

[1] مسعودي يوسف، **المرجع السابق**، ص ص208، 209.

[2] **المرجع نفسه**، ص 211.

[3] حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة**، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 113.

المطلب الثاني: استثناءات المادة 13 من القانون المدني الجزائري

تعتبر **المادة 13** من **القانون المدني الجزائري** من أهم المواد المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية والتي تنص على: « **يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج.**»[1]

أي أنها استثناء عن القواعد التي تم تكريسها في **المادتين 11 و12** من نفس التقنيين وذلك في شأن الشروط الخاصة بصحة الزواج، آثاره وانحلاله بحيث يخضع الزواج للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. لكن هذا الاستثناء لا يخص أهلية الزواج التي تبقى خاضعة للقانون الوطني لكل من الزوجين هذا ما نصت عليه **المادة 1/10**[2] و**المادة11** من **القانون المدني الجزائري** [3] أي تخضع أهلية الزوجين لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، أخذت بهذه الحالة أغلب التشريعات العربية منها المشرع المصري حيث أخذ بمبدأ إسناد الأهلية للقانون الشخصي ذلك في **المادة 11 الفقرة الأولى** من قانونه المدني التي تنص على : « **الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم سيسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها جنسيتهم**».[4]

على هذا الأساس سيتم تناول الاستثناء الوارد على الشروط الموضوعية للزواج(أولا) الاستثناء الخاص بآثار الزواج (ثانيا) بعد ذلك الاستثناء المتعلق بانقضاء الزواج (ثالثا).

---

[1] **المادة 13** من القانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني، **السالف الذكر**.

[2] **تنص المادة 1/10** من القانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني، **السالف الذكر** " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليه بجنسيتهم."

[3] **تنص المادة 11** من القانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني، **السالف الذكر** " يسرى على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين."

[4] أحمد عبد الحميد عشوش، **تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة**، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية ، 1989، ص 21.

أولا: الاستثناء الوارد على الشروط الموضوعية للزواج

إن القاعدة العامة للقانون واجب التطبيق على صحة الشروط الموضوعية للزواج هو القانون الوطني لكل من الزوجين على حدة، لكن الاستثناء الوارد على هذه القاعدة هي إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يطبق القانون الجزائري وحده.

مثال: إذا تزوج جزائري من تونسية يخضع ذلك الزواج للقانون الجزائري وحده من حيث جميع الشروط الموضوعية إلا فيما يخص أهلية الزواج؛ **المادة 13** جاءت صريحة من اشتراطها بأن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

ثانيا: الاستثناء المتعلق بآثار الزواج: إن القاعدة العامة للقانون واجب التطبيق على آثار الزواج (الآثار الشخصية والمالية) هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، لكن الاستثناء الوارد على هذه القاعدة هو تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.[1]

ثالثا: الاستثناء الخاص بانحلال الزواج: القاعدة الأساسية للقانون واجب التطبيق على الرابطة الزوجية هو القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، الاستثناء الوارد على هذه القاعدة هي تطبيق وإخضاعه للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج[2].

---

[1] عليوش قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، تحت الطبع، ص 199.

[2] **المرجع نفسه**، ص.200

تبنت المحكمة العليا بالجزائر قضية تتعلق بإمرأة جزائرية تدعى(ي.ف) ورجل يدعى (ف.ج) ايطالي الجنسية، بعدما تزوجت المرأة الجزائرية بالرجل الايطالي حصلت على الجنسية الايطالية مع بقاء جنسيتها الجزائرية الأصلية، وقع نزاع بين الزوج الإيطالي والزوجة الجزائرية، فرفع المدعى الزوج (ف.ج) ضد المدعية عليها الزوجة (ي.ف) دعوى قضائية أمام قضاء بئر مراد رايس يطالب فيها بالطلاق من زوجته، صدر قرار المجلس بتاريخ1996/07/17 يقضي بالطلاق بين

بعدما تم التعرض لمضمون الاستثناء الوارد في **المادة 13** سيتم تناول تقييمه من خلال ذكر ايجابياته في الفرع الأول وسلبياته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ايجابيات الواردة على استثناءات المادة 13 من القانون المدني الجزائري

أقر المشرع الجزائري في نص **المادة 13** إلى تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، بهذا المشرع رتب بعض الإيجابيات يتم ذكرها فيما يلي:

أولا: تكريس تطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري

لقد فضل المشرع الجزائري تطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي وذلك عندما أحال القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه إلى القانون الجزائري ذلك من خلال نص **المادة 13** وبهذا يكون له أثر ايجابي.[1]

ثانيا: حماية خصوصية شؤون الأسرة في الجزائر

إن المصدر الأساسي لقانون شؤون الأسرة هي الشريعة الإسلامية؛ فالمشرع الجزائري هدفه من وضع نص **المادة 13** هو حماية المبادئ الأساسية التي تقوم عليها شؤون الأسرة في الجزائر سواء كانت متعلقة بأركان و شروط صحة الزواج أو الآثار المترتبة عليه أو انحلال الرابطة الزوجية.

الزوجين مع إنهاء التوابع المادية الناتجة عن زواج الطرفين وأمر ضابط الحالة المدنية للبلدية بتسجيل الطلاق بسجلات الحالة المدنية، لكن الزوجة الجزائرية قامت بالطعن أمام المحكمة العليا ضد القرار السابق ذكره بواسطة عريضة مودعة لدى كتابة الضبط.

[1] عسالي عبد الكريم، **جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري**، الملتقى الوطني حول " **تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية** "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23، و24 أفريل، 2015 ، ص 360.

ثالثا: المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد القانون واجب التطبيق

لم يميز المشرع الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج و بهذا لم يفرق بين الزوج و الزوجة و اعتبرهما في نفس الدرجة[1].

الفرع الثاني: سلبيات الواردة على استثناءات المادة 13 من القانون المدني الجزائري

بالرغم من أن **المادة 13** لها ايجابيات غير أنها من جهة أخرى لها سلبيات كانت محل انتقادات سيتم ذكرها فيما يلي:

أولا: عدم تناسب الظرف الزمني للمادة: إن تطبيق مجال القانون الجزائري في زمن حددته **المادة 13** هو أن يكون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، بهذا التحديد الزمني قد لا يكون في بعض الأحيان صائب.

مثال: جزائري تزوج بألمانية واكتسب الجنسية الألمانية لكن مقابل ذلك تنازل عن الجنسية الجزائرية، بعد مدة قرر الزوجين حل الرابطة الزوجية وعرضها على القاضي الجزائري فكيف للقاضي أن يطبق القانون الجزائري على زوجين غير جزائريين وقت عرض النزاع عليه لأنه تم التنازل عن الجنسية الجزائرية واكتساب الجنسية الأجنبية.[2]

ثانيا: استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني: بالرغم من أن المشرع الجزائري تطرق إلى مسألة الانفصال الجسماني في القانون المدني لكن في حقيقة

[1] عثماني بلال، **دراسة نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري**، الملتقى الوطني حول، **تنازع القوانين في مجال الاحوال الشخصية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، عدد15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية يومي23، 24 أفريل 2015، ص 150.

[2] **المرجع نفسه**، ص 189.

الأمر هذا النظام غير معمول به في الجزائر ولم ينظمه في قانون الأسرة فكيف له أن يطبق قانونه على نظام غير معروف في بلده.[1]

ثالثا: عدم فتح المجال والحرية لإرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق: كان من الممكن ترك مجال للأطراف باختيار القانون واجب التطبيق إذا كان لا يخالف النظام العام والآداب العامة.

رابعا: عدم موضوعية ضابط الإسناد المستعمل في المادة 13

لا يمكن اعتبار الترجيح الذي قام به المشروع في **المادة 13** موضوعيا بالمعنى القانوني لأنه أخذ بجنسية أحد الزوجين إذا كان جزائريا وأغفل النظر عن جنسية الطرف الآخر دون البحث عن القانون الأكثر ملائمة لفظ النزاع.

من سلبياته أيضا عدم توحيد ضابط الإسناد في مجال الزواج وآثاره وانحلال الزواج.[2]

* فما دامت **المادة 24** من **القانون المدني الجزائري** تشكل الحصن المنيع للنظام العام والآداب العامة فما الجدوى من إعمال الاستثناء في هذه المادة.

* إعمال القانون الوطني مقيد بالحدود الإقليمية فقط بحيث لا يتعداها، هذا يتعارض مع الغرض الذي وجد لأجله وهو حماية العنصر الوطني، فبمجرد عرض الشخص لدعواه أمام قضاء دولة أخرى تتلاشى هذه الحماية.

[1] آيت كمال منصور، **إشكالية القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني والتبني**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2010، ص 150.

[2] عثماني بلال، **المرجع السابق**، ص 190.

كذلك هذا الاستثناء معمول به لدى مختلف التشريعات الأخرى وليس خاص بالقانون الجزائري وحده بذلك قد يفتح مجالا واسعا للتحايل على القانون.[1]

المبحث الثاني: استحالة تطبيق القانون المختص في موضوع انحلال الرابطة الزوجية

قد يصادف القاضي أثناء تطبيقه للقانون الأجنبي أنه مخالف للنظام العام **المطلب الأول**، كما قد يواجه أن أطراف العلاقة قد تلاعبوا بضابط الجنسية تهربا من تطبيق قانونهم أي الغش نحو القانون **المطلب الثاني**.

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام.

تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الرئيسة والمعقدة في علم القانون وخاصة في القانون الدولي الخاص وهي وسيلة تستخدم كدفع يعترض به على تطبيق الأحكام الموضوعية في القوانين الأجنبية واجبة التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية ذلك حينما تتعارض وتتناقض هذه الأحكام مع النظام الجوهري والأساسي لدولة القاضي فهو يعتبر رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق.[2]

في هذا السياق نصت **المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري** على: « **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون**».[3]

يعبر هذا النص عن مبدأ تبنته أغلب التشريعات في العالم كما يدفع به القضاء في مختلف الدول، فمن غير المعقول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتعارض مع المبادئ

---

[1] زيدون بختة، **التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 50.

[2] بوخروبة حمزة ، **موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة سطيف 2، 2014، ص 07.

[3] **المادة 24** من القانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني، **السالف الذكر**.

الأساسية والجوهرية السائدة في دولته، ففكرة النظام العام هي حماية للمبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع، كما هي أداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي ويختلف مفهومه من دولة إلى أخرى، ولها دورا هاما في مجال تنازع القوانين[1].

لفهم الإطار العام الذي يعمل فيه النظام العام يتم التطرق إلى مفهومه في **الفرع الأول** الآثار المترتبة عن الدفع به في **الفرع الثاني**، أخيرا تطبيقاته في موضوع انحلال الزواج في **الفرع الثالث**.

الفرع الأول: مفهوم النظام العام

سيتم تناول مفهوم النظام العام من خلال نشأته، التعريف به وشروط قيامه فيما يلي:

أولا: نشأة النظام العام: بدأت فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الاقليمي(أ)، ثم كان الفضل للفقيه الألماني سافيني في جعله كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي(ب).

أ. **الدور التقليدي للنظام العام (كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي):** ظهر مصطلح النظام العام من خلال المدرسة الإيطالية القديمة و المدرسة الإيطالية الحديثة بحيث كانا لهما الفضل في إبراز استخدام النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، هذا ما ذكره الباحثون في مجال القانون الدولي الخاص.

1.**المدرسة الإيطالية القديمة:** أقر معظم الفقه على أن جذور فكرة النظام العام تعود إلى مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة التي أنشأت ما بين القرن 13 و 14 التي تزعمها الفقيه بارتول "bartole " بتمييزه بين نوعين من الأحوال : النوع الأول سميت بالأحوال المستحسنة أي القوانين الملائمة للشخص التي تصاحبه تطبق عليه أينما ذهب في حين النوع الثاني

[1] بلمامي عمر، **الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 08 .

سمي بالأحوال المستهجنة وهي القوانين غير الملائمة للشخص قد تضره أكثر مما تنفعه فلا تطبق عليه إلا داخل اقليم بلده.[1]

2. **المدرسة الإيطالية الحديثة:** تزعمها الفقيه ما نشيني " mancini " استخدمها كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، يعد أول من استعمل مصطلح النظام العام، في القرن 19 وضع نظريته الشهيرة " مبدأ شخصية القوانين" أي أن الشخص يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته سواء كان داخل اقليم تلك الدولة أو خارجها لكنه وضع استثناءات على هذه النظرية وكانت كثيرة، هذا ما عرضه للانتقادات.[2]

3. **المدرسة الفرنسية الحديثة:** تزعمها الفقيه (بييه) أخذ بمذهب ما نشيني ذلك بإعطائه الأولوية لقانون الجنسية، فقد استخدم فكرة النظام العام كأساس لبناء قاعدة الإسناد وجعلها سببا في تطبيق القانون إقليميا، اعتبر أن قوانين النظام العام يكون تطبيقها شخصيا إلى جانب القوانين الممتدة.

هو أيضا لم يسلم من النقد على أساس أنه وقع في خلط بين مفهومين مختلفين.[3]

اتضح من خلال هذه المدارس أن فكرة النظام العام لا تصلح لبناء قاعدة الإسناد لهذا عدل الفقه الحديث عن هذا المفهوم التقليدي.

ب. الدور الحديث للنظام العام (كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق)

المدرسة الألمانية الحديثة: تزعمها الفقيه الألماني سافيني " saviny " وهو من وضع أسس النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهومه الحالي في القرن 19 وذلك ضمن فكرته الشهيرة "الاشتراك القانوني "communant juridique " وهذه الفكرة تتضمن أن أغلبية القوانين

---

[1] هشام علي صادق ، **دروس تنازع القوانين**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص 187.

[2] مريني فاطمة الزهرة ،النظام **العام كأذاة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني، دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في اطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2010، ص ص 11، 12.

[3] بلمامي عمر، **المرجع السابق**، ص ص 46 ،47.

في البلدان الأجنبية (المسيحية) التي ورثت القانون الروماني تشترك في الأصول العامة أي الأصل التاريخي لهذه القوانين، حيث تعمل قواعد الإسناد في النطاق الذي يسمح به الاشتراك ويمكن للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام في بلده فبهذه الفكرة التي جاء بها "**سافيني**" تصلح أن تكون معيارا موضوعيا عاما يشكل وكيلا للقاضي في إعمال فكرة النظام العام، يجب أن يكون الدفع بالنظام العام مقرونا بالحكمة والاعتدال لا يلجأ إليه إلا إذا أدى إلى هدم المبادئ الأساسية للمجتمع.[1]

ثانيا: التعريف بالنظام العام:

فكرة النظام العام لا يمكن تحديدها أو تعيينها بشكل دقيق لأنها فكرة نسبية تتغير وتتطور من مكان لآخر ومن زمان لأخر، فقد وجدت عدة محاولات لتعريف النظام العام سيتم ذكر بعضها فيما يلي:

النظام العام هو مجموعة من المصالح الأساسية والمثل العليا (سياسية، اجتماعية، اقتصادية، دينية) التي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني.[2]

عرف أيضا: « **هو المجموعة القانونية المنظمة للمصالح التي تعلو على المصلحة الفردية وتهم المجتمع**».

عرفه الأستاذ Malaurie Philippe: « **حسن سير المؤسسات الضرورية للمجتمع أو اللازمة للجماعة** ». [3]

---

[1] سعيد يوسف السبتاني، **القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004، ص، 225.

[2] بلميهوب عبد الناصر، **مبدأ تطبيق الأحكام الأكثر نفعا للعامل في قانون العمل الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص 19.

[3] Malaurie Philippe, l'ordre public et le contrat (étude de droit civil comparé France Angleterre URSS), thèse de doctorat, paris, 1953, p69.

عرف أيضا: « أنه المساحة التي تخلى عنها الأفراد من مصالحهم الخاصة لصالح المصلحة الجماعية».[1]

عرف من طرف الأستاذ Canut Florence بـ: « **يتحدد النظام العام برسم القواعد الضرورية للسير الحسن للمجتمع والمؤسسات التي تمثله لذا فهو يهتم بالدولة والعائلة والفرد والآداب**».[2]

في حين عرفه البعض: « **أنه الوسيلة القانونية المستبعد به في النزاع المطروح أمام القاضي وذلك حين تتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلده.**»

أي أنه يهدف إلى المحافظة على المبادئ الأساسية للمجتمع.[3]

ثالثا: شروط إعمال الدفع بالنظام العام: يجب توافر مجموعة من الشروط لأجل إعماله تم ابرازها فيما يأتي:

أ. وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية

يتم إعمال الدفع بالنظام العام كعلاج لإستبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، هذا في حالة تصادم تطبيقاته مع المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي، ووجب الإشارة في قاعدة الإسناد إلى وجوب تطبيق القانون الأجنبي سواء كانت قواعده تشريعية أو عرفية ذلك لإعمال الدفع بالنظام العام.[4]

---

[1] Canut Florance, l'ordre public en droit de travail, thèse de doctorat en droit, université de paris, pantheon-Assas--Sorbonne, paris, 2004, p04.

[2] Japiod René, des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle, thèse dijon,1909, p 304.

[3] مندي آسيا يسمينة، **النظام العام والعقود**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود والمسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2009، ص07.

[4] بلمامي عمر، **المرجع سابق**، ص 141، 142.

ب. توافر مقتضيات النظام العام

إذا تعارض القانون الأجنبي مع المبادئ والأسس الجوهرية لدولة القاضي فيجب تطبيق القانون المختص بموجب قواعد النزاع، لا يجب أن يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالمبادئ الأساسية للدولة.[1]

ج. وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي

أي لا يجوز سلب اختصاص القانون الأجنبي إلا إذا وجدت صلة بين النزاع والنظام القانوني لدولة القاضي.[2]

د. أن تكون المخالفة للنظام العام حالية

بما أن مفهوم النظام العام غير ثابت يتغير ويتطور باستمرار فإن تقديره يكون في الوقت الذي يطلب من القاضي الفصل في النزاع، فعلى القاضي أن يطبق المفهوم الحالي للنظام العام وليس بالمفهوم السابق له.[3]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام.

للدفع بالنظام العام أثرين: أثر سلبي وأثر ايجابي يتم اجازهما فيما يلي:

أولا: الأثر السلبي للنظام العام: يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي، ذلك لحماية الأفكار والمبادئ والأسس الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها النظام العام بطريقة يكفل معها تطبيق قواعد الإسناد الوطنية والقانون الذي يعمل به.

---

[1] فؤاد عبد المنعم رياض، **سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز تنازع الاختصاص القضائي**، دار النهضة، 1969، ص 190.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني**، دار النهضة العربية، 2002، ص 782.

[3] سنينات عبد الله، **دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص** ، مذكرة ماجستر في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2009 ص 36.

أ. **الاستبعاد الجزئي للنظام العام:** إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطا وثيقا بباقي أجزاء القانون واجب التطبيق هنا الاستبعاد جزئيا أي أن ذلك الجزء لا يحول دون تطبيق بقية الأحكام.

مثال: إذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق على التركة يجيز التوارث مع اختلاف الديانة بين الوارث والمورث مثل هذا النص يخالف النظام العام في سوريا، يترتب على إعماله أمام المحاكم الوطنية استبعاد هذا النص في حين إذا كانت أحكام هذا القانون الأجنبي متعلقة بشرط الإرث أو نصيب الورثة، مثلا إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام تطبق على موضوع النزاع لكن بعض الحالات يصعب استبعاد جزئية القانون الأجنبي.[1]

نظرا لارتباطها ببقية أحكام القانون مما يقتضي اللجوء إلى الاستبعاد الكلي.

ب. **الاستبعاد الكلي للنظام العام:** قد يكون القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطا بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون بحيث يصعب على القاضي الاكتفاء بالإستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتنفيذ نصوص أخرى لا تتعارض مع النظام العام في بلده، في هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه كليا، مثلا: في القانون الأجنبي واجب التطبيق يجوز الزواج بين رجل مسيحي وإمرأة مسلمة لكن في دولة القاضي لا يجوز ذلك لأنه يمس بالنظام العام السائد في بلده ولذلك يستبعد تطبيق القانون الأجنبي كليا وبذلك لا يعترف بشروط ذلك الزواج ولا آثاره.[2]

ج. **الأثر المخفف للنظام العام:** تقوم فكرة الأثر المخفف للنظام العام l'effet attenué على أساس التمييز بين الوضعية التي يراد فيها تكوين مركز قانوني في بلد القاضي وبين الوضعية التي يتكون فيها المركز القانوني في الخارج ويراد الاعتراف بآثاره، يتم استبعاده إذا كان يتعارض مع النظام العام في هذه الدولة فإذا كان مخالفا للنظام العام فليس من شأنه

[1] سعيد يوسف السبتاني، **القانون الدولي الخاص، المرجع السابق**، ص 235.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، **أحكام التنازع الدولي للقوانين**، ص 143.

الدفع به بل الاعتراف بمركز تكون في الخارج، يمكن التسامح بعض الشيء في الاعتراف بهذا المركز القانوني من طرف دولة القاضي.[1]

لكن المطالبة بتكوين ذات المركز القانوني يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي.

ثانيا: الأثر الايجابي للنظام العام: هو حلول لقواعد النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الأجنبي أي حلول قانون محل قانون آخر لسد الفراغ التشريعي الذي خلفه الأثر السلبي وتعتمد طبيعة هذا الأثر الإستبعادي في أن قانون الاستبعاد الجزئي تقابله حلول كلية والاستبعاد الجزئي تقابله حلول جزئية، مثلا في الحلول الكلي إذا كان ذلك القانون مخالف للنظام العام تستبعد كليا، أما الحلول الجزئي يتحقق عندما يقرر القانون واجب التطبيق وإذا تعارضت مع النظام العام للدولة يطبق القاضي قانونه هو، أي أن القانونين سيطبقان جزئيا حسب النظام العام للدولة.[2]

لكن يعتبر الدفع بالنظام العام في البلاد الأنجلوسكسونية هو دفعا إجرائيا يشبع في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من ثم عدم البحث عن بديل للقانون المستبعد.[3]

الفرع الثالث: تطبيقات النظام العام في موضوع انحلال الزواج.

تختلف تطبيقات الدفع بالنظام العام من دولة إلى أخرى فما يعتبر مخالفا للنظام العام في الجزائر مثلا لا يكون مخالفا للنظام العام في فرنسا فكل دولة لها نظامها العام الخاص بها .

---

[1] أشرف وفاء محمد، **المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن**، د د ن، د ب ن، 2003، ص ص 191، 192.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، **المرجع سابق**، ص 144.

[3] حفيظة السيد الحداد، **الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009، ص 305.

في الجزائر إذا عرض على القاضي الجزائري طلب طلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهذا الطلب يقبل على أساس أن العصمة بيد الرجل، ذلك بعد إجراء عدة محاولات صلح.

حيث جاء في قرار صادر في 17 فيفري 2004 المتعلق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الخاصة بالمساواة بين الزوجين خلال الزواج وعند انحلاله على أن: " حتى ولو كان الحكم الأجنبي صادر من سلطة مختصة وفقا لإجراءات قانونية وتكريما لمبدأ الحضور والمواجهة، فإن الحكم الجزائري الذي قرر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بدون ترتيب أي أثر قانوني على معارضة الزوجة، بحيث لم يكن للسلطة القضائية المختصة إلا منح التعويضات المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، ويعتبر مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين المقرر في **المادة 5** من البرتوكول رقم 7 الصادر في 22 نوفمبر 1984 الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تعتزم فرنسا بضمانه لكل شخص يلجأ لقضائها، بالتالي يعد مخالفا للنظام العام الدولي المتحفظ عليه في الاتفاقية الثنائية الفرنسية الجزائرية الموقعة في27 أوت 1964 متى كان الزوجين أو الزوجة مقيمان في فرنسا.»[1]

* يقوم النظام القانوني للدول الإسلامية على الشريعة الإسلامية مما يمنع تطبيق القانون في القضاء التي تتنافى أحكامه بشكل ملفت مع المبادئ والمثل العليا لديها.

* في القضاء المصري إذا أسلمت الزوجة الأجنبية لها الحق في رفع دعوى التطليق من زوجها على أساس تمتعها بالحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية بما أنها اعتنقت الإسلام وبذلك لا تمس بالنظام العام الخاص بالقضاء المصري.[2]

* تبنت محكمة النقض الفرنسية قضية بقبول طلاق بين زوجين بوليفيين ذلك بسبب

---

[1] كمال سمية، **مداخلة بعنوان** "دور **النظام العام في علاقات الزواج والطلاق الدولية، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي**، جامعة عمار ثليجي الاغواط. أيام 8،9،10 أكتوبر 2007، ص، 12 .

[2] دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، **المرجع سابق**، ص 112.

الشقاق المستمر، ترتب على ذلك انفصال في علاقتهما المالية بالرغم من أن قانونهما الوطني يمنع هذا الطلاق.[1]

* تبين في لبنان أن الأنظمة القانونية المتعلقة بالطلاق متعددة تختلف باختلاف الطوائف منها من يجيزه ومنها من يمنعه ، فمن الضروري أن تتوفر في المعتقدات والنظم والتقاليد الاجتماعية صفة النظام العام وتكون شاملة جميع فئات المواطنين.[2]

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

تطرق المشرع الجزائري لفكرة الدفع بالغش نحو القانون في **المادة 24** من القانون المدني[3] إثر التعديل الأخير له، محاولة منه لمسايرة الاتجاه الفقهي الحديث وما استقر عليه القضاء في هذا الأمر.

يتمثل الغش هنا في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية، مع اقترانه بسوء النية لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع حرفية النص ومناقض للغرض الحقيقي له، لتلبية مصالح شخصية في إطار القانون المراد الخضوع له، لإخضاعه لقانون دولة أجنبية والإفلات من أحكام القانون الوطني الذي لا يتماشى ومصالحهم الشخصية.[4]

---

[1] سنينات عبد الله، **المرجع السابق**، ص129.

[2] عكاشة محمد عبد العال، **تنازع القوانين، دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 558.

[3] **المادة 24** من القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**، " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون."

[4] دغيش أحمد، **الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة**، مداخلة بالملتقى الوطني حول **تنظيم العلاقات الدولية الخاصة واقع متطور**، يومي 21 و22 أفريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص 33.

تم تخصيص هذا المطلب لشرح مفهوم الغش نحو القانون **الفرع الأول**، أساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه **الفرع الثاني**، الغش نحو القانون في مسألة الطلاق **الفرع الثالث**.

الفرع الأول. مفهوم الغش نحو القانون

أولا: نشأة الغش نحو القانون

ظهر الغش نحو القانون لأول مرة في القضاء الفرنسي في القانون الدولي الخاص ذلك في قضية الأميرة " **دي بوقرمون**" الشهيرة وتتمثل وقائع القضية في زواج البلجيكية من أمير فرنسي " **دي بوقرمون**" هذا الزواج أكسبها الجنسية الفرنسية، وبعد هذا أرادت فك الرابطة الزوجية منه فرفعت دعوى طلاق أمام القضاء الفرنسي الذي كان مختص حسب قواعد الإسناد حيث حكمت محكمة فرنسا برفض الدعوى بناء على أن القانون الفرنسي في ذلك الوقت لا يسمح بالطلاق، بناء على هذا إلتجأت السيدة "**دي بوقرمون**" بالتجنس بجنسية يسمح قانونها بالطلاق حيث تجنست بالجنسية الألمانية، بعدها عمدت إلى رفع دعوى طلاق من زوجها الفرنسي، وقد حصلت عليه، بعدها قامت بزواج من أمير روماني يدعى "**بيسكو**" وسكنت معه بفرنسا.

غير أن زوجها الأول قام برفع دعوى مطالب فيها بإبطال الزواج الثاني على أساس تجنسها كان بهدف الغش نحو القانون من ثم لا يعتبر الطلاق صحيحا، بالتالي يبقى الزواج الأول قائما.

على أساس هذه الوقائع استقر القضاء الفرنسي بالأخذ بنظرية الغش نحو القانون.[1]

[1] حفيظة السيد الحداد، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 314، 315.

يتبين من خلال ما سبق أن النظام العام يكون مانعا مباشرا من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يطبقه القاضي في النزاع المتوفر فيه عنصر أجنبي عن طريق قواعد الإسناد التي تدله على القانون واجب التطبيق، إذن من هنا يمكننا إعطاء مفهوم حول الغش نحول القانون أو ما يعرف بالتحايل على القانون حيث يتوافر الغش نحو القانون أو التحايل عليه fraude à la loi، في مجال العلاقات الدولية ذات الطابع الدولي، في حالة قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون واجب التطبيق، بشكل معتمد وبقصد التهرب من أحكام ذلك القانون المختص أصلا بحكم العلاقة، ووصولا إلى تطبيق قانون آخر عليها يتفق مع مصالحهم.[1]

من هنا يمكن تعريف الغش نحو القانون

ثانيا: التعريف بالغش نحو القانون

نصت **المادة** 24 **القانون المدني الجزائري** على أنه « **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.**»

أدرج المشرع الجزائري فكرة الغش نحو القانون إثر التعديل الأخير للقانون المدني، لكنه لم يعرف الغش نحو القانون في مجال قواعد التنازع.

عرف الفقهاء الغش نحو القانون بأكثر من تعريف تقترب من بعضها البعض في المعنى العام له المقصود في مجال تنازع القوانين. منها « **الغش اتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقًا للنتائج المتوخاة** ».[2]

[1] جمال محمود الكردي، **تنازع القوانين**، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص، 220.

[2] حسن الهداوي، **تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي**، مطبعة الارشاد، العراق، 1972، ص 120.

هناك من عرفه **بأنه:**« **مناقضة قصد الشارع بإتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة.** »[1]

ثالثا: شروط قيام الغش نحو القانون

لقيام الغش نحو القانون لابد من توفر شروط فهناك شروط متفق عليها وشروط أخرى غير متفق عليها تتمثل فيما يلي:

أ: الشروط المتفق عليها

1. وجود نية الغش

لابد من توفر عند صاحب المصلحة نية الغش نحو القانون ذلك من أجل التهرب من حكم القانون المختص عن طريق تغيير ظروف الإسناد، كتغيير الجنسية أو الموطن وغير ذلك من التصرفات التي تؤدي في الأخير إلى التحايل على القانون من فعل أمر لا يبيح القانون المختص في تلك الواقعة كما تم الإشارة إليه سابقا، مثلا قانون دولة لا يسمح بالطلاق فيغير جنسيته لجنسية دولة تبيح الطلاق.[2]

إذن لا يمكن أن نكون أمام الغش نحو القانون إلا إذا انتفت نية الغش لدى الشخص.

مثال ذلك كأن يتزوجا ايطاليان والقانون الإيطالي لا يبيح الطلاق ثم اكتسبا الجنسية الجزائرية، نظرا لوجود شقاق بينهما طلق الزوج زوجته وفقا للقانون الجزائري، هنا لا يعتبر تغيير ظروف ضابط الإسناد تحايل على القانون لأنه ليس بالضروري أن يكون إخراج العلاقات القانونية من اختصاص قانون دولة وإخضاعها لقانون دولة أخرى تحايل على القانون.

---

[1] زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين**، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 261.

[2] غالب علي الداوودي، **المرجع السابق**، ص 256.

كما أن تقدير النية في الغش نحو القانون مسألة تعود إلى تقدير القاضي.[1]

2. إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد

يعتمد هذا الإجراء بناء لإرادة الأطراف، بمعنى استعمال قاعدة التنازع بقصد نقل الاختصاص لقانون آخر غير مختص في الواقع بحكم النزاع المطروح.[2]

إذ يقوم صاحب المصلحة بتغيير ضابط الإسناد من أجل تغيير القانون واجب التطبيق وهذا التغيير لا يمكن حدوثه إلاّ في الحالات السهلة الّتي يمكن للأطراف تغييرها مثل تغيير الجنسية أو تغيير الموطن. لابد من أن يكون تغيير إراديا وفعليا ومشروع إراديا، كحصول الفرد على جنسية جديدة عن طريق تجنسه، فلا يكون بصفة صورية وإنما بطريقة قانونية، فإذا كان تغيير الموطن صوريا فيأخذ بالموطن الفعلي، ولابد من كونه مشروعا أي أن الوسيلة المستعملة مشروعة، فإذا كانت الجنسية مكتسبة مثلا مزورة، هنا ليس من الداعي الدفع بالغش نحو القانون على أساس أنّ الوسيلة غير مشروعة فيأخذ بالجنسية الأولى.[3]

ب: الشروط غير المتفق عليها

تتمثل الشروط غير المتفق عليها من قبل الفقه فيما يلي:

1. حصول الغش نحو قانون القاضي

هذا ما سعى إليه الفقهاء وعمل به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، لكن بعد سنة1961 حكم القضاء الفرنسي بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية في 07

[1] سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب، **القانون الدولي الخاص**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2009، ص 935.

[2] محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع**، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1997 ، ص 524.

[3] محمد المبروك اللافي، **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي**، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 1994 ، ص 89.

مارس1961 وتوالت بعدها الأحكام القضائية المقررة لنفس الحكم، أخيرا خرج المشرع الجزائري عن صمته فيما يتعلق بهذا الشرط وقرر صراحة من خلال **الفقرة الأولى في المادة 24** من **القانون المدني** إثر التعديل الأخير لهذا القانون مسايرته للقضاء الفرنسي الحديث، بأن أجاز إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط، بل يشمل مصطلح "**نحو القانون**"[1] في لغة تفسير النصوص القانونية كل القوانين، سواء تعلق الأمر بقانون القاضي أم كان قانونًا أجنبيًا لأن المطلق يعمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيده، والعام يحمل على عمومه حتى يرد ما يخصص.[2]

هذا بناءا على طرق التفسير المعتمدة فقها وعليه استقر الفقه والقضاء الحديث على هذا الحكم لأن الفكرة الخلفية للغش تتحقق في الحالتين معا، من الواجب على الدول أن تتعاون في هذا الميدان ولا ينبغي للقضاء أن يحمي مرتكبي الغش مهما كانت نواياهم.[3]

2. أن يكون الغش ضدّ القواعد الآمرة

حصر جانب من الفقه على أن يكون الغش نحو القانون إلاّ في القواعد الآمرة، إذ أنه لا يمكن تصور التهرب من أحكام القواعد المكملة، لأنّ المشرع أعطى حرية للأفراد الخروج عليها، من باب أنّ الإرادة تلعب دورا أساسيا في مجال العقود الدولية، إذ يمكن للأفراد اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، حتّى وإن كان هذا القانون غير مختصا بحكم عقدهم، وباستطاعتهم أن يختاروا القانون الذي يحقق لهم مصلحة أو منفعة معينة.[4]

---

[1] **المادة 24** من القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**.

[2] أحمد دغيش، **المرجع السابق**، ص 38.

[3] زورتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق**، ص 267.

[4] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، **القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن**، الجزء الأوّل، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 165.

الفرع الثاني: أساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه

أولا: أساس الغش نحو القانون

رغم تمسك القضاء الفرنسي بنظرية الغش نحو القانون في مجال التنازع كما سلف الذكر، إلا أن فريق من الفقهاء أنكروا الغش نحو القانون في هذا المجال، ويعتمد هذا الرأي على حجة مفادها أن تغيير الجنسية أو الموطن، يقتصر على كونه استعمال لحق مشروع من هنا لا يمكن أن يتهم الشخص بارتكابه للغش باعتباره قد استعمل وسيلة من حقه ومشروع له، كما أن معرفة نية الشخص من قبل القاضي أمر صعب لا يمكن الجزم فيه.[1]

كما يرى بعض الفقهاء أن فكرة الغش نحو القانون صورة من صور فكرة النظام العام على أساس أن النتيجة التي يصل إليها كل من الدفع بالنظام العام والدفع بنظرية الغش نحو القانون أي استبعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد من الملاحظ وجود اختلاف بينهما إذ يؤخذ بالنظام العام مضمون القانون الأجنبي أما عند الأخذ بالدفع بالغش نحو القانون يؤخذ بنية الغاش أو صاحب المصلحة وعلى هذا الاعتبار إذا كنا أمام الدفع بالنظام العام نكون قد استبعدنا القانون الأجنبي المختص، على عكس الدفع بالغش نحو القانون الذي يلجأ إلى تطبيقه والذي يسعى إلى استبعاده، كما أن القانون يمكن أن يكون وطنيا أو أجنبيا على عكس النظام العام الذي يتوقف على حماية المصالح الوطنية فقط.[2]

غير أن جانب أخر من الفقه يرى أن الغش نحو القانون ما هو إلا مظهر من مظاهر الصورية، ذلك من ناحية أن كل من الغش نحو القانون والصورية هما من عمل المتعاقدين، كليهما تسعيا إلى التحايل على القانون غير أن الفرق يكمن بينهما في أن الصورية لا تعتبر

[1] هشام علي صادق، **تنازع القوانين**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 218.

[2] سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات**، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص ص 680، 681.

وسيلة للتهرب من القانون بل هي إخفاء لمخالفة القانون، بحيث يكون عقد ظاهر غير حقيقي يتستر على عقد مخفي حقيقي، في مقابل هذا فإن الغش نحو القانون يكون الغاش فيه بإظهار تصرف حقيقي، لكن الغرض منه غير شرعي أي أن الإرادة فيه حقيقية.[1]

رأى جانب من الفقه، أنّ فكرة الغش نحو القانون تظهر في نظرية التعسف في استعمال الحق، ويكون التعسف في استعمال الحق استعماله غير مشروع إذا كانت المصالح المراد تحقيقها غير مشروعة، إذا تملص من القانون الذي يجب أن يخضع له، إلا أنه يتميز عن التعسف في كون الغش نحو القانون، موجها ضدّ القانون ويشترط فيه توافر التحايل وتحقيق نتيجة غير مشروعة، أمّا التعسف يتمّ بطريقة مباشرة غير خفية ويكون موجها ضدّ الغير الغش نحو القانون يكون ضدّ مصلحة عامة، أمّا التعسف يقع ضدّ مصلحة خاصة.[2]

هناك من يرى أن الغش نحو القانون ما هو إلا صورة من صور السبب غير المشروع ويعرف السبب على أنه الباعث الدافع على التعاقد ، وعلى هذا فكل تصرف نتج عن غش وجب إبطاله إذا كان سببه مخالفا للقانون أو الآداب، إذ يعتبر هذا السبب بمثابة نية الغش التي تكون العنصر المهم في الغش نحو القانون، انتقد هذا الرأي على أن تأسيس نظرية الغش نحو القانون على فكرة السبب غير المشروع يؤدي إلى عدم اشتمالها على كل حالات الغش.[3]

بناء على ما تقدّم، يرى الفقه الراجح باستقلالية فكرة الغش نحو القانون عن الآراء المتقدمة، وأنها تطبيق للقاعدة العامة "الغش يفسد كل شيء" حتى وإن كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة في ذاتها، فإنّ النيّة السيئة المصاحبة لها تفسدها.[4]

---

[1] نادية فضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري، المرجع السابق**، ص 137.

[2] سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق**، ص، 681.

3 نادية فضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري، المرجع السابق**، ص، 138.

4 دربة أمين، **قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، المرجع السابق**، ص 121.

ثانيا: الآثار المترتبة عن الغش نحو القانون

إن التحايل على القانون ينتج آثار قانونية ذلك لتهرب الشخص من القانون المختص واجب التطبيق في حقه، لكن هذه الآثار منها ما هو مرتبط بالنتيجة وهي تحديد القانون واجب التطبيق ومنها ما هو مرتبط بالوسيلة وهي ضابط الإسناد التي عن طريقها تم الغش.[1]

ليفترض أن المشرع الجزائري عرضت أمامه قضية مثبت فيها الغش نحو القانون، فنتساءل ما هو الأثر المترتب ؟ هل يترتب على ذلك عدم نفاذ النتيجة التي سعى وراءها الغاش وذلك بتغيير ضابط الإسناد ؟ أو أنه يكون الأثر أوسع ويشمل الوسيلة التي لجأ إليها الغاش للوصول إلى نتيجة غير مشروعة ؟ في هدا الصدد انقسم الفقهاء إلى وضعين.

أ. الوضع الأول

في هذا الوضع يتحقق التحايل فيه عن طريق تغيير في واقعة مادية، بقصد التهرب من أحكام قانون دولة ما،[2] فاتجه الفقه إلى القول بأن هذا الاستبعاد يشمل النتيجة أي القانون الأجنبي الذي يجب تطبيقه فقط دون الوسيلة، على اعتبار أن الوسيلة حق مشروع لشخص غير مخالف لا للنظام العام أو الآداب وبما أن دولة أخرى قررتها يعترف فيها دون ترتيب نتيجة نقل الاختصاص إلى قانون آخر، فهذا هو التوجه الغالب في التشريعات والفقه

والقضاء؛ حيث أن الحكم بصحة الوسيلة لا يعود تقريره للقاضي الوطني بما أن هذه الوسيلة قد منحت بمقتضى قانون أجنبي يجيزها.[3]

ب. الوضع الثاني

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، **المرجع السابق**، ص 204.

[2] عبده جميل غصوب، **محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة**، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص 113.

[3] أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيد الأحكام الأجنبية، دراسة تحليلية**، دار قنديل لنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 167.

هذا الوضع يرى الفقهاء أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التوصل إليه بالتحايل على ضابط الإسناد يشمل النتيجة والوسيلة معاً، هذا هو الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي حيث يرى الفقه الغالب في فرنسا أن جزاء الغش يشمل الغاية والوسيلة،[1] ففي قضية "**بوفرمون**" لابد من عدم اقتصار أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة لكن لابد من أن يمتد إلى الوسيلة المستعملة من قبل صاحبة المصلحة وهي تجنسها بالجنسية الألمانية فلابد من بقائها فرنسية في مجال تنازع القوانين وفي كل المجلات الأخرى، حتى لو كان هذا التغيير مشروعاً من حيث الأصل فإذا تم التحايل على ضابط الإسناد من خلال تغيير الجنسية يحكم ببطلانه لأن نية الشخص تتجه الى التحايل على القانون فلا يعترف القانون وفقا لهذا الرأي بالجنسية الجديدة.[2]

الفرع الثالث: الغش نحو القانون في مسألة انحلال الزواج

إن أغلب التشريعات العربية والأوروبية تخضع الطلاق في القانون الدولي لضابط الجنسية سواء للزوج فقط أو كلا الزوجين، كما يلاحظ أن مجال الطلاق يعتبر ميدان واسع لممارسة الغش نحو القانون، باعتباره يخضع للقانون الشخصي، على هذا الأساس يمكن أن يوقع الشخص واقعة معينة دون أن يسمح له القانون بذلك، وذلك بأن يغير الشخص جنسيته أو موطنه، هذا ما تم التطرق له سابقا كأن يغير الشخص جنسيته من أجل الطلاق لعدم إباحة قانونه انحلال الزواج، فيعمد لتغيير جنسيته إلى جنسية دولة أخرى تبيح الطلاق، حتى أن الأمر يتعدى فيما بعد إلى عدم رغبتهم بأن يطبق قانون جنسيتهم الجديد على سائر تصرفاتهم المستقبلية، فيعمدون إلى استرجاع جنسيتهم القديمة أي قانونهم الأصلي بعد توقيع الطلاق، هذا الأمر يدخل ضمن الغش نحو قانون الجنسية الأصلي.[3]

---

[1] حفيظة السيد الحداد، **المرجع السابق**، ص 323.

[2] سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق**، ص ص687، 688.

[3] نادية فضيل، **الغش نحو القانون**، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 125.

مثل هذه المحاولات كانت تحدث بكثرة في الفترة التي كان القانون الفرنسي لا يبيح الطلاق حيث كان الأفراد يلجؤون لتحايل على القانون بتغيير جنسيتهم أو موطنهم للحصول على الطلاق، على هذا الأساس يعتبر مجال الطلاق أكثر مجالا لارتكاب الغش نحو القانون إذ كانت المحاكم الفرنسية لا تعترف بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية التي تقضي بالطلاق والتي تم الحصول عليها عن طريق الغش حيث كان القضاء الفرنسي في واقعة الغش نحو القانون يميز بين حالات ثلاث[1]:

* إقامة فرنسيين بالخارج وحصلا على الطلاق مع مداومة إقامتهم في الخارج، في هذه الحالة لا يمكن تصور حصول الغش، أما إذا رجعا فور تطلقهم إلى فرنسا يفترض عندئذ فيهما الغش نحو القانون لافتراض سوء النية وكذلك لاعتبار القانون الفرنسي لا يبيح الطلاق.

* اختلاف جنسية الزوجين مع وجود موطن مشترك بفرنسا وتطلقا الزوجان في الخارج في هذه الحالة يقع الغش نحو القانون ضد القانون الفرنسي فلا يوجد أثر للطلاق في القانون الفرنسي باعتباره في هذه الحالة يخضع الطلاق لقانون الموطن المشترك.

* حالة كلا الزوجان يحملان جنسية مختلفة وأجنبيان يقيمان في فرنسا خضعا للقانون الفرنسي في قضية طلاقهما على أساس الموطن المشترك هذه الحالة تتعلق بالغش ضد القانون الفرنسي، أما الغش نحو القانون الأجنبي لم يكن يرتب أي أثر في القضاء الفرنسي غير أنه بعد الانتقادات اضطر إلى تغيير موقفه حيث تبلور هذا في حكم محكمة باريس بتاريخ 1960/02/19 التي حكمت بعدم اعترافها بالطلاق الذي يطلبه الأجانب تهربا من قانونهم الوطني الذي لا يبيح الطلاق.[2]

[1] دربة أمين، **المرجع السابق**، ص 123.

[2] دربة أمين، **المرجع السابق**، ص ص 123، 124.

جل التشريعات العربية لم تعتمد الغش نحو القانون في قوانينها على خلاف المشرع التونسي الذي عالج الغش نحو القانون من الجهتين سواء أمام القانون الوطني أو القانون الأجنبي.[1]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وخلافا على القانون السابق الذي لم ينص على الغش نحو القانون إنما اقتصر على أن الغش يفسد كل شيء غير أنه بعد التعديل تدارك الأمر ونص في **المادة 24** من **القانون المدني** بأنه « **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو تبث الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، عبارة الغش نحو القانون أولت على القانون الوطني والأجنبي.** »

حسب **المادة 6/385** من **قانون الإجراءات المدنية والإدارية** فإن القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية تعامل معاملة القانون الوطني،[2] فيمكن تطبيق نظرية الغش نحو القانون في مواجهة القانون الوطني أو القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية، على هذا الأساس إذا ثبت أمام القضاء الجزائري أن الأشخاص قد تجنسوا بالجنسية الجزائرية من أجل الحصول على الطلاق على أساس قوانينهم مشددة في مسألة الطلاق وثبت أن القانون واجب التطبيق حصل بواسطة الغش يستبعد تطبيقه بإعتباره مانعا من موانع تطبيق القانون.

[1] Art. 30 de code de droit international privé Tunisien qui dispose : " La fraude à la loi est constituée par le changement artificiel de l'un des éléments de rattachement relatifs à la situation juridique réelle dans l'intention d'éluder l'application du droit tunisien ou étranger désigné par la règle de conflit applicable. Lorsque les conditions de la fraude à la loi sont réunies, il ne sera pas tenu compte du changement de l'élément de rattachement.

[2] **المادة 6/385** من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة في 23 أفريل 2008.

الخاتمة

من خلال دراسة موضوع القانون واجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية يتبين أن الطلاق مشكلة اجتماعية وظاهرة متفشية في جميع المجتمعات والملاحظ أكثر أن هذه الظاهرة في تزايد مستمر خاصة في الآونة الأخيرة، وانعكاساتها الوخيمة على المجتمع والأسر، غير أن موضوع انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص مصنف ضمن المواضيع الحساسة ومواضيع الساعة نتيجة لانفتاحات العالم وتطور العلاقات بين أفراد المجتمع الدولي مما يجعله محلا للدراسات، ونظرا لأهمية الموضوع باعتبار الأسرة نواة المجتمع؛ فصلاحها من صلاح المجتمع وتفككها يؤدي إلى أضرار وخيمة تمس بالحياة الاجتماعية والشخصية للأفراد.

أولت التشريعات المقارنة اهتماما كبيرا بالموضوع من خلال الإحاطة بجميع جوانبه بدأ من مرحلة رفع الدعوى أمام القضاء إلى غاية صدور الحكم النهائي، وذلك ضمانا لبعث الأمان في نفوس الأفراد، لنصل إلى نقطة مفادها أن الطلاق بين الأجانب له نظام خاص به غير مشابه للقانون الداخلي للدول، فلا يمكن للقاضي المطروح أمامه قضية طلاق بين أجنبين إصدار حكم فيها إلا بالرجوع لقاعدة الإسناد والتي بدورها تشير إلى القانون واجب التطبيق، غير أن قاعدة الإسناد تختلف من دولة لأخرى، فمنها من تعتمد على ضابط الجنسية(التشريعات الأوروبية والعربية من ضمنها المشرع الجزائري)، ومنها من اعتمدت ضابط الموطن وهي التشريعات الأنجلوسكسونية فكلاهما اعتمدا على الضابط الذي يريانه مناسبا لسياسته ومعتقداته.

غير أن تطبيق قاعدة الإسناد قد تقف أمامها صعوبات متنوعة فقد يكون أحد الزوجين الحاضر في النزاع متعدد الجنسيات حيث أن هذا التعدد قد يكون ايجابي وقد يكون سلبي، كما يمكن أن يكون أحدهم ينتمي إلى دولة تتعدد فيها التشريعات وهذا التعدد قد يكون تعددا طائفيا أو إقليميا، كما يمكن أن نكون أمام حالة التنازع المتحرك وينتج بتغيير أحد الأطراف لجنسيته بين مرحلة انعقاد العقد ومرحلة رفع الدعوى هذا إذا اعتمد على ضابط الجنسية، أما عند الاعتماد على ضابط الموطن فقد يواجه اختلاف موطن الأسرة الواحدة.

الظاهر أن المشرع الجزائري اعتمد على ضابط الجنسية مما قد تواجهه الصعوبات التي تمت الاشارة اليها سابقا، إلا انه سعى إلى التصدي لها بإيجاد حلول تتناسب مع كل حالة، ففي حالة تعدد الجنسيات يختار القاضي الجنسية الفعلية بشرط أن لا يكون أحد الزوجين

حامل للجنسية الجزائرية، إما إن وجدت الجنسية الجزائرية ضمن الجنسيات الأخرى فالقاضي في هذا الحالة يختار الجنسية الجزائرية ويطبق القانون الجزائري، وفي حالة انعدام الجنسية يطبق قانون الموطن أو محل الإقامة،[1] كما ورد في نص **المادة 23** من **القانون المدني الجزائري** في حالة تعدد التشريعات فان القانون واجب التطبيق هو قانون القانون الداخلي لتلك الدولة وهو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه، غير أنه قرر عدم وجود القانون المختص نص في هذا الشأن بتطبيق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي، أما في حالة التعدد الإقليمي فيطبق التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد،[2] أما في حالة التنازع المتحرك فقيده بضابط الإسناد بزمن معين.

تم التوصل إلى أن انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص يخضع إلى عدة قوانين فهناك من فرق بين الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وأخضعه لقانون جنسية الزوج وقت النطق بالحكم، أما الصور الأخرى التطليق والخلع والانفصال الجسماني أخضعه لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى،

ومنها من أخضع جميع أنواع الطلاق لقانون الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وقد أخذ به المشرع الجزائري في نص **المادة 2/12** من **القانون المدني الجزائري**،[3] وهذا ما يعاب عليه فكان من الأجدر به الأخذ بـ قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج تفاديا لوقوع الزوجة باختصاص قانون لا تعرفه.

إلا أن تطبيق القانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاصة عند وجود طرف جزائري المرفوعة أمام القضاء الجزائري، هو استثناء لأمر تفرضه المصلحة الوطنية، فاستثناء على المادة 2/12 من القانون السابق ذكره والتي تنص بتطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى فإن

---

[1] **المادة 22** من القانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني، **السالف الذكر**، " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الفعلية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان لشخص في وقت واحد، بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة الى الدول أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة."

[2] **المادة 23** من القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر**.

[3] **المادة 2/12** من القانون رقم 05-10، المتضمن قانون المدني، **السالف الذكر** " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى."

المادة 13 من نفس القانون جاءت باستثناء مفاده تطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائري وحسب رأينا فقد وفق المشرع الجزائري بوضعه لهذا الاستثناء فهو يضمن حماية الرابطة الزوجية للخضوع للقوانين الأجنبية باعتبارها أهم مسائل الأحوال الشخصية، وخاصة أن أفراد مجتمع الدول العربية يفضلون خضوعهم لقوانين ومبادئ الشريعة الإسلامية فإذا كان هذا الشق الايجابي للاستثناء غير أنه لا يخلو من سلبيات لعدم تمييز المشرع الجزائري بين حامل الجنسية الجزائرية الأصلية وحاملها بالاكتساب في الحقوق والواجبات، كذلك لم يميز بين من اكتسب الجنسية الجزائرية من زمن طويل ومن اكتسبها حديثا، فحامل الجنسية الجزائرية تثبت له جميع الحقوق وتقع عليه جميع الالتزامات، في مقابل هذا نجد أن المشرع الجزائري حرص على هذا الاستثناء على أساس التمييز ونستنتج هذا التمييز في تمييزه لمن اكتسب الجنسية وقت الزواج، ومن اكتسبها بعد، فقد ربط تطبيق قانونه مربوطا بثبوت الجنسية الجزائرية لأحد الزوجين وقت الزواج ليس بعده فهذا الأمر يخلق تعارضا يرجى من المشرع الجزائري تداركه في المستقبل.

كما تم التوصل أن المشرع الجزائري قد وسع مجال تطبيق قانونه نتيجة تعديله للقانون المدني فقد ألم بآراء أغلب الفقهاء وما استقر عليه القضاء الفرنسي وذلك بتطبيق القانون الوطني في حالة تعارضه مع مبادئ النظام العام وكان المشرع موفق في هذه النقطة وذلك لعدم تركه لعلاقة بلا قانون يحكمها لاستبعاد القانون الأجنبي المختص مما يلحق ضررا بأطراف العلاقة، فاستبعاد القانون الأجنبي قد يكون لمخالفة النظام العام والآداب العامة، وقد يكون بتلاعب أطراف العلاقة بضابط الإسناد تهربا من قانونهم بتغييرهم لجنسيتهم أو موطنهم أي الغش نحو القانون؛ وفي هذه المسألة على القاضي البحث في أعماق النفوس لاكتشاف النية بالاستناد لدلائل وماديات واقعية وهذا لا يكون إلا بتدخل المشرع وتوفير له الإمكانيات للوصول لنتائج صحيحة وذلك بتوفير طاقم يتكون من خبراء في مجال علم النفس ومختلف السبل التي تمكن القاضي من إصدار حكم صحيح لاعتبار النية مسألة حساسة يصعب فهمها أو التوصل إلى كونها سيئة أو حسنة.

ما يقال هنا أن المشرع الجزائري وفق إلى حد بعيد في تطبيق شريعته عند وجود تعارض بين القانون الأجنبي ومبادئ النظام العام في دولته، غير أنه ومع هذا هناك ما يعاب على المشرع الجزائري بعدم وضعه لنصوص قانونية توضح كيفية تطبيق أحكام المادة 24 من

القانون المدني الجزائري، بتبيان مدى استبعاد أحكام القانون الأجنبي، وهل يكون الاستبعاد كلي أو جزئي في مسألة مخالفة النظام العام، غير أننا نرى أن الأخذ بالاستبعاد الكلي ينتج عنه تجميد المبادلات الدولية وانتفاء الحكمة من وضع قواعد الإسناد.

كما تم التوصل إلى أن التشريع الجزائري مثله مثل التشريعات الأخرى سعى إلى تنظيم مسألة انحلال الزواج قبل التعديل وبعده إلا أنها كانت ومازالت قاصرة تقف عاجزة أمام التطورات الحاصلة والوقائع المتعددة فالمشرع الجزائري عالج مسائل تنازع القوانين في **14 مادة** من **القانون المدني** وخصص مسألة الطلاق في فقرة واحدة من **المادة 2/12** كما أدرج استثناء في **المادة 13** في حالة وجود طرف جزائري، لذلك فنحن نرى أنه على المشرع الجزائري إبداء أهمية كبيرة وتخصيص مواد أكثر نجاعة في مسألة الزواج والطلاق نظرا لأهمية الموضوع من أجل الإلمام بالنزاعات الحاصلة.

قائمة المراجع

I. باللغة العربية

أولا: الكتب

1. أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيد الأحكام الأجنبية، دراسة تحليلية**، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2004.

2. أحمد عبد الحميد عشوش، **تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة**، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1989.

3. أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

4. أحمد عبد الكريم سلامة، **التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية**، دار النهضة العربية، مصر، د سنة.

5. أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص**، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

6. أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضه، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009.

7. أحمد محمد شاكر، **نظام الطلاق في الإسلام**، منشورات مكتبة السنة، مصر، د سنة.

8. إسحاق إبراهيم منصور، **نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

9. إسعاد موحند، **القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.

10. أشرف وفاء محمد، **المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن**، د د ن، د سنة، 2003.

11. أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية**، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار، هومه، الجزائر، 2001 .

12. أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع,، الجزائر، 2001.

13. باديس ديابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء بالجزائر**، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.

14. بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2008.

15. بن عبيدة عبد الحفيظ، **الجنسية في الفقه والتشريع الجزائري**، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007.

16. جمال محمود الكردي، **تنازع القوانين**، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

17. حسام الدين فتحي ناصف، **مشكلات الجنسية، دراسة مقارنة لـ: مشكلة التعدد ومشكلة انعدام ومشكلة البدون، مشكلة جنسية الأشخاص الاعتبارية، مشكلة اثبات الجنسية**، دار النهضة العربية، د ب ن، 2007.

18. حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة**، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

19. حسن الهداوي، **تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي**، مطبعة الارشاد، العراق، د سنة.

20. حفيظة السيد الحداد، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

21. حفيظة السيد الحداد، **الموجز في الجنسية ومركز الأجانب**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

22. حفيظة السيد الحداد، **الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

23. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

24. زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين**، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

25. زروتي الطيب، **الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي**، طبعة الكاهنة، الجزائر،2002.

26. زروتي الطيب، **قراءة في اصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائري بقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي**، مطبعة الغسلية، الجزائر، 2010.

27. سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب، **القانون الدولي الخاص**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2009.

28. سعيد يوسف البستاني، **الجنسية والقومية في التشريعات الدول العربية دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

29. سعيد يوسف البستاني، **القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004.

30. سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

31. سليمان ولد خسال، **المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

32. السيد سابق، **فقه السنة، المجلد الثاني**. الطبعة 21، دار الفتح للإعلام العربي المكتبة العصرية. د سنة.

33. صلاح الدين جمال الدين، **القانون الدولي الخاص الكتاب الأول الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين**، 2009.

34. صلاح الدين جمال الدين، **القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

35. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، **أحكام التنازع الدولي للقوانين**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

36. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، **الجنسية والعلاقات الدولية**، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.

37. عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

38. عبد القادر الفار، **المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق**، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

39. عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

40. عبد المجيد الزعلاني، **المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق**، دار هومة لطباعة والنشر، الجزائر، 2005.

41. عبده جميل غصوب، **محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة**، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.

42. عثمان التكروي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2004.

43. عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، مركز الأجانب**، الطبعة الحادية عشر، مطابع الهيئة المصرية العامة، مصر، 1986.

44. عكاشة محمد عبد العال، **الاتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د سنة.

45. عكاشة محمد عبد العال، **تنازع القوانين، دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

46. علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، لطلبة الفصلين الدارسين السابع والثامن، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

47. عليوش قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، تحت الطبع.

48. غالب علي الداوودي، **القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة**، الطبعة الخامسة، دار وائل لنشر، الأردن، 2010.

49. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، **الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز تنازع الاختصاص القضائي**، دار النهضة، د ب ن، 1969.

50. محمد السعيد رشدي، **الأحوال الشخصية لغير المسلمين، في ظل أحكام القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية**، د د ن، د ب ن، 2007.

51. محمد الصغير بعلي، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون- نظرية الحق**، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

52. محمد المبروك اللافي، **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي**، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 1994.

53. محمد باوني، **عقد الزواج وآثاره، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون**، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

54. محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية**، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2006.

55. محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

56. محمد طيبة، **الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات**، الطبعة الرابعة، دار هومة لطباعة والنشر، الجزائر، 2010.

57. محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع**، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1997 .

58. محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع**، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1992.

59. محمد وليد المصري، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

60. المصري مبروك، **الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 .

61. مصطفى ابن العدوى، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، مكتبة ابن تميية، مصر، 1988.

62. مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، **النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، الحق، منشورات الحلبي الحقوقية**، لبنان، 2002.

63. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، **القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن**، الجزء الأوّل، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998 .

64. ممدوح عزمي، **دعوى النفقة**، دار الفكر الجامعي، مصر، د سنة.

65. منال محمود المشني، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وأثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

66. نادية فضيل، **الغش نحو القانون**، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

67. نادية فضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

68. نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

69. نسرين شريقي، كمال بوفرورة ، **قانون الأسرة الجزائري**، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2003.

70. هشام خالد، **المدخل لقانون الدولي الخاص العربي، نشته، مباحثه، مصادره، طبيعته، دراسة مقارنة في القوانين العربية: المصري، الكويتي، السعودي، الإماراتي، السوري، الليبي، العراقي، القطري، العماني، الجزائري، السوداني، الأردني، اليمني، البحريني**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

71. هشام صادق علي، حفيظة السيد حداد، **القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجانب**، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.

72. هشام علي صادق، **دروس تنازع القوانين**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003.

73. هشام علي صادق، **تنازع القوانين**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

أ. رسائل الدكتوراه

1. بلميهوب عبد الناصر، **مبدأ تطبيق الأحكام الأكثر نفعا للعامل في قانون العمل الجزائري**، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016.

2. مسعودي يوسف، **تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2012.

ب. مذكرات الماجستير

1. بلمامي عمر، **الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.

2. بوخروبة حمزة ، **موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة سطيف 2، 2014.

3. جندولي فاطمة زهرة، **انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011.

4. زيدون بختة، **التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

5. سنينات عبد الله، **دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وإنحلالها في إطار القانون الدولي الخاص**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

6. شبورو نورية، **الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت في القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

7. عبد الوافي عز الدين، **القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، تخصص، قانون السوق، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية والادارية، جامعة جيجل، 2008.

8. مريني فاطمة الزهرة، النظام **العام كأذاة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني، دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في اطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2010.

9. مندي آسيا يسمينة، **النظام العام والعقود**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود والمسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2009.

10. يوبي سعاد، **تنازع القوانين في مجال النسب**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

ثالثا: المقالات

1. أحمد ضاعن السمدان، **المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي**، مجلة الحقوق، العدد الأول، رقم 2، 2007.

2. آيت كمال منصور، **إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 2 لسنة 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2010.

3. تواتي نصيرة، **إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، المجلة الأكاديمية، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية** ، كلي الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية ، يومي 23 و24 أفريل 2015، ص ص 174-182.

4. حسين نوارة ، **الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية، المجلة الأكاديمية، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 أفريل 2015، ص ص 34-63.

5. دغيش أحمد، **الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة**، مداخلة بالملتقى الوطني حول **تنظيم العلاقات الدولية الخاصة واقع متطور**، يومي 21 و22 أفريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة. ص ص 33-45.

6. عثماني بلال، **دراسة نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري**، الملتقى الوطني حول **تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و24 أفريل 2015، ص ص 183-193.

7. عسالي عبد الكريم، **جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري**، الملتقى الوطني حول **تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23، و24 أفريل 2015، ص ص 357-368.

8. عليوش قربوع، **القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية، المجلة الأكاديمية، الملتقى الوطني حول: تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 أفريل 2015، ص ص 157-173.

9. كمال سمية، **مداخلة بعنوان دور النظام العام في علاقات الزواج والطلاق الدولية، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي**، جامعة عمار ثليجي الأغواط. أيام 8،9،10، أكتوبر، 2007. ص ص 1-21.

10. موري سفيان، **إشكالية الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق**، المجلة الأكاديمية، **الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 أفريل 2015، ص ص 20-33.

رابعا: النصوص القانونية

أ. **الدستور**: المرسوم الرئاسي رقم96-438 مؤرخ في 7ديسمبر سنة 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق ل 6 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور، جريدة رسمية العدد 14 الصادرة في 27 جمادى الأولى 1437 الموافق ل 7مارس سنة 2016 .

ب. النصوص التشريعية

1. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 196، المتضمن **قانون العقوبات**، الجريدة الرسمية، عدد 40 مؤرخ في جوان 1966، معدل ومتمم.

2. القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني**، الجريدة الرسمية، عدد78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975

3. الأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 48-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**، الجريدة الرسمية، عدد15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 معدل ومتمم.

4. القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة في 23 أفريل 2008.

سادسا: الاجتهادات القضائية

- المحكمة العليا، **غرفة الأحوال الشخصية**، ملف رقم 170082، (ي ف) ضد (ف.ج) قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000.

سابعا: الوثائق

- **النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.**

- موكة عبد الكريم، **ملخص محاضرات تنازع القوانين في مسائل الأسرة، السنة الثانية ماستر، تخصص أسرة**، جامعة محمد الصديق بن يحى جيجل، 2016. (غير منشورة)

II. باللغة الفرنسية

A/ Ouvrages

1. **Dominique Holleaux**, **Jacques Foyer**, **Géraud de Geouffre de la Pradelle**, Droit International privé, Masson, Paris, 1987.

2. **Rizkallah Nouhad**, Droit International privé, entreprise universitaire d'étude et de publication, BEYROUTH , Liban, 1985.

B/ Thèses et Mémoires

1 **Canut Florance**, l'ordre public en droit de travail, thèse de doctorat en droit, université de paris, panthéon Sorbonne, paris .2004

2J**apiod René**, des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle, thèse Dijon,1909.

.3 **Malaurie Philipe**, l'ordre public et le contrat (étude de droit civil comparé (France Angleterre URSS), thèse de doctorat, paris, 1953

C/ Textes juridiques.

Règlement (**UE**) n 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

فهرس المحتويات

مقدمة.....5

الفصل الأول: مواضيع انحلال الرابطة الزوجية في العلاقات الخاصة الأجنبية.....11

المبحث الأول: مضمون انحلال الرابطة الزوجية.....11

المطلب الأول: صور انحلال الرابطة الزوجية 12

الفرع الأول: انحلال الزواج بإرادة الزوج.....13

الفرع الثاني: انحلال الزواج بإرادة الزوجة 14

أولا: التطليق.....14

أ. التطليق لعدم الانفاق.....15

ب.العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....16

ج. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.....16

د. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية.....16

هـ. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.....17

و. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من تقنين الأسرة.....17

ز. إرتكاب فاحشة مبينة.....17

ح. الشقاق المستمر بين الزوجين.....17

ط. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....17

ي.كل ضرر معتبر شرعا. 18

ثانيا: الخلع.....18

أ. شروط الخلع.....19

ب. ما يصح بدلا للخلع.....19

ج. الآثار المترتبة على الخلع.....20

د. أحكام الخلع في بعض التشريعات المقارنة.....20

1. في القانون المصري.....20

2. في القانون المغربي.....21

3. في القانون الليبي.....21

الفرع الثالث: إشكالية الانفصال الجسماني.....21

أولا: مفهوم الانفصال الجسماني.....22

أ. التعريف بالانفصال الجسماني.....22

ب. آثار الانفصال الجسماني.....22

1. آثاره بالنسبة للزوجين.....22

2. آثاره بالنسبة للأولاد.....22

ج. انتهاء الانفصال الجسماني.....23

ثانيا: مقارنة بين الإنفصال الجسماني وبانحلال الرابطة الزوجية.....23

أ. الفرق بين الانفصال والطلاق.....23

ب.الفرق بين الانفصال والتطليق.....24

المطلب الثاني: آثار انحلال الرابطة الزوجية.....24

الفرع الأول: العدة.....25

أولا: تعريف العدة 25

أ. لغة.....25

ب. اصطلاحا.....25

ثانيا: حكمة تشريع العدة.....25

ثالثا: أنواع العدة.....25

رابعا: إنقضاء العدة.....26

الفرع الثاني: الحضانة.....26

أولا: تعريف الحضانة.....27

ثانيا: الأولوية في الحضانة.....27

ثالثا: مكان الحضانة.....27

رابعا: شروط الحاضنين.....28

أ. الأهلية الكاملة للحاضن.....28

ب.الإسلام.....28

ج. الأمانة والعفة.....28

خامسا: إنتهاء الحضانة.....29

أ. الجانب الفقهي.....29

ب.من جانب القضاء.....29

الفرع الثالث: متاع البيت.....29

الفرع الرابع: النفقة 31

أولا: حكمها.....31

أ. من الكتاب.....31

ب. من السنة 32

ج. من الاجماع.....32

ثانيا: شروط وجوب النفقة و استحقاقها.....32

ثالثا: أنواع النفقة.....32

أ. النفقة الزوجية.....32

ب. النفقة على الفروع.....33

ج. نفقة الأقارب.....33

رابعا: كيفية تقدير النفقة.....33

خامسا: الآثار المترتبة عن الامتناع عن النفقة.....34

المبحث الثاني: ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية 35

المطلب الأول: ضابط الجنسية 35

الفرع الأول: التعريف بضابط الجنسية.....35

أولا: تعريف ضابط الاسناد.....35

ثانيا: تعريف الجنسية.....36

أ. تعريف الجنسية لغة.....36

ب.تعريف الجنسية قانونا.....37

ثالثا: أركان الجنسية.....37

أ. الدولة.....37

ب.الفرد.....38

رابعا: أهمية الجنسية كضابط في تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية.....38

الفرع الثاني: حجج أصحاب اتجاه ضابط الجنسية والصعوبات التي تواجه تطبيقه.....39

أولا: حجج أصحاب إتجاه ضابط الجنسية.....39

ثانيا: الصعوبات التي تواجه تطبيق ضابط الجنسية.....41

أ. تنازع القوانين.....42

1. تعدد الجنسية.....42

2. إنعدام الجنسية.....45

ب. التمتع بجنسية دولة تتعدد فيها الشرائع.....47

ج. التنازع المتحرك.....49

المطلب الثاني: ضابط الموطن.....51

الفرع الأول: التعريف بضابط الموطن.....51

أولا: مفهوم الموطن.....52

أ. تعريف الموطن.....52

ب.أهمية الموطن.....53

1. في نطاق العلاقات الدولية الداخلية 53

2. في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.....53

ج. أنواع الموطن.....54

1. الموطن العام.....54

2. الموطن القانوني.....54

3. الموطن الخاص.....54

4. الموطن المختار.....54

ثانيا: الفرق بين الموطن في القانون الداخلي والقانون الدولي.....54

الفرع الثاني: حجج أصحاب إتجاه ضابط الموطن 55

أولا: حجج أصحاب إتجاه ضابط الموطن.....55

ثانيا: الإنتقادات الموجهة لأصحاب اتجاه ضابط الموطن.....58

الفصل الثاني: إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج.....61

المبحث الأول: القانون المختص الواجب التطبيق على إنحلال الزواج 62

المطلب الأول: قانون الزوج وقت رفع الدعوى المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري.....62

الفرع الأول: مضمون إخضاع إنحلال الرابطة الزوية لقانون الزوج.....62

أولا: بالنسبة للمسائل الإجرائية.....63

ثانيا: بالنسبة لآثار الزواج.....64

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من قانون إخضاع إنحلال الزواج لجنسية الزوج.....64

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من قانون إخضاع إنحلال الزواج لجنسية الزوج.....66

المطلب الثاني: استثناءات المادة 13 من القانون المدني الجزائري.....69

أولا: الإستثناء الوارد على الشروط الموضوعية للزواج.....70

ثانيا: الإستثناء المتعلق بآثار الزواج.....70

ثالثا: الإستثناء الخاص بإنحلال الزواج.....70

الفرع الأول: ايجابيات المادة 13 من القانون المدني الجزائري.....71

أولا: تكريس تطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري.....71

ثانيا: حماية خصوصية شؤون الأسرة في الجزائر.....71

ثالثا: المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد القانون واجب التطبيق.....72

الفرع الثاني: سلبيات المادة 13 من القانون المدني الجزائري.....72

أولا: عدم تناسب الظرف الزمني للمادة.....72

ثانيا: استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني.....72

ثالثا: عدم فتح المجال والحرية لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق.....73

رابعا: عدم موضوعية ضابط الاسناد المستعمل في المادة 13.....73

المبحث الثاني: استحالة تطبيق القانون المختص في موضوع انحلال الرابطة الزوجية.....74

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام.....74

الفرع الأول: مفهوم النظام العام.....75

أولا: نشأة النظام العام.....75

أ. الدور التقليدي للنظام العام.....75

1. المدرسة الإطالية القديمة.....75

2. المدرسة الإطالية الحديثة.....76

3. المدرسة الفرنسية الحديثة.....76

ب.الدور الحديث للنظام العام.....76

ثانيا: التعريف بالنظام العام.....77

ثالثا: شروط الاعمال الدفع بالنظام العام.....78

أ. وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الاسناد الوطنية.....78

ب. توافر مقتضيات النظام العام.....79

ج. وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي 79

د. أن تكون المخالفة للنظام العام حالية.....79

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام.....79

أولا: الاثر السلبي للنظام العام 79

أ. الاستبعاد الجزئي للنظام العام.....80

ب.الاستبعاد الكلي للنظام العام.....80

ج. الأثر المخفف للنظام العام.....80

ثانيا: الأثر الإيجابي 81

الفرع الثالث: تطبيقات النظام العام في موضوع انحلال الزواج.....81

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون 83

الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون 84

أولا: نشأة الغش نحو القانون.....84

ثانيا: التعريف بالغش نحو القانون.....85

ثالثا: شروط قيام الغش نحو القانون.....86

أ. الشروط المتفق عليها.....86

1. وجود نية الغش.....86

2. اجراء تغيير ارادي في ضابط الاسناد.....87

ب. الشروط الغير متفق عليها 87

1. حصول الغش نحو قانون القاضي 87

2. أن يكون الغش ضد القواعد الأمرة.....88

الفرع الثاني: أساس الغش نحو القانون والآثار المترتبة عنه.....89

أولا: أساس الغش نحو القانون.....89

ثانيا: الآثار المترتبة عن الغش نحو القانون.....91

أ. الوضع الأول.....91

ب. الوضع الثاني.....91

الفرع الثالث: الغش نحو القانون في مسألة انحلال الزواج 92

الخاتمة.....96

قائمة المراجع.....101

فهرس المحتويات.....115