جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

تنازع القوانين في الزواج و انحلاله

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستير في القانون
تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:
- أيت منصور صونية
- علواش وردية

تحت إشراف الدكتورة:
إقروفة زبيدة

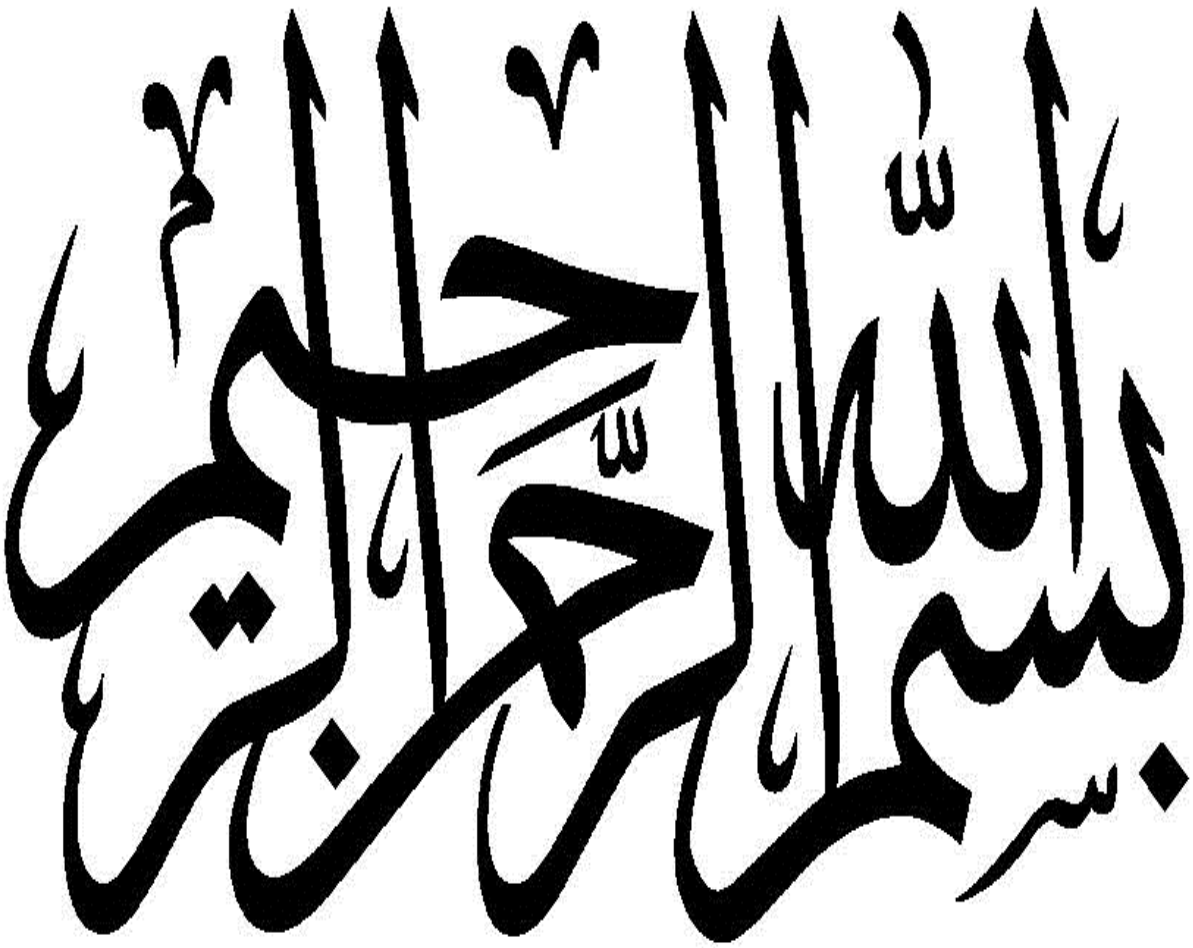
أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ: حمادي زبير ---------- رئيسا

الأستاذة: د. إقروفة زبيدة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة بجاية ---------- مشرفة ومقررة

الأستاذ: عيد عبد الحفيظ ---------- ممتحنا

السنة الجامعية: 2017-2018


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى أولا ونحمده على إنجاز هذا البحث

كما نتقدم بأسمى آيات الشكر والإمتنان والتقدير إلى الذين حملوا رسالة العلم والمعرفة.

ونتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير إلى الأستاذة المشرفة "**إقروفة زبيدة**" على كل ملاحظاتها القيّمة التي أضاءت أمامنا سبل البحث، وجزاها الله عن ذلك كل خير، والتي كانت لنا الشّرف أن تكون مشرفة علينا.

وكل من ساعدنا في هذا البحث ولو بنصيحة أو دعاء

ويطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول فحص وتدقيق هذه المذكرة.

نسأل الله أن يحفظهم وأن يجازيهم خيرًا.

-صونية و وردية-

إهداء

إلى مصدر فخري واعتزازي أمي حفظها الله

وإلى روح أبي رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه

إلى إخوتي وأخواتي

"سمية وإبنتها الغالية" نيليا"، نبيل، نبيلة، نجيم"

وإلى زوجي "عامر" أدامه الله لي

إلى كل من وسعهم قلبي ولم يذكرهم قلمي

لكل أولئك أهدي لهم هذا العمل.

-صونية-

إهداء

إلى مصدر فخري واعتزازي أمي وأبي حفظهما الله

إلى إخوتي وأخواتي

"نادية، طيبة، سعدي"

إلى جدتاي أطال الله في عمرهما

"حسينة" "حمامة"

إلى عمي "النوردين"

إلى عمتاي "صبرينة، كريمة"

إلى أخوالي بالأخص "سفيان" "الهاشمي"

إلى من كان معي أيام مرضي وعاش معي فرحة تخرجي

إلى كل من وسعهم قلبي ولم يذكرهم قلمي

لكل أولئك أهدي لهم هذا العمل.

-وردية-

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى أولا ونحمده على إنجاز هذا البحث

كما نتقدم بأسمى آيات الشكر والإمتنان والتقدير إلى اللذين حملوا رسالة العلم والمعرفة.

ونتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير إلى الأستاذة المشرفة "**إقروفة زبيدة**" على كل ملاحظاتها القيّمة التي أضاءت أمامنا سبل البحث، وجزاها الله عن ذلك كل خير، والتي كانت لنا الشّرف أن تكون مشرفة علينا.

وكل من ساعدنا في هذا البحث ولو بنصيحة أو دعاء

ويطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول فحص وتدقيق هذه المذكرة.

نسأل الله أن يحفظهم وأن يجازيهم خيرًا.

-صونية و وردية-

قائمة لأهم المختصرات

ج.ج.د.ش: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية جمهورية جزائرية.

ج: جزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: الصفحة.

ص: من صفحة إلى صفحة.

ط: طبعة.

ع: عدد.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.ح.م.ج: قانون الحالة المدنية الجزائري.

ق.م.أ: القانون المدني الأردني.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

م.ق: مجلة قضائية.

P : Page.

مقدمة

يعتبر القانون نتاج تطور الحياة الاجتماعية، فلا تنشأ القواعد القانونية ولا تتغير إلاّ عندما تظهر الحاجة إليها، ولا يمثل القانون الدولي الخاص استثناء على هذه القاعدة، إذ أنّ ظهوره كان نتاج تطور العلاقات التجارية الدولية، وتنقل الأشخاص والأموال، مما أدّى إلى تشابك العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من مختلف الجنسيات.

كانت الدول في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، على اعتبار أنّ هذا العمل يتعارض مع مبدأ سيادة الدول. لكن بتطور المدينة وظهور حركة تنقل الأشخاص والأموال أصبحت الدول تقبل بذلك على أساس منطق العدالة الاجتماعية وعلى أساس المعاملة بالمثل، وعلى إثر هذا التبادل القانوني بين الدول بلغ التنازع ذروته خاصة في المسائل الأسرية ذات العنصر الأجنبي. لذلك وجدت قواعد الإسناد كوسيلة لفض التنازع الحاصل بين قوانين الدول المختلفة.

بما أن الإنسان يحتك مع أفراد مجتمعه فيؤدي ذلك لإنشاء تصرفات وخلق معاملات بينه وبين الأفراد، فقد تمتد هذه التصرفات إلى خارج بيئته مما يجعله يبرم عقودا في دول أخرى مع مختلف الشعوب والأجناس، ومن بين هذه العقود نجد عقد الزواج الذي يعدّ رابطة اجتماعية وأسرية يتأثر بعوامل الأعراف والتقاليد فقد نظمته التشريعات في قوانينها واختلفت في إعداد أحكامه وقواعده، فإذا تمّ هذا الزواج بين أفراد دول مختلفة فهنا يثار التساؤل حول القانون الواجب التطبيق.

يترتب على عقد الزواج عدّة إشكالات وذلك من حين إبرامه بشروط محددة، وإنتاجه لآثار متعددة إلى غاية انحلاله، فإذا انعقد هذا الزواج، بين جزائري ولبنانية بألمانيا، فهذه الرابطة ارتبطت بعدة دول، فألمانيا تعتبر البلد الذي أبرم فيها هذا العقد، ولبنان بلد لجنسية الزوجة، والجزائر بلد لجنسية الزوج، ومنه يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة الزوجية التي ارتبطت بثلاث قوانين والتي تتمثل في: القانون الألماني، والقانون اللبناني، والقانون الجزائري.

ولحل مشكلة تنازع القوانين لابد من إحداث ما يسمى بالأفكار المسندة، وإسناد كل منها إلى قانون دولة معينة عن طريق ضابط يسمى بضابط الإسناد، وهذا ما أخذت به حلّ التشريعات في العالم.

يعرف تنازع القوانين بأنّه تزاحم قانونين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية تشمل على عنصر أجنبي، منه يبدو واضحا من خلال هذا التعريف أنه يشترط لإعمال قاعدة التنازع ما يلي: وجود عنصر أجنبي، مما يجعلنا أمام قانونين أو أكثر، عدم الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين بشكل مطلق، اختلاف القواعد التي تحكم العلاقة محل النزاع من قانون لآخر، وأن يكون القانون الأجنبي صادرا عن دولة تعترف بها دولة القاضي.

من أجل تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وحسم مشكلة التنازع في القوانين والتي هي تزاحم عنصر أجنبي، ولتمكين العلاقة ذات العنصر الأجنبي من أن تشق طريقها في ثقة واطمئنان، ومع فواصل الحدود واختلاف النظم تصدّى المشرع الجزائري على غرار الدول الأخرى –بوضع قواعد قانونية اصطلح على تسميتها في إجماع وتواتر بقواعد الإسناد –هذه الأخيرة، يلزم لإعمالها أن يكون الاختصاص القضائي ثابتا فعلا من المحاكم الجزائرية، وذلك بموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومتى كان الأمر كذلك، بمعنى متى كان القاضي الجزائري مختصا فعلا بالنظر في نزاع ما، مشتمل على عنصر أجنبي، تعين عليه الرجوع إلى قواعد الإسناد المقررة في قانونه، وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه، قد يكون إما قانونه الوطني أو قانون أجنبي آخر، هذه هي الطبيعة المزدوجة لقواعد الإسناد، وهي السمة الأساسية التي تميزها عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى.

يتطلب عقد الزواج شروطا عديدة لانعقاده سواء كانت شروطا موضوعية أو شروطا شكلية، وهذه الشروط تختلف حتما من دولة لأخرى بحكم اختلاف الأنظمة القانونية والعقائد الدينية. وعندما ينعقد الزواج صحيحا يرتب آثارا قانونية تكون إما آثارا شخصية أو آثارا مالية.

يعتبر عقد الزواج كأي تصرف قانوني آخر ينتهي وفق طرق معينة تختلف من قانون لآخر، فنجد في بعض القوانين لا ينتهي فيها الزواج إلاّ بالوفاة مثل أمريكا اللاتينية، بينما الدول التي استمدت قوانينها من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاؤه بالطلاق بالإرادة المنفردة، للزوج، أو بالتطليق بناء على طلب الزوجة في حالات معينة، وغيرها من طرق انحلال الزوجية.

تأخذ الكثير من الدول الغربية التي لا تستمد نظامها من الشريعة الإسلامية بالنظام المعروف بالانفصال الجسماني أو التفريق الجسدي، الذي يهدف إلى تحللّ الزوجين من الالتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء الرابطة الزوجية.

استجابة للتحولات التي عرفها المجتمع الجزائري في مختلف المجالات، كان لابد من تعديل النصوص التي تحكم مثل هذه المواضيع، فنجد المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني 2005 لم يدرج موضوع الانفصال الجسماني والتبني لكن بعد التعديل بموجب القانون رقم 05-10 أدرج موضوع الانفصال الجسماني في المادة 2/12، وموضوع التبني في المادة 13 مكرر[1].

يثير انحلال الرابطة الزوجية مشكلة الآثار التي تترتب عنها، التي تتمثل في الحضانة التي حرصت بعض الدول تنظيم هذه المسألة ومعالجة القانون الواجب التطبيق عليها، واعتبرتها تشريعات أخرى ضمن العلاقات المتبادلة بين الآباء والأولاد، وجمعتها بقاعدة اسناد واحدة، في حين أغفلت بعض التشريعات التطرق إليها وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث لم يضع قاعدة اسناد خاصة تحكم الحضانة. كذلك لم يتطرق لموضوع النفقة الوقتية والعدة اللتان تعدان من آثار الزواج، رغم أنّ هذه الآثار تطرح بكثرة في المحاكم.

نظرا لأهمية موضوع تنازع القوانين في مسائل انعقاد الزواج وانحلال الرابطة الزوجية وآثارهما، خاصة وأنّ المشاكل التي يثيرها على صعيد العلاقات الدولية متعددة ومتنوعة، وتثير الخلاف والجدل ما لم يثره موضوعا آخر نظرا لكون الزواج الميدان الخصب لتنازع القوانين، تطرقنا إلى تبيان أهم المسائل والإشكالات التي اختلفت فيها التشريعات في هذا الموضوع.

اخترنا هذا الموضوع لأسباب عدّة تعود إلى أنّ الزواج من أكثر العقود التي تنشأ بسببها صلة القرابة والروابط الأسرية، ولأنّ الزواج يدخل ضمن الأحوال الشخصية بصفته موضوع يترتب عنه اختلاف بين مختلف قوانين الدول، وأيضا لتحليل المواد القانونية التي نصّ عليها المشرع الجزائري في القانون المدني المتعلقة بقواعد تنازع القوانين في مسألة الزواج وانحلاله.

---

[1]– أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1997، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، قانون رقم 05-10 معدل ومتمم.

ومن الصعوبات التي واجهتنا لإعداد هذا البحث، عدم وجود كتب مختصة بتنازع القوانين في مشكلة الزواج وانحلاله، وحتى وإن وجدت فهي تعالج موضوع القانون الدولي الخاص كأصل عام.

ومن هذا المنطلق اخترنا موضوع المذكرة " **تنازع القوانين في الزواج وانحلاله وآثارهما**" والتي تبنينا فيها الإشكالية الآتية: **ما هو القانون الواجب التطبيق على الرابطة الزوجية المشتملة على عنصر أجنبي؟**

وللإجابة عليها اعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية المرتبطة بالدراسة محل البحث، ذلك باللجوء إلى الأحكام القضائية ولآراء الفقهية وذلك في حالة غياب أو قصور التنظيم القانوني لمسألة معينة، لبيان موقف التشريعات المقارنة والفروق الموجودة بينها وبين موقف المشرع الجزائري في ضابط الإسناد المعتمد حول انعقاد الزواج وانحلال الرابطة الزوجية وآثارهما.

ولدراسة ومعالجة موضوع تنازع القوانين في مسائل انعقاد الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، اعتمدنا على الخطة الثنائية الآتية، حيث تمثلت بالبدء بمقدمة ثمّ اللجوء إلى تقسيمها إلى فصلين **الفصل الأول**، القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره. ثم سنتعرض في **الفصل الثاني**، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية وآثارها، وأخيرا حوصلنا جملة من النتائج في خاتمة البحث.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على
انعقاد الزواج وأثاره

جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ﴾[2]، وكذلك قوله تعالى:﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١﴾[3]، فعقد الزواج رباط غليظ يتسم بالديمومة، ومن أجل المحافظة عليه وضع الإسلام مقدمات، منها معايير الاختيار مثل الخطبة.

بما أن الخطبة مقدمة لعقد الزواج فهي من موضوعات قانون الأحوال الشخصية، ومن ثمّ وجب تعيين القانون الواجب التطبيق عليها، إلاّ أننا لا نتناول موضوع الخطبة وإنما ستقتصر دراستنا على شروط انعقاد الزواج.

الزواج تصرف إرادي كغيره من التصرفات الإرادية الأخرى التي يجب أن يتوافر فيها مجموعة من الشروط الموضوعية من جهة وشروط شكلية من جهة أخرى، فهو من أهم المواضيع في قوانين الأحوال الشخصية، ويشكّل كغيره مجالا واسعا لتنازع القوانين، ذلك أنّ النّظم القانونية تختلف في نظرتها إلى هذه الرابطة، فمنهم من يعتبرها رابطة دينية محضة، ومنهم من يراها رابطة مدنية بحتة.

المشرع الجزائري نص على الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاد الزواج في قانون الأسرة دون تفرقة وذلك في المادة 9 و9 مكرر[4]، وعلى غرار ذلك فالقانون الدّولي الخاص قد فرق بينها، فأخضع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي أخضع له الشروط الشكلية.

فإذا كان الزواج بين مواطنين يحملان نفس الجنسية فإنهما يخضعان لنفس القانون فهنا لا يوجد إشكال، أما إذا كان الزواج بين مواطنين لا يحملان نفس الجنسية، فهنا تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق، ولهذا يجب التمييز بين تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية **(المبحث الأول)**، وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية **(المبحث الثاني)**.

---

[2]–سورة النساء/1.

[3]–سورة الروم/21.

[4]–قانون رقم 81–11 مؤرخ في 09 جوان سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة،ج.ر.ج.ج.عدد11 صادر في 12–06–1984، معدل ومتمم.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

خصّ المشرع الجزائري الشروط الموضوعية للزواج في المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتي تشمل، تبادل رضا الزوجين وأهلية الزواج والصداق، الولي أو القاضي إذا تطلب الأمر ذلك، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

تعتبر هذه الشروط من الشروط الجوهرية وتتوقف صحة الزواج على تحققها، فالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو القانون الوطني لكل من الزوجين، وقد نظم المشرع الجزائري تكييف ما هو موضوعي في نص المادة 11 من القانون المدني: "**يسري على الشروط الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين**".

فمن القوانين ما يخضع هذه الشروط لقانون موطن كل من الزوجين باعتباره القانون الشخصي، ومن أمثلة ذلك القانون الأردني[5]، والفرنسي[6].

حيث لو اتحدت الجنسية بين الزوجين فلا إشكال حينئذ، لكن المشكل يطرح عند اختلافهما في الجنسية، فتقع إشكالات تعترض تطبيق قانون الجنسية **(المطلب الأول)**، وكثيرا أيضا ما تدخل فكرة النظام العام في هذا المجال فيرفض القاضي تطبيق القانون الأجنبي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الإشكاليات المعترضة لتطبيق قانون الجنسية

إنّ قانون الجنسية يطرح صعوبات عدّة تعترض تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، ومن بين هذه الصعوبات نجد حالة تمتع الشخص بأكثر من

---

[5]–القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1/08/1976 أصبح قانونا "دائميا" بموجب إعلان اعتبار القانون المؤقت رقم 1976/43 دائميا لسنة 1996 المنشور على الصفحة 829 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4106 بتاريخ 16/3/1996.

[6] –CODE CIVIL français :http://www.juritravail.com.

جنسية، وحالة عدم تمتعه أصلا بأية جنسية، وحالة انتمائه بجنسيته لدولة متعددة الشرائع الداخلية، وحالة تغييره لجنسيته.

القاعدة في الشروط الموضوعية لعقد الزواج هي اخضاعها إلى القانون الشخصي، فعند اتحاد جنسية الزوجين لا تطرح مشكلة تطبيق القانون الشخصي، المشكلة تطرح عند اختلاف جنسيتهما، والاختلاف في الشروط الموضوعية التي ينص عليها قانون جنسية كل واحد منهما، فهل تخضع الشروط الموضوعية حينئذ لقانون جنسية كل واحد منهما معا، بحيث يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة، كما يجب أن تتوفر في الزوجة كذلك كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها وقانون الزوج وهذا ما يسمى بالتطبيق الجامع **(الفرع الأول)**، أو أنه يكفي أن تتوافر في كل واحد منهما الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسية الزوج فقط وهذا ما يسمى بالتطبيق الموزع **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول
التطبيق الجامع

التطبيق الجامع يعني بالضرورة تحقق جميع الشروط التي يقتضيها القانونان معا، بمعنى أنّ الزواج لا يكون صحيحا إلاّ إذا اعتبر كذلك وفقا للقانونين (الزوج، الزوجة)، بحيث يستلزم أن تتوافر في الزوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون الزوجة، فضلا عن الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيته، واستيفاء الزوجة شروط الزواج في قانونها وفي قانون الزوج، وحجة هذا الرأي هي أنّ كلّ واحد من القانونين لا يهدف إلى حماية مواطنيه فقط بل يهدف الى حماية رابطة الزوجية ذاتها، ومن ثمّ يجب أن تخضع هذه الرابطة للقانونين[7]، مثال على ذلك أحد القانونين فقط ينص على مانع من موانع الزواج، فيطبق تطبيقا مزدوجا، ليكون الزواج صحيحا، يجب أن يجيزه كل من القانونين.

هذا الرأي للتطبيق الجامع للقانونين، وإن كان مقبولا نظريا إلاّ أنه عمليا يؤدي إلى تطبيق القانون الأشدّ للاعتراف بصحة الزواج، وذلك يتعارض مع مبدأ حياد قاعدة الإسناد ويتنافى أيضا مع الغاية التي يستهدفها أنصاره وهي إحترام قانون الزوج والزوجة معا.

---

[7]–عزالدين عبد الله، **القانون الدولي االخاص**،ج2، ط9،د.د.ن،د.ب، 1986، ص.255.

وكذلك هذا الرأي غير متوازن، ويؤدي إلى تقليل فرصة الزواج وعدم انعقاده في كثير من الحالات، لأنه لا يكفي لإبرام الزواج أن يستوفي أحد الزوجين في شخصه لشروط قانون جنسية الطرف الآخر[8]، لنأخذ مثال على ذلك، الزواج المعقود بين إسباني وفرنسية مطلقة، القانون الإسباني يمنع الزواج من مطلقة، فهو أشد صرامة من القانون الفرنسي وعليه يؤدّي التطبيق الجامع للقانونين إلى تقرير بطلان الزواج[9].

الفرع الثاني
التطبيق الموزع

نتيجة لهجر مبدأ الأخذ بالتطبيق الجامع للقوانين، لما فيه من عيوب أدّت الضرورة إلى الأخذ بمبدأ التطبيق الموزع للقوانين، الذي يتمثل في إخضاع كل من الزوجين إلى قانونه الشخصي، أي إعلان صحة الزواج بمجرد توفر شروط صحته في أحد القانونين دون الرجوع إلى الشروط المنصوص عليها في القانون الآخر، بمعنى تطبيق القانون الإيطالي بالنسبة للطرف الذي يحمل الجنسية الإيطالية، والقانون الفرنسي بالنسبة للطرف الذي يحمل الجنسية الفرنسية، غير أنّ التطبيق الموزع للقوانين قد يؤدّي إلى نتائج غير مقبولة ومثال ذلك: مسلم لبناني يريد أن يتزوج ثانية من فرنسية ولا يزال زواجه الأول قائما، فإخضاع كلّ من الزوجين إلى قانونه الشخصي يزيل كل مانع من موانع الزواج، بالنسبة للزوج (لأن الشريعة الإسلامية تسمح بتعدد الزوجات) أو بالنسبة للزوجة (طالما لا زواج قائم لديها)، وهذا ما لا يقبل به الاجتهاد الفرنسي، ولهذا فالتطبيق الموزع لديه حدود، قد تكون موانع أخلاقية، كالقرابة والعدّة، فهذه الموانع يشترط فيها التطبيق الجامع، وقد تكون اقليمية وهذه لا تمتد خارج الإقليم مثل موانع الجنس واللون، أمّا بالنسبة للمانع المادّي فتنص المادة 31 من ق.أ.ج الملغاة: "**لا يجوز زواج المسلم بغير مسلمة**"، وإن كان حكمها باقيا.

---

[8]–أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج1: تنازع القوانين، د.ط، دار هومه، د.ب، ص.232.

[9]–محمد وليد المصري، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.131.

ولذلك اقترح الفقه الألماني في هذا الصدد التمييز بين الموانع الفردية التي تتعلق شخص أحد الزوجين فهذه لا يثير بشأنه التطبيق الموزع أية صعوبة، والموانع ذات الطابع المزدوج التي تخص الزواج فإن التطبيق الموزع يطرح بشأنها صعوبة كبيرة، فلا مفر بالتالي من التطبيق الجامع بشأنها[10].

الفرع الثالث
موقف المشرع الجزائري من النظريتين

المشرع الجزائري فيما يخص النظريتين فهو تبنى نظرية التطبيق الموزع للقوانين وهذا ما نستخلصه في المادة 11من ق.م.ج التي جاء نصها كالآتي: "**يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين**". غير أنه وضع استثناء عن هذه القاعدة المتمثلة في المادة 11 من ق.م.ج، وهي عندما يكون في عقد الزواج أحد طرفيه جزائري إلّا فيما يخص الأهلية، وقد نص على هذا الاستثناء في المادة 13 من القانون المدني والتي جاء نصها كما يلي: "**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلّا فيما يخص الأهلية**".

نستخلص من هذا النص أن الشروط الموضوعية وقت انعقاد الزواج يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا، إلاّ فيما يخص شرط الأهلية فتظل أهلية كل من الزوجين خاضعة لجنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية، ويسري هذا الاستثناء حتى ولوغير الزوج، أو الزوجة جنسيته فيما بعد، لكنه لا يطبق على الزوجان الأجنبيان عند إبرام العقد.

المطلب الثاني
النظام العام بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج

المعروف أنّ النظام العام يختلف من دولة إلى أخرى، ولذلك يجب على القاضي استبعاد أحكام قانون أجنبي معين إذا تعرض تطبيقه مع النظام العام في الدولة، فالزواج من أكثر المواد التي يستخدم فيها القضاء استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لأنه لانعقاد الزواج صحيحا

---

[10]–عليوش قربوع كمال، **القانون الدولي الخاص الجزائري**،ج1: تنازع القوانين، ط3، دار هومه للنشر، الجزائر، 2011، ص ص.216–217.

لابد له أن يستوفي لشروط معينة، لكن قد تكون من بين هذه الشروط التي قد تتنافى مع النظام العام السائد في الدولة، مماّ يجعل القاضي الوطني لا يعتد بما يترتب عنه إما عدم ابرام الزواج الذي يجيزه القانون الأجنبي، أو زواج لا يجيزه القانون الأجنبي.

لما كانت الشروط الموضوعية تلعب دورا هاما في فكرة النظام العام، وهي مختلفة ومتغيرة من دولة لأخرى، ويظهر مجال هذه الفكرة بشكل أوضح في الزواج عندما يكون أحد أطرافه مسلم والآخر غير مسلم، وبما أنّ القانون الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية فهو يبيح تعدد الزوجات، ولا يعتبر عقد هذا الزواج مخالف للنظام العام **(الفرع الأول)**، أمّا مقارنة بالقانون الفرنسي فهو يمنع عقد مثل هذا الزواج ويعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

النظام العام في الجزائر

تعدّ الشريعة الإسلامية مصدر قانون الأسرة الجزائري، فالنظام الاجتماعي والخلقي في الجزائر مؤسّسا على الدّين، فمتى كانت الشريعة الإسلامية هي التي تحكم الزواج فيعتبر كل ما حرمته باطلا في الجزائر، ولو كان صحيحا طبقا لقانون أحد الشخصين الأجنبيين باعتبارها القانون العام في الأحوال الشخصية للجزائر[11].

فالنظام العام في الجزائر أوسع نطاقا مقارنة بالدول الغربية، فهو بالإضافة إلى عدم أخذه بالشروط الأقل تشدّدا كما هو الحال في فرنسا، فإنه لا يأخذ أيضا بالشروط الواردة في القانون الأجنبي والتي تنطوي على المساس بحق المسلم.

وهكذا فإنه استنادا إلى النظام العام يجب استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع تعدّد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة، واستبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز زواج المسلمة بغير كتابي لأنه يعتبر باطلا ومخالف للنظام العام في الجزائر، ولو كانا قانونا الزوجين الأجنبيين يجيزانه.

---

[11]–صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.217.

ويجب عدم الأخذ بالموانع الواردة في القانون الأجنبي والمبنية على الجنس واللون، ولكن من الناحية الأخرى إذا وجد مانع من الموانع التي تبطل هذا الزواج، كموانع مبنية على القرابة أو العدّة، فالجهة المختصة بإبرام عقد الزواج يمتنع عليها توثيقه أو إتمامه كما عليها استبعاد القانون الأجنبي، وعدم اتمام الزواج إذا كان لا يعترف بهذا المانع في القانون الوطني[12].

الفرع الثاني

فكرة النظام العام في فرنسا

الشروط الموضوعية للزواج تعدّ من المسائل التي تمس صميم النظام العام في فرنسا، فالنظام العام الفرنسي يميز بين نوعين من الشروط الواجبة في القوانين الأجنبية لإبرام عقد الزواج.

فالشروط الأولى تتمثّل في تلك المعروفة في القانون الفرنسي، لكنّها مختلفة عن القانون الأجنبي، يعني أن تكون أكثر تشدّدا في القانون الأجنبي عنه في القانون الفرنسي أو أن تكون أكثر تشدّدا فيه منه، ففي النظام العام الفرنسي الشروط التي تكون أكثر تشدّدا لا تكون عائق لانعقاد الزواج، وإنّما يكمن العائق في الشروط التي تكون أقلّ تشدّدا في القانون الفرنسي.

ومن أمثلة ذلك شرط السن لإبرام عقد الزواج فالقانون الفرنسي يشترط سن 19 سنة كاملة، فإذا كان القانون الأجنبي يشترط سنّ أعلى منه فلا يكون مخالفا للنظام العام، لكن إذا كان سنّا أقل من 19 سنة فهنا يكون مخالفا للنظام العام ونتيجة لذلك يحول دون إبرام عقد الزواج.

كذلك بالنسبة لشرط رضا الوالدين، فيستلزم أن تكون السن المشترطة في القانون الأجنبي أكثر من تلك التي أقرها القانون الفرنسي فإذا كان كذلك، فإن تطبيقه لا يكون مخالفا للنظام العام لأنه في هذه الحالة يعتبر القانون الأجنبي أكثر تشدّدا من القانون الفرنسي، أمّا إذا كان لا يشترط مطلقا رضاهما حتى بالنسبة للقصر الذين لم يبلغوا سن الرشد، ففي هذه الحالة يعتبر هذا الشرط مخالفا للنظام العام لأنه أقل تشدّدا من القانون الفرنسي.

أمّا بالنسبة للشروط الثانية فهي تلك الشروط المعروفة في القانون الفرنسي، ويؤدّي تطبيقها إلى المساس بالنظام الاجتماعي الفرنسي القائم على حرية الزواج، وبالتالي يعتبر مخالفا للنظام

---

[12]–عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص ص. 264–265.

العام الفرنسي القانون الأجنبي الذي لا يسمح بانعقاد الزواج بين مختلفي اللون أو زوجين مختلفي الديانة[13].

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج

يقصد بشكل الزواج الإجراءات التي تتطلبها إظهار الإرادة إلى الخارج من مراسيم الاحتفال وتسجيل الزواج، السلطة المختصة لإجرائه وإعلانه، وشهوده وتحرير عقد إثباته، والاعتراضات التي تقدّم فيه.

فبعض الدّول تعتبر هذا الزواج في الشكل المدني شرطا شكليا كالدول المسيحية، فيما تعتبره الدول الأخرى شرطا موضوعيا، أمّا بالنسبة للشريعة الإسلامية لم تهتم كثيرا لهذه الشكلية لانعقاد الزواج كالكتابة مثلا، بل اشترطت الإعلان والإظهار بحضور الشهود على أساس أنّ دور الكتابة يقتصر على الإثبات دون صحة الانعقاد.

وعلى كلّ حال يرجع في تكييف شروط الزواج أهي موضوعية أم شكلية لقانون القاضي طبقا للقواعد العامة، وعليه فإن القانون الجزائري هو المختصّ في مسألة تكييف شروط الزواج إذا تم رفع النزاع أمام القاضي الجزائري **(المطلب الأول)**، وبالتالي وجب علينا تحديد الفكرة المسندة الخاصة بالشروط الشكلية **(المطلب الثاني)**.

[13]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص.235–236.

المطلب الأول

الاختصاص المحلي

يعتبر الزواج من التصرفات القانونية وبالتالي يعدّ صحيحا من حيث الشكل في البلد الذي أبرم فيه، ويعتبر كذلك صحيحا بالنسبة للدول التي تأخذ بقاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد ابرامه، بمعنى خضوعه لقاعدة (Locus Régit Actum)، والمشرع الجزائري أخذ بهذه القاعدة، ويعمل بهذه القاعدة في حالة زواج الجزائريين والأجانب **(الفرع الأول)**، غير أنّ هذه القاعدة تستبعد في كثير من الأحيان لصالح القانون الوطني وذلك في حالة إبرام زواج الرعايا لدى الأعوان الدّبلوماسيين والقناصل **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

قانون الشروط الشكلية للزواج

المشرع الجزائري ساير القاعدة العالمية التي تخضع الشروط الشكلية للزواج لمكان إبرامها، واعتبر هذه القاعدة العالمية إختيارية، حيث أدرجها في نص المادة 19 من ق.م.ج التي تنص: "**تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية**"، ومفاد هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ بقاعدة عامة للشروط الشكلية وهي قاعدة مكان الابرام، إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتركة فيبرم زواجهما وفقا لقانون جنسيتهما المشتركة[14].

أولا: زواج الجزائريين

القانون الجزائري أتاح للمواطنين الجزائريين عقد زواجهم في الخارج وفق الشكل المحلي[15]، واعترف بهذه القاعدة في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها: "**إن**

---

[14]–علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.70.

[15]–نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين –الجنسية**، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائري، 2013، ص.60.

الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تمّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد"[16].

يتضح لنا من مقتضيات المادة، أنّ الجزائري الذي تزوج في الخارج وفقا لشكل البلد الذي يوجد فيه يكون صحيحا، ويجوز بذلك أن يخضع زواجه إلى الموطن المشترك للمتعاقدين الذي يحكم الموضوع. فالقانون الجزائري تناول الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي سواء بين جزائريين أوبين جزائري وأجنبية، ولكنّه أغفل زواج المعقود بين جزائرية وأجنبي وهذا تخوفا من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن بشكل يخالف قانونها الشخصي، ومثال ذلك أن تعقد زواجها مع شخص أجنبي وهو ليس مسلم[17].

ثانيا: زواج الأجانب في الجزائر

فيما يخص زواج الأجانب في الجزائر يجوز إبرامه حسب الشكل الوطني المحلي أو القانون الوطني المشترك، فإذا تم الزواج بين الأجانب وكان الطرفان من جنسية واحدة فلهم الخيار في اخضاع هذا العقد وفق الشكل المحلي، أو وفق قانون جنسيتهم أما إذا كانا مختلفي الجنسية فإن الشكل المحلي يصبح حينئذ إلزاميا، وبطبيعة الحال فإذا تمّ الزواج في الجزائر وفق الشكل المحلي فيجب عليهما احترام كل الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري[18].

تورد المادة 71 من قانون الحالة المدنية" **يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو امسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار من شهر واحد على الأقل الى تاريخ الزواج** ". التي تسمح بتحرير عقود زواج الأجانب في الجزائر من قبل ضابط الحالة المدنية، لكنها أوردت قيدا وحيدا على اختصاص أعوان الحالة المدنية، وهو ضرورة استمرار إقامة الأجنبيين أو أحدهما لمدّة شهر على الأقل قبل الزواج في دائرة اختصاص ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يبرم العقد.

---

[16]–قانون رقم 14–08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق ل 9 غشت 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير سنة 1970 والتعلق بالحالة المدنية.

[17]–الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج1: تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، د.ط، د.د.ن، الجزائر، ص ص.167–168.

[18]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.244.

الفرع الثاني

الزواج المعقود أمام القنصل الجزائري

يعرف الشكل الدبلوماسي أو القنصلي للزواج، أنّ الشكل الذي يقوم به الممثلون الدبلوماسيين والقنصليين وفقا لقوانين الدّول التي ينتمون إليها أو التي يتبعونها، وهذا الشكل من الزواج يثير اشكالا في مدى الاحتجاج به في دولة القاضي ونعني بذلك الدولة التي أبرم بها الزواج وأيضا في دولة الممثل الدبلوماسي أو القنصلي.

فيما يخص القانون الجزائري، فيمكن للزوج الجزائري المقيم في الخارج أن يعقد زواجه أمام القنصلية الجزائرية وفق الشكل المطلوب في القانون الجزائري[19]، وهذا الاختصاص منح للقناصل والدبلوماسيين بموجب المادّة 2/97 و96 من قانون الحالة المدنية الجزائري حيث نصت المادة 2/97على ما يلي: "**ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقانون لا يمكن إثباتها إلا بعقد مدني الذي هو عقد الزواج، ويعدّ سند توثيقي**".

سنرى فيما يتعلق بمدى الاحتجاج بهذا الشكل في دولة القاضي وسنقدّم أمثلة عن ذلك لأنّ هذا الأمر يختلف من دولة لأخرى، ومثال ذلك ألمانيا فهي لا تعترف لممثلي الدول الأجنبية الدبلوماسيين والقنصليين بزواج التابعين لدولهم أي لا يحق لهم الزواج أمام القناصل في دولة ألمانيا فهي تعتبر هذا الزواج باطلا، وهناك البعض الآخر من الدول لا تجيز للمثلين الدبلوماسيين إجراء الزواج متى كان أحد الطرفين تابعا لدولة من الموفدين إليها، لكن من جهة تجيز لهم مباشرة هذا الزواج شرط أن يكون ذلك من اختصاصهم حسب قانون هذه الدولة ومن بين تلك الدول نجد فرنسا، ومن الناحية الثانية، فيما يتعلق بمدى الاحتجاج بالزواج الذي يباشر به الممثل الدبلوماسي أو القنصلي في الخارج فيتضح أنّ بعض الدول لا تسمح لممثليها بمباشرة الزواج في الدول المبعوثين إليها مثل لبيرو، سلفادور، والبعض الآخر يصرح لممثليه بإجراء الزواج لكن شرط أن

---

[19]–نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص ص.60–61.

يكون الطرفان المتزوجان من التابعين للدولة مثل هولندا، أو أن يكون أحد أطرافه فقط تابع لتلك الدولة مثل ألمانيا[20].

المطلب الثاني

تحديد الفكرة المسندة الخاصة بالشروط الشكلية

يتحدد مضمون الفكرة المسندة للشروط الشكلية، حسب تكييف الشرط ذاته، لاسيما في حالة اختلاف الشكل المحلي عن الشكل الوطني، فنتيجة لتطور وسائل الاتصال، وسهولة انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى، وإقامتهم خارج دولتهم، مما يؤدي بهم إلى إبرام لعقود زواجهم خارج دولتهم، بالتالي لابد من توفر اجراءات شكلية الواجب اتباعها.

القانون الجزائري يعدّ كل من اجراءات متعلقة بشكل الزواج للقانون المحلي، ذلك طبقا لقاعدة لوكيس. وإذا أثير نزاع حول صحة شكل الزواج فمعنى ذلك بجب إثباته، ويتم ذلك بتقديم الدّليل أمام القضاء، ولإقامة الدليل على وجود الزواج لابدّ من تحرير عقد خاص به، والمشرع قام بإخضاع اثبات الزواج للقانون المحلي.

وفي هذا السياق سنتناول مدى امكانية تطبيق قاعدة لوكيس **(الفرع الأول)**، وإثبات الزواج **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مدى إمكانية تطبيق قاعدة لوكيس

أخضعت التشريعات الحديثة شكل الزواج لقانون المحلّ، ومن بين هذه التشريعات نجد القانون الجزائري فهو لم يلزم الأفراد باتخاذ قانون معين، بل أعطى لهم الحرية في اختيار ضابط الاسناد الخاص بشكل الزواج وهو إمّا وفقا لقانون محل الابرام وهي قاعدة لوكيس، أو لقانون

[20]–عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص ص.264–265.

الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، وذلك طبقا للمادة 19 من ق.م.ج السالفة الذكر[21].

نجد كذلك القانون الفرنسي، الذي يخضع شكل الزواج لقانون المحل، ولا يهم إذا كان شكلا دينيا أو مدنيا، وعليه فإنّ الزواج الذي يتم في الخارج بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا إذا تم وفقا للأشكال التي يتطلبها قانون البلد الذي أبرم فيه بشرط أن يكون قد تمّ إشهاره،[22] وقد أتاح لهم بإبرام عقود زواجهم في الخارج وذلك باللجوء إلى قانون المحل. فهو قد منح للأفراد الفرنسيين حرية اختيار تطبيق قاعدة لوكيس من خلال السماح للأفراد باختيار القانون الذي يخضع له شكل الزواج

ونجد كذلك المشرع المصري يخضع شكل الزواج لقانون بلد الإبرام وأكّد على ذلك في المادة 20 ق.م.م[23]، حيث أتاح للأفراد اختيار قاعدة لوكيس بمعنى القانون الذي أبرم فيه العقد، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد، أو قانون الموطن المشترك، أو القانون الوطني المشترك.

أمّا القانون الأردني فقد نصّ في المادة 2/13 ق.م.أ على أنه يخضع شكل الزواج لقانون بلد الإبرام، فهو أعطى لهم الاختيار قاعدة الاسناد الخاصة بشكل الزواج[24].

مما سبق يتضح لنا أنّ تطبيق قاعدة لوكيس لها أهمية كبيرة في التشريعات الحديثة، لكن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات وموانع خاصة في حالة وجود غش نحو القانون، أو تعارضت مع النظام العام.

أولا: الغش نحو القانون

تعتبر قاعدة لوكيس اختيارية في مجال الزواج فهي تسمح للأفراد بعقد زواجهم، إمّا وفقا للشكل المحلي طبقا لبلد الإبرام، وإمّا وفقا للقانون الشخصي، ورغم أنّ هذه القاعدة إختيارية إلاّ أنها

---

(21) –مسعودي يوسف،" **القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج**"، مداخلة الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص.91.

(22) –للمزيد أنظر:

DOMINIQUE Bureau et HORATIA Muir Watt, droit international privé, 2eme édition, presses universitaires de France, Paris, 2007,P.104.

(23) –القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.

(24)–أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص ص. 102-104.

ليست مطلقة، فهي في بعض الأحيان تلغى وذلك عند محاولة إستبعاد الوصف القانوني لوضع وعمل، واحلال وصف آخر مكانه يتفق بذاته مع النص الذي يحكمه إلا أنه يرمي إلى الاستفادة من هذا الوصف الجديد بالتضحية بنص مختص ليحل محله نص آخر من قانون الدولة نفسها[25].

تعتبر مسألة شكل الزواج مختلفة من دولة إلى أخرى، وبالتالي يصعب على القاضي في البحث عن نية الغش نحو القانون فلو افترضنا زوجين فرنسيين تزوجا في انجلترا دون اتباع اجراءات الشهر فإن هذا الزواج يعتبر صحيحا طبقا لقاعدة لوكيس. ولكي يعتبر صحيحا في نظر القانون الشخصي للزوجين فإن القانون الفرنسي يشترط أن يتمّ إعلان هذا الزواج في فرنسا وإلاّ أعتبر باطلا[26].

ثانيا: النظام العام

من المسائل المهمة والمعقدة في القانون فكرة النظام العام التي يرتكز النقاش حولها في الأبحاث المتعددة لعلماء القانون الدولي الخاص، فيكاد يكون الاتفاق معدوما على تبني ضابط مستقر للنظام العام، كما خلت نصوص القوانين في أكثر الدول من تعريف جامع ومانع يحدد المقصود بفكرة النظام العام.

رغم عدم تمكن العلماء من الاتفاق على تحديد فكرة النظام العام فإنّ لا خلاف على مفعولها، فهي وسيلة استثنائية لا يلجأ إليها إلاّ في حالة وجود تضارب حقيقي بين القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج وفقا لقاعدة الاسناد، وبين المقومات الأساسية الجوهرية لدولة القاضي[27].

---

[25]–دربال عبد الرزاق، **الوافي في القانون الدولي الخاص**، النظرية العامة لتنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، ط1، د.د.ن، الأردن، 2010، ص ص، 104–105.

[26]–مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.94.

[27]–حس الهداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون**، دراسة مقارنة، ط 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص.174.

إنّ مجال تطبيق فكرة النظام العام واسع جدا ولا يقتصر على نوع معين من القوانين، وبالتالي فهي تستبعد في كثير من المجالات ومن بين هذه المجالات نجد قاعدة لوكيس، إذا تعارض مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع، فتخضع قاعدة لوكيس لحكم النظام العام مثلها مثل بقية قواعد تنازع القوانين الأخرى، ولهذا وجب تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الشخص الأجنبي[28].

الفرع الثاني

إثبات الزواج

الرابطة الزوجية لا يمكن اثباتها إلا بعقد مدني الذي هو عقد الزواج، ويعدّ سند توثيقي يقوم بتحريره الموثق المختص بتحرير عقد الزواج[29]. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 18 من ق.أ.ج التي جاء نصها: "**يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون**". أما بالنسبة لإثباته فيثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي وهذا وفقا للمادة 1/22 من ق.أ.ج: "**يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي**".

هذا فيما يخص قانون الأسرة الجزائري، لكن التساؤل الذي يثار هو القانون الواجب التطبيق على اثبات عقد الزواج، حيث يذهب رأي أول إلى إخضاعه لقانون القاضي، بحسبانه مسألة إجرائية، في حين يرى رأي ثاني بأنه يجب إخضاعه للقانون الذي يحكم موضوع الزواج. في حين يرى غالبة الفقه أنه يجب اخضاعه للقانون الذي يحكم الشكل، وهذا يعني أنه إذا تم إخضاع شكل الزواج لقانون جنسية الزوجين أو للقانون الموطن المشترك، فإن إثباته يخضع لهذا القانون.

---

[28] -مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.95.

[29] -بلحاج العربي، **الموجز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط4، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2005، ص ص.140-141.

يترتب القول على الاتجاه المتقدم أنه إذا لم تتوافر هذه الوثيقة الرسمية بأن تمّ الزواج وفقا لهذا القانون أو ذاك في شكل عرفي، فسوف لا تسمع الدعوى بصدده إلا إذا كان قد تمّ التصادق عليه رسميا. وهذا يعني أنه لابد أن يتم عقد الزواج في قالب رسمي ليتم الإعتداد به وهذا ما أخذت به مصر [30].

المبحث الثالث

آثار الزواج

يتمخض الزواج عن تكوين أسرة، تعتبر إحدى مؤسسات الأحوال الشخصية وترتبط استنادا إلى هذه الصفة بالقانون الوطني، وإذا كان المبدأ بديهيا، فإنّ تطبيقه يثير مع ذلك صعوبات في الحالة التي لا يحمل فيها الزوجان ذات الجنسية. ونظرا لأن الموضوع يهمّ مجمل الأحوال الشخصية فإن الفقه الحديث يعكف باسم المساواة بين الزوجين، على استقصاء وتقييم مزايا ومحاسن كل من القانونين المتواجدين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق.

إذا وقع عقد الزواج صحيحا لاستيفاء الشروط الموضوعية طبقا لقانون كلّ من الزوجين، والشروط الشكلية طبقا للقانون المختص أنتج آثاره، ويقصد بآثار الزواج تلك النتائج القانونية التي تنتج عن العقد بمجرد إبرامه، بما فيه من آثار شخصية ومالية، وهنا يتعين التساؤل عن القانون الذي يحكم هذه الآثار.

وعليه سنعرض أولا القانون الذي يحكم الآثار الشخصية وهي النسب، والتبني، وأهلية المرأة المتزوجة (**المطلب الأول**)، ثمّ سنتعرض للقانون الذي يحكم الآثار المالية التي هي النفقة، والأنظمة المالية، ونظام الدوطة (المطلب الثاني).

---

[30] –هشام خالد، **القانون الدولي الخاص، النظرية العامة، النظرية العامة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية**، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص.783.

المطلب الأول

الآثار الشخصية

يقصد بالآثار الشخصية هي تلك التي تتصل بالزّوجين في علاقتهما الشخصية، التي تساهم في تنظيم الأسرة، وتتلخص في الشريعة الإسلامية في حلّ العشرة بين الزوجين، والقيام على شؤون البيت ورعايته بما فيها من حقوق وواجبات شخصية متبادلة.

بما أنّ هذه الآثار متعددة، ويثار الإشكال بشأنها حول القانون الواجب التطبيق عليها، إلاّ أننا سنقصر دراستنا على ثلاثة نماذج فقط وهي: النسب **(الفرع الأول)**، التبني **(الفرع الثاني)**، أهلية المرأة المتزوجة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

النسب

النسب هو رابطة دموية تربط الشخص بأصله، وتولّد الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما، وقد يكون النسب من جهة الأب (الأبوة)، وقد يكون من جهة الأم (الأمومة)، والنسب قد يكون صحيحا مترتبا على زواج صحيح، وهو ما يعرف بالنسب الشرعي**(أولا)**، وقد يكون غير صحيح مترتبا على علاقات جنسية بين رجل وامرأة خارج العلاقة الزوجية الصحيحة، وهو ما يعرف بالنسب غير شرعي**(ثانيا)**.

أولا: البنوّة الشرعية

يقوم النسب الشرعي إلى انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج، سواءا أكان ذلك ثابتا ومقرّا به عند الولادة، أم تمّ تصحيحه لاحقا بعد الولادة وفقا لأحكام القانون[31].

تباينت الآراء بشأن القانون الواجب التطبيق في نزاع النسب، كدعوى إثباته، والإقرار به، وإنكاره، والمدة المحددة للإدّعاء به، بحيث يرى البعض بإخضاع البنوّة للقانون الشخصي للأب

[31]–محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.146.

وقت انعقاد الزواج، لأنّ النسب بقدر ما هو متعلق بحالة الطفل فإنه متعلق بحالة الأب أيضا باعتباره الرابطة الطبيعية التي تربطهما ببعضهما، ويوجد إلى جانب هذا الرأي رأي ثاني يقضي بإخضاع البنوة لقانون الأب وقانون الولد مع تطبيقهما تطبيقا جامعا، وعيب هذا الرأي على أساس أن له قيمة نظرية فقط لكنه غير عملي.

ويرجح البعض الآخر تطبيق قانون الإبن على أساس أن النسب من عناصر حالته الشخصية، مما يجب إخضاعه لقانون الدولة التي تمتع بجنسيتها يوم ميلاده، بغض النظر عن أي تغيير لاحق لهذه الجنسية بعد ولادته، بشرط أن لا يكون هذا القانون مخالف للنظام العام[32].

نجد بالنسبة للتشريعات المقارنة بما فيها القانون الأردني الذي يأخذ بجنسية الأب وقت عقد الزواج، وذلك بوصف النسب من آثار الزواج[33]. وكذلك أخذ به القانون المصري، ويبرر تفضيله لهذه القاعدة أنّ البنوّة الشرعية تتصل بمصلحة الأسرة، وليس بمجرّد مصلحة الولد [34].

ثانيا: البنوّة غير شرعية

يقصد بالبنوة الغير شرعية ولادة الطفل خارج العلاقة الزوجية غير الصحيحة، وانتسابه إلى والدته دون والده، بمعنى انتساب الولد إلى أبوين لا تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج، وتجيز بعض القوانين كالقانون الفرنسي، للأب والأم الاعتراف بهذا الولد، واعتباره شرعيا بزواجهما اللاّحق، كما يعطي للولد الحق بإقامة دعوى بإثبات الأبوّة الطبيعية من شخص معين، أو لإثبات الأمومة من أمّ معينة، ويخضع القانون الفرنسي المسائل الخاصة بالبنوة الطبيعية لقانون الولد، ويطبق هذا القانون على الإعتراف بالولد الصادر عن الأم أو عن الأب.

وواقع الأمر أن القانون الجزائري لا يعرف سوى البنوّة الشرعية، وهذه لا يمكن أن تتولد سوى عن الزواج[35]، وبما أن النسب يعتبر من آثار الزواج ويدخل ضمن مجال الأحوال

---

[32]–غالب علي الداوودي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية–دراسة مقارنة–**، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص ص.182 –183.

[33]–محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.146.

[34]–عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص.324.

[35]–غالب علي الداوودي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية – دراسة مقارنة–**، ط3، دار وائل للنشر، الأردن، 2001، ص.10.

الشخصية، فقد نظمه المشرع الجزائري من المواد 40 إلى 45 من ق.أ.ج، حيث أن المادة 40 نصت على ما يلي: "**النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أوبكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 .33 .34 من هذا القانون، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**".

أما القانون الذي يحكم إثبات النسب وإنكاره فقد خصّه المشرع الجزائري بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وهذا ما نصّ عليه في المادة 13 مكرر ق.م.ج التي جاء نصها: "**يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة**"[36].

غير أنه إذا كان للأب عدة جنسيات تستبعد قانون جنسية الأب في هذه الحالة، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان يتمتع بالجنسية الجزائرية من بين هذه الجنسيات، وذلك إعمالا للحل المنصوص في المادة 22 /2 من ق.م.ج التي جاء نصها كالآتي: "**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 الدول**"، وبهذا الشكل تعين على القاضي الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالنسب[37].

الفرع الثاني

التبني

هو أن يضمّ الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنه ولد الغير، ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته، ويثبت له كل أحكام البنوة، وآثارها، مع إباحة اختلاط الأنساب وحرمة الزواج واستحقاق الميراث، ويعرف أيضا بأنه سلوك اجتماعي منظم يسمح لشخص منتمي بميلاده وإلى قرابة باكتساب روابط

---

[36]–نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص ص.61 –62.

[37]–زيدون بختة، **التطبيق الإستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011، ص.61.

عائلية أو قرابة جديدة وهو ما يعرف على المستوى الإجتماعي كبديل للعلاقات البيولوجية التي تحل محل العلاقات القديمة جزئيا أو كليا[38].

التبني تصرف قانوني منشئ للنسب يختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي، فهو لا يثبت البنوة الحقيقية، كالبنوة التي تترتب على الأفراد بالنسب، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون، تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية[39].

تعرض المشرع الجزائري لمسألة التبني في المادة 46 من ق.أ.ج، التي تنص على: "**يمنع التبني شرعا وقانونا**"، واختصر موضوع التبني في مادة واحدة، ذلك لصدّ كل الأبواب أمام أيّ قضية تتعلق بالسماح بهذا التبني، وذلك بمنعه من أساسه[40].

الشريعة الإسلامية لم تكرّس التبني، لكن هناك تشريعات أجنبية تأخذ به وتنظم أحكامه، ومن بين هذه التشريعات نجد القانون الفرنسي الذي يعدّه تصرفا قانونيا يرتب قرابة حقيقية وكاملة بين المتبني والمتبنّى[41].

وكذلك أقر المشرع التونسي دون باقي التشريعات التي تعتمد الشريعة الإسلامية كمرجعية أساسية في تشريعاتها حيث أعطى مختلفا للآليات التي تحرم التبني وأجازه، وجعله كمؤسسة تعني النسب لمجهولي الأبوين أو الأب، حيث جعلها من الوسائل الشرعية التي يثبت بها النسب[42].

أولا: القانون الواجب التطبيق على صحة التبني

تنص المادة 13 مكرر 1 من ق.م.ج على القانون الواجب التطبيق على التبني حيث جاءت كالتالي: "**يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كلّ من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني** ". نستخلص المشرع

---

(38) –خولة بوخلخال، **التبني في القانون الدولي الخاص**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مقاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، 2017، ص ص.9 –10.

(39) –أمين حسن يونس، **أثر الزاني في مسائل الأحوال الشخصية**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص.47.

(40) –خولة بوخلخال، المرجع السابق، ص.15.

(41) –محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.148.

(42) –خولة بوخلخال، المرجع السابق، ص.15.

الجزائري أجاز للقاضي بأن يأذن بالتبني، ويبرم عقد التبني لكن بشروط، وهذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة 13 مكرر1، فإذا كان قانون جنسية طالب التبني والمتبنى لا يسمحان بالتبني، فإنّ القاضي الداخلي الجزائري يرفض التبني على أساس القانون الداخلي للأطراف الأجانب[43].

بالتالي يمكن صياغة نص هذه المادة كالتالي: "**يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى وقت إجراءه ويسري على آثاره قانون جنسية المتبني**".

المشرع الجزائري رعى مسألتين في شأن القانون الواجب التطبيق على التبني وهما مسألة التطبيق الموزع للقوانين، حيث أنه أخضع صحة التبني لقانون جنسية المتبنّي، وقانون جنسية المتبنّى، وقد رعى كذلك مشكلة التنازع المتحرك التي يمكن أن تثار عند تطبيق جنسية الطرفين، وذلك بنصه على "وقت إجراء التبني"، وهو المعيار الزمني الذي يتطلب الرجوع إليه عند تطبيق قانون جنسية كلّ من الطرفين وقت إجراء عقد التبني[44]. يمكن أن ينشأ التبني في دولة أجنبية أحد أطرافه جزائري، ومثال ذلك المتبني يحمل جنسية فرنسية، والمتبنى يحمل جنسية جزائرية، وينشأ وفق الشروط الموضوعية التي تطلبها القانون الفرنسي الذي يعرف نظام التبني ويعترف به، فإذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري في هذه الحالة، فالقاضي يحكم بعدم الاعتراف بصحة التبني على أساس هذا النظام مرفوض في القانون الجزائري.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على آثار التبني

باعتبار أنّ التبني تصرف قانوني، فهو يرتب حقوق والتزامات على عاتق كلّ من الطرفين منها، انتقال السلطة الأبوية للمتبني، والتزامه برعاية الولد المتبنّى، وتعليمه وتنميته عقليا، وحق ذلك[45] الولد في حمل اسم متبنيه، وإرثه عند وفاته...إلخ، وبالتالي يستوجب تحديد ضابط الإسناد

---

(43)–بودومي عبد الرحمان، **التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، قسم القانون الخاص، الجزائر، 2016، ص.17.

(44)–أيت منصور كمال،" **إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع2، بجاية، 2010، ص ص.152 –153.

(45)–مجد الدين خربوط، **القانون الدّولي الخاص، تنازع القوانين**، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، د.ب، 2008، ص.253.

الذي يحكم هذه الآثار. فإذا كان المتبني وقت الدعوى جزائريا فهو يخضع لأحكام القانون الجزائري.

الفرع الثالث

أهلية المرأة المتزوجة

يرتب الزواج أثرا بالنسبة لأهلية الزوجة، حيث تذهب بعض التشريعات إلى وضع بعض القيود على المرأة حال زواجها، وذلك إذا أرادت أن تباشر بعض التصرفات القانونية، وعلى هذا الأساس، فمن اللاّزم أن تحصل على إذن من زوجها، لإمكان مباشرة التصرفات المعنية[46].

إختلف الرأي في أمر القانون الذي يحكم أهلية المرأة المتزوجة، وبيان هذا القانون يتوقف على تكييف هذا النقص في الأهلية، فهناك من يرى أنّ هذا النقص مقرر لحماية المرأة ضدّ ضعفها بالنظر إلى جنسها، وبالتالي يخضعها لقانون جنسية الزوجة باعتباره قانون جنسية الشخص المراد حمايته.

وهناك من يرى أن تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هدفه المحافظة على سلطة الزوج داخل الأسرة باعتباره رئيسها فإنه يخضعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج.

والراجح فقها هو التكييف الذي يرى أنّ نقص أهلية المرأة المتزوجة مقرر لمصلحة الأسرة ووحدة تدابير أمورها، وعلى ذلك فإنّ القانون الذي يحكم أهلية المرأة هو القانون الذي يحكم آثار الزواج.

أما في القانون الجزائري فتخضع أهلية المرأة لقانونها الشخصي، فلا يرتب الزواج أيّ أثر عليها[47]، حيث تنص المادة 37 من ق أ:"**لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر**". ومعلوم أيضا أن الشريعة الإسلامية تقرر بأهلية المرأة، ولا أثر لعقد الزواج على ذلك.

---

[46] –عزالدين عبد الله، المرجع السابق، ص.303.

[47] –أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.254.

المطلب الثاني

الآثار المالية

للزواج آثارا مالية، منها النفقة التي هي المال الذي يدفعه الزوج لزوجته لسد حاجياتها من طعام وكسوة...إلخ، نجد أيضا أثرا يتناول أموال الزوجين، وهو ما يعبر عنه بالنظام المالي للزوجين والمقصود منه مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي تقتضي بيان حقوق والتزامات كل واحد منهما من حيث ملكية أموالهما وإدارتها والانتفاع بها، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية، وفي بعض الدول يمنح للزوج حق ادارتها لوحده خلافا للشريعة الإسلامية، التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين، إضافة الى ذلك نجد من جانب آخر نظام الدوطة أو البائنة الذي يعتبر من الآثار المالية لعقد الزواج.

نستخلص مما سبق أنّ هناك عدة آثار مالية لعقد الزواج منها، النفقة **(الفرع الأول)**، النظام المالي الذي ينقسم الى نوعين وهما نظام اتحاد الذمة المالية، ونظام استقلالها **(الفرع الثاني)**، ونظام الدوطة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

النفقة

نفقة الزوجة هو المال الذي يدفعه الزوج إلى زوجته، والمراد بها ما تحتاج إليه في معيشتها من طعام وكسوة، ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسب ما تعارف عليه الناس وقد ثبت وجوبها[48].

المشرع الجزائري في قانون الأسرة، يلزم الزوج أن ينفق على زوجته وهذا حسب المادة 74 ق.أ.ج التي تنص: "**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون**".

---

[48] –خليل إبراهيم محمد، "**تنازع القوانين في مسألة النفقة**"، مجلد الرافدين للحقوق، المجلد 11، ع40، جامعة الموصل، 2009، ص.74.

باعتبار أن النفقة تدخل ضمن الآثار المالية فإنّ المشرع الجزائري وضع قاعدة الإسناد التي تحكمها وهي في المادة 12 /1 من ق.م.ج التي تنص: "**يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج**"، ومنه نستخلص أن القانون الواجب التطبيق على النفقة هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج.

غير أنه إذا كان الزوجين جزائريين وقت انعقاد الزواج، فإنّ القانون الجزائري هو الذي يطبق، وهذا الاستثناء عن الأصل وهو وارد في المادة 13 من ق.م.ج[49].

الفرع الثاني

نظام الاتحاد المالي واستقلاله

يترتب على الآثار المالية نظامين: نظام استقلال الذمة المالية، ونظام اتحاد الذمة المالية، ويعتبر نظام استقلال الذمة المالية، أن كل من الزوجين يستقل بأمواله من حيث التصرف والإدارة والاستغلال، وكل ما يكتسبانه خلال الفترة الزوجية، ولكن بإشراك مصاريف الأسرة وأعباؤها بين الزوجين، أما نظام اتحاد الذمة المالية، فتكون أموال الزوجين مملوكة على الشيوع بينهما بنسبة النصف، كما للزوج في هذا النظام أن يستأثر بإدارة الأموال ويكون مالكا لها كما له أن يتولى إدارة أموال زوجته التي احتفظت بها لنفسها[50].

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية، لا ترتب على الزواج أي أثر مالي بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة، بمعنى أن القاعدة العامة هي انفصال الذمم المالية للزوجين، بخلاف الدول الغربية التي تأخذ بالنظام المالي للزوجين، والذي يكون إمّا قانوني أواتفاقي، وبعبارة أخرى لكل طرف أمواله الخاصة التي تكوّن ذمته المالية، ولا يحق للطرف الآخر أن يتصرف في أموال الآخر إلاّ في إطار الحقوق المالية التي يرتبها عقد الزواج، والمشرع الجزائري كان يقر بمبدأ حرية تصرف الزوجة في مالها، ويتبنى مبدأ الاستقلالية وانفصال الأموال

---

[49]–نسرين شريقي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص ص.61 –62.

[50]–الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.176.

لكن النتائج برهنت عكس ذلك حيث ظهر ما يسمى باستقلالية قانونية واتحاد فعلي لذمم الزوجين، أدى بالمشرع الى تعديل نص المادة 37 من ق.أ.ج والتي تنص: "**لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما**".

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على هذه الآثار فهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 12 في الفقرة الأولى: "**يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج**"[51].

الفرع الثالث

نظام الدوطة أو البائنة

نقصد به أن تقدم الزوجة مهرا لزوجها، بمعنى أن تعطي الزوجة بعض أموالها على شكل مهر لزوجها وذلك ليتولى إدارتها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة، لكن لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها، أما باقي أموالها (الزوجة) فلهاحرية التصرف فيها لوحدها.

ويبقى الإشكال مطروحا من حيث القانون الواجب التطبيق عليها، فالمشرع الجزائري قد أسندها لقانون جنسية الزوج وهذا ما ورد في المادة 1/12 "**يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج، وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج** "، لكن إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فالقانون الجزائري هو الذي يسري ما عدا شرط الأهلية الذي يبقى خاضعا لقانون جنسية الزوجين[52].

---

[51] –دربة أمين، **تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة**، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، صدر بجامعة مولاي الطاهر، ع4، الجزائر، جانفي 2011، ص.243.

[52] –الطيب زروتي، المرجع السابق، ص ص.176 –177.

بالنسبة للقانون الفرنسي كان قد أخذ برأي ديمولان[53] عندما أفتى في قضية زوجين من جافي ثم استقرا في باريس، أما الفقه الفرنسي الحديث فيميل إلى اسناد النظام المالي للقانون الشخصي للزوج، أما بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فأخضعت المنقولات لقانون موطن الزوجية، أما العقارات فتخضعها لقانون موطنها[54].

يتبين لنا مما سبق أنّ باعتبار الزواج رابطة أسرية وقانونية، ومن أهمّ العقود التي تضمن سير المجتمعات وديمومتها، وتختلف باختلاف العادات والأعراف، فإنّ الدول تتدخل بتشريعاتها لتنظيم هذا الزواج. مما يسبب اختلاف في التشريعات وتنازعها في القوانين في هذه المسألة المتعلقة بعنصر أجنبي، ولهذا اتبعت الدول حلاّ تمثل في تحديد فئات ضمتها في فكرة مسندة وذلك بإسنادها إلى قانون معين يسمى ضابط الإسناد إلاّ أنها تباينت في تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الزواج.

المشرع الجزائري أخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين، وأخضع الشروط الشكلية لقانون المكان الذي تمت فيه، أو لقانون الموطن المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، فمتى استوفى الزواج كامل شروطه الموضوعية والشكلية صحيحة تمخضت عنه آثار، والتي تنقسم إلى آثار شخصية، وآثار مالية، فالآثار الشخصية تتمثل في: النسب الذي أخضعه المشرع لقانون ميلاد الطفل، التبني الذي أسنده لقانون جنسية كل من المتبني والمتبنى وقت إجراءه. أمّا فيما يخص آثاره فأسنده لقانون جنسية المتبني، وأهلية المرأة المتزوجة أخضعها لقانونها الشخصي لأنّ أهلية المرأة في القانون الجزائري لا يؤثر عليها عقد الزواج. أما الآثار المالية فهي تتلخص في: النفقة، والنظام المالي، ونظام الدوطة أو البائنة بما أنها من الآثار المالية فهي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

استثناءا لما قلناه سابقا، فإذا كان في عقد الزواج أحد أطرافه جزائريا وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يسري وحده.

---

[53] –ديمولان (1500، 1566) كان محاميا في البداية ببرلمان باريس ثم أستاذا فيما بعد بجامعة TUBINGENبألمانيا وكان أول من ابتدع فكرة التكييف.

[54] –دربة أمين، المرجع السابق، ص.243.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق

على انحلال الرابطة الزوجية وآثارها

يعتبر الزواج في الشريعة الإسلامية رباط دائم، فهو عقد ينبني على التأبيد، لكن هذه العلاقة يمكن أن تحل، وذلك بعدة سبل فالأولى لا مفر منها وهي الوفاة، أو بطريقة أخرى مكروهة في الإسلام وهي الطلاق، وإما بالانفصال الجسماني الذي هو مقرر في القوانين الغربية.

تعد مسألة انحلال الزواج من المسائل المعقدة والمختلف بشأنها خاصة عندما يكون الزوجين مختلفي الجنسية، وبهذا الصدد يطرح مشكل القانون الواجب التطبيق عند انحلال هذه الرابطة أهو قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الزوجة أو قانون الموطن المشترك؟.

تدارك المشرع الجزائري عند تعديله للقانون المدني بموجب القانون 05-10 في المادة 12 حيث تمم الفقرة الثانية، وذلك بإضافة نظام الانفصال الجسماني قد جاء نصها كالآتي: "**يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**"، رغم أن هذه القاعدة يقيدها الاستثناء الوارد بالمادة 13 من القانون المدني.

هذا فيما يخص انحلال الزواج، أما فيما يخص آثار الزواج التي تعتبر النتائج القانونية انحلال الزواج، ومنها الحضانة، والنفقة.

من خلال ما تقدم ارتأينا إلى تخصيص هذا الفصل بدراسة القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية **(المبحث الأول)**، والقانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني **(المبحث الثاني)**، والقانون الذي يسري على آثار إنحلال الزواج **(المبحث الثالث)**.

المبحث الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية

يعرف الطلاق بأنه حل عقد الزواج، سواء بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، ويعتبر الطلاق من الأفكار المسندة التي يرجع في تحديد مفهومها لقانون القاضي، فالمشرع الجزائري أخذ بضابط الإسناد وهو ضابط الجنسية وقد رجحه على ضابط الموطن، وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري تبنى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة وهي اخضاع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة فهو وضع استثناء هام وهو تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين سواء الزوج أو الزوجة جزائريا وقت انعقاد الزواج.

استنادا إلى ذلك ارتأينا تناول إلى اخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج **(المطلب الأول)**، والاستثناء الوارد على هذه القاعدة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج

تبنى المشرع الجزائري فيما يخص ضابط الإسناد على انحلال الرابطة الزوجية قاعدة عامة، وهو سوى بين الطلاق والتطليق على غرار التشريعات العربية المقارنة، حيث أخضعها لقانون جنسية الزوج فهو فضل قانون الزوج على قانون الزوجة، نص المشرع على اخضاع الطلاق لقانون جنسية الزوج **(الفرع الأول)**، لكنه لم يقف على هذا الحد فلقد أضاف المعيار الزمني المتمثل في وقت رفع الدعوى **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تطبيق قاعدة جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

نجد أنّ المشرع الجزائري قد أخضع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فهو بذلك قد سوى في انحلال الرابطة الزوجية بين الطلاق والتطليق من حيث ضابط الإسناد، رغم أنّ الطلاق يتم بإرادة الزوج بينما التطليق يتم بإرادة الزوجة، وهذا وفقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني والتي جاء نصها كالآتي: "**يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي الزوج وقت رفع الدعوى**"[55].

نستخلص من هذا النص أن القانون الجزائري يخضع الطلاق لحكم من المحكمة، ويكون بذلك لا يقبل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الاسلامية، فهي أحاطت الطلاق بكثير من القيود، ولكن الرجل قد أساء استعمال هذه الرخصة حتى اضطرت جمعيات في كل انحاء العالم العربي إلى أن تطالب بتقييد الطلاق بأن يكون أمام المحكمة حتى يتحقق القاضي من توافر القيود التي أوردتها الشريعة الإسلامية[56].

وإن كان هذا الرأي صحيحا من حيث وجوب إصدار حكم بالطلاق كي يعتد به من الناحية القانونية وهو طريق لثبوته وهذا ما نصت عليه (المادة 49 من قانون الأسرة)، ولكن المشرع الجزائري لم يقيد إرادة الزوج في حلّ الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة (المادة 48 من قانون الأسرة)، كان يشترط أن تتوافر أسباب معينة لقبول طلب الطلاق كما هو الشأن في التطليق (المادة 53 قانون الأسرة) فإرادة الزوج حرة، وبذلك فما على القاضي ألا أن يستجيب لطلبه ويحكم بالطلاق[57]، بمعنى أن حكم الطلاق حكم كاشف وليس منشئ.

ميزت بعض قوانين الدول بين الطلاق والتطليق وأخضعت كل مسألة لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين، حيث أسندت الطلاق لقانونه عند النطق به، وأسندت التطليق لقانونه عند وقت

---

[55]-عدلت بموجب قانون 05-10.

[56]-علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص.75-76.

[57] -الطيب زروتي، المرجع السابق، ص ص.180-181.

رفع الدعوى، وقد أخذت بهذا الحكم بعض الدول العربية[58] مثل: سوريا (المادة 2/12 من القانون المدني)، ومصر (المادة 3/13 من القانون المدني)، العراق (المادة 3/19 من القانون المدني)[59].

أما فرنسا فباستقراء نص المادة 310 من قانونها المدني فنجده يخضع الطلاق وفقا لقانونه في الحالات الآتية:

- عندما يكون كلا الزوجين من جنسية فرنسية.
- عندما يكون مقر سكن كلا من الزوجين على الإقليم الفرنسي.
- عندما لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه، في حين أن المحاكم الفرنسية مختصة لتعرف بالطلاق[60].

غير أن المشرع الفرنسي بعد تعديله للقانون المدني 2005 نص على اخضاع الطلاق في المادة 309 من القانون المدني الفرنسي[61].

مما تقدم يتبين لنا أن الزوج يمكن له الطلاق بإرادته المنفردة، حيث أن المشرع الجزائري لم يقيد إرادة الزوج ولم يضع شروط معينة لطلب الطلاق، فقط يستوجب عليه اصداره بحكم قضائي ليعتدّ به من الناحية القانونية، وبالتالي فما على القاضي إلا أن يستجيب لطلبه.

---

[58]–نقلا عن أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.256.

[59]–القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

[60]– للمزيد راجع:

MAYER Pierre, Droit international Prive, 5eme Edition, Delta, Paris, 1996, p.3.

[61] - Article 309 : « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
-lorsque l'un et l'autre , leur domicile sur le territoire français ;
-lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
-lorsque aucune loi étrangère ne se reconnait compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaitre du divorce ou de la séparation de corps ».

الفرع الثاني

المعيار الزمني

يخضع تنظيم العلاقات القانونية لاعتبارات الزمان والمكان في ذات الوقت مما يستوجب علينا تحديد وقت نشوء العلاقة، وذلك لتحديد عنصر الزمان في تعيين القانون المطبق حسب تنازع القوانين من حيث الزمان[62].

فالمشرع الجزائري بالإضافة لنصه على قانون جنسية الزوج وقت انحلال الرابطة الزوجية، فهو أضاف المعيار الزمني، بمعنى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإذا كان وقت رفع الدعوى الزوج يحمل جنسية أمريكية إذن نطبق القانون الأمريكي، وبالتالي فالمشرع الجزائري باستعماله عبارة وقت رفع الدعوى يتبين لنا أنه قد تجنّب مشكلة تنازع القوانين التي تثار عند انحلال الرابطة الزوجية، فإذا كان هناك زوجان عقدا زواجهما طبقا لقانون يمنع الطلاق أو التطليق، ثمّ اكتسبا الزوجان أو أحدهما جنسية يسمح قانونهما بفك الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو التطليق؛ فعندئذ هل يجوز لأحدها أن يطلب حل الرابطة الزوجية بهذه الوسيلة وهل يجوز للزوج المحتفظ بالجنسية السابقة أن يدفع بتطبيق القانون القديم.

فالمشرع الجزائري بإضافته للمعيار الزمني حلّ هذه المشكلة التي يمكن أن تنشأ عن تغيير ضابط الإسناد، لأنه ينظر في الطلاق إلى قانون جنسية الزوج لكن وقت رفع الدعوى[63].

---

[62]–علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص، القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص ص.75–76.

[63]–أوصالح نعيمي وبلعلى جيلالي، **القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماستير، تخصص قانون الدولي الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2014، ص.9.

المطلب الثاني

إخضاع انحلال الرابطة الزوجية للقانون الجزائري

المشرع الجزائري وضع استثناء هاما خروجا عن قاعدة تطبيق قانون جنسية الزوج، أين منح أولوية للجزائريين بتطبيق القانون الجزائري وحده حيث يكفي بذلك أن يكون الزوج أو الزوجة يتمتع بجنسية جزائرية وقت انعقاد الزواج.

إذا ما ثبت أنه يعقد الاختصاص للقانون الأجنبي، وبمقابل ذلك تتوفر شروط تطبيق القانون الجزائري، فيرجح قانون القاضي وعلى القانون الأجنبي، وفي هذا لإطار نتعرّض إلى مضمون تطبيق قاعدة القانون الجزائري **(الفرع الأول)**، واالانتقادات الموجهة إليها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مضمون تطبيق قاعدة القانون الجزائري

وضع المشرع الجزائري على نحو ما رأينا قاعدة عامة لانحلال الزواج وهي خضوعها لقانون جنسية الزوج، لكن من غير أن يذهب بعيدا قام بوضع استثناء لهذه القاعدة أوردها في المادة 13 من القانون المدني والتي جاء نصها كالآتي: "**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**"، مفاد هذا النص أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الواجب التطبيق على الزواج هو القانون الجزائري[64].

ومثال ذلك لو افترضنا أن الزوج كان مصريا، ورفع دعوى الطلاق من زوجته المصرية أمام القضاء الجزائري، فإن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون جنسية الزوج أي القانون المصري، أما لو افترضنا أن الزوج مصري الجنسية أقام دعوى الطلاق من زوجته الجزائرية التي

---

[64]–بن زيادة أم سعد، **اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين (دراسة مقارنة)**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2015، ص 181.

كانت تحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوجة وقت ابرام عقد الزواج وهو القانون الجزائري[65].

نجد هذا الاستثناء في بعض قوانين الدول العربية، مثل القانون الأردني وفقا لنص المادة 15 من القانون المدني الأردني التي جاء نصها كالآتي: "في الأحوال **المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الأردني وحده...**"[66]، بمعنى إذا ما كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج فإن تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج لا يترتب عليه تغيير القانون المختص بل يبقى القانون الأردني هو المختص[67]. وكذلك نجده في القانون المصري وقد نص عليه في المادة 14 من القانون المدني المصري والتي تنص: "**في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج**"، حيث أنه إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصري هو الذي يطبق في شأن الطلاق والتطليق[68].

وفي هذا السياق، فقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي، حيث أن المحكمة قررت تطبيق نص المادة 2/12 وهو قانون الزوج بمعنى تطبيق القانون الإيطالي، ومن المقرر أنه: "**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية**"، فإن القانون الجزائر هو الذي يطبق في شأن الطلاق والتطليق.

---

(65)–عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، ، الجزائر، 2009، ص.172.

(66)–أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية** "**دراسة تحليلية**"، ط2، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.115.

(67)–حسن الهداوي، **تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني**، ط2، دار محدلاوي للنشر والتوزيع، ، الأردن، 1993، ص.12.

(68)–هشام علي صادق، **تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري**، منشأة المعارف الإسكندرية للنشر، د.ب 1993، ص.553.

ونظرا إلى أن المحكمة قضت بتطبيق القانون الإيطالي بدلا من القانون الجزائري لكون الزوجة جزائرية الأصل فقد خالفت المحكمة الابتدائية القانون وأخطأت في تطبيقه وعليه استوجب نقض القرار المطعون فيه، حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع الجنسية الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري عوض القانون الإيطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه فلما كان كذلك فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه[69].

الفرع الثاني

إنتقاد المادة 13 (الاستثناء)

يطبق القانون الجزائري على انعقاد الزواج عندما يكون أحد أطرافه سواء الزوج أو الزوجة جزائري، وهو الذي يطبق عند انحلال الرابطة الزوجية إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج[70]، وهذه القاعدة تطبق إذا لم يغير أحد الزوجين جنسيته بعد انعقاد الزواج، ويبقى القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري حتى إذا غير الطرف الجزائري جنسيته بعد انعقاد الزواج مع أن هذا الأخير لم يبق جزائريا.

وقد يحدث أن يغير الزوجان معا جنسيتهما (الجزائري والأجنبية) فنكون هنا بصدد نفس القاعدة بمعنى أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري على هذا الزوجين حتى لو أصبحوا أجنبيين بعد اكتسابهما الجنسية الجزائرية، ما دام أن القانون الذي تم في ظله انعقاد الزواج كان وقتئذ أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية[71].

---

[69]–المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/02/27، ملف رقم 170082، م.ق، ع1، 2000، ص.ص.124، 119.

[70]–أحمد محجوب، **محاضرات في القانون الدولي الخاص**، ط2، بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، 2004، ص ص.95- 96.

[71]–عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.172.

خلاصة القول أن تطبيق المادة 13 من ق.م.ج يؤدي إلى حلول غريبة، حيث نجد أن القانون الجزائري يطبق على اجراءات انحلال الرابطة الزوجية بين جزائري وأجنبية قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجه، في حين لا يطبق على انحلال عقد الزواج بين أجنبيين قد اكتسب كل واحد منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما، ويطرح السؤال هل الغرض من هذا الاستثناء هو حماية الطرف الوطني المسلم من جهة، فإن أخذنا بفكرة النظام العام سيؤدي بنا إلى نفس النتيجة.

لكن إذا أخذنا بالحل الوارد في المادة 2/12 من ق.م.ج فإذا كان الزوجان أجنبيان وقت انعقاد الزواج ثم تجنّس الزوج بالجنسية الجزائرية، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني

تأخذ الكثير من الدول بالنظام المعروف باسم التفريق الجسدي أو الانفصال الجسماني، وهو نظام يهدف إلى تحلل الزوجين من الالتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء رابطة الزوجية قائمة، والواقع أنّ هذا النظام له أهمية كبرى بالنسبة للنظم القانونية التي لا تجيز التطليق والتي تحصره في نطاق ضيق، وهو شائع ومنتشر في الدول الغربية.

فالمشرع الجزائري قبل تعديل 2005 لم يدرج موضوع الانفصال الجسماني لكن بعد التعديل 2005 أدرجه في القانون المدني، وأخضع القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني لنفس قاعدة الاسناد الطلاق **(المطلب الأول)**، ولكن لهذه القاعدة اشكالات لذلك يتم استبعاده في بعض الأحيان **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

خضوع الانفصال الجسماني لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

أخضع المشرع الجزائري قاعدة اسناد الانفصال الجسماني لنفس قاعدة انحلال الرابطة الزوجية، وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ونص المشرع الجزائري عليه في ق.م.ج في المادة 2/12، وهذا ما ذهبت إليه أيضا قوانين الدول العربية، والأوروبية.

نظرا لاختلاف مفهوم الرابطة الزوجية من دولة لأخرى فهناك من الدول من تبنى نظام الانفصال الجسماني قبل مباشرة الطلاق، إرتأينا التطرق إلى مضمون الانفصال الجسماني **(الفرع الأول)**، والقانون الذي يحكمه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

قاعدة الانفصال الجسماني

يقصد بالانفصال الجسماني مباعدة مادية وتحلل الزوجين من الالتزام بالمعيشة المشتركة بين الزوجين، مع بقاء رابطة الزوجية قائمة[72].

إذن فالانفصال الجسماني يختلف مفهومه عن الطلاق والتطليق، حيث يؤدي الطلاق والتطليق إلى إنهاء الرابطة الزوجية، أما الانفصال فلا يؤدي إلى إنهائها مباشرة، فيمكن للزوجين أن يعودا إلى حياتهما الزوجية وقد لا يعودان إلى ذلك بمعنى قد يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية[73].

أما التطليق فلا يكون إلا بحكم قضائي يصدر عن المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الزوجين أو كلاهما معا ويؤدي إلى فك الرابطة الزوجية، ذلك بسبب عدم امكانية استمرار الحياة الزوجية المشتركة بين أطراف الزواج.

والمشرع الجزائري وضع ضابط اسناد واحد يحكم الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني وهو قانون جنسية الزوج[74]، وذلك تطبيقا لنص المادة 2/12 ق.م.ج والتي جاء نصها :"**يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى**".

نستخلص مما سبق أن الطلاق والتطليق يؤديان إلى انحلال رابطة الزوجية مباشرة، أما الانفصال الجسماني فهو يؤدي إلى التفريق في المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما المشتركة

---

(72)–فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، **الوجيز في القانون الدولي الخاص**، ج2:تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، د.ط، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ص.114.

(73)–للمزيد من التفاصيل راجع :

DERRUPE JEAN ,DROIT International privé ,13 éme édItion,Dalloz,Paris,1999,p.107.

(74)–تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الإنفصال الجسماني لضابط الجنسية، مداخلة في الملتقى الوطني حول"تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014، ص. 176.

دون أن يترتب على ذلك انقضاء رابطة الزوجية، حيث تبقى هذه الرابطة قائمة[75]، لكن قد يؤدي الانفصال الجسماني إلى حل الرابطة الزوجية في حالة عدم الصلح بينهما واتخاذهما قرار بالتطليق[76].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني

كان لزاما على المشرع الجزائري إعادة النظر في النصوص القانونية لمواكبة المتطلبات الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية، مع الأخذ بعين الاعتبار المشاكل التي تصادف أهل الاختصاص، وأهمها عدم تمكن القضاة من الفصل في مسائل الانفصال الجسماني حتى بين أجانب يجيز قانونهم الشخصي ذلك، ومن ثمّ تمم المشرع الأحكام الناقصة في هذا الشأن، فأضاف في المادة 2/12 من ق.م.ج مصطلح الانفصال الجسماني لتصبح الفكرة المسندة شاملة لكل طرق انحلال الزواج[77]، والتي جاء نصها: "**يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**".

ومفاد هذا النص، أن المشرع الجزائري، قد أخضع الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والذي تعرض له خلال التعديل الجديد، وهذا لأهميته، إذ من شأنه تسهيل مهمة القاضي في التكييف، إذا عرض عليه نزاع يتعلق بأجانب يجيز قانونهما الشخصي هذا النظام. فإذا عرض على القاضي الجزائري، مسألة الانفصال الجسماني لزوجين متوطنين في الجزائر، وكان الزوج فرنسي الجنسية والزوجة مصرية مثلا، فإن القاضي سوف يلجأ لتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية الزوج.

فالمشرع الجزائري أخذ بضابطين فيما يخص مسألة القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني، ضابط الجنسية، وضابط وقت رفع الدعوى. ومنه نستخلص أن المشرع الجزائري وحّد

---

[75]–هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.534.

[76]–تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص175.

[77]–جندولي فاطمة زهرة، **انحلال اللرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص ص.15–16.

قاعدة الاسناد فيما يخص الطلاق والانفصال الجسماني، ويتمثل في قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إلّا أنه لم يتوقف عند هذا الحد، وإنما نص على تطبيق قانون جنسية الزوج لكن "**وقت رفع الدعوى**"، إذن فبإضافته لهذا المعيار الزمني قد قام بحل مشكلة التنازع المتحرك الناشئة عن التغيير في ضابط الجنسية[78].

أما في القوانين المقارنة فنجد القانون الأردني كقاعدة عامة يخضع الانفصال الجسماني لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى، ونص عليه في المادة 2/14 من ق.م.أ[79]، ومما يؤخذ على هذا الاتجاه أنه يؤدي إلى الإضرار بالحقوق المكتسبة للزوج الآخر، كأن يكون قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لا يجيز الطلاق، فتغييره لجنسيته بعد الزواج يترتب عليه نقل الاختصاص (قاعة الاسناد) إلى قانون الجنسية الجديد والذي يجيز الانفصال والطلاق[80].

ونجد أيضا القانون المصري في مسألة الانفصال الجسماني أوردها في المادة 2/13 من ق.م.م التي تنص: "**يسري التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى**".

ومفاد هذا النص، أنه هجر الضابط الاحتياطي السائد في معظم التشريعات المقارنة مثل القانون الألماني الذي يأخذ بضابط قانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للزوجين، واحتياطيا يأخذ بضابط قانون الدولة التي يحتفظ معها الزوجان بأكثر الروابط وثوقا وكذلك بضابط وقت ابرام الزواج، وكذلك نجد القانون الأردني، فهو يتبنى ظابط الجنسية دون ضابط الموطن[81].

---

(78)–أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص. 145.

(79)–عامر محمد الكسواني، **تنازع القوانين**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ا لأردن، 2010، ص.163.

(80)–حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون**، دراسة مقارنة، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص.114.

(81)–أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2008، ص.ص.338–339.

المطلب الثاني

استبعاد قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

يعتبر ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني ميل لجنسية الزوج، وعدم تكريس المساواة بين الرجل والمرأة التي كرّسته أغلب قوانين دول العالم.بالتالي كان من الأجدر الأخذ بضابط الجنسية المشتركة للزوجين، واتخاذ المشرع الجزائري للمعيار الزمني "**وقت رفع الدعوى**" فهو يؤثر على مصلحة الزوجة **(الفرع الأول)**، وسنرى مدى امكانية تطبيق القانون الجزائري على الانفصال الجسماني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

المشاكل التي تنجم عن اتخاذ جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري، بذلت جهودا لوضع معيار محكم وعام يحكم قاعدة اسناد للانفصال الجسماني، وهي جنسية الزوج لكن "**وقت رفع الدعوى**" إلاّ أنها أدّت بها لإنتقادات وآثار سلبية تؤثر على حقوق الزوجة مقارنة بالزوج[82].

نجد المشرع الجزائري في المادة 2/12 السالفة الذكر، لم يعمد إلى تكريس المساواة بين الرجل والمرأة فقد رجّح جنسية الزوج على جنسية الزوجة، ومن بين هذه الانتقادات نجد:

- التعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين، بمعنى أن تحقق مصلحة الزوج على حساب مصلحة الزوجة.

- يمكن أن يفاجئ الزوج زوجته باختيار قانون يحكم بالانفصال الجسماني طبقا لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج، فهذا يعتبر تعسف للقانون الخاص بانحلال الزواج، أي قد يحدث أن يلجأ الزوج إلى تغيير جنسيته وذلك لتغيير القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني خاصة إذا كان القانون الجديد يقدم له ضمانات أفضل من التي يقدمها له قانون جنسيته عند ابرام عقد الزواج، ذا ما يعرف بالتحايل على القانون[83].

---

[82]–تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص. 178.

[83]–جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص. 16.

- قد تنشأ صعوبة من جراء تغيير جنسية الزوج بين زواجه وطلاقه، أو من جراء تعديل التشريع الداخلي وذلك قد يؤدي إلى أن يكون الزواج قد تمّ في ظلّ قانون معين، والانفصال يتم في ظل قانون آخر، وقد يكون ذلك اضرارا بالنسبة للزوجة [84].

- كان من الأولى أو الأفضل أن يعتد المشرع بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لكلا الطرفين، والذي رضي به كل منهما الارتباط به، فليس من العدل أن تفاجأ الزوجة بقانون آخر عند تغيير الزوج لجنسيته.

المشرع التونسي لتفادي هذا الإشكال أعطى ثلاثة حلول ليكرّس مبدأ المساواة بين الزوجين وتتمثل في:

- القانون الوطني المشترك للزوجين وقت رفع الدعوى.
- في غياب ذلك، قانون آخر موطن مشترك.
- وفي الأخير قانون القاضي[85].

الفرع الثاني

مدى تطبيق القانون الجزائري وحده على الانفصال الجسماني

يمكن تطبيق القانون الجزائري على الانفصال الجسماني، في حالتين وهما: حالة تطبيق القانون الجزائري وقت رفع الدعوى **(أولا)**، وحالة إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج **(ثانيا)**.

أولا: حالة كون الزوج جزائريا وقت رفع الدعوى

أخضع المشرع الجزائري مسألة الانفصال الجسماني للقاعدة العامة، وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، حسب المادة 2/12 من ق.م.ج والتي تنص: "**يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى**"، حيث تطبق

---

[84]-موحند اسعاد، **القانون الدولي الخاص**، ج1: قواعد التنازل ترجمة عن د.فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، 1989، ص.311.

[85]-عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص.234.

هذه القاعدة إذا كان الزوج جزائريا وقت رفع الدعوى، بمعنى أن نطبق القانون الجزائري إذا كان الزوج وقت رفع الدعوى يتمتع بالجنسية الجزائرية؛ يطبق حكم هذه القاعدة حتى وإن كان الزوج يحمل جنسية دولة أخرى، ولو كانت هذه الاخيرة جنسية فعلية .وهذا تطبيقا لنص المادة 2/22 ق.م.ج التي جاء نصها كالآتي: "**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 الدول**".

نستخلص من هذا النص، أنه في حالة تمتع الشخص بأكثر من جنسية، وعدم وجود جنسية جزائرية من بين هذه الجنسيات، وطرح نزاع في هذه الحالة نطبق الجنسية الحقيقية (الفعلية)؛ أما اذا وجدت جنسية جزائرية من بين هذه الجنسيات فعلى القاضي تطبيق القانون الجزائري[86].

المشرع الجزائري وضع نص المادة 2/12 السالفة الذ كر، للاعتراف بالحقوق المكتسبة عن الانفصال الجسماني، وليس لإنشاء حق الانفصال، فإذا أنشأ حق انفصال جسماني في دولة أجنبية، وطبقا لقواعد القانون الأجنبي، واكتسب الزوج جنسية جزائرية وقت رفع الدعوى إذن نطبق القانون الجزائري[87].

ثانيا: حالة كون أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج

إذا كانت القاعدة العامة في القانون الجزائري، وسائر التشريعات العربية، تستوجب خضوع مسألة الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فإن هناك استثناء مفاده تطبيق القانون الوطني كلّما كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 13 من ق.م.ج التي تنص: "**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**".

---

[86]–علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص.60.

[87]–أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص.149.

– المشرع الجزائري أخضع مسألة الانفصال الجسماني للقانون الجزائري، وهذا ما يثير عدة اشكالات لأن القانون الجزائري لا يعرف هذا النظام لأنه مخالف للنظام العام، وبالتالي فالمشرع الجزائري لم ينظمه في قانون الأسرة، لذا يستحيل تطبيق نص المادة 13 خاصة إذا تنازل الزوج أو الزوجة عن الجنسية الجزائرية فلا يوجد ما يربطهما بالجزائر، وتطرح في هذه الحالة مدى قيمة هذه المادة لاسيما عندما تطبق من طرف القاضي[88].

خلافا للتشريعات الأخرى نجد المشرع الجزائري أخذ بضابط الجنسية في موضوع الأحوال الشخصية، حيث أدى ذلك إلى ظهور العديد من المشاكل، التي لابدّ من ايجاد حلولا ملائمة لها فيما يخص تنازع القوانين عامة، والانفصال الجسماني خاصة، ومن بين هذه الحلول نقترح:

– اخضاع صحة الانفصال الجسماني للقانون الذي أنشأ الحق، بمعنى أنّ المشرع الجزائري لما أدرج مسألة الانفصال الجسماني في المادة 12 /2 ق.م فهو أقرها لمواجهة النزاع المتعلق بحق مكتسب فقط، وليس لإنشاء حق الانفصال، عكس الدول الغربية التي أقرت، ووضعت نص خاص لإنشاء حق الانفصال، فمثلا إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري من طرف زوجين فرنسيين قد حكم عليهما بالانفصال الجسماني في فرنسا وفق القانون الفرنسي، فالقاضي يطبق أحكام هذا القانون فهنا القاضي يحكم على أساس حق مكتسب، أما إذا عرض عليه إنشاء حق الانفصال فعلى القاضي أن يرفض ذلك لأنه مخالف للنظام العام الجزائري[89].

---

[88]–أوصالح نعيمي وبلعلى جيلالي، المرجع السابق، ص.52.

[89]–أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص.150.

المبحث الثالث

آثار انحلال الرابطة الزوجية

تفسخ الرابطة الزوجية بالطلاق، تستتبعها نتائج قانونية عديدة، يعبّر عنها بالآثار القانونية، التي تترتب بالنسبة للأشخاص فيما يخص علاقات المطلق بالمطلقة، كالنفقة، وعلاقات المطلّق والمطلقة بالأولاد كالحضانة باعتبارها من آثار الطلاق.

عندما ينشأ النزاع حول آثار الطلاق بين زوجين جزائريين، وتقام الدعوى أمام القاضي الجزائري، فهنا لا يطرح مشكل بشأن القانون الواجب التطبيق لحسم نزاعهما، حيث أن القانون الواجب التطبيق هو قانون بلدهما المشترك، سواء تعلق الأمر بالموضوع أو بالإجراءات، لكن الأمر يختلف عندما يكون أحد طرفي الدعوى أو كلاهما أجنبيا، ويحمل جنسية بلد أجنبي، فهنا يتصور وجود تنازع القوانين.

بالتالي يستلزم معرفة أيّ القانونين الواجب التطبيق على النزاع حول آثار الطلاق، ومنها القانون الواجب التطبيق على الحضانة **(المطلب الأول)**، القانون الواجب التطبيق على النفقة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الحضانة

نجد من بين الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، والتي تطرح بكثرة على مستوى محاكمنا، الحضانة التي لا تقل أهمية عن باقي الآثار الأخرى، بل هي من أهم الآثار خصوصا بالنظر إلى العواقب الناجمة عن اسنادها لطرف دون الآخر، وذلك لأنها تتعلق بمصير الأولاد الناجمين عن رابطة الزواج، وتربيتهم، ورعايتهم، فمسألة الحضانة لا تثور غالبا إلا عند وقوع الفرقة بين الوالدين، وانعدام الحياة المشتركة بينهما، بالطلاق أو التطليق.

ورغم الخلاف حول تكييف الحضانة دون المساس بمفهومها، إلا أنها تبقى حق لكل من الحاضنة والمحضون يقوم به الحاضن بواجب الرعاية والتربية.

لم يضع المشرع الجزائري قاعدة اسناد خاصة تحكم الحضانة، وبالتالي يخضع تكييفها لقانون القاضي **(الفرع الأول)**، ويخضع القانون الواجب التطبيق عليها للقانون المدني طبقا للمادة 2/12 **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تكييف الحضانة

الحضانة هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.أ.ج.

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد تخص الحضانة، فالقانون المدني جاء خاليا من قاعدة اسناد للحضانة، لكن نجد أنه نص في هذا الشأن في المادة 09 من ق، م، ج: "**يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه**"، فالخلاف حول القانون الواجب التطبيق يرجع إلى الاختلاف في التكييف القانوني لها.

ولهذا ارتأينا إلى تحديد الطبيعة القانونية لها، فمنهم من رأى بأنها أثر من آثار الزواج، وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، وذهب رأي ثاني بالقول بأنها من آثار الطلاق أو التطليق، باعتبار هذه الأخيرة تشمل، علاقة المطلق بالمطلقة، علاقتهما بالأولاد، وكانت تدفع ترددها بواقعة الحال في الدعوى وهي كون القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، هو بعينه القانون الواجب التطبيق على آثار التطليق لعدم تغيّر جنسية الزوج ما بين وقت الزواج ووقت رفع دعوى التطليق، وبالتالي اخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو قانونه وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال الجسماني، في حين ذهب رأي ثالث إلى اعتبارها من آثار النسب وأخضعها لقانون الأب وقت ميلاد الإبن[90].

---

[90]-عوض الله شيب الله الحمد السيد، **الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجنسية-مركز الأجانب-تنازع القوانين-الإختصاص القضائي الدولي-تنفيذ الأحكام الأجنبية**، ط2، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1997، ص.467.

ذهبت اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتادة للطفل، لأن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بالغير، وهذا ما ذهب إليه القانون الإنجليزي حيث أخضع الحضانة لقانون موطن الطفل.

فيما يخص القانون المصري فقد ذهب إلى اعتبار الحضانة مسألة متعلقة بالولاية على المال، وبالتالي يجب اخضاعها وفقا للمادة 16 ق.م.م أي لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته، والتي جاء نصها: "**يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص التي تجب حمايته**".

القانون الفرنسي لم يضع قاعدة إسناد تحكم الحضانة، بالتالي إعتبرها على أنها من آثار انحلال الزواج، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج، لكن الرأي الراجح لديهم يخضع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون[91].

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على الحضانة

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أحكام الحضانة في المواد 62 إلى 72 حيث جاء في المادة 64 على: "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**". بما أن الحضانة تعتبر من آثار انحلال الزواج، ولا توجد قاعدة اسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 2/12 والتي جاء نصها كالآتي: "**ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى**".

الأمر لا يقف إلى هذا الحد، بل القاضي يلقى صعوبات في موضوع الحضانة، بالخصوص عندما يريد أحد الزوجين الإقامة في بلد أجنبي، أو بخصوص الأولاد الناجمين عن

---

[91]–دربة أمين، المرجع السابق، ص.247.

الزواج المختلط، فالإقامة في بلد أجنبي، والاستطانة فيه يعتبر من مسقطات الحضانة، وهذا تطبيقا لنص المادة 69 من ق.أ.ج التي تنص: "**إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**"، فرغم أن المشرع منح أولوية الحضانة للأم إلاّ أن إقامتها في بلد أجنبي يؤدي إلى سقوط الحضانة عنها. وعلى هذا الأساس أصدرت المحكمة العليا قرارات بشأن اسقاط الحضانة للأم وإسنادها للأب.

حيث أنه لمراعاة مصلحة المحضون عند اسناد حضانته لأحد أبويه وتكمن الصفة الأجنبية في إقامة الأم الحاضنة في بلد أجنبي.

بالرغم من أن محكمة الدرجة الأولى (حكم محكمة الأربعاء ناث ايراثن في 1999/12/21)، أسندت الحضانة إلى الأم المقيمة في فرنسا، وألزمتها بإحضار الأولاد المحضونين كل عطلة صيفية إلى أرض الوطن لتمكين الأب من حق الزيارة إلا أن المجلس ألغى هذا الحكم[92].

في هذا الجانب قرر اسناد حضانة الولدين إلى الأب المقيم في الوطن (قرار مجلس تيزي وزو في 2000/11/29)، لذلك عمدت المدعية في الطعن بالنقض (الزوجة س.ف) برفع الأمر أمام المحكمة العليا طالبة ابطال القرار المطعون فيه.

وبتحليل قرار المحكمة العليا الوارد أعلاه يتضح أنها استنتجت استناد قضاة المجلس إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بشأن الحكم الوارد في المادة 69 من ق.أ.ج التي سبق ذكرها، أي مراعاة مصلحة المحضون في اسناد الحضانة إلى مستحقها المقيم في بلد أجنبي، أو الإذن بنقله إلى بلد أجنبي، وقدرت أن بعد المسافة بين مكان إقامة الأب، وإقامة الحاضنة يحرّم الأب من زيارة أبنائه، ومراقبتهم، ومن الحنان، والعطف عليهم، وهي عوامل اجتماعية ضرورية لتربيتهم،

[92]– الطيب زروتي، **اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه**، ط2، دار هومة، الجزائر، 2016، ص ص.132 –133.

ومن ثم أيد المحكمة العليا ما انتهى إليه القرار المطعون فيه من اسقاط حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي[93].

وقد أصدرت المحكمة العليا أيضا عدة قرارات تقرّ بمصلحة المحضون، وقد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن: إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة، الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون[94].

وقد أكّد على هذا الموقف، قرار آخر حيث أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون:

- حيث أن الطاعنة قد طلبت نقض وإبطال القرار الذي أيد محكمة مستغانم الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد الثلاثة إلى والدهم بدعوى أن قضاة الموضوع قد أسندوا حضانة الولد إلى والده مع أنّ المادة 64 من ق أج، تقضي بأن تسند للأم، لكن قضاة الموضوع قد أجابوا الطاعنة بأن مصلحة الولد تقتضي أن يكون مع والده[95].

فيما يخص الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط، فنجد المجلس الأعلى قد أصدر أحكام قضائية في هذا الشأن:

عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، فإن المجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة مفاده: "**أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا**"، حيث جاء في هذا القرار: "**ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر فالمجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة وقرر أن تسند لأحد الأبوي الذي يسكن بالجزائر سواء كان أمّا أو أبا، والحال أنهما يقيمان معا بفرنسا فتطبق في القضية القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، وتكون حيث يقيمان في فرنسا، وغيرها من الدول الأجنبية**"[96].

---

[93]-زروتي الطيب، **اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، المرجع السابق، .ص** ص.132 -133.

[94]-قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 91671، قرار صادر بتاريخ 23 /06 /1963، م.ق، ع1، 1994، ص.72.

[95]-قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 153640، قرار صادر بتاريخ 18 /02 /1997، م.ق، ع1، 1997، ص ص.39 -41.

[96]-المجلس الأعلى، ملف رقم 56597، صادر بتاريخ 25 /12 /1989، م.ق، ع1، 1991، ص ص.61 -64.

المطلب الثاني

النفقة

تستحق الزوجة المطلقة النفقة على طليقها، فقد تقتضي المحافظة في بعض الأحيان على مصالح كلّ من الزوجين، والأولاد إثر النظر في دعوى التطليق والانفصال، وبالتالي يجب اتخاذ بعض التدابير الضرورية أو المستعجلة.

يختلف القانون الواجب التطبيق على النفقة باختلاف أنواعها، فهناك النفقة الوقتية التي تقوم الزوجة بالمطالبة بها أثناء النظر في الدعوى، ونفقة المتعدة من طلاق. وسنتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على كل نوع منها، حيث سنختص بدراسة القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية **(الفرع الأول)**، والقانون الواجب التطبيق على نفقة العدة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

النفقة الوقتية

تعتبر النفقة الوقتية تلك التي تقوم الزوجة بالمطالبة بها أثناء النظر في دعوى التطليق، ويقصد بهذا الطلب إصدار حكم وقتي، وهو يهدف إلى مواجهة حاجة الزوجة العاجلة حتى لا يترتب على بطء القضاء أضرار تلحق بها، وهذا الحكم ليس من شأنه التأثير في جوهر النزاع.

أولا: تكييف النفقة

تنوعت الآراء حول تكييف النفقة الوقتية، حيث ذهب رأي أول إلى اعتبار هذه النفقة من مسائل التطليق، وأخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، تعرض هذا الأخير للنقد على أساس أنّ نفقة التطليق لا تستحق إلا بصدور حكم بالتطليق، وعندئذ نكون بصدد نفقة المرأة المطلقة، أما قبل ذلك فلا يجوز القول بأنّ النفقة الوقتية تدخل في فكرة التطليق وهو لم يتحقق بعد، ذهب فريق آخر إلى تكييف النفقة على أنها من الإجراءات الوقتية، التي يطلب من القاضي اتخاذها لاعتبارات تتعلق بعوز الخصم من جهة، ومصلحة الدولة في تدبير حلّ سريع لحالة من

حالات الضرورة من جهة أخرى[97]، إذن فالأمر لديهم يتعلق بالإجراءات التي تخضع للمادة 22 من ق.م.م[98] التي تقضي باخضاعها لقانون القاضي.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق عليها

تعتبر النفقة الوقتية كتدبير مؤقت مستعجل، يحكم بها القاضي لصالح الزوجة المطلقة، ريثما يفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطلاق، من أجل المحافظة على الحد الأدنى لمعيشتها، والقانون الذي يحكمها هو قانون القاضي.

المشرع الجزائري لم يحدد القانون الواجب على الإجراءات الوقتية، وبما أنّ النفقة تدخل ضمن الإجراءات الوقتية إلى حين صدور التعديل الذي أخضعها لقانون القاضي[99]، وهذا ما نصت عليه المادة 21 مكرر من ق.م.ج التي جاء نصها على النحو التالي: "**يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات**"[100].

الفرع الثاني

نفقة المعتدة من طلاق

العدة هي المدة أو الحيّز الزماني التي تكون الزوجة المطلقة ملزمة لاحترامها إمتثالا لأوامر الشرع والقانون، قبل إقدامها على الزواج من جديد، ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ النطق بالحكم بالطلاق، وللعدة عدة أنواع منها: عدة المتوفى، عدة المطلقة، ونحن سنخص بدراسة عدة المطلقة.

فللمطلقة الحق في النفقة، وهذا يعني الطلاق بإرادة الزوج أو الزوجة المنفردة أو إرادتهما المشتركة، فإن الزوج ملزم بدفع النفقة لمطلقته المعتدة خلال كلّ فترة عدّتها، وهذا طبقا للمادة 61 من ق.أ.ج التي تنص: "**لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أووفاة زوجها إلاّ في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة**

---

[97]–هشام خالد، المرجع السابق، ص ص.802، 806.

[98]–المادة 22 من ق.م.م: "**يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات**".

[99]–نسرين شريقي، سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص.65.

[100]–قانون رقم 05 –10.

الطلاق"، والقاضي هو الذي يقوم بتحديد نفقة العدة، ويشير إليها في الحكم الذي يقضي فيه بالطلاق، غير أنّ المطلقة التي تكون في حالة نشوز فإنها تفقد حقها في نفقة العدة الذي يسقط شرعا.

المشرع الجزائري لم يضع أي قاعدة إسناد تخص نفقة العدة للمطلقة في القانون المدني بل اكتفى بالنص على النفقة بين الأقارب، وأدرجها ضمن الأحوال الشخصية (أي قانون الأسرة)، ووضع لها ضابط إسناد خاص بها حيث أخضعها لقانون المدين بها، أي قانون جنسية الشخص المطالب بهذا الإلتزام، المتمثل في النفقة على أقاربه هو الواجب التطبيق، وليس قانون جنسية الشخص الذي وجدت النفقة من أجله، وهذا ما نصت عليها المادة 14 من ق.م.ج: "**يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها**".

من خلال دراستنا لهذا الفصل، يتضح لنا أنّ موضوع انحلال الرابطة الزوجية، والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص يعدّ موضوعا حسّاسا، فالمشرع الجزائري بعد تعديله للقانون المدني سنة 2005 قد أخضع مسألة انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وذلك في المادة 1/12 ق.م.ج، وأضاف مسألة الانفصال الجسماني في الفقرة الثانية من نفس المادة، على خلاف التشريعات العربية كالتشريع السوري، والمصري، والعراقي، حيث ميزت بين الطلاق والتطليق وأخضعت كل مسألة لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين، حيث أسندت الطلاق لقانونه عند النطق به، وأسندت التطليق لقانونه عند وقت رفع الدعوى.

نجد أنّ اتخاذ جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كضابط اسناد قد يؤثر على مصلحة الزوجة، بمعنى تحقق الزوج على حساب مصلحة الزوجة، إذ يمكن للزوج تغيير جنسيته وذلك لتغيير القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية، وهذا يعتبر تعسف نحو القانون.

يثير انحلال الرابطة الزوجية مشكلة الآثار التي تترتب عنها المتمثلة في الحضانة، والنفقة حيث نادى بعض الفقهاء لإخضاع الحضانة لقانون جنسية الأب، أما القانون الفرنسي فقد أخضعها للقانون الشخصي للطفل المحضون، وذلك حماية لمصلحة المحضون، وعليه فإنّ مشاكل الحضانة كثيرة الوقوع في مجال الزواج المختلط، وغالبا ما تعرض أمام القضاء الجزائري، ويسندها إلى القانون الذي يحكم آثار الانحلال إعمالا لنص المادة 2/12ق.م.ج أي لقانون جنسية الزوج

وقت رفع الدعوى، فالمشرع الجزائري لم يضع قاعدة اسناد خاصة تحكم الحضانة، والنفقة حيث اكتفى بذكر النفقة بين الأقارب وفقا للمادة 14.

زيادة على ذلك، فإنّ قواعد التنازع حول انحلال الرابطة الزوجية وآثارها لابد من مراعاة أحكام المادة 13 من ق.م.ج وهو سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وذلك لتسهيل مهمة القاضي الجزائري في تطبيق القانون الوطني.

خاتمة

خاتمة

نستنتج أنّ الزواج رابطة أسرية وقانونية، ومن أهمّ العقود التي تضمن سير المجتمعات وديمومتها، وتختلف باختلاف العادات والأعراف، بالتالي تتدخل الدول بتشريعاتها لتنظيم هذا الزواج، ممّا يسبب اختلاف في التشريعات، وتنازعا في القوانين، ولهذا اتّبعت الدول حلاّ تمثل في تحديد فئات ضمّتها في فكرة مسندة، وذلك بإسنادها إلى قانون معين، يسمى ضابط الإسناد إلاّ أنها تباينت في تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الزّواج منذ انعقاده إلى غاية انحلاله.

بالنسبة لشروط انعقاد الزواج نجد المشرع الجزائري، يفرق بين الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج، وبين شروطه الشكلية، حيث أنه أسند الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أمّا الشروط الشكلية فقد ساير القاعدة العالمية التي تخضع شكل العقد لمكان إبرامه، إضافة إلى ضوابط إسناد احتياطية تحكم هذه الشروط، إما لقانون الجنسية المشتركة، أو قانون الموطن المشترك، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية. وتوجد صعوبة في تحديد هذه الشروط، ما إذا كانت من قبيل الشروط الموضوعية أو من قبيل الشروط الشكلية، فالمشرع ترك في هذه الحالة الأمر للقاضي المعروض أمامه النزاع السلطة التقديرية في تحديدها طبقا لقانونه الوطني، على أساس أنّ التكييف يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

إذا انعقد الزواج صحيحا، فهو يرتب آثار تنقسم إلى آثار شخصية، وأخرى مالية، فالآثار الشخصية تتمثل في النسب الذي أخضعه المشرّع لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، التبني لقانون جنسية كل من المتبني والمتبنّى وقت إجراءه، أما فيما يتعلق بآثاره فأسنده لقانون جنسية المتبني، ونجد كذلك من بين هذه الآثار أهلية المرأة المتزوجة التي أخضعها لقانونها الشخصي، فيما يخص الآثار المالية فيمكن تلخيصها في النفقة، والنظام المالي، نظام الدوطة أو البائنة، فنجد أنّ المشرع الجزائري وضع قاعدة إسناد واحدة، وهي قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بصريح المادة 12 في فقرتها الأولى من القانون المدني المعدلة.

غير أنه إذا تعددت جنسية الزوج أو الأب في هذه الحالة تطبق الجنسية الحقيقية أو الفعلية، أما إذا كان يتمتع بالجنسية الجزائرية من بين تلك الجنسيات في هذه الحالة نطبق القانون الجزائري وذلك طبقا للمادة 22 من القانون المدني الجزائري.

من أكثر المسائل التي تثير المنازعات في الرابطة الزوجية هو انحلالها، فالزواج كأي عقد من العقود ينحلّ بطرق متعددة، فأخضع المشرع الجزائري حالات انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، حيث لم يفرق بين هذه الحالات وأخضعها لضابط إسناد واحد، هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون المدني المعدلة، في حين ذهبت بعض التشريعات العربية المقارنة، التي ميّزت بين الطلاق والتطليق وأخضعت كل مسألة لقانون جنسية الزوج في وقتين مختلفين، أسندت الطلاق لقانونه عند النطق نه، وأسندت التطليق لقانونه عند وقت رفع الدعوى، وأخذت بهذا الحكم بعض الدول العربية مثل سوريا، العراق، مصر.

أدخل المشرع الجزائري نظام الانفصال الجسماني في الفقرة الثانية من المادة 12، الذي هو شائع ومنتشر في الدول الغربية، فمفهوم الانفصال الجسماني يختلف عن الطلاق والتطليق بذلك لا يمكن إخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لنفس الأحكام باعتبارهما مفهومين مختلفين، ولهذا يجب التمييز بينهما من حيث ضابط الاسناد المعتمد.

المشرع الجزائري اعتمد على ضابط اسناد واحد فيما يخص الطلاق والانفصال الجسماني، وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وقد يؤدي هذا الضابط بالتأثير على مصلحة الزوجة، ذلك بأنها يمكن أن يؤدي إلى عدم المساواة بين الرجل والمرأة، ويمكن أن يفاجئها بقانون لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج.

المشرع الجزائري لم ينص صراحة، أو لم يضع قاعدة إسناد خاصة تحكم الحضانة، لكن باعتبارها أثر من آثار انحلال الزواج فيسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لهذا على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص، ووضع قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة.

من بين آثار انحلال الزواج أيضا النفقة الوقتية التي تعتبر من الاجراءات الوقتية التي أخضعها المشرع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

إنّ قواعد التنازع التي سبق ذكرها في مجال الزواج من شروط انعقاده، والآثار التي تترتب عنه إلى انحلاله وآثاره، لابدّ من مراعاة أحكام المادة 13 من القانون المدني، وهو سريان القانون

الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وذلك لتسهيل مهمة القاضي الجزائري لتطبيق القانون الوطني، وبالأخص لحماية المصالح الوطنية.

وكذلك يجب تقدير مسألة النظام العام التي تعتبر مهمّة صعبة ودقيقة في نفس الوقت، لأنها تختلف من دولة إلى أخرى، بالتالي على القاضي أن يوازن بين نقطتين رئيسيتين حيث يتعين عليه أن يحترم خصوصيات العلاقات الدولية الخاصة، ويراعي التعاون المبذول من طرف الدّول لتنظيم هذا النوع من العلاقات، ويجب عليه أن لا يسمح لأي قانون أجنبي أن يعبث في المبادئ الجوهرية لدولته، أو يمس بمصالح مجتمعه.

نستنتج من خلال دراستنا هذه عدة نقاط كان على المشرع تداركها وهي:

- تعديل نص المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني، وذلك بإخضاع انحلال الزواج للقانون الشخصي المشترك للزوجين، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين، وإلا فيطبق القاضي قانونه.
- وضع قاعدة إسناد خاصة بالانفصال الجسماني، وذلك بإخضاعه لقانون الدولة التي نشأ فيها الحق وهذا ما سيؤدي إلى الحقوق المكتسبة.
- إعادة صياغة نص المادة 13 من القانون المدني، وذلك بتطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى، مع عدم تطبيق هذا النص على الانفصال الجسماني.

وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وذلك بإسنادها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، أو قانون الأب، أو قانون مقر الطفل. مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

قائمة المراجع

- **القرآن الكريم**

أولا: باللغة العربية

أ. الكتب

1. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة تحليلية، ط1، ط2، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010.

2. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

3. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، د.ب.ن، 2002.

4. أمين حسن يونس، أثر الزاني في مسائل الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2010.

5. بلحاج العربي، الموجز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2005.

6. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ط2، ط7، دار محدلاوي للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1993.

7. دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة لتنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، ط1، الأردن، 2010.

8. زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ط2، دار هومه، الجزائر، 2016.

9. ـــــــــــــ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، د.د.ن، الجزائر، د.س.ن.

10. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

11. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

12. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

13. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، 1986.

14. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط1، ط2 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

15. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط2، دار هومه، الجزائر، 2011.

16. عوض الله شيب الله الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص–الجنسية–مركز الأجانب، تنازع القوانين–الاختصاص القضائي الدولي–تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

17. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية –دراسة مقارنة– ط2، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

18. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

19. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، د.ط، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات حلب، د.ب، 2008.

20. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

21. موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازل: ترجمة عن د.فائز أنجق، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

22. نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجنسية، ط1، دار بلقيس للنشر الجزائري، الجزائر، 2013.

23. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة، النظرية العامة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.

24. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، د.ط، منشأة المعارف الاسكندرية، د.ب، 1993.

ب. الرسائل والمذكرات الجامعية

– دكتوراه

بودومي عبد الرحمان، التبني والكفالة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم القانون الخاص، الجزائر، 2016.

– الماجستير

1. جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011.

2. خولة بوخلخال، التبني في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة مقاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، 2017.

3. زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري والعلاقات الدولية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير، تخصص القانون الدولي الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011.

– الماستير

أوصالح نعيمي وبلعلى جيلالي، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الدولي الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2014.

ج. المقالات

- المقالات الأكاديمية

1. أيت منصور كمال، "إشكالية القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني والتبني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني عدد2، بجاية، 2010.

2. خليل إبراهيم محمد، "تنازع القوانين في مسألة النفقة"، مجلد الرافدين للحقوق، المجلد 11، عدد 40، جامعة الموصل، 2009.

3. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، مقال منشور في مجلة دفاتير السياسة والقانون، صدر بجامعة مولاي الطاهر، عدد4، جانفي، 2011.

- الملتقيات

1. مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، مداخلة في الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة بجاية، يومي 23 و24 أفريل 2014.

2. تواتي نصيرة، "إشكلات خضوع الإنفصال الجسماني لضابط الجنسية"، مداخلة في الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة بجاية، يومي 23 و24 2014.

-مجلات المحكمة العليا

1. المجلس الأعلى، ملف رقم 56597، صادر بتاريخ 1989/12/25، مجلة قضائية، عدد1، 1991.

2. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 91671، قرار صادر بتاريخ 1963/06/23، مجلة قضائية، عدد 1، 1994.

3. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم، 153640، قرار صادر بتاريخ 1997/02/18، مجلة قضائية، عدد1، 1997.

4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1998/02/27، ملف رقم 170082، م.ق، عدد1، 2000.

د. النصوص القانونية

- النصوص التشريعية

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد78 صادر في 30-09-1975، معدل ومتمم.

2. قانون رقم 81-11 مؤرخ في 09 جوان سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج. عدد11 صادر في 12-06-1984، معدل ومتمم.

3. قانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية.

4. القانون رقم 131لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.

5. القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 01/08/1976 أصبح قانونا "دائميا" بموجب إعلان إعتبار القانون المؤقت رقم 1976/43 قانونا دائميا لسنة 1996 المنشور على الصفحة 829 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4106 بتاريخ 16/3/1996 ويسمى هذا القانون القانون المدني سنة 1976 ويعمل به من 1-1-1977.

ثانيا: الكتب باللغة الفرنسية

A. Ouvrages

1. DERRUPE Jean, Droit international prive ,13^{éme} Edition, Dalloz, Paris, 1999.

2. Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, Droit international privé, 2emeédition, Presses Universitaires de France, Paris, 2007.

3. Mayer Pierre, DROIT INTERNATIONAL PRIVE, 5eme Edition, delta, Paris,1996.

فهرس

مقدمة 1

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وآثاره

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج 8

المطلب الأول: الإشكاليات المعترضة لتطبيق قانون الجنسية 8

الفرع الأول:التطبيق الجامع 9

الفرع الثاني:التطبيق الموزع 10

الفرع الثالث: سريان القانون الجزائري وحده(استثناء) 11

المطلب الثاني: النظام العام بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج 11

الفرع الأول: النظام العام في الجزائر 12

الفرع الثاني: فكرة النظام العام في فرنسا 13

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج 14

المطلب الأول: الاختصاص المحلي 15

الفرع الأول: قانون الشروط الشكلية للزواج 15

الفرع الثاني: الزواج المعقود أمام القنصل الجزائري 17

المطلب الثاني: تحديد الفكرة المسندة الخاصة بالشروط الشكلية 18

الفرع الأول: مدى امكانية تطبيق قاعدة لوكيس 18

الفرع الثاني: إثبات الزواج 21

المبحث الثالث: آثار الزواج 22

المطلب الأول: الآثار الشخصية 23

الفرع الأول: النسب 23

الفرع الثاني: التبني 25

الفرع الثالث: أهلية المرأة المتزوجة 28

المطلب الثاني: الآثار المالية 29

الفرع الأول: النفقة 29
الفرع الثاني: نظام الاتحاد المالي واستقلاله 30
الفرع الثالث: نظام الدوطة أو البائنة 31

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية وآثارها

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية..... 35
المطلب الأول:اخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج..... 35
الفرع الأول: تطبيق قاعدة جنسية الزوج وقت رفع الدعوى..... 36
الفرع الثاني: المعيار الزمني 38
المطلب الثاني: إخضاع انحلال الرابطة الزوجية للقانون الجزائري 39
الفرع الأول: مضمون تطبيق قاعدة القانون الجزائري..... 39
الفرع الثاني: انتقاد المادة 13 (الاستثناء)..... 41
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني..... 43
المطلب الأول: خضوع الانفصال الجسماني لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى 43
الفرع الأول: قاعدة الانفصال الجسماني..... 44
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني 45
المطلب الثاني:استبعاد قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى 47
الفرع الأول: المشاكل التي تنجم عن اتخاذ جنسية الزوج وقت رفع الدعوى..... 47
الفرع الثاني: مدى تطبيق القانون الجزائري وحده على الانفصال الجسماني 48
المبحث الثالث: آثار انحلال الرابطة الزوجية 51
المطلب الأول: الحضانة 51
الفرع الأول: تكييف الحضانة..... 52
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة..... 53
المطلب الثاني: النفقة 56

الفرع الأول: النفقة الوقتية 56
الفرع الثاني: النفقة المعتدة من طلاق..... 57
خاتمة 61
قائمة المراجع..... 65
فهرس..... 72

ملخص

تعد المسألة المتعلقة بتنازع القوانين في الزواج، وانحلاله وآثارهما في القانون الدولي الخاص موضوعا شائكا، وهو يثير اشكالات متعددة من الناحية العملية، وذلك راجع إلى تشابك العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من مختلف الجنسيات، ومن أجل حسم مشكلة التنازع في القوانين وضعت قواعد قانونية اصطلح على تسميتها بقواعد الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق ما لم يوجد مانعا يحول دون ذلك والمتمثل في الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون، ويلزم لإعمالها أن يكون الاختصاص القضائي ثابتا فعلا في المحاكم الجزائرية، وذلك بموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي، حيث أخضع المشرع شروط انعقاد الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وذلك بموجب المادة 12من ق.م.ج، وأخضع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وذلك بموجب المادة 12، لكن إستثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يسري وحده.

Résume

Le problème lie au conflit des lois dans le mariage sa dissolution et leursimpactes dans le droit international prive est considère un sujet complexe et un sujet d excitation de nombreuse problématique du point de vue opérationnel et ceci est due aux interactions des relations entre les personnes physiques ou les concédérés de différentes nationalités et dans le but de mettre fin au problèmes du conflit dans les lois , des règles juridiques sont mises en places et par convention sont appelées les règles d’appuis pour d’élimiter l loi qu’il faut appliquer dans le cas d’absence d’une contrainte empêchant cela , et qui se présente sous forme de repoussement de l’ordre public et la fraude envers la loi , et oblige pour son exploitation , une compétence judiciaires sincèrement vérifiée au sein des tribunaux algériens et ceci vu les règles de la compétence judiciaire internationale , par conséquent , le législateur a subordonné les conditions de close de mariage au code de la nationalité du mari au moment de la rédaction de l’acte et cec vu l’article 12 du code civil algérien (cca) et a soumis le divorce à la loi de la nationalité du mari au moment du déclenchement de l’action judiciaire et ceci vu l’article 12 , mais par referendum , si l’un des mariés algériens au moment d close du mariage , c’est l loi algérienne qui tranche .