جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق / قسم العلوم السياسية

القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة.

من تقديم الطالب(ة):

بن عيش أميرة

أودينة سميرة

تحت اشراف:

د/ قاري علي.

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
يوب محمد	أستاذ محاضر	رئيسا
قاري علي	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
جدع أمال	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جويلية 2022

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق / قسم العلوم السياسية

القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة.

من تقديم الطالب(ة):

بن عيش أميرة

أودينة سميرة

تحت اشراف:

د/ قاري علي.

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
يوب محمد	أستاذ محاضر	رئيسا
قاري علي	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
جدع أمال	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جويلية 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شکر وتقدیر

شكر وتقدير:

الحمد لله والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى أما بعد:

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى.

ومن هنا أود التقدم بالشكر والعرفان الى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي واخوتي.

وبشكر خاص الى الأستاذ الدكتور المشرف قاري علي جزاه الله خيرا، وزميلتي أودينة سميرة.

كما لا يفوتني أن أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين، الذين تحملوا عناء قراءة هذا البحث.

والى قسم الحقوق من أساتذة الى زملائي دفعة 2022 جميعا.

وأخيرا دعوانا أن نحمد الله رب العالمين ووفقنا الله جميعا.

اهداء

اهداء :

الى عائلتي حائطي العظيم الذي أسند عليه ظهري.

الى أساسها الأكبر الذي يحمل وزن هذا الحائط ويمنعه من الانهيار أمي

وأبي.

الى مؤنسات روحي أخواتي نرجس ماجدة ألاء وأمينة الى رجلي الصغير

برهان الدين.

الى من يألف غرابتي حين لا آلفها صديقاتي.

الى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم هذه الورقة.

الى كل من كان عونا لنا ولم يبخل علينا بتشجيعاته، وساعدنا من قريب أو بعيد.

والي أنا لأنني استطعت تجاوز هذه السنة.

أميرة.

اهداء :

ربي لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا ولك الحمد على كل حال.

أهدي ثمرة جهدي الى التي كانت شمعة تحترق لتيسير طريقي ولتحقيق أحلامي.

الى من علمتني أن الدنيا كفاح ونظام وأن اليأس عدو الآمال الى مبعث فخري واعتزازي الى أمي الغالية.

الى رمز القوة الذي حملني بين ثنايا كتفيه الى من علمني النجاح والكفاح وعاش حتى يراني كما أتمنى.

الى الذي لا أقوى على بعده ولا أسأم لقربه وأخاف على بعده أبي حفظه الله.

الى زوجي سندي في الحياة كمال والى ابني أبي رسيم.

الى كل اخوتي وأخواتي عدنان ورضوان وماجدة ودلال وليندة وسمية وابتسام والى صديقاتي أميرة ونسرين ورانيا وآية ومنال وحنان وبيسو.

والى الكتاكيت رائد والين وبراء وملاك.

سميرة.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

ق: قانون.

ق م: القانون المدني.

ق أ: قانون الأسرة.

ص: صفحة.

مقدمة

مقدمة:

سابقا كانت الدول لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على اقليمها، لكن نظرا لتطور وسائل النقل والاتصال وارتفاع نسبة الهجرة أصبحت الدول تقبل بذلك على أساس مبدأ العدالة، حيث أن الدول أصبحت تضم فضلا عن مواطنيها رعايا أجانب، وبما أن الانسان بطبيعته كائن يحتك بأفراد مجتمعه مما يؤدي ذلك الى انشاء تصرفات وخلق معاملات بينه وبين غيره، ومن أهم هذه التصرفات نجد عقد الزواج.

يعتبر عقد الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والحفاظ على الأنساب من الاختلاط[1].

لا يطرح نزاع اذا كان طرفي عقد الزواج من نفس الدولة، لأنهم يخضعون لسيادة تشريعية واحدة، أما اذا تبين أن أحد الأطراف أو كلاهما أجنبي الجنسية فهنا يؤدي الى ظهور ما يسمى بالزواج المختلط، حيث لا يمكن الفصل في منازعات الزواج المختلط الا من خلال لجوء القاضي الى تطبيق قواعد الاسناد الوطنية التي هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها ارشاد القاضي الى القانون المختص على المسائل الوطنية المشتملة على عنصر أجنبي، و تتركب هذه القاعدة من عنصرين هما الفئة المسندة وهي عبارة عن مجموعة من المسائل المتشابهة و المتقاربة وضعها المشرع نظرا لكثرة المسائل القانونية، ثم ربط هذه الفئة بضابط خاص يدعى ضابط الاسناد لتحديد القانون المختص، لذا فهو أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند اليه[2].

وفي مقابل ذلك قد تعتري العلاقة الزوجية في بعض الأحيان مشاكل قد تؤدي الى انحلالها وذلك بسبب اختلاف الثقافات والحضارات والعادات والأعراف بين الدول

[1] المادة 04 من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27 _02_2005. منشور في الموقع الالكتروني www.joradp.dz، تاريخ الاطلاع: 07_01_2020.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، الجزء 01، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص67، 68.

وبهذا أصبح انحلال الزواج المختلط الحقل الخصب لتنازع القوانين[1]، خاصة مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم المسألة محل النزاع، اذ يجب على القاضي المفاضلة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني وتطبيقه لتحقيق العدالة القانونية، غير أنه قد تعترضه صعوبات في تطبيق القانون الأجنبي اذا أشارت قواعد الاسناد الى ذلك كحالة تعدد أو انعدام الجنسية أو حالة تعدد التشريعات في البلد الواحد.

قد يرتب انحلال الزواج المختلط والانفصال الجسماني مسائل تطرح إشكالات عديدة خاصة في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ذلك أن موضوع انحلال الرابطة الزوجية لا يحكمها قانون واحد في معظم التشريعات ويختلف في نظامه من دولة لأخرى، فنجد بعضها يخضعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج والانفصال الجسماني، أما البعض الآخر فنجده يخرجها عن نطاق هاته القاعدة.

والقاضي في طريقه لتطبيق القانون الأجنبي كما أشارت قاعدة الاسناد قد يتبين له أن هذا القانون يتعارض في مضمونه مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية في قانون دولته، أو قد يتضح له أن الأطراف قد تحايلوا على القانون المختص بواسطة الغش نحو القانون، الأمر الذي يلزمه باستبعاد هذا الأخير.

أولا: أهمية الموضوع:

- ✓ موضوع انحلال الزواج المختلط موضوع خصب لتنازع القوانين.
- ✓ يعتبر موضوع انحلال الزواج من المواضيع التي هي بحاجة الى دراسة ومناقشة وتحليل نظرا لأهميته خاصة وأن المشاكل التي يثيرها على صعيد العلاقات الدولية متعددة ومتنوعة.
- ✓ يرتبط موضوع انحلال الزواج والانفصال الجسماني بفكرة النظام العام وتأثره بعوامل محيطة تختلف من مجتمع لآخر.

[1] فاطمة الزهراء جندولي، **الأسباب الإدارية لانحلال الزواج وإشكالية تنازع القوانين (دراسة على ضوء القانون الجزائري والقوانين المقارنة**، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، العدد 01، 04_2021، ص664، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 18_02_2022.

ثانيا: الإشكالية:

- ✓ ما هو نطاق القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية المشتملة على العنصر الأجنبي؟

ويندرج تحت هذا التساؤل عدة تساؤلات فرعية يمكن اجمالها في الآتي:

- ✓ ما هي صور انحلال الزواج؟ وما هو نطاق القانون الذي يحكم انحلال الزواج المختلط؟
- ✓ ما هي الحلول التي وضعها المشرع الجزائري للتصدي للعوائق والصعوبات التي تواجه القاضي أثناء تطبيقه للقانون الأجنبي المختص؟

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

- ✓ ميول شخصية ودوافع ذاتية في دراسة هذا الموضوع كونه موضوع من المسائل التي تستحق الاهتمام بالدراسة والبحث.
- ✓ الرغبة في تتبع الحلول التي اتبعها المشرع الجزائري لحل مشكلة تنازع القوانين المتعلقة بانحلال الزواج.

رابعا: أهداف الدراسة:

- ✓ التعرف على قواعد الاسناد المتعلقة بانحلال الزواج المختلط لتحديد مجال كل منها في القانون الدولي الخاص.
- ✓ الوقوف على الصعوبات والعوائق التي تواجه القاضي وهو بصدد تفعيل هذه القواعد.
- ✓ توضيح نطاق القانون المختص بانحلال الزواج المختلط و دوره في حكم المسائل المترتبة عليه.
- ✓ التوصل الى الحالات التي يستبعد فيها القاضي تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من اختصاصه بحكم انحلال الزواج المختلط.

خامسا: الدراسات السابقة:

استعنا في اعداد البحث العلمي على بعض الدراسات السابقة منها مذكرة انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص للطالبة جندولي فاطمة الزهراء.

سادسا: صعوبات البحث:

هناك بعض الصعوبات التي واجهتنا أثناء اعداد هذه الدراسة تتمثل في قلة الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الزواج المختلط خصوصا وأن الجزائر ليست بلد مستقبل للأجانب بشكل كبير مقارنة ببعض الدول الأخرى.

سابعا: المنهج المتبع:

ان طبيعة الدراسة تقتضي الجمع بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي:

- ✓ حيث اعتمدنا على المنهج الوصفي من خلال وصف شامل لعناصر موضوع انحلال الزواج المختلط.
- ✓ والمنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص القوانين والأحكام والقرارات القضائية وآراء الفقهاء بشأن موضوع انحلال الزواج المختلط.

ثامنا: الخطة المقترحة:

اقتضت منهجية البحث الى تقسيمه الى فصلين حيث خصصنا **الفصل الأول:** القانون الذي يحكم انحلال الزواج المختلط، أما **الفصل الثاني:** فعنون بنطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط وحالات استبعاده.

الفصل الأول:

ضابط الاسناد الذي يحكم صور انحلال الزواج المختلط

الفصل الأول:

ضابط الاسناد الذي يحكم صور انحلال الزواج المختلط:

يمكن لعقد الزواج أن ينتهي بطرق وأسباب عديدة منها طرق غير ارادية او طبيعية كالوفاة[1]، وأما الطرق الثانية فتتمثل في الطلاق بالإرادة المنفردة من قبل الزوج أو بتراضي الطرفان كما أجاز القانون للزوجة مخالعة نفسها مقابل مبلغ مالي وأما بالتطليق في حالات معينة بناء على طلب الزوجة إذا توافرت أسبابه وهذا ما جاءت به المادة 47 من ق أ حيث نصت على: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة "، واما ما هو مقرر في الشرائع الغربية والمعروف بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني.

ان انحلال الزواج بوفاة أحد الزوجين لا يثير إشكالية تنازع القوانين، فأي الزوجين مات قبل الآخر، لا يثير الا مسألة حق الطرف الموجود في الميراث من تركة الطرف المتوفي[2]، حيث نصت المادة 16 من ق م على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفد بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته[3]"، في حين أن الأسباب الأخرى لانتهاء الزواج كالطلاق والانفصال الجسماني تثير نزاعات كثيرة خاصة في الزواج المختلط[4].

يتوجب على القاضي تحديد القانون الذي يخضع له انحلال الزواج من خلال اللجوء الى قواعد الاسناد التي حصرها المشرع الجزائري في المادة من 09 الى 24 من ق م، هذه القواعد لا تحل النزاع انما توجه القاضي الى القانون الواجب التطبيق

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار نهضة العربية، القاهرة،2008، ص828.

[2] نفس المرجع، ص829.

[3] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان 1395 الموافق ل 26_09_1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 30_09_1975.منشور في الموقع الالكتروني www.joradp.dz، تاريخ الاطلاع: 07_01_2022.

[4] فاطمة بوخاري وربيعة حزاب، **القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط، (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن)**، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، جامعة وهران1 أحمد بن بلة، المجلد 02، العدد 02، 12_2020، ص60، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع:20_01_2022.

على العلاقة المشتملة على طرف أجنبي من خلال اتباع مراحل إجرائية أولها التكييف الذي يبين الى أي فئة ينتمي هذا النزاع[1]

وقد نص المشرع المدني الجزائري على مسألة التكييف في المادة 09[2] منه.

ولهذا سنحاول تخصيص **(المبحث الأول)** لدراسة صور انحلال الزواج المختلط، أما **(المبحث الثاني)**، فسنخصصه للحديث عن القانون الذي يحكم صور انحلال الزواج المختلط والصعوبات التي تعترض تطبيق هذا القانون.

[1]سلمى غنام، **معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط**، دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، مخبر قانون الأسرة، المجلد 12، العدد 03، جويليا_2020، ص67، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع 15_03_2022.

[2]تنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

المبحث الأول:

صور انحلال الزواج المختلط:

في بعض الأحيان قد تتخلل العلاقة الزوجية مشاكل قد تؤدي بها الى استحالة استمراريتها ومن هذا أقرت مختلف التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري بإمكانية فك هذه العلاقة و ذلك عن طريق مجموعة من الصور محددة في الطلاق سواء بالإرادة المنفردة للزوج واما بالتراضي بين الزوجين و التطليق بطلب من الزوجة ودون الحصول على موافقة زوجها من خلال صدور حكم قضائي يقضي بفك الرابطة الزوجية، والخلع الذي أكد عليه المشرع الجزائري فيجوز للزوجة مخالعة نفسها مقابل عوض مالي تدفعه لزوجها، وأخيرا الانفصال الجسماني الذي لا ينتهي به الزواج، انما يؤدي الى تعطيل أو توقيف المعيشة المشتركة بين الزوجين والذي قد يتحول الى طلاق اذا استمر الى مدة معينة يحددها القاضي.

سنتطرق في هذا المبحث لدراسة الطلاق والتطليق **(المطلب الأول)**، والخلع والانفصال الجسماني **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول:

انحلال عقد الزواج بالطلاق والتطليق:

أجمعت غالبية التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري على أن الطلاق بيد الرجل وحده ذلك أن الله تعالى جعله قواما على المرأة وتواجده ضرورة تحقق الثبات والاستقرار واستمرارية العلاقة الزوجية، وفي نظير ذلك أقرت حق التطليق للزوجة وحدها دون الحصول على موافقة الزوج من خلال اللجوء الى القضاء وطلب التفريق إذا توفرت الأسباب التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، وهذان الموضوعان سيكونان محل دراستنا في هذا المطلب حيث سنخصص دراسة الطلاق في **(الفرع الأول)** والتطليق في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الطلاق:

لم يعرف المشرع الجزائري الطلاق وانما اكتفى ببيان طرقه وصوره حيث ذكر في المادة 48 من ق أ: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، وقد استعمل المشرع الجزائري كلمة حل التي تشمل صور انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو التراضي أو بواسطة الحكم القضائي[1].

ويرى الدكتور علي علي سليمان أن المشرع الجزائري لا يقبل الطلاق بالإرادة المنفردة حتى لا يتعسف الزوج في استعمال هذا الحق، من ثم قيد الطلاق بأن يكون أمام المحكمة حتى يتحقق القاضي من القيود الواردة على استعمال هذه الرخصة[2].

ونص القانون التونسي على الطلاق في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث جاء فيه ما يلي: يحكم بالطلاق

---

[1] العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)**، الجزء 01، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص208.

[2] علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص75.

1. بتراضي الزوجين.
2. بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.
3. بناء على رغبة الزوج انشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين في الفقرتين الثانية والثالثة أعلاه ...[1].

يمكن تعريف الطلاق بأنه وضع حد للحياة الزوجية سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي بين الزوجين، أو كما عرفه الأستاذ الدكتور هشام علي صادق: "الطلاق انقضاء اداري للزواج[2]".

أولا: الطلاق بالإرادة المنفردة:

الطلاق هو انهاء الزوج للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة سواء بعلم الزوجة أو بدون علمها، حيث جاء في نص المادة 48 من ق أ: "يحل عقد الزواج الذي يتم بإرادة الزوج ..."، كما أنه قرر في المادة 49 من نفس القانون بأن الطلاق لا يثبت الا بحكم قضائي[3]، اذ نص على: "لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

---

[1] القانون رقم 98_97 الصادر في نوفمبر 1998، المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، منشور في الموقع الالكتروني www.wrcati.cawtar.org تاريخ الاطلاع: 03_05_2022.

[2] هشام علي صادق، **دروس في التنازع الدولي للقوانين**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص282.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص213.

وهذا ما أخذت به الشريعة الإسلامية حيث جعلته حق أصيل للزوج دون الزوجة ودليل مشروعية الطلاق في القرآن الكريم قوله تعالى: "فطلقوهن لعدتهن[1]" وكذا قوله تعالى: "لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة[2]".

وقد أخذت بالطلاق بعض الشرائع الأخرى كاليهودية[3].

ثانيا: الطلاق بالتراضي:

يقصد بهذه الصورة انهاء أو فك الرابطة الزوجية باتفاق الطرفين وبقناعتهما الكاملة في حالة حدوث نزاع أو خصام[4] فيعتبر الطلاق بالتراضي حالة من حالات عدم استحقاق الزوجة المطلقة للتعويض وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 48 من ق أ: "يحل عقد الزواج الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين"، وبالتالي في حال الحكم بالطلاق بالتراضي لا يمكن للزوجين أن يستأنفا حياتهما الزوجية الا بموجب عقد جديد[5]، ومنه أي جهة قضائية تفصل بالرجوع بعد الطلاق بالتراضي دون وجود عقد جديد تكون قد أخطأت في تطبيق القانون[6].

الفرع الثاني: التطليق:

ساوى المشرع الجزائري وكذا أغلب التشريعات بين مركز الزوج ومركز الزوجة فكما منح للزوج حق الطلاق للزوج وحده، منح كذلك للزوجة حق التقدم الى القضاء بطلب من أجل تطليقها من زوجها في حالة الأضرار بها وعليه سندرس تعريف التطليق **(أولا)** ثم أسبابه **(ثانيا)**.

---

[1]سورة الطلاق، الآية 01.

[2]سورة البقرة، الآية 236.

[3]أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص830.

[4]هشام ذبيح، **أحكام الطلاق والتطليق أثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 01، العدد 09، مارس2018، ص227، منشور في الموقع الالكترونيwww.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 07_02_2022.

[5]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص212_213.

[6]محمد قسمية، **دور الاجتهاد القضائي في حل بعض إشكالات الطلاق في التشريع الجزائري**، مجلة التراث، جامعة المسيلة، العدد 24، 2016، الصفحة 237. منشور في الموقع الالكترونيwww.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 10_03_2022

أولا: تعريف التطليق:

يعتبر التطليق صورة من صور الطلاق وقد عرفه الأستاذ الدكتور هشام علي صادق بأنه: "الانقضاء الذي يستلزم تدخل القضاء[1]".

ومعنى ذلك أنه إمكانية حل الرابطة الزوجية، لكن بشرط صدور حكم من طرف الجهة القضائية المختصة بناء على دعوى ترفع من طرف الزوجة التي خول لها المشرع هذا الحق دون الحصول على موافقة الزوج[2].

وعليه لا يمكن لهذه الرابطة أن تنفك بإرادة الزوجة الا أمام القضاء وبموجب دعوى قضائية.

أما المشرع الجزائري فلم يعرف التطليق وانما اكتفى بذكر أسبابه القانونية.

وقد أعطى المشرع المغربي حق التطليق للزوجين، كما خص الزوجة بأسباب التطليق[3]حسب ما نصت عليه المادة 98من مدونة الأسرة المغربية[4].

ويمكن تعريفه بأنه منح الزوجة فك الرابطة الزوجية بناء على ارادتها المنفردة وفي حدود ما ورد في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا أو ضرر معتبر شرعا ويتم بحكم قضائي[5].

وقد صدر عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 03_12_1984 جاء فيه: من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي

---

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص282.

[2] أمين دربة، **قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله (دراسة مقارنة)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007_2008، ص46.

[3] صلوح المكي، **القانون الواجب التطبيق على التطليق في إطار تنازع القوانين**، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران 1 الجزائر، العدد 17، 30_09_2018، ص223. منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 17_04_2022.

[4] القانون رقم 03_70، المؤرخ في 03_02_2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09_08 المؤرخ في 16_07_2010، الجريدة الرسمية، العدد 5859، الصادرة في 26_07_2010، منشور في الموقع الالكتروني www.cour-constitutionnelle.ma، تاريخ الاطلاع:29_01_2022، ص32.

[5] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 273.

الذي يطلقها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[1].

ثانيا: أسباب التطليق:

بالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع نص على التطليق في المادة 48 منه حيث جاء فيها: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 و54 من هذا القانون".

أي يجوز للزوجة طلب التفرقة من زوجها متى توفرت الأسباب الواردة حصرا في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على ما يلي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1. عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78_79_80_[2] من هذا القانون.
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من دون زواج.
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 03_12_1984، ملف رقم 35026، المجلة القضائية، العدد 89، ص86، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 22_03_2022.

[2] جاء في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.
المادة 79 يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.
المادة 80 تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08[1] أعلاه.
7. ارتكاب فاحشة مبينة.
8. الشقاق المستمر بين الزوجين.
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10. كل ضرر معتبر شرعا.

والجديد في المادة المعدلة، مقارنة مع المادة السابقة في ظل القانون 84_11 أن المشرع أضاف 03 أسباب أخرى لطلب التطليق، أو بالأحرى هما سببين، ذلك ان الفقرة 10 كانت محتواة ضمنيا في نص الفقرة 06 سابقا، من قانون 84_11 وهذه الأسباب هي[2]:

1. الشقاق المستمر بين الزوجين.
2. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
3. كل ضرر معتبر شرعا.

ويمكن أن تثار في بعض الأحيان مسألة هل يمكن للزوجة طلب التطليق قبل الدخول فالاجتهاد القضائي قد فصل في هذا الشأن بأنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق قبل الدخول، الا إذا كانت من وليها وبسبب وجيه[3]، وبالتالي لا يمكن للجهات القضائية قبول هذا النوع من الدعاوى ومنه أي جهة قضائية سواء على مستوى الدرجة الأولى

[1]جاء في المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.
يجب على الزوج اخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج الى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.
يمكن لرئيس المحكمة ان يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

[2]صالح حسيني، **انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، 2014_2015، ص23.

[3]محمد قسمية، المقال السابق، ص236.

أو درجة الاستئناف إذا فصلت بأحقية الزوجة في طلب التطليق قبل الدخول يعتبر هذا خرق للقواعد الشرعية[1].

[1] نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص193.

المطلب الثاني:

الخلع والانفصال الجسماني:

ان انتهاء عقد الزواج في الإسلام يقتصر على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وقد يكون باتفاق الطرفين واما بحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة وفق ما جاءت به المادة 53 من ق أ، وقد يكون بالخلع الذي نظمت أحكامه المادة 54 من نفس القانون، فللخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة فهو يعتبر وسيلة في يد الزوجة لفك الرابطة الزوجية لكنه لا يكون بسبب أي ضرر من طرف الزوج لها انما بمجرد بغضها له.

الى جانب صور انحلال الزواج التي ذكرت سابقا هناك مسألة التفريق البدني أو ما يعرف بالانفصال الجسماني وهو نظام معروف في الشرائع الغربية دون الشرائع العربية وقد استحدثه المشرع الجزائري عند تعديله للق م لسنة 2005 وقد أراد بذلك المحافظة على مختلف المصالح الخاصة ذات البعد الدولي استجابة للتحولات التي عرفها المجتمع الجزائري في مختلف المجالات[1].

ولهذا يستوجب علينا دراسة الخلع في **(الفرع الأول)** ومسألة الانفصال الجسماني في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الخلع:

قد تنتهي الرابطة الزوجية عن طريق الخلع الذي نصت علية المادة 54 من القانون المدني الجزائري وبالتالي يستوجب علينا دراسة الخلع من خلال تعريفه **(أولا)** ثم ذكر شروطه **(ثانيا)**.

[1]كمال آيت منصور، **إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، دار الهدى، العدد 02، 2010. ص144. منشور في الموقع الالكترونيwww.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 30_01_2022.

أولا: تعريف الخلع:

نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 من ق أ المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27_02_2005 وقد أضاف عبارة "دون موافقة الزوج". حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

نستنتج من نص المادة السابقة الذكر أن المشرع الجزائري لم يتطرق الى تعريف الخلع وانما اكتفى بتحديد كيفية وقوعه، لكن نجد جل الفقهاء مجتمعين على أن الخلع معناه فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة مقابل عوض مالي تدفعه لزوجها بشرط مفارقتها له[1].

وإذا لم يحصل اتفاق بين الزوجين حول المقابل المالي يتدخل القاضي لتحديد بدل الخلع على ألا يتجاوز صداق المثل في الفترة الزمنية التي يحكم فيها القاضي في الدعوى[2].

والخلع مشروع في القرآن الكريم والدليل على مشروعيته قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون[3]".

من خلال تفسير الآية الكريمة نجد أنه لا حرج على الزوجة فيما تدفعه لزوجها مقابل طلاقها منه، فبعد أن ذكر الله تعالى أن الطلاق تحصل به الرجعة مرتان وعقب كل مرة اما امساك بمعروف واما تسريح بإحسان ذر الله أن أخذ المال من الزوجة

---

[1] سليم سعدي، **الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص20.

[2] راضية عيمور وأحمد محمد الحسن الفكي، **طبيعة الخلع بين الشرع والقانون**، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، جامعة الأغواط، العدد 03، 16_12_2021، ص371، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 19_01_2022.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

محرم ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهي إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله بينهما.

ثانيا: شروط الخلع:

هذا الحق في الخلع الذي منحه المشرع الجزائري للزوجة دون زوجها ليس مطلقا انما تقع عليه شروط يجب توافرها لكي يحكم القاضي بحل هذه الرابطة الزوجية عن طريق الخلع يمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي:

1. قيام رابطة زوجية صحيحة فلا يقع الخلع على رجل أجنبي وكذا توفر عقد زواج صحيح فلا يقع الخلع إذا كانت الرابطة الزوجية فاسدة[1].
2. أن يقع الخلع من زوج يصح طلاقه وهو الذي توافرت فيه الأهلية، فلا يصح من صغير أو مجنون أو محجور عليه.
3. أن تكون الزوجة محلا للطلاق، فلا يصح للزوج أن يخالع زوجته بالردة ولا في النكاح الفاسد.
4. المقابل المالي أو ما يسمى ببدل الخلع أي أن يكون الخلع في مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها تريد الخلاص من الحياة الزوجية[2].

أما بخصوص الموافقة من طرف الزوج على الخلع فلم يشترط عليه المشرع الجزائري وذلك حسب المادة 54 من ق أ.

وقد تنجم عن فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع مسألة موافقة الزوج على مبلغ الخلع من عدمه، فالاجتهاد القضائي فصل في هذا الأمر، بدليل المادة 54 من ق أ التي تسمح للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، فهذا المبدأ العام للخلع، أما نوع المال وقدره فهذا يرجع الى اتفاق الطرفين أو الى تدخل القضاء على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل[3].

[1]راضية عيمور وأحمد محمد الحسن الفكي، المقال السابق، ص379.
[2]نفس المقال، نفس ص.
[3]محمد قسمية، المقال السابق، ص88.

الفرع الثاني: الانفصال الجسماني:

ترى الطوائف المسيحية والكاثوليكية أن رابطة الزواج رابطة أبدية لا تنحل الا بالوفاة، حيث عرفت بعض الدول الغربية في أنظمتها القانونية صورة أخرى لفك الرابطة الزوجية، ألا وهي الانفصال الجسماني الى جانب صور فك الرابطة الزوجية التي تم ذكرها سابقا وهو أمر غير معروف لدى الأنظمة العربية التي تستقي أحكامها من الشريعة الاسلامية لهذا سنتحدث عن مضمون فكرة الانفصال الجسماني **(أولا)** ثم تمييزه عن الطلاق والتطليق **(ثانيا)**

أولا: مضمون فكرة الانفصال الجسماني:

تدارك المشرع الجزائري مسألة الانفصال الجسماني عند تعديله للق م لسنة 2005، حرصا منه على حماية المصالح الخاصة ذات البعد الدولي، ومعناه التفريق في المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما المشتركة دون أن يترتب على ذلك انقضاء رابطة الزوجية[1]، وقد ذكر المشرع الفرنسي الانفصال الجسماني في المادة 299 منه[2].

فمقتضى الانفصال الجسماني مباعدة مادية يحكم بها القضاء متى تبين له استحالة العشرة بين الزوجين[3]، مع إبقاء الرابطة الزوجية قائمة، حيث تعتبر مرحلة مؤقتة تساهم في مساعدة الزوجين في اختيار واتخاذ القرار المناسب اما بالصلح أو التطليق وكل ذلك يتناقض مع أحكام قانون الأسرة اذ تنتج العلاقة الزوجية حقوقا وواجبات متبادلة[4]، ويبقى الالتزام بها قائما طوال استمرار الرابطة الزوجية التي تنحل بالوفاة أو بالطلاق[5].

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص282.

[2] Art 299 du code civil français : la séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation, voir le site internet : www.legifrance.gouv.fr, page91. .2022_04_29 :تاريخ الاطلاع

[3] فاطمة بوخاري ربيعة حزاب، المقال السابق، ص64.

[4] سلمى غنام، المقال السابق، ص67.

[5] كمال آيت منصور، المقال السابق، ص144.

وقد يؤدي الانفصال الجسماني الى حل الرابطة الزوجية بصفة نهائية عن طريق القضاء كما قد يترتب عنه العودة الى المعيشة المشتركة أي العودة الى ما كانا عليه من قبل فترة التفريق الجسماني وبالتالي الحفاظ على العلاقة الزوجية[1].

ان هذا النظام غير معروف في الدول التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية ومن بينها قانون الأسرة الجزائري، وانما هو معروف في الدول الغربية والشرائع الأخرى التي تقر بعدم حل الرابطة الزوجية الا عن طريق الوفاة حيث تعتبره الاجراء الوحيد لتراخي الرابطة الزوجية الى أن تنتهي نهائيا بالوفاة[2].

في فرنسا يحكم القاضي بالطلاق نتيجة انتهاء العيش المشترك بين الزوجين اللذين انفصلا عن بعضهما مدة سنتين قبل التأشير بالطلاق في حالة الانقطاع النهائي للرابطة الزوجية[3].

أما في القانون البريطاني فيعتبر الانفصال المستمر لمدة خمس سنوات مبررا للطلاق النهائي بحكم من المحكمة[4].

أما الدول العربية فتسمح بالطلاق حسبما جاءت به الشريعة الإسلامية من طلاق بإرادة منفردة للزوج أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين[5].

ثانيا: تمييز الانفصال عن الطلاق والتطليق:

هناك اختلافات وفوارق بين الانفصال الجسماني والطلاق والتطليق يتوجب علينا ذكرها:

[1] كمال آيت منصور، المقال السابق، ص144.
[2] فاطمة بوخاري وربيعة حزاب، المقال السابق، ص65.
[3] محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)**، الطبعة 01، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص547.
[4] يوسف مسعودي، **تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)** رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2011_2012، ص206.
[5] أمين دربة، المرجع السابق، ص47.

1.تمييز الانفصال الجسماني عن الطلاق:

الطلاق هو أسلوب يؤدي حتما الى حل الرابطة الزوجية حتما أما الانفصال الجسماني فلا يؤدي مباشرة الى حل الرابطة الزوجية[1] وانما يتمثل في تعطيل الحياة المشتركة بين الزوجين لفترة زمنية مع إبقاء عقد الزواج قائم ولا يستطيع أي من الزوجين ابرام عقد زواج جديد وينقضي الانفصال اما بالصلح والعودة لمزاولة الحياة المشتركة كما كان عليه الوضع قبل الانفصال واما ينقضي بالتفرقة أو بوفاة أحد الزوجين[2].

كما يختلف الطلاق بالإرادة المنفردة عن الانفصال الجسماني أن الأول يمكن أن يقع بدون رفع دعوى أمام القضاء أما الثاني لا يقع انحلال الزواج عن طريقه الا من خلال رفع دعوى قضائية[3]، فهو طريق لإنهاء الزواج انهاء حكميا يتم بناء على حكم القاضي[4].

2.تمييز الانفصال الجسماني عن التطليق:

ان حل الرابطة الزوجية في حالة التطليق لا يكون الا بناء على حكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة عن طريق دعوى قضائية مرفوعة من قبل الزوجة إذا توفرت الأسباب القانونية التي تجعل الاستمرار في الحياة الزوجية مستحيلا وهنا يشترك التطليق مع الانفصال الجسماني في عدم وقوع انحلال الزواج الا إذا رفعت دعوى قضائية من طرف أحد الزوجين.

أما من ناحية الاختلاف فالتطليق يؤدي لا محالة الى حل الرابطة الزوجية أما الانفصال الجسماني فقد يؤدي الى حل الرابطة الزوجية، كما قد يؤدي الى استئناف الحياة الزوجية.

---

[1]نصيرة تواتي، **إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية**، مداخلة مقدمة الى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، يومي 23 و24_04_2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص160، منشور في الموقع الالكتروني www.bejaiadroit.net، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

[2]يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص205.

[3]نصيرة تواتي، المرجع السابق، ص162.

[4]أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص831.

المبحث الثاني:

الجنسية كضابط اسناد يحكم انحلال الزواج المختلط:

اختلفت التشريعات في تحديد ضابط الاسناد الذي يحكم انحلال الزواج المختلط فمنها من أخضعها لضابط الموطن ومنها من أخضعها لضابط الجنسية ومن بين هذه التشريعات نجد القانون الجزائري فقد أخضع انحلال الزواج الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب المادة 12 فقرة 02 من ق م، لكن هذا الضابط يمكن أن تعترضه صعوبات خاصة إذا كان الشخص متعدد الجنسية أو منعدمها وقت رفع الدعوى أو ينتمي بجنسيته الى دولة تتعدد فيها الشرائع أو الطوائف الدينية.

لذا سنتعرض في هذا المبحث لدراسة القانون الذي يحكم صور انحلال الزواج المختلط في **(المطلب الأول)** ثم صعوبات تطبيق ضابط الاسناد في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول:

خضوع انحلال الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

كقاعدة عامة أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى **(الفرع الأول)** إذا تعلق النزاع بانحلال رابطة زوجية يكون أحد عناصرها أجنبيا، لكن قد ترد على هذه القاعدة استثناء **(الفرع الثاني)** أورده المشرع الجزائري في المادة 13 من ق م منه يتمثل في تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفان جزائري الجنسية وقت رفع الدعوى.

الفرع الأول: مضمون القاعدة العامة:

هناك من التشريعات من تأخذ بضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني ومثال ذلك المشرع الجزائري حيث أخضع كقاعدة عامة انحلال الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا ما ورد في المادة 12 فقرة 02 من ق م وهناك من القوانين الأخرى من تأخذ بضابط الموطن مما يدفعنا الى دراسة القانون الذي يؤخذ به في القانون الجزائري **(أولا)** ثم في التشريعات المقارنة **(ثانيا)**.

أولا: في القانون الجزائري:

قبل تعديل 2005 لم ينص المشرع الجزائري على مسألة انحلال الزواج بالانفصال الجسماني واكتفى بوضع ضابط اسناد يحكم انحلال الزواج بالطلاق والتطليق حيث نصت المادة 12 فقرة 02 من ق م قبل التعديل على: "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى"، أما بعد التعديل فقد تفطن المشرع الجزائري الى هذه المسألة فأصبحت المادة 12 فقرة 02 تنص على: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى".

نستنتج من خلال تحليلنا لنص المادة أن المشرع الجزائري أخذ بضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج ذو العنصر الأجنبي فقد أسنده الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فرغم التعديل الا أنه ظل يعتمد ضابط جنسية الزوج عند رفع الدعوى[1].

وقد سوى المشرع الجزائري بإخضاعه انحلال الزواج الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بين صور انحلال الزواج وأخضعها الى قانون موحد وهو قانون جنسية الزوج دون التمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني بخلاف معظم التشريعات العربية الأخرى[2].

ولقد تعرض ضابط الجنسية الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في تحديد القانون الذي يحكم انحلال الزواج المختلط لعدة انتقادات، حيث أن اخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيه إنقاص من قيمة الزوجة واجحاف وظلم لها، فقد تتزوج الزوجة تحت ظل قانون لا يسمح بالطلاق ثم يتجنس الزوج بجنسية دولة أخرى يسمح قانونها بحل الرابطة الزوجية ثم يرفع دعوى طلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة[3]، فتتفاجأ الزوجة بقرار القاضي بأن حكم له بفك الرابطة الزوجية.

بل ويمكن أن يترتب على تطبيق هذه القاعدة خضوع انحلال الزواج الى قانون غير مألوف أو غير متوقع بالنسبة للزوجين[4].

هذا وقد يمس اختيار هذا الضابط بكرامة الزوجة ومركزها فقد كرست مختلف المواثيق الدولية وفي أغلب دساتير العالم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ومن بينها

---

[1]فاطمة الزهراء جندولي، المقال السابق، ص666.

[2]أمين دربة، **تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، العدد04 ، جانفي2011، ص244، منشور في الموقع الالكترونيwww.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 05_02_2022.

[3]علي علي سليمان، المرجع السابق، ص76.

[4]صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين (دراسة مناقشة بين الشريعة والقانون)**، الطبعة 02، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص253.

الدستور الجزائري بموجب المادة 37 في 30_12_2020[1]. حيث لتكريس المساواة بين الزوجين كان من الأرجح اختيار قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، أو قانون جنسية الزوجين المشتركة أو الموطن المشترك بين الزوجين[2]، إذا كان ذلك موجود.

كذلك عندما وحد المشرع الجزائري القانون الذي يطبق على الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني فيكون قد أنكر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حيث أن المشرع الجزائري لما نص في المادة 12 فقرة 2 على: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى"، ومعنى ذلك أن القانون الجزائري يخضع الطلاق لحكم من المحكمة ولا يقبل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية[3].

وقد تفادى المشرع الجزائري مشكلة التنازع المتحرك التي يمكن أن تثار عند انحلال الزواج والانفصال الجسماني من خلال اعتماده المعيار الزمني بأن نص على قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[4].

ثانيا: في القوانين المقارنة:

على خلاف ما نص به المشرع الجزائري هناك من التشريعات من أخذت بضابط الموطن على أساس أن ضابط الموطن محايد أكثر من ضابط الجنسية مثال ذلك الدول الأنجلوسكسونية حيث أخضعت الطلاق والانفصال الجسماني الى قانون القاضي الذي هو في الغالب الموطن المشترك للزوجين على عكس بعض الدول الأخرى التي أسندت مسائل الأحوال الشخصية لقانون جنسية الأشخاص[5].

---

[1] المادة 37 من الدستور الجزائري كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه الى المولد أو العرق، أو الجنس أو الراي أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي.ص12، منشور في الموقع الالكتروني www.joradp.dz، تاريخ الاطلاع: 02_06_2020.

[2] آمنة أمحمدي بوزينة، **محاضرات قواعد الاسناد في الأحوال الشخصية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2019_2020، ص198، منشور في الموقع الالكتروني www.univ-chlef.dz، تاريخ الاطلاع: 11_03_2022.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص75.

[4] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، الصفحة 181.

[5] أمين دربة، المرجع السابق، ص48.

وهناك من أخضعها الى قانون جنسية الزوجين، ومثال ذلك المشرع التونسي فقد أخضع انحلال مسائل الزواج الى قانون جنسية الزوجين المشتركة وقت رفع الدعوى وإذا لم تكن هناك جنسية مشتركة فيأخذ بقانون الموطن المشترك للزوجين والا فقانون القاضي المختص بالدعوى[1].

فقد نصت المادة 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أنه: "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين ان وجد والا فتطبق المحكمة قانونها[2]".

وهذا ما اعتمدت عليه اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 12_06_1902 فقد أخضعت الطلاق والانفصال الجسماني الى قانون جنسية الزوجين وقانون القاضي في آن واحد بحيث لا يحكم بالطلاق الا اذا كان جائزا في القانونين معا[3]، فقد جاء في المادة 02 من اتفاقية لاهاي: "لا يحكم بالتطليق الا اذا توافرت أسبابه المبررة له طبقا لقانون جنسية الزوجين ولقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، وكذلك نفس الأمر بالنسبة لدعوى الانفصال"، وأخضعت في نص المادة 08[4]من الاتفاقية الطلاق و الانفصال الجسماني الى قانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين في حالة اذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة[5] .

أما المشرع الفرنسي فأخضع الطلاق والانفصال الجسماني الى القانون الفرنسي

---

[1] فاطمة بوخاري وربيعة حزاب، المقال السابق، ص73.

[2] مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، المصدر السابق، ص04.

[3] فاطمة بوخاري، وربيعة حزاب، المقال السابق، ص74.

[4] C .f. convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps, art 08 qui dispose : si les époux n'ont pas la meme nationalité, leur dernière législation commune devra pour l'application des articles précédents, etre considérée comme leur nationalité, voir le site internet : www.hcch.net. تاريخ الاطلاع: 18_05_2022

[5] أمين دربة، المرجع السابق، ص48.

إذا كان كلا الزوجان يتمتعان بالجنسية الفرنسية أو موطن كلا الزوجان هو فرنسا وهذا ما جاء في المادة 309 من التقنين المدني الفرنسي[1].

وبالنسبة للمشرع المصري فقد فرق بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني فأخضع الطلاق الى قانون دولة الزوج وقت إعلانه والنطق به[2]، أما التطليق والانفصال الجسماني فأخضعه الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 13 فقرة 02 حيث جاء فيها: "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى[3]".

حيث اعتد المشرع المدني المصري في تقدير جنسية الزوج بالنسبة للطلاق بوقت وقوعه وبالنسبة للتطليق والانفصال بوقت رفع الدعوى[4].

وأخضع المشرع العراقي انتهاء الزواج الدولي الى قانون جنسية الزوج وقت وقوع الطلاق متى تم انتهاء الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة وأخذ بقانون جنسية الزوج لكن وقت رفع الدعوى إذا ما تم بالتطليق أو بالانفصال[5].

---

[1] Art 309 du code civil français : le divorce et la séparation de corps sont régit par la loi française :
Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité 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.
Voir le site internet www.legifrance.gouv.fr, page93, 2022_04_29 تاريخ الاطلاع:

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص834.

[3] القانون المدني المصري، رقم 131 الصادر سنة 1948، ص02، منشور في الموقع الالكتروني www.wipo.int، تاريخ الاطلاع: 03_01_2022.

[4] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص282.

[5] أزهار محمود لهمود، **الزواج الدولي**، مقال، مجلة جامعة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق، المجلد 05، العدد 01، الجزء 01، 2020، ص416، منشور في الموقع الالكتروني www.iasj.net تاريخ الاطلاع: 27_02_2022

الفرع الثاني: الاستثناء على قاعدة خضوع انحلال الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

ان القاعدة العامة التي وردت في نص المادة 12 فقرة 02 من ق م والتي قضت بأنه: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى" هي قاعدة ليست مطلقة انما ورد عليها استثناء في المادة 13 من نفس القانون يتمثل في تطبيق القانون الجزائري لكن بشرط أن يكون أحد الزوجان يحمل الجنسية الجزائرية وقت ابرام عقد الزواج وبالتالي يتم استبعاد القاعدة العامة الواردة في الفقرة 02 من المادة 12 السابقة الذكر و بالتالي ارتأينا التطرق الى تطبيق القانون الجزائري **(أولا)** ثم الانتقادات الموجهة لهذا الاستثناء **(ثانيا)**.

أولا: تطبيق القانون الجزائري:

نصت المادة 13 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الجزائري وحده الا فيما يخص أهلية الزواج".

يتضح من نص المادة أنه إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج فان القانون الجزائري هو الذي يطبق وحده على انحلال الزواج والانفصال الجسماني بغض النظر عن جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى أو وقت الانفصال[1]، الا فيما يخص أهلية الزواج فيظل الطرف الأجنبي خاضعا لقانونه، وكان الهدف من وراء تغليب المشرع الجزائري لضابط الجنسية الجزائرية هو حماية الطرف الوطني والمصلحة الوطنية[2].

[1] عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)**، الجزء 02، الطبعة 09، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص318.

[2] عبد الكريم موكه، **دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، المجلد 14، العدد 02، 2016، ص163. منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz تاريخ الاطلاع: 20_05_2022.

فلو رفعت دعوى طلاق أو تطليق او انفصال لأجنبيان أمام القضاء الجزائري فان قانون جنسيتهما هو الذي يطبق أما إذا كان أحد طرفا العلاقة جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج فان القانون الجزائري هو الذي يطبق بصرف النظر عن جنسية الزوج الآخر وبصرف النظر عن جنسيتهما وقت رفع الدعوى أو وقت صدور الحكم.

ومن تطبيقات هذا الاستثناء نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا في القضية رقم (91144) بتاريخ 23_06_1993 في قضية (ق. ش) ضد (ب .ع) جاء فيه أنه من المقرر قانونا انه دعاوى الطلاق أو العودة الى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، أما في حالة الإقامة في بلد اجنبي فيسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى، ولما كان الثابت في قضية الحال أن طرفي النزاع يقيمان في بلد اجنبي، فانه لا يمكن التخلي والامتناع عن الفصل في النزاع القائم بين جزائري لصالح القضاة الأجانب، و أن بإجابة قضاة الموضوع على الدفع المتعلق بعدم اختصاص القضاء الجزائري، يكونوا قد أعطوا تعليلا كافيا لقرارهم مما يستوجب رفض الطعن[1].

و قد أكد على ذلك قرارات المحكمة العليا، فمثلا جاء بتاريخ 17_02_1998 في قضية (ي. ف) ضد (ف. ج ر) أنه من المقرر شرعا أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها الى المال و يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى، و من المقرر أيضا أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 اذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج الا فيما يخص أهلية الزواج، و من ثم فان القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للقانون، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المحكمة لما قضت بتطبيق القانون الإيطالي على القضية الحالية المتعلقة بالطلاق بين زوجة جزائرية و زوج إيطالي بدلا

[1]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 23_06_1993، ملف رقم 91144، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، الجزائر،1999، ص63. منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

من القانون الجزائري لكون الزوجة جزائرية الأصل لم يثبت نزع جنسيتها الأصلية منها رسميا بعد حصولها على الجنسية الإيطالية خالفوا القانون و أخطئوا في تطبيقه[1].

وقد أخذت بهذا الاستثناء أغلب التشريعات العربية نجد من بينها المشرع المصري حيث جاء في المادة 14 من القانون المدني المصري ما يلي إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده[2].

ثانيا: الانتقادات الموجهة لهذا الاستثناء:

ان الاستثناء الوارد في المادة 13 والمتمثل في سريان القانون الجزائري وحده على انحلال الزواج المختلط إذا كان أحد الطرفان جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج لم يسلم من عدة انتقادات متمثلة في:

- ✓ ان الطلاق ليس أثر من آثار الزواج ومن ثمة وجب أن يبقى محكوما بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[3]، حتى لو غير الزوج جنسيته فان القانون الجديد هو الذي يجب أن يطبق وليس القانون القديم لأن هذا الأخير لم تعد للزوج أي صلة به[4].
- ✓ كما أنه إذا كانت الزوجة جزائرية والزوج أجنبي عند ابرام عقد الزواج، فان القاضي سيطبق القانون الجزائري على خلاف ما نص عليه في المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني لهذا فان الترجيح الذي قام به المشرع الجزائري في نص المادة 13 من القانون المدني لا يمكن اعتباره موضوعيا بالمعنى القانوني[5].

---

[1] الطيب زروتي، **اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه**، دار هومة، الجزائر، 2014، ص120،119.

[2] القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص02.

[3] يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص212.

[4] الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، الطبعة 02، مطبعة الفسيلة، الجزائر،2008، ص182.

[5] بلال عثماني، **دراسة نص المادة 13 من القانون المدني**، مداخلة مقدمة ال ى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، يومي 23 و24_04_2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، ص178، منشور في الموقع الالكتروني www.bejaiadroit.net، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

- ✓ كما أنه لا يمكن تطبيق القانون الجزائري على زوجين تنازلوا عن جنسيتهم الأصلية وتجنسوا بالجنسية الجزائرية بعد الزواج.

المطلب الثاني:

صعوبات تطبيق ضابط الاسناد:

بالرجوع الى قواعد الاسناد الجزائرية نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع مسالة انحلال الزواج المختلط الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فهو بذلك يكون قد أخذ بضابط الجنسية، مستبعدا ضابط الموطن على أساس أن ضابط الجنسية يكرس حماية المواطن الجزائري والنظام العام، الا أن الاخذ بهذا الضابط قد يترتب عليه صعوبات في تطبيقه.

تتمثل الصعوبات التي يمكن أن تواجه القاضي عند تطبيقه لضابط الجنسية في إمكانية تنازع الجنسيات إذا كان الشخص متعدد أو منعدم الجنسية أو يتمتع بجنسية دولة تتعدد فيها التشريعات أو الطوائف الدينية وعليه يتعين علينا تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد أو انعدام الجنسية **(الفرع الأول)** وحالة تعدد الشرائع أو الطوائف في الدولة الواحدة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: حالة تعدد أو انعدام الجنسية:

ان تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى قد يضع القاضي أمام عوائق فقد يكون الزوج متعدد أو مزدوج الجنسية **(أولا)** وقد يكون منعدم الجنسية **(ثانيا)**.

أولا: حالة ازدواج أو تعدد الجنسية (تنازع الجنسيات):

يقصد بتعدد الجنسية تمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في ذات الوقت[1]، أي أن يحمل الشخص أكثر من جنسية في وقت واحد وهذا ما يعرف بالتنازع الإيجابي

[1]أحمد ضاعن السمدان، **المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويت**، مجلة الحقوق، العدد 01، رقم02، 2007، ص17، نقلا عن فاطمة الزهراء جندولي، **انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010_2011، ص51.

للجنسيات وقد نص المشرع الجزائري في المادة 22 فقرة 01 على أنه: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية"، لهذا ينبغي علينا التمييز بين فرضين:

1. الفرض الأول جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة:

ان العبرة في هذه الحالة بقانون القاضي دون الاعتداد بباقي الجنسيات التي يحملها الزوج الى جانب جنسية القاضي سواء كانت جنسية أصلية أو مكتسبة ومهما كانت علاقة الزوج بهذه الجنسيات وقد أخذ بهذا الحال القانون الجزائري حيث جاء في المادة 22 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة الى الجزائر الجنسية الجزائرية".

فمن يحمل الجنسية الجزائرية الى جانب جنسيات أخرى يعتبر جزائريا ويعامل معاملة الوطنيين في الإقليم الجزائري.

وقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 07_11_1972، ما يلي: "ان الوصاية على الأطفال الذين يحملون في ذات الوقت الجنسيتين الفرنسية والجزائرية، يجب أن تكون محكومة بالقانون الفرنسي[1]".

وعليه إذا كان الشخص حامل الجنسية الجزائرية أصلية كانت أم مكتسبة يقيم داخل الإقليم الجزائري أم خارجه يعامل أمام القضاء الجزائري على أنه جزائري[2].

وهذا ما جاء في المادة 03 من اتفاقية لاهاي 1930 الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية اذ نصت على أنه: "دون الاخلال بأحكام هذه الاتفاقية إذا كان الشخص متمتعا بجنسية أو أكثر فيمكن لكل دولة يتمتع بجنسيتها أن تعتبره من تابعيها[3]".

---

[1] آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، هامش ص44.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)**، الجزء 02، دار هومة، الجزائر، 2005، ص166.

[3] محمد عبد العال عكاشة، **تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص159،158.

كما أخذت بهذا المبدأ محكمة العدل الدولية الدائمة في 07 _08_1923 بخصوص النزاع البريطاني الفرنسي حول مراسيم الجنسية في تونس والمغرب والذي اقرت فيه مبدأ احتفاظ كل دولة بحرية التشريع في أمور الجنسية[1].

حيث يحق لكل دولة من الدول التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته أن تعتبره من رعاياها[2] فهي حرة في تحديد مواطنيها ويدخل ضمن اختصاصها فمتعدد الجنسية يعتبر وطنيا في أي دولة يحمل جنسيتها[3].

وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 25 فقرة 02 من التقنين المدني المصري حيث جاء في نص المادة: "الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة لدولة اجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه[4]".

وأخذ بهذا المبدأ المشرع العراقي حيث نص في المادة 33 فقرة 02 قانون مدني عراقي على: "على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه[5]".

---

[1] عبد الحفيظ بن عبيدة، **الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري**، الطبعة 02، دار هومة، الجزائر، 2007، ص37.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (التنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)**، المرجع السابق، ص141_142.

[3] سلمى غنام، المقال السابق، ص71.

[4] القانون المدني المصري، المصدر السابق، ص03.

[5] القانون رقم 40 لسنة 1951، المتضمن القانون المدني العراقي، ص04، منشور في الموقع الالكتروني www.jafbase.frتاريخ الاطلاع: 31_03_2022.

2.جنسية القاضي ليست من بين الجنسيات المتزاحمة:

في هذه الحالة أغلب التشريعات تأخذ بمبدأ تطبيق جنسية الشخص الحقيقية أو الفعلية والجنسية الفعلية هي الجنسية التي يرتبط بها الشخص ارتباطا وثيقا بأن يعيش في تلك الدولة ويؤدي وظائفه الكاملة فيها[1].

وقد تبنى المشرع الجزائري الجنسية الحقيقية أو الفعلية إذا لم تكن الجنسية الجزائرية من بين هاته الجنسيات المتنازعة حيث جاء في المادة 22 فقرة 01 من ق م: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية"، فمن تكون له الجنسية الفرنسية والجنسية الألمانية في ذات الوقت غير أنه يعيش في ألمانيا ويمارس نشاطاته فيها فبلا شك تكون ألمانيا هي الدولة الأكثر ارتباطا بهذا الشخص، وبالتالي تكون الجنسية الألمانية هي الجنسية الحقيقية أو الفعلية.

وأخذت بالجنسية الفعلية المحاكم الدولية ولجان التحكيم من خلال ظروف وأحوال الأشخاص كالموطن ومحل الإقامة الاعتيادية وأداء الخدمة العسكرية وتولي الوظائف العامة أو مباشرة الحقوق المدنية والسياسية[2]، حيث أن تحديد الجنسية الفعلية من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص ليس على أساس قانوني وانما على أساس الواقع والاعتبارات العملية[3].

وقد كرست هذا المبدأ اتفاقية لاهاي سنة1930 حيث جاء في المادة 05[4] منها: "يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أجنبية أن تعامله على أن يتمتع بجنسية واحدة، ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية[5]".

---

[1] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص206.

[2] آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص42.

[3] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)**، المرجع السابق، ص169.

[4] Art 05 du convention du Lahay1930 dispose que dans un état tiers, l'individu. Possédant plusieurs Nationalité devra étre traité comme s'il n'en avait qu'une, voir le site internet : www.legifrance.gouv.fr .2022_04_29 تاريخ الاطلاع:

[5] آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، هامش ص41.

ومعنى ذلك أنه في دولة الغير يجب أن يعامل الشخص الذي يحمل عدة جنسيات وكأنه لا يتمتع الا بجنسية واحدة.

ونفس الحل عملت به محكمة العدل الدولية حيث جاء في المادة 03 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية: "إذا أمكن للشخص أن يعد فيما يتعلق بعنصرية المحكمة متمتعا برعوية أكثر من دولة واحدة، اعتبر من رعايا الدولة التي يباشر فيها عادة حقوقه المدنية والسياسية[1]".

ثانيا: حالة انعدام الجنسية:

منعدم الجنسية هو عدم تمتع الشخص بأية جنسية، ومعنى ذلك ألا ينتمي الشخص الى أي دولة ولا يحمل جنسية أي دولة، وهذا ما يعرف بالتنازع السلبي للجنسيات، وقد تتعدد أسباب انعدام الجنسية كان يولد الشخص مجهول الجنسية أو يجرد من الجنسية التي كان يتمتع بها لعدة أسباب التجريد.

قد تطرح عدة إشكالات أمام القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط إذا كان الزوج منعدم الجنسية وقد اختلفت التشريعات في تحديد هذا القانون فمنها من أخذ بقانون جنسية الزوج قبل تجريده من الجنسية[2]، غير أن هذا الرأي انتقد لأن الشخص قد يولد منعدم الجنسية، ولهذا ذهبت بعض التشريعات الأخرى الى الأخذ بضابط الموطن بدلا من ضابط الجنسية في حال انعدام الجنسية وإذا لم يكن هناك موطن فيؤخذ بقانون محل الإقامة.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد القانون المطبق على انحلال الزواج المختلط في حال انعدام الجنسية هذا قبل التعديل[3] أما بعد التعديل فقد نص في المادة 22 فقرة 03 على: "في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

---

[1]أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)**، المرجع السابق، ص169.

[2]أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص207.

[3]فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص55.

ويكمن الفرق بين الموطن ومحل الإقامة أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويباشر فيه أعمال الحياة العادية ويستوفي ماله ويؤدي ما عليه ويكون المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو مهنة أو وظيفة موطنا له لإدارة هذه الأعمال فالموطن له ركن مادي وهو الإقامة في المكان وركن معنوي يتمثل في إرادة الشخص بالبقاء فيه على الدوام[1].

أما محل الإقامة فهو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مؤقتة لعمل عارض أو ظرف خاص[2].

ومحل الإقامة له ركن مادي فقط وليس له ركن معنوي كونه مطبوع بطابع التوقيت وهذا هو الفرق بينه وبين الموطن.

وقد تبنت هذا المبدأ اتفاقية نيويورك المتعلقة بمركز الأشخاص عديمي الجنسية المبرمة في 28_09_ 1954 والتي صادقت عليها الجزائر في 08_06_ 1964 في المادة 12 منها[3] حيث جاء في نص المادة: "الحالة الشخصية لعديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلف الموطن فيكون بلد اقامته[4]"، أي في حالة عرض نزاع يتعلق بشخص لا يتمتع بأي جنسية من الجنسيات فان قانون الموطن هو الواجب التطبيق وإذا تعذر وجود الموطن فقانون محل الإقامة وإذا تعذر ذلك فقد استقر العرف الدولي على تطبيق قانون القاضي[5].

---

[1]محمد حسن، **الفرق بين الموطن ومحل الإقامة في القانون الدولي الخاص**، منشور في الموقع الالكتروني https://youtube.com/shorts/FQlyNE0yZwY?feature=share تاريخ الاطلاع: 17_03_2022.

[2]نفس المرجع.

[3]فتيحة بشور، **الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016_2017، ص47،

[4]صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص57.

[5]آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص221.

وتبنت ذلك اتفاقية جنيف المؤرخة في 28_07_1951 والتي انضمت اليها الجزائر بموجب المرسوم المؤرخ 07_02_1963 حيث أخذت بتطبيق قانون الموطن على الحالة المدنية للاجئين[1].

الفرع الثاني: حالة تعدد التشريعات:

ان قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى قد تأخذ القاضي الى تطبيق قانون بلد تتعدد فيه التشريعات طائفية **(أولا)** كانت أم اقليمية **(ثانيا)**.

عالج المشرع الجزائري مشكلة تعدد التشريعات في المادة 23 من ق م حيث نصت على: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه"، وهذا ما يعرف بقاعدة التفويض[2] أو ما يسمى بمسألة الإحالة الداخلية فالقانون المختص في هذه الحالة يركز اختصاصه في شريعة معينة من الشرائع الداخلية المتعددة التي ينظمها بمقتضى قواعد الاسناد الداخلية في دولته[3].

وهو ما نص عليه المشرع المدني المصري في المادة 26 منه: "متى ظهرت من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها[4]".

---

[1]الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص144،143.

[2]محمد عبد العال عكاشة، **القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي**، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005، ص119.

[3]حفيظة السيد حداد، **الموجز في القانون الدولي الخاص، (المبادئ العامة في تنازع القوانين)**، الكتاب الأول، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، الصفحة 189، نقلا عن فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، هامش ص58.

[4]القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص03.

أولا: حالة التعدد الطائفي:

جاء في المادة 23 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري: "أذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي...".

إذا كان القانون الواجب التطبيق على مسألة انحلال الزواج المختلط والانفصال الجسماني هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات تعددا طائفيا وهذا التعدد نجده في الدول المتنوعة المذاهب والطوائف الدينية كما هو الحال في دول الشرق الأوسط مثل مصر ولبنان[1] فاذا لم يرد نص يبين أي تشريع يجب تطبيقه فان التشريع الغالب في ذلك البلد هو الذي يطبق، في حالة التعدد الطائفي[2].

فاذا رفع زوجين لبنانيين دعوى طلاق أمام قاضي جزائري فحسب قاعدة الاسناد الجزائرية القانون الواجب التطبيق هو القانون اللبناني، وبما أن لبنان دولة تتكون من 18 طائفة دينية فيتوجب على القاضي الجزائري البحث عن التشريع الواجب التطبيق، فاذا لم يقرر القانون اللبناني صراحة أية شريعة يجب تطبيقها فان الشريعة الغالبة داخل البلد هي الواجبة التطبيق.

وقد جاء في قرار محكمة القاهرة الابتدائية في 12_02_ 1954ما يلي وحيث أن القانون المصري الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية ليس قانونا موحدا وانما هو قانون مركب من عدة قوانين دينية ...، ومن المقرر في هذا الخصوص بالنسبة لغير المسلمين أنه لا ينطبق على الخصوم أحكام دياناتهم الا إذا اتحدوا ديانة ومذهبا، فان اتفقوا ديانة أو اتحدوا ديانة واختلفوا مذهبا طبقت عليهم أحكام الشريعة الإسلامية وذلك باعتبار أن هذه الاحكام هي القانون ذو الولاية العامة بالنسبة للمصريين[3].

---

[1]كمال عليوش قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، الجزء 01، الطبعة 01، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص100.

[2]نفس المرجع، نفس ص.

[3]أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص328.

ثانيا: حالة التعدد الإقليمي:

نعني بالتعدد الإقليمي عندما تكون الدولة الواحدة مجزأة الى عدة أقاليم وكل إقليم يخضع الى شريعة خاصة تحكمه ومثال عن دولة تتمتع بالتعدد الإقليمي نجد الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا في هذه الحالة إذا لم يتضمن القانون الداخلي نصا صريحا يبين فيه القانون الواجب التطبيق فان القانون المطبق في عاصمة تلك الدولة هو الواجب التطبيق وهذا ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 23 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: "اذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن ...، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي"، فاذا رفعت دعوى حل رابطة زوجية أمام قاضي جزائري بين أمريكي و انجليزية وبما أن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو الواجب التطبيق حسب قاعدة الاسناد الجزائرية، فيجب على القاضي البحث عن الشريعة الواجبة التطبيق المحددة في القانون الأمريكي، واذا لم ينص المشرع الأمريكي صراحة على ذلك فانه يجب على القاضي تطبيق قانون عاصمة ذلك البلد وهو نيويورك[1].

وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية في 01_05_ 1958 ما يلي: إذا كان الثابت أن الزوج مالطي الأصل بريطاني الجنسية ولم يكن له موطن في مالطا أو في غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصري فان القانون الواجب التطبيق على طلب التطليق يكون هو القانون الإنجليزي باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التي ينتمي اليها الزوج بجنسيته[2].

[1] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص58.
[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص333.

ملخص الفصل الأول:

تتمثل صور انحلال الزواج في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وبالتراضي بين الطرفين، أو بطلب من الزوجة بشقيه سواء كانت بالخلع أم بالتطليق من طرف القاضي عن طريق دعوى مرفوعة من قبل الزوجة لأسباب محددة.

إضافة الى الصور السابقة هناك صورة استحدثها المشرع الجزائري في تعديل 2005 تتمثل في فك الرابطة الزوجية عن طريق الانفصال الجسماني وهو نظام معروف في الشرائع الغربية.

القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب نص المادة 12 فقرة02 من القانون المدني الجزائري، الا إذا توفرت العلاقة الزوجية على عنصر جزائري فان القانون الجزائري هو الذي يطبق وذلك حسب الاستثناء على القاعدة العامة الوارد في نص المادة 13 من ق م.

والقانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات، إذا كانت جنسية دولة القاضي موجودة مع الجنسيات المتزاحمة، فان قانون جنسيته هو الواجب التطبيق، أما إذا كانت الجنسيات المتزاحمة ليست من بينها جنسية القاضي فإن قانون الجنسية الحقيقية أو الفعلية هو الواجب التطبيق، وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن، وإذا تعذر ذلك فيطبق قانون محل الإقامة، وهذا حسب نص المادة 22 من ق.م.

أما إذا أحالت قاعدة الاسناد الى دولة تتعدد فيها الشرائع والطوائف، فان قانون هذه الدولة هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق حسب نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثاني:

نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط وحالات استبعاده

الفصل الثاني:

نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط وحالات استبعاده:

بعد تعرصنا في الفصل الأول، لصور انحلال الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليه والصعوبات التي قد تعترض القاضي عند تطبيقه لهذا القانون، سيكون هذا الفصل مخصصا للحديث عن نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط، وكذا حالات استبعاده.

حيث أن قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لا تطبق على كافة المسائل التي تترتب عن انحلال الزواج والانفصال الجسماني فيجب التمييز بين الشروط الموضوعية والمسائل الإجرائية من جهة، والمسائل المتعلقة بكلا الزوجين معا أو بالزوجين كل على حدة من جهة أخرى، وهذا ما يحدد نطاق ضابط الاسناد المحدد بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

إذا تحدد ضابط الاسناد بالقانون الوطني فانه لا يثير أي اشكال، أما إذا تحدد بالقانون الأجنبي فيمكن أن يؤدي تطبيقه الى عدة إشكالات نظرا لتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية والأركان الأساسية والأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد يتضح للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد ثبت اختصاصه نتيجة تعمد الأطراف تغيير ضابط الاسناد[1] بقصد التهرب من قانون جنسية الزوج المختص.

فاذا وجد القاضي نفسه أمام هاتين الحالتين فيتعين عليه استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق باسم النظام العام، وباسم الغش نحو القانون.

[1]أعراب بلقاسم، **(القانون الدولي الخاص الجزائري)**، **(تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص186.

هذا ما سنحاول بيانه في هذا الفصل من خلال التعرض الى نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط في **(المبحث الأول)**، والى استبعاد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول:

نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط:

متى لجأ الزوجين الى حل الرابطة الزوجية فبالتالي يترتب على انحلال الزواج والانفصال الجسماني عدة مسائل منها مسائل متعلقة بكلا الزوجين معا وبالتالي تدخل ضمن نطاق تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ومنها ما يخص بالزوج أو الزوجة كل على حدة وبالتالي تخرج عن نطاق القاعدة السابقة وتخضع للقانون الشخصي لكل زوج،

لذا استوجب تقسيم المبحث الى مطلبين **(المطلب الأول)** نخصصه للتطرق الى المسائل التي يشملها القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط أما **(المطلب الثاني)** فسنحاول فيه دراسة المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط.

المطلب الأول:

المسائل التي يشملها القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط:

ينبغي الإشارة أولا الى أن الشروط الموضوعية لفك الرابطة الزوجية وكذا القيود التي ترد على استعمال حق الطلاق وكذا وسائل الاثبات الخاصة به وطرقه[1] تخضع الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ومن يملك حق طلب التطليق أو الانفصال والمدة تحول الانفصال الى تطليق[2].

وتدخل ضمن قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى آثار انحلال الزواج الخاصة بعلاقة الطرفين الشخصية كالنفقة للزوجة والأولاد **(الفرع الأول)** والحضانة وشروطها ومدتها[3] **(الفرع الثاني)**، أما بالنسبة للتعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الثالث) فمنهم من أخضعه لقانون القاضي ومنهم من أدخله ضمن القاعدة العامة.

الفرع الأول: النفقة:

من أبرز المسائل المالية المتعلقة بالزوجين معا والتي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية نجد نفقة المرأة المطلقة ونفقة الأولاد **(أولا)**، وقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد القانون الذي تخضع له النفقة الخاصة بالزوجة والولد المحضون **(ثانيا)**،

أولا: نفقة الزوجة المطلقة ونفقة المحضون:

ان النفقة التابعة للطلاق هي النفقة التي تخص الزوجة المطلقة خلال فترة العدة والولد المحضون حيث تعتبر من الآثار المالية التي تترتب على انحلال الزواج والانفصال الجسماني.

---

[1] سامي عبد الله، **الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية**، الطبعة 01، دار العلوم العربية، بيروت، 1987، ص94،95.

[2] الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص183.

[3] نفس المرجع، ص184.

1.نفقة العدة:

نفقة العدة هي المبلغ المالي الذي تستحقه المطلقة من مال زوجها في مدة عدتها، حيث أن الزوج ملزم بدفع النفقة للزوجة المطلقة خلال فترة العدة، ويتم تقديرها من طرف القاضي.

ان النفقة المستحقة للزوجة المطلقة هي نفقة العدة وليست النفقة الزوجية وهذا ما جاء في المادة 61 من ق أ حيث نصت على: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

2.نفقة المحضون:

لم يعرف المشرع الجزائري النفقة واكتفى بتحديد مشتملاتها حيث جاء في المادة 75 من ق أ ما يلي: "تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال، فبالنسبة للذكور الى سن الرشد وللإناث الى الدخول، وتستمر في حالة ما اذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، وفي حالة عجز الأب فتجب النفقة الأولاد على الأم اذا كانت قادرة على ذلك و هذا ما جاءت به المادة 76 من ق أ حيث نصت على :"حيث أن نفقة المحضون هي تلك النفقة التي تمنح لتوفير الحماية و الرعاية للطفل بما يضمن له الحياة الكريمة فتشمل كسوته وغذائه و علاجه[1]".

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على النفقة:

لم يضع المشرع الجزائري قاعدة اسناد خاصة بنفقة العدة ونفقة المحضون في ق م بل اكتفى بالنص على نفقة الأقارب في المادة 14 منه واخضاعها لقانون جنسية المدين بالنفقة حيث جاء فيها: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"، ولهذا تعد نفقة العدة ونفقة المحضون أثر من آثار انحلال الزواج

[1] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص43.

والانفصال الجسماني وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، حسب نص المادة 12 فقرة 02 من ق م وفي حالة وجود طرف جزائري يطبق القانون الجزائري وحده حسب استثناء المادة 13 منه.

الفرع الثاني: الحضانة:

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي يرتبها انحلال الزواج حيث تعرف بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره كإطعامه والباسه ونظافته لعجزه على القيام بأمور نفسه، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 62 [1]من قانون الأسرة.

وتثير مسألة الحضانة عدة صعوبات تتمثل في القانون الذي يحكم الحضانة **(أولا)** وكذا الإشكالات الناتجة عن الحضانة في انحلال الزواج المختلط **(ثانيا)**.

أولا: القانون الذي يحكم الحضانة:

اختلفت التشريعات حول تكييف مسألة الحضانة فمنهم من اعتبرها أثر من آثار الزواج ذلك أن الولد المحضون هو نتاج علاقة زواج صحيحة وبالتالي تخضع لقاعدة قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[2] وقد أكد على ذلك الحكم الصادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 26_02_1952 منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي مجلد 8 لسنة 1952 ص 165[3] لكن هذا الرأي انتقد ذلك أنه لا يمكن الحديث عن آثار الزواج في ظل انتهائه[4].

وقد صنفها الفقيه **بارتن** ضمن مسائل الولاية على المال وقد أخذ بهذا الرأي المشرع المصري حيث جاء في نص المادة 16 منه: "يسري على المسائل الموضوعية

---

[1]تنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

[2]عمار آشوي، **تنازع القوانين في الحضانة (دراسة مقارنة)**، مداخلة مقدمة الى الملتقى الوطن، بعنوان **تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، المنعقد يومي 23 و24_04_2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص202،201. منشور في الموقع الالكتروني www.bejaiadroit.net، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

[3]أمين دربة، المقال السابق، ص247.

[4]صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص33.

الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص التي تجب حمايته[1]" وقد انتقد هذا الرأي كون الولاية على المال المقصود بها هو حفظ الصغير وانماؤه وليس تربية الطفل ورعايته[2].

أما جانب آخر من الفقه المصري فنادى بإخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت وقوع الطلاق باعتبارها أثر من آثار انحلال الزواج[3].

واتجه أغلب الفقهاء الى اعتبار مسألة الحضانة أثر من آثار فك الرابطة الزوجية ذلك أن مسألة الحضانة لا تثور الا عند وقوع الطلاق أو التطليق أو الانفصال فقبل حدوث الطلاق يكون الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين[4]، وبالتالي تخضع لقاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

وقد نادت اتفاقية لاهاي المنعقدة في 05_10_ 1961المتعلقة بحماية القصر بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل[5]، وقد أخذ بنفس الرأي المشرع الإيطالي[6].

بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يخص الحضانة بقاعدة اسناد تحدد القانون الذي يحكم الحضانة لهذا وجب على القاضي تكييفها حسب المادة 09 من القانون المدني

---

[1]أمين دربة، المرجع السابق، ص58.

[2]صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)**، الطبعة 02، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص297، نقلا عن، فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، الصفحة 34.

[3]آمنة أمحمدي بوزينة، **إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)**، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، المجلد 12، العدد 02، 10_2019، ص180. منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz تاريخ الاطلاع: 23_05_2022.

[4]عبد الكريم موكه، **القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط**، مجلة طبنة للدراسات الأكاديمية، المجلد 04، العدد 03، جامعة جيجل، الجزائر، 08_09_2021، ص914. منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dzتاريخ الاطلاع: 27_04_2022.

[5] Art. 01 du convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs qui dispose les autorités, tant juridiciaires qu'administratives, de l'état de la résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve des dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente convention , compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biensK voir le site internet : www.hcch.net .تاريخ الاطلاع: 18_05_2022

[6]آمنة أمحمدي بوزينة، **إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)**، المقال السابق، ص180.

الجزائري فيتوصل الى أن الحضانة تنتمي الى فئة الأحوال الشخصية حيث أن المشرع الجزائري نظمها في الفصل الثاني من قانون الأسرة تحت عنوان آثار الطلاق في المواد من 62 الى 72 من الأمر 84_11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ويفهم من ذلك أن المشرع الجزائري قد أقر باعتبار الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج[1]، وبالتالي تسري عليها قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وذلك حسب نص المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني إذا كان الطرفان أجنبيان أما اذا كان أحد الزوجان يحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج فانه يسري القانون الجزائري وحده وذلك حسب الاستثناء الوارد في المادة 13 من ق م.

ولقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية و إيطالي بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 12 فقرة 02، أي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وطعنت الزوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج و لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية و نظرا لذلك قررت المحكمة العليا على أساس نص المادة 13 نقض الحكم و اعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري، اذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعلى هذا تخضع الحضانة للقانون الجزائري[2].

ثانيا: إشكالات الحضانة عند انحلال الزواج المختلط:

منح المشرع الجزائري حق الحضانة للأم كأصل عام حيث نص في المادة 64 من ق أ 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".

[1]أمين دربة، المقال السابق، ص248.

[2]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 17_02_1998، ملف رقم 170082، المجلة القضائية، العدد 01، 2000، ص167،170، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 04_03_2022.

غير أن مراعاة مصلحة المحضون قد تقتضي نقض الترتيب الموجود في المادة السابقة الذكر و هذا يرجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حيث جاء في القرار رقم 613469 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10_03_2011 في قضية (م. ي) ضد (ع. ز) أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وقد عبروا عن السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة، و ترجيحهم بأن مصلحة البنت تقضي بقاءها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001، وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار اليها تطبيقا سليما، مما يجعل الوجه غير سديد يستوجب الرفض[1].

لا تثور الإشكالية إذا كانت الأم أجنبية ولكن تقيم في نفس البلد مع الأب أو إذا كان كلا الوالدان يقيمان في بلد أجنبي وقد صدر في هذا الصدد قرار عن المجلس الأعلى حيث جاء في حيثياته: ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر، فالمجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة وقرر أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا والحال أنهما يسكنان معا بفرنسا فتطبق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة وتكون حيث يقيمان بفرنسا أو غيرهما من الدول الأجنبية[2].

ان المشكلة التي تواجه القاضي عند الفصل في موضوع الحضانة هي إقامة الأم في بلد أجنبي حيث يتعذر تطبيق مضمون المادة 62 من ق أ والتي تقضي بتربية الطفل على دين أبيه وتنشئته تنشئة دينية خاصة إذا كانت الأم غير مسلمة.

حسب نص المادة 69 من ق أ تعتبر الإقامة في بلد أجنبي من مسقطات الحضانة حيث نصت على: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 13_07_2005، ملف رقم 613469، المجلة القضائية، العدد 02، 2008، ص385، منشور في الموقع الالكترونيwww.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 04_03_2022.

[2] آمنة أمحمدي بوزينة، **تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة**، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02، 31_08_2020، ص594، منشور في الموقع الالكترونيwww.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 23_05_2022.

في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، فرغم أن المشرع الجزائري منح الأولوية في حضانة الأولاد للأم الا أن اقامتها في بلد أجنبي يؤدي الى اسقاط الحضانة عنها، ويؤول هذا الحق الى الأب[1].

وقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في القضية رقم 45186 الصادر بتاريخ 09_03_1989، الذي قرر بأنه حيث أن السيدة تقيم بفرنسا **مونبيلييه** تم حرمانها من ممارسة الحضانة على بناتها وذلك خوفا عليهم من التأثر بدين غير الإسلام، فان الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر قصد تربية الولد على دين أبيه[2].

وقد أصدرت المحكمة العليا قرار آخر في 19_02_1990 في الملف رقم 59013 حيث جاء فيه من المقرر شرعا وقانونا أن اسناد الحضانة يجب أن تراع فيه مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فان القضاء بإسناد حضانة الصغار الى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويتوجب نقض القرار المطعون فيه[3].

ولتفادي هاته الإشكالات أبرمت عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية من بينها الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بالأطفال المولودين من زواج مختلط منفصل الطرفين، والموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21_06_1988[4] نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات المتعلقة بحضانة الأولاد وبعد الانفصال وبحق الزيارة للأبوين.

---

[1] الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، المرجع السابق، ص185.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 09_03_1989، ملف رقم45681، المجلة القضائية، العدد 04، 1993، ص952، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 11_02_2022.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 19_02_1990، ملف رقم 59013، المجلة القضائية، العدد 52، 1997، ص102_104 نقلا عن فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص36.

[4] تمت الموافقة على الاتفاقية بموجب القانون رقم 88_22 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 ه الموافق ل 12 يوليو سنة 1988، وتم المصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88_144 المؤرخ في 26_07_1988 المتضمن المصادقة على **الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال**، الجريدة الرسمية، العدد 30، الصادرة بتاريخ 17_07 _1988، منشورة في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 15_02_2022.

الغاية من هذه الاتفاقية هو الحد أو التقليل من العراقيل الناجمة عن انفصال الزوجين وحماية الأطفال والحفاظ على مصالحهم وكذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين وزيارة المحضون وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة، وقد تضمنت الاتفاقية بعض إجراءات دعم التعاون القضائي حيث نصت المادة 02 من الاتفاقية على ما يلي:" يجب على السلطة المركزية في احدى الدولتين أن تتخذ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

1. البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.
2. تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لا سيما ارسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.
3. تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.
4. تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.
5. ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم[1]".

الفرع الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي:

يعتبر الطلاق التعسفي من المسائل المترتبة على انحلال الزواج والانفصال الجسماني التي تتعلق بكلا الزوجين معا وقد تباينت التشريعات في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه وبالتالي يستوجب تحديد مفهوم الطلاق التعسفي **(أولا)** ثم تحديد القانون الذي يحكمه **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الطلاق التعسفي:

يقصد بالطلاق التعسفي هو كل طلاق تم بإرادة الزوج المنفردة وتأذت منه المرأة.

[1] المادة 02 من **الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال**، منشورة في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 15_02_2022.

ويعرف أيضا أنه طلاق الزوج لزوجته دون مسوغ شرعي أو من غير حاجة تقتضي ذلك[1].

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي في المادة 52 من ق أ حيث جاء فيها ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

نستنتج من نص المادة 52 السابقة الذكر أن المشرع الجزائري لم يعرف الطلاق التعسفي وانما اكتفى بالنص على التعويض في حالة الطلاق التعسفي ولم يحدد قيمة العوض المالي الذي نشا في ذمة المتعسف بل تركه للسلطة التقديرية للقاضي[2] حيث يراعي في ذلك جسامة الضرر الذي أصاب الزوجة.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على التعويض عن الطلاق التعسفي:

اختلفت التشريعات في تحديد القانون الواجب التطبيق على التعويض عند الطلاق التعسفي فاتجه البعض الى اخضاعه الى قانون القاضي بوصفه القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية[3].

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث لم يخص التعويض عن الطلاق التعسفي بقاعدة اسناد صريحة، وبالتالي فان حق المطلقة في الحصول على التعويض إذا كان طلاقها من زوجها تعسفيا يخضع لقانون القاضي لأن التصرف الذي قام به الزوج يستوجب المسؤولية التقصيرية[4].

وقد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه: من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة اهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم

[1]أسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011، ص91.

[2]العربي بلحاج، المرجع السابق، ص235.

[3]هشام علي صادق، المرجع السابق، ص235.

[4]أمين دربة، المقال السابق، ص246.

بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ. يستوجب نقض الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا اجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[1].

واتجه جانب آخر من الفقه الى اخضاعه لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى باعتبار أن التعويض عن الطلاق التعسفي يعتبر أثر من آثار انحلال الزواج والانفصال الجسماني وعلى أساس أن مسؤولية الزوج المخطئ عن انحلال الزواج هي أقرب الى فكرة انقضاء الرابطة الزوجية منها الى فكرة المسؤولية التقصيرية[2].

وقد اتجه الفقه المعاصر الى القول بأن التعويض الناجم عن الطلاق التعسفي مصدره نفقة المتعة التي شرعت كأثر للطلاق وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 08_04_ 1985 بقولها: "لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها للتخفيف من ألم فراق زوجها، فإنها تعتبر في حد ذاتها تعويضا لها ومن ثم القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي يقضي للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم المتعة وبدفع مبلغ مالي آخر كتعويض[3]".

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 07_04_1986، ملف رقم 41560، المجلة القضائية، العدد 02، الجزائر، 07_04_1986، ص69، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 16_03_2022.

[2] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص268.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص234.

المطلب الثاني:

المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط:

من أهم المسائل المترتبة عن انحلال الزواج والانفصال الجسماني والتي تخرج عن مجال تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى نجد قواعد الاختصاص والإجراءات **(الفرع الأول)**، كما نجد المسائل الخاصة بحالة الزوجين الشخصية كل على حدة والمتمثلة في مدة العدة **(الفرع الثاني)** وإمكانية استرداد اسم الزوجة [1]**(الفرع الثالث)** وكذا حق الزوج في الزواج من جديد فهي بدورها تخرج عن نطاق تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

الفرع الأول: قواعد الاختصاص والإجراءات:

ان تطبيق المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري تشمل في معناها الجانب الموضوعي لحل الزواج دون الجانب الاجرائي أو الشكلي الذي بدوره يخضع الى قوانين أخرى تحكمه.

حيث تخرج عن نطاق القاعدة العامة الإجراءات التي تتعلق برفع دعوى الطلاق، التطليق، الخلع والانفصال الجسماني وكذا جلسات الصلح والتحكيم وغيرها من إجراءات شهر الطلاق حيث تخضع لقانون القاضي الذي يفصل في الدعوى[2] وذلك حسب تعديل 2005 حيث أضاف المشرع الجزائري المادة 21 مكرر والتي نصت على: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى وتباشر فيها الإجراءات".

وتدخل أيضا ضمن هذه الإجراءات، اجراء الطلاق أمام سلطة دينية أو هيئة قضائية وقد اختلفت التشريعات في تكييفها فمنهم من اعتبرها من المسائل الموضوعية

[1]الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص184.
[2]محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص549.

التي خضع لقانون الزوج وقت رفع الدعوى ومنهم من اعتبرها من المسائل الإجرائية وبالتالي تخضع لقانون القاضي[1].

كما تخرج من نطاق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي يتخذها القاضي أثناء السير في دعوى فك الرابطة الزوجية بهدف المحافظة على مصالح الزوجين والأولاد[2]، ومن الأمثلة عن هذه الإجراءات النفقة الوقتية التي يحكم بها القاضي لصالح الزوجة والاذن لها بالإقامة في مسكن الزوجية وتسليم الأثاث الضروري[3].

وقد تنوعت الآراء الفقهية حول تكييف هذه المسائل فمنهم من اعتبرها من آثار الطلاق أو التطليق وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ومنهم من أدرجها ضمن الإجراءات الوقتية حيث يحكم بها القاضي بصفة استعجالية ريثما يفصل في الدعوى وبالتالي تخضع لقانون القاضي باعتبارها اجراء مؤقت يتعلق بالأمن العام في الدولة[4]، وهذا الرأي أخذ به القضاء الفرنسي وأيده غالبية الفقه الفرنسي والمصري.

فهذه المسائل تخرج عن اختصاص قانون جنسية الزوج وتخضع لقانون القاضي[5] حيث نصت المادة 34 من قانون المرافعات المصري الصادر في 1968 على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الاصلية[6]"، أما القانون المدني الكويتي فقد نص في المادة 21 منه على ما يلي: "تختص المحاكم الكويتية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الكويت، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية[7]".

---

[1] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص260.
[2] كمال آيت منصور، المقال السابق، ص147.
[3] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص259.
[4] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص78.
[5] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص297.
[6] قانون المرافعات المصري، ص04، منشور في الموقع الالكتروني www.alazab.net، تاريخ الاطلاع:01_06_2022.
[7] القانون المدني الكويتي رقم5 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي(1961/5)، منشور في الموقع الالكتروني www.almohami.com، تاريخ الاطلاع: 03_06_2022.

ونفس الرأي تبناه المشرع المدني الجزائري في المادة 21 مكرر منه بعد التعديل والتي نصت على: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

أما بخصوص تعيين جهة مختصة دينية أو مدنية أو هيئة قضائية يتم التصريح لديها بالرغبة في فك الرابطة الزوجية، فقد أثارت جدلا فقهيا بين اخضاعها الى قانون القاضي باعتبارها من الإجراءات الوقتية والتحفظية وبين اخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج المختلط باعتباها من المسائل الموضوعية[1].

الفرع الثاني: العدة:

العدة هي المدة أو الحيز الزماني التي تكون الزوجة المطلقة ملزمة لاحترامها امتثالا لأوامر الشرع والقانون قبل اقدامها على الزواج من جديد[2] ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ النطق بالحكم بالطلاق وهي عدة أنواع وسنخص بالدراسة عدة المطلقة حيث يتوجب **(أولا)** تعريف العدة ثم تحديد القانون الذي تخضع له العدة **(ثانيا)**.

أولا: تعريف العدة:

1. لغة:

مأخوذة من العد والحساب.

2. اصطلاحا:

هي الأجل الذي أوجبه الشرع على الزوجة التي انحل عقد زواجها بالطلاق لانقضاء ما بقي من آثار الزواج[3].

---

[1] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص260.
[2] سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 1996، ص249.
[3] المرجع السابق، ص249.

وقد نص المشرع الجزائري على العدة في المادة 58 من ق أ حيث جاء فيها: "تعتد المطلقة المدخول بها غير حامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

ومن الاجتهادات القضائية التي أقرت بوجوب العدة للمرأة ما جاء في قرار المحكمة العليا والذي اعتبر العدة من النظام العام حيث جاء في نص القرار: لا طلاق دون عدة ودون نفقة عنها، مادامت من النظام العام[1].

وهي المدة التي يجب على الزوجة انتظارها بمقتضى القانون والشريعة حتى يتسنى لها إمكانية ابرام عقد زواج جديد.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على العدة:

تعتبر العدة من الآثار الشخصية لانحلال الزواج سواء أكان بالطلاق أم بالخلع أم بغيرهما من صور فك الرابطة الزوجية الأخرى وهي من المسائل التي تعرفها التشريعات العربية التي تستقي أحكامها من الشريعة الإسلامية دون التشريعات الغربية حيث ما شرعت الا حفظا لاختلاط الأنساب وقد نص المشرع الجزائري على أحكام العدة في ق أ من المادة 58 الى المادة 61 في الفصل الثاني المتضمن آثار الطلاق.

وتخرج العدة عن نطاق القانون يحكم انحلال الزواج وتخضع للقانون الشخصي أي لقانون جنسية الزوجين كل على حدة[2] باعتبارها أثر شخصي لحالة المرأة وذلك حسب نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "يسري على الحالة المدنية لأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم".

كما تخضع للقانون الشخصي للمطلقين أو المنفصلين كل المسائل التي تتعلق بإمكانية الزواج من جديد بوصفها من الشروط الموضوعية للزواج الجديد[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية- قرار بتاريخ 12_07_2006، ملف رقم 358348، المجلة القضائية، العدد 02، 2006، ص449، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 31_03_2022.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص261.

[3] صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين**، المرجع السابق، ص256.

اذن فالعدة تخرج عن نطاق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وتخضع للقانون الشخصي للزوجة.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على اسم الزوجة:

تباينت التشريعات في تحديد القانون الواجب التطبيق على اسم الزوجة فنجد البعض منها توجب على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها ومثال ذلك نجد التشريع الفرنسي[1] أما التشريعات العربية التي تستقي أحكامها من الشريعة الإسلامية فتوجب على الزوجة حق الاحتفاظ باسمها العائلي.

حيث يطرح تنازع القوانين على اسم الزوجة عند انحلال الزواج والانفصال الجسماني في حالتين:

أولا: حالة الاحتفاظ باسم زوجها:

يعتبر هذا الحق من الآثار الشخصية المتعلقة بالزوجين معا وقد أخذ به الفقه الفرنسي حيث أخضعه الى القانون الذي يحكم الآثار الشخصية للزواج لاعتبار الطلاق من الآثار السلبية للزواج[2] بل لابد من امتداد اختصاص القانون الذي يحكم آثار الزواج لاسم الزوجة المطلقة أو المنفصلة جسمانيا، ثم أفرده بقاعدة اسناد صريحة وطبق عليه القانون الذي يحكم مسائل انحلال الزواج[3].

ثانيا: حالة استرداد اسم الزوجة:

أخضع القانون الألماني سنة 1978في هذه الحالة اسم الزوجة لقانون جنسية الزوجة[4].

---

[1] أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص222.
[2]صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين**، المرجع السابق، ص31.
[3]آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص222.
[4]أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص253.

بالنسبة للمشرع الجزائري فهو من الدول التي تجعل اسم الزوجة عنصر من عناصر حالتها المدنية[1] بحيث تبقى المرأة محتفظة باسمها فلا أثر للزواج على اسم الزوجة فقد اعتبر اسم الزوجة من المسائل المتعلقة بالزوجة وحدها وبالتالي يطبق عليها القانون الشخصي للزوجة وذلك حسب نص المادة 10 فقرة 1 من ق م حيث جاء فيها: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسياتهم".

[1]الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص174.

المبحث الثاني:

استبعاد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط:

يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي حسب قواعد الاسناد المقررة في المواد من 09 الى 24 من القانون المدني بتطبيق القانون الجزائري أو تطبيق القانون الأجنبي[1] فلما يتعارف القاضي على مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجده يتعارض مع المبادئ الأساسية في دولته أو يثبت له تغيير ضابط الاسناد بهدف التهرب من تطبيق قانون دولة ما فيستبعد القاضي تطبيق هذا القانون باسم النظام العام أو الغش نحو القانون.

أسس المشرع الجزائري لفكرة النظام العام والغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي لأول مرة بموجب الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26_09_1975 المتضمن القانون المدني في المادة 24 ثم عدلت هذه المادة بموجب القانون 05_10 المؤرخ في 20_07_2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

جاء في المادة 24 قانون مدني ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

يقتضي علينا دراسة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام **(المطلب الأول)** ثم الغش نحو القانون **(المطلب الثاني)**.

[1]سلمى غنام، المقال السابق، ص71.

المطلب الأول:

الدفع بالنظام العام:

أجاز المشرع الجزائري بتطبيق القانون الأجنبي اذا كانت قواعد الاسناد تشير الى ذلك، غير أن مضمون القانون الأجنبي قد يتعارض مع المفاهيم الأساسية والمبادئ القانونية في دولة القاضي[1] خاصة فيما يتعلق بمسائل انحلال الزواج ذلك أن النظام العام يختلف من دولة الى أخرى فما يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة ما لا يعد كذلك في دولة أخرى[2]، وما يصطدم مع النظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرا منافيا للنظام العام في وقت آخر وهكذا فالنظام العام فكرة مرنة و متطورة يكتنفها الغموض و بالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق[3]، و سنحاول فيما يلي تحديد مضمون النظام العام و شروطه في **(فرع أول)** ثم أثر النظام العام في **(فرع ثان)**.

الفرع الأول: مضمون النظام العام وشروطه:

سنفصل فيما يلي مضمون النظام العام **(أولا)** ثم شروط الدفع بالنظام العام **(ثانيا)**.

أولا: مضمون النظام العام:

لم يحدد المشرع الجزائري فكرة النظام العام في القانون الداخلي، ومع ذلك على سبيل المثال، نص المادة 93 من ق م، حيث نصت على أنه: "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، وأيضا المادة 97 نصت على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا".

---

[1] آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص54.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص173.

[3] أحمد عمراني، **محاضرات في القانون الدولي الخاص**، 2019_2020، ص03، منشور في الموقع الالكتروني www.elearn.univ-oran1.dz، تاريخ الاطلاع: 28_03_2022.

كما لم يعرف النظام العام في القانون الدولي الخاص واكتفى بالنص عليه في المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني حيث جاء فيها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...."

نستنتج من نص المادة أن المشرع الجزائري منح الاختصاص للقانون الأجنبي في حالات معينة اعمالا للمبدأ العام لكن هذا لا يعني تطبيقه بصفة مطلقة وعدم وجود قيود في ذلك، فمن غير المقبول أن يطبق القاضي الجزائري قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع النظام العام في الجزائر، وترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدى تعارض القانون الأجنبي مع مبادئ وأسس قانون وطنه[1].

يمكن تعريف النظام العام بأنه وسيلة استثنائية يستبعد القاضي بمقتضاها تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة محل النزاع إذا كانت أحكامه تتعارض تعارضا صارخا مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته[2].

كما يمكن تعريفه بأنه مجموع المسائل الجوهرية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني[3]، وهو أداة لاستبعاد القانون الأجنبي بتطبيق القانون الوطني بصفة استثنائية خروجا عن الأصل العام الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الاسناد باختصاصه وطنيا كان أم اجنبيا[4].

ويفهم من ذلك أن فكرة النظام العام تتميز بالنسبية و المرونة فهي نسبية لأن ما يعد من النظام العام في الجزائر ليس كذلك في غيرها من الدول[5]، وبناء على ذلك

---

[1]أمينة مقدس، **استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري دراسة تحليلية على ضوء نص المادة 24 من القانون المدني**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد 10، العدد 01، 04_2019، ص1580. منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 02_04_2022

[2]آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص55.

[3]أمينة مقدس، المقال السابق، ص1580.

[4]سلمى غنام، المقال السابق، ص71.

[5]نور الدين بوسهوة، **مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام**، مداخلة مقدمة الى الملتقى الوطني بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

فان القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين ينبغي أن يستبعد اذا كان الزوج هو الذي غير ديانته بأن اعتنق الإسلام بينما ظلت زوجته كتابية ذلك أن الحكم بإنهاء الرابطة الزوجية في هذه الحالة يعد مخالفا لأحكام الدول التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية التي تعتبر من حق المسلم الزواج بالكتابية وينبغي أيضا أن يستبعد القانون الأجنبي الذي يمنع انحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين اذا كانت الزوجة هي التي غيرت[1] ديانتها بأن اعتنقت الإسلام بينما بقي زوجها على ديانته.

أما بالنسبة للمرونة فذلك لأن النظام العام قابل للتغيير في الدولة الواحدة بتغير الأوضاع والظروف فمثلا الطلاق بالإرادة المنفردة كان محضورا في فرنسا سابقا.

وتطبيقا لمبدأ استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على انحلال الزواج بسبب الدفع بالنظام العام، استبعدت محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر في 1987_06_16 القانون المغربي و طبقت القانون التونسي على طلاق بين أزواج مغاربة و زوجات تونسيات استنادا الى فكرة النظام العام التونسي، وهذا لأن مقتضيات القانون المغربي في مادة الطلاق لا تمنح للزوجة الحق في طلب الطلاق لمجرد رغبتها فيه، وانما في حالات محددة على سبيل الحصر ولا تنطبق احداها على وقائع هذه القضية وكان الزوج قد طالب بتطبيق القانون المغربي المختص أصلا بحكم الطلاق استنادا الى اتفاقية الاستيطان المبرمة بين المغرب وتونس التي تقضي في المادة 10 بتطبيق القانون الشخصي على مواطني البلدين، الا أن المحكمة التونسية طبقت القانون التونسي محل القانون المغربي استنادا الى آلية النظام العام وحكمت للزوجة التونسية بالطلاق رغم معارضة الزوج[2].

عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014_04_24_23، منشور في الموقع الالكتروني www.bejaiadroit.net، تاريخ الاطلاع: 2022_03_14.

[1] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص186.

[2] خالد برجاوي، **القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية**، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة 01، الرباط، 2001، ص200.

ثانيا: شروط الدفع بالنظام العام:

باستقراء الفقرة 01 من المادة 24 من القانون المدني يستنبط أنه يجب توفر الشروط التالية حتى يتسنى اعمال الدفع بالنظام العام.

1. اشارة قواعد الاسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي:

يفهم من هذا الشرط أنه يجب أن تشير قاعدة الاسناد في دولة القاضي الى تطبيق القانون الأجنبي، فلا مجال لإعمال الدفع بالنظام العام إذا لم يثبت الاختصاص للقانون الأجنبي.

كما لا يمكن اثارة الدفع بالنظام العام إذا أشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الداخلي ومثال ذلك الاستثناء الوارد في نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري والذي يقضي بتطبيق القانون الجزائري عند انحلال الزواج والانفصال الجسماني إذا كان أحد الأطراف جزائريا وقت انعقاد الزواج، والمادة 22 والتي تقضي بتطبيق القانون الجزائري إذا كان الشخص يتمتع بالجنسية الجزائرية الى جانب الجنسية الأجنبية[1].

2. تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي:

يقصد بتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في الجزائر، مخالفة قواعد القانون الأجنبي الموضوعية دون تلك المتعلقة بقواعد الاسناد[2] وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 23 مكرر 1 والتي جاء فيها: "إذا تقرر أن قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق الا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان".

حيث أن المشرع الجزائري عند وضعه لقواعد الاسناد التي قد تشير الى تطبيق القانون الأجنبي لم يضعها غير مقيدة وانما قصد بذلك مع عدم معارضته للنظام العام

[1] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص77.
[2] أمينة مقدس، المقال السابق، ص1586.

في دولة القاضي وترك في ذلك السلطة التقديرية للقاضي تحت رقابة المحكمة العليا ويكون تعارضا كليا أو جزئيا حيث أن مقتضيات النظام تختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر[1] حتى داخل المجتمع نفسه.

3. الدفع بالنظام العام حال وقت رفع الدعوى:

مفاد هذا الشرط أن تقدير مقتضيات النظام العام يكون حال الفصل في الدعوى ومثال ذلك القضاء الفرنسي كان يمنع الطلاق، لكن بعد 1975 أصبح يجيز الطلاق بالتراضي[2] فاذا رفعت الدعوى بعد تعديل القانون الفرنسي لسنة 1975 وكان ذلك قبل الفصل في النزاع فلا يمكن استبعاد تطبيق ذلك القانون لعدم تعارضه مع النظام العام.

الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام:

يترتب على الدفع بالنظام العام آثار تتمثل في الأثر السلبي **(أولا)** والأثر الإيجابي **(ثانيا)**.

أولا: الأثر السلبي للنظام العام:

الأثر السلبي للنظام العام يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، أي امتناع القاضي عن تطبيقه ويكون هذا الاستبعاد اما كليا أو جزئيا وهنا يطرح الاشكال.

جاء في المادة 24 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة أذا كان مخالفا للنظام العام آو الآداب العامة في الجزائر...".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يشر الى مقدار استبعاد القانون الأجنبي هل يقع كليا أم جزئيا، لكن في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23_04_1991 نجده تبنى الاستبعاد الجزئي حيث جاء في حيثيات القرار أنه في حال وجود أحد الأبوين في دولة اجنبية غير مسلمة، و تخاصما على الأولاد (أي

[1] الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص251.
[2] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص77.

حضانة الأولاد)، في دولة أجنبية غير مسلمة، فانه من يوجد بها (أي في دولة مسلمة) يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد هذا أكثر اذا كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر اليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه[1] في هذه القضية صدر حكم بالطلاق في دولة أجنبية وفي هذا الشق يعتبر صحيح، وله أثر في الجزائر، غير أنه لا يطبق في الجانب المتمثل في منح الحضانة لأم بفرنسا.

من خلال البحث في هذه المسالة نجد اختلاف بين الفقهاء فهناك جانب يرى أن الاستبعاد يحب أن يكون كليا لأن استبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة الاسناد اذ هي تهدف الى تطبيق القانون الأجنبي كاملا لا بعض أحكامه دون البعض الآخر[2].

كما أنه في بعض الحالات يصعب فصل الجزء المخالف للنظام العام عن الأجزاء الأخرى لارتباطها ارتباط السبب بالنتيجة، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي اللجوء الى الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي و ضرورة تطبيق القانون الجزائري بدلا منه، فلو افترضنا أن قانون الجنسية المشتركة لأجنبيين يقيمان في الجزائر يمنع زواجهما لاختلافهما في اللون فان هذا المنع لا يحول دون إمكانية ابرام زواجهما وفقا للقانون الجزائري، نظرا لتعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام في الجزائر فاذا طرح نزاع على القاضي الجزائري يتعلق بآثار زواج تم وفقا للقانون الجزائري فعلى القاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم آثار الزواج أي قانون جنسية الزوجين استبعادا كليا لأنه غير معقول أن يطبق القاضي هذا القانون على آثار زواج يعد باطلا وفقا لأحكامه[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 23 _04_1991، أنظر: كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص164.

[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص177.

[3] محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)**، الطبعة 02، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992، الصفحة 517، نقلا عن، محمد موسخ، المقال السابق، ص11.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية **باتينو patino** في 15_05_1963 باستبعاد القانون البوليفي كليا لمخالفته للنظام العام الفرنسي كونه يمنع التفريق الجسماني بين الأشخاص واستبداله بالقانون الفرنسي ليس فقط بالنسبة لمسألة الانفصال بل كذلك فيما يتعلق بالنظام المالي للزوجين[1].

وفي نظير ذلك نجد غالبية الفقه يتجه الى استبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء ودون أن يحل القانون الوطني محل القانون الأجنبي ومعنى ذلك أن ينحصر الاستبعاد في الجزء المخالف لمقتضيات النظام العام مع تطبيق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ17_11_1964 تتعلق بالميراث وجاء فيه: "ان ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية لا يمس النظام العام في فرنسا، الا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة و حسب، من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم[2]".

ثانيا: الأثر الايجابي للنظام العام:

تكتفي بعض التشريعات بالأثر السلبي للنظام العام ومن بينها نجد المشرع الجزائري حيث أغفل قبل تعديل 2005 الإشارة الى قانون بديل يحل محل القانون المستبعد لكنه أدرك بعد ذلك هذه المسألة وتفطن لسد الفراغ التشريعي الذي يترتب عن استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بإضافة الفقرة 02 للمادة 24 بموجب القانون 05_10 المؤرخ في 20 يونيو2005 حيث جاء فيها: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

---

[1]Daniel Gutman, Droit international privée. Dalloz, Paris, 1999, Page91.
نقلا عن أمينة مقدس، المقال السابق، ص 1589.

[2]Yvon Loussouarne, Pierre Bourel, Droit international privée, Dalloz, 4eme édition, 1993, Page280, .04 نقلا عن، أحمد عمراني، المرجع السابق، الصفحة

وهذا دليل على أخذه بالأثر الإيجابي والذي يتمثل في حلول القانون الوطني محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده، أي ثبوت الاختصاص لقانون القاضي وهو ما أكده القضاء الفرنسي[1]، حيث أنه في حال استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي فان الاختصاص ينعقد لقانون القاضي.

وقد ساد الفقه الألماني اتجاه آخر يتمثل في استبعاد النص المخالف للنظام العام وتطبيق نص آخر بدلا من الأول[2] أي البحث عن قاعدة قانونية جديدة تحل محل القاعدة الأولى، مثلما فعلت المحكمة العليا الألمانية التي استبعدت القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين، لمخالفته للنظام العام، وطبقت على الدين أطول مدة تقادم ينص عليها القانون السويسري[3].

[1]حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص305.
[2]فتيحة بشور، المرجع السابق، ص91.
[3]أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص180.

المطلب الثاني:

الغش نحو القانون:

قاعدة الاسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني و هدفها ارشاد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وتتكون هذه القاعدة من الفئة المسندة و القانون المسند اليه و ضابط الاسناد، ويمثل ضابط الاسناد أداة الربط بين الفئة المسندة والقانون المسند اليه، وقد يقوم أحد الخصوم بتغيير ضابط الاسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون دولة الى قانون دولة أخرى وذلك نتيجة تعارض مصالح الأفراد مع نصوص القانون وأهدافه، و يتجسد ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن[1] وهذا ما يعرف بالتحايل أو الغش نحو القانون وسنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين **(المطلب الأول)** نخصصه لتعريف الغش نحو القانون وشروطه ثم آثار الغش نحو القانون في **(المطلب الثاني)**.

الفرع الأول: تعريف وشروط الغش نحو القانون:

قد يتبين للقاضي أن أطراف العلاقة القانونية قد تحايلوا وتلاعبوا بقاعدة الاسناد نتيجة تغيير في ضوابط الاسناد بنية الإفلات من أحكام القانون المختص يحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي[2] وسنتطرق في **(الفرع الأول)** الى تعريف الغش نحو القانون ثم في **(الفرع الثاني)** الى شروط الغش نحو القانون.

أولا: تعريف الغش نحو القانون:

لم يعرف لا المشرع ولا القضاء الجزائري الغش نحو القانون وانما اكتفى بالإشارة اليه في الفقرة 01 من المادة 24 من القانون المدني حيث نصت على: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

---

[1]حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، **(تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)**، الطبعة 02، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص281.

[2]سلمى غنام، المقال السابق، ص71.

يعرف الغش نحو القانون بأنه مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير ارادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول الى نتائج غير مشروعة[1]، وعرف الفقه الغش نحو القانون بأنه التغيير الارادي والمتعمد لضابط الاسناد الذي يتم بهدف التهرب من القانون الواجب التطبيق، وإحلال قانون أخر غير مختص يخدم مصلحة الطرف الذي صدر منه هذا الغش[2].

كما عرفه بعض الفقهاء بأنه اتخاذ تدابير ارادية حقيقية ولو عن غير عمد إيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يهدر الغرض منه[3].

وعرفه البعض الآخر بأنه ينحصر في الوسائل التي يتخذها الأشخاص الخاضعون لقواعد قانونية آمرة أو ناهية لتجنب هذه القواعد باستخدام القواعد القانونية الأخرى التي يتوقف تطبيقها على ارادتهم مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي[4].

وقد ثبت العمل بنظرية الغش نحو القانون بعد قضية الأميرة **دي بوفرمون** و هي قضية مشهورة في القضاء الفرنسي سنة 1876، وتتلخص وقائع هذه القضية في أميرة فرنسية أرادت التطليق من زوجها للزواج بالأمير الروماني **ببسكو** ولكن القانون المطبق عليها لا يسمح حينها بالطلاق، فأقدمت هذه الأميرة الى اكتساب الجنسية الألمانية حيث يسمح القانون الألماني بتلبية رغبتها، وفعلا حدث ذلك وتزوجت بالأمير الروماني في ألمانيا، ولما عادت مع زوجها الجديد الى فرنسا أبطلت محكمة النقض الفرنسية زواجها الجديد بطلب من الزوج الأول تأسيسا على قاعدة الدفع بالغش نحو القانون، وهذا نتيجة حكم المحكمة بإبطال الطلاق الذي تم في ألمانيا[5].

---

[1]الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص247.

[2]أمينة مقدس، المقال السابق، ص1592.

[3]صحراء داودي، **استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون**، دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 12، العدد 04، أكتوبر2020، السنة 12، ص895. منشور في الموقع الالكترونيwww.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 06_04_2022.

[4]علي علي سليمان، المرجع السابق، ص261.

[5]نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2002، ص69.

وتمثل قضية دي **بوفرمون** أول قضية يطبق فيها القضاء الفرنسي هذه القاعدة ثم انتقل الحديث عنها بعد ذلك الى الفقه وقررت بعدها في التشريع تدريجيا[1].

ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون:

حتى يتمكن من التمسك بالدفع بالغش نحو القانون يستوجب توفر شرطان متفق عليهما من طرف غالبية الفقهاء يتمثلان في تغيير ضابط الاسناد وسوء النية حتى يتم الوصول الى نتائج غير مشروعة.

الى جانب الشرطان السابقان هناك شروط أخرى اضافها الفقهاء للدفع بالغش نحو القانون وهي شروط غير متفق عليها وسنتطرق فيما يلي الى الشروط المتفق عليها **(أولا)** ثم الشروط المختلف فيها **(ثانيا)**.

1. الشروط المتفق عليها:

تتمثل هذه الشروط في العنصر المادي المتمثل في تغيير ضابط الاسناد ولعنصر المعنوي المتمثل في سوء النية.

أ. تغيير ضابط الاسناد:

يشترط للتمسك بالغش نحو القانون أن يتوفر الركن المادي المتمثل في أن يقوم الغاش بإجراء تغيير ارادي في ضابط الاسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق[2] أي يجب أن تكون للإرادة دور في تغيير ضابط الاسناد والا لا مجال للحديث عن الغش نحو القانون في الحالات التي لا يكون للإرادة دور[3].

ومن الضوابط التي تقبل التغيير ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية خاصة فيما يتعلق بانحلال الزواج والانفصال الجسماني، فيقوم الشخص بتغيير جنسيته

---

[1] محمد موسخ، **حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري**، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 31_12_2009، ص16، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 11_05_2022.

[2] أحمد عمراني، المرجع السابق، ص06

[3] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص277، نقلا عن، أمينة مقدس، المقال السابق، ص1592.

للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة لكونه مانعا يقف دون تحقيق مرابه[1] كأن يقوم الزوج بتغيير جنسيته التي لا تسمح بفك الرابطة الزوجية والتجنس بجنسية دولة أخرى يسمح قانونها بفك الرابطة الزوجية.

ب. سوء النية:

يتمثل هذا الشرط في العنصر المعنوي للغش نحو القانون، فلا يكفي توافر الركن المادي المتمثل في تغيير ضابط الاسناد حتى نقول هناك تحايل نحو القانون[2]، انما يجب أن يقترن هذا الشرط بسوء النية أي أن يكون هذا التصرف مقترنا بنية التهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة[3]، ومثال ذلك أن يقوم شخص يمنعه قانونه الوطني من طلاق زوجته بتغيير جنسيته واكتساب جنسية دولة أخرى يبيح قانونها الطلاق، وهذا ما حصل في قضية **دي بوفرمون** التي غيرت جنسيتها بمحض ارادتها للتهرب من تحريمات القانون الفرنسي[4].

وهناك من الفقهاء من يرى أنه لا حاجة لتوفر هذا الشرط حتى يثبت الغش نحو القانون واعتبار الغش قد وقع لمجرد اجراء عملية تغيير ضابط الاسناد المقترن بظروف وملابسات خارجية[5]، الا أن المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء وما استقر عليه الفقه الحديث هو الأخذ بهذا الشرط وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[6].

وللقاضي السلطة التقديرية في التقصي عن نية الغش رغم صعوبة اثبات العنصر المعنوي الا أنه يمكن استنباط ذلك من خلال وقائع الدعوى وملابساتها[7].

2. الشروط الغير متفق عليها:

هي شروط مختلف فيها بين الفقهاء وتتمثل هذه الشروط فيا يلي:

---

[1]صحراء داودي، المقال السابق، ص896.
[2]أمينة مقدس، المقال السابق، ص1593.
[3]أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص191.
[4]فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص86.
[5]محمد موسخ، المقال السابق، ص17.
[6]نفس المرجع، ص18.
[7]فتيحة بشور، المرجع السابق، ص94.

أ. أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب منه هو قانون القاضي:

بداية قصرت غالبية التشريعات مجال الدفع بالغش نحو القانون على حالة التحايل على القانون الوطني دون القانون الأجنبي[1] ومن بينها نجد القضاء الفرنسي حيث اتجه الى استبعاد القانون الأجنبي إذا كان الغش نحو القانون الفرنسي وأيده الفقه في ذلك[2].

وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية سنة 1922 في قضية السيدة **فيراري** اذ أكدت على طلاق السيدة **فيراري** رغم ما ثبت عنها من تحايل على القانون الايطالي[3]، الا أن القضاء الفرنسي الحديث اتجه الى تطبيق نظرية الغش حتى بالنسبة للغش نحو القانون الأجنبي[4].

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يشترط توافر هذا الشرط لإعمال الغش نحو القانون وهوما يمكن استنباطه من خلال استقراء المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة ... إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

يفهم من نص المادة أنها جاءت عامة ومطلقة فقد نصت على وجوب استبعاد القانون الواجب الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون دون أن يقيد هذا الدفع بالغش نحو القانون الجزائري[5]، وبالتالي يمكن اعمال فكرة الغش نحو القانون سواء كان القانون الذي قصد الشخص التهرب من أحكامه هو القانون الجزائري أو كان المقصود هو الإفلات من أحكام قانون أجنبي[6].

---

[1]فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص87.
[2]هشام علي صادق، المرجع السابق، ص216.
[3]الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص296.
[4]أمينة مقدس، المقال السابق، ص1593.
[5]نفس المقال، ص1594.
[6]صحراء داودي، المقال السابق، ص898.

ب.أن تكون القواعد آمرة:

حيث يجب أن ينصب الغش أو التحايل على القانون على قواعد قانونية آمرة[1]، أما إذا كانت هذه القواعد مكملة فلا يتحقق الغش نحو القانون لأن القواعد المكملة هي قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وبالتالي فلا يتصور التهرب منها[2]، ذلك أن المشرع أجاز للأفراد الخروج عنها، لكن الفقهاء لا يفرقون بين هذه القواعد في خضوعها لقاعدة اعمال الدفع بالغش نحو القانون[3].

ت.اعتبار الدفع بالغش نحو القانون وسيلة احتياطية:

يقصد بهذا الشرط عدم توافر وسائل أخرى يمكن بواسطتها استبعاد القانون الأجنبي غير وسيلة الدفع بالغش نحو القانون[4]، حيث يتمسك به في حالة ما اذا كانت المخالفة غير مباشرة[5] حيث أن تغيير ضابط الاسناد من أجل التهرب من القانون الواجب التطبيق بغية تطبيق قانون آخر يحقق مراده يعتبر الوسيلة لتحقيق الغرض الغير مشروع أما اذا كانت المخالفة مباشرة ضد احدى قواعد الاسناد فيتم استعمال الدفع الأصلي المناسب لهذه الحالة لاستبعاد الآثار المحققة في ظل القانون الأجنبي المطبق في الخارج دون حاجة للجوء الى الدفع بالغش نحو القانون[6].

الفرع الثاني: أساس الدفع بالغش نحو القانون وآثاره:

سنحاول **(أولا)** دراسة أساس الغش نحو القانون ثم آثاره **(ثانيا)**.

---

[1]صحراء داودي، المقال السابق، ص898.
[2]أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص194.
[3]محمد موسخ، المقال السابق، ص18.
[4]فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص89.
[5]محمد موسخ، المقال السابق، ص19.
[6]الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص267.

أولا: أساس الغش نحو القانون:

اختلفت الآراء الفقهية في أساس الغش نحو القانون فمنهم من اعتبره قائم على الصورية ومنهم من اعتبره تعسف في استعمال الحق ومنهم من اعتبره من تطبيقات النظام العام.

1. الغش نحو القانون قائم على الصورية:

اتجهت بعض الآراء الفقهية الى اعتبار أن الغش نحو القانون قائم على الصورية، غير أن هذا الرأي انتقد على أساس أن الصورية في القانون المدني تتمثل في أن المتعاقدان في العقد الصوري يخفيان وراء العقد الظاهر عقد مستتر بحيث تكون وراء ارادتهما الصورية إرادة مستترة خفية[1]، أما الغش نحو القانون فيقوم الغاش بتصرف ظاهر حقيقي لكن الغرض منه غير مشروع[2]، فالإرادة الحقيقية لا تستر إرادة أخرى.

2. الغش نحو القانون قائم على التعسف في استعمال الحق:

يرى غالبية الفقهاء أن فكرة الغش تكمن في نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث يكون هناك تعسف في استعمال الحق غير المشروع إذا كانت المصالح المراد تحقيقها غير مشروعة[3] ويختلف الغش نحو القانون عن التعسف في استعمال الحق في أن الغش نحو القانون يكون ضد مصلحة عامة أو يكون موجه ضد القانون[4] ويشترط فيه توافر نية التحايل وتحقيق نتيجة غير مشروعة، أما التعسف في استعمال الحق يكون ضد مصلحة خاصة ويكون موجه ضد الغير[5].

3. الغش نحو القانون من تطبيقات النظام العام:

يرى جانب آخر من الفقه أن الغش نحو القانون ما هو الا تطبيق من تطبيقات النظام العام، الا أن هذا الرأي انتقد على أساس أن الدفع بالنظام العام يكون عندما

[1] صحراء داودي، المقال السابق، ص899.
[2] أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص193.
[3] أمين دربة، المرجع السابق، ص120.
[4] الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص268.
[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص169.

يتعارض القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي[1] أما الغش نحو القانون فهو قائم أساسا على شرط توافر نية الغش في استعمال قاعدة التنازع[2]، ففكرة الغش نحو القانون نظرية مستقلة عن فكرة الدفع بالنظام العام[3].

ثانيا: آثار الغش نحو القانون:

اختلف الفقه حول الآثار التي تترتب على الدفع بالغش نحو القانون فأولهما يرى أن أثر الغش يشمل الوسيلة والنتيجة معا، أما الرأي الثاني فيرى أن أثر الغش يقتصر على عدم نفاد النتيجة[4].

1. عدم النفاد يشمل الوسيلة والنتيجة معا:

يرى الرأي الأول أن جزاء الغش نحو القانون ينصرف الى الوسيلة التي لجا اليها الشخص للتوصل الى النتيجة الغير مشروعة[5]، وبعبارة أخرى انصراف الأثر الى الوسيلة والنتيجة معا، فمن غير المتصور تجزئة العمل القانوني و الاعتراف ببعض أثره القانوني دون الأثر الاخر[6]، وذلك بناء على قاعدة ما بني على باطل فهو باطل، و مثال ذلك كان يغير الغاش جنسيته لتجنب الحكم المانع من الطلاق في قانونه الشخصي[7]، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية الأميرة **دي بوفرمون** إذ اعتبرت هذه الأخيرة لا زالت في نظر فرنسا فرنسية ويعني ذلك أنها جعلت الأثر يشمل الوسيلة و النتيجة[8].

---

[1]فتيحة بشور، المرجع السابق، ص96.
[2]حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص321، 322.
[3]هشام علي صادق، المرجع السابق، ص221.
[4]حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص323.
[5]فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص91.
[6]محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص527.
[7]آمنة أمحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص62.
[8]أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص198.

2. عدم النفاد يشمل النتيجة دون الوسيلة:

يرى رأي ثان أن أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة الغير مشروعة التي سعى الشخص الى تحقيقها من جراء تغيير ضابط الاسناد[1].

ومعنى ذلك أن هذا الرأي قصر عدم النفاد على النتيجة هي وحدها التي تعد غير مشروعة، دون الوسيلة التي تمت بطريقة صحيحة و سليمة تماما و لا تنطوي على أي مخالفة للقانون[2]، فالزوجة التي غيرت جنسيتها تهربا من الأحكام الموضوعية في القانون المختص يقتصر الجزاء على عدم نفاد نتيجة التطليق دون الوسيلة المتمثلة في اكتساب جنسية جديدة[3] والنتيجة المفتعلة حسب الغش تعتبر غير نافذة حيث يتم إعادة الاختصاص الى القانون المختص[4]، أما الوسيلة فتبقى قائمة ومثال ذلك جنسية الاميرة **دي بوفرمون** التي بقيت منتجة لأثرها القانوني خارج حدود القضية المطروحة[5].

[1]أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص197.
[2]محمد عبد العال عكاشة، **تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)**، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص513،512.
[3]هشام علي صادق، المرجع السابق، ص230.
[4]أمينة مقدس، المقال السابق، ص1595.
[5]صحراء داودي، المقال السابق، ص900.

ملخص الفصل الثاني:

نطاق تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على انحلال الزواج والانفصال الجسماني هو وقت رفع الدعوى، وهو الذي يحدد جواز الطلاق وأسبابه وشروط صحته والوكالة بخصوصه ومن يملك الحق في ايقاعه والقيود الواردة عليه.

القانون الواجب التطبيق على المسائل المترتبة على انحلال الزواج المختلط والانفصال الجسماني هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إذا كانت المسائل متعلقة بكلا الزوجين معا والتي تتمثل في الحضانة والنفقة والتعويض عن الطلاق التعسفي.

إذا كانت المسائل المترتبة عن انحلال الزواج المختلط والانفصال الجسماني مسائل متعلقة بكل زوج على حده فهي تخرج عن نطاق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ويطبق عليها القانون الشخصي لكل طرف على حده وهذه المسائل تتمثل في العدة واسترداد اسم الزوجة، فيطبق عليها القانون الشخصي للزوجة.

أما بخصوص قواعد الاختصاص والإجراءات فهي بدورها تخرج عن نطاق القاعدة العامة، إذ تخضع الشروط المتعلقة بإجراءات حل الرابطة الزوجية لقانون القاضي المرفوع اليه الدعوى أو قانون الدولة التي تباشر فيها الإجراءات.

القاضي الوطني قد يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا أشارت قواعد الاسناد اليه في حالتين هما: التعارض مع قواعد النظام العام والآداب العامة وهي الأسس القيم الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع الجزائري، وكذا حالة الغش في القانون من قبل أحد الأطراف من أجل التغيير في قواعد الاسناد وتفادي القانون الواجب التطبيق.

خاتمة

خاتمة:

الملاحظ من خلال الدراسة السابقة التي أجريناها، أن قواعد التنازع مهمة جدا من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق لحل النزاع القائم بخصوص انحلال الزواج المشتمل على عنصر أجنبي حيث يعتبر هذا الموضوع من أكثر المسائل التي تثير المنازعات في الرابطة الزوجية.

حيث خلصنا الى مجموعة من النتائج والاقتراحات يمكن اجمالها فيما يلي:

أولا: النتائج:

1. يمكن لرابطة الزواج أن تنحل بسبب أو لآخر.
2. تتمثل صور انحلال الرابطة الزوجية في الطلاق، التطليق، والخلع.
3. استحدث المشرع الجزائري مسألة الانفصال الجسماني عند تعديله للقانون المدني سنة 2005.
4. وضع المشرع الجزائري قاعدة الاسناد في مسائل انحلال الزواج وفق ما يتناسب والاتجاه الديني.
5. ان ضابط الاسناد في بعض الدول العربية هو ضابط الجنسية التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى مثل ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 12 من القانون المدني.
6. قد يؤثر ضابط الاسناد المختص بانحلال الزواج والانفصال الجسماني على مصلحة الزوجة، ذلك بأنه يمكن أن يؤدي الى عدم المساواة بين الرجل والمرأة، ويمكن أن يفاجؤها بقانون لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج.
7. وضع المشرع قاعدة استثنائية يحمي بها مواطنيه، الموجودة في المادة 13 من القانون المدني مفادها سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج.

8. قد يرتب ضابط الجنسية صعوبات متعددة، اذ قد يكون أحد أطراف النزاع متعدد الجنسية وهذا التعدد يكون اما إيجابيا أو سلبيا كما قد يكون أحدهم ينتمي الى دولة تتعدد فيها التشريعات طائفيا أو إقليميا.
9. اعتمد المشرع الجزائري في تعيينه القانون الواجب التطبيق على الجنسية كضابط اسناد، الا في حالة عديم الجنسية اعتمد على الموطن كضابط اسناد أو محل الإقامة.
10. بعض المسائل المترتبة على انحلال الزواج المختلط أخضعها المشرع الجزائري للقانون الوطني للزوج وهي النفقة والحضانة والتعويض الناجم عن الطلاق التعسفي، أما العدة واسترداد اسم الزوجة فهي تخضع للقانون الشخصي للمطلقة.
11. من بين المسائل المترتبة على انحلال الزواج المختلط نجد قواعد الاختصاص والإجراءات التي أخضعها المشرع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.
12. المشرع الجزائري لم ينص صراحة، أو لم يضع قاعدة اسناد تحكم الحضانة، لكن باعتبارها أثر من آثار انحلال الزواج فيسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لهذا على المشرع تدارك هذا النقص، ووضع قاعدة اسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة.
13. إذا أفضت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون أجنبي يصطدم بالمبادئ الأساسية والأسس الجوهرية للقانون الجزائري فللقاضي استبعاده على أساس النظام العام، وتعويضه بالقانون الجزائري حسب ما قضت به الفقرة 02 من المادة 24 من ق.م.
14. إذا كان للقاضي الوطني أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي لتعارض مضمونه مع النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي، فله كذلك أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين له أن أحد الأفراد قد غير من ضوابط الاسناد قصد التهرب من أحكام القانون المختص، فيمتنع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي على أساس الغش نحو القانون.

ثانيا: الاقتراحات:

من خلال النتائج السابقة التي توصلنا اليها نقدم بعض الاقتراحات:

- ✓ إعادة صياغة نص المادة 12 فقرة 02 التي تخص انحلال الزواج والانفصال الجسماني وجعل القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لا وقت رفع الدعوى، لأن وقت ابرام عقد الزواج هو الوقت الذي يكون فيه كل من الزوجين على بينة من حقوقه وواجباته مقابل الزوج الآخر، وكذا حتى لا تتفاجأ الزوجة بتطبيق قانون لم تكن على علم به مسبقا.
- ✓ إعادة النظر في المادة 13 من القانون المدني، فتحديد ضابط الاسناد بوقت انعقاد الزواج لا يمكن تطبيقه على زوجة اكتسبت الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج، ويمكن تطبيقه على أشخاص أصبحوا أجانب بسبب زوال الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: القرآن الكريم:

ثانيا: النصوص القانونية:

أ. الدستور:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 20_442، مؤرخ في 30_12_2020، الجريدة الرسمية، العدد 82، صادر في 30_12_2020، معدل ومتمم، منشور في الموقع الالكتروني www.joradp.dz، تاريخ الاطلاع: 02_06_2022.

ب. الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، موقعة في مدينة الجزائر في 21_06_1988، مصادق عليها بموجب مرسوم رقم 88_144 مؤرخ في 26_07_1988، ج. ر، العدد 30، صادر في 27_07_1988، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjuctise.dz، تاريخ الاطلاع: 15_02_2022.

2. اتفاقية لاهاي المتعلقة بتسوية تنازع القانون والولاية القضائية في مسائل الطلاق والانفصال الجسماني، المنعقدة في 12_06_1902، منشور في الموقع الالكتروني www.hcch.net، تاريخ الاطلاع: 18_05_2022.

3. اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر، المنعقدة في: 05_10_1961، دخلت حيز التنفيذ في 04_02_1969، منشور في الموقع الالكتروني www.hcch.net، تاريخ الاطلاع: 18_05_2022.

ج. التشريعات الوطنية:

1. الأوامر:

1.1_ الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26_09_1975 المتضمن القانون المدني، منشور في الموقع الالكتروني www.joradp.dz، تاريخ الاطلاع: 07_01_2022.

2.1 _ الأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27_02_2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، الجريدة الرسمية، رقم15، منشـور في الموقع الالكتروني www.joradp.dz، تاريخ الاطلاع: 07_01_2022.

2. القوانين:

1.2_القانون رقم 84_11 المؤرخ في 09_02_1984، المتضمن قانون الأسرة، منشور في الموقع الالكتروني www.joradp.dz، تاريخ الاطلاع: 07_01_2022.

2.2_ القانون رقم 05_10 المؤرخ في 20_06_2005، المعدل والمتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية، رقم44، منشور في الموقع الالكتروني www.joradp.dz، تاريخ الاطلاع: 07_01_2022.

د. التشريعات العربية:

1. القانون المدني المصري، منشـور فـي الـموقـع الالكتروني www.wipo.int، تاريخ الاطلاع:03_01_2022.
2. قانون المرافعات المـصري، منـشور فــي الموقع الالكتروني www.alazab.net، تاريخ الاطلاع: 01_06_2022.
3. القانون المدني العراقي، منشور في الموقع الالكتروني www.jafbase.fr، تاريخ الاطلاع:31_03_2022.
4. القانون المدني الكويتي رقم 5 لسنة 1961 الخاص بتـنـظيم العــلاقات القـانـونـيـة ذات العــنـصـر الأجـــنبي (1961/5)، مـنشور في الموقع الالكتروني www.almohami.com، تاريخ الاطلاع: 03_06_2022.

5. مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، منشور في الموقع الالكتروني www.wrcati.cawtar.org، تاريخ الاطلاع: 03_05_2022.
6. مدونة الأسرة المغربية، منشور في الموقع الالكتروني www.cour.constitutionnelle.ma، تاريخ الاطلاع: 29_01_2022.

هـ. التشريعات الأجنبية:

A. Code civil français, voir le site : Error! Hyperlink reference not valid. ، الاطلاع: 29_04_2022.

و_ القرارات القضائية:

1. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 03_12_1984، ملف رقم 35026، المجلة القضائية، العدد 89، ص86، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 22_03_2022.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 07_04_1986، ملف رقم 41560، المجلة القضائية، العدد 02، الجزائر، ص69، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 16_03_2022.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 09_03_1989، ملف رقم45681، المجلة القضائية، العدد 04، 1993، ص952، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 11_02_2022.
4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 19_02_1990، ملف رقم 59013، المجلة القضائية، العدد 52، 1997، ص102_104، منشور في الموقع الالكتروني www.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 27_03_20222.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 23_06_1993، ملف رقم 91144، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر،1999، ص63، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

6. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 17_02_1998، ملف رقم 170082، المجلة القضائية، العدد 01، 2000، ص167،170، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 04_03_2022.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 12_07_2006، ملف رقم358348، المجلة القضائية، العدد 02، 2006، ص449، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 31_03_2022.
8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 13_07_2005، ملف رقم 613469، المجلة القضائية، العدد 02، 2008، ص385، منشور في الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz، تاريخ الاطلاع: 04_03_2022.

ثالثا: الكتب:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
2. أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)**، الجزء 02، دار هومة، الجزائر، 2005.
3. أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، الجزء 01، دار هومة، الجزائر، 2011.
4. حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)**، الطبعة 02، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
5. حفيظة السيد حداد، **الموجز في القانون الدولي الخاص، (المبادئ العامة في تنازع القوانين)**، الكتاب الأول، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
6. خالد برجاوي، **القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية**، الطبعة 01، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، 2001.

7. سامي عبد الله، **الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية**، الطبعة 01، دار العلوم العربية، بيروت، 1987.
8. سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 1996.
9. صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين، (دراسة مناقشة بين الشريعة والقانون)**، الطبعة 02، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006.
10. صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
11. صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، (دراسة مقارنة)**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
12. الطيب زروتي، **اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه**، دار هومة، الجزائر، 2014.
13. الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، الطبعة 02، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
14. عبد الحفيظ بن عبيدة، **الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2007.
15. العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)**، الجزء 01، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
16. عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)**، الجزء 02، الطبعة 09، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، 1986.
17. علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
18. كمال عليوش قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، الجزء 01، الطبعة 01، دار هومة، الجزائر، 2006.

19. محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)**، الطبعة 01، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.

20. محمد وليد المصري، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي**، الطبعة 01، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2009.

21. محمد عبد العال عكاشة، **تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)**، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

22. محمد عبد العال عكاشة، **القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي**، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005.

23. نادية فضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، دار هومة، الجزائر، 2002.

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

25. هشام علي صادق، **دروس في التنازع الدولي للقوانين**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

رابعا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. رسائل الدكتوراه:

1.1_ فتيحة بشور، **الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016_2017.

2.1_ يوسف مسعودي، **تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011_2012.

2. مذكرات الماجستير:

1.2_أسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011.

2.2_ أمين دربة، **قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، (دراسة مقارنة)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2008_2007

3.2_ سليم سعدي، **الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013

4.2_ صالح حسيني، **انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015_2014.

5.2_ فاطمة الزهراء جندولي، **انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2007_2008.

خامسا: المقالات:

1. آمنة أمحمدي بوزينة، **إشكالات تنازع القوانين حول الحضانة في إطار الزواج المختلط، (دراسة مقارنة)**، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، المجلد 12، العدد 02، 10_2019، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 23_05_2022.

2. آمنة أمحمدي بوزينة، **تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02، 31_08_2020، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 23_05_2022.
3. أزهار محمود الهمود، **الزواج الدولي**، مجلة تكريت للحقوق، كلية الحقوق، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق، المجلد 05، العدد 01، الجزء 01، 2020، منشور في الموقع الالكتروني www.iasj.net، تاريخ الاطلاع:27_02_2022.
4. أمينة مقدس، **استبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري، دراسة تحليلية على ضوء نص المادة 24 من القانون المدني**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد 10، العدد 01، أفريل2019، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 02_04_2022.
5. أمين دربة، **تنازع القوانين في مسائل الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، العدد 04، جانفي_2011، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 05_02_2022.
6. راضية عيمور وأحمد محمد الحسن الفكي، **طبيعة الخلع بين الشرع والقانون**، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، جامعة الأغواط، العدد 03، 16_12_2021، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 19_01_2022.
7. سلمى غنام، **معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط**، دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خذة، مخبر قانون الأسرة، المجلد 12، العدد 03، جويلية2020، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 15_03_2022
8. صحراء داودي، **استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون**، دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية

والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 12، العدد 04، أكتوبر 2020، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 2022_04_06.

9. صلوح المكي، **القانون الواجب التطبيق على التطليق في إطار تنازع القوانين**، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران01، الجزائر، العدد 17، 30_12_2018، منشور في الموقع الالكترونيwww.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 17_04_2022.

10. عبد الكريم موكه، **القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط**، مجلة طبنة للدراسات والأكاديمية، المجلد 04، العدد 03، جامعة جيجل، الجزائر، 08_09_2021، منشور في الموقع الالكتروني: www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 27_04_2022.

11. عبد الكريم موكه، **دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، المجلد 14، العدد 02، 2016، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 20_05_2022.

12. فاطمة بوخاري وربيعة حزاب، **القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط، (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن)**، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، جامعة وهران1 أحمد بن بلة، المجلد 02، العدد 02، ديسمبر 2020، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 20_01_2020.

13. فاطمة الزهراء جندولي، **الأسباب الإدارية لانحلال الزواج وإشكالية تنازع القوانين، (دراسة على ضوء القانون الجزائري والقوانين المقارنة)**، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، العدد 01، أبريل 2021، منشور في الموقع الالكترونيwww.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 18_02_2022.

14. كمال آيت منصور، **إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد

الرحمن ميرة بجاية، دار الهدى، العدد 02، 2010، منشور في الموقع الالكتروني: www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 30_01_2022.

15. محمد قسمية، **دور الاجتهاد القضائي في حل بعض إشكالات الطلاق في التشريع الجزائري**، مجلة التراث، جامعة المسيلة، العدد 24، 2016، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 10_03_2022

16. محمد موسخ، **حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري**، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 31_12_2009، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 11_05_2022.

17. هشام ذبيح، **أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 01، العدد 09، مارس_2018، منشور في الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz، تاريخ الاطلاع: 07_02_2022.

سادسا: الملتقيات العلمية:

1. بلال عثماني، **دراسة نص المادة 13 من القانون المدني**، مداخلة مقدمة الى الملتقى الوطني بعنوان **تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، يومي 23 و24_04_ 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، منشور في الموقع الالكتروني www.bejaiadroit.net، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

2. عمار آشوي، **تنازع القوانين في الحضانة، (دراسة مقارنة)**، مداخلة مقدمة الى الملتقى الوطني بعنوان **تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، يومي 23 و24 أبريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، منشور في الموقع الالكتروني www.bejaiadroit.net، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

3. نصيرة تواتي، **إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية**، مداخلة مقدمة الى الملتقى الوطني بعنوان **تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**،

يومي 23 و24 أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، منشور في الموقع الالكتروني www.bejaiadroit.net، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

4. نور الدين بوسهوة، **مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام**، مداخلة مقدمة الى الملتقى الوطني بعنوان **تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، يومي 23 و24_أبريل_2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، منشور في الموقع الالكتروني www.bejaiadroit.net، تاريخ الاطلاع: 14_03_2022.

سابعا: المطبوعات:

1. آمنة أمحمدي بوزينة، **محاضرات قواعد الاسناد في الأحوال الشخصية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، 2019_2020، منشور في الموقع الالكتروني www.univ-chlef.dz، تاريخ الاطلاع: 11_03_2022.
2. أحمد عمراني، **محاضرات في القانون الدولي الخاص**، 2019_2020، منشور في الموقع الالكتروني www.elearn.univ-oran.dz، تاريخ الاطلاع: 28_03_2022.

الفهرس

العنوان:	الصفحة:
مقدمة:	**9**
الفصل الأول: ضابط الاسناد الذي يحكم صور انحلال الزواج المختلط:	**14**
المبحث الأول: صور انحلال الزواج المختلط:	**16**
المطلب الأول: انحلال عقد الزواج بالطلاق والتطليق:	**17**
الفرع الأول: الطلاق:	**17**
أولا: الطلاق بالإرادة المنفردة:	**18**
ثانيا: الطلاق بالتراضي:	**19**
الفرع الثاني: التطليق:	**19**
أولا: تعريف التطليق:	**20**
ثانيا: أسباب التطليق:	**21**
المطلب الثاني: الخلع والانفصال الجسماني:	**24**
الفرع الأول: الخلع:	**24**
أولا: تعريف الخلع:	**25**
ثانيا: شروط الخلع:	**26**
الفرع الثاني: الانفصال الجسماني:	**27**
أولا: مضمون فكرة الانفصال الجسماني:	**27**
ثانيا: تمييز الانفصال عن الطلاق والتطليق:	**28**
1. تمييز الانفصال الجسماني عن الطلاق:	**29**
2. تمييز الانفصال الجسماني عن التطليق:	**29**
المبحث الثاني: الجنسية كضابط اسناد يحكم انحلال الزواج المختلط:	**30**
المطلب الأول: خضوع انحلال الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:	**31**
الفرع الأول: مضمون القاعدة العامة:	**31**

أولا: في القانون الجزائري:	**31**
ثانيا: في القوانين المقارنة:	**33**
الفرع الثاني: الاستثناء على قاعدة خضوع انحلال الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:	**36**
أولا: تطبيق القانون الجزائري:	**36**
ثانيا: الانتقادات الموجهة لهذا الاستثناء:	**38**
المطلب الثاني: صعوبات تطبيق ضابط الاسناد:	**40**
الفرع الأول: حالة تعدد أو انعدام الجنسية:	**40**
أولا: حالة ازدواج أو تعدد الجنسية (تنازع الجنسيات):	**40**
1. جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة:	**41**
2. جنسية القاضي ليست من بين الجنسيات المتزاحمة:	**43**
ثانيا: حالة انعدام الجنسية:	**44**
الفرع الثاني: حالة تعدد التشريعات:	**46**
أولا: حالة التعدد الطائفي:	**47**
ثانيا: حالة التعدد الإقليمي:	**48**
ملخص الفصل الأول:	**49**
الفصل الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط وحالات استبعاده:	**51**
المبحث الأول: نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط:	**53**
المطلب الأول: المسائل التي يشملها القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط:	**54**
الفرع الأول: النفقة:	**54**
أولا: نفقة الزوجة المطلقة ونفقة المحضون:	**54**
1. نفقة العدة:	**55**

2. نفقة المحضون:	**55**
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على النفقة:	**55**
الفرع الثاني: الحضانة:	**56**
أولا: القانون الذي يحكم الحضانة:	**56**
ثانيا: إشكالات الحضانة عند انحلال الزواج المختلط:	**58**
الفرع الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي:	**61**
أولا: مفهوم الطلاق التعسفي:	**61**
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على التعويض عن الطلاق التعسفي:	**62**
المطلب الثاني: المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط:	**64**
الفرع الأول: قواعد الاختصاص والإجراءات:	**64**
الفرع الثاني: العدة:	**66**
أولا: تعريف العدة:	**66**
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على العدة:	**67**
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على اسم الزوجة:	**68**
أولا: حالة الاحتفاظ باسم زوجها:	**68**
ثانيا: حالة استرداد اسم الزوجة:	**68**
المبحث الثاني: استبعاد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط:	**70**
المطلب الأول: الدفع بالنظام العام:	**71**
الفرع الأول: مضمون النظام العام وشروطه:	**71**
أولا: مضمون النظام العام:	**71**
ثانيا: شروط الدفع بالنظام العام:	**74**
1. اشارة قواعد الاسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي:	**74**

2. تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي:	**74**
3. الدفع بالنظام العام حال وقت رفع الدعوى:	**75**
الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام:	**75**
أولا: الأثر السلبي للنظام العام:	**75**
ثانيا: الأثر الايجابي للنظام العام:	**77**
المطلب الثاني: الغش نحو القانون	**79**
الفرع الأول: تعريف وشروط الغش نحو القانون:	**79**
أولا: تعريف الغش نحو القانون:	**79**
ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون:	**81**
1. الشروط المتفق عليها:	**81**
أ. تغيير ضابط الاسناد:	**81**
ب.سوء النية:	**82**
2. الشروط الغير متفق عليها:	**82**
أ. أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب منه هو قانون القاضي:	**83**
ب.أن تكون القواعد آمرة:	**84**
ت.اعتبار الدفع بالغش نحو القانون وسيلة احتياطية:	**84**
الفرع الثاني: أساس الدفع بالغش نحو القانون وآثاره:	**84**
أولا: أساس الغش نحو القانون:	**85**
1. الغش نحو القانون قائم على الصورية:	**85**
2. الغش نحو القانون قائم على التعسف في استعمال الحق:	**85**
3. الغش نحو القانون من تطبيقات النظام العام:	**85**
ثانيا: آثار الغش نحو القانون:	**86**
1. عدم النفاد يشمل الوسيلة والنتيجة معا:	**86**

2. عدم النفاد يشمل النتيجة دون الوسيلة:	**87**
ملخص الفصل الثاني:	**88**
خاتمة:	**90**
قائمة المصادر والمراجع:	**94**

ملخص المذكرة:

يعد موضوع تنازع القوانين في مسائل انحلال الزواج المختلط من أهم المواضيع الشائكة في مجال القانون الدولي الخاص، نظرا لاختلاف التشريعات المقارنة في تحديد القانون الذي يحكمه، والذي حدده المشرع الجزائري بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ما لم يكن هناك مانع يحول دون تطبيق هذا القانون والمتمثل في الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، وسريان القانون الجزائري وحده إذا كانت العلاقة تتوفر على طرف جزائري.

في حين قامت بعض التشريعات العربية الأخرى بالتفريق بين الطلاق بالإرادة المنفردة والتطليق والانفصال الجسماني، واعتمدت دول أخرى قانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو قانون الموطن المشترك.

ويرتب موضوع انحلال الزواج المختلط مسائل منها ما يتعلق بالزوجين معا، هذه المسائل تخضع للقاعدة العامة، أما المسائل المتعلقة بكل زوج على حدة، فهي تخرج عن نطاق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وتخضع للقانون الشخصي للمطلقة.

الكلمات المفتاحية:

زواج، مختلط، القانون الواجب التطبيق، الجنسية.

Abstract :

Conflict of laws in matters of the dissolution of mixed mariage,is considered one of the most complicated topics in the field of private international low due to the different comparative legislation in determining the law that rules it, defined by the

algerian draft law on thenationality of the husband the time of filing the lawsuit, unless there is an obstacle to the application of this law represented by public order driving cheating towards the law and only the application of the algerian law if the relationship involves an algerian an party.

while some other arab legislations differentiated between divorce with the dispulsive will of the husband and the physical separation, and other countries have adopted the laws of the couples joint citizenship or the law of common state.

The issue of dissolution of mixed mariage raises other different issue.and The issues related to each spouse are not subject to the rule of the law on the nationality of the husband at the time of the lawsuit is field and is subject to the personal law of the divorsee.