

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق / قسم العلوم السياسية



مذكرة بعنوان:

تنازع القوانين في مسائل الزواج وانحلاله

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أسرة

إشراف:

د/ رواق آمال

من تقديم الطالبتين:

إخلاق مرداسي

نور الهدى بوحدة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ خليفي أسماء	أستاذ محاضر	رئيسا
د/ رواق آمال	أستاذ محاضر	مشرفا ومقرا
أ/سيليني كريمة	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جويلية 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير:

نحمد الله عزوجل ونشكره أن وفقنا وأعاننا على إتمام هذا العمل المتواضع، فإن أصبنا فمن الله وإن أخطأ فمن أنفسنا.

ونتوجه بخالص الشكر لأستاذتنا المشرفة الدكتورة "رواق آمال" على كل ملاحظاتها ونصائحها وعلى قبولها الإشراف علينا.

وكذا يطيب لنا التوجه بالتقدير والشكر لأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم وتفضلهم التدقيق في هذه المذكرة.

إهداء:

إلى عزي وسندي في الحياة إلى من رباني صغيرا إلى من تعجز كل كلمات
الشكر على تقدير فضلها أُمي وأبي عسى الله أن يحفظكما ويرزقكما من خيري
الدنيا والآخرة، وإلى إخوتي فرحتي في هذه الحياة أدامكم الله لي،
إلى كل أحبتي أهدي هذا العمل.

-إخلاص-

إهداء:

إلّمن شجعني على المثابرة والعزيمة طول عمري، إلى الرجل العزيز الأبرز في حياتي (والدي العزيز)

إلى القلب الحنون ومن بها أعلو وارتركز (أمي الحبيبة)

إلى إخوتي وإلى صديقاتي "حشرات" ورفيقتي الغالية بشرى، وإلى كل من خالاتي وأخص بالذكر "سمية وإيمان" وعماتي خاصة الغالية "عمتي فهيمة" وكل فرد من عائلتي الحبيبة

إلى كل من ساهم ولو بحرف في حياتي الدراسية إلى كل هؤلاء اهدي العمل الذي أسأل الله أن يتقبله خالصا...

-نور الهدى-

مقدمة

يعتبر عقد الزواج من أهم العلاقات التي يرتبط بها الإنسان لذلك عكفت جميع الدول على تنظيم أحكامه تنظيماً دقيقاً؛ فحددت الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاده ونظمت كيفية نشأته وانحلاله، لذلك فقد يتصل عقد الزواج بأكثر من قانون أو نظام نظراً لكون معظم دول العالم تأوي بالإضافة إلى مواطنيها رعايا أجانب قد يقومون بإجراء تصرفات قانونية فيما بينهم على إقليم تلك الدولة.

من بين هذه التصرفات الزواج فقد يكون مختلطاً بين أشخاص من جنسيات مختلفة، وهذا الاختلاف يثير تنازع القوانين ويدفع الدول إلى تنظيم الاختصاص عن طريق وضع قواعد إسناد معينة يحدد بموجبها القانون الذي يحكم الزواج شكلاً و موضوعاً، ولكن مع وجود هذا التنظيم لمحاولة حل التنازع في هذا الموضوع فإن اختيار القانون المختص ليس أمراً يسيراً؛ إذ تواجه القضاء صعوبة في تكييف المسألة المطروحة أمام القاضي لتبيان طبيعتها، وخصائصها، وإعطائها الوصف القانوني الملائم لإدراجها في طائفة من الطوائف القانونية، ولقد أخضع المشرع الجزائري تكييفه لقانون القاضي المرفوع أمامه النزاع طبقاً لنص المادة 9 من القانون المدني: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

ولأن لكل دولة قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع المطروح أمام القاضي وقواعد إسناد غير مباشرة مهمتها بيان القانون المختص بحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، في هذا الصدد تثار مشكلة التنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، إذ يأخذ هذا التنازع صورتين التنازع الإيجابي في حال تمسك كل دولة باختصاص قانونها، وتنازع سلبي في حال قضت قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع بعدم الاختصاص والإسناد إلى قانون أجنبي غير قانونهما، وهنا يظهر مفهوم الإحالة في إشارة إلى أن المشرع

أخذ بمفهوم الإحالة من الدرجة الأولى ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية وذلك من خلال نص المادة 23 مكرر من القانون المدني.

ولأجل أن يطبق القاضي قواعد تنازع القوانين الخاصة بالزواج يجب عليه عدم التقييد الكلي بالمعنى الوارد في القواعد الموضوعية لقانونه بل أن يفهمه بمعنى مجرد واسع بحيث يتسع لنظم الزواج الأجنبية، ذلك أن المواضيع المتعلقة بالزواج لا تخضع لقاعدة إسناد واحدة وينبغي لدراستها التمييز بين انعقاد الزواج وانحلاله، ففي انعقاد الزواج يلزم التمييز بين القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية وبين القانون الذي يحكم الشروط الشكلية، والقانون الذي يحكم انتهائه لذلك يتطلب الأمر تحديدا للقانون المختص بالنسبة لكل موضوع على حدا وبيان موقف المشرع الجزائري في ذلك.

ومما سبق يتضح أن دراسة موضوع تنازع القوانين في مسائل الزواج وانحلاله تكتسي أهمية بالغة حيث تهدف إلى الوقوف على تنظيم الاختصاص القانوني للزواج وأحكام انعقاده وانحلاله في قواعد التنازع، وكذا التحليل موقف المشرع الجزائري منه، ومعرفة أي قانون سيتم تطبيقه في حالة نشوب نزاع فيه عنصر أجنبي ووجود أكثر من قانون يجب تطبيقه، بحيث يكون القاضي أمام عدة قوانين متنازعة ومتزاحمة تنتمي لأكثر من دولة.

من بين الأسباب التي دعنا إلى اختيار دراسة موضوع الزواج وانحلاله لما له من أهمية وخطورة التي على صعيد القانون الدولي الخاص، وكذا لاعتبار الزواج من أهم المعاملات التي يجب دراستها من خلال تسليط الضوء على منظومة الزواج وبيان أهميتها في قانون الأسرة ومختلف فروع القانون الأخرى، لأنه من المواضيع المهمة المتعلقة بإنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها في علاقات الأفراد الخاصة ذات العنصر الأجنبي، حيث يشكل محور اهتمام الفقهاء والتشريعات في مختلف الدول.

أيضا من الصعوبات التي واجهتنا في بحثنا هذا، أنه موضوع مكرر وسبق دراسته، وأيضا تكرار المعلومات بكثرة وتشابهها في مختلف المراجع.

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي بذكر مختلف جزئيات هذا الموضوع وعناصره مع تحليل للنصوص القانونية المختلفة وكذا المنهج الإستقرائي.

بالنسبة لأهم الدراسات السابقة: إضافة إلى كتب القانون الدولي الخاص التي أشارت إلى مسألة التنازع بين القوانين والقانون الواجب التطبيق بصفة عامة، فإن هناك دراسات متخصصة تعرضت إلى كل جزئية من جزئيات تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق وآثارهما دون تقييدها بالقانون الجزائري دراسة: مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، سنة 2011-2012.

ودراسة: زلاسي بشري، الزواج المختلط (إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، سنة 2000-2001. ولتوضيح أهمية هذا الموضوع وفهمه أكثر طرحنا الإشكالية الآتية: "ماهي الضوابط القانونية عند المشرع الجزائري المطبقة على تنازع القوانين بالنسبة لانعقاد الزواج وكذا انحلاله التي يكون أحد أطرافها أجنبيا؟

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا تقسيم بحثنا إلى فصلين رئيسيين: بحيث خصصنا الفصل الأول لدراسة القانون الواجب التطبيق على انعقاد الرابطة الزوجية، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين؛ إذ تطرقنا إلى القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في المبحث الأول، والقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في المبحث الثاني.

أما الفصل الثاني تعرضنا فيه للضوابط القانونية التي تحكم انحلال الرابطة الزوجية، وقسمناه إلى مبحثين؛ حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى طرق انحلال الرابطة الزوجية وفي المبحث الثاني إلى القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية وفي الأخير ختمنا بحثنا بخاتمة موضحة لمختلف الملاحظات والنتائج التي توصلنا إليها.

الفصل الأول:

القانون الواجب تطبيق على

انعقاد الرابطة الزوجية

نظرا لتوسع العلاقات الاجتماعية وتطورها ونظرا للتغيرات الكبيرة التي طرأت على المجتمعات والتي مست مختلف جوانبها الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، أدى إلى كثرة الحركة بين أفراد هذه المجتمعات الجزائري وتداخل العلاقات في ما بينها وظهور الزواج المختلط أي وجود الطرف الأجنبي في العلاقة الزوجية، هذا الأمر الذي أثر على الأسرة الجزائرية وأصبح من اللازم على المشرع الجزائري أخذه بعين الاعتبار والتعامل معه بجدية فلا بد من وجود أحكام وضوابط تحكم تنازع القوانين في مسائل الزواج التي قد تعرض أمامه، لهذا سنتطرق من خلال هذا الفصل إلى القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإنعقاد الزواج في المبحث الأول والقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية

ينعقد الزواج عادة بما يسمى بالخطبة والتي تعتبر من مقدمات الزواج، ولا بد لتمام انعقاده أيضا توفر شروط موضوعية وشروط شكلية.

تناول قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توفرها لانعقاد الزواج لكنه لم يميز ما يعتبر منها من الشروط الموضوعية وما يعتبر منها من الشروط الشكلية، غير أنه في القانون الدولي الخاص قد تم التمييز بينهما، وهذا ما يترتب عنه إخضاع الشروط الموضوعية لقانون غير الذي تخضع له الشروط الشكلية.¹

ولما كانت الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية العربية لا تعرف التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في إبرام عقد الزواج، بينما نجد تمايزا بين أركان العقد وشروطه، وإذا كانت قواعد الإسناد تميز بين شكل الزواج وموضوعه، فإن ذلك يحملنا على الاعتقاد بأن الشروط الموضوعية للزواج في القانون الدولي الخاص تشمل كافة الشروط الأساسية لصحته كعقد وشروطه من رضا وولي وغيرها من الشروط.² وهذا ما سنوضحه من خلال المطلب الأول (الشروط الموضوعية لعقد الزواج) و (القانون الواجب التطبيق عليها) من خلال المطلب الثاني.

¹- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول ندار هومة سنة 2004، ص 228.
²- مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، ص 103.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لعقد الزواج

لابد أولاً من التطرق لتعريف للشروط الموضوعية والمقصود بها، فالشروط الموضوعية هي ما يتوقف وجود الشيء على تحققه، وتعتبر من الشروط الموضوعية وجود الإرادة وما يتعلق بها، كتوفر الأهلية والرضا، وقد يكون رضا الوالدين أو أحدهما بالنسبة لمن هو دون السن القانوني، وكذلك تطابق الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد، وكذا ما يتعلق بمحل العقد وهو صلاحية المرأة لأن تكون زوجة أي غير محرمة على من يريد الزواج منها، وكذلك وجود المهر وتوافر الكفاءة اللازمة للزواج.¹

ولقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 09 مكرر من قانون الاسرة الجزائري² التي جاء فيها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، الشاهدان، إنعدام الموانع الشرعية للزواج". فيفهم من المادتين أن شروط انعقاد الزواج تتلخص في ركن الرضا وأهلية الزوجين، وكذا وجود ولي الزوجة وتحقق شرط الصداق والشاهدان وإنعدام الموانع الشرعية للزواج.

وفيما يلي سنتطرق لهاته الشروط الموضوعية من خلال الفرع الأول (ركن الرضا كركن أساسي لانعقاد الزواج) وفي الفرع الثاني (شروط الصحة).

¹- امحدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية (مدعم بالإجتهد القضائي وحلول القضايا) لجامعة حسبية بن بو علي- الشلف، الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، سنة 2019، ص 295.

²- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

الفرع الأول: ركن الرضا كشرط أساسي لانعقاد الزواج

جاءت نص المادة 09 من قانون الأسرة كما ذكرنا سابقا لتبين أن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين، وكذا جاءت المادة 10 من نفس القانون¹، موضحة بأن الرضا يتحقق بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

فالرضا ركن أساسي وجوهري ولا يصح الزواج إلا به، وعليه إشتراط المشرع الجزائري لصحة عقد الزواج رضا الطرفين، أما إذا تخلف ركن الإيجاب والقبول فإن عقد الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا وهذا مانصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة.²

وحتى يكون الرضا صحيحا شرعا وقانونا، يجب أن يكون خاليا من العيوب كالتدليس والحيل والخداع وكذلك الإكراه بنوعيه المادي والمعنوي، وهذه العيوب أشار إليها القانون المدني الجزائري في المادتين 88 و89.³

كم اعتبر المشرع أن زواج المجنون يعد باطلا بسبب فقدانه الأهلية، واعتبار الرضا ركن من أركان الزواج استقرت عليه مختلف الدول العربية الإسلامية.⁴ وعليه اجتماع إرادتي العاقدين على الزواج في مجلس العقد لا بد منه لتحقيق الارتباط بين الإيجاب والقبول كما أن توافق الإيجاب والقبول وتلاقيهما في القصد والهدف أمر لازم. ولا بد أن يسمع المتعاقدان الصيغة الخاصة بالعقد، ويتعين أن يكون التعبير عن الرضى فوريا، واضحا، غير غامض، وألا يكون مضافا إلى أجل مستقبل، ولا معلقا على تحقيق أو عدم تحقيق حدث غير مؤكد الوقوع.

¹-المادة 10 من الفقرة قانون الأسرة: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

²- زلاسي بشرى، الزواج المختلط (إشكالية تنازع القوانين من حيث إنعقاده وأثره)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، سنة 2001/2000 ص38.

³- القانون رقم 88 -14 مؤرخ في 3 ماي سنة 1988.

⁴- زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص39.

فالمطلوب من العاقدين حسب نص المادة 10 من قانون الأسرة هو التعبير عن الرغبة النفسية الداخلية في الزواج بكل إرادة وإطمئنان، وبوعي كامل في قبول الحياة الزوجية وبوجود الإرادة الحرة الكاملة.¹ يتضح أنه لا يشترط في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أو لا يكون إيجابا والثاني يكون قبولا، كما أن النكاح ينعقد بلفظ الزواج أو بأي لفظ أو عبارة أخرى تؤدي إلى نفس المعنى وتصل إلى نفس الهدف، أي إذا كان الشخص عاجزا عن الكلام فليلجأ للتعبير عن إرادته بوسائل أخرى كالكتابة أو الإشارة كما أن المشرع الجزائري لم يحدد لفظ ولا صيغة مخصوصة وإنما نص على أن يكون الرضا بكل لفظ يفيد معنى النكاح.²

فتخلف ركن الرضا وعدم تحققه من الأكيد أنه سيؤدي إلى بطلان عقد الزواج كونه ركنا ضروريا ولازما.

الفرع الثاني: شروط صحة الزواج لانعقاد الزواج.

بالإضافة إلى ضرورة توفر ركن الرضا لانعقاد الزواج، يستلزم أيضا لانعقاده شرط الأهلية، الولي والصداق وكذا الشاهدان وإنعدام الموانع الشرعية، وهي ما يسمى بشروط الصحة والتي بدونها ينعقد العقد وسنوضح ذلك من خلال ما يلي:

(أولا: الأهلية وخلو العقد من الموانع الشرعية).

(ثانيا: الولي والصداق والشاهدان).

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2007 ص 68.

² - شامي أحمد، بن شنوف فيروز، الرضائية في إبرام عقد الزواج وإنحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها؟ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسة و الإقتصادية، المجلد 57، العدد 04، السنة 2020، ص 292.

أولاً: الأهلية وخلو العقد من الموانع الشرعية:

1- الأهلية:

اعتبر المشرع الجزائري الزواج من التصرفات التي تستلزم توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من الإلتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، فليس من المعقول الإقدام على الزواج من غير نضج فكري وقدرة مالية ووعي بشؤون وأعباء الحياة الزوجية، وهذا ما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام 19 سنة..."¹.

لذا فالمتقدمين للزواج والراغبين في بناء حياة أسرية مشتركة لا بد لهم من اكتمال الأهلية التي تؤهلهم وتمكنهم من بناء هذه الأسرة.

واستثناء عن القاعدة العامة أجاز المشرع الجزائري انعقاد الزواج قبل بلوغ السن القانونية، وهذا في حالة الضرورة ويكون ذلك بإجازة من الولي وترخيص من القاضي طبقاً للمادتين 07 و 83 من قانون الأسرة ضمناً لمصلحة الشاب والمجتمع.²

ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد وليس وقت الدخول وهو يعتمد على ما هو مسجل في سجل الحالة المدنية للزوجين، ويشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ، وعليه يجب أن يكون كل من الزوجين عاقلاً وبالغاً وخالياً من الموانع الشرعية، والزواج قبل بلوغ السن القانونية متوقف على موافقة الولي وترخيص القاضي.³

¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 61.

²- زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 44.

³- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 63.

2- خلو العقد من الموانع الشرعية:

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلاً للعقد، أي لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج، وهذا لقوله تعالى: "وأحل لكم ماوراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين.." ¹ والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، لأنها لا تقبل التبديل ولا التغيير ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة 23 إلى 31. ² تنص المادة 23 من قانون الأسرة على أنه يجب أن يكون كلا الزوجين خاليا من الموانع المؤبدة والمؤقتة. ³

هذه الموانع جاءت في قوله تعالى: "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخت..." ⁴.

الموانع المؤبدة حب ما جاءت به المادة 24 من نفس القانون تتمثل في: القرابة، المصاهرة والرضاع. حيث تنقسم هذه الموانع المؤبدة إلى:

أ- محرمات بالقرابة وهي:

- أصول الشخص (الأم والجدة فما فوق).

- فروع الشخص وفروعه فما تحت.

- نساء الدرجة الأولى من فروع الأجداد والجدات. ⁵

ب- المحرمات بالمصاهرة فهي:

- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها أي أمهات الزوجة.

- فروعها إن حصل الدخول بها وأرامل الزوج وإن علوا.

- أرامل ومطلقات الزوج وإن نزلوا. ⁶

¹-سورة النساء الآية24.

²-بلحاج العربي، المرجع السابق،ص76.

³-أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

⁴-سورة النساء، آية 23.

⁵-زلاسي بشرى، المرجع السابق،ص46.

⁶-زلاسي بشرى، المرجع نفسه،ص ص47،46.

ج- المحرمات بسبب الرضاع:

ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب والسنة مصداقا لقوله تعالى: "وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة".¹

وفي قوله صلى الله عليه ولم: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، وهو الحديث الذي نقله المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون الأسرة.

وعملا بأحكام المذهب المالكي، نص المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الأسرة: لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين، سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا. ونلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 27 قانون أسرة اقتصر على ذكر محرمات الرضاع من النسب ولم يذكر المصاهرة، وعليه فإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولا تثبت محرمات المصاهرة عن طريق الرضاع.² جاءت المادة 30 من قانون الأسرة (أمر رقم 05-02) مبينة للمحرمات المؤقتة وهي: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، وكذا يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، وأيضا زواج المسلمة من غير المسلم.

ثانيا: الولي والصدّاق والشاهدان

استكمالا لما ذكرنا من شروط لازمة لانعقاد الزواج، نضيف شرط الولي والصدّاق والشاهدان حيث نذكرها على الشكل التالي:

1- الولي:

بالرجوع لنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تنص على أن المرأة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، وذلك دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون.

¹--سورة النساء، آية 23.

²--بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 81، 82.

يرى المالكية أن عقد الزواج لا ينعقد بعبارة النساء ولو كانت المرأة كاملة الأهلية، فقد اشترطوا في صحة الزواج أن يباشر الولي العقد بنفسه وكل ما للمرأة إذا كانت ثيبا الاشتراك مع وليها في اختيار الزوج، وإذا عقدت المرأة على نفسها أو غيرها يفسخ قبل البناء وبعده ولو طال الزمان بينهما، بل لو أجازه الأولياء أو كان بإذنتهم.¹ نجد أن المشرع الجزائري قد اكتفى في الزواج بركن واحد فقط وهو الرضا وذلك من خلال ما جاء به في نص المادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة، أما الولي فقد اعتبره المشرع شرطا لا ركنا ضمن الشروط التي عدتها المادة السابقة الذكر، فهو لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الولي حتى يتولى تزويج من في ولايته، وهو ما يدفع القاضي إلى تطبيق حكم المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية في المائل المسكوت عنها.²

نستدل على ما سبق بما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه من المقرر شرعا وقانونا أنه: "لا يجوز للولي أن يمنح من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من قانون الأسرة، ولما ثبت في قضية الحال أنّ البنت راشدة، وعبرت عن رضاها وأنّ الراغب في زواجها معلم وله مسكن، فإن والدها-الطاعن-لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رفضوا للمطعون ضدهما بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه".³

¹-حميدي إيمان الزهرة، دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، ص 119.

²-بوضراع حمزة، رياحي أحمد، الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ص 569، 567.

³- قرار المحكمة العليا رقم (90468)، الصادر بتاريخ 1993/03/30 في قضية (ر.ب) ضد (ص.م)، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1994، ص 66.

2-الصداق:

الصداق يضاف لباقي شروط الصحة اللازمة لعقد الزواج والتي ذكرت سابقا في نص المادة 09 من قانون الأسرة.

فالصداق هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لإمرأته بالعقد عليها، كرمز لرغبته في الإقتران بها في حياة دائمة، وللصداق عدة أسماء وردت في القرآن الكريم منها: النحلة، الفريضة، الأجر، ودليل وجوبه في قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة-الآية 04 من سورة النساء-ومن السنة قوله صلى الله عليه ولم: "من كشف خمار إمرأته ونظر إليها، وجب عليه الصداق، دخل بها أو لم يدخل".¹

وقد تطرق المشرع الجزائري لتعريف الصداق من خلال المادة 14 من قانون الأسرة بأنه كل ما يدفع للزوجة مما هو مباح شرعا ولها الحق في التصرف فيه.²

3-الشاهدان:

أوجب الشارع الإسلامي الشهادة في عقد الزواج لإخراجه من السرية، وللتفريق بين الحلال والحرام، فحضور الشاهدين يعني الإعلان والإشهار عن الزواج، وإزالة كل الشكوك والشبهات، ودليلا أيضا أمام القاضي عند محاولة أحد الزوجين إنكار العلاقة الزوجية بينهما. المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية في اشتراط حضور شاهدان لتحقيق العلانية، وجعل الشهادة ركنا في عقد الزواج وهذا في نص المادة 09 السابقة للذكر، والإسلام يشترط رجاحة العقل والعدل والبلوغ في الشاهدين، وأن يكونا إما رجلين أو رجل وإمرأتان.³

فإنه يشترط لصحة عقد الزواج توافر شرط الشهادة على الزواج، واستدلالا على ذلك قول النبي صلى الله عليه ولم: "لا نكاح إلا بشهود"⁴.

¹-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 99، 100.

²-المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري تنص على: "الصداق هو ما يدفع لنحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

³-زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 42.

⁴-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 127.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على ركن الرضا وشروط الصحة الزواج:

إن إبرام عقد الزواج قد يتم داخل الوطن، ومن الممكن أن يتم إبرامه خارج الوطن، وإذا تعلق الأمر بزواج الجزائريين والجزائريات في الجزائر فلا يثور أي نزاع بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الزواج، فيخضع للأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري وأيضا أحكام قانون الحالة المدنية، ولكن إذا تعلق الأمر بالزواج المختلط ثمة صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق. فهنا تختلف جنسية الزوجين وبالتالي يختلف القانون الذي يطبق على هذه الشروط فمنها ما يطبق عليها تطبيقا عاما.¹

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري في نص المادة 11 منه نجد أن المشرع أخضع صحة الشروط الموضوعية للقانون الوطني لكل من الزوجين.²

فالمشرع الجزائري نجده لم يميز بين شروط الصحة وركن الرضا في خضوعهم للقانون الوطني لكلا الزوجين وإنما ذكر الشروط الموضوعية دون تفصيل فيها. فقانون جنسية الزوجين هو الذي يسري عليها. من خلال هذا المطلب سندرس تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية كفرع أول، والاستثناء الوارد على تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين كفرع ثان.

¹ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 104، 103.

² - المادة 11 من الأمر رقم 05-10 من الأمر بموجب تعديل 20 يونيو 2005.

الفرع الأول: تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية

يسري قانون جنسية كل من الزوجين على عقد زواجهما، حيث نجد من خلال نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية أن: "كل عقد زواج يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا، بشرط عدم مخالفة الطرف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج"¹.

نعلم أنه إذا كان الزوجان يتمتعان بنفس الجنسية هنا لا توجد أي صعوبة، فإذا كان الزوجان يتمتعان بجنسية موحدة يطبق قانون جنسيتها المشتركة، و لكي تظهر الصعوبة عند اختلاف جنسية طرف العقد، أو أن القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط خاصة به لا يتضمنها أو ينص عليها القانون الآخر أو إذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك، فيقع الإشكال في كيفية تطبيق قانون الجنسية، فقد اختلف الفقهاء حول كيفية تطبيق قانون جنسية الزوجين، منهم من أخضع الشروط الموضوعية لكل من جنسية الزوج وجنسية الزوجة وهو ما يسمى بالتطبيق الجامع ومنهم من طبقه تطبيقا موزعا.² وعليه سنبين أولا التطبيق الجامع وثانيا التطبيق الموزع.

أولا: التطبيق الجامع:

ينادي أصحاب هذا الإتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، ومعنى ذلك أن الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية، إلا إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر.

غير أن هذا الرأي انتقد لأنه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الإنعقاد، بمجرد تخلف شرطا من الشروط المنصوص عليها في كلا القوانين.³

¹- القانون رقم 70م20 المؤرخ في 19 جانفي 1970.

²- محمدي بوزينة أمانة، المرجع السابق، ص300.

³- موحّد إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1989، ص295.

ويعلل أصحاب هذا الإتجاه موقفهم بالقول أن الغرض من تطبيق قانون الزوجين، هو حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس حماية أحد الزوجين، كما أن التطبيق الجامع في الحد الذي يمنح إمتياز قانون على آخر أو الحد الذي يحفظ لكل دولة سيادتها.

تم انتقاد هذا التطبيق، إذ أن القول بالتطبيق الجامع لقانون الزوجين يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً، وفي أغلب الحالات عدم إمكانية انعقاد الزواج، وهو الأمر الذي جعل من التطبيق الموزع للقانونين، والذي اتجه غالبية الفقه إلى الأخذ به لأنه الأنسب بحيث يستوفي الزوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسية زوجته، والشيء نفسه بالنسبة للزوجة. غير أنه استثناءاً يجب الأخذ بالتطبيق الجامع فيما يخص موانع الزواج، وقيامها على حماية المصالح الإجتماعية شريطة أن تكون قائمة على أسس أخلاقية وإنسانية كالقربة مثلاً، لا أسس إقليمية وعنصرية كمنع الزواج بسبب إختلاف اللون فهي موانع مستبعدة لا تأخذ بعين الإعتبار.

ويقول الفقه الألماني بالتمييز بين الشروط التي لها صفة فردية وتلك التي لها صفة مزدوجة، فبالنسبة للشروط التي لها صفة فردية فهي تتعلق بشخص أحد الزوجين فلا يثير بشأنها التطبيق الموزع أية صعوبة.

أما بالنسبة للشروط التي لها صفة مزدوجة فهي تتعلق بالعلاقة المراد إنشائها لذلك فإن التطبيق

الموزع يطرح بشأنها صعوبة كبيرة، فلا مفر بالتالي من التطبيق الجامع بشأنها.¹

إلا أن هناك شروط أخرى يصعب تصنيفها في إحدى الصفتين ومنها شرط عدم وجود مانع في أحد الزوجين، مرض جسماني أو عقلي أو شرط عدم وجود زواج سابق وتسمى هذه الشروط بموانع الزواج.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 233.

ثانيا: التطبيق الموزع:

يدعو إلى تطبيق قانون جنسية العاقدين تطبيقا موزعا أي أنه يكفي أن تتوفر في كل طرف جميع الشروط الموضوعية طبقا لقانون جنسيته حتى ينعقد الزواج صحيحا، باستثناء كل ما يتعلق بموانع الزواج التي تطبق بشأنها التطبيق الجامع.¹

ومعنى ذلك أن كل طرف عليه أن يستوفي جميع شروطه الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، ويستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج نظرا لخطورتها²، لأنها تهدف لحماية الرابطة الزوجية في حد ذاتها وليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة.

غير أن التطبيق الموزع قد يعرف حدودا عندما يتعلق الأمر بموانع الزواج، حيث يميز في هذا الصدد الفقه الألماني بين الشروط التي لها صفة فردية والتي عادة ما تتعلق بالشخص، فيمكن تطبيق التطبيق الموزع، وأما الشروط التي لها صفة مزدوجة التي تتعلق بالرابطة الزوجية فيطبق بشأنها التطبيق الجامع.

والقانون الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع وهو ما نستنتج من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة(11) من القانون المدني فاستعمل المشرع لعبارة "لكل من الزوجين"، دليل على أنه قد تأثر بالإتجاه الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع، فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمل عبارة "لكلا من الزوجين".

كما يتأكد تبني المشرع الجزائري للتطبيق الموزع في قانون الحالة المدنية من خلال نص المادة 97 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل19 فبراير سنة 1970 معدل ومتم بالقانون رقم 03-17 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق ل10 يناير سنة 2017، وتبقى مسألة مدى إستثناء موانع الزواج من التطبيق الموزع غير واضحة في التشريع الجزائري، غير أنه في رأينا الخاص نرى بأنه ما دام أن المشرع لم يستثنها صراحة فيمكن أن نطبق بشأنها قانون جنسية العاقدين تطبيقا موزعا، لكن مع إعمال فكرة النظام العام طبقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري.³

¹-أمين دربة،تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة ،
دفاقر السياسة والقانون، العدد الرابع، 2011، ص240.

²-مثل الموانع المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري: موانع القرابة والمصاهرة، حسب المواد 23 و24 منه.

³-المهدي بوزينة أمنة،المرجع السابق،ص ص 304-305.

غير أنه إذا كانت المادة 11 من القانون المدني الجزائري قد أخضعت الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين وفقا للتطبيق الموزع، فإن نص المادة 13 وخروجا عن القاعدة السابقة أوردت استثناء بقولها "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 12 و11 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص اهلية الزواج". وعليه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد عقد الزواج خضعت الشروط الموضوعية لهذا الزواج للقانون الجزائري وحده فيما عدا شروط الأهلية فيكون كل من الزوجين خاضعا لقانون جنسية كل من طرفي العلاقة.

الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على تطبيق قانون الجنسية:

الأصل وفقا لنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري، تخضع الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج إلى القانون الوطني (قانون الجنسية) لكلا الزوجين أي التطبيق الموزع للقوانين ولقد أكد المشرع الجزائري على خضوع الشروط السالفة الذكر للقانون الوطني، واستثناء يطبق القانون الجزائري بصفة مباشرة على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج، إذا كان أحد الطرفين جزائريا أثناء إبرام عقد الزواج تطبيقا لأحكام المادة 13 من القانون المدني التي نصت على: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (11) و(12) وإذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".¹

¹- عبد الكريم موكة، دراسة تحليلية نافذة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر، العدد 02، المجلد 14، 2016/11/27، ص 166.

المبحث الثاني: القانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج تقتضي منا أولاً تحديد المقصود بفكرة الشروط الشكلية للزواج كفئة مسندة في المطلب الأول وضوابط الإسناد التي تحكم هذه الشروط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مضمون الشروط الشكلية للزواج

يدخل في الشروط الشكلية للزواج كل ما يتعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص وإشهار الزواج وتحرير عقده وإثباته،¹ الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج هي ما اتصل بالمظهر الخارجي الذي تخرج فيه إرادة الزوجين إلى العالم، وليس من السهل التمييز بين الشروط الموضوعية والتكميلية الخاصة بعقد الزواج لأنه كل نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلق بالزواج لذلك يلجأ القاضي لمسألة التكييف بقصد إعطاء وصف للوقائع أو التصرفات بإدراجها ضمن فكرة مسندة وبالتالي إسنادها للقانون الذي يسري عليها.²

إذا أثير نزاع حول صحة شكل الزواج فمعنى ذلك أنه يجب إثباته ويتم ذلك بتقديم الدليل أمام القضاء وإقامة الدليل على وجود الزواج لابد من تحرير عقد به، إذ تنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونياً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9مكرر من هذا القانون".

¹- علي سليمان، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص70.

²- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2016-2017، ص26.

ولقد اعتبر الفقيه الألماني سافيني الشكل الذي يخضع لقانون المحل هو الشكل المادي الخارجي الذي يعبر عن الوجود الفعلي للإرادة وترتيباً لذلك فإن شكل الزواج الحقيقي الذي تخضع له قاعدة لوكيس هو ذلك القالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد¹.

ويعتبر من الشروط الشكلية للزواج حسب القانون الجزائري كافة الإجراءات المتعلقة بتسجيل الزواج والجهات المختصة بإبرامه وأشكال تحريره كالصيغ والتوقيعات المطلوبة فيه وكذلك طريقة إشهارة وإعلام الغير به وإثباته مع ملاحظة أن الزواج في الجزائر ذو طابع مدني لا يحتاج إلى مراسيم دينية².

وفيما يتعلق بإثبات الزواج فإن قانون محل الإبرام هو الذي يحددها ما إذا كان مطلوباً لإبرام الزواج إفراغه في شكل سندات رسمية أو وثائق إدارية معينة أو عدم استيراد ذلك أصلاً، كما عدد لنا الطرق والإجراءات المقررة قانوناً لإثبات الزواج، وقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية بإثبات الزواج عن طريق حيازة الحالة الظاهرة للأولاد الناتجين عن زواج مبرم في الخارج. إن أغلب الفقه يلحق حكم قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام مسألة إثبات الزواج وهذا يعني أنه إذا تم إبرام الزواج وفقاً للشكل المحلي فإن إثباته أيضاً يخضع للقانون المحلي وإذا تم إخضاع شكل الزواج لقانون جنسية الزوجين أو لقانون الموطن المشترك فإن إثباته يخضع بدوره لهذا القانون³.

ويعد من قبيل الشروط الشكلية للزواج:

- استلزام ترديد صيغة معينة أثناء إتمام الزواج.

- إتباع إجراءات معينة للإعلان عن الزواج وإشهارة قصد إخطار الناس وإعلامهم به قبل قيامه.

- المعارضات التي تقوم في عقد الزواج، والزواج بوكالة الشهود على عقد الزواج إثباته⁴.

بعد أن حددنا المقصود بالشروط الموضوعية لعقد الزواج ننتقل إلى تحديد ضوابط الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج المختلط.

¹- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 87.

²- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 76.

³- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 77.

⁴- شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017، ص 63.

المطلب الثاني: ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية للزواج

لم يرد في القانون المدني الجزائري نص خاص بشأن القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، إلا أن القواعد العامة قد وضعت قاعده اسناد متعددة الضوابط بحيث يجوز للأفراد إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام "فرع أول" كما يجوز للزوجين لإبرام عقد زواجهم وفقا للشكل حسب قانون جنسيته من مشتركة "فرع ثاني".

الفرع الأول: خضوع شروط شكلية لقانون محل إبرام

وسنتناول فيم أيأتي طبيعة قاعدة المحل التي تحكم شكل الزواج لو كيس أولا ثم موانع تطبيق قاعده " لو كيس" ثانيا.

أولا: طبيعة قاعدة المحل التي تحكم شكل الزواج

تتصف قاعدة خضوع شكل الزواج لقانون بلد الإبرام بالصفة العالمية ذلك أنها القاعدة المعمول بها دوليا لما تتجه من تسيير على الأطراف في عقد زواجهم أينما حلوا وأينما وجدوا.¹ وإذا كان أخذ التشريعات بهذه القاعدة يتم عن الاعتماد عليها في مجال شكل الزواج إلا أن هذا لم يمنع التساؤل عن طبيعتها أوصفتها الإلزامية المتمثلة في إلزام الأطراف بإتباع الإجراءات التي يتطلبها قانون البلد المبرم فيه عقد زواجهما. أو أن إرادة الزوجين هي من تلعب دورا في تحديد القانون الذي يعقد وفقه شكل الزواج خاصة أن الدول لا تتفق على شكل واحد يخضع له عقد الزواج.² في المجتمع الدولي يتخذ الشكل المحلي للزواج إما الشكل المدني وإما الشكل الديني وذلك حسب النظام المتبني من طرف الدولة، فهو في الدول العربية والإسلامية بوجه عام نظام مدني يخضع في إجراءاته إلى التوثيق من طرف موظف عمومي.

¹ - بناني سعاد، تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة، كلية

الحقوق، بومرداس، 2010، 2009، ص 43.

² - بناني سعاد، المرجع السابق، ص 44.

وهذا التباين في طبيعة نظام الزواج له تأثيره على صفة القاعدة في الإلزام الزواج المختلط حيث يقدم الزوجين على عقد قرانهما وفقا للشكل المحلي في بلد الابرام في حين قانونهما الشخص يتطلب الشكل الديني ويترتب على تخلفه البطلان¹.

فمثلا إذا كان زواج يوناني على الإقليم الفرنسي وفقا للشكل المدني باعتباره قانون بلد الابرام وترتب على تخلفه البطلان ويرفض عقد الزواج في الطابع الديني باسم النظام العام ما لم يكن مسبقا بالشكل الديني ويعتبره شرطا موضوعيا هل عقد الزواج يعتبر صحيحا امام القانون الفرنسي قانون بلد الابرام وباطلا وفق قانون اخر (القانون الشخصي للزواج) أم أن الاعتراف به من طرف الدولتين واجب².

الإجابة على تحديد طبيعة قاعدة المحل التي تحكم شكل التصرف في مجال الزواج، لو انطلقنا من القاعدة العامة التي تحكم الشكل في القانون المدني الجزائري نص المادة 19 تحديدا لوجدناه اعتمد على أسلوب الإسناد التغييري أين اشتملت قاعدة التنازع التي تحكم شكل الزواج على أربع ضوابط إختيارية فيكون العقد صحيح في جانبه الشكلي متى أبرمه الأطراف وفقا للأوضاع التي يعرضها أحد هذه الضوابط³، دون أدنى تغيير أو تفضيل لضابط على آخر ومن الملاحظة على هذه المادة أنها أضافت إضفاء الطابع الإختياري على " قاعدة المحل يحكم التصرف" وسعت من الضوابط التي يمكن أن تحكم الشكل إذ وبعدمها كانت إثنين في المادة 19 من الامر 58/75 أصبحت أربعة بعد التعديل⁴.

¹- بناني سعاد، المرجع السابق، ص 46،45.

²-بناني سعاد، المرجع السابق، ص 46،45.

³- كانت المادة 19 من الأمر 75-53 تنص: تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ،ويجب أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين إذا كان يبدوا على هذه المادة أنها وردت بعبارة "ويجب" مايعني أن

شكل العقود ينبغي أن تحكمه قاعدة المحل يحكم شكل التصرف بالإضافة إلى وجوب اعتباره صحيحا كذلك وفقا للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين إلا أن ذلك محض خطأ في ترجمة النص الفرنسي للعربية.

⁴-بناني سعاد، المرجع السابق، ص 46.

من الملاحظ أن النص القديم جاء بصيغة ملزمة بمعنى أن خضوع العقد في جانبه الشكلي يستلزم خدوعه لقانون بلد الإبرام وفقا للأوضاع المقررة فيه كأصل، وإذا توفر اشتراك زوجين في الجنسية يخضع لقانون الجنسية المشتركة استثناء¹، وهو ما يستخلص من نص المواد 71، 75، 96، 97 من قانون الحالة المدنية.

وباعتبار الزواج قانونيا من الناحية الشكلية خضع لقانون "لوكيس" غير أن الدول تختلف في اعتبار هذه القاعدة إختيارية أم إلزامية حيث أن الطابع الإختياري للقاعدة معمول به لدى الدول العربية، ومن الدول التي اعتبرت القاعدة إلزامية ويعد باطلا كل مخالفة لذلك كما هو الحال في دوله الأرجنتين ويوغسلافيا أين يعد الشكل المحلي واجب الإتباع بالنسبة لعقود الزواج المبرمة على إقليمها².

أمام هذا الإختلاف حول طبيعة قاعدة المحل يحكم شكل الزواج نقول أن الاعتبارات العلمية التي قامت عليها القاعدة من تسيير على المتعاقدين عند إبرام تصرفاتهم القانونية سيزول لو اعتبرت القاعدة ملزمة وتزول معه كل جدوى من النص عليها، كما أن اعتبارها ذات طابع ملزم وإن كان يتلائم مع غاية كل دولة مع إحترام الشكل الذي تقضيه بإبرام الزواج على إقليمها، فانه يتعارض مع ما هو معترف عليه في المجتمع الدولي من ان خضوع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي الذي يحكم شكل تصرفاتهم القانوني، ومن جهة أخرى ستمنح حق التصرف القانوني الذي سينشأ حق الاعتراف به في كل الدول سواء منها التي أبرم على إقليمها وفقا لأوضاعها أو وفقا للقانون الشخصي لهما، وبالتالي الحد من بطلان التصرف وفقا لقانون وصحته طالما انتقت النية من التحايل على القانون المختص³.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 242.

² - امحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 316.

³ - بناني سعاد، المرجع السابق، ص 48.

تجدر الإشارة الى ان المشرع الجزائري قد اخذ بقاعدة "لوكيس" ليس على سبيل الإلزام وإنما على سبيل الإختيار نظرا لأنه وضع جانبها ضوابط إسناد متعددة من يتخذها قانون جنسية العاقدين إذا كانت مشتركة، وبذلك فلا يوجد مانع في أن يكون هناك زواج في الجزائر بين الأجانب طبقا لشكليات مقرره في القانون الاجنبي¹.

ومما سبق يتضح بأن النصوص السابقة تبرر لنا مدى حتمية الطابع المفسر لقاعدة "لوكيس" في التشريعات المعاصرة وهذا بعد أناستمر الطابع الأمر لهذه القاعدة مكرسا من قبل القضاء لفترة طويلة من الزمن ثم رجعت التشريعات الحديثة إلى تبني الطابع الأصلي الطابع المفسر الذي نشأت فيه هذه القاعدة².

ثانيا: موانع تطبيق قاعدة لوكيس

مجال قاعدة "لوكيس" يتحدد وينقلص بظهور بعض الموانع التي تحول دون تطبيق هذه القاعدة وهي بمثابة استثناءات ترد عليها فيتوقف تطبيقها في حالة وجود غش نحو القانون وإذا تعارضت مع النظام العام وإذا تعلق الأمر بالإحالة فنعرضها فيما يلي:

1- حالة الغش نحو القانون:

إذا كانت قاعدة "لوكيس" في مجال الزواج قاعدة إختيارية حيث تسمح للأفراد بإبرام عقود زواجهم إما وفقا للشكل المحلي طبقا لقانون بلد الابرام وإما وفقا لأحكام القانون الشخصي، فهل يعتبر الزواج الذي يخضع شكله لقانون المحل صحيحا حتى ولو قصد الزوجان من وراء ذلك التهرب من أحكام القانون الوطني لا شك أن وصف قاعدة "لوكيس" بأنها قاعدة إختيارية لا يعني إعطاء الزوجين مطلقا الحرية في تطبيق القاعدة التقليدية بل تنقلص هذه الحرية وتلغى حين تمارس بقصد إستبعاد القانون المختص أصلا بحكم التصرف³.

¹- امحمدي بوزينة أمينة، المرجع السابق، ص 313.

²- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 83.

³- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 83.

ولقد كان الفقه التقليدي في هذه الحالة يقضي بتطبيق قاعدة "الغش يفسد كل شيء"، وفي هذا الصدد يرى الفقيه "جانفويت" بأن تطبيق قاعدة لو كيس في حالة الغش يجب أن يتوقف ولا يستفيد صاحب هذا التصرف من أي إمتياز عقابا له على سوء نيته، أما في الفقه المعاصر وطبقا لرأي الفقيه الغالب فإن التصرفات التي نشأت في الخارج وكانت مشبوهة بغية الغش لا يمكن أن تنتج أي أثر ويحق للقاضي عند إذن أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل عقد الزواج¹.

غير أن مهمة القاضي في البحث عن نية الغش ليست بالأمر الهين خصوصا وأن تشريعات الدول تختلف في تنظيم مسألة الزواج تبعا لإختلاف مضمون فكرة الزواج من مجتمع لآخر، ولو افترضنا أن زوجين فرنسيين تزوجا في إنجلترا دون إتباع إجراءات الشهر فإن هذا الزواج يعتبر صحيحا طبقا لقاعدة لو كيس ولكن يعتبر صحيحا في نظر القانون الشخصي للزوجين فإن القانون الفرنسي يشترط أن يتم إعلان هذا الزواج في فرنسا وإلا أعتبر باطلا².

1- حالة النظام العام:

يؤكد غالبية الفقهاء على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق قاعده لو كيس إذ تعارض مضمون القانون الاجنبي الواجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع الواجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع، وتعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة ذات مفهوم متطور ومتغير باختلاف الزمان والمكان، ويعتبر الفقيه الألماني سافيني أول من وضع أسس النظام العام في قانون الدولي الخاص ضمن فكرته الشهيرة "الإشتراك القانوني" والتي مفادها أن المشرع الوطني عندما يقبل بتطبيق القانون الاجنبي فإنه يفترض وجود مقدار من التشابه القانوني أو الاشتراك ما بين القانون الوطني والقانون الاجنبي³.

¹- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 84.

²- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 84.

³- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 84.

ولقد صاحبت فكرة النظام العام مشكل نزاع القوانين منذ ظهوره وتخضع قاعدة لو كيس لحكم النظام العام مثلها مثل بقية قواعد تنازع القوانين الأخرى ولهذا وجب تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الشخص الأجنبي، وتطبيقاً لذلك إعتبر القضاء الفرنسي في حكم صادر عن محكمة الإستئناف بتاريخ 17 جوان 1922 أن زواج الأجانب وطلاقهم يخضع في الأصل للقانون الشخصي ويخضع بصفة إستثنائية للقانون الفرنسي إذا تعارض القانون الشخصي للزوجين مع النظام العام الفرنسي. عند فكرة النظام العام في فرنسا يلاحظ أنه يمكن أن يعترف في فرنسا بزواج ديني محض لكن من غير المتصور أن يتم الإعتراف بطلاق ديني في فرنسا.¹

ولو أن النظام العام الفرنسي في أغلب الأحيان لا يكون مهدداً إلا بمقدار تأثير العلاقة القانونية على المجتمع الفرنسي، فإذا نشأت هذه العلاقة في بلد أجنبي وليس من بين هؤلاء الأشخاص مواطن فرنسي وطلب من القضاء الفرنسي الحكم بصحة هذه العلاقة فلا يوجد عند إذن ما يبرر استبعاد القانون الأجنبي بدعوى تعارضه مع المبادئ السياسية التشريعية الفرنسية طالما أن المجتمع الفرنسي غير المعني به.²

وفي حالات كثيرة اضطر القضاء الفرنسي الحكم بإبطال زواج الأجانب الذي تم في فرنسا بدعوى وجود خطر عام يهدد النظام العام للدولة.³

وعلى هذا الأساس إذا اختار الأجانب تطبيق أشكال قوانينهم الشخصية واعتبرت هذه الأخيرة منافية لا شيء سوى لأنها أنظمة أجنبية ولكن هذا مفهوم خاطئ للنظام العام، ولكن إذا كان النظام العام للدولة يفرض على المواطنين والأجانب إحترام الشكل المدني للزواج ويحضر الشكل الديني لا اعتبار ذلك مفهوماً صحيحاً للنظام العام، وإذا كان أوديني يرى أن قوانين الشكل لا تعتبر من النظام العام الدولي ومن ثم لا تطبق على الأجانب، بل تعتبر من النظام العام الداخلي وهذا يعني أنها تطبق على الفرنسيين

¹-مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 85.

²- بيار ماير فوزية، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2008، ص 198.

³-مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 85.

فقط ومن هذه المنطقة أن الزواج الذي يعقده الأجانب في فرنسا يعتبر صحيحا حتى ولم يتم على يد رجل الدين¹.

والحقيقة أنه لتطبيق نظريات نفاذ الحقوق المكتسبة لا بد من توافر جملة من الشروط ومن بين هذه الشروط أنه يجب أن يكون الحق وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي تم فيه وفي البلد الذي يراد التمسك فيه بنقاده. أما إذا اتفق مع قواعد التنازع في البلد الأول وخالفها في البلد الثاني فلا يجوز التمسك بنفاذ هذا الحق في البلد الثاني².

ومما سبق يتضح لنا بأن مسألة تصنيف مجال تطبيق قاعدة استنادا إلى فكرة النظام العام أمر تحكمه آراء القضاة في تحديد مفهوم النظام العام والذي تختلف من قضية إلى أخرى خصوصا وأنهم يتمتعون بحرية واسعة في تفسير مضمون القوانين الأجنبية دون خضوعهم إلى رقابة محكمة النقض³.

1- حالة الإحالة:

لقد تباينت مواقف الدول بشأن الأخذ بنظرية الإحالة بين القبول والرفض وقد أورد المشرع الجزائري في القوانين رقم 15-10 المؤرخ في 26 يونيو 2005 نصا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى حيث جاء في المادة 23 مكرر ما يلي: إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون ذلك الخاصة بنزاع القوانين من حيث المكان⁴.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليها قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.

ولكن إذا كنا أمام زواج خضع في شكله للقانون الوطني ورفض القانون الشخصي هذا الإختصاص والإحالة إلى قانون المحل أولقانون الموطن فهل يعتبر هذا الزواج صحيحا.

¹-مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 85-86.

²-علي عيسى سليمان، المرجع السابق، ص 128.

³-مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 86.

⁴-مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 87.

الأصل أن شكل هذا التصرف يعتبر صحيحا في هذه الحالة طبقا لقاعدة لو كيس نظرا لكون القاعدة تتمتع بطابع إختياري وعليه إذا أحال القانون الشخصي المختص النزاع إلى قانون المحل أو إلى قانون الموطن فيجب الاعتبار بذلك ويرى الأستاذ باتيفول أن الأخذ بالإحالة في مجال شكل التصرفات يترتب عليه هدم الطابع الإختياري الذي تتميز به قاعدة لو كيس وترفض الأستاذة جيت ميريك الأخذ من بنظرية الإحالة لأنها تؤدي إلى خلق صعوبات في تكييف الشكل¹.

ويتضح مما سبق أن قاعدة لو كيس تستبعد إذا أحال القانون الوطني إلى قانون آخر وهذا بالرغم من معارضة العديد من الفقهاء تطبيق نظرية الإحالة حفاظا على الطابع الإختياري للقاعدة².

الفرع الثاني: خضوع الزواج من حيث شكله لقانون الجنسية المشتركة

يخضع الزواج من حيث شكله لقانون الجنسية المشتركة في حال إتحاد الزوجين في الجنسية سواء تعلق الأمر بالدولة التي اعتبرت قانون خضوع الشكل قانون محل إبرامها اختيارية أو الدول التي اعتبرت خضوع الشكل للقانون المحلي إلزامية، والمشرع الجزائري اعتبر هذه القاعدة إلزامية في الحالة التي يكون فيها الزوجين جنسية مشتركة ففي هذه الحالة يمكنهما إبرام زواجهما وفقا لجنسيتهما المشتركة ويستخلص ذلك من نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري والذي جاء فيها ويمكن أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين.

فإذا لم يكن مشتركى الجنسية فليس امامهما الا الشكل المحلي³.

وبتطبيق قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي ينبغي أن بين تطبيق هذا الزواج على زواج الجزائريين في الخارج أولا ثم على زواج الأجانب في الجزائر.

¹- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 86

²- مسعودي يوسف، المرجع نفسه، ص 87.

³- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 242.

أولاً: زواج الجزائريين في الخارج:

طبقاً للمادة 97 من قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم رقم 03/17 سنة 2017 والتي جاء فيها أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج.

ويترتب على ذلك أن الجزائريين في الخارج يجب أن يعقدوا زواجهم طبقاً للسكن المحلي للبلد الذي يتم فيه الزواج فإذا كان هذا الشكل مدنياً وكان الزوجان مسلمين فإن زواجهما يكون مقبولاً في القانون الجزائري أما إذا كان الشكل دينياً وكان الزوجان الجزائريين فلا يجوز لهم إجراء زواجهما في الشكل¹. وحسب ما جاء به المشرع الجزائري في مادته 97 التي ذكرها آنفاً لقد اعترف بقاعدة من القانون الدولي العام وهي صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في عقد زواج رعايا دولهم في الخارج وذلك بالتوجه إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة وهو ما سنبرزه فيما يلي:

أ- صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في إبرام زواج رعاياهم بالخارج

أقرت المعاهدات الدولية والتشريعات بإختصاص السلك الدبلوماسي لإبرام عقود الزواج في الخارج ومن ذلك ما تقضي به إتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1978 المتعلقة بإبرام الزواج والإعتراف به التي سمحت للرجل في السلك الدبلوماسي والقناصل بإبرام زواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين فيها بشرط أن هذه البلدان لا تمنعهم من ذلك وفقاً لأحكام إتفاقية لاهاي الخاصة بالزواج سنة 1902 وكذلك منحت المادة 75 من معاهدة "فيينا" المنعقدة بتاريخ 24 أبريل 1963 الصلاحية لرجل السلك الدبلوماسي والقنصلي في التصرف كضابط الحالة المدنية².

¹- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 73.

²- صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 64 85 المؤرخ في 02 مارس 1964 ليتضمن المصادقة على إتفاقية "فيينا" حول العلاقات القنصلية الموقعة في أبريل 1963 الجريدة الرسمية العدد 34 لسنة 1964 ص 185.

كما أن الاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974¹ ترخص للقناص بأن يعقد الزواج إذا كان الزوجان من رعايا الدولة الباعثة².

وعليه يحق للجزائريين المقيمين في البلاد الأجنبية الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي لبلاد الإبرام، وذلك بالتوجه إلى الهيئات المحلية المختصة أو إبرام عقد زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم وذلك بالتوجه إلى القنصليات الجزائرية المختصة طبقا للقانون الجزائري³.

وتجدر الإشارة إلى ما نصت عليه المواد 96 و97 من قانون الحالة المدنية حيث اعتبرت الزواج الذي يعقد امام الدبلوماسي او القناصل صحيحا فقد جاء في المادة 96 من قانون الحالة المدنية ما يلي " أن كل عقد خاص بالحالة المدنية⁴ للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا اصدره الأعوان الدبلوماسيين والقناصل طبقا للقوانين الجزائرية"⁵.

¹ - صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 75/74 مؤرخ في 12 يوليو 1974 ليتضمن المصادقة على الإتفاقية القنصلية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية الموقعة في باريس في 24 مايو 1974 الجريدة الرسمية العدد 62 1974، ص334.

² - امحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص319.

³ - مع ملاحظة أنه توجد تشريعات أخرى لا تتيح لشكلها الدبلوماسي هذا الإختصاص أصلا كما هو الحال في بعض دول أمريكا اللاتينية انظر امحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص319.

⁴ - بموجب الأمر رقم 70 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المعدل والمتمم بالأمر رقم 14 08 المعلق المؤرخ في 09/08 2014 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 49 لعام 2014.

⁵ - تناولت المادة الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين وبين جزائري وأجنبية أما العقد بين الجزائرية والأجنبي فلم تنص عليه مما يدفعنا إلى القول أن زواج الجزائرية بالأجنبي في الخارج لا يجوز عقده في الشكل المحلي. وحسب رأي أعراب بلقاسم ليس في محله، ذلك أن إحترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية يعتبرالضمان الكافي لعدم استطاعتها عقد الزواج مع غير المسلم وحق عقد زواج الجزائري في الخارج وفق الشكل المحلي ليس مطلقا ذلك أن هناك أشكال محلية تعتبر مخالفة للنظام العام الجزائري، مما يتعين منع هذا الزواج وفقه لأنه باطلا إذا تم في الخارج وفقا الشكل المحلي، وكان هذا الشكل ديني يمس عقيدة المسلم أما إذا كان العكس فإنه صحيح وهنا ما يسمى في بعض الدول بالزواج الرضائي وهو الذي يتم دون أي شكل، انظر أعراب بلقاسم المرجع السابق ص ص 243 244.

من خلال هذه المادة يتضح أن يعتبر زواج الجزائريين المبرم طبقا للقانون الجزائري أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في الدول المعتمدين فيها صحيحا¹، ومع ذلك تبقى سلطات الممثل الدبلوماسي أو القنصلي في إبرام عقد الزواج تمارس حدود الإتفاقيات والأعراف الدولية، ولم تعلق هذه المادة أي شرط على اختصاص رجال الأعوان الدبلوماسيين او للقناصل ولا يشترط لصحة العقد أن تعترف لهم بهذه الصلاحية دول المعتمدين فيها مثل ما يشترط في ذلك القانون المدني العنصري لكن يبقى زواج الجزائريين المبرم أمام الهيئات الدبلوماسية والقنصلية خاضعا للقانون الجزائري وهذا بالنسبة لشروط السكنية والموضوعية على حد سواء².

ب - إبرام عقد زواج الجزائريين وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي

طبقا لما جاء في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري يجوز للجزائريين المستوطنين في الخارج إبرام عقود زواجهم وفقا لقانون الدولة التي يستوطنون بها ويستوي في ذلك أن يتم إبرام العقد في دولة أخرى أو في دولة موطنها المشترك، وفي هذا الفرض تكون دولة الإبرام هي ذاتها دولة المواطن وعندما يلجأ الجزائريون إلى الهيئات المحلية المختصة في البلدان الأجنبية لإبرام عقود زواجهم فإن مثل هذا الزواج يعتبر صحيحا في نظر القانون الجزائري.

كما أوضحت الفقرة الثانية من المادة 97 المعدل والمتمم بقانون 17 3 المؤرخ في 10 يناير 2017 بأن الحكم السابق يسري على الجزائري المتزوج بأجنبية، نص على أنه: "ويجري مثل ذلك بالنسبة للزواج عقد في بلده أجنبي بين جزائري وأجنبية، وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية او قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية"³.

¹-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 245.

²-محمديوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 331.

³-محمديوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 331

أما عن زواج الجزائرية في الخارج فهي مستثناة من حكم المادة 2/97 من قانون الحالة المدنية أعلاه وبالتالي لا يجوز إبرام زواجها بأجنبي في الشكل المحلي على حساب الشروط الموضوعية لصحة الزواج¹، ويقصد هنا بالشكل خاص عدم زواج المسلمة بغير المسلم، كما لا يجوز إبرامه في الخارج وفقا للشكل الديني الذي يتطلبه قانون المحل وذلك تطبيقا لنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري².

ثانيا: زواج الاجانب في الجزائر:

فيما يتعلق بزواج الاجانب في الجزائر فلهم الخيارين عقد زواجهم وفقا للشكل المحلي وبين عقده وفقا لقانون جنسيتهم المشتركة اما اذا كان مختلفي الجنسية فإن الشكل المحلي يصبح إلزاما بالنسبة لهم ومتى تم زواج الأجانب في الجزائر وفقا للشكل المحلي فإنه على الزوجين الأجانبين إحترام الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري، الإقامة داخل الإقليم لمدة لا تقل عن شهر³، و قد نصت على ذلك المادة 71 من قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم بقانون 03/17 المؤرخ في 10 يناير 2017" يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أوالقاضي الذي يقع في نطاق دائرة محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو السكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين.

¹-أجاز المشرع الفرنسي من خلال المادة 1/171 من القانون المدني للهيئات الدبلوماسية الفرنسية في الخارج بعقد زواج بأجنبية في بعض البلديات المحددة بموجب مرسوم رئاسي .

²- تنص المادة 31 من قانون الاسرة الجزائري على أنه:"يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين الى أحكام تنظيمية".

³-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 244.

الفصل الثاني:

الضوابط القانونية التي تحكم

انحلال الرابطة الزوجية

أنط المشرع الجزائري الأحوال الشخصية بضابط الجنسية حيث نص في المادة 10 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وهي قاعدة تسري على الجزائريين والأجانب على حد سواء، ويثير ضابط الجنسية إشكالية حالة تعدد الجنسيات وانعدامها، فإن كنا بصدد تعدد الجنسيات نصت المادة 22 من القانون المدني الجزائري على تطبيق قانون الجنسية الفعلية أي أكثرها ارتباطا بالشخص، وإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات التي يحملها الشخص فيطبق القانون الجزائري وحده، أما إذا كان الشخص محل النزاع عديم الجنسية فيخضع لقانون موطنه أو محل إقامته.

ومن بين المواضيع التي تدرج في فئة الأحوال الشخصية والتي توسع المشرع الجزائري فيها؛ موضوع انحلال الرابطة الزوجية في مجال تنازع القوانين، والذي يعد من أكثر المواضيع حاجة إلى دراسة ومناقشة وتحليل، لارتباطه بمشاكل عديدة نظرية وقانونية تجعل من الواجب التطرق إليه وبحته لتحديد معالمه في ظل التشريع الجزائري، الذي وضع نظرية واضحة المعالم حول دراسة انحلال الرابطة الزوجية التي قد تنتهي بطريقة طبيعية بالوفاة، وقد تنتهي بأسباب إرادية بالطلاق؛ وهو حل الرابطة الزوجية بحكم القضاء، فضلا عن الانفصال الجسماني والذي تأخذ به القوانين الغربية كإجراء وقائي، يقصد به المباحة بين الزوجين كخطوة أولى مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة دون المعيشة المشتركة لمدة معينة تنتهي إما بالعودة إلى الحياة المشتركة أو بتحول الانفصال إلى التطلق وبما أن هناك عنصر أجنبي في النزاع، ولأن كل زوج ينتمي إلى دولته التي لها نظام قانوني خاص بها، يثار مشكل القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية.

ولهذا قسمنا الفصل الثاني إلى مبحثين:

- المبحث الأول: عرضنا فيه طرق انحلال الرابطة الزوجية.
- المبحث الثاني: عرضنا فيه القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: طرق انحلال الرابطة الزوجية

أولت الشريعة الإسلامية للزواج مكانة بالغة، واعتبرته ميثاقاً غليظاً، فهو يعدّ من أعظم العقود وأقدسها، حيث كان ولا يزال يهدف إلى تحقيق المودة والسكن وتربط أطراف هذه العلاقة، وذلك لقوله عزّ وجلّ: "وجعل بينكم مودةً ورحمةً إنّ في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"- الآية 21 من سورة الروم، إلاّ أنه قد لا تتحقق هذه الغاية المنشودة من الزواج ويصعب تحقيقها، فقد تطرأ على الرابطة الزوجية مشاكل وصراعات بين أطرافها مما يؤدي إلى انحلالها، فقد ينتهي الزواج بالوفاة لأحد الزوجين، وهذا يعتبر طريقاً طبيعياً لانحلال الرابطة الزوجية، وقد ينتهي بالطلاق وهذا ما يسمى بانحلالها بإرادة أحد أطرافها.

فالطلاق أجازته الشريعة الإسلامية وجاءت مؤكدة على وجوده، ولكن راعت فيه وجود شروط وآثار لكي تحفظ لكلا الزوجين كرامته وشرفه ومكانته.¹

وتختلف طرق إنتهاء الرابطة من قانون لآخر، ففي التشريعات العربية يمكن أن ينتهي الزواج بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وبالتطليق في حالات في حالات معينة بناء على طلب الزوجة². أو عن طريق الانفصال الجسماني الذي تقرّه التشريعات الغربية.

فمن خلال مبحثنا هذا سنركز على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من خلال تبيان مفهومه في المطلب الأول والطلاق بغير إرادة الزوج في المطلب الثاني. تطبيقاً لأحكام قانون الأسرة الذي يمثل قانون جنسية أحد الزوجين وفق ما تحيل عليه قواعد الإسناد في التشريع المدني.

¹ -باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 06.
² -دربة أمين، المرجع السابق، ص 24.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

المشروع الجزائري لم يذكر تعريف الطلاق صراحة، ولكن من خلال نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري يفهم أنه حل للرابطة الزوجية وفق عقد الزواج، حيث ذكر مختلف حالات الطلاق؛ (بإدارة منفردة، بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتين 53 و54 من قانون الأسرة الجزائري).

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى طبيعة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومشروعيته، ثم طبيعة الطلاق بالتراضي.

الفرع الأول: طبيعة الطلاق بالإرادة المنفردة ومشروعيته

من خلال هذا الفرع سنتعرض لمفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة وتكييفه من جهة وإلى مشروعيته وأنواعه من جهة ثانية.

أولاً: مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة وتكييفه

يمكن تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة على أنه:

- 1- لغة: عرفت الآراء الفقهية الطلاق لغة على أنه رفع القيد وحل الرباط، وعرف أيضا بأنه مأخوذ من الإطلاق ومعناه الإرسال والترك كأن يقال أطلقت الأسير أي حلت قيده وتركته حراً.¹
 - 2- إصطلاحاً: ساير قانون الأسرة الأحكام الشرعية، وأباح الطلاق مع النظر إليه أنه ضرورة لا بد منها في بعض الحالات، لكنه لم يغفل ما يترتب عليه من الأضرار التي تصيب الأسرة خصوصاً الأولاد، غير أن يكون أكبر إذا أبقى على الحياة الزوجية المضطربة على كره الزوجين.
- لذا نجد أن المشروع أقر الطلاق بالإرادة المنفردة، وذلك باعتباره وسيلة قانونية لفك الرابطة الزوجية تتميز عن غيرها من التصرفات القانونية المشابهة لها.

¹ - باديس نياي، المرجع السابق، ص 07.

والمشرع الجزائري ترك مهمة التعاريف القانونية للفقهاء، لكن نجده في المادة 48 من قانون الأسرة¹ قام بتعريفه على أنه حل عقد زواج وبيّن مختلف حالات الطلاق التي يكون عليها الطلاق، ليعود بعد ذلك في تعديل 2005 ليكتفي بنص المادة 48: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحلّ 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". ليتضح أن المشروع لم يفصل في تعريف انحلال الرابطة الزوجية مكتفياً بطرق انحلالها وترك الأمر للفقهاء.²

باعتبار أن القانون الجزائري أقرّ الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ومنحه صلاحية فك الرابطة الزوجية وإبداء رغبته في عدم استمرارها، إلا أنّ هناك شروط وقيود تحكم قرار هذا الزوج، سعياً من القانون والشرعية لحفظ حقوق الزوجة وعدم المساس بكرامتها.

وإذا كان طلاق الزوج مضراً ومسيئاً للزوجة، خاصة إذا كان متعسفاً في طلاقها أي دون مبرر شرعي أو قانوني معقول مقبول، فقد رتبت الشريعة الإسلامية والمشروع الجزائري أثراً تهدف من خلاله حماية المطلقة من هذا الضرر الواقع من خلال التعويض أي تفرضه على الزوج.³

3-تكييفه:

الطلاق يعتبر في تكييفه حلاً نهائياً للتقليل من مشاكل الأسرة، لما لها من تأثير على تماسك المجتمعات.⁴

¹- القانون رقم 48-11 المرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15 لسنة 2005.

²- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 07، 08.

³- بلحاج العربي، المرجع السابق، الجزائر، 2007، ص 233.

⁴- حفيظة بلميهوب، أسباب الطلاق وطرق علاجه والوقاية منه، المجلد 10، العدد 01، 15 جانفي 2015، ص 96.

ثانيا: مشروعية الطلاق بالإرادة المنفردة وأنواعه

1- مشروعية الطلاق بالإرادة المنفردة:

إن مشروعية الطلاق استمدت منذ بداية الخلق وتوارث البشر عبر كافة العصور في تداوله، والإسلام جاء في عديد المواقف مقرا بما كان لدى البشر من معاملات، غير أنه عمل على ضبطها بالشكل الذي يوافق الفطرة البشرية السليمة، فجاء القرآن الكريم منوها عن الطلاق وأهمها سورة الطلاق التي جاء في بدايتها: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن...".¹

ويشترط لصحة الطلاق أن يصدر عن زوج عاقل وبالغ وعن قصد واختيار وأن يقع على زوجة بالعقد الصحيح ولفظ يدل على الطلاق صراحة أو كناية.

والحكمة من جعل الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الرجل واضحة، وهي أن الرجل يكون حريصا أكثر على استمرار الحياة الزوجية نظرا لما أنفقه الرجل في زواجه، والأصل في الرجل الصبر والتحمل بينما المرأة تكون سريعة الغضب والتأثر، فمن الحكمة ألا يكون الطلاق بيدها، ومع ذلك فالشريعة الإسلامية حفظت للمرأة حقها وأجازت لها اللجوء للقضاء لتفريقهما في حالات معينة.²

¹-بياديس ذيابي، المرجع السابق ص09.

²-مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-سنة 2011-2012، ص195.

2-أنواعه:

هناك نوعين للطلاق بإرادة الزوج: طلاق رجعي وطلاق بائن بقسميه؛(البائن بينونة كبرى،بائن بينونة صغرى)،لكن المشرع الجزائري لم يتطرق لها صراحة وإنما كان استمداها من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية،فالمشرع أشار فقط إلى إمكانية إنفراد إرادة أحد الزوجين بحل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق أو الخلع والى إمكانية انفراد اشتراك واتحاد هذه الإرادة عن طريق الطلاق بالإرادة المشتركة لهما،والذي أشار إليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باسم الطلاق بالتراضي من خلال المواد 427 إلى 433 منه.¹

(أ) -**الطلاق الرجعي**:يعرف الطلاق الرجعي على أنه هو الذي يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته مادامت في العدة، فهذا هو الأصل في الطلاق.وقد عرفه وهبة الزحيلي أيضا بأنه:الطلاق الذي يمكن للزوج بعده إعادة زوجته المطلقة من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة ولم ترض،وذلك بعد الطلاق الأول والثاني أي إذا كانت المراجعة قبل انتهاء مدة عدتها.²

مانجده في التشريع الجزائري بأن الطلاق هو سبب انحلال الرابطة الزوجية طبقا للمادة 47 من قانون الأسرة،فالمشرع الجزائري لم يضع تعريفا خاصا بالطلاق الرجعي وإنما يتم استخلاص ذلك من خلال نص المادة 50 من قانون الأسرة.³

ف نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 50 السابقة الذكر قد حصر مراجعة الزوج للمطلقة بفترة الصلح القضائي.

1-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2-ولد خسال سليمان،لعراجي رابح،ضوابط الطلاق الرجعي في التشريع الجزائري والعمل القضائي،مجلة الاجتهاد القضائي،المجلد 14،العدد29،مارس 2022،صص686،687.

3-المادة 50 من الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 من قانون الأسرة تنص على:"من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لاحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

(ب) - الطلاق البائن:

لغة: البائن معناه المنفصل، وهو الطلاق الذي تتفصل به الزوجة عن زوجها في الحال¹.

اصطلاحاً: هو الذي يرفع قيد النكاح في الحال، فالمطلق هنا ملزم بمراجعة مطلقته بوجود عقد ومهر

جديدين وبرضاها وهنا يكون بائناً بينونة صغرى².

المقصود بالبينونة الصغرى، هو الطلاق الذي لا يملك الزوج بعده حق إرجاع مطلقته إليه إلا

بعقد جديد ومهر جديد وبرضاها، أي يكون هذا الطلاق بعد انتهاء مدة عدة المرأة المطلقة³.

وهذا النوع الأول من أنواع الطلاق البائن.

أما الطلاق البائن بينونة كبرى وهو النوع الثاني فيعرف على أنه: هو الطلاق الذي يطلق فيه

الزوج زوجته آخر الطلقات الثلاث التي يملكها شرعاً وقانوناً، فهو مالا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته في

العدة واستئناف الحياة فيما بينهما بعقد ومهر جديدين إلا إذا تزوجت بآخر وطلقت منه أو توفي عنها⁴.

ويعرف أيضاً على أنه ما كان مكماً للثلاث، فلا يحل ولا يحق للزوج الذي طلقها طلاقاً بائناً بينونة

كبرى أن يعيدها وبرضاها إلا بعد أن تتكح زوج آخر نكاحاً صحيحاً⁵.

¹- ذبيح هشام، أحكام الطلاق والتطبيق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، المجلد الأول، سنة 2018، ص 226.

²- أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الجامعي، سنة 2005، الجزء الثالث، ص 265.

³- ذبيح هشام، المرجع السابق، ص 227، 226.

⁴- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 331.

⁵- ذبيح هشام، المرجع السابق، ص 227.

الفرع الثاني: طبيعة الطلاق بالتراضي

-أولاً: تعريف الطلاق بالتراضي

1-تعريفه:

الطلاق أباحته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلَّ مَنْ سَعَتَهُ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا" النساء الآية 130.

وهذا الطلاق من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معاً، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين ولم يتمكنوا من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استنفاد جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين واتفقهما على فك الرابطة الزوجية بطريق ودي أي بدون نزاع¹.

فعند استحالة استمرار التواصل والانسجام بين الزوجين وعدم قدرة كلاهما على مواصلة الحياة الزوجية فيحق لهما الإتفاق على الإنفصال والطلاق على أن يكون ذلك بدون أي نزاعات أو خلافات.

فالقانون الجزائري يخول للزوجين أن يتفقا على حل الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة، وهذا ما جاء النص عليه في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري:

الطلاق هو حل عقدة الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين.

أي أن للزوجين الحق في الطلاق بالتراضي الذي يتم بإرادة كليهما واتفقهما معاً.²

أيضاً كما جاء في نص المادة 427 قانون إجراءات مدنية وإدارية والتي تنص: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".³

ويمكن تعريفه أيضاً على أنه صورة من صور الطلاق التي يقصد بها أن كلا الزوجين لهما الرغبة في حل عقد الزواج برضاها التام، كون كلاهما لا يستطيع مواصلة الحياة الزوجية، فتكون إرادتهما معاً قد اجتمعت على إيقاع أثر قانوني ألا وهو الطلاق.⁴

¹-ذبيح هشام، المرجع السابق، ص 227.

²-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 258.

³-المادة 427 منت القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 مدعماً بالاجتهاد القضائي.

⁴-باديس نيايي، المرجع السابق، ص 24.

2-مبرراته:

بالنسبة للبحث عن مبرر لوجود الطلاق بالإرادة المشتركة أو الطلاق بالتراضي نجد: يأخذ الطلاق بالتراضي مبرره الأصلي وسببه القانوني من منطلق اجتماع الإرادة المشتركة للزوجين، حيث لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سرًا. طبقا للمبادئ التي تنظم حقوق وحرّيات الحياة الخاصة، ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب أن يشهر للمحكمة، لأن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وتحت إشراف القضاء طبقا للمادة 49 قانون أسرة جزائري¹.

هذا وفي إطار تبرير الطلاق بالتراضي قضاء، نستدل بقرار المجلس قضاء تلمسان في حكمه الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967 بأنه: "لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطالقا بتراضييهما، وفقا لإرادتهما المشتركة، وأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا، بل يجد جوهره وأصله في الآيات 127 و129 من سورة النساء"².

¹-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص259.

²-قرار مجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967، م، عدد04، ص124، نقلا عن يوسفات علي هشام، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، جامعة تلمسان-أبي بكر بلقايد-كلية الحقوق، سنة2008-2009، ص42.

ثانيا: شروط الطلاق بالتراضي وأسبابه:

1- شروط الطلاق بالتراضي:

لإيقاع الطلاق بالتراضي لابد من توفر مجموعة من الشروط نذكر منها:

-تتشرط للمتقدمين بطلب الطلاق بالتراضي الأهلية الكاملة.

-كما يجب أن تكون إرادة الزوجين معا حسب الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

فإذا توفرت هذه الشروط فإنه يجب على القاضي أن يحدد العناصر التي تم الاتفاق عليها، كما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23\05\2000 تقول فيه: "من المقرر قانونا أنّ الطلاق بالتراضي هو إسهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية والنهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير"².

فالقاضي ملزم هنا في الأخذ بإرادة الزوجين المشتركة ويوثقها في حكم يعتبر إسهادا.

2-أسبابه:

فيما يلي نذكر بعض أسباب الطلاق بالتراضي:

-فكما تكون العلاقة بين الزوجين قد بدأت برضاها فلما لا يكون الانفصال أيضا مبنيا على رضاها.
-كذا يكون سببا من أسبابه حماية سمعة العلاقة الزوجية، ومن جهة أخرى يعتبر هذا النوع من الطلاق هو الأكثر انتشارا في المجتمعات لما تلعبه العادات والتقاليد من دور في التأثير على العلاقات الزوجية.³

¹-بحماوي عبد الله، بحماوي شريف، إجراءات إيقاع إطلاق بن الزوجين "دراسة نقدية"، جامعة أحمد دراية- أدرار-الجزائر.

²-شامي أحمد، المرجع السابق، ص294.

³-يوسفات علي هشام، المرجع السابق، ص42.

بخصوص بعض الإشكالات التي يثيرها الطلاق بالتراضي نذكر مسألة إمكانية رجوع الزوجين دون عقد جديد أو لابد من وجود عقد جديد، فالاجتهاد القضائي قد فصل في هذه المسألة من خلال التأكيد على ضرورة وجود عقد جديد للرجوع، فأى حياد عن هذا يعتبر تطبيقاً خاطئاً للقانون. كما تثار مسألة أخرى حول إمكانية الجهات القضائية الفصل في الطلاق دون إجراء صلح، فالاجتهاد القضائي هنا أيضاً فصل في الأمر، فلا يمكن للقاضي أن يصدر الطلاق بدون إجراء محاولة الصلح¹.

المطلب الثاني: الطلاق بغير إرادة الزوج

من عظمته جل وعلى أن جعل لنا في كتابه وسنة نبيه عليه أفضل الصلاة والسلام الحلول والمنافذ لكل المشاكل الأسرية بين الزوجين، فقد سير الله تعالى هذا في الطلاق الذي قد يكون بالإرادة المنفردة للزوجة وهو ماسيتم التفصيل فيه فيما يأتي:

الفرع الأول: الطلاق عن طريق التطليق:

أعطت الشريعة الإسلامية للرجل حق الطلاق بإرادته، كما أعطت للمرأة حق حل الرابطة الزوجية بالتطليق الأمر الذي يستدعي منا الوقوف على تعريفه وبيان مشروعيته (أولاً) والتطرق إلى أسبابه (ثانياً).

أولاً: تعريف التطليق ومشروعيته:

تعددت الآراء حول مفهوم التطليق ومشروعيته وفي ذلك بيان فيما يأتي:

1- تعريف التطليق: سنتطرق إلى تعريفه لغوياً وإصطلاحاً وقانونياً:

(أ) - **التطليق لغة:** التطليق مصدر طلق، يطلق، طلاقاً، تطليقاً.

والتطليق هو التخلية والإرسال وحل العقد، ويكون الإطلاق بمعنى الترك والإرسال².

(ب) - **التطليق إصطلاحاً:** حق يمنح للزوجة يخولها فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة

واستناداً إلى القانون، عن طريق القضاء¹.

¹ - قسيمة محمد، دور الاجتهاد القضائي في حل بعض إشكالات الطلاق في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، العدد 10، سبتمبر 2016، ص 87.

² - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد العاشر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ص 229.

(ج)-**التطليق قانونيا:** جاء في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، حل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

وبالنظر إلى هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف التطليق بل أدرجه ضمن مفهوم الطلاق وبذلك يمكن القول بأن التطليق من جهة اللغة لا تختص به الزوجة.

2- مشروعية التطليق:

تثبت مشروعية التطليق بين الزوجين بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع.

(أ) مشروعية التطليق من القرآن الكريم:

بالنظر في كتاب الله الكريم نجد أنه لم ترد آيات تدل صراحة على مشروعية التطليق، وهذا لا يعني أنه لم يشر إلى هذا النوع من التصرفات، وإنما هناك ما دل ضمنا على مشروعيتها. كقوله تعالى: "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما"²، أو قوله جل وعلى: "وعاشروهن بالمعروف."³

(ب) مشروعية التطليق من السنة النبوية:

عن مالك، عن ثور بن زيد الديلي: أن الرجل كان يطلق إمرأته ثم يراجعها، ولا حاجة له بها ولا يريد إمساكها، كما يطول بذلك عليها العدة ليضاربها، فأنزل الله تبارك وتعالى: "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه" يعظهم الله بذلك.⁴

¹-منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، ص11.

²-سورة النساء، الآية(130).

³-سورة النساء، الآية(19).

⁴-الإمام مالك بن أنس، الموطأ، الطبعة الأولى، دار الدعوة، جمهورية مصر العربية الإسكندرية، 1432هـ-2011، ص359.

ج) مشروعية التطلق من الإجماع:

منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وحتى اليوم إنعقد الإجماع على جواز التطلق ولا يباح إلا لحاجة أو ضرورة فهو يكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما.¹

ثانيا: الأسباب المبررة للتطلق من الإجماع:

التطلق هو حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة، حيث تلجأ الزوجة إلى المحكمة من خلال تقديم عريضة إلى القضاء مفادها أنها تطلب من القاضي فك الرابطة الزوجية بسلطته التقديرية بناء على سبب من الأسباب²، وتكون هذه الأسباب مبنية على أساس واحد وهو "الضرر" الواقع على الزوجة من طرف الزوج.

قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05، وفي مطلع المادة 53

منه ذكر هذه الأسباب التي من خلالها يمكن للزوجة المطالبة بالتطلق جبرا للضرر وهي كالآتي:

1- التطلق لعدم الاتفاق:

تنص المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على جواز طلب الزوجة التطلق من زوجها بإرادتها المنفردة، في حالة عدم الاتفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.³

تجدر الإشارة إلى أن حق التطلق يسقط عن الزوجة في حالة علمها بأن زوجها معسر وقت إبرام

عقد الزواج.

¹- صلوح مكي، القانون الواجب التطبيق على التطلق في إطار تنازع القوانين، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة- وهران 1(الجزائر)، العدد السابع عشر الموافق لـ 2018/09/30، ص 224.

²- المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

³- وهي المواد المتعلقة بمشمولات النفقة وتقديرها، راجع سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري بثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومة، الجزائر 2009، ص 256.

2-التطليق للعيوب:

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بالعيوب في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ولم يبين نوعه¹، بل اكتفى بوصفه بأنه كل عيب عول دون تحقيق الهدف من الزواج. ويمكن تعريفه بأنه كل نقصان أول علة بدنية أو عقلية جنسية غول دون تحقيق الغاية من الزواج.

3-التطليق للهجر في المضجع:

الواجب على الزوج معايشة زوجته بالمعروف لقوله سبحانه وتعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما آتيتوهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف"²، ومن أشكال العشرة بالمعروف مبيت الزوج في فراش الزوجية، وأدائه لحق زوجته. الهجر في المضجع: هو هجران الزوج زوجته في الفراش بحيث لا يعاملها معاملة الأزواج على أن يدوم الهجر مدة تزيد عن أربعة أشهر عمدا وقصدا، وفقا لما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الثالثة.

4-التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

نصت المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري: "عوز أن تطلب التطليق للأسباب التالية...". الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، وذلك بأن يصدر حكم جزائي بالسجن أو الحبس في حق الزوج بصفة نهائية بارتكابه جريمة تمس بشرف الأسرة، فيحق للزوجة رفع دعوى التطليق لهذا السبب، على أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، فإذا كانت غير مقيدة للحرية كأن يكون الزوج تحت الحراسة أو محروم من الحقوق السياسية يسقط حقها في طلب التطليق.

¹ من الملاحظ من المادة أن المشرع الجزائري لم يحصر العيوب الموجبة للتطليق موافقا بذلك كل من الإمام الزهري و ابن القيم وبعض الحنابلة، وهو الأجدل لإعطاء المرأة الحق في التطليق، راجع: عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، العلوم السياسية، 19-12-58، ص58.

² سورة النساء الآية (19).

فقد صدر قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2004/05/25، قضى بتطبيق المستأنفة من المستأنف عليه وذلك بسبب الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية وهي المتاجرة بالمخدرات.¹

5-التطليق للغيبة بعد مرور أكثر من سنة دون عذر ولا نفقة:

يعتبر الزوج غائبا إذا زادت غيبته عن مسكن الزوجية أكثر من سنة دون عذر، ودون ترك نفقة لزوجته.² الغيبة حددها المشرع الجزائري في نص المادة 110 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه أو بواسطة وكيل مدة سنة وتسبب غيابه بضرر للغير".

بعد تحليلنا لنص المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة يتضح لنا أنه يجب أن تتوفر شروط حتى يكون للزوجة حق طلب التطليق للغيبة وهي: أن تكون الغيبة مدة سنة، وأن تكون دون عذر ودون نفقة زوجية.

6-التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه:

بالرجوع إلى نص المادة 8 مكرر من قانون الأسرة³، ويتجلى ذلك في حالة التدليس التي تقع فيها الزوجة من زوجها الذي اكتشفت أنه متزوج بعد أن أخبرها أنه غير متزوج، أو استصدر الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد التي ينظمها المادة 8 من قانون الأسرة، أو ليس له القدرة الكافية على عمل تكاليف الزواج.⁴

¹-صلوح مكي، المرجع السابق ص228، ص228.

²-بن عوالي علي، الأسباب المبيحة للزوجة طلب التطليق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس -مستغانم-، العدد الأول، المجلد السادس، 2020/06/29، ص597.

³-المادة 8 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والتي تنص: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار زوجته السابقة والمرأة التي يقبل على الزوج منها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لماكن مسكن الزوجية..".

⁴-عبد الرحيم مقداش، المرجع السابق، ص60.

7-التطليق لارتكاب فاحشة مبينة:

من بين الأسباب الموجبة لطلب التطليق ما جاء في نص المادة 535 في فقرتها السابعة من قانون الأسرة والتي تنص: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:..7 إرتكاب فاحشة مبينة . إذا ما رجعنا إلى نص الفقرة الرابعة من نفس المادة وقارنا بين الفقرتين نجد أن اتجاه نية المشرع إلى أن المقصود بالفقرة السابعة هو إشهار الزوج بين الناس بارتكابه فاحشة معينة قد لا يعاقب عليها القانون إلا بشروط وإرادة قانون العقوبات، والمقصود منها لا غلو من أن يكون قد قصد بها الزنا، أو أفعالا كثيرة تعتبر من الفواحش.¹

8-التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

نصت الفقرة 8 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق في حالة الشقاق المستمر بينها وبين زوجها، ومصطلح "الشقاق" مستمد من قوله تعالى "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها."²

9-التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

يحدث أن يتفق الزوجين في عقد الزواج على شروط معينة وهو ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

¹-آيت شاوش دليلة،إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية،أطروحة دكتوراه،جامعة مولود معمري-تيزي وزو،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014/06/26،ص221،222.

²-سورة النساء، الآية(35).

في حين نصت الفقرة 9 من المادة 53 من نفس القانون على أن للزوجة طلب التظليق لمخالفة زوجها للشروط التي إتفقا عليها في عقد الزواج، ولما وافقا عليه سابقا من شروط فإن للزوجة أن ترفع دعوى التظليق مع نسخة من عقد الزواج المنعقد بالشروط المتفق عليها وللقاضي أن يحكم لها بالتظليق.

10_ التظليق لكل ضرر معتبر شرعا:

من خلال المادة 53 في فقرتها العاشرة من قانون الأسرة والتي تنص على جواز طلب الزوجة

التظليق لكل ضرر معتبر شرعا.

الملاحظ أن المشرع توسع نسبيا في مفهوم الضرر الذي يصيب الزوجة سواء كان ناتجا عن قول أو فعل أو سلوك من الزوج فيه إهانة لها مثل: تعدي الزوج على زوجته بالضرب أو السب أو الإهانة، الغيبة عن بين الزوجية، هجرها قصادالأذى و إتيان الزوجة كرها من غير موضع الحدثأي"الدبر"وهو محرم شرعا وتحريضها على ارتكاب المحرمات مثل:الدعارة،إحتساء الخمر وغيرها من الكبائر التي حرمها الله تعالى¹.

الفرع الثاني:الطلاق عن طريق الخلع:

للخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة حيث يعتبر المنفذ والمخرج الشرعي والقانوني الذي تتمسك به

في حالة كرها لزوجها وخوفها ألا تقيم حدود الله تعالى وعليه يستوجب علينا معالجة تعريف الخلع ومشروعيته(أولا)وبيان طبيعته(ثانيا).

أولا:تعريف الخلع ومشروعيته:

أي موضوع لا بد لنا من تعريفه ابتداء مما يتسنى لنا معالجته معالجة شاملة كاملة

ووافية،بالإضافة إلى بيان مشروعيته:

¹-اليزيد عيسات،التظليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري"مدعما بالإجتهد القضائي للمحكمة العليا"،رسالة ماجستير جامعة الجزائر،بن عكنون،كلية الحقوق،203/2002،ص146،147.

1-تعريف الخلع:

تنوعت التعاريف للخلع من بينها التعريف اللغوي والإصطلاحي وأخيرا القانوني وسنتطرق لها

تبعاً:

(أ) **الخلع لغة:** (خالعت) المرأة زوجها (مخالعة)، إذا افتدت منه وطلقها على الفدية (فخلعها)

هو (خلعا) والإسم (الخلع) بالضم، وهو إستعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك، فكأن كل واحد نزع لباسه عنه.¹

(ب) **إصطلاحاً:** وعلى نفس المعنى اللغوي أباح الإسلام الخلع وهو مأخوذ من خلع الثوب أي أزاله قال

تعالى: "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"². لهذا فالمعنى الإصطلاحي للخلع هو إزالة الزوجية.³

(ج) **قانوناً:** نصت المادة 54 من قانون الأسرة "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي".

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة

صداق المثل وقت صدور الحكم".

من خلال المادة يتضح أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً محدداً للخلع، وإنما إقتصر على كلفيته

ويمكن تعريفه بأنه معاوضة تدفعها الزوجة لزوجها مقابلي مفارقتها له.

2-مشروعية الخلع:

الخلع شرعاً جائز من الكتاب ومن السنة وماذهب إليه الفقهاء من إجماع.

¹-أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الجزء لأول، الطبعة الثانية، مطبعة الأميرية، القاهرة، 1922، ص68.

²-سورة البقرة، الآية (187).

³-آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص289.

أ) مشروعية الخلع من القرآن الكريم:

يقول عزوجل: "ولا يحل لكما أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها"¹، فقوله تعالى في الآية "قال جناح عليهما فيما افتدت به..." نص صريح في جواز الخلع وهو قول عامة المفسرين والفقهاء.² وقوله تعالى: "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً".³ يقول "الجصاص" في تفسيره لهذه الآية: أن المراد منها إن كانت الفدية من غير إضرار، حيث دلت الآية على جواز أخذ الفدية، وبالتالي دلت على مشروعية الخلع.⁴

ب) مشروعية الخلع من السنة النبوية:

عن ابن عباس-رضي الله عنهما- أن امرأة ثابت بن قيس أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله، ثابت بن قيس مأعيب عليه من خلق أو دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته؟" فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقه"، رواه البخاري، وهذا أول خلع في الإسلام.⁵

ج) مشروعية الخلع من الإجماع:

المسلمون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم مجموعون على جوازه، جاء في المعنى: قال ابن عبد البر: لا نعلم مخالفاً لذلك إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه.⁶

¹-سورة البقرة، الآية(229).

²-مقداش عبد الرحيم، المرجع السابق، ص68.

³-سورة النساء، الآية(4).

⁴-لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي-كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012/2011، ص152.

⁵-محمد عبد السلام محمد، العلاقات الأسرية في الإسلام، الطبعة الثانية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1407هـ، 1987م، صص376، 381.

⁶-محمد عبد السلام محمد، المرجع نفسه، ص381..

ثانيا: طبيعة الخلع:

سنتطرق في هذا العنصر إلى طبيعة الخلع في الفقه الإسلامي، ثم في التشريع، ثم طبيعته في القضاء الجزائري.

1- طبيعة الخلع في الفقه الإسلامي:

إنقسمت آراء الفقهاء إلى قسمين: رأي يرى أن الخلع فسخ النكاح ورأي يرى بأنه طلاق.¹
أ) الرأي القائل بأن الخلع فسخ: يرى الشافعية والحنابلة أن الخلع فسخ للرابطة الزوجية وليس طلاقا مستدلين بذلك بما يأتي:

- أن عدة المختلعة حيضة واحدة فلو كان الخلع طلاقا لعادت المختلعة إلى الطلاق الرجعي وهو ما روي عن امرأة ثابت ابن قيس الذي أمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يطلق امرأته تطليقة في الخلع وأن تعد بحیضة واحدة.²

- عن رواية النسائي والقرطبي أن الربيع بن معوذ بن عفراء اختلعت منت دون زوجها في عهد عثمان فجاء عمها إلى عثمان يسأله فقال له: أن ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفنتقل؟، فقال له: لنتقل ولا ميراث لها ولا عنده عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة.³

وقد ساند هذا الرأي الإمام الطاووس فعن أبي جديع قال: قال لي بن طاووس: كان أبي لا يرى الفداء طلاقا ويجيزه بينهما.⁴

ب) الرأي القائل بأن الخلع طلاق: ذهب جمهور العلماء، منهم المالكية والحنفية أن الخلع طلاق بانئا متى توفرت شروط الخلع.

¹-صالح حسني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستندة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمد لخضر-الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2015، ص68.

²-المستاري نور الهدى، الخلع-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 201، سنة 2014/3، ص44.

³-المستاري نور الهدى، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁴-المستاري نور الهدى، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ووقوع الطلاق البائن يكون بمجرد صدور صيغة الخلع ورضا الزوجين دون حاجة إلى قضاء القاضي، ووجه الدلالة على ذلك أن المرأة تقتدي نفسها من الرجل وسلطته لأن الرجل ملك البذل عليها فتصير هي أملك لنفسها، ولأن غرضها من دفع البذل له هو التخلص منه، وهو ما يحصل بوقوع الطلاق البائن.

وبالتالي فإن الخلع أقرب ما يكون طلاقاً من كونه فسخاً.¹

2- طبيعة الخلع في التشريع الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 إلى طبيعة الفرقة الحاصلة بين الزوجين عن طريق الخلع، وبما أن قانون الأسرة مستنبط من الشريعة الإسلامية وإن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي فغن قانون الأسرة الجزائري بتعديله الأخير اعتبر الفرقة عن طريق الخلع طلاقاً بائناً، خصوصاً بعد حوله إلى حق خالص للزوجة تستعمله متى ما شاءت بموجب التعديل الأخير 02/05.²

3- طبيعة الخلع في القضاء الجزائري:

كان الإجتهد القضائي قبل صدور قانون الأسرة يقول بأنها لا يحق للزوجة المطالبة بالإنفصال عن طريق الخلع إلا بالموافقة الصريحة للزوج، ويعتبر الخلع طلاقاً صادراً عن الإرادة المنفردة للزوج، وبالرجوع إلى نص القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة في مادته 54 والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تخالع زوجها على مال يتم الإتفاق عليه..."، ولم تحدد طبيعة الخلع القانونية، ولذلك اضطرب الإجتهد القضائي في ذلك، كان الإجتهد السائد أنه عقد رضائي ولا يحق للزوجة المطالبة بالإنفصال عن طريق الخلع إلا بموافقة الزوج.³

¹ صالح حسيني، المرجع السابق، ص 68.

² صالح حسيني، المرجع السابق، ص 69.

³ رايح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والتشريعية الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، جامعة جيجل، العدد السابع، مارس 2017، ص 81، 80.

المبحث الثاني: القانون واجب تطبيقه على انحلال الرابطة الزوجية.

على الرغم من أن فكرة الزواج تقوم على الاستمرارية والديمومة، كونه يعتبر رابطة مقدسة، إلا أنه وكما ذكرنا سابقا، فعقد الزواج قد يحلّ ويفكّ بالوفاة أو بالطلاق بمختلف صوره والتي حددها المشروع الجزائري في نص المادة 48 من قانون الأسرة. في حين أن التشريعات الأجنبية تختلف طرق فكها للرابطة الزوجية، الأم الذي يطرح عدة نزاعات ومشاكل أمام القضاء إذا عرضت عليه حالات يكون فيها عنصرا أجنبيا، هذا ما يوجب على المشروع الجزائري تحديد آليات وضوابط تحكم هذه النزاعات.

سنبين من خلال هذا المبحث: تحديد ضابط الإسناد المطبق على انحلال الرابطة الزوجية من خلال المطلب الأول، والقانون الواجب التطبيق على الوفاة والانفصال الجسماني في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ضابط الإسناد المطبق على انحلال الرابطة الزوجية.

اعتمد المشرع الجزائري في تحديده للقانون الواجب التطبيق انحلال الرابطة الزوجية القانون الوطني للزوج "قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى"، ونص على استثناء خاص إذا كان أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائري.

سنتطرق في الفرع الأول من هذا المطلب أولا للمبدأ العام في تحديد الضابط المطبق على انحلال الرابطة الزوجية في الفرع الأول، وللاستثناء الوارد عليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المبدأ العام في تحديد الضابط المطبق على انحلال الرابطة الزوجية

أخضع المشرع الجزائري كقاعدة عامة انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون أن يميز بين التطلق الذي يكون كطلاق بناء على طلب الزوجة أو الطلاق بإرادة الزوج والانفصال الجسماني حيث لم يفرق بينهم في تحديد الضابط المطبق، سنعرض من خلال هذا الفرع تطبيق القانون الوطني للزوج ونطاقه.

أولاً: تطبيق القانون الوطني للزوج

أغلب القوانين العربية أسندت انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت النطق به، وأسندت التطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بينما قوانين أخرى أسندته لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين قبل الطلاق أو وقت رفع الدعوى، فبينما تركز الدول الغربية مبدأ المساواة بين الجنسين، تسعى الدول العربية إلى الحفاظ على المبادئ المستوحاة من روح الشريعة الإسلامية.¹ بالنسبة للقانون الجزائري نجده اعتمد على ضابط الجنسية أيضاً، حيث أخضع انحلال الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لا ممتلكه حق مشروع من الشريعة الإسلامية في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة.² وهو ما جاء في نص المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني: "يسري على انحلال الزواج الإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". يلاحظ أن المشروع الجزائري عند تعديله للقانون المدني أسند مسائل انحلال الزواج والإنفصال الجسماني رغم أنه نظام غير معروف في الشريعة الإسلامية هو مواكبة المتطلبات الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية، ولتمكين القاضي من الفصل في قضايا الإنفصال الجسماني بين أجنبى يكون في قانونهم الشخصي جائزاً.³

حيث حاول المشرع الجزائري في التعديل لسنة 2005 تفادي الثغرات القانونية الموجودة من قبل، نجده في نص المادة 12 من القانون المدني بين قاعدة الإسناد التي تحكم كل من التطلاق والإنفصال الجسماني المتمثلة في قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ولم يتطرق للقانون الذي الإرادة المنفردة، وباعتبار هذا الطلاق من بين الأحوال الشخصية ونظمته المادة 48 من قانون الأسرة، فإن القانون الذي يحكم انحلال الزواج عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة هو قانون جنسية الزوج وقت النطق به على غرار ما جاء به تشريع المصري.⁴

¹- جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 13.

²- غنام سلمى معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات و أبحاث، جامعة الجزائر I بن يوسف بن خدة، مجلد 12، عدد 03، جويلية 2020، ص 68.

³- جندولي فاطمة الزهراء، الأسباب الإرادية لانحلال الزواج وإشكالية تنازع القوانين، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد الثاني عشر، العدد 01، أبريل 2021، ص 665.

⁴- أمحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 398.

لكن الدارس لهذه المادة والمطلع عليها قديهم عدم تطرق المشرع الجزائري للطلاق بالإرادة المنفردة، انه لايعترف به كونه لم يذكر بصريح العبارة القانون الواجب التطبيق عليه ولم يبينه في نص المادة 12، وهنا يقع بعض من اللبس.

حيث يرى البعض في هذا الصدد أن المشرع بإسناده الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، يكون رفض الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية، بحيث لا يمكن الإعتداء بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إلا عن طريق حكم صادر عن المحكمة.¹ ترتب على أعمال هذه القاعدة العديد من الإنتقادات نظرا للمشاكل التي تثيرها.

حيث أن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يكون فيه ظلم للزوجة وإجحاف بحقها، كونها قد تتزوج وفقا لقانون جنسية الزوج ولكن الزوج قد قام بتغيير جنسيته ليحرمها من بعض حقوقها المقررة في قانون جنسيته.²

بالإضافة لذلك لا بد أن نذكر إمكانية وجود طلاق غير مسجل، حيث أن المشروع الجزائري لم يشر صراحة إلى مسألة إثبات الطلاق بأثر رجعي، وهو ما يفسح عليه اليوم بالطلاق العرفي الواقع خارج ساحة القضاء، على اعتبار أن هذه المسألة أسالت الكثير من الحبر، وأن المشروع الجزائري لا يعترف بالطلاق إلا إذا صرح به أمام القاضي، أي أن حكم القاضي منشئ للطلاق، في حين ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن دور القاضي ينحصر في الكشف عن الطلاق الواقع من طرف الزوج فدوره يتمركز في الكشف لا الإنشاء.³

¹-دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله_دراسة مقارنة_مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أوبكر بلقايد_تلمسان_كلية الحقوق - السنة 2007_2008 ، ص45.

²- مسعودي يوسف ، المرجع السابق ، ص 213

¹- بوجمعة حمد، اثبات الطلاق العرفي في قانون الاسرة الجزائري ، جامعة محمد بوضياف_المسيلة ، المجلد الثاني ، العدد العاشر ، جوان 2018 ، ص 766 ، 772.

²- شريقي نسرين ، سعيد بوعلي ، القانون الخاص الجزائري (تنازع القوانين_الجنسية) ، الطبعة الاولى ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، اكتوبر 2013 ، ص 64.

ثانيا: نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج:

إن القانون الذي يحكم انحلال الزوج هو الذي يرجع إليه لمعرفة من له الحق في الطلاق وماهي القيود التي ترد على إستعماله وهل يجوز التوكيل فيه أو لا، وكذا يبين حالات التطليق والإنفصال الجسماني وأسبابه وشروط صحة كل منهما، اما إجراءات التطليق والطلاق فهي تخرج من نطاق قانون الزوج وتخضع لقانون القاضي المعروض عليه النزاع.¹

وكذا بالنسبة للإثبات، فيتولى قانون جنسية الزوج تحديد القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات مثل تحديد من يقع عليه عبء الإثبات الطلاق، وكذا يقع ضمن نطاق تطبيق هذا القانون الآثار التي تتصل بحالة الزوج أو الزوجة كل على حدى بعد انتهاء الزواج، بل تخضع لقانون جنسية كل زوج لوحده.²

الفرع الثاني: الإستثناء الوارد على المبدأ العام لانحلال الرابطة الزوجية

كما قلنا سابقا أن المبدأ العام في تحديد الضابط المطبق على انحلال الزوج هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لكن هذا المبدأ له إستثناء يرد عليه يتمثل في تطبيق القانون الوطني اي القانون الجزائري وهذا ماسيتم توضيحه من خلال مايلي:

أولا: تطبيق القانون الجزائري:

إذا كانت القاعدة العامة في القانون الجزائري وسائر التشريعات العربية تستوجب خضوع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإن هناك إستثناء على هذه مفاده تطبيق القانون الوطني "القانون الجزائري"، كلما كان أحد الزوجين وطنيا وقت إنعقاد الزواج، حيث تنص المادة 13 من

3-جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق ، ص 26

القانون المدني الجزائري: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".¹

إن فائدة هذا الإستثناء تتضح فقط إذا كانت الزوجة تحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، في حين لو كان الزوج هو الذي يمتلك الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى فإن القانون الجزائري يطبق بمقتضى الضابط العام في الإسناد المنصوص عليه في المادة 13 من القانون المدني، نصت عليه كذلك اغلب الدول العربية.²

ومن تطبيقات هذا الإستثناء ما جاء في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أنه: من المقرر شرعا أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج، و يسري على انحلال الرابطة الزوجية القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، و أيضا فالقانون الجزائري يسري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المحكمة لما قضت بتطبيق القانون الإيطالي على القضية الحالية المتعلقة بالطلاق بين زوجة جزائرية الأصل لم يثبت نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية فهنا خالفوا القانون و أخطئوا في تطبيقه.³

فالقضاء بغير ما جاءت به المادة 13 يعتبر مخالفة للقانون، فالأولى هنا تطبيق القانون الجزائري كون أحد الزوجين كان جزائرياً وقت انعقاد الزواج.

تعرض هذا الاستثناء للعديد من الإنتقادات، من بينها:

إذا كان الغرض منه هو حماية الطرف الوطني المسلم فإن فكرة النظام العام تحقق الغرض

نفسه، وكذا نجد القانون الجزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية وجزائري، وقد زالت عنه الجنسية

¹- جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 26

²- جندولي فاطمة زهرة، المرجع نفسه، ص 27.

³- المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 17/02/1998، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص 167_170.

الجزائرية بعد إنعقاد زواجه، في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبيين قد اكتسبا الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما.¹

ونتيجة للنقد الموجه لهذه المادة يرى جانب من الفقه إمكانية تقادي ذلك بمنع الإختصاص للقانون الوطني وقت رفع الدعوى.²

ثانيا: نطاق تطبيق القانون الجزائري

باعتبار أن المشرع الجزائري أورد إستثناء في نص المادة 13 من القانون المدني، يقضي بتطبيق القانون الجزائري حين يكون أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، فيجب على القاضي الجزائري تطبيق الأحكام القانونية المنظمة³ لانحلال الرابطة الزوجية، الواردة في نصوص 47 إلى 55 من قانون الأسرة الجزائري التي توضح صور انحلال الرابطة الزوجية التي حددها المشرع الجزائري بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع وكذا الطلاق بالتراضي.

أي أن على القاضي تطبيق القانون الجزائري على إنحلال الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج.

وهذا التطبيق يكون صحيحا إذا لم يغير أحد الزوجين جنسيته أثناء الزواج، في حين لو غير الجزائري جنسيته أثناء الزواج فإن القانون الواجب التطبيق يبقى هو القانون الجزائري مع أن هذا الأخير لم يبق جزائريا. وقد يغير كلا الزوجين جنسيتهما، فنكون بصدد نفس الوضعية، فالقاضي الجزائري سيطبق القانون الجزائري على أجنب مادام انعقد في ظله الزواج، فكان حينها أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية.

¹-محمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص392.

²-جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص672.

³-جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص27، ص28.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على واقعة الوفاة والإنفصال الجسماني:

لا تجمع التشريعات على مفهوم واحد لمسألة انحلال الزواج، بحيث ترى الشريعة الإسلامية بأن الزواج رابطة أبدية تنقضي بالطلاق أو الوفاة وهو ما نصت عليه المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة.

كما أن المشرع الجزائري أدخل مفهوم الإنفصال الجسماني الذي يمثل فئة قانونية غير معروفة في الشريعة الإسلامية ولا في قانون الأسرة الجزائرية بل تأخذ به الدول العربية.

وبالتالي موضوع دارساتنا هو القانون الواجب التطبيق على واقعة الوفاة (فرع أول)، القانون الواجب التطبيق على نظام الانفصال الجسماني (فرع ثاني)، نظرا إلى أن كلا الموضوعين لم يكن لهما نصيب وافر كموضوع من مواضيع تنازع القوانين.

الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على واقعة الوفاة:

إن التصدي لهذا الموضوع يعني الخوض في دراسة ضوابط الإسناد الخاصة بهذه الفئة، وفي أي فئة يمكن تكيفها كواقعة (أولا) والحالات التي ينطبق فيها القانون الوطني على المنازعات الخاصة بواقعة الوفاة (ثانيا).

أولا: تكيف واقعة الوفاة في ظل قواعد الإسناد

المعلوم أنه لا يمكن تطبيق قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض عليه النزاع ما لم يتم القاضي بعملية أولية سابقة وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع أو ما يعرف بالتكيف¹.

وفي تكيف واقعة الموت ذهب الأستاذ الطيب زروتي إلى أن الموت يخضع للقانون الشخصي بمعنى أنه مدرج في الأحوال الشخصية التي يغلب فيها الاستخدام ضابط الجنسية لمعرفة القانون الواجب التطبيق، ومرد قول الأستاذ هو منطوق المادة كل من القانتون المدني التي جاء فيها: " يسري

¹ - عبد الرسول كريم أبو صبيح ، التكيف في تنازع القوانين دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد السابع ، 2008 ، ص 221.

على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعدمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته¹...". وفي هذا الصدد يقول: "ويؤثر الغياب والفقد في حالة الشخص ولذلك ألحقا بالأحوال الشخصية ويطبق عليها القانون الشخصي فيما يخص القواعد الموضوعية الخاصة بالفقد والغيبة².

ولئن كان هذا التصريح يصدق على الوفاة الحكومية فإن الوفاة الطبيعية لم يتطرق لها أستاذنا، مما قد يجعل هذا الحكم ينطبق عليها، وقد قرر هذا الرأي حكم الفصل الثالث من قانون الحالة المدنية في مواده 78 إلى 94 المتعلقة بعقود الوفيات مما قد يجعل من فئة موضوعنا تنتمي بداهة إلى الحالة المدنية، المدرجة بدورها في الأحوال الشخصية³.

ثانيا: حالات تطبيق القانون الوطني على منازعات تحقق الوفاة

قد تشير قاعدة الإسناد المتعلقة بفئة الموت كواقعة مستقلة أو كشرط مدرج مباشرة أو قد تحيل إليه قواعد إسناد دولة أخرى.

1- تطبيق القانون الوطني المباشر على واقعة الوفاة:

المشرع الجزائري تبنى نظرية "بارتن" بخصوص التكييف ومنه فإن حكم المادة "9" يسري، بخضوع مسألة التكييف لقانون القاضي، غير أن ما يطرح إشكالا هو حكم المادة 17 فقرة 1 الخاصة بتكييف المال المنقول أو العقار هل يطبق على مجال دراسائنا⁴.

¹ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، 2008، ص 151.

² - زروتي الطيب، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - حكيم زواي، تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية جامعة تبسة، العدد الثاني عشر، ص 110.

⁴ - حكيم زواي، المرجع السابق، ص 115.

⁵ - حكيم زواي، نفسه، ص 115.

⁶ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 252.

قد يظهر أن المادة 17 في فقرتها الأولى تتعلق بالتصرفات الإدارية وذلك يفهم من سياق الفقرات التالية له، غير أن الافتراض لا يتسم بالسلامة لاسيما وأن واضعي تعديل 2005 على أن ما ورد في الفقرة، محل النقاش من قبيل الاستثناء الوارد على المبدأ العام¹.

ومنه قد تتأزم القاعدة بخصوص شكل الوصية حيث كانت المادة 16 من القانون المدني قبل التعديل قد شكل الوصية بضابط إسناد خاص وهو قانون الجنسية الموصي وقت الإيلاء أو قانون الدولة التي تمت فيه الوصية وألغى بخصوص الوصية وأصبح منطويا تحت منطوق المادة 19 من القانون المدني التي جاء فيها: " تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه"².

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، وبذلك ففكرة التوحيد لا محل لها في مجانا وغير مقبولة كسند.

وما يجب التنبيه له أن مجال تطبيق القانون الوطني يتأثر بدوره بقاعدة خضوع النزاع لقانون القاضي، فيما يتعلق بالإجراءات لاسيما الوقتية مما يؤدي تطبيق القانون الوطني³. وقبل هذا فإن المشرع قد خصص لما له علاقة بموضوعنا المادة 16 التي تقضي بتطبيق القانون المدني متى كان الهالك حاملا للجنسية الجزائرية في حالة تعددها يطبق حكم المادة 2/22 القاضية "... غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية⁴...". ومع ذلك نجد المشرع لم يتناول مسألة تحقق الوفاة و لا الوصية بأعضاء الميت و الجثة برمتها، مما يجعلنا نقول أن سلامة الجسد من حيث الأصل العام تخضع للمادة 5 من القانون المدني المتعلقة بسريان قوانين البوليس مباشرة، بينما الوصية بزرع الأعضاء و نقلها نص عليها قانون الصحة و قد

¹ - حكيم زواي، المرجع السابق، ص 116.

² - حكيم زواي، المرجع نفسه، ص 116.

أحل على التنظيم بخصوص تحديد لحظة الوفاة الأمر الذي لا بدع شكل في خضوعه للمادة 16 من القانون المدني¹.

2-تطبيق القانون الوطني غير المباشر على واقعة الوفاة:

قد لا تشير قاعدة الإسناد المتعلقة بفئة الموت كواقعة مستقلة أو كشرط مدرج مباشرة كما ذكر آنفا، وإنما قد تحيل إليه قواعد إسناد أخرى تم عقد الاختصاص لها من قبل قواعد الإسناد الوطنية. بحيث لا تثار الإحالة في حالة التنازع الإيجابي، وغنما في حال التنازع السلبي حيث تكون قاعدة الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع، تسند الاختصاص إلى قانون آخر غير قانونه². وقد أخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى من المادة 23 مكرر فقرة 2 التي جاء فيها: "... غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحوالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي". كما يمكن الإشارة إلى أن صعوبة إثبات القانون الأجنبي تؤدي لا محالة إلى تطبيق القانون الوطني وهو ما صرحت به المادة 23 مكرر³.

وإجمالاً لما قيل المشرع الجزائري خرج فيما يتعلق بمجال دراستنا عن منهج الحياد المعروف في ضبط قواعد الإسناد والتي جاء لأجلها تعديل 2005، بحيث أنه لم يول واقعة الوفاة أهمية كبيرة كواقعة مستقلة بذاتها مما جعل الفراغ حامل حول لحظة الوفاة، من جهة وضابط الإسناد وقبله الفئة التي تندرج ضمنها، بل الأكثر من هذا وذلك نجد الفقه الجزائري بدوره لم يتطرق لها خلاف لحال الاجتهاد في ابان وباقي الدول الأخرى⁴.

¹-حكيم زاوي، المرجع السابق، 115.

²-أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص96.

³- حكيم زاوي، المرجع السابق، ص 117.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني:

حاول المشرع الجزائري في التعديل الجديد لسنة 2005 تقييد الثغرات و الفراغات القانونية الموجودة من قبل و من بينها القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني حيث بعد أن وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تبين القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية في المادة 12 من القانون المدني قبل التعديل حيث تنص على أنه " يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، تم تعديل هذه المادة بإضافة الانفصال الجسماني، لتصبح: " يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني في القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

أولاً: مضمون قاعدة جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

تقتضي دراسة مضمون القاعدة المعتمدة من المشرع الجزائري ألا وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، البحث عن فحوى نص المادة 12 من القانون المدني وتحليله بإبراز الضابط المعتمد ثم بيان إشكالاته المترتبة عنه.

1- إختيار ضابط جنسية الزوج:

بتحليلنا لأحكام المادة السالفة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري وجد قاعدة الإسناد التي تحكم كل من التطبيق والانفصال الجسماني، ويتمثل في قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. بالتمعن في المادة، نجد أن المشرع الجزائري أعقل الإشارة إلى القانون الذي حكم الطلاق بالإرادة المنفردة وباعتبار الطلاق من بين الأحوال الشخصية ونظمته المادة 48 من قانون الأسرة، فإن القانون الذي حكم انحلال الزواج عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة هو قانون الزوج وقت حصول النطق به وذلك على غرار ما سلكته بعض التشريعات الغربية مثل القانون المصري¹.

¹ نصيرة تواتي، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق و العلوم السياسية-جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، ص 163.

2- إختيار وقت رفع الدعوى:

جاءت المادة 2/12 من القانون المدني صريحة وواضحة ودقيقة خاصة، حيث لم تكتف فقط بذكر الضابط المعتمد عليه والمتمثل في ضابط جنسية الزوج إنما لتقادي التأويلات المختلفة والغموض، فقد ذكر المشرع الوقت القانوني أو الزمن المعتمد عليه والمتمثل في وقت رفع الدعوى، إذن نقول أن المشرع قام بحل مشكلة التنازع المتحرك الناشئة عن التغيير في ضابط الإسناد¹

3- الإطار الموضوعي لقاعدة جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

تجدر بنا الإشارة إلى أن المادة 12 في فقرتها الثانية من القانون المدني تنطبق على الجانب الموضوعي دون الجانب الشكلي أو الإجرائي، أي يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لإقرار مدى صحة الحق المكتسب وكذا نطبق على آثار الانفصال الجسماني².

أما الجانب الشكلي أو الإجرائي فلا تحكمه المادة 2/12 من القانون المدني، حيث تخضع المسائل الشكلية لقانون القاضي الذي رفع إليه النزاع، وهو الحل المتفق عليه فقها وقضاء، وهو المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري في المادة 21 مكرر³ من القانون المدني، لكن قبل ذلك لابد من تكييف المسألة إذا كانت من الموضوع لتخضع لأحكام المادة 2/12 أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أو من الإجراءات لتخضع لأحكام المادة 21 مكرر⁴.

¹ - نصيرة تواتي، المرجع السابق، ص 163.

² - نصيرة تواتي، المرجع السابق، ص 164.

³ - تنص المادة 21 مكرر من القانون المدني بعد تعديله في 2005 على أنه " يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.

⁴ - نصيرة تواتي، المرجع السابق، ص 164.

ثانيا: الإشكالات المترتبة عن الأخذ بضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

يترتب عن اختيار ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني عدة إشكالات قانونية نحاول دراسة البعض منها على النحو التالي:

1- تأثير ضابط الجنسية على مركز الزوجة:

يعتبر موقف الإختيار والميل بضابط الجنسية وبالخصوص جنسية الزوج بمثابة مساس بمركز الزوجة، ومبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المكرس دوليا في المواثيق الدولية وفي أغلب دساتير دول العالم¹، حيث لتكريس وضمان نوع من المساواة بين الزوج والزوجة كان من الراجع اختيار ضابط الجنسية المشتركة بين الزوجين أو الموطن المشترك لهما كحل احتياطي في حالة غياب الجنسية المشتركة².

2- تأثير معيار وقت رفع الدعوى على مصلحة الزوجة:

يثار المعيار الزمني المعتمد من طرف المشرع " وقت رفع الدعوى و هو الوضع نفسه بالنسبة للقوانين التي أخذت جل مما كل و قد يتحقق ذلك في حالة تطبيق قانون على الانفصال الجسماني لم تكن تتوقعه الزوجة عند إبرام عقد الزواج، مما يؤثر سلبا على مركزها و تخدم الزوج على حساب مصلحته على خلاف مثلا: قانون جنسيته أثناء عقد الزواج ، و في هذه الحالة يطبق القانون الجديد المتمثل في قانون جنسيته وقت رفع الدعوى لاسيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون لاستبعاد القانون الواجب التطبيق المقرر في المادة 24 من القانون المدني³.

¹ - منها الدستور الجزائري، و بالخصوص المادة 29 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

² - نصيرة تواتي، المرجع السابق ص 165.

³ - آيت منصور كمال ، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني و التبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية العدد الثاني لسنة 2010 ، ص 148 .

3- إمكانية تطبيق القانون الجزائري:

في تطبيق قانون الجنسية الزوج وقت رفع الدعوى إمكانية تطبيق القانون الجزائري على النزاع المتعلق بالإنفصال الجسماني، وذلك في حالة ما إذا كان الزوج جزائري الجنسية وقت رفع الدعوى، وإما إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت عقد الزواج¹.

أ) حالة كون الزوج جزائرياً وقت رفع الدعوى:

في هذه الحالة نطبق المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، حيث يسري القانون الجزائري حتى وإن كان الزوج يحمل جنسية دولة أخرى، ولو كانت هذه الأخيرة جنسية غير فعلية، وهذا عملاً بأحكام المادة 2/22 من القانون المدني².

ب) حالة كون أحد الزوجين جزائرياً وقت الزواج:

هناك افتراضان:

الافتراض الأول: زواج بين جزائري وأجنبية مسيحية فرنسية هل يمكن للزوجة أن تطلب بالإنفصال الجسماني، إذا طالبت به، هل يمكن للقاضي أن يحكم بذلك مع أن القانون الجزائري يجهل مثل هذه المؤسسة القانونية³.

الافتراض الثاني: زواج بين جزائرية وفرنسي مسلم، هل يمكن للزوج أن يطالب بالإنفصال الجسماني

أمام القاضي الجزائري؟ إن تطبيق القانون الجزائري، قانون الزوجة لا يسمح بذلك لأنه يجهل هذه المؤسسة القانونية⁴.

¹- آيت منصور كمال، المرجع نفسه، الصفحة نفسها و ما بعدها.

²- نصيرة تواتي، المرجع السابق، ص 166.

³- امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 402، 403.

⁴- امحمدي بوزينة آمنة، المرجع نفسه، ص 403.

وعلى هذا فإن الإحالة إلى المادة 2/12، المتضمنة الانفصال الجسماني، إحالة غير موفقة، لأن هناك استحالة أن يكون انفصال جسماني بين الزوجين يكون أحدهما جزائري، بينما ما ورد في المادة 2/12 صحيح ما دام الزواج بين أجنبى قد يميز القانون الواجب التطبيق أي قانون الزوج¹.

لذا وجب إعادة صياغة المادة 13 على النحو الآتي: يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 والمادة 1/12 وعلى انحلال الزواج².

¹ - امحمدي بوزينة آمنة، المرجع نفسه، ص 403.

² - عليوش قريوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين تفي الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق و العلوم السياسية-جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014، ص 143.

خاتمة

الخاتمة

الملاحظ من خلال دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على الزواج وانحلاله أن لقواعد التنازع أهمية كبيرة في حل النزاعات على الصعيد الدولي الخاص، ونظرا إلى كون هذه العلاقة القانونية تثير العديد من الإشكالات من الناحية الواقعية فقد أولتها مختلف التشريعات اهتماما كبيرا وذلك من خلال تنظيم الأحكام الخاصة بها، ولقد أحسن المشرع الجزائري بوضعه قواعد إسناد منظمة خاصة بالزواج المختلط وفقا للمواد المنصوص عليها في أحكام القانون المدني الجزائري.

ولقد توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى عدة نتائج نذكر منها:

- تمييز المشرع الجزائري في تطبيقات منهج التنازع حول القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية لصحة الزواج.

- الشروط الموضوعية لعقد الزواج عند المشرع الجزائري تخضع لقانون جنسية كل من الزوجين فلا يوجد إشكال في حالة إتحاد الجنسية، أو وجود الجنسية الجزائرية في التنازع، في حين عند اختلاف جنسية الزوجين فإن المشكلة تظل قائمة بين التطبيق الجامع والموزع للشروط.

- الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج عند المشرع الجزائري لا تخضع إلى قاعدة إسناد خاصة؛ وإنما تحكمها القاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية من حيث شكلها أي تطبيق قانون محل إبرام الزواج، أو تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين إذا كانا غير مشتركين الجنسية فليس أمامهما إلا الشكل المحلي الذي ينبغي فيه تطبيق شروط هذا الزواج على الجزائريين في الخارج وعلى الأجانب في الجزائر.

- انحلال الرابطة الزوجية عند المشرع الجزائري تنقضي بالوفاة والطلاق حسب قانون الأسرة الجزائري في مادته 47 منه بمختلف صور الطلاق؛ من طلاق بإرادة الزوج المنفردة وطلاق بالتراضي بين الزوجين، أو بغير إرادة الزوج من خلال طلب للزوجة طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

- القانون الواجب التطبيق على مختلف صور الطلاق النصوص الواردة في قانون الأسرة هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفي ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين بحيث لا تكون الزوجة على بصيرة بالقانون الذي يحكم انحلال زواجهما.

الخاتمة

-نظام الإنفصال الجسماني أسنده المشرع الجزائري وطبق عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بينه وبين صور الطلاق من الخلع والتطليق التي نص على أحكامها في قانون الأسرة.

التوصيات:

نظرا لما يمثله تنازع القوانين في مسائل الزواج وانحلاله من أهمية كبيرة حيث أصبح يمثل موضوع الساعة ونظرا للمشاكل التي تعترض التشريعات في سنه والمحاكم في تطبيقه فإننا نوصي بما يأتي:

-ضرورة إِبلاء الاهتمام بهذا الموضوع على المستوى العلمي من خلال مخابر البحث و الدراسات الجادة خاصة مع التطور الهائل الذي أصبحت تبرم وفقه مختلف العقود..

-ضرورة مواكبة التطور التشريعي للتطور في إبرام مختلف العقود وعلى رأسها عقد الزواج لما يحمله هذا العقد من خصوصية، كما أنه على الدول العربية والإسلامية التحفظ على كل مايتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وعدم جعل تطبيق القانون الأجنبي ذريعة للخروج على أحكامها.

-ضرورة تدارك النقص الحاصل في القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية من خلال النص على قاعدة إسناد تخص شكل الزواج، والشروط الموضوعية للزواج في حال اختلاف جنسية الزوجين وذلك بوضع المشرع قاعدة إسناد واضحة يأخذ فيها بالتطبيق الموزع، لأن موانع الزواج التي يلزم أن يكون بشأنها التطبيق جامعا تتداخل مع فكرة النظام العام.

قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم

- سورة النساء، آية 19.
- سورة النساء، آية 21.
- سورة النساء، آية 24.
- سورة الروم، آية 21.

ثانياً: الكتب

- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، الطبعة الأولى، دار الدعوة، جمهورية مصر العربية، الإسكندرية.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد العاشر، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، لبنان.
- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الأميرية، القاهرة، 1922.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- امحمدي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، جامعة حسبية بن بوعلي - الشلف - الطبعة الأولى، الجزائر، 2019.
- أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، الجزء الثالث، دار الفكر العربي، سنة 2005.
- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

-بيار ميار فوزية، القانون الدولي الخاص، المركز الجامعي للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى لبنان، 2008.

-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، 2008.

-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

-محمد عبد السلام محمد، العلاقات الأسرية في الإسلام، الطبعة الثانية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1407هـ، 1987م.

-منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر.

-موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص: قواعد التنازع، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة، 1989.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

-اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة (مدعما بالإجتهد القضائي للمحكمة العليا)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2002.

-المستاري نور الهدى، الخلع-دراسة مقارنة-رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2013-2014.

-بناني سعاد، تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، سنة 2010-2011.

-جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2010-2011.

-درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله-دراسة مقارنة-مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، سنة 2007-2008.

-رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2010-2011.

-عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمّر، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2013.

-صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014-2015.

-لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2011-2012.

-مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2011-2012.

-آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014.

رابعاً: المقالات:

- آيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد الثاني، سنة 2010.
- بحماوي عبد الله، بحماوي شريف، إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين "دراسة نقدية"، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر.
- بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد الثاني، العدد العاشر، سنة 2018.
- بوضراع حمزة، رباحي أحمد، الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.
- بن عوالي علي، الأسباب المبيحة للزوجة طلب التطلق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد السادس، العدد 01، سنة 2020.
- جندولي فاطمة زهرة، الأسباب الإرادية لانحلال الزواج وإشكالية تنازع القوانين، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد الثاني عشر، العدد 01، سنة 2021.
- حفيفة بلميهور، أسباب الطلاق وطرق علاجه والوقاية منه، المجلد العاشر، العدد 01، سنة 2015.
- حكيم زاوي، تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، العدد الثاني عشر.
- حميدي إيمان الزهرة دور الولي في إبرام عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة.
- دربة أمين، تنازع القوانين في قضايا الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 04، سنة 2011.

- ذبيح هشام، أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد 09، سنة 2018.
- رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، جامعة جيجل، العدد السابع، سنة 2017.
- سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الاسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السادس.
- شامي احمد، بن شنوف فيروز، الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 04، سنة 2020.
- شريقي نسرين، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين، الجنسية)، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، أكتوبر 2013.
- صلوح مكي، القانون الواجب التطبيق على التطليق في إطار تنازع القوانين، مجلة الإجتهد القضائي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، الجزائر، العدد 17، سنة 2018.
- عبد الكريم موكة، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر، المجلد 14، العدد 02 سنة 2016.
- عبد الرسول كريم أبو صبيح، التكييف في تنازع القوانين دراسة مقارنة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مجلة، مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، سنة 2008.
- عليوش قريوع كمال، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية الانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميرة بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014.

- غنام سلمى، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، المجلد الثاني عشر، العدد 03، جويلية 2020.

- قسيمة محمد، دور الإجتهد القضائي في حل بعض إشكالات الطلاق في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، العدد 10، سنة 2016.

- نصيرة تواتي، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، يومي 23 و24، سنة 2014.

- لعراجي رابح، ولد خسال سليمان، ضوابط الطلاق الرجعي في التشريع الجزائري والعمل القضائي، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد الرابع عشر، العدد 29، سنة 2022.

خامسا:

- المجالات القضائية:

- 1- قرار مجلس تلمسان الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967، العدد 04.
- 2- قرار المحكمة العليا (90468) الصادر بتاريخ 1993/03/30 في قضية (ر.ب) ضد (ص.م)، المجلة القضائية، 03، سنة 1994.
- 3- المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17.

قوانين:

- 1- القانون رقم 20/70 المؤرخ في 19 جانفي 1970.
- 2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15، سنة 2005.

3-القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4-المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري تنص على:"الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا ملك لها تتصرف كما تشاء".

5-المادة 11 من الأم رقم 05-10 بموجب تعديل 20 يونيو 200.

المادة 50 من الامر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 من قانون الأسرة تنص على:"من راجع زوجته أثناء محاولة صلح".

6-لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

7-المادة 21 مكرر في القانون المدني بعد تعديله في 2005 على أنه "سري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو يباشر فيها الإجراءات.

8-المادة 427 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 مدعم بالإجتهاد القضائي.

الفهرس

الصفحة	العنوان	
أ-ث		المقدمة
1	القانون واجب التطبيق على انعقاد الرابطة الزوجية	الفصل الأول
1	القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية	المبحث الأول
2	الشروط الموضوعية لعقد الزواج	المطلب الأول
4-3	ركن الرضا كشرط أساسي لعقد الزواج	الفرع الأول
4	شروط الصحة لانعقاد الزواج	الفرع الثاني
7-5	أهلية وخلو العقد من الموانع الشرعية	أولا
9-7	الولي والصداق والشاهدان	ثانيا
10	القانون واجب التطبيق على ركن الرضا وشروط الصحة	المطلب الثاني
11	تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية	الفرع الأول
12-11	التطبيق الجامع	أولا
14-13	التطبيق الموزع	ثانيا
14	الإستثناء الوارد على تطبيق قانون الجنسية	الفرع الثاني
15	القانون واجب التطبيق على الشروط الشكلية	المبحث الثاني
16-15	مضمون الشروط الشكلية	المطلب الأول
17	ضوابط الاسناد على الشروط الموضوعية للزواج	المطلب الثاني
17	خضوع الشروط الشكلية لقانون محل الابرام	الفرع الأول
20-17	طبيعة قاعدة لو كيس	أولا
24-20	موانع تطبيق قاعدة لو كيس	ثانيا
24	خضوع الزواج من حيث قانون الجنسية المشتركة	الفرع الثاني
27-24	زواج الجزائريين في الخارج	أولا
28	زواج الجانب في الجزائر	ثانيا
29	الضوابط القانونية التي تحكم انحلال الرابطة الزوجية	الفصل الثاني
30	طرق انحلال الرابطة الزوجية	المبحث الأول
31	مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	المطلب الأول
31	طبيعة الطلاق بالإرادة المنفردة ومشروعيته	الفرع الأول
32-31	مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة وتكييفه	أولا
35-33	مشروعية الطلاق بالإرادة المنفردة وأنواعه	ثانيا
36	طبيعة الطلاق بالتراضي	الفرع الثاني
37-36	تعريف الطلاق بالتراضي	أولا
39-38	شروط الطلاق بالتراضي وأسبابه	ثانيا
39	الطلاق بغير إرادة الزوج	المطلب الثاني

39	الطلاق عن طريق التطليق	الفرع الأول
41-39	تعريف التطليق ومشروعيته	أولا
45-41	الأسباب المبررة للتطليق	ثانيا
45	الطلاق عن طريق الخلع	الفرع الثاني
47-45	تعريف الخلع ومشروعيته	أولا
49-48	طبيعة الخلع	ثانيا
50	القانون واجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية	المبحث الثاني
50	ضابط الاسناد المطبق على انحلال الرابطة الزوجية	المطلب الأول
50	المبدأ العام في تحديد الضابط المطلق على انحلال الرابطة الزوجية	الفرع الأول
53-51	تطبيق القانون الوطني للزوج	أولا
53	نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج	ثانيا
54	الاستثناء الوارد على المبدأ العام لانحلال الرابطة الزوجية	الفرع الثاني
55-54	تطبيق القانون الجزائري	أولا
55	نطاق تطبيق القانون الجزائري	ثانيا
56	القانون واجب التطبيق على واقعة الوفاة والانفصال الجسماني	المطلب الثاني
56	القانون واجب التطبيق على واقعة الوفاة	الفرع الأول
57-56	تكيف واقعة الوفاة في ظل قواعد الاسناد	أولا
59-57	حالات تطبيق القانون الوطني على منازعات تحقق الوفاة	ثانيا
60	القانون واجب التطبيق على الانفصال الجسماني	الفرع الثاني
61-60	مضمون قاعدة جنسية الزوج وقت رفع الدعوى	أولا
64-62	الانشغالات المترتبة على الاخذ بضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى	ثانيا
66-65		الخاتمة
73-67		قائمة المراجع
		الفهرس