المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية
ISSN : 2716-7984
المجلد 02/ العـدد:02 (ديسمبر2020)، ص ص:50-72

القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط

دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن

Law applicable to the dissolution of mixed marriage a comparative study of the Algerian and comparative legislation

ط ة. د. بوخاري فاطمة[1]
إشراف: أ ة. د. حزاب ربيعة
جامعة وهران 1 أحمد بن بلة

تاريخ الاستلام:2020/08/02، تاريخ القبول:2020/09/20، تاريخ النشر:2020/12/31

ملخص: يعتبر انحلال الزواج المختلط من أهم مسائل الأحوال الشخصية وأفسحها مجالا لتنازع القوانين، نظرا للاعتبارات الاجتماعية، والدينية والخلقية التي يقوم عليها الزواج، ونظرا لاختلاف نظرة المجتمع إليه.

إن اختلاف الدول في نظرتها إلى انحلال الرابطة الزوجية أدى إلى اختلاف القوانين في تحديد قواعد الإسناد التي تحكمه، فقد أسندت بعض الدول انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في حين فرّقت التشريعات العربية الأخرى بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والانفصال الجسماني، وأخضعته دول أخرى إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت رفع الدعوى، وفي حالة الاختلاف في الجنسية يطبق قانون الموطن المشترك، وإلا فقانون القاضي.

الكلمات المفتاحية:انحلال، الزواج، القانون، قواعد الإسناد، الطلاق.

Abstract: The dissolution of mıxed marriagesis one of th

[1]– اسم المرسل.

most important issues of personal satus and is an area of conflict of laws, given the social, religious and moral considerationsunderlying marriage, and because of the difference in society's perception of it.

The difference of countries in theirview of the dissolution of the marital union led to the difference in the laws in determining the rules of attribution that governs, somes countries assigned the dissolution the rules of marriage to the law of the nationality of the husbandat the time of the lawsuit, while the other Arab legislation separated divorce by the individual will of the husband at the time of filing the suit .

In the case of a difference of nationality, the common home lawshallapply, other wise the law of the judge.
Key words: dissolution, marriage, law, attribution rules, divorce.

مقدمة:

يعتبر الزواج من أهم المواضيع التي تولاها الشارع الحكيم بالرعاية وأفضى عليه قدسية خاصة، ما جعله أكثر العقود أهمية، وذلك لما يترتب عليه من آثار لا تقتصر على الزوج أو الزوجة فقط وإنما تمتد إلى المجتمع بأكمله، فأولى له الإسلام عناية كبيرة واعتبره ميثاقا غليظا، قال الله تعالى:﴿*وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًاغَلِيظًا*﴾[1] .

إن ازدياد حركة تنقل الأشخاص بين الدول أدى إلى تنوع العلاقات بين أفراد ينتمون لدول مختلفة الحضارات، ما أفضى إلى دخول الأفراد في علاقات مختلفة نتج عنها ارتباطهم مع أبناء الدولة التي وجدوا فيها عن طريق الزواج. غير أن اختلاف عقائد وخصوصيات الأفراد والمجتمعات كثيرا ما أدى إلى توتر العلاقات وازدياد الخلافات وانفصام عرى الرابطة الزوجية بعد ذلك.

يعتبر موضوع انحلال الزواج المختلط من أهم مسائل الأحوال الشخصية وأفسحها مجالا لتنازع القوانين، حيث تختلف طرق انتهاء الرابطة الزوجية من قانون

[1]– سورة النساء، الآية21.

لآخر، ففي التشريعات العربية يجوز انتهاء الزواج بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وبالتطليق في حالات معينة بناء على طلب من الزوجة[1]، وفي التشريعات الغربية منها من يرى بأن الرابطة الزوجية لا تنقضي إلا بالوفاة كالقانون الإسباني سابقا وبعض قوانين أمريكا اللاتينية[2]، وهناك من يجيزإنهاء الزواج بالإرادة المنفردة لكل من الزوجين كالقانون السوفياتي سابقا، ومنها من يحكم بالطلاق إذا توفر سبب من الأسباب المحددة في القانون كما هو الحال في القانونين الإنجليزي والفرنسي[3]، وتعرف الشرائع الغربية نظاما غير مقرر في الشريعة الإسلامية وقد يكون سببا في الطلاق وهو نظام الانفصال الجسماني[4].

أولا- حالات انحلال الزواج:

تنحل الرابطة الزوجية طبقا للتشريع الجزائري بطريقتين الطلاق أو الوفاة وبهذا جاء نص المادة 47 من قانون الأسرة: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"[5]، ولا يثير انقضاء الزواج بوفاة أحد الزوجين اختلافا يترتب عنه تنازعا بين القوانين ذلك لأن الإرث- وهو الأثر المباشر لهذا الانقضاء- يخضع لقواعد إسناد

[1]- دربة أمين، تنازع القوانين في قضايا الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد4، جانفي2011 ص244.

[2]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في ضوء القانون05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي،ج1، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، ط2، 2××8، ص178.

[3]- نصت المادة 299 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "يمنح الطلاق في حالة:- الرضا المتبادل، مبدأ قبول انحلال الزواج، الطلاق بسبب الانقطاع النهائي لرابطة الزواج، الطلاق بسبب الخطأ".

[4]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص178.

[5]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

خاصة به[1]، حيث نصت المادة 16 من القانون المدني على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"[2]، في حين أن الأسباب الأخرى لانتهاء الزواج كالطلاق والتطليق والانفصال الجسماني تثير نزاعات كثيرة خاصة في الزواج المختلط.

1- انحلال الزواج بالطلاق والتطليق:

1-1- تعريف الطلاق والتطليق:

أ- الطلاق: 1- لغة: الطلاق في اللغة يراد به معنيان أحدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى التخلية والإرسال، وطلاق المرأة بينونتها من زوجها، والطالق من الإبل: التي طلقت في المرعى وقيل: التي لا قيد عليها[3].

2- اصطلاحا: الطلاق **في** اصطلاح الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها[4].

3- قانونا: ذكر المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد غي المادتين 53 و54 من هذا القانون"، وقد

[1]- جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 12، العدد 1، 1408هـ-1988م، ص226.

[2]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في رمضان 1395الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[3]- جمال الدين ابن منظور الانصاري، لسان العرب، ج10، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3،1414هـ، ص225.

[4]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة د ط، د تا، ص279.

استعمل المشرع كلمة "حل" التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي[1].

ب- التطليق:

نص المشرع الجزائري على التطليق بطلب من الزوجة في المادتين 48 و53 من قانون الأسرة، ويقصد به حل عقد الزواج بحكم من القضاء بناء على طلب من الزوجة طبقا لما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.

1-2- طرق انحلال الزواج:

تشمل طرق انحلال الزواج الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والطلاق بالتراضي، والتطليق بناء على طلب من الزوجة.

أ- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

نص المشرع الجزائري في المادة48 من قانون الأسرة على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حيث جاء فيها:" يحل عقد الزواج الذي يتم بإرادة الزوج..."، كما أنه قرر في المادة49 من هذا القانون بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، ولم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق[2]، ولا الأسباب الدافعة إلى طلب الطلاق، وبالرغم من ذلك فإن القضاء قد دأب على مساءلة الزوج عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق[3].

[1]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004، ص208.

[2]- العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص230.

[3]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه، الجزائر، ط2، 2009، ص123.

ب- الطلاق بالتراضي:

يقصد بالطلاق بالتراضي بين الزوجين إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بناء على رغبتهما، ودون أن يدخلا في صراع يمس بشهرتهما أو شهرة أسرتيهما. وذلك حسب نص المادة48 من قانون الأسرة التي ورد فيها: "الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين...".

ويعني هذا أنه يجوز للزوجين سواء بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر أو بناء على رغبتهما المشتركة أن يلجآ إلى المحكمة بقصد طلب الطلاق ووضع حد للرابطة الزوجية وأنهما يرغبان في الفراق بإحسان مثلما تلاقيا بإحسان.

والطلاق بالتراضي يسهل على القاضي مهمة محاولات الصلح، لأن الزوجان قد اتفقا على كل شيء قبل لأن يطلبا من القاضي الحكم بالطلاق برضائهما، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يحرر محضرا ويفصل بينهما بالطلاق وأن يتضمن الحكم عبارة الطلاق بالتراضي[1].

ج- التطليق بناء على طلب من الزوجة:

نص المشرع الجزائري على التطليق كطريق من طرق فك الرابطة الزوجية في المادة 48 من قانون الأسرة التي ورد فيها: "يحل عقد الزواج بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، وبالرجوع إلى مضمون المادة 53 نجد أنها تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إذا توفر لديها سبب من الأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق،ص124.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- الضرر المعتبر شرعا".

فإذا تحقق للزوجة أي سبب من هذه الأسباب واستطاعت أن تثبته، فإن من حقها أن تتوجه إلى محكمة مقر الزوجية مدعمة بحجج وأدلة الإثبات لتحصل على حكم لها بالتطليق، وإذا استطاعت إثبات ما تدعيه فإن من حقها أيضا أن تلتمس من القاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم لها بالتعويض عما يكون قد أصابها من أضرار مادية أو معنوية، حسب ما نصت عليه المادة 53 مكرر من قانون الأسرة[1].

[1]- تنص المادة 53 مكرر على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

2- انحلال الزواج بالانفصال الجسماني:

يقصد بالانفصال الجسماني التفريق في المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما المشتركة دون أن يترتب على ذلك انقضاء رابطة الزوجية[1]، وهذا طبقا لما حددته المادة 299 من القانون المدني الفرنسي[2].

فمقتضى الانفصال الجسماني مباعدة مادية يحكم بها القضاء متى تبين له استحالة العشرة بين الزوجين، ويكون الهدف منه تعطيل المعيشة المشتركة، فينتهي الالتزام بالمساكنة وما يرتبط به من واجب الطاعة الأدبية والمعونة، في حين يظل الالتزام بالإخلاص ملقى على عاتق الزوجين[3].

يترتب على نظام الانفصال الجسماني انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين دون أن يحل عقدة النكاح في الحال، ولكنه قد يكون سببا في الطلاق إذا استمر مدة معينة تختلف من قانون لآخر[4].

ففي فرنسا يجوز لأي من الزوجين طلب الطلاق في حالة استحالة استمرار الرابطة الزوجية الناتج عن انتهاء الحياة المشتركة بين الزوجين الذين انفصلا عن

---

[1]- هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة، النظرية العامة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2014، ص817.

[2] -Art 299 du code civil français « la séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation ».

[3]- جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، إشراف: أ. د. يوسف فتيحة، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010، ص22.

[4]- زروتي الطيب، المرجع السابق،ص178.

بعضهما مدة سنتين، وهو ما نظمه المشرع الفرنسي بالمادتين 237[1] و238[2] من القانون المدني الفرنسي.

ولما كان التفريق البدني حالة معلقة يكون فيها الزوجان منفصلان، فإن الأمر الطبيعي هو إنهاء هذا الانفصال، وذلك إما باستئناف المعيشة المشتركة بين الزوجين بالصلح أو بزوال السبب الذي أدى إليه، وإما بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أو بالتطليق بعد مرور مدة معينة من تاريخ الحكم النهائي للانفصال، يتضح من خلال هذا أن نظام الانفصال الجسماني هو الآخر تختلف بشأنه الرؤى التشريعية[3]، بحيث تعتبره التشريعات التي لا تبيح التطليق الإجراء الوحيد لتراخي الرابطة الزوجية إلى أن تنتهي نهائيا بوفاة أحد الزوجين، في حين تعتبره تشريعات أخرى إجراء وقائيا يقصد به محاولة الإبقاء على رابطة الزوجية والتريث في الحكم بالتطليق[4]، ويجوز لأي من الزوجين أن يطلبه إذا ما ضاقت بهما الحياة الزوجية بتوافر سبب من الأسباب التي يحددها القانون[5].

[1] -Art. 237 du code civil. « le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré ».

[2] -Art. 238 du code civil. « l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux ,lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce ».

[3]– جندولي فاطمة زهرة، المرجع نفسه، ص25.

[4]– محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص(الجنسية الموطن مركز الأجانب مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ط1، 2006، ص547.

[5]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين،ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط9، 1986، ص305.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في التشريع الجزائري والمقارن:

تباينت القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على حالات انحلال الزواج، فمنها من أسندتها لقانون الموطن كالقوانين الأنجلوسكسونية، على عكس بعض التشريعات الأخرى، التي تسند مسائل الأحوال الشخصية لقانون جنسية الأشخاص[1].

وأسندت بعض الدول انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، في حين أخضعت قوانين أخرى انحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة، وإلا فقانون الموطن المشترك، وإلا فقانون القاضي.

1- القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في القانون الجزائري:

أورد المشرع الجزائري مبدأ عاما هو القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، ثم أورد عليه استثناء، أما القاعدة فهي التي نصت عليها المادة 12 الفقرة 2 من القانون المدني، وفيما يخص الاستثناء فهو الذي أورده المشرع في المادة 13 من القانون المدني.

أ- القاعدة العامة:

أسند القانون الجزائريانحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[2] دون تمييز بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني[3]، وهذا طبقا للمادة 12 الفقرة 2 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

---

[1]- دربة أمين، المرجع السابق، ص244.

[2]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، د ط ، د تا، ص256.

[3]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص180.

ويرجع سبب اختيار قانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة إلى ما يتمتع به الزوج من سلطة واسعة داخل الأسرة، وإلى كونه يملك إنهاء زواجه بإرادته المنفردة وفقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية[1].

وقد وحد المشرع الجزائري ضابط الإسناد المتعلق بانحلال الزواج خلافا للقوانين العربية التي فرقت بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وباقي طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، التي تخضع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إلى قانون جنسية الزوج وقت صدور الطلاق منه، وتسند باقي الطرق الأخرى لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[2].

وقد كان هذا الضابط المعتمد محل انتقاد من قبل البعض على أساس أن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج[3]، مما يؤدي إلى مفاجأتها باختصاص لم تكن تتوقعه أثناء عقد الزواج فقد يسمح هذا القانون بانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن أبدا في حسبانها ولا يخفى الضرر الذي يلحقها[4]، كما قد يترتب على تطبيق هذه القاعدة خضوع انحلال الزواج لقانون ربما لم يكن معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج، بل وغير متوقع لأي منهما[5].

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص256.

[2]- دربة أمين، المرجع نفسه، ص245.

[3]- عز الدين عبد الله، المرجع السابق،ص309.

[4]- أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص256.

[5]- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط2، 2007، ص253.

كما تعرض هذا الضابط لنقد آخر مفاده أنه يسهل للزوج إمكانية الغش نحو القانون[1]، إذ قد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية دولة أخرى بقصد الاستفادة من الشروط المخففة في قانونها بخصوص أحكام الطلاق، أو التي تمنحه حقوقا لا يمنحها له قانون جنسيته السابقة، أو يعفيه من التزامات يفرضها عليه قانون جنسيته السابقة[2].

ولعل أفضل قانون يمكن أن يخضع له انحلال الزواج هو القانون الذي تكون الزوجة على بصيرة به[3]، أي قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهذا ما أخذ به القانون اليوناني في المادة 16من القانون المدني التي تنص على أنه يسري على الطلاق والتفريق الجسماني قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى، فإذالم توجد هذه الجنسية المشتركة يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[4]، وقد أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في الطلاق والانفصال الجسماني، حيث تقضي المادة الثامنة منها بأنه إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون القانون المعتبر هو قانون آخر جنسية مشتركة لهما، وإن لم تكن هناك جنسية مشتركة يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[5].

[1]- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، الأردن، 1431هـ-2010م، ط1، ص164.

[2]- أحمد عمراني، الحلول الوضعية لتنازع القوانين(القانون الذي يحكم انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه)، محاضرات لطلبة الماستر: قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران1، 2014-2015، ص2.

[3]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص257.

[4]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ط3، ص76.

[5]-Art 8 du convention du 12juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridiction en matière de divorce et de séparation de

وفيما يتعلق بإجراءات انحلال الزواج سواء كان ذلك بسبب الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني فهي تخرج من فكرة الزواج برمتها، وبالتالي لا تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الانحلال، بل تخضع إلى قانون القاضي الناظر فيها، وفقا للرأي الراجح[1]، وهو كذلك بالنسبة للإجراءات التحفظية[2]، والإجراءات الوقتية ذات الطابع الاستعجالي، كتحديد مسكن تقيم فيه الزوجة، وتسليمها الأمتعة اللازمة للاستعمال اليومي[3].

أما النفقة الوقتية التي يحكم بها القاضي لصالح الزوجة المطلقة ريثما يفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطلاق، فتعتبر بمثابة إجراء يقوم به القاضي لصالح الزوجة، من أجل المحافظة على الحد الأدنى لمعيشتها، والقانون الذي يحكمها هو قانون القاضي[4].

ب– الاستثناء:

إذا كانت القاعدة العامة تخضعانحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإن هناك استثناء يقضي بتطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 13 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الجزائري وحده".

---

corps dispose : « si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi national ».

[1]– عامر محمد الكسواني، المرجع نفسه، ص167.

[2]– عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، ج1 ، دار هومه، 2007، ط2، ص231.

[3]– زروتي الطيب، المرجع السابق،ص245.

[4]– دربة أمين، المرجع السابق، ص245.

فبمقتضى هذا الاستثناء إذا كان الزوج أو الزوجة جزائريا عند انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يسري على انحلال هذه الرابطة الزوجية.

فلو رُفعت دعوى طلاق بين جزائرية متزوجة بسوري أمام محكمة الجزائرية فالقانون الذي يحكم هذا النزاع هو قانون جنسية الزوج أي القانون السوري طبقا للمادة 2/12.

غير أن تطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 أصلح للزوجة الجزائرية، فقد يكون قانون الزوج مجحفا بحقوقها، لذا استثنى المشرع هذه الحالة من حكم المادة 12 وأخضعها لحكم المادة 13 من القانون المدني، وبما أن الزوجة كانت جزائرية يوم انعقاد الزواج فهذا يعني أنه لن يطبق قانون جنسية زوجها بل سيطبق القانون الجزائري[1]، ذلك أن الهدف من تقرير هذا الاستثناء هو حماية الزوجة الوطنية، لأن الأمر لو تعلق بالزوج فإن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يطبق طبقا للقاعدة العامة[2].

ومن تطبيقات هذا الاستثناء ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا التي قضت: "حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه، ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه"[3].

---

[1]- أحمد عمراني، المرجع السابق، ص3.

[2]- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، إشراف: أ.د.يوسف فتيحة، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010، ص45.

[3]- قرار المحكمة العليا، ملف رقم170082، الصادر بتاريخ1998/02/17، المجلة القضائية2000، العدد1، ص167، ينظر، عليوشقربوع كمال، المرجع السابق، ص258.

وقد تعرض هذا الاستثناء لبعض النقد لأنه لا يحقق هذا الهدف دائما، بحيث نجد القانون الجزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية وجزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد انعقاد زواجه في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبيين قد اكتسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد زواجهما[1]، فلو رُفعت أمام القضاء الجزائري دعوى للمطالبة بحل الرابطة الزوجية بين زوج تونسي وزوجة سورية الأصل تجنست بالجنسية الجزائرية بعد زواجها، فإن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع هو القانون التونسي أي قانون جنسية الزوج حسب الفقرة 2 من المادة 12 من القانون المدني الجزائري، ولا يمكن أن يطبق الاستثناء الوارد في المادة 13، لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج[2].

2- القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج في القانون المقارن:

تختلف التشريعات الغربية عن التشريعات العربية في إسناد حكم انحلال الزواج لضابط معين يحدد القانون الواجب التطبيق، فمنها من اسنده إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وفي حالة عدم الاشتراك في الجنسية يطبق قانون الموطن المشترك، وإلا فقانون القاضي.

أ- التشريعات العربية:

1 -القانون المصري:

أخضع المشرع المصري انقضاء الزواج إلى قانون واحد هو قانون جنسية الزوج، غير أنه فرق بين الطلاق من جهة وبين التطليق والتفريق الجسدي من جهة أخرى من حيث إعمال هذا القانون، نظرا لأن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة بينما يتوقف كل من التطليق والتفرقة الجسدية على رفع دعوى أمام القضاء[3]، فقد نص

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص258.

[2]- أحمد عمراني، المرجع نفسه، ص3.

[3]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص252.

في المادة 2/13 من القانون المدني على أنه: "...أم الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[1]، ويرجع البعض اتجاه المشرع المصري إلى الأخذ بقانون جنسية الزوج إلى رغبته في توحيد القانون الواجب التطبيق على المشكلات التي تثور بعد انعقاد الزواج أو إلى اعتبار أن حل رابطة الزوجية هي نوع من الآثار النهائية لهذه الرابطة ومن ثم اتبع نفس القاعدة التي وضعها بشأن آثار الزواج[2].

ولم تسلم هذه القاعدة من النقد، لأن إخضاع انقضاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق وإخضاع التطليق والانفصال لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج[3].

وعليه، كان أولى بالمشرع أن يخضع انقضاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، باعتباره القانون المعلوم لكل من الطرفين، والذي ارتضى كل منهما الارتباط في ظله[4]، علاوة على أن في ذلك منعا للتحايل على القانون[5].

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة تطبق في كل الأحوال[6]، فقد أوردت المادة14 من القانون المدني استثناء يقضي بأنه: "إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده". يتضح من هذا النص أنه متى كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج خضع الطلاق والتطليق والانفصال للقانون

[1]- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، الصادر بتاريخ 1948/07/29.
[2]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص253.
[3]- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص309.
[4]- هشام خالد، المرجع السابق، ص817.
[5]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص253.
[6]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص61.

المصري بصرف النظر عن جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال[1]، وتطبيق القانون المصري في كل هذه النواحي مزية مترتبة على ثبوت الجنسية المصرية لأحد الزوجين وقت انعقاد الزواج[2].

لقد كان هذا النص محل انتقاد لأنه يطبق في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين مصريا وقت الزواج حتى ولو أصبح أجنبيا بعد ذلك، في حين أنه لا يطبق في الحالة التي يكون فيها الزوجان أجنبيان وقت الزواج ثم يتجنس أحدهما بالجنسية المصرية بعد ذلك[3].

ومما تجدر الإشارة إليه أن حكم هذه المادة لا يجدي إذا كان الزوج مصريا وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال، لأن تطبيق القانون المصري يتقرر في هاتين الحالتين طبقا للقاعدة العامة فلا معنى للالتجاء إلى الاستثناء، وقد يكون من الأوفق أن يسري القانون المصري على انحلال الزواج إذا كان أحد الزوجين ينتمي حاليا إلى الجنسية المصرية[4].

ب –القانون التونسي:

جاء القانون التونسيبحل يحفظ المساواة بين الزوجين[5]، فقد أخضع المشرع التونسي مسائل انحلال الزواج إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت رفع الدعوى، وإن لم تكن هناك جنسية مشتركة فقانون الموطن المشترك للزوجين، وإلا فقانون القاضي، حيث نصت المادة 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أن: "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة

[1]– عز الدين عبد الله، المرجع نفسه، ص318.
[2]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص552.
[3]– هشام خالد، المرجع نفسه، ص828.
[4]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص553.
[5]– عليوشقربوع كمال، المرجع السابق، ص234.

الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها"[1]، وهو ما أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في الطلاق والانفصال الجسماني، فقد نصت في المادة الثانية[2] منها على وجوب تطبيق قانون جنسية الزوجين، وقانون القاضي في آن واحد، بحيث لا يحكم بالطلاق إلا إذا كان جائزا في القانونين ولو لأسباب مختلفة، وعند اختلاف جنسية الزوجين يطبق قانون آخر جنسية مشتركة لهما حسب نص المادة الثامنة من الاتفاقية، وقد انتقد هذا الحل لأنه قد لا يكون للزوجين جنسية مشتركة[3].

ثانيا: التشريعات الغربية:

نص المشرع الفرنسي في المادة 309 من القانون المدني على أنه: "يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسماني في الحالات التالية:

- إذا كان كل من الزوجين يتمتع بالجنسية الفرنسية.
- إذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا.

[1]- قانون رقم 98-97 الصادر في نوفمبر 1998 المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

[2] -Art 2 du convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps dispose : « le divorce ne peut être demandé que si, dont le cas dont il s'agit, il est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu ou la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes .
Il en est de même de la séparation de corps ».

[3]- محمد كمال فهمي، المرجع نفسه، ص548.

– حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه وتكون المحاكم الفرنسية مختصة ففي هذه الحالة يعود الاختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق والتفريق الجسماني"[1].

يتضح من هذا أن المشرع الفرنسي يحرص على تطبيق القانون الفرنسي في أغلب الحالات، ولا يلجأ إلى القانون الأجنبي إلا بصورة ثانوية، فالمادة 309من القانون المدني الفرنسي منحت القانون الفرنسي اختصاصا أصليا إذا كان الزوجان يتمتعان بالجنسية الفرنسية، سواء كانت إقامتهما في فرنسا أم خارجها، كذلك إذا كان الزوجان أجنبيين مقيمين في فرنسا، ومنحته اختصاصا احتياطيا إذا كانت التشريعات المعنية تجهل مؤسسة الطلاق[2].

خاتمة:

لقد أثار انحلال الزواج ولايزال مشاكل عديدة على المستوى الدولي، لذلك سعت الدول إلى تنظيمه بقواعد لتحكم هذه المنازعات التي يتخللها عنصرا أجنبيا، كما أن اختلاف الدول في نظرتها إلى انحلال الرابطة الزوجية أدى إلى اختلاف القوانين في تحديد قواعد الإسناد التي تحكمه، حيث أخضعه المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب الفقرة الثانية من المادة12 من القانون المدني دون تفريق بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وباقي طرق فك الرابطة الزوجية، في حين فرقت تشريعات عربية ومنها المصري بين الطلاق الصادر بالإرادة

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

[2]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص142.

المنفردة للزوج فأخضعه لقانون جنسية الزوج وقت النطق به، وأخضعت التطليق والتفريق الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

كما أنه عند تحديد قاعدة الإسناد لابد من مراعاة أحكام المادة 13 من القانون المدني التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

لم يفرق المشرع الجزائري بين حالات انحلال الزواج بل أخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فكان من الأفضل إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج باعتباره القانون الذي يكون معلوما للطرفين وقت إبرام الزواج. بالإضافة إلى إعادة صياغة نص المادة 13 من القانون المدني وذلك بتطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية.

المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.

أ– النصوص القانونية:

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سمة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في رمضان 1395الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

قرار المحكمة العليا، ملف رقم170082، الصادر بتاريخ1998/02/17، المجلة القضائية2000، العدد1

3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، الصادر بتاريخ 1948/07/29.

4- القانون رقم 98-97 الصادر في نوفمبر 1998 المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

-5 code civil français

ب – الاتفاقيات الدولية:

1 -convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de loi et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps .

ج – الكتب:

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، د ط، د تا، ص256.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004.

3- جمال الدين ابن منظور الانصاري، لسان العرب، ج10، دار صادر، بيروت، لبنان، ط1414،3هـ.

4- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في ضوء القانون05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي،ج1، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، ط2.

5- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط2، 2007، ص253.

6- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه، الجزائر، ط2، 2009.

7- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين،ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط9، 1986، ص305.

8- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، الأردن، 1431هـ-2010م، ط1، ص164.

9-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ط3.

10- علي وشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، ج1 ، دار هومه، 2007، ط2، ص231.

11- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة د ط، د ت.

13- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص(الجنسية الموطن مركز الأجانب مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ط1، 2006.

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

د – الأطروحات:

1- جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، إشراف: أ. د. يوسف فتيحة، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010.

2- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، إشراف: أ. د يوسف فتيحة، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010.

هـ . المقالات:

1- جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 12، العدد 1، 1408هـ-1988م.

2- دربة أمين، تنازع القوانين في قضايا الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد4، جانفي2011.

و– المحاضرات:

1– أحمد عمراني، الحلول الوضعية لتنازع القوانين(القانون الذي يحكم انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه)، محاضرات لطلبة الماستر: قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران1، 2014–2015.