الأسباب الإرادية لانحلال الزواج وإشكالية تنازع القوانين
جندولي فاطمة زهرة، المجلد الثاني عشـر، العدد 1، أبريل 2021،
ص ص 663-680

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

# الأسباب الإرادية لانحلال الزواج وإشكالية تنازع القوانين

## دراسة على ضوء القانون الجزائري والقوانين المقارنة

Administrative Reasons for the Dissolution of Marriage and the Problem of Conflict
A study in light of the Algerian law and comparative laws

فاطمة زهرة جندولي (*)
جامعة سيدي بلعباس، الجزائر
djendouli.f2021@gmail.com

تاريخ الإيداع: 2021/02/17 تاريخ القبول: 2021/03/06 تاريخ النشر: 2021/04/30

**الملخص:**

يثير انحلال الزواج ذي العنصر الأجنبي إشكالات متعددة، في مجال القانون الدولي الخاص، ولعل من بين هذه الإشكالات مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، ولتجاوز هذه المشكلة عمدت التشريعات بما فيها المشرع الجزائري إلى إيجاد قواعد إسناد يعول عليها لتحديد القانون المختص من بين القوانين المتزاحمة حكم العلاقة القانونية، ونظرا لأن القانون المختص قد يكون أجنبيا، فقد حاولت التشريعات حماية وطنيها من خلال إعمال التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي في حالة تحقق صلة ربط بين النزاع ودولة القاضي.

**الكلمات الدالة:**

انحلال الزواج ذي العنصر الأجنبي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، قاعدة الإسناد، قانون القاضي، القانون الأجنبي.

**Abstract:**

If the partner is a foreigner, the dissolution of marriage could raise several problems in the field of private international law. Amongst such problems is the one related to the confusion caused in determining the applicable law. Thereby, in order to overcome this problem, legislations, including the Algerian legislator, have sought reliable attribution rules to determine the relevant law. The latter is one of the

(*) المؤلف المرسل: جندولي فاطمة زهرة: djendouli.f2021@gmail.com

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

competing laws governing the legal relationship. In this respect, legislations attempt to protect their citizens given that the relevant law may be foreign. Hence, they implement the exceptional application of the judge's law in case a link between the conflict and the state of the judge is established.

**Key Words :**
Dissolution of marriage with a foreign partner; private international law; conflict of laws; attribution rule; foreign law; judge's law.

.

**********

**مقدمة:**

لقد جعل تطور وسائل الاتصال والمواصلات عملية انتقال الأفراد هدفا متحركا عصيا على المتابعة، إذ وبعدما كانت الجماعة الدولية منغلقة على نفسها لا ينتقل سكان إحداها إلى إقليم الدولة الأخرى، تحول العالم بفضل مختلف التقنيات الحديثة إلى قرية كونية صغيرة[1]، لا يعرف أقصاها أدناها، وقد كان من نتاج ذلك التحول وجود علاقات عابرة للحدود الوطنية، فسعي الأشخاص وراء تحقيق طموحاتهم أو كسب العيش دفعهم إلى الانتقال مع أسرهم أو فرادى إلى دول تتيح لهم الوصول لمبتغاهم، وغالبا ما يترتب على ذلك الانتقال ارتباطهم مع رعايا الدول المستضيفة عن طريق الزواج. الحقيقة أن اختلاف الثقافات وتباين الحضارات ساهم بشكل جلي في توتر العلاقات الزوجية وازدياد الخلافات بين الطرفين، وهو الأمر الذي لا يمكن تجاوزه إلا عن طريق اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية، وبهذا أضحى انحلال الزواج المختلط الحقل الخصب لتنازع القوانين.

ونظرا لأن ولوج العنصر الأجنبي للزيجات المراد حلها، يؤدي إلى تزاحم قانونين أو أكثر، فإنه لا يمكن الفصل في تلك المنازعات بتطبيق القواعد الموضوعية التي وضعت خصيصا لتُطبق على العلاقات الوطنية المحضة، بل ينبغي المفاضلة بين القوانين المتزاحمة واختيار أنسبها، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بإعمال قواعد فنية تسمى"قواعد التنازع"[2]، والتي تتضمن إلى جانب الفكرة المسندة، ضابط الإسناد باعتباره أداة فنية للربط بين موضوع القاعدة والقانون المسند إليه، ويتم تحديد ضابط الإسناد من خلال العنصر الذي يُمثل مركز ثقل العلاقة القانونية ذات الصبغة الدولية محل البحث. وبما أن عنصر الأطراف، يعد العنصر الأساسي في مسائل الأحوال الشخصية، والتي تندرج ضمنها مسألة انحلال الرابطة الزوجية،

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

فلقد تم الاستعانة به لتحديد القانون الواجب التطبيق، فتراوحت تلك الضوابط ما بين ضابط الجنسية وضابط الموطن.

وعليه ما مدى نجاعة الضوابط التي عولت عليها التشريعات لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأسباب الإرادية لانحلال الزواج؟إن الإجابة على هذه الإشكالية يستوجب اتباع المنهج التحليلي الذي يقوم أساسا على تحليل النصوص القانونية، المنهج الوصفي الذي يسمح بإعطاء وصف للحقائق القانونية، ونظرا لأن الدراسة تتمحور حول انحلال الزواج ذي العنصر الأجنبي فقد تم توسل المنهج المقارن بتسليط الضوء على تشريعات بعض الدول والمقارنة بينها، مع العمل على إبراز موقف المشرع الجزائري. وقد تم معالجة هذا الموضوع وفقا لخطة ثنائية، حيث تم تقسيمه إلى محورين:

**المحور الأول**: القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأسباب الإرادية لانحلال الزواج

**المحور الثاني**: التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي على الأسباب الارادية لانحلال الزواج

## المحور الأول:القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأسباب الإرادية لانحلال الزواج

تختلف التشريعات الغربية عن التشريعات العربية –بما فيها المشرع الجزائري– في إسناد حكم انحلال الزواج لضابط معين يحدد القانون الواجب التطبيق، وعليه وجب بيان موقف التشريعات من ضابط الإسناد **(أولا)**، وبيان مجال تطبيق ضابط الإسناد **(ثانيا)**.

### أولا: موقف التشريعات من تحديد ضابط الإسناد

تختلف التشريعات في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج، بحيث أخضعه المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات العربية [3]لضابط جنسية الزوج، فنص في المادة 2/12 من التقنين المدني[4] :"يسري على انحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[5].

بالرجوع لهذه المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري عند تعديله للقانون المدني أسند مسائل انحلال الزواج والانفصال الجسماني لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وقد كان الغرض من تعرضه لمسألة الانفصال الجسماني رغم أنه نظام غير معروف في الشريعة

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

الإسلامية مواكبة المتطلبات الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية، ورفع الحرج على القاضي بتمكينه من الفصل في قضايا الانفصال الجسماني بين أجانب يجيز قانونهم الشخصي ذلك[6].

ورغم أن المشرع عدل أحكام المادة 2/12 من التقنين المدني، إلا أنه ظل يُسند إنحلال الزواج لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بحيث لم يفرق بين الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة وذلك الذي يتم بتراضي الزوجين، وبين التطليق الذي يكون بناء على طلب الزوجة، بحيث أوجب في كل الحالات إثبات الطلاق بحكم[7]، وذلك على خلاف ما قرره القانون المصري في المادة 13 فقرة 2 من التقنين المدني التي نصت: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

إن الاختلاف الوارد بين قواعد الاسناد التي تحكم انحلال الزواج في التشريعين الجزائري والمصري دفع الأستاذ "علي علي سليمان" إلى استنتاج موقف المشرع الجزائري الرافض لفكرة الطلاق بالإرادة المنفردة، وذلك نتيجة لضغط الجمعيات النسوية التي حاولت تأكيد مبدأ المساواة بين الزوجين، بوضع حد لتجاوزات الرجل المسلم في استخدام الطلاق بالإرادة المنفردة[8]، غير أن هذا الرأي يجانبه الصواب، ذلك أن مصطلح انحلال الزواج ورد بلفظ عام من شأنه أن يشمل الطلاق بالإرادة المنفردة، أضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري أورد قيدا في قانون الأسرة مفاده عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم[9]، وذلك حماية للغير حسن النية من جهة، وتمكينه من التعرف على الحالة القانونية للشخص محل الاعتبار من جهة أخرى.

وعلى الرغم، من الجهود المبذولة من طرف التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري والهادفة إلى وضع قاعدة إسناد متكاملة الصياغة، إلا أن هذه الأخيرة تعرضت لجملة من الانتقادات أهمها:

- التعارض مع مبدأ المساواة ما بين الجنسين المكرس في المادتين 2 و16من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان [10]، والمؤكد في المادة 37 من الدستور الجزائري[11]، بحيث حاول المشرع الجزائري في تحديده للقانون الواجب التطبيق التأكيد على فكرة القوامة التي يتمتع بها الزوج.

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

- الاختيار التعسفي وغير المحايد للقانون الخاص بانحلال الزواج، مما يؤدي إلى الإضرار بالحقوق المكتسبة للزوجة ومفاجأتها باختصاص قانون لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج، خاصة إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت الإنعقاد ووقت رفع دعوى الطلاق أو التطليق، بحيث كان قانونه وقت انعقاد الزواج يجيز الطلاق أو التطليق، في حين أن قانونه وقت رفع الدعوى يمنع هذا أو العكس، لذلك يرى البعض[12] وجوب إسناد مسائل انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج باعتباره القانون الذي ارتضى الطرفان الارتباط في ظله، خاصة أن الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيه مساعدة للزوج على تغيير جنسيته ولا يخفى على أحد ما قد يؤدي إليه ذلك، إذ قد يغتنم الزوج الفرصة للتحايل على القانون المختص والتوصل إلى النتائج التي يسعى إلى تحقيقها[13].

رغم النقد الموجه للمشرع الجزائري وكذا الأنظمة العربية التي تعتمد على ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إلا أن جانبا من الفقه[14] يُؤيد الأخذ بالضابط السابق لاعتباره الضابط الذي يتحدد فيه عنصر الحالة بالنسبة للزوج.إذا كانت التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري، تتبنى كقاعدة عامة ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقد حاول كل من التشريعين الكويتي والتونسي تفادي الانتقادات من خلال تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين، فقد قضى التشريع الكويتي في المادة 40 من المرسوم الأميري رقم 05 لسنة 1961 بتطبيق قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق، أو قبل رفع دعوى التطليق أو الإنفصال[15]، وهو في ذلك قد تبنى الاتجاه الذي اعتمدته اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال في مادتها الثامنة[16]، وإن كانت في المادة 2 تؤكد على وجوب إخضاع الطلاق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوجين وقانون القاضي، إذ لا يُحكم بالطلاق إلا إذا كان جائزا في القانونين ولو لأسباب مختلفة، وعلى الرغم من ذلك انتقد الحل المكرس في التشريع الكويتي وفي اتفاقية لاهاي نقدا لاذعا، إذ قد لا يكون الزوجان متحدي الجنسية[17]، وللإشارة فإن المشرع الكويتي تفادى النقد، ذلك أنه منح الإختصاص في حالة عدم وجود جنسية مشتركة لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج.

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

هذا عن المشرع الكويتي، أما المشرع التونسي فقد أسند مسائل انحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، قانون القاضي، وهو ما قررته المادة 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية[18]، وهو بذلك انتهج نهج المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 309 من الأمر 05-759 الصادر بتاريخ 4 جويلية 2005 المعدل للمادة 310 من القانون المدني الفرنسي رقم 75-617 الصادر في 11 جويلية 1975: "يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسماني في الحالات الآتية:

- إذا كان كل من الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية.
- إذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا.
- حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه وتكون المحاكم الفرنسية مختصة ففي هذه الحالة يعود الاختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق والتفريق الجسماني"[19].

تعتبر قاعدة التنازع الواردة في المادة 309 من القانون المدني الفرنسي قضائية النشأة، وضع أساسها القضاء الفرنسي من خلال تطبيقاته المختلفة ابتداء من 1952، إذ أنه قبل هذا التاريخ لم يكن في الوسع الحديث عن قاعدة تنازع قوانين بخصوص مسائل انحلال الزواج، لأن الطلاق آنذاك كان يعد من المسائل الشخصية التي يطبق عليها القانون الشخصي، إضافة إلى أن مشاكل الطلاق الناجمة عن الزواج المختلط كانت نادرة الوقوع، وترجع إما لأسباب واقعية (الزواج المختلط لم يكن معتمد)أو قانونية (اكتساب الزوجة لجنسية زوجها)، غير أنه سرعان ما تلاشت هذه الأفكار بسبب تطور حركة الهجرة المتبادلة، وتغير قوانين الجنسية الفرنسية التي أجازت للمرأة المتزوجة الاحتفاظ بجنسيتها[20].

أمام هذه التغيرات، طُرح على القضاء الفرنسي قضايا شائكة، استوجب عليه الفصل فيها، فطبق إثر فصله في قضية "Ferrari" قانون الجنسية المشتركة تطبيقا موزعا[21]، غير أنه ونظرا للنتائج الوخيمة لذلك التطبيق، عمد القضاء الفرنسي في المرحلة الثانية إلى إعمال قانون الموطن المشترك وهو ما تقرر بتاريخ 17 أبريل 1953 إثر إصداره قرار "Rivière "، الذي تلته قرارات أخرى رسخت أبعاده منها قرار "Lew andwski" الصادر بتاريخ 15 مارس 1955[22].

ويقصد بالإقامة الزوجية المشتركة طبقا للقرارين السالف ذكرهما، الإقامة الفعلية في الدولة نفسها، أما في حالة ما إذا كان كل من الزوجين يقطن في دولة غير التي يقطن فيها

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

الزوج الآخر، طُبق قانون القاضي لعدم وجود عنصر اتصال آخر يمكن ترجيحه، وذلك ما تقرر بتاريخ 15 ماي 1961 في قضية"Tarwid"[23]، والتي طبق فيها القضاء الفرنسي القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي، ذلك أن الزوج بولوني متوطن بإنجلترا والزوجة فرنسية متوطنة بفرنسا.

من ذلك يتضح أن مختلف الاجتهادات القضائية السالف بيانها ساهمت في تقنين نص المادة 309 من القانون المدني الفرنسي، وإذا كانت القراءة الواعية لهذه المادة تبين أن النص ثوري على مستوى النهج ،الطريقة، وكذا على مستوى اختيار الروابط، فإنه في الحقيقة يشكل خليطا من الوحدة القومية الوطنية "الجنسية المشتركة، الموطن المشترك"، والوحدة القومية الدولية "قانون القاضي"، إضافة لذلك فإن المشرع الفرنسي، اعتمد على قاعدة مفردة في مادة من مواد الأحوال الشخصية، رغم أن هذه الأخيرة تعد المجال الخصب للقواعد الثنائية[24]، كما أنه لم يحسم مشكلة التنازع المتحرك رغم اعتماده على الضوابط القابلة للتغيير، خاصة أن القضاء اعتد بقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك وقت رفع الدعوى[25]"au jour de l'introduction de l'instance ".

حسب ما يتضح، فإن المشرع الفرنسي سعى إلى تطبيق القانون الفرنسي بكل الوسائل فالمادة 309 من التقنين المدني الفرنسي تمنح للقانون الفرنسي اختصاصا أصليا إذا كان الزوجان من الجنسية الفرنسية بغض النظر عن موطنهما، وتستعين بضابط الموطن متى كان الزوجان من الأجانب، كما أنها تمنح القانون الأجنبي اختصاصا محدودا إذا كان الزوجان الأجنبيان متوطنين خارج فرنسا، وتؤكد ذات المادة على الاختصاص الاحتياطي للقانون الفرنسي متى كانت التشريعات المعنية تجهل مؤسسة الطلاق، وهو حقيقة ما طبقته محكمة التمييز الفرنسية في 10 جويلية 1979 بخصوص دعوى طلاق بين زوجة فرنسية وزوج ايرلندي يمنع قانونه الطلاق[26]، إذ تهربا من النقد اللاذع الذي وجه لها بخصوص قضية "Ferrari " لجأت إلى استخدام حيلة قانونية تسمى "قانون القاضي".

وإذا كان المشرع الفرنسي اعتمد على ثلاثة ضوابط من بينها قانون الموطن المشترك، فإن تشريعات البلاد الأنجلوأمريكية كالولايات المتحدة الأمريكية، كندا، وإنجلترا، تُسند مسائل انحلال الزواج إلى قانون القاضي، إما على اعتبار توطن الزوجين أو أحدهما في بلد القاضي،

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

وإما على أساس أن حل الرابطة الزوجية يمس النظام العام والآداب العامة في بلد القاضي، وهو ذات الحل المعتمد عليه في تقنين بوستامنت[27].

**ثانيا: مجال تطبيق ضابط الإسناد**

يعتبر ضابط الإسناد الأداة الفنية التي يتم بموجبها الربط بين الفكرة المسندة والقانون المسند، في حين تعد الفئة المسندة حيلة قانونية تهدف إلى جمع المسائل المتقاربة التي تندرج ضمن مسائل انحلال الزواج، وخاصة أن ما يرتبط بهذه الأخيرة لا يمكن حصره، ويختلف من دولة لأخرى[28].إذ بينما تعتبر بعض التشريعات كقوانين أمريكا الجنوبية (البرازيل والأرجنتين) ودول أوروبا (اسبانيا قبل1982،إيرلندا) الرابطة الزوجية رابطة أبدية لا تنحل إلا بالوفاة، فإن هناك من التشريعات من تجيز انقضاء الزواج[29]، وتجعل طرقه متراوحة ين الطلاق والتطليق.

فالطلاق Répudiation هو إنهاء العلاقة الزوجية، ويتم بإرادة أحد الزوجين المنفردة وهو الزوج في الشريعة الإسلامية[30]، والزوجة حسب القانون السوفياتي سابقا، ولما كان مناط هذا النوع من الطلاق "الإرادة المنفردة" فإنه لا يحتاج إلى تدخل سلطة رسمية، اللهم ما يستلزمه القانون من وجوب توثيقه، وإثباته في محرر رسمي لدى موظف مأذون له بذلك[31]، أما التطليق Divorce، فهو إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القضاء، متى توافر سبب من الأسباب التي تجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلا[32].

إذا كان كل من الطلاق والتطليق، يؤديان حتما إلى انقضاء العلاقة الزوجية، فإن هناك نظاما غير معروف في التشريعات العربية، وتستعين به الدول الغربية لاسيما تلك التي تؤكد مبدأ أبدية الزواج[33]، ألا وهو نظام الانفصال الجسماني Séparation du corps، والذي هو عبارة عن 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. 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[34].

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

يتضح من خلال هذا، أن نظام الانفصال الجسماني هو الآخر تختلف بشأنه الرؤى التشريعية، فبينما تعتبره التشريعات التي تحظر الطلاق إجراءً وحيد الطرف لتراخي الرابطة الزوجية، التي لا تنقضي إلا بالوفاة، تعتبره تشريعات أخرى إجراءً وقائيًا –كالتشريع الفرنسي- يهدف إلى الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريث في حكم التطليق[35].

نتيجة لهذه الاختلافات، وجدت الفئة المسندة التي تسمح بالتمييز بين الإجراءات الشكلية، وبين الجوانب الموضوعية[36]، فإذا كانت الجوانب الإجرائية تستوجب الرجوع إلى قانون القاضي[37]، لتحديد الإجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني للمطالبة بحل الرابطة الزوجية، فان الجوانب الموضوعية تستوجب الرجوع إلى القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترفا به في دولة هذا القانون أم لا، بيان الزوج الذي يملك حق إيقاعه، القيود الواردة على استعماله، وكذا الفترة اللازمة لتحويل الانفصال إلى طلاق إذا كان قانون تلك الدولة ممن يجيزه.

ولما كان ما يندرج في مفهوم الطلاق، التطليق أو ما يطلق عليه تسمية التفريق، والانفصال مسألة تكييف تخضع كأصل عام لقانون القاضي، كان لابد من الوقوف على التنظيم القانوني لحالات انحلال الزواج في دول مختلفة بغية تحديد الصعوبات العملية التي تواجه القاضي وهو بصدد عملية التكييف[38]، التي يكون القصد منها إدراج مسألة قانونية معينة ضمن طائفة معينة لإنزال حكم القانون عليها، خاصة أنه في مجال القانون الدولي الخاص تطرح مشكلة تنازع التكييفات[39]، وإذا كان التكييف الأولي لا يثير مشكلة إذ يخضع لقانون القاضي[40]، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 9 من القانون المدني، فإن التكييف الثانوي يرجع بشأنه إلى القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ويكون الهدف منه تحديد الشروط الموضوعية الخاصة بانحلال الزواج .

ولما كان نطاق الدراسة الماثلة القانون الأجنبي، سيتم التطرق لكل من القانون التونسي والقانون الفرنسي كنماذج، وعليه إذا تحدد بموجب ضابط الإسناد الوارد في المادة 2/12من القانون المدني الجزائري الاختصاص للقانون التونسي، وجب على القاضي الجزائري الرجوع إليه لتحديد الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الزواج، وفي هذا يرجع للفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الذي يحدد حالات الطلاق كالآتي الطلاق بتراضي الزوجين،

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

الطلاق للضرر، الطلاق الذي يتم بناء على رغبة الزوج، أو مطالبة الزوجة[41]. خلافا لذلك، يتوجب عليه الاعتماد على القانون الفرنسي لتحديد الأحكام الخاصة بانحلال الزواج إذا ثبت الاختصاص التشريعي له، وبالرجوع إليه يتضح أن هناك أربع طرق لحل الرابطة الزوجية، وتشمل كل من الطلاق بالتراضي، مبدأ قبول انحلال الزواج، الطلاق بسبب الانقطاع النهائي لرابطة الزواج، الطلاق بسبب الخطأ[42].

**المحور الثاني: التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي على الأسباب الإرادية لانحلال الزواج**

تؤكد النظرية العامة في مجال تنازع القوانين أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون دولة أجنبية على مسائل الأحوال الشخصية، إذا كان في ذلك إضرار بالمصالح الوطنية للوطنيين، أو الحقوق التي تعود إلى أبناء هذا الوطن، ويرجع الفضل في تجسيد هذه النظرية إلى فقهاء القانون الدولي الخاص في كل من انجلترا، أمريكا، ألمانيا، فرنسا، ومن تطبيقاتها الحكم بتطبيق قانون القاضي[43]، وفي هذا نجد أن التشريعات–بما فيها المشرع الجزائري- وتفاديا للمشاكل التي يثيرها تطبيق القاعدة العامة الواردة في مسائل انحلال الزواج، أوردت استثناء مفاده التطبيق الأحادي للقانون الوطني، وعليه متى يطبق هذا الاستثناء؟ وما مجال تطبيقه؟ سيتم تحديد ذلك بالتطرق إلى تطبيق القانون الوطني على الأسباب الإرادية لانحلال الزواج **(أولا)**، ومجال تطبيق القانون الوطني **(ثانيا)**.

**أولا: تطبيق القانون الوطني**

إذا كانت القاعدة العامة في القانون الجزائري وسائر التشريعات العربية، تستوجب خضوع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإن هناك استثناءًا مفاده تطبيق القانون الوطني كلما كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، وفي ذلك تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري[44]: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

إن جدوى هذا الاستثناء في الحقيقة لا تظهر إلا إذا كانت الزوجة وطنية "جزائرية" وقت انعقاد الزواج، أما إذا كان الزوج هو الذي يتمتع بالجنسية الوطنية "الجزائرية" وقت رفع

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

الدعوى، فإن القانون الوطني"الجزائري" يطبق بمقتضى الضابط العام في الإسناد والوارد في المادة 12فقرة2من القانون المدني الجزائري.

وعليه يتوجب القول، إنه على الرغم من وجاهة الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها بموجب هذا الاستثناء، إلا أن هذا الأخير لم يسلم من النقد لما يترتب عليه من نتائج غريبة، تتمثل في تطبيق القانون الوطني على الرغم من أن الزوجين أجنبيين، إذ قد تزول الجنسية الجزائرية عن الطرف الجزائري بعد انعقاد الزواج فيصبح هو الآخر أجنبيا" وقت رفع دعوى انحلال الزواج.هذا وتجدر الإشارة أن الأخذ بهذا الاستثناء يؤدي إلى عدم تطبيق القانون الوطني على أطراف العلاقة الزوجية، على الرغم من اكتساب الزوجة الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج[45]، ونتيجة للنقد الموجه لهذه المادة يرى جانب من الفقه [46]إمكانية تفادي ذلك بمنح الاختصاص للقانون الوطني وقت رفع الدعوى.

ومن تطبيقات هذا الاستثناء ما ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا التي قضت :"حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية، مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية، حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الايطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ولما كان ذلك خالف القانون وأخطأ في تطبيقه يتعين نقضه"[47].

**ثانيا: مجال تطبيق القانون الوطني**

لقد أورد المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات العربية، استثناءا في نص المادة 13 من القانون المدني مفاده تطبيق القانون الجزائري، كلما كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعليه يتوجب على القاضي الجزائري في مثل هذه الحالات تطبيق الأحكام القانونية المنظمة لأسباب انحلال الزواج الواردة في المواد 47الى 55 من قانون الأسرة الجزائري.

بالرجوع إلى هذه المواد يتبين أن المشرع الجزائري حدد أربع حالات لانحلال الزواج[48]، وتشمل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وهو الطلاق الذي ينبع من إرادة الزوج المنفردة ودونما اعتداد بإرادة الزوجة[49].

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

التطليق الذي يكون بناءا على طلب من الزوجة متى توفر سبب من الأسباب الواردة في المادة 53من قانون الأسرة، والخلع الذي بمقتضاه تتمكن الزوجة من مخالعة زوجها نظير مبلغ مالي ولها أن تحصل عليه رغم عدم موافقته عليه[50].

هذا ويعتبر الطلاق بالتراضي سببا آخر لفك الرابطة الزوجية إراديا، وقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد 427الى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[51]، والتي يتوضح من خلال استقرائها أن الطلاق بالتراضي إجراء يرمي من خلاله الزوجان إلى فك الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة، دون مساس بشهرة أحدهما أو بشهرة أسرتيهما[52]. وفي هذا النوع من الطلاق يتم تقديم طلب مشترك في شكل عريضة واحدة تتضمن جميع البيانات وموقعة من طرفهما، ليستمع بعد ذلك القاضي لهما منفردين ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما محاولا الصلح بينهما، مستخدما سلطته في إلغاء أو تعديل الشروط الواردة في الطلب متى كانت متعارضة مع مصلحة الأولاد، أو مخالفة للنظام العام، ويتعين عليه رفض الطلب، إذا اتضح له اختلال القدرات الذهنية لأحد الزوجين، والتي تمنعه من التعبير عن إرادته، ومما يجب التنبيه له أن هناك من اعتبر الطلاق بالتراضي هو ذاته الخلع، غير أن هذه الصورة مختلفة تماما عن الخلع وما يؤكد ذلك المادة 48 قانون الأسرة التي تذكر الصورتين معا[53].

**خاتمة:**

من خلال هذه الدراسة، يتبين أن التشريعات تعتمد على الضوابط الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأسباب الإرادية لانحلال الزواج، ويتراوح هذا الضابط بين الجنسية بالنسبة للدول اللاتينية كما هو الشأن بالنسبة لفرنسا وقوانين الدول العربية شأن المشرع الجزائري والموطن بالنسبة للدول الأنجلوأمريكية.

هذا ويلاحظ أن التشريعات الغربية تكرس مبدأ المساواة بين الجنسين عند صياغتها لقواعد الإسناد، بحيث يتبنى المشرع الفرنسي ضابط الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، وقد سارت على نهجه بعض التشريعات العربية من ذلك المشرع التونسي، واكتفى المشرع الكويتي بالأخذ بضابط الجنسية المشركة، وعلى الخلاف من ذلك تُسند غالبية الدول العربية بما فيها المشرع الجزائري الأسباب الإرادية لانحلال الزواج لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

بخصوص هذا الأمر، يتبين أن المشرع الجزائري عند تعديله لأحكام التقنين المدني، سعى إلى تتميم الأحكام الناقصة في المادة 12 فقرة 2 من هذا التقنين، بحيث أضاف الانفصال الجسماني رغم أنه نظام غير معروف في الجزائر، ذلك أن الأمر يتعلق بمجال العلاقات الأسرية الدولية، ويمكن أن يطرح على القاضي الوطني نزاع في هذا الشأن، وعليه رفع الحرج على القاضي استلزم هذا التدخل، ولكن مع ذلك لم يتفادى المشرع الجزائري الانتقادات الموجهة له، عند حسمه لمشكلة التنازع المتحرك، بحيث ضبط ظرف الاسناد المتمثل في الجنسية من حيث الزمان بوقت رفع الدعوى، رغم أن ذلك قد يؤدي إلى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج، خاصة إذا كان هذا الأخير يجيز انحلال الزواج إراديا، في حين يمنع قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ذلك، إضافة إلى أن هذا الضابط يخول للزوج التحايل على القانون المختص بتغيير جنسيته واكتساب جنسية أخرى بما يسمح له بتحقيق أهدافه.

هذا وتجدر الإشارة، أن المشرع الجزائري لم يتفادى الانتقادات التي وجهت إليه بخصوص التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، فتحديد ضابط الاسناد بوقت انعقاد الزواج هو الآخر منتقد، ذلك أن إعماله يحول دون تطبيق القانون الوطني على الزوجة التي اكتسبت الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج، ويطبقه على أشخاص أصبحوا أجانب بسبب زوال الجنسية الجزائرية عنهم بعد ابرام الزواج.

وبالنظر للنتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة، يُقترح لتجاوز الانتقادات الموجهة للمشرع الجزائري إسناد الأسباب الإرادية لانحلال الزواج لضابط الجنسية المشتركة، على أن يعول على ضابط جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج في حالة عدم إتحاد جنسيتهما هذا كقاعدة عامة، على أن يطبق القانون الوطني إستثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى.

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

## الهوامش:

[1] -عصام عبد الفتاح مطر، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2008، ص.3.

[2] -سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص.558.

[3]- تقابل المادة 2/13 القانون المدني المصري، المادة 2/12 القانون المدني السوري، المادة 2/19 القانون المدني العراقي، المادة 2/14 القانون المدني الأردني، المادة 2/13 القانون المدني الليبي، المادة 2/19 القانون المدني السوداني. مأخوذ من، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، الطبعة العاشرة، 2008، ص.256.

[4] -القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع.44، س.2005.

[5] - الملاحظ أن نص المادة 2/12 من التقنين المدني قبل التعديل، لم تتعرض لمسألة الإنفصال الجسماني، بحيث كانت تنص: "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى".

[6]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الدويرة، بدون طبعة، سنة 2008، ص.181.

[7]- فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد 2، سنة 1999، ص.114.

[8]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2005، ص.76.

[9]-تنص المادة 49 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية، العدد15 لسنة2005: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."

[10]- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

[11]- المرسوم الرئاسي رقم 20-251 مؤرخ في 27 محرم عام 1442 الموافق 15 سبتمبر سنة 2020، المتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للإستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، ج.ر، ع54 ، س.2020.

[12]- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2003، ص.289.

[13]-محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص.142.

[14]- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 2006، ص.254.

[15]- المرسوم الأميري الكويتي 05 لسنة 1961 المتضمن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

[16]- convention du 12 Juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps.

[17]-محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، هامش ص.548.

[18]- تنص المادة 49 من قانون 98-97 الصادر في 27 نوفمبر1998، المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، ج.ر رقم 96 لسنة1998 :"الطلاق والتفريق الجسدي ينظمها القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها".

[19]- Art 309 du C. Civ. Fr. (Création Ordonnance N°2005-759 du 4 Juillet 2005 art.2 JORF du 6 Juillet 2005 en vigueur le 1er Juillet2006) qui dispose : « le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi Française :

- Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité Française ;
- Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire Français ;
- Lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux Français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

[20]- Jean Derruppé, Droit Internationale Privée, Dalloz, paris, 13éme éd, 1999, p.107.

[21]- حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، سنة 2001، ص.113؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، هامش ص549.

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

[22]- Nouhad Rizkallah, Droit International privé, M.A.J.D., entreprise universitaire d'étude et de publication (S.A.R.L.) , Beyrouth, Liban, 1ére éd ,1985, p.82

[23] - civ I , 15 Mai 1961, Arrêt Tarwid, cité par, Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle , Droit International privé, Masson, Parie, 1987,p.525.

[24]- بيار مايير، فونسييه هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م، ص.534.

[25] - Jean Derruppé, op.cit., p.109.

[26]- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفيسور فايز الحاج شاهين، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ-1994م، ص.411.

[27]- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، بنغازي، بدون طبعة، سنة 1994، ص132؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.179.

[28]- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة1997، ص.246.

[29]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.212.

[30]- لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006، ص.88.

[31]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، (الجنسية والموطن ومعاملة القانون الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص. 866؛ محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، سنة 2003، ص.363.

[32]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.289.

[33]- أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، الشروق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة2001، ص.108.

[34]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.369.

[35]- محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص.547.

[36]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 183.

[37]- جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، الطبعة الثانية، العدد 1، السنة 12، مارس1988، ص.236 .

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

[38]- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، (قواعد التنازل)، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، بدون طبعة، 1989، ص.179.

[39]- صادق محمد محمد الجبران، التصنيف في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص.31.

[40]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، 2000، ص.64.

[41]- الأمر الصادر بتاريخ 6 محرم 1376 الموافق ل 13أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدل والمتمم، ج.رالعدد66 لسنة1956.

[42]- Art 229AL2 du C. Civ. Fr.(Modifié par Loi n°2016-1547 du 18 novembre2016- art.50) dispose « Le divorce peut être prononcé en cas : :que

- Soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2 ;

- Soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;

d'altération définitive du lien conjugal; - Soit

- Soit de faute. »

[43]- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص.215.

[44]- تقابلها المادة 14 من القانون المدني المصري، المادة 14 من القانون المدني الليبي، المادة 15 من القانون المدني الأردني، المادة 19من القانون المدني العراقي، المادة 14من القانون المدني السوري.

[45]- فتيحة يوسف عماري، المرجع السابق، ص. 115.

[46]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص.264.

[47]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش. ملف رقم170082، صادر بتاريخ1998/02/17، المجلة القضائية، العدد 01، 2000، ص.ص. 167-170.

[48]- تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

[49]- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، بدون طبعة، سنة2007، ص.21.

[50]- تنص المادة 54ف 1 قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

E-ISSN : 2571-9742
P- ISSN: 1112-945X

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

[51]-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 موافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد21، سنة2008.

[52]-الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص.93.

[53]- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Editions Encyclopedia، بدون طبعة، 2003، ص.114.