**د. شرايرية محمد**

 **كلية الحقوق**

 **جامعة 8 ماي 1945**

**تنازع القوانين في مسائل الأسرة**

المستوى **: ماستر ــــ السنة ألأولى ـــ** الاختصاص **: قانون ألأسرة**

المقياس **: تنازع القوانين في مسائل الأسرة**

 **2020 / 2021**

|  |
| --- |
| **القانون الواجب التطبيق على الزواج**  |

**1ــــ تحديد مفهوم الزواج** :

 عرّفت المادة 4 من قانون ألأسرة الجزائري وفقا للتعديل الحاصل سنة 2005، الزواج بأنه : " هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

 بهذا المعنى ، الزواج هو الرابطة التي تجمع بين ذكر و أنثى من بني البشر و الرّامية إلى تكوين عائلة و إلى المحافظة على بقاء الجنس البشري دون غيرها.

 بهذا المعنى، فإن العلاقات الأخرى التي تبنتها بعض التشريعات و على رأسها الاعتراف بالزواج بين شخصين من نفس الجنس ؛ أي زواج المثليين.، و إن كان يتعين الإشارة إليه، لأن من شأن منازعاتهم أن تطرح أما القاضي الوطني،و بالنتيجة لذلك يفصل فيها بالكيفية التي يحددها القانون.

 و يشمل الزواج ، الزواج بعقد مكتوب او بعقد غير مكتوب ( زواج عرفي)،و الزواج الصحيح و الزواج الفاسد و الزواج بواحدة و الزواج بأكثر من واحدة.

 و في الغالب تسبق الزواج الخطبة، يتعين تناولها.

 **2** ــــ ا**لخطبة** :

 نصت المادة 5 من قانون ألأسرة على الخطبة،و عرفتها على أنها : " الخطبة وعد بالزواج . يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ... ".

 هل تدخل الخطبة في نطاق الزواج ؟

 نص قانون ألأسرة الجزائري على الخطبة بالمادة 5 منه : "

 نص القانون صراحة على أن الخطبة ليست زواجا، فهي ليست إلا تمهيدا للرابطة الزوجية و إن كانت لا تقيد أحد من المتواعدين فإنها تنشأ علاقات بين الخطيبين لا يمكن تجريدها من أي أثر قانوني.

 و لما كانت الخطبة قابلة لأن تكون موضوعا لعلاقة دولية فلا بد من إدراجها ضمن فئة من فئات التصنيف القانوني ليتسنى حل ما قد ينشأ حول الوضعيات القانونية التي يتولّد عنها من تنازع بين القوانين

 هناك اختلاف كبير بين ألأنظمة القانونية في تكييفها :

 **ـــــــــــ** الخطبة عقد عادي،

 **ـــــــــــ** الخطبة اتفاق ذا طبيعة عائلية ، فهي مقدمة للزواج، كما هو الحال في القانون الجزائري وفقا لصريح نص الفقرة ألوى من المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري.

**ـــــــــــ** الخطبة حالة من حالات المسؤولية المدنية .

 و بالتالي فالقانون الواجب التطبيق على الخطبة، يتحدد وفقا للطبيعة التي أضفيت عليها.

 إذا كانت الخطبة عقدا، فالقانون الواجب التطبيق علييها هو قانون الإرادة المنصوص عليه بالمادة 18 من القانون المدني،

 و إذا كُيّفت على أنها مقدّمة للزواج، فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي، و إذا كيّفت على أنها حالة من حالات المسؤولية المدنية ، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الجنحة ( مكان إجراء الخطبة). **Lex loci delicti**

المشرع الجزائر اعتبرها مقدمة للزواج، و لكن ليس زواجا، و لم يرد حكما يتعلق

بها بمقتضى نصوص التنازع، الجزائرية، و بالتالي باعتبارها تقترب بل تكاد تندمج في فئة ألأحوال الشخصية اندماجا كليا، فمن البداهة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي للخطيبين، غير أنه غياب التنصيص على ذلك، لا يمكن الجز م بذلك، و يبقى الأمر متروكا للقضاء لتحديد ذلك في انتظار سن نص خاص بالخطبة.

 غير أنه و قياسا على الزواج ، أخضعها البعض لقانون الخطيبين فيما يتعلق بالشروط الموضوعية،و أخضع الشروط الشكلية للقاعدة المكرسة بالمادة 19 من القانون المدني هو قانون مكان الإبرام(قانون المحل).

في **فرنسا**، استنادا إلى معطيات القانون الداخلي اتجه الفقه الفرنسي إلى إدماج الخطبة ضمن الالتزامات التقصيرية ( الجنحية)،و حتى القضاء الذي هو نادر بشأن المسالة تبنى نفس التوجه. .

و مثل هذا الحل يمكن أن يجد تطبيقا له بشأن آثار الخطبة في نطاق القانون الجزائري، متى ترتب عن عدول أحدهما ضرار للأخر، بحيث تترتب مسؤولية مدنية تقصيرية،و بالتالي فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يحكم الالتزامات الغير التعاقدية، و وفقا للمادة 20 من القانون المدني الجزائري. هو قانون البلد الذي وقع في افعل المنشئ للالتزام ( قانون المحل ــ مكان) الذي وقع ،و هنا هو المكان الذي تم فيه العدول،

 أما الهدايا التي تم تبادلها بين الخاطب و الخطوبة كالحلي و ا يقدمه عادة الخاطب للخطوبة خلال المناسبات و الأعياد، لم تلق حلا موحدا لدى الفقه. فأخضعها البعض لقانون جنسية الخطيبين على أساس أنها تدخل في مسألة انعقاد الخطبة. في حين يرى البعض أن الالتزام برد الهدايا يرجع إلى قانون محل تحقق الإثراء لكون أن هذا الالتزام برد الهدايا هو تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب.

**3 ـــــ مفهوم الشروط الموضوعية للزواج** :

 تختلف ألأنظمة القانونية بشكل بيّن بشأن ما تعتبره شروطا موضوعية من عدمه،و بالتالي فأول إشكالية تصادف قاضي الدعوى هو تكييف المسالة المطروحة عليه، حتى يتسنى له لاحقا إعمال قاعدة الإسناد المقررة و بالنتيجة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع لمعروض عليه.

 لانعقاد الزواج صحيحا تعين توافر مجموعة من الشروط الموضوعية( الشروط و الأركان )، و هي وفقا لقانون ألأسرة الجزائري :

 ( المواد 9 ، 23، 25، 26، 27 ق. أسرة)

 ـــــــ الرّضا : رضا الزوجين.

 ــــــ الأهلية : وفقا للمادة 7 ق. أسرة، اكتمال 19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة، و

 ان يتعلق بها من إمكانية الترخيص من قبل القاضي)

 ــــــ الولي و صلاحية المرأة أن تزوج نفسها،

ـــــــ اختلاف الدّين

ــــــ الصداق ( المهر).

ـــــــ تعدد الزوجات ـــــــ أجل العدّة

ـــــــ الشهود

ـــــــ انتفاء الموانع الشرعية المؤبدة أو المؤقته (محرمات بالقرابة، بالمصاهرة، بالرضاع)

ـــــــ تقدم وثيقة طبية من طالب الزواج لا يزيد تاريخها تاريخها عن 3 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض ع الزواج.

**4 ــــ القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج :**

 يتعين التمييز بين ما إذا كانت الزوجين لهما جنسية مشتركة، و في حالة اختلاف الجنسية.

**4 ــــــ 1 ـــــ القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في حالة اتحاد جنسية الزوجين**:

 القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضعية للزواج مثل : السن المتطلب للزواج، الجنس ( زواج بين شخصين من جنسين مختلفين؛ اي بين رجل و امرأة، أم زواج بين شخصين من نفس الجنس؛ أي زواج المثليين )،و ألأهلية المتطلبة لصحة الزواج، هذه المسألة تندرج ضمن الحالة الشخصية؛ بمعنى القانون الوطني هذا إذا كانت لهما جنسية مشتركة؛ بمعنى ينتميان إلى دولة واحد بجنسيتها.

**4 ــــــ 1 ـــــ القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج في حالة اختلاف جنسية الزوجين الجنسية:**

 حدّدت المادة 11 من لقانون المدني الجزائري وفقا للتعدي الحاصل سنة 2005، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج بنصها صراحة على " ... الشروط الموضوعية...)، متجاوزة الانتقاد الذي كن موجها لمضمونها قبل التعديل ، بحيث كانت المادة في صيغتها القديمة تشير إلى الزواج دون تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بالشروط الموضوعية أم الشروط الشكلية أم كليهما معا.

 فرغم تحديد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون كل من الزوجين ، أي القانون الشخصي لكيليهما ( أي جنسية كل منهما). و لكن كيف يتعين تطبيق هذا القانون، **هل يطبق بشكل تجميعي آم بشكل توزيعي**  ؟

**4 ــــــ 1 ـــــ 1 ــــ المبدأ : التطبيق التوزيعي لقانون الزوجين :**

يتم تحيد مدى احترام الشروط الموضوعية للزواج تقديره من زاوية قانون كل طرف بالنسبة لذلك الطرف؛ بمعنى أن قانون الزوج يطبق على الزوج دون أن يمتد للزوجة، و قانون الزوجة يطبق على الزوجة دون أن يمتد للزوج**.**

**مثال : تزوج ألماني عمره 18 سنة من هولندية عمرها 20 سنة.**

|  |  |
| --- | --- |
| **قانون الزوج** | **قانون الزوجة** |
| **ـــــــ** أن يكون عمر الرجل من العمر 18 سنة**ــــــ** أن يكون عمر الزوجة 19 سنة | **ـــــــ** أن يكون عمر الرجل من العمر 19 سنة**ــــــ** أن يكون هو الزوجة 20 سنة |

**في مثل هذا المثال،** التطبيق التوزيعي للقانونسيفضي إلى اعتبار الزواج صحيحا، لآن الزوج وفقا لقانونه مستوف لشرط السن، و إن كانت الزوجة غير مستوفية له.

و بالنسبة للزوجة تعتبر مستوفية لشرط السن وفقا لقانونها، و إن كان الزوج غير مستوف له. بمعنى أنه يطبق قانون الزوج على الزوج بالنظر للشروط المتطلبة بالنسبة إليه فقط بغض النظر ‘عن الشروط المتطلبة في الزوجة ، و الأمر كذلك بالنسبة للزوجة.

**4 ــــــ 1 ـــــ 2 ــــ** **التطبيق التجميعي لقانون الزوجين** :

 يفيد أن يطبق كلا القانونين على كل من الزوج و الزوجة؛ بمعنى أن صحّة الزواج من عدمه مرهونة بتوافر جميع الشروط الموضوعية المتطلب في قانون الزوج بالنسبة للزوج و الزوجة معا، و أن تتوافر كذلك جميع الشروط الموضوعية المتطلبة في قانون الزوجة بالنسبة لزوجة و الزوج معا؛ بمعنى أن تخلّف شرط واحد مقرر في احد القانونين يجعل العقد غير صحيح.

 و ترتيبا على ذلك، فتخلف سن الزواج المتطلب في قانون الزوجة بالنسبة للزوج (19 سنة) في المثال السابق يجعل العقد غير صحيح( باطل).

**4 ــــــ 1 ـــــ 3 ــــ الإستثناء الوارد بالمادة 13 من القانون المدني الجزائري:**

 بمقتضى المادة 13 من القانون المدني الجزائري كرّس المشرع الجزائر بقاعدة

أحادية الجانب لتحديد القانون الواجب التطبيق بشان الشروط الموضوعية للزواج، بمخالفة للمنهجية التي اتبعها بمقتضى المادة 11 ذات القانون، و التي تضمنت قاعدة إسناد(تنازع) .

 و القانون الواجب التطبيق وفقا للقاعدة الأحادية هذه، هو القانون الجزائري وقت انعقاد الزواج إذا كان أحد طرفي العلاقة الزوجية (أحد طرفي النزاع )جزائريا سواء أكان الزوج أم الزوجة.، غير انه تستثنى ألأهلية، التي تبقى خاضعة للمادة 10 الفقرة ألأولى من ذات القانون، و بالتالي فالقانون المنطبق عليها هو قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم

**5 ــــــ القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج** :

 أغفل المشرع حتى بمقتضى التعديل الحاصل سنة 2005 ألإشارة إلى القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج، رغم أنه عمد بمقتضى المادة 11 إلى فصل الشروط الموضوعية عن الشروط الشكلية.، و على ذلك، فهي تخضع للقاعدة العامة المقرر بالمادة 19 الفقرة ألأولى من القانون المدني بشأن القانون الواجب التطبيق على الشكلية. و على ذلك، يخضع شكل الزواج لقانون مكان إبرام عقد الزواج. غير أن الفقرة الأخيرة من ذات المادة سمحت بإخضاع شكل التصرفات لقانون غير بلد ألإبرام، ففي خالة غياب ضابط ألإسناد ألاحتياطي أوجد المشرع ضوابط احتياطية تتمثل في :

ـــــــــ قانون الموطن المشترك للمتعاقدين،

ـــــــ القانون الوطني المشترك،

ـــــــــ القانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية.

 و متى توافرت شروط إعمال الضابط ألأخير هذا، فمفاد ذلك أن القانون الذي يطبق على الشروط الموضوعية هو ذاته القانون الذي يسري على الشروط الشكلية؛ بمعنى أن قانون كل من الزوجين هو الذي يحكم شكل الزواج، و هو ما سيفرز إشكاليات في التطبيق.

**مثال** : إيطالية متزوجة بإسباني، و أبرم عقد الزواج بالمغرب، فإن القانون المغربي هو الواجب التطبيق من حيث الشكلية التي يتعين أن يأخذها.

**6 ـــــ إشكالية التكييف : إشكالية التمييز بين ما يدخل ضمن الموضوع و ما يدخل ضمن الشكل** :

 تشكّل قضية زواج اليوناني الأرذوكسي أبرز مثال على ما يثيره الزواج من إشكاليات تتعلق بتحديد المسالة ما إذا كانت تدخل ضمن الشروط

 الموضوعية أو الشكلية للزواج ؟

 **زواج اليوناني الآرثوذكسي ، قضية Caraslanis ( 22 جوان 1955 )**

 تبلور موقف القانون الفرنسي بشكل بواضح من خلال قضية Dimitri Caraslanis يوناني الجنسية تزوج بفرنسية Marie- Richard Dumoulin بباريس بتاريخ 12 سبتمبر 1931.

 رفعت الزوجة الفرنسية دعوى طلاق أمام محكمة باريس. أجاب الزوج Caraslanisمقدما طلبا مقابلا يتعلق ببطلان الزواج بسبب إبرامه دون استيفاء ما يتطلبه لقانون اليوناني ، و هو وجوب الإحتفاء به في الشكل الديني أمام كاهن أرثوذكسي، و هو بهذا المعنى يعد شرطا يتعلق بالموضوع.

 أجابت الزوجة، أن الزواج المُحتفى به في باريس يعد صحيحا لاستيفائه لمتطلبات القانون الفرنسي الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج.

 صدر الحكم لفائدة الزوجة، فاستأنف الزوج الحكم، فأيده قضاء الاستئناف.، فطعن بالنقض، ,و استند في طعنه إلى أن المسألة تستند على شرط موضوعي يخضع للحالة الشخصية،و بالنتيجة، فإن قانونه اليوناني هو الواجب التطبيق على دعوى الحال.

 هذه القضية تكون قد طرحت إشكالية تنازع التكييفات المتعلقة بالاحتفاء بالزواج الديني للزواج و حصرا ما إذا كانت قواعده تنتمي إلى فئة قواعد الشكل أو إلى فئة قواعد الموضوع، و كان على محكمة النقض الفرنسية الفصل فيه.

 تجدر ألإشارة إلى أن كلا من القانون اليوناني و الفرنسي يخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني، و في قضية الحال للقانون اليوناني، في حين الشروط الشكلية تخضع لقانون مكان الاحتفاء،و هنا هو القانون الفرنسي، غير أن الإختلاف الوحيد فيما بينهما يتعلق بمضمون الفئات المسماة بالشروط الموضوعية و الشروط الشكلية، و أي منهما يمكن أن يؤطر متطلبات الإحتفاء الديني للزواج.

 تبنت محكمة النقض حلا كرّست من خلاله مبدآ " خضوع التكييف لقانون القاضي Lege fori ، الذي وفقه، يتم التعرف على فئة علاقة قانونية دولية ما من خلال المفاهيم المعتمدة في نطاق قانون القاضي الفرنسي، و في قضية الحال،فإن الإحتفاء بالزواج ينظر إليه في القانون الفرنسي على أنه مسالة شكل،و هو ما يؤدي إلى تطبيق مبدأ خضوع الشكل لمكان الإبرام locus regit actum، أي يطبق القانون الفرنسي على النزاع، و بالتالي يعتبر الزواج صحيحا.

**7 ــــــ القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج :**

**7 ــــــــ 1 ــــــ القاعدة** :

 القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وفقا للمادة 12 الفقرة ألأولى من قانون القانون المدني الجزائري، هو قانون جنسية الزوج وقت إبرام العقد، سواء تعلقّ ألأمر بالآثار الشخصية أو ألآثار المالية.، و لا يؤثر تغيير الجنسية بعد إبرام عقد الزواج على القانون الواجب التطبيق،و حتى و لو أصبحت جنسية الزوجين واحدة.

**7 ـــــــــ 2 ـــــ ألاستثناء** : **تطبيق القانون الجزائري :**

 وفقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري، إذا كان احد الزوجين جزائريا (الزوج أو

الزوجة) فإن القانون الجزائري وحده دون غيره هو الواجب التطبيق، بهذا الشكل يكون

المشرع قد كرس قاعدة أحادية الجانب.

 و لما كانت الذمة المالية تحضى بأهمية كبيرة من قبل الأزواج، فيتعين التوسع .تفصيلها.

 تاريخيا، تم التعرض إلى تكييف النظام المالي للزوجين من خلال الاسشارة التي قدمها للفقيه ديمولان Dumoulin للزوجين Ganey بشأن منازعة ثارت حول نظامهما المالي ، بحيث كيّفه ــــ دون استعمال مصطلح تكييف ــــ على أنه مسألة عقدية، و بالنتيجة لذلك طبّق عليه قانون الإرادة.

في ظل النظام الأوروربي **ر**قم 1103/2016عرّفت المادة 3 – 1 –أ النظام المالي على أنه : " مجموع القواعد المتعلقة بالعلاقات المالية بين ألأزواج،و في علاقتهم مع الغير، الناتجة عن الزواج أو حلّه ". بهذا الشكل يكون النظام قد تبنى تعريفا واسعا بحيث حقوق كل زوج في إدارة ذمته المالية،و في ذات الوقت تصفية نظامهما المالي في حالة الوفاة أو الطلاق. غير أنه لا يدخل ضمن متطلبات النظام المالي للزوجين وفقا للمادتين 1 و 27 من ذات النظام المسائل الجبائية و الجمركية، و لا قواعد أهلية الأزواج أو قواعد صحة الزواج، و لا التزامات الغذائية، و لا التأمين الاجتماعي، و لا حقوق التقاعد، و طبيعة الحقوق العينية و شهرها . هذا التعريف لا يتماشى مع التعريف المعتمد من قبل القانون المدني البلجيكي، الذي يعد بالمقارنة معه تعريفا ضيقا**(3)**.

 فالأحكام المتعلقة بالطلاق لا تمتد لتشمل تصفية أو قسمة النظام المالي للزوجين، فلم يتضمن نظام بروكسل 2 مكرر « Bruxelles II*bis* » لم يتضمن أي تمديد للاختصاص.، و حتى بالنسبة للطلبات العارضة أو المرتبطة.

**أ ـــــــ القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين في نطاق الأنظمة التشريعية الوطنية :**

حاليا، يمكن تقسيم الأنظمة القانونية إلى ثلاث ، و كل منها يخضع النظام

 المالي للزوجين إلى قانون خاص بالنظر إلى ما إذا كان له علاقة بالحقوق المالية أو مع العقود أو مع الأشخاص.

 الحلول التقليدية الثلاث التي تقاسمها جل الأنظمة العالمية ، و المتمثلة في خضوع النظام المالي للزوجين إما للقانون العيني، أو خضوعه لقانون الاستقلالية، أو خضوعه للقانون الشخصي.

**1° ــــ ألأنظمة القانونية التي تفضل خضوع النظام المالي للقانون العيني، قانون موقع المال.**

 هو الحل المتبنى في دول القانون العام common law

**2° ــــ ألأنظمة القانونية التي تفضل خضوع النظام المالي لقانون استقلالية الإرادة :**

هناك نوع ثان من الحول، يتمثل في إخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة**.**

و الملاحظ أن كل الأنظمة القانونية المعاصرة تُخضع العقود في الغالب لهذا القانون. و لقد انتقد تطبيق قانون الإرادة على النظام المالي للزوجين و لكن في حقيقة ألأمر كانت موجهة ضد النظام القانوني و ليس النظام ألاتفاقي، لكون هذا ألأخير يستند إلى العقد،

**ب ــــــ القانون الواجب التطبيق على منازعات النظام المالي للزوجين في نطاق القانون ألاتفاقي(الدولي) :**

 أخضعت المادة 3 من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 14 ارس 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي كقاعدة لمبدأ ألإرادة؛ بمعنى حرية الأزواج في الحق في اختيار القانون المنطبق على نظامهم المالي،غر انها قيدته بأربعة عناصر ربط تتمثل في :

 ــــــ قانون الجنسية،

 ـــــــ قانون الإقامة المعتادة عند الاختيار ،

ـــــــ قانون أول دولة أقام فيها احد الزوجين إقامته المعتادة فيها،

ــــــ بالنسبة للعقارات فقانون مكان التواجد.

**ج ــــــ القانون الواجب التطبيق على منازعات النظام المالي للزوجين في نطاق الأنظمة الأوروبية :**

**1*°*ـــــ القانون الواجب التطبيق هو قانون ألإرادة :**

 تكرس المادة 22 من النظام الأوروبي رقم 1103/ 2016 استقلالية إرادة ألأزواج و الشركاء في اختيار القانون الواجب التطبيق على نظامهم المالي و الآثار المالية مع تأطيره، و كذا إمكانية تغييره،و تمكنهم الفقرة ألأولى من المادة 22 من النظام من الاختيار من بين عدة قوانين.

 فمتى ثار نزاع بين الزوجين بشأن نظامهما المالي، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون المختار من قبلهما إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العقود بشكل عام. غير ان القانون المعين نتيجة لاختيار الزوجين ليس مطلقا، بل هو مقيد ببعض العناصر، من بينها أن يكون للقانون المختار أوثق صلة بالنزاع ،و تستنبط هذه الصلة ( اي وجود علاقة وطيدة بين النزاع و القانون المختار) من خلال الجنسية و مكان الإقامة .

يستنبط من المادة 22 من النظام الأوروبي لسنة 2016 أن يمكنهم اختيار قانون الدولة التي يكون فيها على الأقل احد الزوجين

المستقبلي و الشريك المستقبلي إقامته المعتادة عند إبرام الاتفاق أو قانون الدولة التي ينتمي إليها أحدهما بجنسيته لحظة إبرام الاتفاقية . و لقد سمح النظام ألأوروبي رقم 1103/2016 للأزواج اختيار القانون الذي يحكم نظامهم المالي في مراحل عدة من حياتهم الزوجية.

**2° ــــ القانون الواجب التطبيق في غياب قانون ألإرادة :**

 إذا لم يُقدم الأزواج على اختيار قانون يحكم منازعاتهم المنصبة على نظامهم

المالي، فإن القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 26 من النظام الأوروبي رقم

1103/ 2016 يتم بشكل تراتبي لضوابط ربط ثلاث:

ـــــــ أول إقامة معتادة مشتركة للزوجين بعد الاحتفاء بالزواج،

 ــــــــ قانون دولة الجنسية المشتركة للزوجين وقت الاحتفاء بالزواج، و بداهة فهذا القانون لا يجد تطبيقا له في حالة اختلاف جنسية الزوجين،

ـــ قانون الدولية التي للزوجين أوثق الصلة بها عند الاحتفاء بالزواج.

|  |
| --- |
| **القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج** |

 يتم انحلال الزواج (فك الرابطة الزوجية) عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع و حتى اللعان( الظهار)، و كذلك التفريق الجسدي وفقا للتعديل الحاصل سنة 2005، الغير معروف في نظامنا الأسري كمؤسسة منهية للعلاقة الزوجية، فهي تتعلق بالنظام المسيحي و ليس الإسلامي.

**1 ــــــ القاعدة** :

 وفقا للمادة 12 الفقرة الأخيرة من القانون المدني يخضع انحلال الزواج **لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى؛** بما يفيد أن التغيير اللاحق الجنسية باعتبارها ضابطا للإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق لا يؤثر القانون الواجب التطبيق ، لكونه قُيّد بزمن معين، و هو وقت رفع الدعوى.

**2 ــــــ نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية** :

 يدخل ضن نطاق إعمال المادة 12 من القانون المدني ، أن فانون الزوج هو الذي يحدد ألأسباب التي تنحل بها الرابطة الزوجية و التفريق الجسدي،و هو المرجع في تحديد أدلة الإثبات المقبولة و حجيتها، و من يقع عليه عبء الإثبات

**3 ــــ الاستثناء : تطبيق القانون الجزائري :**

 وفقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري، تم تبني قاعدة أحادية الجانب، تم بمقتضاها تكريس تطبيق القانون الجزائري دون غيره على النزاع لمتعلق بانحلال الزواج وقت انعقاد الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا.

 مثل هذا الحل منتقد، و لذا تبنى القانون التونسي للقانون الدولي الخاص لسنة 1997 حلا مغايرا، بحيث أخضع الإنحال إلى ضابط إسناد أساسي و أردفه بضابطين احتياطيين. فوقا للفصل 49 من هذا القانون، القانون الواجب التطبيق على الطلاق و التفريق الجسدي هو القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، و عند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين،و في حالة عدم وجوده، يطبق القاضي لمعروضة عليه الدعوى قانونه الوطني.

**4 ـــــ القانون الواجب التطبيق غلى إجراءات انحلال الزواج :**

 تخضع ألإجراءات القضائية و المتعلقة بانحلال الزواج و كذا التدبير المؤقتة لقانون القاضي ؛ بمعنى قانون المحكمة المعروض عليها النزاع. فرغم غياب نص صريح ، إلا انه إعمال للقاعدة العامة. التي تخضع الإجراءات لقانون القاضي و هي قاعدة قديمة تترجمها القاعدة اللاتينية **lex fori regit procesum**

و مرد ذلك، أن ألإجراءات تتعلق بالنظام العام، و بالتالي ن يستبعد و يقصى اي قانون آخر في نطاقها.