جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

عنوان المذكرة

القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

فرع : القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبين:

أوصالح نعيمي

بلعلى جيلالي

تحت إشراف الدكتور:

أيت منصور كمال

لجنة المناقشة :

د.إقروفة زبيـــــدة	، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية-،	**رئيسا،**
د. أيت منصور كمال	، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية-،	**مشرفا و مقررا،**
أ.ناتوري كريـــــم	، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية-،	**ممتحنا.**

تاريخ المناقشة:16-06-2014

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أعاننا على إنجاز هذا البحث، نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور أيت منصور كمال الذي تحمل معنا أعباء هذه المذكرة و لم يبخل علينا بالجهد و الوقت فجزاه الله عنا كل خير.

كما نشكر أعضاء اللجنة الأفاضل الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة.

و نشكر أسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية لجامعة -بجاية- من إدارة وعمادة على التسهيلات التي قدموها لنا .

إهداء

إلى من أضاء لي درب العلم شموعا، وعلمني أن الدنيا تؤخذ غلابا، أبي

إلى من يصعب حصر جميلها، و الجنة تحت أقدامها، أمي

إلى كل إخوتي عادل، ناريمان، ديهية

إلى كل أعمامي و أخوالي و أبنائهم، و بالأخص عمار الذي كان قدوتي

إلى من ندعو الله بأن يديمهم لنا و يطيل في عمرهم " جدتي و جدي"

إلى كل زملاء الدراسة و أصدقائي لطفي، عادل، بلال، مبروك، يوسف، إدريس وغيرهم

إلى كل أساتذتي من الابتدائي إلى الدراسات العليا، بالأخص أيت منصور و زرارة و مقنانة وجيلالي

و إلى كل من جمعتنا بهم الحياة، أهدي هذا العمل المتواضع

أوصالح نعيمي

إهداء

إلى كل أفراد عائلتي الكبيرة و الصغيرة.

إلى كل من مد لي يد العون في بحثي هذا.

وكل طالب علم سعىواجتهد في طلبه.

جيلالي

مقدمة

تأوي دول العالم بالإضافة إلى مواطنيها رعايا أجانب، وذلك راجع لاختلاطهم بالوطنيين ووجود تعاملات بينهم بسبب نمو وتعدد مصالح علاقات الأفراد وازدياد ظاهرة الهجرة ، ومن هنا كانت الحاجة تستدعي إلى البحث عن قواعد قانونية تتولى تنظيمها.

وبالتالي فوضع قواعد التنازع كان الهدف منها هو تحديد القانون الواجب التطبيق الذي قد يكون قانونا وطنياأو أجنبيا، لأنه من غير المعقول أن تبقى تلك العلاقات خاضعة لأحكام القانون الداخلي فذلك قد يؤدي إلى إهدار و ضياع حقوق الأفراد خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، فبالرغم من أن الدولة ذات سيادة و لها نظامهاالقانوني الخاص بها؛ إلا أنها تتنازل عن سيادتها وتقبل تطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، وهذا التنازل الذي أقدمت عليه الدولة له أهمية بالغة على الصعيد الدولي، خصوصا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لأنها تراعي خصوصيات الأجانب وتترك الأمر لقوانينهم الشخصية بتنظيمها.

إن قواعد الإسناد لا تزال هي الآلية الفنية المعمول بها في كافة تشريعات القانون الدولي الخاص لحل تنازع القوانين، و أصبح لا ينحصر دورها في تحديد القانون المختص بحكم النزاع استنادا إلى مركز الثقل في العلاقة القانونية المشتملة على عنصرأجنبي، وإنما أصبحتقواعده تسعى إلى تحقيق العدالة.

يعتبر الزواج أكثر مواضيع الأحوال الشخصية التي تثير النزاع والخلاف بين الدول نظرا لاختلاف قوانينها في تنظيم أحكام الزواج ولارتباط هذا الأخير بالمعتقدات الدينية والمفاهيم الاجتماعية التي تختلف من دولة لأخرى، فقد يحدث أن يواجه القاضي الذي تعرض أمامه قضية التي تعتبر رابطة زواج من قبل بعض القوانين الأجنبية، في حين أنها ليست كذلك وفقا لفكرة الزواج في قانون القاضي، فالزواج كأي تصرف قانوني آخر ينتهي وفق طرق معينة تختلف من قانون لآخر، فنجد بعض قوانين أمريكا اللاتينية لا ينتهي فيها الزواج إلا بالوفاة؛ بينما الدول التي استمدت قوانينها من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاؤه بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتطليق بناء على طلب الزوجة في حالات معينة وغيرها من طرق حل الرابطة الزوجية .

تعرف الدول الغربية نظاما غير مقرر في الشريعة الإسلامية وهو الانفصال الجسماني الذي لا ينتهي به الزواج؛ إنما تعطيل أو توقف المعاشرة والمعيشة المشتركة بين الزوجين والذي قد يؤدي إلى انحلال الزواج إذا استمر لمدة معينة يحددها القانون.مثل ما نصت عليه المادة 306 من التقنين المدني الفرنسي أنه إذا استمرالانفصال الجسماني لمدة سنتين يحق لأحد الزوجين طلب الطلاق[1].

بمناسبة التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري سنة 2005[2] فيما يخص قواعد الإسناد، حاول سد مجموعة من الثغرات التي كانت موجودة في السابق. فمن بين التعديلات التي تهمنا هي تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، وبالأخص نص المادة 2/12 من القانون المدني[3].حيث قام المشرع بإضافة نظام لا يعرفه التشريع الجزائري و هو الانفصال الجسماني، وذلك بوضعه في نفس قاعدة الإسناد المتعلقة بانحلال الزواج وبالتالي جعلهما يخضعان لنفس الأحكام.

و نظرا لأهمية موضوع تنازع القوانين في مسائل انحلال الزواج والانفصال الجسماني خاصة وأن المشكلات التي يثيرها على صعيد العلاقات الدولية الخاصة متعددة ومتنوعة ، وتثير من الخلاف والجدل ما لم يثره موضوعا آخر نظرا لكون الزواج الميدان الخصب لتنازع القوانين. فقد ارتأينا أن نعالج أهم جوانبه القانونية المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني .

ومن هذا المنطلق يتمحور الموضوع في البحث حول مدى ملائمة الحلول الوضعية المقررة لفض تنازع القوانين في مسائل انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في قواعد الإسناد الجزائرية واستجابتها للتطورات الحاصلة على الصعيدين الوطني والدولي؟.

---

[1]- Code civil Français, voir le site internet: www.legifrance.gouv.fr

[2]- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان سنة 2005 ، معدل ومتمم للقانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 44، صادر في 26-06-2005.

[3]-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني،ج.ر.ج.ج.عدد 78، صادر في 30-09-1975 معدل ومتمم ،أنظر الموقع الإلكتروني: www.joradp.dz

عمدنا في دراستنا لهذا الموضوع إتباع المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية المرتبطة بالدراسة محل البحث، على أن يتم اللجوء إلى الأراء الفقهية والأحكام القضائية في حالة غياب أو قصور التنظيم القانوني لمسألة معينة.

ونظرا لعدم كفاية هذا المنهج، قد استعننا بالمنهج المقارن بين التشريع الجزائري و التشريعات الأخرى كلما اقتضى الأمر ذلك.

بناء على ما تقدم و من أجل إعطاء رؤية واضحة لمختلف الجوانب التي تحيط بالموضوع قد اعتمدنا على الخطة الثنائية، وذلك بتقسيم المذكرة إلى فصلين **(الفصل الأول)** نستعرض فيه إخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لنفس قاعدة الإسناد والآثار المترتبة على إخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لنفس الأحكام **(الفصل الثاني).**

الفصل الأول

إخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لنفس قاعدة الإسناد

إن المشرع الجزائري قبل تعديله لقواعد الإسناد، قد أخضع انحلال الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهذا طبقا لنص المادة 12 فقرة2 من التقنين المدني التي تنص قبل التعديل على أنه: "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، إذ اكتفى المشرع الجزائري بوضع ضابط إسناد لانحلال الزواج ولم يتعرض إلى مسألة الانفصال الجسماني، وهو نظام مقرر في القوانين الغربية ومن الجائز أن تعرض أمام القضاء الجزائري نزاعات بشأنه، والمفروض في قواعد الإسناد أن توضع للتطبيق على الوطنيين والأجانب.

قد تدارك المشرع هذا النقص بموجب قانون رقم 05-10 عندما تمم الفقرة الثانية من المادة 12 وذلك بإضافة نظام الانفصال الجسماني، فأصبحت الفكرة المسندة شاملة للانحلال والانفصال الجسماني وقد أخضع المسألتين معا لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على أن هذه القاعدة يقيدها الاستثناء الوارد بالمادة 13 من نفس التقنين والتي تنص على تطبيق القانون الجزائري في المادتين 11و12 متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ونجد نفس هذا الاستثناء مقرر في معظم الدول العربية.

كما أنه يستوجب من أجل طلب حل الرابطة الزوجية أو الانفصال الجسماني توفر شروط موضوعية وأخرى إجرائية، فالأولى تتمثل في حالات التي يحق لأحد الزوجين في إنهاء الزواج و طلب الانفصال الجسماني وغير ذلك، فنجد أنها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ؛ أما الشروط الإجرائية أي الإجراءات الواجب إتباعها أمام القضاء لطلب فك العصمة الزوجية أو الانفصال الجسماني و أيضا الإجراءات التحفظية، فهي تخرج من مجال قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فتخضع بدورها لقانون القاضي أو قانون البلد الذي تباشر أمامه الإجراءات، أما الأثار المترتبة على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني فهي تارة تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وتارة أخرى تخضع للقانون الشخصي للزوجين.

الأمر لا يقتصر عند هذا الحد، فإعمال قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يستوجب ألا يكون القانون المحدد بمقتضاها مخالفا للأسس و المبادئ الأساسية في دولة

القاضي التي تشكل في مجموعها ما يسمى النظام العام، ولا يكون هذا القانون قد ثبت له الاختصاص نتيجة تحايلات الأفراد على القانون المختص أصلا بحكم النزاع، أي عن طريق الغش نحو القانون.

ومن خلال ما تم تقديمه يتطلب توضيح هذا الفصل بدراسة مضمون قاعدة الإسناد المتعلقة بانحلال الزواج و الانفصال الجسماني في (**المبحث الأول**)، و تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

مضمون قاعدة الإسناد المتعلقة بانحلال الزواج و الانفصال الجسماني

إذا كان انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني هي من الأفكار المسندة التي يرجع في تحديد مفهومها لقانون القاضي، فنجد أن المشرع وضع لها ضابط إسناد وهو ضابط الجنسية الذي رجحه على ضابط الموطن، وبالتالي فقد أخضع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني إلى القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ لم يكتف المشرع بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى وإنما قيدها باستثناء، وذلك بتطبيق القانون الجزائري لوحده على انحلال الزواج والانفصال الجسماني إذا كان أحد الطرفين سواء الزوج أو الزوجة جزائريا وقت انعقاد الزواج .

وفي هذا الاطار سوف نتعرض الى قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى **(المطلب الأول)**، والاستثناء الوارد على قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول

قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

أورد المشرع الجزائري قاعدة عامة بشأن ضابط الإسناد المطبق على الانفصال الجسماني وانحلال الزواج الذي لم يميز فيه بين الطلاق والتطليق بخلاف التشريعات العربية المقارنة، حيث قام بإسنادهما الى قانون جنسية الزوج الذي فضله على قانون جنسية الزوجة، إلا أنه لم يتوقف إلى هذا الحد، وإنما نص على تطبيق قانون جنسية الزوج لكن وقت رفع الدعوى ،إذ يلعب عنصر الزمن دور جوهري في هذه الحالة، مما يدفعنا إلى البحث عن مضمون قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى**(الفرع الأول)** واعتماد المعيار الزمني **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

مضمون قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

أخضع المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إذ ينتمي الموضوع إلى الأحوال الشخصية أين فضل المشرع ضابط الجنسية على ضابط الموطن[4] وهذا وفقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني التي تنص على أنه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[5]، وهناك من يرى في هذا الشأن أن المشرع بإسناده الطلاق إلى قانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق بالإرادة المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية، ويعزو هذا الاتجاه التشريعي إلى أن الرجل المسلم قد أساء استعمال رخصة الطلاق وأهمل القيود التي ترد عليه طبقا للشريعة الإسلامية [6]، وفي مقابل ذلك قال **رأي** أخر أنه و إن كان صحيحا في اشتراط المشرع إصدار حكم بالطلاق كي يعتد به من الناحية القانونية كما أنه لا يجوز إثباته إلا بحكم قضائي طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة، و لكن المشرع الجزائري لم يقيد إرادة الزوج في حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وفقا للمادة 48 من نفس التقنين كأن يشترط أن تتوفر أسباب معينة لقبول طلب الطلاق كما هو الشأن في التطليق طبقا لنص المادة 53 من القانون نفسه ، فإرادة الزوج حرة إذا أصر عليه فما على القاضي إلا أن يستجيب لطلبه و يحكم بالطلاق[7] .

نرى أن الزوج يمكن له حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة طالما أن المشرع الجزائري لم يضع شروط معينة لطلب الطلاق، إذ يستوجب فقط على الزوج إصداره بحكم قضائي كي يعتد به من الناحية القانونية ، فإرادة الزوج حرة في الطلاق فعلى القاضي أن يستجيب له بالطلاق إذا طلب ذلك، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال الحق أوفي المساس

---

[4]- أيت منصور كمال، "إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني و التبني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،عدد02، 2010،ص.146.

[5]-عدلت بموجب قانون رقم 05-10.

[6]-أنظر في ذلك: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية؛ ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005 ، ص.75- 76.

[7]- أنظر في ذلك: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول:تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة،الجزائر،2008 ،ص.180-181.

بحقوق الأشخاص إذ أنه حق ممنوح قانونا، وبالتالي لا يعتبر حكم القاضي سوى كاشفا للطلاق و ليس منشآ له باعتبار أن ليست له أية سلطة تقديرية في ذلك.

إذا رجعنا إلى قوانين بعض الدول العربية فيما يخص قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى مثل مصر (المادة 2/13 من القانون المدني) سوريا (المادة2/12 من القانون المدني) القانون الأردني (المادة 02/14 من القانون المدني) لوجدنا أنها أخذت بنفس الحل أو بنفس القاعدة [8]،مع تمييزها بين الطلاق من جهة، الذي أخضعته إلى قانون الزوج وقت الطلاق ؛والتطليق و الانفصال الجسماني اللذان يطبق عليهما قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، أما في فرنسا فبالرجوع إلى نص المادة 310 من التقنين المدني نجد أنه ينظم القانون الفرنسي الطلاق و الانفصال الجسماني وفقا لقانونه في الحالات الآتية:

ـ عندما يكون كلا الزوجين من جنسية فرنسية

ـ عندما يكون مقر سكن كلا الزوجين على الإقليم الفرنسي

ـ عندما لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه، في حين أن المحاكم الفرنسية مختصة لتعرف بالطلاق أو الانفصال الجسماني[9]،مع الإشارة أن المشرع الفرنسي بعد تعديله للتقنين المدني سنة 2005 أصبح ينظم هذه المسألة في نص المادة 309[10].

تعتبر قاعدة التنازع الواردة في المادة 310 أعلاه قضائية النشأة وضع أساسها القضاء الفرنسي من خلال تطبيقاته المختلفة ابتداء من 1952، إذ أنه قبل هذا التاريخ لا يمكن الحديث عن تنازع القوانين 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 و ذلك باعتبار أن الزواج المختلط لم يكن معتمد، أو قانونية أي اكتساب الزوجة لجنسية زوجها، غير أن

[8]-نقلا عن: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار هومه الجزائر 2002،ص.233.

[9]- MAYER Pierre,Droit international privé,5 éme édition,Delta,Paris,1996,p.3.

[10]- voir le: Code civil Français.

سرعان ما تلاشت هذه الأفكار بسبب تطور حركة الهجرة المتبادلة، و تغيير قوانين الجنسية الفرنسية التي أجازت للمرأة المتزوجة في الاحتفاظ بجنسيتها[11].

أمام هذه التغيرات، طرحت على القضاء الفرنسي قضايا شائكة استوجب عليه الفصل فيها، فطبق في المرحلة الأولى قانون الجنسية المشتركة تطبيقا موزعا، وهو ما حصل في قضية" فيراري"[12]، غير أن نظرا للنتائج الوخيمة لهذا التطبيق، عمد القضاء الفرنسي في المرحلة الثانية إلى تطبيق قانون الموطن المشترك و هو ما طبقه في قضية "رفيير" بتاريخ 17 أفريل 1953[13].

إذن بالرجوع للمادة 309 من التقنين المدني الفرنسي نجد أنها منحت للقانون الفرنسي اختصاصا أصليا في حالتين: إذا كان الزوجين من جنسية فرنسية، أو كان الزوجين مقيمين في فرنسا، ثم اعترفت باختصاص محدود للقانون الأجنبي وهو الذي يحكم طلاق الزوجين المقيمين خارج إقليم فرنسا، وأعطت أخيرا اختصاص للقانون الفرنسي ويظهر هذا الاختصاص إذا كانت التشريعات المعنية تجهل مؤسسة الطلاق (كما كان الحال في إسبانيا و البرتغال و إيرلندا)[14].

غير أن إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني إلى قانون دولة الزوج وقت رفع الدعوى، يضر بالحقوق المكتسبة للزوجة التي ارتبطت بالزوج في ظل قانون الدولة التي كان الزوج متمتعا بجنسيتها وقت انعقاد الزواج وهو ما لم يكن يسمح بانحلال الزواج والانفصال، بينما إذا غير الزوج جنسيته تلك بعد الزواج واكتسابه جنسية جديدة يجيز قانونه انحلال الزواج والانفصال، يستطيع إيقاع الطلاق و التخلص من زوجته[15] ، وقد كانت العدالة تقضي بأنه يسري على انحلال الزواج قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. وهذا

---

[11]- DERRUPE Jean, Droit international privé, 12 éme édition, Dalloz, Paris, 1997, p.107.

[12]- للمزيد من التفاصيل راجع: زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.179، هامش رقم 66.

[13]-للمزيد من التفاصيل راجع:

GUTMANN Daniel. Droit international privé ,2éme édition, Dalloz, Paris, 2000, p.82.

[14]- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي دار الثقافة ،عمان،2009،ص.142-143.

[15]- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل، عمان، 2005، ص.172-173.

ما نص عليه القانون المدني اليوناني الصادر في 1940 في المادة 16منه بأنه: "يسري على الطلاق و التفريق الجسدي قانون اخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى فإذا لم توجد هذه الجنسية المشتركة يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج"[16].

الفرع الثاني

اعتماد المعيار الزمني

إن موضوع التنازع المتحرك يكتسي أهمية عملية بالغة ويثير إشكالات عديدة وهو حديث النشأة، وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنفه، ذلك أن تنظيم العلاقات القانونية يخضع لاعتبارات الزمان والمكان في ذات الوقت مما يقتضي تحديد وقت نشوء العلاقة، وتكمن أهمية تحديد عنصر الزمان في تعيين القانون المطبق ،حسب قواعد القانون الانتقالي أو تنازع القوانين من حيث الزمان[17].

نجد المشرع الجزائري لم يكتف بنصه على قانون جنسية الزوج وقت انحلال الرابطة الزوجية أو الانفصال الجسماني، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك وهو**" وقت رفع الدعوى"** و بالتالي يكون المشرع قد تجنب مشكلة التنازع المتحرك التي يمكن أن تثار عند انحلال الزواج والانفصال الجسماني، مثلا تزوج شخصان في ظل قانون يحظر الطلاق أو التطليق ثم تجنس الزوجان أو أحدهما بجنسية يسمح قانونهما بفك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق وبالتالي هل يجوز لأحدهما أن يطلب حل الرابطة الزوجية بهذه الوسيلة وهل يجوز للزوج المحتفظ بالجنسية السابقة أن يدفع بتطبيق القانون القديم؟

لذلك فقد تكفل المشرع بحل مشكلة التنازع المتحرك الذي يمكن أن ينشأ عن تغيير في ضابط الإسناد وذلك باعتماده على المعيار الزمني**" وقت رفع الدعوى"** فننظر في انحلال الزواج و الانفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج لكن وقت رفع الدعوى[18].

---

[16]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 75-76.
[17]- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.127.
[18]- أيت منصور كمال، مرجع سابق،ص.146.

المطلب الثاني

الاستثناء الوارد على قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

بالرجوع إلى قواعد الإسناد نجد أن المشرع الجزائري قرر امتياز لصالح الجزائريين وذلك بتطبيق القانون الجزائري دون سواه على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني، وهذا بشرط أن يكون أحد الطرفين سواء الزوج أو الزوجة وقت إبرام زواجهما جزائريا، وبالتالي يتم استبعاد تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إذا ما ثبت أنه يعقد الاختصاص للقانون الأجنبي، وبالمقابل تتوفر شروط تطبيق القانون الجزائري وبالتالي فيرجح قانون القاضي على القانون الأجنبي.

واستنادا إلى ذلك ارتأينا التطرق أولا إلى تطبيق القانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج **(الفرع الأول)** وفيما تكمن أهميته **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

تطبيق القانون الجزائري

بالعودة إلى نص المادة 2/12 السالفة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري قد أورد قاعدة عامة وهي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة؛ و إنما قد ورد عليها استثناء في نص المادة 13 من نفس القانون والتي تنص عل ما يلي:" 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".

و نجد نفس هذا الاستثناء في بعض قوانين الدول العربية مثل مصر المادة 14 من القانون المدني و المادة 15 من القانون المدني الأردني[19] ، ومقتضى هذا الاستثناء أنه إذا كان الزوج أو الزوجة من رعايا الجزائر عند انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو وحده الذي يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، وتطبيق هذا الاستثناء سهل إذا لم

[19]-نقلا عن: محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص.141.

تتغير جنسية الزوجين بعد انعقاد الزواج إذ يظل حكم القاعدة الأصلية المنصوص عليها بالمادة 2/12 ساريا، ولكن تظهر الصعوبة إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند انعقاد الزواج و الزوج الأخر أجنبي. فهل يخضع انحلال زواجهما للقانون الجزائري باعتبار أحد الزوجين كان جزائريا وقت انعقاد الزواج على الرغم من أن الزوجين أجنبيين وقت رفع الدعوى باعتبار أن الزوج الجزائري تنازل عن الجنسية الجزائرية[20] ؟

إذن متى كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج خضع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني للقانون الجزائري بصرف النظر عن جنسية الزوج وقت رفع دعوى إنهاء الزواج أو الانفصال الجسماني وهذا هو وجه الخروج على المادة 2/12 من التقنين المدني.

في هذا الصدد لقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بالطلاق بين جزائرية وإيطالي، إن المحكمة قد طبقت المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، والتي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي وهو قانون الزوج، فقدمت الزوجة طعنا طالبت بنقض الحكم الصادر في 1996/07/14 نظرا لمخالفة تطبيق القانون من قبل المحكمة الابتدائية، أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من المادتين 12 و13 من القانون المدني، جاء في حيثيات المحكمة العليا ما يأتي: "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 و أخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه"[21] .

[20]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.77-78.

[21]-نقلا عن: عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة دارهومه، الجزائر، 2011، ص.238-239.

الفرع الثاني

أهمية تطبيق القانون الجزائري

إن الحكمة من تطبيق القانون الجزائري يرجع لكفالة الحماية اللازمة للزوج الذي كان جزائريا عند انعقاد الزواج من ناحية، وتحقيقا للتجانس في القانون الذي يحكم نظام الأسرة من ناحية أخرى ، كما أنه باعتبار أن الزواج رابطة ما بين الطرفين تنشأ وفقا لقانونيهما ومن الواجب أن تنحل هذه الرابطة وفقا لحكم قانون يجمع الطرفين أو لقانون يكون الطرفين متبصرين به إن لم يخضعا معا لقانون واحد، وبالتالي فتطبيق القانون الجزائري فيه تبصرة كافية لكل من الطرفين بالقانون الذي يحل هذه الرابطة، ويؤدي أيضا إلى عدم الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري كالدستور، ويكفل على حماية مصلحة الطرفين وعدم إهدار حقوقهم، نهيك عن ذلك إلى انتماء انحلال الزواج و الانفصال الجسماني إلى الأحوال الشخصية التي تعد موضوع جد حساس و متعلق بالنظام العام خاصة في الدول التي استمدت قانون الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية مثل قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني

تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

إن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لا يطبق على كل مسائل انحلال الزواج والانفصال الجسماني ، وإنما يجب التمييز في نطاق الفكرة المسندة للقانون المختص بانحلال الزواج والانفصال الجسماني بين الجوانب الموضوعية والمسائل الإجرائية من جهة و الأثار المترتبة على حل الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني من جهة أخرى، وهذا ما يحدد مجال تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

كما أنه قد يكون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق في مسالة انحلال الزواج أو الانفصال الجسماني لكن القاضي قبل تطبيقه لهذا القانون يجب عليه التأكد أنه غير مخالف للنظام العام أو أنه قد آل إليه الاختصاص عن طريق التحايل أو الغش نحو القانون.

المطلب الأول

نطاق تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

يدخل في مجال تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى في تحديد كافة المسائل الموضوعية المتعلقة بانحلال الزواج والانفصال الجسماني، إلا أنه تخرج المسائل الاجرائية في خصوص دعوى إنهاء الزواج والانفصال الجسماني عن نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، اذ تخضع لقانون القاضي الذي ينظر في النزاع.

كما أنه تترتب آثار على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني مثل نفقة الزوجة وتحديد فترة تحول الانفصال الى الطلاق وغير ذلك، و التي بدورها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في بعض الأحيان ، وفي أحوال أخرى يطبق عليها القانون الشخصي للزوجين.

لذا سوف نتطرق في هذا المطلب الى دراسة الشروط اللازمة لانحلال الزواج والانفصال الجسماني**(الفرع الأول)**، وبالنسبة لآثار انحلال الزواج و الانفصال الجسماني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

بالنسبة لشروط انحلال الزواج و الانفصال الجسماني

يستوجب لطلب حل الرابطة الزوجية أو الانفصال الجسماني توفر شروط موضوعية و أخرى إجرائية، فيطبق على الشروط الموضوعية نفس القاعدة المطبقة على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني **(أولا)**، أما الشروط الإجرائية فهي تخرج عن مجال هذه القاعدة **(ثانيا)**.

أولا- تطبيق القاعدة على المسائل الموضوعية

تخضع شروط حل الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، أي لمعرفة ما اذا كان من حق أي من الزوجين أن يطلق من عدمه أو طلب الانفصال الجسماني، لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.[22]

يحدد أيضا (قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى) حالات جواز حل الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني و أسبابها و جواز الوكالة فيه و من يملك من الزوجين المطالبة به وكذلك القيود الواردة عليه والمدة اللازمة لتحويل الانفصال إلى تطليق، و لكن تدخل النظام العام في قانون القاضي يقيد اختصاص القانون الأجنبي الواجب التطبيق مما يستوجب توافق هذا الأخير مع قانون القاضي فيم يخص إنشاء الحق في الانحلال أو الانفصال، دون التمسك به كحق مكتسب. [23]

كما يبين القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات سواء تعلق الأمر بانحلال الزواج أو بالانفصال الجسماني، فهو من الذي يحدد محل الإثبات و من يقع عليه عبئ الإثبات و طرق الإثبات ، و الأدلة التي يمكن تقديمها ، وهو المرجع كذلك في تحديد قوة الأدلة و حجيتها ، وذلك باعتبار أن القواعد الموضوعية في الإثبات تتصل بجوهر النزاع و يتوقف عليها حسمه[24].

ثانيا- عدم تطبيق القاعدة على المسائل الإجرائية

يخرج عن مجال إعمال قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، الشروط التي تتعلق بإجراءات حل الرابطة الزوجية أو التفرقة الجسدية. إذ تخضع هذه الشروط لقانون القاضي المرفوع إليه الدعوى أو قانون الدولة التي تباشر فيها الإجراءات[25].كما تخرج أيضا من نطاقه الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى المطالبة بحل الرابطة

---

[22]- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، ديوان المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2005،ص.284.

[23]- زروتي الطيب، مرجع سابق،ص.183.

[24]- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية،2005 ، ص.315.

[25]- المرجع نفسه، ص.315.

الزوجية أو الانفصال الجسماني، للمحافظة على مصالح كل من الزوجين و الأولاد، مثل تحديد نفقة وقتية للزوجة ، والإذن لها بالإقامة في سكن الزوجية وتسليم الأثاث الضروري لها للاستعمال اليومي فهذه الإجراءات كلها تخضع لقانون القاضي[26].

وقد أكد مثلا المشرع التونسي خضوع الإجراءات التحفظية في النزاع المتعلق بانحلال الزواج أو الانفصال الجسماني إلى أحكام القانون التونسي إذ نص على أنه: "... وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى"[27]، كما تنص المادة 34 من قانون المرافعات المصري على أنه:" تختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية و التحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية " والحكمة من وراء اختصاص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية و التحفظية التي تنفذ في مصر، حتى ولو لم تكن مختصة بالدعوى الأصلية ،ترجع إلى أن تلك الإجراءات التي تنفذ في مصر لا تحتمل أي تراخي أو بطء حيث أن المقصود منها إعادة حماية الحقوق و الأموال[28].

وعلل بعض الشراح الفرنسيين دخول هذه المسائل في اختصاص القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي ليس فقط بناء على مجرد اعتبارها من مسائل الإجراءات بل فوق ذلك على أساس مراعاة النفع العام أو على أساس اعتبار هذه المسائل مما يتعلق بالأمن المدني ولذلك فإنه يقضي بها وفقا لقانون القاضي و لو كان قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لا يجيزها.[29]

أما في القانون الجزائري فبالرجوع إلى المواد المتعلقة بقواعد الإسناد قبل سنة 2005 فلا نجد أي مادة تنظم القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، إلا أنه المشرع الجزائري قد تدارك ذلك في تعديل 2005 و ذلك بموجب قانون رقم 05-10 حيث قام بإدراج المادة 21

---

[26]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق،ص.259.

[27]- الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، أنظر الموقع الإلكتروني:www.ar.jurispedia.org/index

[28]- حفيظة السيد الحداد، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص.128.

[29]- عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب،القاهرة،1986 ، ص.315.

مكرر من التقنين المدني التي تنص على أنه: " يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". [30]

الفرع الثاني

بالنسبة لأثار انحلال الزواج والانفصال الجسماني

تخضع أثار انحلال الزواج من نفقة الزوجة و ما إذا كان يمكن للمطلقة الاحتفاظ باسم زوجها بعد انتهاء الزوجية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج[31]، كما يحدد قانون الزوج وقت رفع الدعوى مدة الانفصال و المدة اللازمة لإمكان تحول الانفصال إلى تطليق و شروط هذا التحول، وأيضا يبين الطريقة التي ينتهي بها حالة الانفصال، سواء بالتطليق أو بالرجوع إلى الحياة الزوجية المشتركة[32].

أما التعويض الذي يلتزم به الزوج الذي نسب إليه الخطأ في مواجهة الطرف الآخر فقد ذهب البعض إلى إخضاعه للقانون المحلي بوصفه القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية. إلا أنه يفضل "هشام صادق "القول ما ذهب إليه البعض الآخر و هو أن مسؤولية الزوج الذي نسب إليه الخطأ و التزامه في مواجهة الطرف الآخر ، هي مسألة تدخل في مضمون حل الرابطة الزوجية، وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكمها أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى [33]، أما الآثار المالية لانقضاء الزواج أي أثر حل الرابطة الزوجية على النظام المالي للزوجين فهو يخرج من قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى و يخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه أثر من الآثار المالية التي يرتبها الزواج[34]،إذن تطبق المادة 01/12 من القانون المدني[35].

---

[30]- قانون رقم 05-10.

[31]- زروتي الطيب، مرجع سابق،ص.184.

[32]- جمال محمود الكردي ،مرجع سابق، ص.317.

[33]- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،2006،ص.295.

[34]- عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص: الجنسية، مركز الأجانب، تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة،1997،ص.458.

[35]- المادة 1/12 من التقنين المدني "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الأثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

لا تعتبر أيضا من قبيل الآثار الشخصية لانحلال الزواج كل من مدى إجازة الزواج بعد الطلاق وما هي المدة اللازمة على المطلقة انتظارها للزواج من جديد ، حيث تعتبر هذه المسائل من الأمور التي تدخل ضمن نطاق فكرة الشروط الموضوعية للزواج الجديد [36] وبالتالي تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين و هذا وفقا لنص المادة 11 من التقنين المدني[37]. إلا أنه نرى لو تعرض مسألة حول العدة أمام القضاء الجزائري فحتما سيكون موقفه مثل الحضانة، أي سيطبق عليها القانون المطبق على الانحلال بما أنه قد أورد العدة ضمن آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الأسرة.

أما الميراث بوصفه أثر لانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة، فهو يخضع لقانون جنسية المورث عند الوفاة [38]. وهذا ما ورد في نص المادة 16 من التقنين المدني[39].

بالنسبة للحضانة فهي تثير إشكالات عملية، و يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على حضانة الأولاد أو على علاقة الزوجين بالأولاد بعد انقضاء الزواج ،سيما إذا كان الزوجان مختلفا الجنسية أي الأولاد الناتجين عن زواج مختلط [40]. فنجد أن النزاعات تطرح غالبا من له الحق في الحضانة ، و حق الزيارة ونقل الطفل إلى بلد الحاضن. وتتفق القوانين الداخلية المغاربية على إسناد الحضانة للأم كمبدأ عام فتنص مثلا المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة على أنه:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. "[41] ؛إلا أن هناك مقتضيات أخرى من شأنها أن تسقط حق الأم في الحضانة كما هو الشأن في حالة زواج المرأة بعد طلاقها من غير قريب محرم وهذا طبقا لنص المادة 66 من القانون نفسه التي

---

[36]- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين؛دار الثقافة، عمان،2010ص.166.

[37]-المادة 11 من القانون المدني: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

[38]- زروتي الطيب، مرجع سابق،ص.184.

[39]- المادة 16 /01 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يسري على الميراث الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

[40]- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين ،دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،2008،ص.274-275.

[41]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج.عدد 11، صادر في12 - 06- 1984 ، معدل ومتمم، أنظر الموقع الإلكتروني:www.joradp.dz

تنص على أنه" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون."[42].

بالنسبة للمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية لم يضع مادة خاصة بالحضانة ، إلا أنه رغم عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة فإن الأمر جار على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من أثاره [43].

كما أنه في حالة إقامة الأم في الخارج فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يرجع للأب [44].

وبالتالي حسما للخلاف الفقهي القائم حول مسألة تكييف الحضانة و تحديد القانون المختص الذي يحكمها يجب على المشرع الجزائري إحداث نص خاص ينظم هذه المسألة مسايرة لما وصل إليه الفقه و القانون المقارن من تطور ملموس فيما يخص الحلول المقترحة في هذا المجال ، خصوصا وأن الحضانة تعد من أعقد و أبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب خاصة الفرنسيين منهم .

نفضل أن يطبق على الحضانة القانون الأصلح للمحضون، ويكون ذلك بإسناد الحضانة إلى عدة ضوابط إسناد حتى يتسنى للقاضي في اختيار الضابط الذي يخدم مصلحة المحضون، وهذا هو المعيار"مصلحة المحضون" المعتمد من المشرع الجزائري في المواد الخاصة بالحضانة المنصوص عليها في قانون الأسرة[45].

نجد المشرع التونسي على خلاف التشريعات العربية وضع نص خاص بالحضانة وذلك بموجب الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص أين أخضع الحضانة إلى ثلاث ضوابط التي جاءت على قدم المساواة و منح القاضي الحرية في اختيار القانون الأفضل

---

[42]- قانون 84-11.

[43]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 84513 مؤرخ في 1992/06/02،المجلة القضائية،عدد01 1993،ص.91.

[44]- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 52207 مؤرخ في 1989/06/02 ،المجلة القضائية، عدد 04،1990،ص.74.

[45]- راجع المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة.

للطفل [46]، ويضاف إلى ذلك أيضا المشرع الكويتي الذي نص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة ، حيث جاء في نص المادة 43 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ما يلي:" يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس و في الحضانة "[47].

إضافة إلى الحلول التشريعية و القضائية توجد بعض الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي أبرمت في هذا المجال ، وتقدم حلولا من شأنها تذليل الصعوبات العملية التي يثيرها موضوع حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط ، و في هذا الصدد فقد أبرمت الجزائر اتفاقية ثنائية[48] مع فرنسا خاصة بأولاد الأزواج المختلطين و المنفصلين، وقد تضمنت هذه الاتفاقية بعض الإجراءات التي من شأنها دعم التعاون القضائي و تحقيق حماية أحسن للأطفال الناجمين عن الزواج المختلط ، حيث نصت المادة الثانية من الاتفاقية على ما يلي:" يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى ، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي :

أ- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر

ب- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه

ج- تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة

د- تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا

ه- ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم...".

---

[46]- الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.
ويطبق القاضي القانون الافضل للطفل".

[47]- قانون رقم 5 لسنة 1961، يتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، أنظر الموقع الإلكتروني:
www.startimes. com/ ?t=14019601

[48]- اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية، تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال، موقعة في مدينة الجزائر في 21 جوان 1988، مصادق عليها بموجب مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 26 جويلية سنة 1988، ج.ر.ج.ج. عدد 30، صادر في 27-07- 1988.

.

كما أكدت المادة 06 من نفس الاتفاقية على أنه :"يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال ، داخل حدود أحد البلدين و فيما بين حدودها"، لقد حاولت هذه الاتفاقية حل مشكلات الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والفرنسيين والذي في الغالب تكون فيه الأم فرنسية ، ويلاحظ بأن هذه الاتفاقية قد وضعت مصلحة الطفل فوق كل اعتبار.

و يدخل ضمن هذا السياق أيضا ما نصت عليه الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المغربية و المملكة الإسبانية بشان التعاون القضائي والاعتراف و تنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة و حق الزيارة و إرجاع الأطفال[49].

المطلب الثاني

استبعاد قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

قد تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون دولة أجنبية، فلما يتعرف القاضي على مضمونه يجده يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته فيستبعد تطبيقه باسم النظام العام .

وقد يتبين كذلك للقاضي أن اختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع المعروض عليه كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد، بأن قاموا بتغيير ضابط الإسناد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص حقيقة، لأنه كما نعرف بتغيير ضابط الإسناد يتغير القانون المختص، لذلك فقد استقر الفقه والقضاء في غالبية الدول على سد الطريق أمام تحايل الخصوم على هذا النحو وذلك باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه نتيجة لهذا التحايل، ويتم هذا الاستبعاد بإعمال نظرية الغش نحو القانون.

بالتالي يتضح لنا أن هناك حالتين يتم فيهما استبعاد تطبيق القانون الأجنبي رغم اختصاصه وهما:

الدفع بالنظام العام **(الفرع الأول)**، الغش نحو القانون **(الفرع الثاني)**.

---

[49]- إتفاقية بين المملكة المغربية و المملكة الإسبانية، تتعلق بالتعاون القضائي و الاعتراف و تنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة و حق الزيارة و إرجاع الأطفال، موقعة في مدريد في 30 ماي 1997، مصادق عليها بموجب ظهير شريف رقم 1.99-113 صادر في 13 ماي سنة 1999، ج.ر. عدد 4700، صادر في 17-06- 1999 .

الفرع الأول

الدفع بالنظام العام

تعتبر فكرة النظام العام من المسائل المهمة في الفكر القانوني ، لأنها لازالت فكرة يكتنفها الغموض ولهذا فنجد أن مفهومها يختلف من بلد لآخر، كما أنه للتمسك به لابد من توفر شروط إعماله.

ولهذا سنقوم بتحديد مضمون فكرة الدفع بالنظام العام **(أولا)**، وشروط الدفع به**(ثانيا)**.

أولا- مضمون فكرة النظام العام

يؤكد الفقه الحديث في مجموعه على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى كان مضمونه متعارضا مع الأسس الجوهرية في المجتمع ويأخذ إعمال هذه الفكرة صورة دفع، هو الدفع بالنظام العام [50]،ومن ثم نجد أنه تلعب فكرة النظام العام دورا هاما وأساسيا في مجال حل الرابطة الزوجية حيث يتم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بحجة أن هذا القانون يخالف المبادئ الأساسية لمجتمع الدولة .

تنبع الخطورة في هذا الشأن من أن المبادئ المذكورة متغيرة بطبيعتها بتغير المفاهيم و القيم الأخلاقية و القانونية في كل دولة من الدول التي تطبق القوانين الوضعية [51]. كما نجد أن فكرة النظام العام تختلف من بلد لآخر ومن زمان لآخر ، فما هو محرم في بلد أو في وقت من الأوقات قد يكون مباحا في بلد آخر أو حتى في البلد الواحد نفسه و لكن في زمن آخر كما أن اختلاف مفهوم النظام العام لا يقتصر على الزمان فقط ، بل يختلف باختلاف المكان أيضا فالتصرف في التركات المستقبلية يعتبر مخالفا للنظام العام في الجزائر مادام المورث على قيد الحياة وهو لا يعتبر كذلك في سويسرا[52]. فنجد أيضا القضاء السويسري رفض الاعتراف بالطلاق في قضية زوجان مصريان مقيمان بسويسرا ، حيث طلق الزوج زوجته

---

[50]- عزالدين عبد الله،مرجع سابق،ص.237.

[51]- صلاح الدين جمال الدين،تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ،دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2007،ص.257.

[52]- مباركي نسرين،حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،2008-2009،ص.8.

عن طريق الوكالة، ثم سافر إلى المغرب و تزوج بمغربية و رجع إلى سويسرا وطلب الحصول على تصريح بالإقامة لزوجته المغربية ، لكن محكمة "جنيف" رفضت هذا الطلاق و طلبت من الزوج إتباع إجراءات الطلاق المعمول بها في سويسرا[53].

كما نجد أن الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة لا يمكن النطق بها في فرنسا أو حتى التصديق عليه من قبل المحكمة ، بسبب أن هذا النوع من الانفصال يكرس تفاوتا خطيرا بين الرجل و المرأة الأمر الذي يتعارض مع النظام العام الفرنسي ، ويظهر هذا التعارض بشكل خاص إذا كانت المرأة متوطنة في فرنسا أو تملك الجنسية الفرنسية [54] حيث نجد أن القضاء الفرنسي رفض الاعتراف بآثار الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة الذي يوقعه الأزواج الجزائريين في الخارج، متى كانت الزوجة المطلقة فرنسية، وذلك حتى لا يستطيع هؤلاء الأزواج إجراء الطلاق في بلدانهم الأصلية، ثم الرجوع إلى فرنسا و طلب الاحتجاج بهذا الطلاق أمام القضاء الفرنسي ، وقد تجلى ذلك من خلال القرار رقم 256 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 17 فيفري 2004 والذي رفضت فيه الاعتراف بالطلاق الصادر عن القضاء الجزائري بدعوى أن ذلك يتعارض مع مبدأ المساواة بين الزوجين الذي كرسته المادة الخامسة من البروتوكول رقم 07 الصادر في 22 نوفمبر 1984 المضاف إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[55]، والجدير بالملاحظة أن الحظر الذي كان سائد بشأن الطلاق لم يمنع المحاكم الفرنسية من إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام بالنسبة للطلاق الذي يقع خارج فرنسا حيث تترتب عليه آثاره ، كتقرير نفقة للمطلقة و الحكم لها بالحضانة [56].

كما رفض القضاء الفرنسي في قضية "بتنو" تجزئة القانون الأجنبي بشكل يمنع تطبيق جزء منه دون الآخر، وتطبيقا لذلك قرر استبعاد القانون البوليفي لمخالفته للنظام العام

---

[53]- SAMIA Abdeeb-Abu Sahlieh, conflit entre Droit religieux et Droit etatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe, revue de Droit international comparé,n° 04,octobre-decembre,1997,p.832.

[54]- بيار ماير،فانسان هوزيه،القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات بيروت،2008 ، ص.ص.539-540.

[55]- Cour de cassation, chambre civile, arrêt n° 256 du 17 février 2004,voir le site internet:www.courdecassation.fr

[56]- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، مرجع سابق،ص.258.

الفرنسي كونه لا يعرف التفريق الجسماني ، وإحلال محله القانون الفرنسي ليس فقط فيما يتعلق بفك الرابطة الزوجية عن طريق الانفصال الجسماني ، بل أيضا مسألة النظام المالي له [57].

و إذا كان هذا هو الوضع السائد في الدول الغربية ، فإن الوضع في الجزائر والبلدان الإسلامية أقل تقلبا، نظرا لتطبيق أغلبها للشريعة الإسلامية بما تتضمنه من ضوابط أكثر وضوحا و استقرارا فيما يتعلق بالدفع النظام العام [58]. فنجد مثلا المشرع الجزائري قد أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية و ذلك عندما حرم زواج المسلمة بغير مسلم و هذا طبقا للمادة 06/30 من قانون الأسرة المعدلة بموجب أمر رقم 05-02[59].وهذا مخالف للنظام العام الفرنسي.

كما يطرح سؤال أنه إذا طبق القاضي الوطني القانون الأجنبي مخطئا بأن طبق قاعدة غير تلك التي يجب تطبيقها ، فهل يجوز للمحكمة العليا أن تبسط رقابتها على ذلك الخطأ في تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه ؟ وإذا رجعنا إلى نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجدها تنص بما يلي: " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ...

5- مخالفة القانون الداخلي

6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة" ...[60].

يفهم من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يسمح للمحكمة العليا برقابة تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية[61]. فلو فرضنا أن قاعدة الإسناد أشارت باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، وتبين للقاضي أن القواعد التي تتضمنها شريعة

---

[57]- محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق ،عدد 04،2003،ص.167.

[58]- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، مرجع سابق،ص.259.

[59]- المادة 30/ 06 من قانون الأسرة المعدلة "يحرم من النساء مؤقتا:.. – زواج المسلمة مع غير المسلم".

[60]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008،يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21،صادر في 23-04- 2008.

[61]- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه،الجزائر،2005،ص.98.

من الشرائع الطائفية لغير المسلمين تتعارض مع النظام العام في بلده ، يتوجب عليه عندئذ استبعاد حكم الشريعة الطائفية، و يخضع القاضي في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض[62].

كما تجدر الإشارة إلى أن النظام العام ليس دفعا إجرائيا يهدف إلى إعلان عدم صلاحية المحكمة بتطبيق القانون الأجنبي و إنما يهدف إلى إعلان عدم صلاحية القانون الأجنبي للتطبيق ، كما أنه ليس دفعا بعدم قبول الدعوى دون البحث في موضوعها؛ وإنما هو دفع بعدم قبول القانون بحكم النزاع بعد البحث في موضوعها، فمركز النظام العام في نظرية تنازع القوانين هي منع تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض قطعيا مع أحكام قانون قاضي النزاع [63].

قد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الدفع بالنظام العام في نص المادة 01/24 من القانون المدني[64].

إذن يمكن القول أن الاستخدام المتكرر لآلية الدفع بالنظام العام سيعطل بشكل كامل آلية تنازع القوانين ، فلا يمكن قبول استبعاد القانون الأجنبي لمجرد اختلافه عن قانون دولة القاضي. ولا شك أن هذا يتطلب من القاضي أن يكون متفتحا و متفهما لحاجات القانون الدولي الخاص ، واعيا و مدركا لواقع مجتمعه و المجتمع الدولي حوله بصفة عامة.

ثانيا- شروط الدفع بالنظام العام

يستوجب إعمال الدفع بالنظام العام توفر شروط قانونية تتمثل في:

1- ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يستوجب أن يثبت الاختصاص للقانون الأجنبي، بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي أو بموجب إتفاقية دولية، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للاتفاقية الفرنسية المغربية

---

[62]- محمد حسن قاسم، الجزء الأول: قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006،ص.136.

[63]- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية،بيروت،1997،ص 176-177.

[64]- المادة 01/24 من القانون المدني التي تنص "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

الصادرة في 10أوت 1981[65]، وعليه لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون يشير صراحة إلى تطبيق قانون القاضي كما هو الحال في المادة 13من القانون المدني التي تنص على تطبيق القانون الجزائري على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج و المادة 22 منه التي تنص بتطبيق القانون الجزائري إذا كان الشخص يتمتع بالجنسية الجزائرية إلى جانب الجنسية الأجنبية [66].

إذ لا داعي لتحريك الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي مادام أنه توجد وسائل أخرى عادية لاستبعاده، و من ذلك أن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا بصفته قانون موقع المال أو بصفته من قوانين البوليس و الأمن أو في حالة كون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص و يحيل حكم العلاقة إلى قانون القاضي، وهذا الأخير يقبل الإحالة[67]، كما هو في الجزائر أين أخذ المشرع في تعديل سنة 2005 بالإحالة من الدرجة الأولى بموجب نص المادة 23 مكرر1 فقرة الثانية من القانون المدني[68].

2- مخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي

إن المشرع الوطني عند وضعه لقاعدة الإسناد التي قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، لم يقصد تطبيق هذا القانون مهما كانت النتيجة المترتبة، وإنما قصد تطبيقه متى لم يكن مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، على أن مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تخضع السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا[69] في الحقيقة و الواقع العملي يمكن القول بأن قاعدة الإسناد قد وضعت لاختيار القانون الأنسب لحكم المنازعة ذات الطابع الدولي، ولكن لا يكفي أن يكون القانون الواجب التطبيق مناسب في أحكامه و تنظيمه بالنسبة للعلاقة مثار النزاع، بل لا بد أن يكون مناسبا ومتناسقا أيضا مع

---

[65]- يوسف فتيحة ، "النظام العام و العلاقات الأسرية في مجال القانون الدولي الخاص"، دراسة قانونية ، المجلة السداسية عدد 05، 2008، ص، 214.

[66]- أمر رقم 75-58.

[67]- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.278-279.

[68]- قانون رقم 05-10، مرجع سابق.

[69]-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 1988.،ص.187.

مبادئ وأحكام القانون الوطني لدولة القاضي، وذلك بعدم تعارضه مع تلك المبادئ و الأحكام[70].

3- آنية الدفع بالنظام العام

إن العبرة في تقديم مقتضيات النظام العام هي بلحظة الفصل في الدعوى القانونية[71] أي أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت صدور الحكم، ويكون الدفع به في كل حكم يصدره القاضي بمناسبة إنشاء علاقة قانونية "حل الرابطة الزوجية "، أو حكم يتعلق اعترافا بعلاقة أنشأت في الخارج مثل الاعتراف بالانفصال الجسماني[72]، وبعبارة أخرى أن يكون تقدير الدفع بالنظام العام بوقت النظر في الدعوى وليس بالوقت الذي ينشأ فيه المركز القانوني، و تكون مخالفته حالية وقت إصدار الحكم وليس وقت نشوء المنازعة[73].

الفرع الثاني

الغش نحو القانون

التحايل نحو القانون في ميدان التنازع يعتبر مانعا من موانع تطبيق القانون المختص ولإعماله يجب توفر شرطين أساسيين احدهما مادي و الاخر معنوي.

لذلك سنقوم بتوضيح مضمون نظرية الغش نحو القانون**(أولا)**، وشروط الدفع به**(ثانيا)**.

أولا- مضمون نظرية الغش نحو القانون

يستبعد أيضا القانون الأجنبي الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني بسبب الغش نحو القانون الواجب التطبيق ، عندما يقع هذا التحايل بتغيير الجنسية حيث يتهرب من يغير جنسيته من حكم قانون أحواله الشخصية الى قانون يحقق له غرضا يرمي إليه.

---

[70]- عوض الله شيبة الحمد السيد، مرجع سابق،ص.395.

[71]- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص.152.

[72]-عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص.178.

[73]-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص: تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004 ، ص.223 .

قد تناول الفقه هذه المسألة بصدد قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي و هي قضية "دوبوفرمون" التي تتلخص وقائعها في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت بالأمير الفرنسي "دوبوفرمون" و استقرت معه في فرنسا واكتسبت الجنسية الفرنسية، وعلى إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطع لكون القانون الفرنسي الذي هو القانون الواجب التطبيق بوصفه قانون الجنسية كان يمنع الطلاق، فلجأت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق وتمكنت بعد ذلك من الطلاق من زوجها الأول وتزوجت بأمير روماني يدعى "بيبسكو" في برلين ،واستقرت معه في فرنسا.غير أنه بعد ذلك رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني لكون الطلاق لا يعتبر صحيحا لأنه تم بعد تغيير الجنسية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1878/03/18 بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها وهو ما يشكل غشا نحو القانون[74].

منذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، وأفسح لهذه النظرية مجالا للتطبيق لم تحظ به في الكثير من الدول فإذا كان القضاء في دول مثل بلجيكا و إيطاليا أخذ بها مع تضييق نطاق تطبيقها؛ أما في دول أخرى مثل ألمانيا فان تطبيقها نادر جدا، أما في البلاد الأنجلو أمريكية فإن الفقه لم يهتم بها إطلاقا ومن النادر أن نجد تطبيقا لها في القضاء، كما أن بعض الدول مثل سويسرا عالجت هذه المشكلة بنصوص تشريعية في حالات محددة دون أن تضع لها قاعدة عامة[75].

إلا أنه إذا تحصل الزوجان على الطلاق طبقا لقانون جنسية أحدهما و كان هناك تقارب بين قانونيهما الشخصيين مقارنة مع أحكام القانون الفرنسي، فلا يمكن اتهامهما بالغش أو رفض إعطاء الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان قد انتقلا إلى الخارج رغبة في الخضوع إلى أحكام قانون القاضي الأجنبي الأقل تشددا[76].

---

[74] - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول:المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2003 ،ص. 283-284.

[75]- عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص.561.

[76]- نادية فضيل، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومه،الجزائر،2006،ص.132.

قد يكون التحايل باصطناع قاعدة التنازع و ذلك باختيار عرض طلب الطلاق على قضاء معين، ومن ذلك إقامة لبنانيين مارونيين في فرنسا بصورة مصطنعة الغرض منها هو الخضوع للقانون الفرنسي الذي يخضع الطلاق لقانون محل الإقامة من أجل الحصول على الطلاق، و التهرب من تطبيق أحكام قانون الطائفة التي ينتميان إليها و الذي يمنع إحلال زواجهما[77].

بالنسبة للدول الإسلامية فيؤثر اعتناق الديانة الإسلامية أو الارتداد عنها على استمرار رابطة الزواج ، وتطبيقا لذلك أجاز القضاء للمسلم أن يطلق زوجته استنادا إلى فكرة النظام العام حتى ولو كان قانونه الشخصي يمنع الطلاق أو تم الاتفاق على عدم الطلاق، اذ يقع باطلا كل اتفاق يقضي بالتنازل عن الطلاق[78].

إلا أنه نرى إذا كان الغرض من تغيير الدين هو التحايل على القانون، فيجب السماح للقاضي بعدم الاعتداد بهذا التغيير حتى لا يحقق هذا الشخص مآربه الخاصة تحت غطاء منعه من الارتداد عن الإسلام.

أما المشرع الجزائري فقد تبنى هذه النظرية بموجب قانون رقم 05-10 وذلك في نص المادة 01/24 من القانون المدني[79].

ثانيا- شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان التمسك أو الدفع بالغش نحو القانون توفر شرطين أساسيين: أحدهما مادي؛ وهو إدراك تغيير إرادي في ضابط الإسناد و يكون ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول، ويشترط أن يكون التغيير فعليا وليس صوريا مثلا إذا غير الشخص من

---

[77]- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص؛ دار العلوم العربية، لبنان،1994،ص.799.

[78]- سعدية أعنطري، زواج المغربيات بالأجانب وتأثيراته على مستوى العلاقة الزوجية وتربية الابن، أنظر الموقع الإلكتروني:www.islamonline.net

[79]- المادة 1/24 من القانون المدني معدلة ومتممة: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أوالآداب العامة في الجزائر، أوثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

موطنه تغيير صوريا، فإن العبرة في هذه الحالة بالموطن الحقيقي[80]، وشرط ثاني معنوي هو توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون فهذين الشرطين متفق عليهما فقها و قضاء[81].

1- التغيير الإرادي لضابط الإسناد

يقصد به تغيير الطرق التي يتحدد على أساسها الضابط الذي تقوم عليه قاعدة الإسناد فيتغير تبعا لذلك القانون الواجب التطبيق على العلاقة، ويتحقق ذلك في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يتسنى تدخل إرادة الأفراد لتغييرها[82] ، فلا يمكن تصور تغيير في ضابط الإسناد بالنسبة للضوابط التي لا تتوقف على إرادة الأشخاص فضابط موقع العقار، فهو من الضوابط التي تفلت من إرادة الأفراد، لأن العقارات كما نعلم هي أموال لا تقبل النقل من مكان إلى آخر دون تلف[83]. كما تجدر الإشارة أن تغيير ضابط الإسناد لا يكفي لوحده، بل ينبغي أن يكون هذا التغيير إرادي، بمعنى أن تكون للإرادة دور في عملية التغيير، أما إذا لم يكن كذلك فلا يعتبر غشا كالتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم[84].

2- نية الغش نحو القانون

فلا يكفي أن يكون الغش إراديا وفعليا، بل يتعين بداهة أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا وهذا هو العنصر المعنوي في الغش[85]، غير أن الحسم فيما إذا كان هناك غش من عدمه يقتضي إثباتا كافيا لنية التحايل مع ما ينطوي عليه الأمر من صعوبة تقصي خفايا الضمير و التغلغل في طيات النفس البشرية هي أمور تدخل في دائرة الأخلاق مما ينجر عنه أحيانا انحراف القضاء و استبداده، هكذا و كانت مسألة صعوبة إثبات الغش حجة للفقهاء ذوي النزعة الفردية لانتقاد نظرية الغش نحو القانون و التصدي لها، فرأوا فيها وسيلة لتحكم القضاء وإصدار أحكام تخمينية حسب

---

[80]-حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق،ص.283.
[81]-أعراب بلقاسم، مرجع سابق،ص.189.
[82]-عوض الله شيبة السيد الحداد، مرجع سابق،ص.404.
[83]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق،ص.190.
[84]- المرجع نفسه،ص.197.
[85]-هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص223.

النوايا الخفية[86]، لما كانت النية من الأمور الباطنية التي يصعب على القاضي الكشف عنها فقد تردد الفقه في التسليم بفكرة الغش نحو القانون، إذ تساءل الفقيه" kant " عن السبل و الوسائل التي تمكن من الكشف عن النوايا الداخلية للشخص[87].

من القرائن التي يمكن أن يستعين بها القاضي في تقديره، هي حالة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، كما لو تجنس الزوج بجنسية جديدة وفورها طلب بطلاق زوجته الذي لم يكون قانونه الشخصي الأول يسمح به كما حصل في قضية "ديبوفرمون" طلبت الطلاق مباشرة في اليوم التالي لحصولها على الجنسية الألمانية، وهذا ما برره القضاء الفرنسي بانصراف نيتها إلى الغش نحو القانون

لهذا نظرا للانتقادات اللاذعة لنظرية الغش نحو القانون، أكد بعض من الفقه على أن مسألة النية ليست صعبة كما يدعي البعض الآخر، بل هي من الأمور اليسيرة التي يمكن للقاضي الوقوف عليها من خلال استعانته ببعض القرائن[88].

[86]- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.295.
[87]- نادية فضيل ، مرجع سابق ، ص.132.
[88]-DOMINIQUE Holleaux, JAQUES Foyer ,GERAUD de Geoffre de la Pradelle Masson,Paris,1987,p.233

الفصل الثاني

الأثار المترتبة على إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لنفس الأحكام

أخضع المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني إلى قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى و ذلك طبقا لنص المادة 12 فقرة 2 من التقنين المدني وهذا كمبدأ عام، و كاستثناء يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج وفقا للمادة 13 من نفس التقنين، و لعل أراد المشرع من وراء ذلك الحفاظ على الطرف الوطني في العلاقات ذات الطابع الدولي التي تجمع بين طرفين لا يجمعهما قانون واحد سواء باختلاف الجنسية أو الموطن وقد تترتب على إخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لنفس الأحكام أثار إيجابية، وذلك بحماية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر سيما إمكانية تطبيق القانون الجزائري في الحالتين المنصوص عليها في المادتين الواردتين أعلاه، وكذلك حفاظا على حقوق الزوج المسلم وفقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية إضافة إلى تحقيق المساواة بين الجنسين (الرجل والمرأة) التي طالما كانت تلح عليها تشريعات الدول و الاتفاقيات الدولية، وكل هذا يدخل ضمن الإيجابيات المترتبة على تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى والاستثناء الوارد عليها .

إلا أنه إخضاع انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني لنفس الأحكام لا يخلو من الانتقادات، وذلك من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة مما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين، نهيك أيضا عن استحالة تطبيق القانون الجزائري فيما يخص مسألة الانفصال الجسماني، كما أن عدم إعمال الأثر المخفف للنظام العام من طرف القضاء الجزائري سيؤدي حتما إلى إهدار الحقوق المكتسبة وذلك باستبعاده كل مسألة تكون مخالفة للنظام العام الوطني حتى و إن كانت قد نشأت صحيحة في الخارج وفقا للقانون الأجنبي وذلك دون النظر إلى مدى تأثريها على الرأي العام.

لذلك قمنا في **(المبحث الأول)** باستعراض الأثار الإيجابية المترتبة على إخضاع إنحلال الزواج و الانفصال الجسماني لنفس الأحكام، والآثار السلبية المترتبة على ذلك في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الأثار الإيجابية المترتبة على إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لنفس الأحكام

تختلف الدول فيما بينها في إناطة الأحوال الشخصية، فبعضها ينيطها بقانون الجنسية و بعضها بقانون الموطن، ولكل وجهة نظرلها حججها ، فالدول التي تنيط الأحوال الشخصية بقانون الجنسية فإنها تبرر وجهة نظرها بضرورة استقرار الأحوال الشخصية و ثباتها، بما أن الجنسية ثابتة مستقرة، عسيرة التغيير، فإن القانون الذي يرتبط بها يكون أثبت وأصلح من قانون الموطن لحكم الأحوال الشخصية، بينما الموطن غير مستقر و لا ثابت إذ هو كثيرا ما يتغير. كما أن الأخذ بقانون الجنسية يغرس في نفوس رعايا الدولة التي يتبعونها بجنسيتهم الشعور بقوميتهم و يجعلهم يتعلقون بوطنهم الذي يحملون قانونه أينما ذهبوا .

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع الجزائري رجح ضابط الجنسية على ضابط الموطن و ذلك رغبة منه في الحفاظ على خصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر، إضافة إلى سعيه على تطبيق القانون الجزائري في كل الأحوال و ذلك حفاظا على حقوق الزوج المسلم و أكثر من ذلك تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين وهو ما أخذت به العديد من الاتفاقيات الدولية.

عليه تكون دراستنا هنا بالتطرق إلى الإيجابيات المترتبة على تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى **(المطلب الأول)**، ثم إيجابيات تطبيق الاستثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول

الأثار الإيجابية المترتبة على تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

باستقراء قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية نجد المشرع الجزائري في نص المادة 12 فقرة 2 من التقنين المدني اعتمد على ضابط الجنسية إذ يطبق على إنحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى و نعتقد أن المشرع الجزائري أراد من ورا ذلك الحفاظ على العلاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية في بلد القاضي وحفاظا على روح الشريعة الإسلامية في الزواج المختلط بالأجانب.

ونسعى في هذا المطلب إلى تبيان إيجابيات تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إمكانية تطبيق القانون الجزائري **(الفرع الأول)**، ثم الحفاظ على حقوق الزوج المسلم **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

إمكانية تطبيق القانون الجزائري

إذا كان الزوج جزائريا وقت رفع الدعوى ، ففي هذه الحالة نطبق القاعدة العامة الواردة في نص المادة 02/12 من التقنين المدني أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[89]، وهذا ما يسهل على القاضي الجزائري في تطبيق قانونه الذي هو على دراية به مقارنة بالقانون الأجنبي، وهنا عندما يكون للشخص جنسية واحدة. لكن يثار إشكال عندما يكون للشخص عدة جنسيات أي يكون هناك تنازع إيجابي للجنسيات أو يكون الشخص عديم الجنسية أي تنازع سلبي للجنسيات، فما هو القانون الوجب التطبيق؟

[89]- أيت منصور كمال ، مرجع سابق، ص.149.

لقد أجاب المشرع الجزائري على هذا الإشكال بموجب نص المادة 22 من التقنين المدني المعدلة[90].

إذ نستخلص من هذه المادة أنه في حالة التنازع الإيجابي و لا يكون للشخص في الوقت نفسه جنسية جزائرية يطبق القاضي الجنسية الحقيقية أي الفعلية لكن إذا كان للشخص جنسية جزائرية من بين الجنسيات المتنازعة فيطبق القاضي القانون الجزائري ويعلل بعض الفقهاء تفضيل جنسية دولة القاضي بأنه تفضيل لمبدأ قانون القاضي "lex fori"[91].

يذهب اتجاه آخر إلى أبعد من ذلك إذ ينكرون وجود تنازع القوانين على الجنسية في هذه الحالة، على أساس أن النزاع ليس إلا مجرد تنازع في الوقائع، حيث أن الجنسية الأجنبية بالنسبة للقاضي ما هي سوى مجرد واقعة، و من ثم فإنه يتعين عليه أولا أن يبحث عما إذا كان الشخص يدخل في إحدى حالات الجنسية التي نص عليها المشرع الوطني و لا ينتقل إلى البحث عن انتماء هذا الشخص إلى دولة أجنبية، إلا إذا تحقق من عدم تمتعه بالجنسية الوطنية، وعلى ذلك فلا يمكن القول بوجود في هذه الحالة تنازع بين تشريع جنسية دولة القاضي و تشريع جنسية أي دولة أخرى، لأن وجود جنسية دولة القاضي تكون مانعة سلفا لأي تنازع بين الجنسيات[92].

لهذا نصت المادة 22 أعلاه " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق..."، فمع وجود الجنسية الجزائرية يكون ترجيح القانون الجزائري في جميع الفروض دون النظر إلى طبيعة المسألة الأصلية المرتبطة بها مسألة الجنسية[93]، و دون النظر إذا كان هذا الشخص

---

[90]- المادة 22 من القانون المدني المعدلة تنص على أنه: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.
غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد ، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.
وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

[91]-HENRI Batiffol, PAUL Lagarde, traité de Droit international privé,tome1 8éme édition,L.G.D.j,Paris,1993,p.83.

[92]- عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 1996،ص74، سعيد يوسف البستاني، إشكاليات و آفاق تطور قانون الجنسية في لبنان و الدول العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2006،ص.209.

[93]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.ص.79-81.، سعيد يوسف البستاني، ص. 210-211.

مرتبطا فعليا بإقليم الدولة الجزائرية أم لا وما إذا كانت له مصالح على إقليها أم لا[94].ما يمكن قوله أنه هذا الحل رغم انتشاره إلا أنه لا يخلو من الانتقادات كونه من جهة، قد يكرس ما يمكن تسميته " عدم واقعية الجنسية " وذلك بتطبيقه الحتمي (الأولي) لقانون القاضي في كل الفروض و الظروف، ومن جهة ثانية، سيترتب عنه اختلاف الصفة الوطنية للشخص و كذا مصير الحكم النهائي باختلاف الدولة التي يثور أمامها النزاع ، وسيقود هذا الحل أيضا إلى إعاقة عمل الاتفاقيات الدولية التي تجعل من الجنسية ضابطا للإسناد[95].

أما فيما يتعلق بالتنازع السلبي أي يكون الشخص عديم الجنسية ، فقبل التعديل ترك المشرع المجال للقاضي في اختيار وتعيين القانون الواجب تطبيقه ، لكن في سنة 2005[96] تراجع المشرع عن هذا الحل فقام بوضع ضابط إسناد وأجبر القاضي على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة[97].

الفرع الثاني

الحفاظ على حقوق الزوج المسلم

باعتبار أن الزوج هو رب الأسرة وتقع على عاتقه التزامات و يتحمل مسؤوليات ضخمة مثل وجوب الإنفاق على الزوجة والأولاد وصيانتهم، كما أنه عند حل الرابطة الزوجية يجب عليه توفير مسكن للزوجة لممارسة الحضانة إذا كان لديها أولاد و تقديم لهم نفقة المعاش وغير ذلك من الواجبات التي يتحمل عبأها . وبالتالي فتطبيق قانون الزوج هو ربما الأجدر لحماية حقوقه و مراعاة مصالحه وذلك مثلا في تخويل الزوج في أن يطلق زوجته بالإرادة المنفردة وهو ما لا نجده في الدول الغربية ، ويظهر هذا خاصة عندما يكون زواج مختلط أي بين رجل مسلم و امرأة أجنبية كتابية.

---

[94]- أمر رقم 75-58.

[95]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.ص.79-81.

[96]- قانون رقم 05-10.

[97]- المادة 22 فقرة أخيرة من القانون المدني المعدلة التي تقضي بأنه " وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

بالتالي فمسألة تطبيق قانون الزوج واستبعاد قانون الزوجة تبدو واضحة وذلك بالنص على قاعدة إسناد متحيزة ضمن قواعد تنازع القوانين تخضع انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج باعتباره رب الأسرة أو كما يسميه الدكتور "خالد برجاوي" بالامتياز الديني، ومن نتائج هذا الامتياز خضوع الزوجة غير المسلمة لقواعد تكرس عدم المساواة بين الزوج والزوجة واستفادة الزوج من أحكام قانونه الشخصي بما يرجح كفته في مسائل كثيرة[98]، و لاشك أن هذا الامتياز الديني يجد أساسه في قوانين الأسرة العربية باعتبارها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

الأثار الإيجابية المترتبة على تطبيق القانون الجزائري

لم يكتف المشرع الجزائري بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إذ كرس أيضا امتيازا لصالح الجزائريين وذلك بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج و هذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني إذ يظهر من النص جلى الوضوح أن المشرع الجزائري قد وضع استثناء على قواعد الإسناد الواردة بالمادة 12 فقرة 2 بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين سواء الزوج أو الزوجة وقت إبرام زواجهما وهذا ما ينبني بتحقيق المساواة بين الجنسين بالإضافة إلى حماية الأحوال الشخصية في العلاقات المرتبطة بالعنصر الأجنبي.

و سنستعرض في هذا المطلب إيجابيات تطبيق القانون الجزائري(إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج)،المتمثلة في حماية خصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر**(الفرع الأول)** ، بالإضافة إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة **(الفرع الثاني).**

[98]- خالد برجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية ،حلول مقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية و منطق الانتماء إلى الجماعة الدولية، الرباط، 2001، ص.65.

الفرع الأول

حماية خصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر

يكون ذلك بإخضاع النزاع الذي يكون فيه أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج إلى القانون الجزائري ، أي تفضيل تطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي و ذلك بعرض النزاع أمام المحاكم الجزائرية و على القاضي الجزائري، فهو إذن حماية للمبادئ التي تقوم عليها الأحوال الشخصية في الجزائر[99] وذلك فيما يتعلق بحالات فك الرابطة الزوجية ، وبالخصوص إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج، وكذلك فك العصمة الزوجية بطلب من الزوجة دون موافقة الزوج بمنحه مقابل مالي وهو ما يسمى ب " الخلع" وهو ليس مقرر في الدول الغربية مثل فرنسا.

كما أن تطبيق القانون الجزائري على مواطنيه أينما حلوا أو ارتحلوا ، باعتباره القانون الأفضل و الأكثر عدالة و الذي يحمي مصالحهم ، إذ أن قوام حل التنازع في منهج الإسناد يتأتى من اختيار قاعدة الإسناد الأنسب و الأكثر ملاءمة في ضوء السياسة و المصلحة الوطنية[100]. فمقتضى فكرة "المصلحة الوطنية" هو الإسناد الأحادي للاختصاص التشريعي لقانون القاضي، كما أن الرغبة في كفالة احترام قواعد الشريعة الإسلامية التي تقرر حقوقا للزوج المسلم سببا في عقد الاختصاص للقانون الجزائري كلما كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج.

كما أن تغليب مصلحة الزوج الوطني يرجع إلى اعتبار الزواج كعنصر في الحالة المدنية للإنسان، ومن أفسح الروابط العائلية مجالا للتنازع، وهذا نظرا للاعتبارات الاجتماعية و الدينية و الخلقية التي يقوم عليها و التي تختلف من مجتمع لآخر و نظرا لتدخل قانون القاضي عن طريق عملية التكييف و تحكمه فيما يعتبر زواجا و ما هو خارج عنه. كما أن هذه الضمانة أضافها المشرع لحماية الزوج الجزائري، حيث أن تطبيق القانون الجزائري عليه بدلا من القانون الأجنبي سيوفر في الغالب الحماية الكاملة.

---

[99]- عثماني بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة بجاية، يومي 23-24 أفريل 2014، ص.176.

[100]- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.80.

في رأينا يطبق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني باعتباره قانون القاضي وليس القانون الوطني لأحد الزوجين، لأن الحكم الوارد في هذه المادة قليل الفعالية أو عديمها لو عرض النزاع على القاضي الأجنبي، ولو كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، فمثلا لو عرض نزاع على القاضي الفرنسي يتعلق بفك الرابطة الزوجية بين زوج كان جزائريا وقت إبرام عقد الزواج وزوجة فرنسية، يقيمان في فرنسا فيطبق القاضي الفرنسي قانون الموطن المشترك طبقا لنص المادة 309 من التقنين المدني الفرنسي و لا يأخذ بالاستثناء الوارد في نص المادة 13 من القانون المدني.

الفرع الثاني

المساواة بين الرجل و المرأة

فبالعودة إلى نص المادة 13 من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري قد سوى بين الزوج و الزوجة في تحديد القانون الواجب التطبيق و ذلك بنصه "إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج "سواء الزوج أو الزوجة دون التمييز بينهما [101]، وبالتالي فنجد أن المشرع قد قام بحماية الزوجة الجزائرية و رجح لها الكفة عكس ما فعله في نص المادة 02/12 من القانون المدني.

وكذلك المشرع في المادة 13 المشار إليها أعلاه قام باحترام المبدأ المنصوص عليه في القانون الأسمى أو الأساسي للبلاد "الدستور"، الذي أكد على المساواة بين الرجل والمرأة، وكذلك ما هو منصوص عليه في القوانين العادية الأخرى خاصة بعد جملة من التعديلات التي طرأت عليها بغية منه لتحقيق مساواة أكثر بين الرجل والمرأة ، ومن أمثلة ذلك تعديله لقانون الجنسية[102] الذي أضاف إمكانية نقل أو منح جنسية الأم إلى أبنائها بغض النظر عما إذا كان والدهم مجهولا أم لا، أو عديم الجنسية أم لا. و كذا قام أيضا المشرع

[101]- عثماني بلال، مرجع سابق،176 .

[102]- أمر رقم 05-01 مؤرخ في 27 فيفري سنة 2005، معدل و متمم لقانون الجنسية، ج.ر.ج.ج. عدد 15، صادر في 2005-02-27.

بمراجعة قانون الأسرة[103] الذي تم بموجبه إعادة التوازن في الحقوق و الواجبات بين الزوجين تماشيا مع ما نص عليه دستور البلاد و ما تقتضيه الالتزامات الدولية و قيمنا الحضارية، حيث نجد سوى بين الرجل و المرأة في سن الزواج وهو 19 سنة، كما نص على الذمة المالية المستقلة بين الزوجين، وإلى غير ذلك من التعديلات.وبالتالي فالهدف في المساواة في مجال الحقوق و الواجبات بين الرجال و النساء يؤدي إلى إعطاء المرأة دورا ومكانة أكبر سواء في الدوائر الاجتماعية، الثقافية و الاقتصادية.

المبحث الثاني

الأثار السلبية المترتبة على إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لنفس الأحكام

بعدما أن تطرقنا في المبحث الأول إلى مختلف الآثار الإيجابية المترتبة على تطبيق قاعدة جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وإيجابيات تطبيق الاستثناء الوارد على هذه القاعدة إلا أنه يأخذ عليها عدة مآخذ.

بالرجوع إلى قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة عامة و التي تسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني بصفة خاصة، نجد أن المشرع الجزائري قد جانبه الصواب بترجيح جنسية الزوج على جنسية الزوجة، إذ يحكم هذه الأخيرة قانون لم تتوقعه أثناء إبرام زواجها، كما يؤدي من جانب آخر إلى عدم تحقيق المساواة بين الطرفين و أكثر من ذلك نجد أن فكرة الانفصال الجسماني المكرس من طرف المشرع الجزائري هو موضوع مخالف للنظام العام الذي يستحيل تطبيقه من طرف القاضي الجزائري إذ وضع فقط من أجل ملئ الفراغ التشريعي خاصة في العلاقات المرتبطة بالعنصر الأجنبي، إذ يؤدي إلى إهدار حقوقهم المكتسبة وعدم الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام وذلك ما يؤدي إلى المساس بالمراكز القانونية الخاصة بالأجانب، وهو ما سوف يتم توضيحه في هذا المبحث وذلك بالتطرق إلى الآثار السلبية المترتبة عن قاعدة قانون جنسية الزوج وقت

[103]- أمر رقم05-02 مؤرخ 27 فيفري سنة 2005،معدل و متمم لقانون الأسرة، ج.ر.ج.ج عدد 15، صادر في27-02-2005.

رفع الدعوى **(المطلب الأول)**، و الآثار السلبية المترتبة عن الاستثناء الوارد عليها **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول

الأثار السلبية المترتبة على تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

يثير إخضاع انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني إلى كل من قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى العديد من المشاكل، فمن شأنه يجعل رابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ، و يظهر ذلك في المساس بمركز الزوجة في حالة تغيير الزوج جنسيته وقت رفع الدعوى وهو ما يؤدي إلى عدم التناسب بين الزوجين في المراكز القانونية، بل و أكثر من ذلك فهو التعدي على مصالح الزوجة .

لذلك تكون دراستنا باستعراض مختلف الآثار السلبية المترتبة على تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والتي تتمثل في الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة **(الفرع الأول)**، و المساس بمصلحة الزوجة **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

حيث تنص المادة 29 من الدستور أنه: " كل المواطنين سواسية أمام القانون، و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو **الجنس**، أو الرأي، أو شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي "[104]، و بالتالي فالمساواة بين الرجل والمرأة مبدأ مكرس دستوريا، كما أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1996 [105]، فترجيح جنسية الزوج على جنسية الزوجة يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة و الإنصاف بين الجنسين، لأنه يجب وضع القوانين المتنازعة في مرتبة

[104]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 69-438 مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج.ر.ج.ج. عدد 76، صادر في 08-12-1996، معدل ومتمم، أنظر الموقع الإلكتروني: www.joradp.dz

[105]- أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص.149.

واحدة وإعطائها فرص متساوية للتطبيق، على أن يتم ترجيح أحدهما على الآخر عن طريق تحديد مركز الثقل في العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، ويكون ذلك بالاستناد إلى معايير منطقية و موضوعية بعيدا عن أية نزعة وطنية أو دينية متحيزة .

فضوابط الإسناد في مادة الأحوال الشخصية هي الجنسية والموطن و ليس الديانة الإسلامية أو طائفة دينية أخرى. كما أنه من أهداف قواعد القانون الدولي الخاص تحقيق الاستقرارو التوازن و التوفيق ما بين المصالح المتعارضة للأطراف . ومن بين الانتقادات الموجهة أيضا إلى قواعد الإسناد في تشريعات الدول العربية، ما إتفق أنصار التيار العلماني على وصفه بامتياز الذكورة، فهم يرون أن قواعد التنازع تخول الذكر ترجيح قانوني لكفته فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، ويطبق هذا الامتياز حسب رأيهم إما بالنص بصفة صريحة على قواعد من هذا القبيل، وإما بفضل تقرير إعمال مبدأ الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإحلال محله القانون الداخلي ، ويبررون رأيهم هذا بوجود عدة مظاهر تميز بين الرجل والمرأة، و من ذلك إسناد الاختصاص إلى قانون الزوج دون قانون الزوجة فيما يتعلق بآثار الزواج و انحلال الزواج[106]، وهذا ما يتعارض مع مبادئ المساواة و الحرية التي أقرتها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان و بالخصوص المادة 02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أنه " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق و الحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو **الجنس** أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء وفضلا عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلا أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود"[107] .

---

[106]- خالد برجاوي، مرجع سابق، ص.98.

[107]- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بباريس، بتاريخ 10 ديسمبر 1948 أنظر الموقع الإلكتروني:www.un.org

و على هذا الأساس إن إسناد انحلال الزواج والانفصال الجسماني إلى قانون الزوج هو إسناد متحيز ومجرد من أي موضوعية وهو ما يخالف قواعد التحليل التنازع التي تقضي بترجيح أحد القوانين المتنازعة بناء على معايير منطقية و موضوعية و تخالف أيضا الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص التي أصبحت تسند مثل هذه الروابط لقانون الجنسية المشتركة أو لقانون الموطن المشترك أو الإقامة المعتادة المشتركة[108]. وفي اعتقادنا أن المفهوم المعطى للمساواة لدى منطق هؤلاء غير صحيح لأنه إذا اعتبرنا أن المقصود بالمساواة هنا هي المساواة المادية، فإن ذلك سوف يؤدي في النهاية إلى تكليف المرأة بما لم يوجب عليها أو بما يتعارض مع طبيعة دورها في الأسرة. و بالنسبة لاقتراح قانون الموطن فهو الآخر ليس بمنأى عن النقد و لا يحقق العدالة و المساواة في الكثير من الحالات، لأن قانون الموطن قد يحرم الزوجين من الاستفادة من حقوق مقررة لهم بموجب قوانينهم الشخصية أو يفرض عليهم قيود جديدة أو أشد مما هي عليه في قانونهم الوطني ولهذا فإن القوانين الوطنية تبقى هي أكثر القوانين ملائمة لحكم الروابط الدولية المختلطة في مسائل الأحوال الشخصية عموما و إنحلال الزواج بصفة أخص .

بالتالي سيختلف الوضع لو تم الاعتماد على الجنسية المشتركة في حالة إتحاد الجنسية كموقف المشرع التونسي[109]، أو حتى تقرير ضابط الموطن المشترك كحل احتياطي في حالة غياب الجنسية المشتركة، و لا يعد ذلك مساسا بالموقف الأصلي للمشرع في الأحوال الشخصية و المتمثل في اعتماده على ضابط الجنسية [110].

الفرع الثاني

المساس بمصلحة الزوجة

يثير المعيار الزمني المعتمد من طرف المشرع الجزائري " وقت رفع الدعوى " إشكالية المساس بمصلحة الزوجة ، وهو الوضع نفسه بالنسبة للقوانين التي أخذت حل

---

[108]- خالد برجاوي، مرجع سابق، ص.115-116.

[109]- أنظر: الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية.

[110]- أيت منصور كمال، مرجع سابق،ص.148.

مماثل[111]، يأتي عيب انفراد هذا القانون بالحكم من ناحية كون الزواج رابطة ما بين الطرفين تنشأ وفقا لقانونيهما، و الواجب ألا تنحل هذه الرابطة إلا وفقا لحكم قانون يجمع الطرفين أو لقانون يكون الطرفان متبصرين به إن لم يخضعا معا لقانون واحد، وهذا هو ما أخذ به في اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق و الانفصال الجسماني حيث تنص المادة 08 بأنه:" إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد السابقة وهي المواد الخاصة بالتطليق و الانفصال، أي هو قانون جنسيتهما "، فإخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فمن شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج[112].

كما أنه فيه ظلم للزوجة، فقد تتزوج الزوجة تحت سلطان قانون جنسية زوجها الذي لا يبيح الطلاق أو الانفصال فيتجنس الزوج بجنسية دولة يبيح قانونها ذلك، ثم يرفع دعوى بطلب حل الرابطة الزوجية أو الانفصال الجسدي طبقا لقانون جنسيته الجديدة، فيحكم بالانفصال أو بانحلال الرابطة الزوجية طبقا لهذا القانون[113]، و يظهر الحرج في مركز الزوجة إذ تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت الزواج ووقت رفع الدعوى و لم تدخل في جنسيته، و كان قانون الزوج وقت الزواج يجيز حل الرابطة الزوجية أو الانفصال الجسماني في حين أن قانونه وقت رفع الدعوى يكون غير مجيز لانحلال الزواج أو الانفصال الجسماني، أو أن يتحقق العكس فيكون قانونه وقت الزواج لا يجيز انحلال الرابطة الزوجية أو الانفصال الجسماني، ويكون قانون جنسيته الجديدة وقت انحلال الرابطة الزوجية أي وقت رفع الدعوى يجيزه[114]، وكذلك يقضي القانون البولوني بأنه يسري على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني القانون الوطني للزوجين وقت رفع الدعوى، فإن لم تكن لهما جنسية مشتركة، طبقا لقانون الدولة التي لهما فيها موطن

---

[111]- أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص.148.
[112]- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص.309.
[113]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.76.
[114]- عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص.309-310.

مشترك، وإذا لم يكون متوطنين في دولة واحدة طبقا القانون البولوني[115] ، كما أن اختيار المشرع الجزائري قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يعتبر اختيار تعسفي، ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد، و ما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين فمن الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر[116].

بالإضافة إلى ما تقدم، يتضح لنا أن الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يسهل على الزوج التحايل على القانون عن طريق تغيير جنسيته بغرض التوصل إلى النتائج التي يهدف إليها، و بطريقة قد لا تكفي معها نظرية الغش نحو القانون للتقليل من خطورة هذا الوضع[117]، يبقى أن نشير إلى أن إسناد انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج عند اختلاف الزوجين في الجنسية قد ينطوي على المساس بمصلحة الزوجة ، وهو ما دعا القضاء الحديث في الكثير من الدول المتقدمة إلى التعويل في هذا الصدد على ضابط محايد مثل ضابط الموطن المشترك للزوجين [118] لأنه أكثر تحقيقا للعدالة، و لا يمس بالمركز القانوني للزوج الآخر[119].

المطلب الثاني

الأثار السلبية المترتبة على تطبيق القانون الجزائري

إن تطبيق قانون جنسية أحد الزوجين وقت إبرام عقد الزواج ، فإنه يمكن أن ينجر عنه مشكلة التنازع المتحرك و ذلك بتغيير أحد الزوجين لجنسيته بين وقت إبرام الزواج و وقت رفع دعوى حل الرابطة الزوجية ، كما أن العمل بهذا الاستثناء يستحيل معه تطبيق نظام الانفصال الجسماني بما أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة في قانون الأسرة.

كما أنه بعد أن رأينا كيف يتدخل النظام العام بشدة في شأن الحقوق و المراكز القانونية التي يراد إنشاؤها أو تكوينها في دولة القاضي، فإنه في المقابل سوف نتعرض

---

[115]- عزالدين عبد الله، مرجع سابق ،ص.309-310.
[116]- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص.233.
[117]- هشام صادق، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص.292.
[118]- المرجع نفسه، ص.292.
[119]- محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص.142.

لتلك الحقوق أو المراكز القانونية، التي هي محل النزاع قد نشأت وتكونت فقط في الخارج وفقا لقانون أجنبي مخالف لمقتضيات النظام العام الوطني ولكن يراد التمسك أو الإحتجاج بها في دولة القاضي، علما بأنه ما كان لتلك الحقوق أو المراكز أن تنشأ أصلا في هذه الأخيرة، وهنا يصاب النظام العام بشلل جزئي حيث يتخذ مفاهيم أخرى و يصطلح عليها " بالأثر المخفف للنظام العام".

لهذا سوف نبين في هذا المطلب السلبيات التي تنجر على تطبيق القانون الجزائري وتتمثل في عدم تناسب الظرف الزمني لتطبيق القانون الجزائري **(الفرع الأول)** استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني **(الفرع الثاني)**، وإهدار الحقوق المكتسبة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

عدم تناسب الظرف الزمني لتطبيق القانون الجزائري

لقد حددت المادة 13 من التقنين المدني تطبيق القانون الجزائري في مجال زمني محدد وهو أن يكون الزوج أو الزوجة جزائريا وقت انعقاد الزواج، وينتج عن هذا الموقف بعض الحالات التي يكون فيها القانون الجزائري ليس هو الملائم لحكم القضية المعروضة على القاضي الجزائري، فلو تصورنا أن جزائريا تزوج بفرنسية و اكتسب الجنسية الفرنسية بالمقابل تنازل عن الجنسية الجزائرية، وبعد مدة من الزمن قرر الزوجين فك العصمة الزوجية و ثم عرض النزاع على القاضي الجزائري، القاضي برجوعه إلى قواعد الإسناد فسيطبق نص المادة 13 من التقنين المدني كون أن الزوج كان جزائريا وقت انعقاد الزواج [120]، وبالتالي فالاسترسال في تطبيق المادة المذكورة أعلاه تؤدي إلى نتيجة غريبة تدعوا إلى التأمل، إذ أنه لا يوجد ما يبرر تطبيق القانون الجزائري على زوجين أجنبيين وقت حل الرابطة الزوجية، اللهم إلا أن تتحرك مسألة حماية حقوق المسلم، و هي مسألة تكفلها فكرة النظام العام ولو لم يوجد نص المادة 13 أعلاه[121]، إذ هناك من يرى أنه يجب

[120]- عثماني بلال، مرجع سابق، ص.176-177.
[121]- عزالدين عبد الله، مرجع سابق، ص.318.

أن يخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى، و هذا ما أخذ به القانون الألماني، فقد استلزمت المادة 17 من قانون إصدار التقنين المدني لتطبيق القانون الألماني على التطليق أن يكون أحد الزوجين على الأقل ألمانيا وقت رفع الدعوى [122].

كما أنه من المعلوم أن قانون الجنسية الجزائرية لم يميز في الحقوق و الواجبات بين من له جنسية أصلية أو جنسية مكتسبة فبمجرد أن يكتسب الأجنبي الجنسية الجزائرية تثبت له جميع الحقوق كأي جزائري له جنسية أصلية، غير أنه نجد لو أن نزاع طرح في هذا الشأن فنجد عكس ذلك ، فمثلا لو أن نزاع دار حول مدى توفر شرط الضرر كسبب للمطالبة بالتطليق بين زوج قطري و زوجة لبنانية ثم تجنست بالجنسية الجزائرية وعرض النزاع على القاضي الجزائري فإن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع حسب الأصل العام هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى " القانون القطري " حسب المادة 12 فقرة ثانية من التقنين المدني الجزائري، و لا يمكن في هذا المثال الاعتماد على الاستثناء المقرر في المادة 13 لأن الزوجة لم تكن جزائرية يوم انعقاد الزواج و بالتالي سيطبق على الجزائرية قانون قد يكون بعيد كل البعد عنها رغم اكتسابها للجنسية الجزائرية وتمتعها بكل الحقوق[123]، كما أنه هذه المادة (13 من التقنين المدني) تطرح مشكل آخر عندما تمنح الاختصاص للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا حتى ولو كان يحمل جنسية أخرى لدولة لا تعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة، حالة متعدد الجنسية الجزائريين الفرنسيين فتطبق عليهم قواعد الشريعة الإسلامية حتى ولو كانوا يجهلون الإسلام تماما وقد يلجأ الزوج الجزائري الفرنسي للمحاكم الجزائرية و يرفع دعوى الطلاق بإرادته المنفردة و يحتج بهذا الحكم في مواجهة زوجته المتواجدة في فرنسا، فهنا يكون الزوج قد احتال على القانون، بحيث أنه رفع دعوى أمام محاكم بلده التي تعتبر مختصة وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (المادتين 41 و 42)[124]، من أجل الحصول على

---

[122]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق،ص.258.

[123]- المرجع نفسه، ص.23.

[124]- المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكون مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري ".

حكم لصالحه، لكن هذا الحكم يعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا إذا لم يحترم قواعد الدفاع وهذا الأمر يحدث غالبا من طرف المغاربة المتواجدين في فرنسا.

الفرع الثاني

استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني

و ذلك إذا نشأ انفصال جسماني في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي، سواء في حالة ما إذا كان الزوج أو الزوجة جزائريا وطبق في تقرير الانفصال الجسماني قانون الموطن المشترك للزوجين مثل القانون الفرنسي، إذ قررت المادة 309 من التقنين المدني الفرنسي التي سبق و أن أشرنا إليها، إمكانية تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن المشترك أو في حالة ما إذا كان الزوج أجنبي و بعد الحكم بالانفصال الجسماني اكتسب الجنسية الجزائرية، و يطرح في هذين الافتراضين مشكل إخضاع الانفصال الجسماني للقانون الجزائري الذي لا يعرف هذا النظام[125]، وبالتالي يسري القانون الجزائري على النزاع المتعلق بالانفصال، غير أن قانون الأسرة لم ينظم مسألة الانفصال الجسماني أصلا فلا يمكن في هذا الصدد تطبيق القانون الجزائري خاصة إذا تنازل الزوج أو الزوجة عن الجنسية الجزائرية فلا يوجد ما يربطهما بالجزائر، وتطرح في هذه الحالة مدى قيمة نص المادة 13 لا سيما عندما تطبق من طرف القاضي[126]، و لهذا فما الجدوى من إضافة نظام الانفصال الجسماني في المادة 12 فقرة ثانية من التقنين المدني.

الفرع الثالث

إهدار الحقوق المكتسبة

نجد أن هناك أنصار من الفقهاء الذين نادوا بفكرة الحقوق المكتسبة منهم" دايسي " في إنجلترا و "بيل" في أمريكا و" بييه " و "نبواييه" في فرنسا ، فقوامهم ينبني على التمييز

المادة 42 من نفس القانون " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي ".

[125]- أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص.149.

[126]- المرجع نفسه.ص.149-150.

بين الاعتراف بآثار الحق المكتسب في الخارج و تطبيق القانون الأجنبي الذي اكتسب الحق في ظله، ويرون أنه إذا اكتسب الحق اكتسابا صحيحا طبقا لقانون مختص ينبغي أن يكون له قوة نفاذ دولية حتى يتمتع بالحصانة و الأمان في الخارج، وإلا ظل مهددا بالزوال بمجرد تجاوز الحدود السياسية، وينهض هذا الاعتبار على حاجة المعاملات الدولية إلى الاستقرار[127].

لهذا قد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام، لكن نفس هذا المركز قد لا يتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو أن نشوئه تم في الخارج فإن أثر النظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين رغم أنه يتعلق بنفس المركز القانوني المراد إنشاؤه، وقد عبر الفقه عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج " بالأثر المخفف للنظام العام " لأن النظام العام لا يسمح بنشوئها في دولة القاضي و لكن يمكن الاحتجاج بها لو أن نشوئها تم في الخارج[128] بحيث أن النظام العام يعمل به بقوة أشد في مرحلة إنشاء الحقوق أكثر منه في مرحلة التسليم بآثار قانونية مترتبة على حقوق و علاقات قائمة سلفا، أي تتراجع فكرة النظام العام تدريجيا أمام الحق المكتسب[129].

برر الفقه الفرنسي هذا التباين في أن ردة فعل النظام العام ليست واحدة في الحالتين فالرأي العام الفرنسي سيكون أقل تأثرا إزاء الحق الذي نشأ في الخارج صحيحا و أريد الاعتراف به في فرنسا ، من الحق الذي نشأ في فرنسا[130]. فنجد أن المحاكم الفرنسية قد اضطرت إلى تلطيف مفهوم النظام العام في مواجهة نظام تعدد الزوجات ، فاعترفت بآثاره كلما نشأ خارج فرنسا مراعاة للقانون الأجنبي الذي نشأ في ظله، فاعترفت بحق الزوجة في النفقة و بحقها في الميراث، وبغيرها من الآثار[131].

---

[127]- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.128-129.

[128]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.181.

[129]- بلمامي عمر، مرجع سابق،ص.195.

[130]- عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص.224.

[131]- كيحل كمال، النظام العام و النفاذ الدولي للحق المكتسب في مجال الأحوال الشخصية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 أفريل 2014، ص.347-348.

بالرجوع إلى التشريعات العربية، فنجد أن القضاء اللبناني قد سلم بالأثر المخفف للنظام العام، حيث جاء في قرار محكمة التمييز اللبنانية " فالانتظام العام لا تمسه تصرفات أجنبي تحصل خارج لبنان وفقا لأحكام أجنبية تخضع لها تلك التصرفات، كما لا تمسه تصفية تركة لأجنبي تخضع لأحكام قانون أجنبي يسمح للمرء بالتصرف بحرية بأمواله بأعمال مضافة إلى ما بعد الموت"[132]؛ أما المشرع التونسي فنص صراحة على الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام ، وهذا ما جاء في نص الفصل 37 من مجلة القانون الدولي الخاص[133].

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، يتضح بعد الاطلاع على قواعد التنازع الواردة في القانون المدني أن المشرع لم ينص عليها؛ أما القضاء فقد نقض المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 23 جوان 1984 بصفة جزئية القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 19 أفريل 1982، والذي وافق على حكم الدرجة الأولى الذي منح الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعي عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق على أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين و مبلغ الفائدة المتفق عليها التي تقدر ب12% مع العلم أن القانون الأجنبي المختص يجيز تقاضي فوائد ربوية بينما يمنعها القانون الجزائري[134]، لذلك نقض المجلس الأعلى القرار الصادر عن مجلس تيزي وزو في الجزئية المتعلقة بمبلغ الفائدة، و بالتالي رفض القضاء الجزائري في هذه القضية الاعتراف بهذا الحق المكتسب في فرنسا.

بالتالي فقاعدة الإسناد الخاصة بالانفصال الجسماني لا يمكن أن تقرر في الجزائر بخلاف ما هو عليه في بعض الدول مثل فرنسا و إنجلترا و حتى في مصر فهو نظام تعرفه الشرائع غير الإسلامية في هذه الدولة.فيمكن أن يطرح أمام القاضي الجزائري نزاع حول صحة أو آثار الانفصال الجسماني تم نشوئه في بلد أجنبي أي كحق مكتسب في الخارج

---

[132]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.638-639.

[133]- ينص الفصل 37 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه: "يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية ، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام التونسي ".

[134]- بموجب نص المادة 454 من القانون المدني.

فسيؤدي حتما إلى ضياع حقوق الأفراد باعتبار أن الجزائر لا تعرف هذا النظام ، إلا إذا كان الزوجين أجنبيين وقت إبرام عقد الزواج و وقت رفع دعوى الانفصال الجسماني ولهذا كان من العدالة ان يتم إخضاع الانفصال الجسماني إلى قانون الدولة التي نشأ فيه الحق.

حتى تتحقق فعالية هذا الحل سواء في القانون الواجب التطبيق على صحة الحق أو الذي يحكم آثاره، لابد من عدم تطبيق أحكام المادة 13 من التقنين المدني فيما يتعلق بالانفصال الجسماني.[135]

[135]- أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص.150-151.

خاتمة

من خلال الدراسة السابقة، يتضح لنا أن موضوع انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص يعد موضوعا حساسا، فقد كان و سيبقى موضوع الساعة على مر العصور و الزمان لارتباطه بأصول الكيان الأسري المكون للمجتمع ولهذا فهو من الدراسات الشيقة و التقنية التي تظل بحاجة لقراءة مستفيضة واسعة في الفكر، لملاحظة الأصول التشريعية الخاصة به، و لدراسة أبعاده التي تختلف من دولة لأخرى، بل و تختلف داخل ذات الدولة من زمن لآخر تماشيا مع التطورات المتعددة في مجال الحياة المختلفة.

و مما يجب التنويه إليه، أن أهمية هذا الموضوع ظهرت جليا في شتى المجالات وانعكست آثارها في كافة الميادين ، وعليه فإن انحلال الزواج المختلط له نظام خاص متميز ومستقل عن أحكام القانون الداخلي، إذ لا يمكن لتطبيق القواعد الموضوعية الواردة في القانون الداخلي لوجود عنصر أجنبي، إلا بعد استشارة قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق، على أن تأسيس هذه القاعدة تختلف من دولة لأخرى، إذ يتم تحديدها إما على أساس ضابط الجنسية و إما على أساس ضابط الموطن .

كما خلصنا إلى أنه يمكن لرابطة الزواج أن تنحل لسبب أو لآخر، وهذه الحالة كثيرة الوقوع في الزواج المختلط، ونجد مواقف مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحالة، كما أنه لا يمكن إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لنفس الأحكام باعتبارهما مفهومين مختلفين، ولهذا يجب التمييز بينهما من حيث ضابط الاسناد المعتمد.

كما يثير انحلال الزواج مشكلة الحضانة، و نادت بعض التشريعات بإخضاعها لقانون جنسية الأب كالقانون الكويتي، كما نادى القضاء الفرنسي من جهة أخرى بإخضاعها للقانون الشخصي للطفل المحضون، و الهدف من تحديد القانون الذي يحكمها هو حماية مصلحة المحضون، وعليه فإن مشاكل الحضانة كبيرة الوقوع في مجال الزواج المختلط و غالبا ما تعرض أمام القضاء الجزائري، الذي بدوره يسندها للقانون الذي يحكم الانحلال لأن تكييفها يخضع للقانون الجزائري باعتباره أن المشرع قد تناولها ضمن آثار انحلال الزواج في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري، و التنازع لا يثور بصددها إلا

بمناسبة انحلال الزواج، كان من الأجدر على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص ووضع قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة .

إن مسألة توحيد قواعد التنازع في مسائل الأحوال الشخصية ليست بالأمر السهل بسبب اختلاف مرجعيات الدول في سن قوانين أحوالها الشخصية، و ما يزيد الأمور تعقيدا أن الاختلاف التشريعي قد يكون داخل المجموعة القانونية الواحدة مثل القانون التونسي مع قوانين الأحوال الشخصية العربية، و تفاديا لهذا الاختلاف، فيجب السعي نحو إبرام اتفاقيات التعاون القضائي الثنائية أو الجماعية من أجل التقليل من صعوبات تطبيق قاعدة الإسناد خصوص في مجال الأحوال الشخصية، و لا يمكن أن ننسى هنا أيضا دور تقنية الدفع بالنظام العام المعروفة و المقبولة الاستعمال في القانون الدولي الخاص المقارن في استبعاد القانون الأجنبي و بالتالي ضمان احترام القيم الحضارية و السياسية التشريعية لكل دولة.

لا شك أن تقدير النظام العام تعتبر مهمة صعبة و دقيقة في نفس الوقت، حيث تتطلب من القاضي أن يوازن بين نقطتين رئيسيتين، فمن جهة، يتعين على القاضي أن يحترم خصوصيات العلاقات الدولية الخاصة و يراعي التعاون المبذول من طرف الدول لتنظيم هذا النوع من العلاقات، و من جهة أخرى، يجب عليه أن لا يسمح لأي قانون أجنبي أن يعبث بالمبادئ الجوهرية لدولته أو يمس بمصالح مجتمعه، إن تحقيق هذا التوازن يفرض على القاضي أن يتحلى بالموضوعية عند تقرير الأمور و أن يكون معتدلا و منطقيا، فلا يدفع بالنظام العام إلا عند الحاجة و الضرورة الماسة التي تستدعي تدخله لحماية الأسس الجوهرية لدولته .

غير أن لا بد من التأكيد على أن تأثر مواضيع الأحوال الشخصية بالشريعة الإسلامية لا يعني تدخل النظام العام كلما خالف القانون الأجنبي المختص أحكامها، و إلا انتفت الحكمة من وجود قواعد الإسناد. أي إذا وجد إفراط من المحاكم في إعمال الدفع بالنظام العام سيؤدي ذلك إلى انحرافه عن الدور الذي وجد من أجله، ويصبح التعصب لتطبيق قانون القاضي واضحا، وفي هذا دون شك هدم لقواعد الإسناد و إعاقة المعاملات الدولية و إجحاف بالعدالة الدولية.

إذا كان المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى، سعى إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية بصفة خاصة، فخصص لها نصوص قانونية، وكذلك فعلى الرغم من التعديلات التي أوردها على قواعد الإسناد، إلا أنه لم يأخذ بالآراء الفقهية الرائدة في هذا المجال.

و أكثر من ذلك، فإنه على المستوى القضائي خاصة ما يتعلق منه ببيان الجهة المختصة، لم يكلف نفسه عناء في إيجاد نصوص قانونية تحدد اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في نزاعات انحلال الزواج و الانفصال الجسماني، وهو ما استوجب تمديد العمل بالنصوص الداخلية والاعتماد على بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا المجال، وذلك رغم الطابع المعقد لهذه المسألة لارتباطها بالسيادة و بالنفاد الدولي للحكم الصادر عن القضاء الوطني .

من خلال ما سبق، يتضح نقص و عجز المنظومة التشريعية عن توفير الحلول الفعالة لمشكلات انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني، و عليه نأمل من المشرع الجزائري، التدخل لسد هذا النقص .

من خلال الاستنتاجات التي توصلنا إليها نقدم بعض التوصيات:

- تعديل نص المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني وذلك بإخضاع انحلال الزواج للقانون الشخصي المشترك للزوجين ، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين، وإلا فيطبق القاضي قانونه.

- وضع قاعدة إسناد خاصة بالانفصال الجسماني ، وذلك بإخضاعه لقانون الدولة التي نشأ فيها الحق وهذا ما سيؤدي إلى الحفاظ على الحقوق المكتسبة.

- إعادة صياغة نص المادة 13 من القانون المدني، وذلك بتطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى، مع عدم تطبيق هذا النص على الانفصال الجسماني .

- وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وذلك بإسنادها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج أو قانون الأب أو قانون مقر الطفل. مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

قائمة المراجع

أولا/ باللغة العربية

I/ الكتب

1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2008.

2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري ،الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية دارهومه،الجزائر،2002.

3- بيار ماير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات،بيروت،2008

4 - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف،الإسكندرية،2005.

5 - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 1988.

6- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص،الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2003.

7 - _____،الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية و أحكام التحكيم ، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2005.

8 - خالد برجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، حلول مقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية و منطق الانتماء إلى الجماعة الدولية،الرباط،2001.

9- زروتي الطيب،القانون الدولي الخاص الجزائري،الجزء الأول:تنازع القوانين،دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة،الجزائر،2008.

10- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص،دار العلوم العربية، بيروت،1994 .

11 -_____ ،عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية،بيروت،1997.

12- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2004.

13- _____،إشكاليات و آفاق تطور قانون الجنسية في لبنان و الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2006.

14- صلاح الدين جمال الدين،تنازع القوانين في مشكلة إبرام الزواج ،دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية،دارالفكرالجامعي،الإسكندرية،2007.

15- _____،القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين،دراسة مقارنة ،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2008.

16-عامر محمد الكسواني،موسوعة القانون الدولي الخاص1، تنازع القوانين،دار الثقافة،عمان،2010.

17-عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات،بيروت،2010.

18-عزالدين عبد الله،القانون الدولي الخاص،الجزءالثاني:في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين،الطبعةالتاسعة،الهيئة العامة المصرية للكتاب،القاهرة،1986.

19-عكاشة محمد عبد العال،الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،1996.

20-علي علي سليمان،مذكرة في القانون الدولي الخاص،الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005..

21-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة،دارهومه، الجزائر،2011.

22 - عوض الله شيبة الحمد السيد،الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجنسية- مركزالأجانب- تنازع القوانين-الإختصاص القضائي الدولي-تنفيذ الأحكام الأجنبية،الطبعة الثانية،دار النهضة العربية،القاهرة،1997.

23 - غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر،عمان،2005.

24- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

25- محمد حسن قاسم،قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان،الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2006.

26- محمد كمال فهمي،أصول القانون الدولي الخاص،مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ،2006.

27- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي،دارالثقافة،عمان،2009.

28- نادية فضيل،تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني،دار هومه،الجزائر،2005.

29-_____،الغش نحوالقانون،الطبعة الثانية،دارهومه،الجزائر،2006.

30- هشام صادق،عكاشة محمد عبد العال،حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين،الاختصاص القضائي الدولي،الجنسية،ديوان المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2005.

31-_____،حفيظة السيد الحداد،دروس في القانون الدولي الخاص،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،2006.

II/ الرسائل و المذكرات الجامعية

أولا- الرسائل الجامعية

- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص،دراسة مقارنة،بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود و المسؤولية،معهد الحقوق و العلوم الإدارية –بن عكنون-، جامعة الجزائر،1986.

ثانيا- المذكرات الجامعية

- مباركي نسرين، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،2008-2009.

III/ **المقالات**

أولا-المقالات الأكاديمية

1-أيت منصور كمال ،"إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني"،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،عدد 02،2010، ص.ص.144-157.

2- محمد وليد هشام المصري،"محاولة لرسم النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص،مجلة الحقوق"،عدد 04 ،2003، ص.ص.162- 178.

3- يوسف فتيحة،"النظام العام و العلاقات الأسرية في مجال القانون الدولي الخاص،دراسة قانونية" المجلة السداسية ،عدد 05، 2008، ص.ص.207-222.

ثانيا-المقالات الإلكترونية

- سعدية أعنطري، زواج المغربيات بالأجانب وتأثيراته على مستوى العلاقة الزوجية وتربية الابن: www.islamonline.net

IV/المداخلات

1-عثماني بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني،ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية،جامعة بجاية،يومي 23 و 24 أفريل 2014، ص.ص.169-179.

2-كيحل كمال، النظام العام و النفاذ الدولي للحق المكتسب في مجال الأحوال الشخصية، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 أفريل 2014 ص.ص.344-350.

V/ النصوص القانونية

أولا- النصوص القانونية الوطنية

أ- الدستور

-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996،منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ،ج.ر.ج.ج. عدد 76، صادر في 08-12-1996، معدل ومتمم أنظر الموقع الإلكتروني: www.joradp.dz

ب- الاتفاقيات الدولية

-اتفاقية حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية، تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال، موقعة في مدينة الجزائر في 21 جوان 1988، مصادق عليها بموجب مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 26 جويلية سنة 1988ج.ر.ج.ج عدد 30،صادر في 27-07- 1988.

ج- النصوص التشريعية

1-أمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن قانون الجنسية، ج.رج.ج.عدد 105،صادر في 18-12-1970، معدل و متمم، أنظر الموقع الإلكتروني: www.joradp.dz

2-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبرسنة 1975،يتضمن القانون المدني،ج.ر.ج.ج.عدد78 صادر في 30-09-1975 ، معدل ومتمم، أنظر الموقع الإكتروني:www.joradp.dz

3- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان سنة 1984،يتضمن قانون الأسرة،ج.ر.ج.ج.عدد 11،صادر في 12-06-1984، معدل و متمم ، أنظر الموقع الإكتروني:www.joradp.dz

4- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008،يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج.ر.ج.ج عدد 21 ،صادر في 23-04-2008.

ثانيا-النصوص القانونية الأجنبية

1- اتفاقية المملكة المغربية و المملكة الإسبانية، تتعلق بالتعاون القضائي و الاعتراف و تنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة و حق الزيارة و إرجاع الأطفال، موقعة في مدريد في 30 ماي 1997 مصادق عليها بموجب ظهير شريف رقم 1.99-113 صادر في 13 ماي سنة 1999، ج.ر.عدد 4700 صادر في17-06-1999.

2-قانون رقم 5 لسنة 1961، يتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي:

www.startimes. com/ ?t=14019601

3- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي:www.ar.jurispedia.org/index

VI/ الاجتهادات القضائية

1- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 52207 مؤرخ في 1989/06/02 ،المجلة القضائية، عدد 04،1990.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 84513 مؤرخ في 1992/06/02،المجلة القضائية،عدد01 ،1993.

VII/ الوثائق

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بباريس، بتاريخ 10 ديسمبر 1948، أنظر الموقع الإلكتروني:www.un.org

ثانيا/ باللغة الفرنسية

I/Ouvrages

1- DERRUPE Jean,Droit international privé,12éme édition,Dalloz,Paris,1997.

2- DOMINIQUE Holleaux, JAQUES Foyer ,GERAUDE de Geoffre de la Pradelle Masson,Paris, 1987

3- GUTMANN Daniel,Droit intenational privé ,2éme édition, Dalloz,Paris,2000.

4-HENRI Batiffol, PAUL Lagarde, traité de Droit internationalprivé,tome1 8éme édition, L.G.D.J,Paris,1993.

5- MAYER Pierre ,Droit international privé,Delta,Paris,5éme édition,1996.

II/Articles

-SAMIA Abdeeb-abu Sahlieh ,conflit entre Droit religieux et Droit etatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe,revue de Droit international comparé,n 04,octobre-decembre,1997.

III/Textes juridiques

-Code civil français:www.legifrance.gouv.fr

IV/La jurisprudence

- Cour de cassation,chambre civile,arrêt n° 256 du 17 février

www.courdecassation.fr

فهرس المحتويات

مقدمة---------- 1

الفصل الأول 5

إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لنفس قاعدة الإسناد

المبحث الأول: مضمون قاعدة الإسناد المتعلقة بانحلال الزواج والانفصال الجسماني----------8

المطلب الأول: قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى----------8

الفرع الأول: مضمون قاعدة قانون جنسية الزوجة وقت رفع الدعوى ----------9

الفرع الثاني: اعتماد المعيار الزمني ----------12

المطلب الثاني: الاستثناء الوارد على قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ----------13

الفرع الأول: تطبيق القانون الجزائري----------13

الفرع الثاني: أهمية تطبيق القانون الجزائري----------15

المبحث الثاني: تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى----------15

المطلب الأول: نطاق تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ----------16

الفرع الأول: بالنسبة لشروط انحلال الزواج و الانفصال الجسماني ----------16

أولا: تطبيق القاعدة على المسائل الموضوعية ----------17

ثانيا: عدم تطبيق القاعدة على المسائل الإجرائية----------17

الفرع الثاني: بالنسبة لأثار انحلال الزواج و الانفصال الجسماني----------19

المطلب الثاني: استبعاد قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ----------23

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام ----------24

أولا-مضمون فكرة النظام العام----------24

ثانيا-شروط الدفع بالنظام العام ----------27

1-ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام ----------27

2-مخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي ----------28

3-آنية الدفع بالنظام العام----------29

الفرع الثاني: الغش نحو القانون---------- 29

أولا-مضمون نظرية الغش نحو القانون----------29

ثانيا-شروط الدفع بالغش نحو القانون----------31

1- التغيير الإرادي لضابط الإسناد ---------- 32

2- نية الغش نحو القانون----------32

الفصل الثاني

33

الأثار المترتبة على إخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لنفس الأحكام

المبحث الأول: الأثار الإيجابية المترتبة على إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لنفس الأحكام------35

المطلب الأول: الأثار الإيجابية المترتبة على تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى----------36

الفرع الأول: إمكانية تطبيق القانون الجزائري----------36

الفرع الثاني: الحفاظ على حقوق الزوج المسلم----------38

المطلب الثاني: الأثار الإيجابية المترتبة على تطبيق القانون الجزائري----------39

الفرع الأول: حماية خصوصية الأحوال الشخصية في الجزائر ----------40

الفرع الثاني: المساواة بين الرجل و المرأة ----------41

المبحث الثاني: الأثار السلبية المترتبة على إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لنفس الأحكام -------42

المطلب الأول: الأثار السلبية المترتبة على تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى----------43

الفرع الأول: الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة ----------43

الفرع الثاني: المساس بمصلحة الزوجة ----------45

المطلب الثاني: الأثار السلبية المترتبة على تطبيق القانون الجزائري ----------47

الفرع الأول: عدم تناسب الظرف الزمني لتطبيق القانون الجزائري----------48

الفرع الثاني: استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني---------- 50

الفرع الثالث: إهدار الحقوق المكتسبة ----------50

خاتمة----------54

قائمة المراجع---------- 59
فهرس المحتويات---------- 67

ملخص عن المذكرة باللغة العربية

إن مسألة انحلال الزواج والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص، تثير إشكالات متعددة في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا راجع لتشابك العلاقات بين الأفراد؛ ولهذا تأتي قواعد الإسناد لتحديد القانون المطبق، مالم يوجد مانعا يحول دون ذلك و المتمثل في الدفع بالنظام العام، و الغش نحو القانون.

Résumé du mémoire en langue française

La question relative à La dissolution du mariage et la séparation de corps en Droit international privé soulève plusieurs problématiques en matière de statut personnel, en raison de la complexité des relations entre les individus; C'est à ce niveau qu'interviennent les règles de rattachement pour définir la loi applicable dans la mesure où il n'y aura ni atteinte à l'ordre public, ni fraude à la loi.