

Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human
and Social Sciences



مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية
والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط

Treating of Algerian Legislation on Issues Related to Dissolution of Mixed Marriage

غنام سلمى Ghenname Selma

جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، مخبر قانون الأسرة.

.University of Algiers 1 Benyoucef Benkhedda, Family Law Laboratory,

الإيميل: selma.ghenname@gmail.com

تاريخ القبول : 2020-05-30

تاريخ الاستلام : 2019-04-02

ملخص:

يعد موضوع انحلال الزواج المختلط من أكثر المواضيع إثارة لتنازع القوانين والإشكالات في القانون الدولي الخاص، لتشابك وتداخل العلاقات بين الأفراد على خلفية الاختلاف القائم في التشريعات، الأديان، العادات والثقافات بين الدول. وعلى غرار باقي التشريعات سعى التشريع الجزائري إلى معالجة هذه الإشكالات من خلال سن قواعد تنازع تهدف إلى تحديد القانون الأكثر ملائمة من بين القوانين المتنازعة والمتزاحمة، كما يستبعد تطبيق القانون الأجنبي متى أسند الاختصاص له، إذا خالف النظام العام أو ثبت له الإختصاص غشا.

كلمات مفتاحية: انحلال الزواج المختلط؛ تنازع القوانين؛ قواعد التنازع؛ القانون الواجب التطبيق؛ القانون الأجنبي؛ النظام العام؛ الغش نحو القانون.

Abstract :

The subject of mixed marriage dissolution is one of the most controversial topics and raises several problems in private international law, because of mixed relationship among individuals, because of deference legislations; religions; customs and seams between nations. To solve these problems, the Algerian legislation sought like other legislations, to create a conflict rule which aims to determine the most competent law .

While foreign law applies if it is competent, and it also excludes its application if it contravenes public order in Algerian legislation or contains a fraud against the law.

Keywords: dissolution of mixed marriage; conflict of law; rules of conflict; applicable law; foreign law; public order; fraud to the law.

القانون المختص والملائم لحل النزاع، كما قد يتبين له أن أحكام القانون الأجنبي المختص مخالفة للنظام العام الجزائري أو أن أطراف النزاع تحايّلوا على القانون.

في هذا السياق، سعى التشريع الجزائري إلى محاولة التوفيق بين متطلبات النظام العام وضرورة حماية العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي. وهو ما يطرح إشكالية ما مدى نجاعة التشريع الجزائري في حماية العلاقات المترتبة على انحلال الزواج المختلط؟.

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت هذه الدراسة إلى ثلاث محاور، تناولت في المحور الأول إنحلال الزواج المختلط وفق التشريع الجزائري، وفي المحور الثاني الضوابط القانونية لإنحلال الزواج

نظرا لإنفتاح الجزائر على المجتمع الدولي وإستيسار الهجرة والتنقل، سهولة المعاملات وإقامة العلاقات، أسفر ذلك عن استيطان الأجانب في الجزائر والجزائريين في الخارج، مما تولد عنه اندماج الحضارات بالزواج المختلط ، وبالمقابل فإن الاختلاف القائم بين الدول من حيث العادات والتقاليد وطرق المعيشة غالبا ما يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية.

يعد هذا الموضوع من المواضيع الخصبة لتنازع القوانين، خاصة مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم المسألة محل النزاع، إذ يجب على القاضي المفاضلة بين القوانين المتزاحمة وتطبيقها لتحقيق العدالة القانونية، وقد تعترضه صعوبات في تحديد وتطبيق

فالانفصال الجسماني هو نظام يترتب عليه انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين دون حل عقدة النكاح في الحال، ولكنه قد يكون سببا للطلاق إذا استمرت مدة معينة تختلف من قانون لآخر⁴.

بالتالي يتمثل الانفصال الجسماني في وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة، مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة، وتتخذ بعض القوانين الحديثة هذا النظام كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين باختيار أحد الطريقتين إما الصلح أو الطلاق وكل ذلك يتناقض مع أحكام قانون الأسرة إذ تنتج العلاقة الزوجية حقوقا وواجبات متبادلة، ويبقى الإلتزام بها قائما طوال إستمرار الرابطة الزوجية التي تنحل بالوفاة أو بالطلاق⁵.

2.2 قواعد التنازع لإنحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري:

قبل أن يصل القاضي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق وحل النزاع القائم، يجب عليه أن يتعرف على قاعدة الإسناد المناسبة للنزاع، وهي قاعدة قانونية وضعها المشرع الوطني لحكم فئات معينة من العلاقات.

فعرها الدكتور جابر جاد عبد الرحمن: "هي قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة و المنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا أو السياسية⁶، أي قواعد قانونية ترشد القاضي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، وهي متنوعة بحكم العلاقات القانونية المختلفة، تشمل فئات مسندة التي تتمحور حول موضوع واحد، كفئة الأحوال الشخصية التي تتضمن الأهلية والحالة والزواج والطلاق والخطبة. فئة الأموال المنقولة والعقارية. فئة الأشكال والإجراءات..... يحدد القانون المسند إليه، القانون المختص الذي يحكم الفئة المسندة الواجب تطبيقه وإعمال أحكامه على مسألة النزاع عن طريق ضابط الإنسان الذي يربط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه وقد يكون ضابط الجنسية أو ضابط الموطن أو موقع المال....إلخ.

كل خطوة وفق قواعد الإسناد تتطلب معرفة طبيعة العلاقة القانونية وتكييفها قبل كل شيء، فالتكييف عملية أولية تسبق معرفة القانون الواجب التطبيق، يجريها القاضي الوطني، بتحديد الوصف القانوني للنزاع المشتمل على عنصر أجنبي لإسناده في الفئة القانونية الملائمة التي خصص المشرع لها قاعدة إسناد من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع.

المختلط في التشريع الجزائري، لتختتم بمحور ثالث تناول عوائق تطبيق القانون الوطني للزوج.

2. إنحلال الزواج المختلط وفق التشريع الجزائري:

يلجأ القاضي في تنازع القوانين إلى تطبيق قواعد الإسناد، هذه الأخيرة لا تحل النزاع وإنما ترشده إلى ضابط الإسناد الذي يعتمد عليه للوصول إلى القانون الواجب التطبيق في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، بإتباع مراحل إجرائية أولها مرحلة التكييف التي تبين إلى أي فئة ينتمي هذا النزاع، ولكل فئة إسناد قواعد خاصة بها، وهي التي تناولها المشرع الجزائري في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني¹، كما يمكن أن يذهب الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضي فنكون أمام الإحالة.

1.2 حالات إنحلال الرابطة الزوجية وفق التشريع الجزائري:

يستمد قانون الأسرة الجزائري مبادئه وأحكامه من الشريعة الإسلامية، كونها منبعه والمصدر الثاني للقانون في الجزائر، وأي حكم لم يرد النص عليه في قانون الأسرة يرجع إلى أحكامها حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة².

يقصد بانحلال الرابطة الزوجية إنقضاء وفك عقد الزواج بين الزوجين، وهذا ما جاء في نص المادة 47 من قانون الأسرة: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة". تعد الوفاة إنحلال الطبيعى للزواج لا يثير أي إشكالات قانونية في تنازع القوانين.

لم يعرف المشرع الجزائري الطلاق وإنما إكتفى ببيان طرقه وصوره فقط في المادة 48 من قانون الأسرة: ".....يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة.....". فالطلاق هو إنهاء الحياة الزوجية بأي لفظ يفيد معنى الطلاق صراحة أو كناية في الحال والمآل، وهو مباح للزوج بإرادته المنفردة (أي لا يلزمه القانون بتبرير طلاقه، غير أن إنعدام المبرر الشرعي-الطلاق التعسفي- يسمح للمطلقة بالحق في التعويض الذي يحكم به القاضي، فحكم القاضي بالطلاق هو كشف لإرادة الزوج وليس منشأ لها)، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة (التطليق)³.

من صور الطلاق نجد الانفصال الجسماني الذي جاء به تعديل 2005 للقانون المدني، الذي هو نظام غير معروف في الشريعة الإسلامية ولا في قانون الأسرة الجزائري، لكن تأخذ بهذا النظام الدول الغربية التي تقر بأبدية الزواج وعدم إنتهائه إلا بالوفاة.

الدول و تعيين إحداها دون أن تتدخل بمشكلة التنازع الداخلي التي تقوم بين تشريعات الدولة الواحدة، التي تتكفل بحلها قواعد التنازع الداخلي في هذه الدولة⁸.

كما نص كذلك في المادة 23 مكرر1 القانون المدني: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص "، يلاحظ من الفقرة الأولى لهذه المادة أن المشرع الجزائري قد قرر كقاعدة عامة عدم الأخذ بالإحالة في حالة الرجوع إلى القانون الأجنبي المختص الذي تشير على تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية ، مما يدل بصريح عبارة النص ودون لبس بأن القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص هي التي يرجع إليها القاضي المعروض عليه النزاع و يطبقها على النزاع المطروح عليه، فبالنظر إلى ما يرفض الأخذ بالإحالة الدولية مادامت هذه القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص تقدم له حولا، إلا أنه أورد عليها إستثناء في الفقرة الثانية يقضي بالأخذ بالإحالة الدولية ولم يرفضها بل أجازها من الدرجة الأولى، لأنه يوسع من دائرة تطبيق القانون الجزائري بالنظر إلى الأشخاص المقيمين في الجزائر وينتمون إلى الدول الأنجلوسكسونية التي تخضع أحوالهم الشخصية إلى قانون الوطن⁹.

وفي موضوع الدراسة نص المشرع الجزائري على الإحالة في المادة 2/12 قانون المدني.

3. الضوابط القانونية لإنحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري:

إعتمدت الجزائر على ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية ، بإعتبار أن تشريعها ذو صبغة دينية ، فأخضع لإنحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لإمتلاكه حق مشروع من الشريعة الإسلامية في إنهاء زواجه بإرادته المنفردة ، إلا أن المشرع الجزائري نص على إستثناء خاص بالرعايا الجزائريين إذا كانوا أطرافا في النزاع، لحمايتهم أينما وجدوا وحماية النظام العام الجزائري عامة.

1.3 ضابط الإسناد لإنحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري:

كما أخضع المشرع الجزائري مسألة التكيف لقانون القاضي حسب المادة 09 قانون مدني التي تنص: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكيف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه "، ومن ثم يجب على القاضي المعروض أمامه النزاع أن يكيف المسألة محل النزاع بإدخالها في فئة من الفئات القانونية (فئة الأحوال الشخصية، فئة شكل التصرفات.....)، تكون هذه العملية أساسا لمعرفة القانون الواجب التطبيق، أو القانون الذي يسند إليه حكمها. والذي يجعل التكيف عسير وصعب هو أن القوانين الدول تختلف عن بعضها في وضع التصرفات في الفئات القانونية.

بعد انتهاء القاضي من عملية التكيف بإعطاء الوصف القانوني للمسألة موضوع النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق، وكان إسناد الإختصاص للقانون الأجنبي ، هنا تظهر صعوبة في تحديد نطاق تطبيق هذا القانون (قواعد تنازع القوانين -قواعد الإسناد- أو القواعد الموضوعية).

لكن فكرة الإحالة لا تطرح على القاضي حينما تتحد قواعد الإسناد في دولته مع قواعد الإسناد في القانون الأجنبي في الحكم الذي تقرر.

الإحالة نوعان، إحالة من الدرجة الأولى ويقصد بها أن قواعد الإسناد للقانون الأجنبي تحيل الإختصاص إلى قانون القاضي ، أما الإحالة من الدرجة الثانية فيقصد بها عندما تحيل قواعد الإسناد للقانون الأجنبي لقانون أجنبي آخر وليس إلى قانون القاضي .

نص المشرع الجزائري بعد التعديل في القانون رقم 10-05 لسنة 2005 في المادة 23 القانون المدني: "مقضى من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي" ، بذلك فقد حسم المشرع الجزائري هذه المسألة عن طريق تفويض القانون الأجنبي المختص في أمر تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق، أي أن تحديد هذا التشريع متروك لقواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المتعددة التشريعات⁷، فالمشرع الجزائري أخذ بالحل السائد في العديد من الأنظمة القانونية ، لأن مهمة قواعد الإسناد الوطنية تنتهي بتحديد قانون دولة معينة، ولأن الهدف من وجودها هو حل التنازع بين قوانين

لقد أخضع المشرع الجزائري إنحلال الزواج كقاعدة عامة دون تمييز بين الطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى¹⁰ وفقا للمادة 2/12 القانون المدني التي تنص: "يسري على إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتهي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"

يفهم من نص المادة أن القانون الجزائري يخضع إنحلال الزواج (الطلاق والتطليق) لحكم المحكمة، ولا يقبل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية¹¹، إلا أن الطلاق بالإرادة المنفردة وارد في قانون الأسرة الجزائري، غير أن المسألة لا تدخل في نطاق المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري¹²، لذلك لا تدخل في نطاق تنازع القوانين لأن الطلاق بالإرادة المنفردة معروف في الدول الإسلامية فقط أما الدول غير الإسلامية فلا تعرف هذا النظام.

على الرغم من أن الإنفصال الجسماني يمثل فئة قانونية غير معروفة في القانون الجزائري (قوانين الأحوال الشخصية العربية والشريعة الإسلامية) إلا أنه من الجائز أن تعرض أمام القاضي الجزائري منازعات بشأنه من قبل أزواج أجانب مقيمين في الجزائر، فيكون من السهل حينئذ على القاضي الجزائري إعطاء الوصف القانوني الدقيق لهذه المنازعات خصوصا وأن نظام الإنفصال الجسماني يترتب عليه فقط إنقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين وهو ليس بطلاق أو تطليق¹³.

يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني، وبما يتعلق الأمر بأسبابه أو بآثاره، يحدد القانون المختص أسباب الطلاق والإنفصال الجسماني والآثار الشخصية والمالية، العلاقات السابقة بين الزوجين علاقتهم بأولادهم، كالحضانة والنفقة، تحديد من يقع عليه عبء الإثبات والأدلة التي تقبل والدعوى ومدى قوتها ومن من الزوجين يملك إيقاع الطلاق¹⁴.

بعد إنحلال الرابطة الزوجية يخضع من جديد كل من الزوجين إلى قانونه الشخصي (إن القانون الوطني هو الذي يحدد مدة العدة، حق الزوج والزوجة في الزواج من جديد)، وكذلك تستبعد الإجراءات لأن إجراءات الطلاق والتفريق الجسماني تخرج عن نطاق قانون الزوج وتخضع لقانون القاضي وهو كذلك بالنسبة للإجراءات التحفظية والمؤقتة¹⁵.

وقد وجهت عدة إنتقادات لنص المادة 2/12 القانون المدني الجزائري من بينها:

أن إخضاع إنحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنفك وتنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ويخدم مصلحة الزوج. لكون الزوجة ليس بإمكانها التنبؤ أو معرفة هذا القانون وقت إنعقاد الزواج فيؤدي ذلك إلى مفاجئتها، وإضرار بمصالحها وحقوقها التي اكتسبتها من الزواج في ظل قانون الدولة التي تم إنعقاد الزواج فيها، كأن تكون تلك الدولة لا تسمح بإنحلال الزواج أو تعدد الزوجات، وهذا ما تعلمه الزوجة عند إنعقاد الزواج، لكن عند تغيير الزوج لجنسيته باكتساب جنسية جديدة حيث يسمح له القانون الجديد بحل الرابطة الزوجية والإنفصال وبالتالي يستطيع إيقاع الطلاق والتخلص من زوجته، لاسيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون لإستبعاد القانون الواجب التطبيق المقرر في المادة 24 قانون المدني الجزائري¹⁶، فإن هذا يمس بمصلحة الزوجة وفيه ظلم لها، مما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، المكرسة بموجب المادتين 2 و16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹⁷ والمادة 29 من الدستور¹⁸، ويظهر هذا في تفضيل قواعد الإسناد الجزائرية جنسية الزوج على جنسية الزوجة من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من آثار عقد الزواج وإنحلاله والإنفصال الجسماني¹⁹.

ومن ثم فإن العدالة تقضي بأن يسري على إنحلال الزواج قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج بوصفه القانون المعروف لكلا الزوجين²⁰، إلا أن هذا الرأي أنتقد من زاوية كون الطلاق ليس أثرا من آثار الزواج ومن ثمة وجب أن يبقى محكوما بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، حتى ولو غير الزوج جنسيته فإن القانون الجديد هو الذي يجب أن يطبق وليس القانون القديم لأن هذا الأخير لم تعد للزوج أي صلة به²¹.

2.3 إستثناء ضابط الإسناد:

نص المشرع الجزائري على إستثناء خاص بالمواطنين الجزائريين في المادة 13 القانون المدني:

"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، إلا فيما يخص الأهلية".

أثارت هذه المادة الجدل حولها لمنحها الإختصاص للقانون الجزائري وحده في الفصل في كل نزاع تشمل المادتين 11 و12 للقانون المدني الجزائري شرط أن يكون فيها أحد الطرفين جزائريا وقت إنعقاد الزواج وليس وقت رفع الدعوى كما جاء في المادة 2/12 من القانون المدني.

أجنبية واكتسب جنسية جديدة بعد إنعقاد زواجه وزالت عنه الجنسية الجزائرية خاصة إذا إستقر في بلد آخر غير الجزائر، في حين أنه لا يطبق على إنحلال الزواج بين أجنبيين ولو إكتسبت الزوجة الجنسية الجزائرية بعد الزواج²⁷.

وأهم انتقاد هو الصعوبة في تنفيذه خاصة على مسألة الانفصال الجسماني بين الجزائريين المقيمين في الخارج، لأنه نظام غير معروف في قانون الأسرة الجزائري ولم ينظم أحكامه بتاتا.

4. عوائق تطبيق القانون الوطني للزوج :

قد يواجه قاضي النزاع في ظل تطبيقه للقانون المختص بعض العوائق التي تتعلق بضابط الجنسية في حد ذاته لا بالقانون المسند إليه الإختصاص، كما قد يتضح له أن تطبيقه للقانون الأجنبي المختص كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد (غش نحو القانون) أو أن أحكامه مخالفة للنظام العام الجزائري.

1.4 عوائق تطبيق ضابط الإسناد لإنحلال الزواج المختلط:

من العوائق التي تعترض القاضي أثناء تطبيقه لقانون جنسية الزوج ، تمتع الزوج بعدة جنسيات أو إنعدام الجنسية، مما يؤثر صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق خاصة في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط إسناد للفصل في مسألة إنحلال الزواج.

يقصد بتعدد الجنسية، تمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في ذات الوقت²⁸، فيتربط على ذلك تراكم وتزامن الجنسيات فيؤدي إلى مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج.

نص المشرع الجزائري في المادة 1/22 القانون المدني: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية ".

الجنسية الحقيقية أو الفعلية هي تلك الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، كالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية أو أنه اتخذ إقليمها موطنًا لممارسة جميع نشاطاته، أو أنه إلتحق بإحدى الوظائف العامة فيها، أو رشح نفسه فيها لإحدى الهيئات النيابية²⁹، أي الدولة التي يتمتع بالحقوق والواجبات السياسية والمدنية فيها.

أخذ المشرع الجزائري ضابط الجنسية الحقيقية تكريسا لمبدأ تساوي وتكافؤ سيادات الدول، كما تبنى المبدأ الذي جاءت به المادة 3 من إتفاقية لاهاي لسنة 1930، مفاده إذا كان الشخص يحمل جنسيتين أو أكثر، فيجوز أن تعتبره كل دولة من الدول التي يحمل

قاعدة الإسناد في هذه المادة هي قاعدة أحادية، حمائية أكثر منها قاعدة إسناد بإعتبارها تسعى إلى حماية الطرف الوطني الحامل للجنسية الجزائرية خاصة الزوجة ، والغرض منها حماية الطرف الوطني والمصلحة الوطنية²²، فعند عرض النزاع على القاضي الجزائري وبغض النظر عن جنسية الزوج أو الزوجة، يطبق القانون الجزائري إذا كان أحدهما جزائريا وقت إنعقاد الزواج ، هدف المشرع الجزائري من ذلك هو حماية خصوصية الأحوال الشخصية في الجزائر ذات الطابع الديني لأنها من النظام العام، كذلك تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الجزائريين في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا للمبادئ الدستورية الجزائرية والاتفاقيات الدولية .

رغم أهمية الإستثناء الهادف إلى حماية الرابطة الزوجية الجزائرية من الخضوع للقوانين الأجنبية إلا أنه وجهت له عدة إنتقادات من قبل بعض الفقه، خاصة من ناحية الوقت الذي يعتد به، فالقاعدة العامة لإنحلال الزواج والإنفصال الجسماني هي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أما الإستثناء فهو تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج ، أي هناك تناقض من جانب الوقت لضابط الجنسية المعتد به .

كذلك عدم موضوعية ضابط الإسناد لأنه يأخذ على سبيل الحصر بجنسية أحد الزوجين إن كان جزائريا وقت إنعقاد الزواج بغض النظر عن جنسية الزوج الآخر، دون إيلاء أي إهتمام حول ما إذا كان القانون الجزائري هو الأكثر ملائمة لحكم النزاع المطروح أمام القضاء، أي اللامساواة بين الزوج الجزائري و الزوج الأجنبي²³.

هذا الاستثناء يسري سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة الجزائريين متى توافرت لأي منهما هذه الصفة وقت إبرام العقد ، ثم زالت وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى الطلاق أو الانفصال الجسماني ، فإذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، ثم غير الزوجان جنسيتهما معا فإن القاضي الجزائري سيطبق القانون الجزائري على أجنب ، ومن المؤكد أيضا أن تطبيق هذا الإستثناء يبقى قاصرا على حالة عرض النزاع أمام القضاء الجزائري، لأنه إذا عرض ذات النزاع على جهة قضائية تابعة لدولة أجنبية ستفصل فيها وفق قانون القاضي²⁴، مما يرى البعض أن هذا الإستثناء لا مبرر له مادام أنه يمكن إستبعاد القانون الأجنبي إعمالا لفكرة النظام العام²⁵، أما فيما يتعلق بالتدابير الإستعجالية اللازمة للحفاظ على مصالح الزوجين أو تقرير نفقة الزوجة فإنها تبقى خاضعة لقانون القاضي²⁶.

إضافة إلى الإنتقادات التي وجهت لهذا الإستثناء، أنه يؤدي إلى نتائج غريبة إذ لا يعقل تطبيق القانون الجزائري على زوج جزائري تزوج مع

عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/ 24 القانون المدني: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت الإختصاص له بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

ومنه لقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي بتطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمامه والمشمول على عنصر أجنبي عندما تشير قواعد الإسناد الجزائرية إلى إختصاصه، بشرط أن يتماشى مضمونه مع النظام العام الجزائري أو الآداب العامة، أما إذا إتضح للقاضي الجزائري عكس ذلك أضطر إلى إستبعاده وتطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي بشكل إستثنائي، لأن القاعدة العامة هو تطبيق القانون الذي عينته قاعدة الإسناد سواء أكان وطنيا أو أجنبيا.

يعد النظام العام كحاجز يحمي المبادئ الأساسية في الدولة وصيانة مصالحها الجوهرية، فالنظام العام هو أداة لإستبعاد القانون الأجنبي بتطبيق القانون الوطني بصفة إستثنائية خروجاً عن الأصل العام الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد بإختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا.

كما قد يتضح للقاضي أن أطراف العلاقة القانونية تحايلا وتلاعبوا بقاعدة الإسناد، نتيجة قيامهم بإحداث تغيير في ضوابط الإسناد بنية الإفلات من أحكام القانون المختص بحكم هذا النزاع المشتمل على العنصر الأجنبي، هنا أيضا يتعين على القاضي الجزائري أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب لجوء أحد أطراف النزاع للغش، فتخضع بعدها المسألة محل النزاع للقانون الواجب تطبيقه عليها أصلا لولم يقع ذلك الغش حسب نص المادة 24 قانون مدني .

لم يتعرض المشرع والقضاء الجزائري إلى تعريف الغش نحو القانون، فعرفه الفقهاء بأن الغش إتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المرجوة، ومنهم من عرفه بأنه مناقضة قصد الشارع بإتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة³².

كما يمكن تعريفه بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة³³.

جنسيتها تابعا لها أي من رعاياها، بناء عليه فمتعدد الجنسيات يعتبر وطنيا في أي دولة يحمل جنسيتها.

توضيحا لذلك إذا كان الشخص متعدد الجنسية و يحمل الجنسية الجزائرية في نفس الوقت فإنه يعامل في الجزائر على أنه من الوطنيين، على هذا الأساس يطبق عليه القانون الجزائري متى رفع النزاع في مجال الأحوال الشخصية أمام المحاكم الجزائرية ، وعليه فالقاضي الجزائري المعروض عليه النزاع يأخذ بالجنسية الجزائرية للشخص ولا يعتد بباقي الجنسيات المتعددة حسب المادة 2/22 القانون المدني التي تنص : "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول" وكذا المادة 13 من نفس القانون المذكورة آنفا.

جاء في الفقرة الثالثة من المادة 22 القانون المدني : " وفي حالة إنعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة ". وهذا حتى يسهل على القاضي الجزائري تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا عرض عليه نزاع من شخص عديم الجنسية، وهذا ما ذهبت إليه المادة 30¹² من معاهدة نيويورك المنعقدة في 1934/09/28 المتعلقة بمركز عديمي الجنسية و التي صادقت عليها الجزائر في 1964/06/08.

الشخص عديم الجنسية هو الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطنا فيها بمقتضى تشريعها³¹ ، أي لا ينتهي إلى أية دولة. فهو أجنبي في قانون جنسية كل الدول وبالتالي يواجه القاضي المعروض عليه النزاع صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة في الدول التي تعتمد الجنسية كضابط إسناد.

2.4 إستبعاد القانون الوطني للزوج :

يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي حسب قواعد الإسناد المقررة في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني، بتطبيق القانون الجزائري أو تطبيق القانون الأجنبي. لكن في الحالة التي يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي معين بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وإتضح للقاضي الجزائري أن تطبيق هذا القانون الأجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام العام الجزائري، يستوجب عليه إستبعاد تطبيق ذلك القانون وهذا ما نص

مما لا يجب مفاضلة قانون على آخر، وهذا ما يمكن تداركه بالأخذ بالجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، حتى يكونا كلا الزوجين على علم بالقانون الذي سيحكم انحلال زواجهما.

كما أغفل المشرع الجزائري الإشارة إلى القانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المنفردة، بإعتباره منظم في المادة 48 قانون الأسرة.

أيضا استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني، وبالتالي وضع قاعدة إسناد خاصة به.

بالإضافة إلى ذلك، من الواجب إعادة النظر في المادة 13 قانون مدني، على خلفية أن تطبيق القانون الجزائري في حالة وجود أحد الأطراف جزائريا وقت إبرام عقد الزواج يعد حلا غير منطقي في حالة تغيير الزوج أو الزوجة للجنسية الجزائرية أو التنازل عنها بعد إبرام عقد الزواج، كما أنها تؤدي في بعض الحالات إلى تطبيق القانون الأجنبي على أشخاص اكتسبوا الجنسية الجزائرية بعد إنعقاد الزواج.

6. قائمة المراجع:

- **الكتب:**
 - الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين ، الطبعة الثانية مطبعة الفسيحة ،الجزائر، 2010.
 - أمينة أمحمدي بوزينة ، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دكتوراه، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف، الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
 - بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة ،الطبعة 9، الجزائر، 2006.
 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
 - نسرين شريقي وسعيد بوعلي ، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الطبعة الأولى ، الجزائر، 2013.

• المقالات:

- كريم مزعل شبي الساعدي ،مفهوم قاعدة الإسناد و خصائصها ، دراسة مقارنة في تنازع القوانين،مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث عشر، كانون الأول 2005 .

-كمال آيت منصور ، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02، لسنة 2010 .

- موكة عبد الكريم، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 02، 2016 .

• المذكرات والأطاريح:

إذن من خلال هذه التعاريف وغيرها، نجد بأن الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص يتمثل في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد بإعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية، مع إقترانه بسوء النية لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع حرفية النص ومناقض للغرض الحقيقي له، بغية تلبية رغبات شخصية في ظل القانون المراد الخضوع لأحكامه لا يمكن تحقيقها في إطار تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا لو لم يقع ذلك التحايل، فالغش هنا يتمثل في الإنطلاق من وسيلة مشروعة في ذاتها للوصول إلى غاية غير مشروعة وفقا لروح التشريع وأهدافه³⁴.

لكي يكون في الإمكان الدفع بالغش نحو القانون ينبغي أن يكون هناك تغيير لضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق، خاصة في الدول التي تأخذ ضابط الجنسية أو الموطن كضابط الإسناد في الأحوال الشخصية ، على سبيل المثال يقوم أحد الزوجين بتغيير جنسيته أو موطنه من أجل الحصول على الطلاق لأن قانون دولته لا يسمح بالطلاق أو تعدد الزوجات، فمثلا القانون الجزائري و الليبي و المغربي يسمح بتعدد الزوجات عكس القانون التونسي الذي لا يسمح.

أو تغيير الديانة في النظم القانونية التي تعرف تعددا طائفيما مما يؤدي حتما تغير للإختصاص التشريعي و القضائي في مسائل الأحوال الشخصية .

والجدير بالذكر أن تغيير ضابط الإسناد لا يكفي لوحده بل ينبغي أن يكون هذا التغيير إراديا، بمعنى أن يكون للإرادة دور في عملية التغيير، لذلك لا يعتد بالتغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد بشكل لا يد للفرد فيه، كالتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم.³⁵

ضيف إلى ذلك، أن قيام الشخص بتغيير ضابط الإسناد لا يكفي للقول بأن هناك غشا نحو القانون، وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة والتحايل عليه.

5. خاتمة:

من خلال ما تطرقنا إليه يمكن أن نخلص إلى أن المشرع الجزائري سعى إلى حماية نظام الأحوال الشخصية عامة كونه مستمد من الشريعة الإسلامية والنظام العام، خاصة الرعايا الجزائريين من خلال ضابط الجنسية. مع ذلك، فإن ضابط الجنسية للزوج لا يحقق العدالة والمساواة بين الزوج والزوجة، كونهما من جنسيتين مختلفتين

- فاطمة الزهراء جندولي ، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ، ماجستير، في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق، تلمسان، 2011.

• المداخلات:

- كمال عليوش قريوع، القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية والإنفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014.

7. هوامش:

⁹ عبد الكريم بلعير ، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 10-05 لسنة 2005، أقيمت على طلبية السنة الرابعة حقوق، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، بن عكنون، 2011، ص 69-70.

¹⁰ نسرين شرقي و سعيد بوعلوي ، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر، الطبعة الأولى ، الجزائر، 2013، ص 64.

¹¹ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 78.

¹² الطيب زروتي ، المرجع السابق ، ص ص 181-182.

¹³ الطيب زروتي ، المرجع لسابق ، ص 181.

¹⁴ كمال عليوش قريوع ، القانون الواجب التطبيق على إنحلال الرابطة الزوجية والإنفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014 ، ص 142.

¹⁵ كمال عليوش قريوع ، نفس المرجع ، ص 143.

¹⁶ تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة "

¹⁷ تنص المادة 02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 : " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات 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 أ و الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون تفرقة بين الرجال والنساء...."

وتنص المادة 16 من نفس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان : " للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج و أثناء قيامه وعند إنحلاله "

¹⁸ تنص المادة 29 من المرسوم رقم 69-438 المؤرخ في 26 رجب 1417هـ الموافق ل 7 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، العدد 76 ، سنة 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، جريدة رسمية عدد 25، سنة 2002، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج ، ر ، عدد 63 ، سنة 2008 :

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 ، لسنة 2005.

³ تنص المادة 53 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة: " يجوز للزوجة أن تطلب التلطيح للأسباب الآتية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

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

- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذرو لا نفقة. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

- ارتكاب فاحشة مبينة.

- الشقاق المستمر بين الزوجين.

- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

- كل ضرر معتبر شرعا.

⁴ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين ، الطبعة الثانية مطبعة الفسيلة ،الجزائر، 2010 ، ص 178.

⁵ كمال آيت منصور، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني والتبني ، مقال، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02، لسنة 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، دار الهدى ص 144.

⁶ كريم مزعل شي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها ، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث عشر، كانون الأول 2005، البحوث الإنسانية ، جامعة كربلاء، كلية الحقوق، ص 2.

⁷ محمد عماد الدين عياض، هشام بن الشيخ ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، ص 75.

⁸ فؤاد ديب ، القانون الدولي الخاص 2، الجامعة الافتراضية السورية ، ص

55

" كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق ، أو الجنس، أو الرأي، أو شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي "

¹⁹ كمال آيت منصور ، المرجع السابق ، ص 09 .

²⁰ كمال عليوش قريوع ، المرجع السابق ، الجزائر، 2007، ص 145 .

²¹ الطيب زيروتي ، المرجع السابق ، ص 182 .

²² عبد الكريم موكة ، دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، مقال، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 02، 2016، ص 163 .

²³ كمال عليوش قريوع ، المرجع السابق ، ص 154 .

²⁴ الطيب زيروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 183 و عليوش قريوع كمال، المرجع السابق ، ص 153 .

²⁵ بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة ، الطبعة 9، الجزائر، 2006، ص 258 .

²⁶ عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة ، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007، ص 856-85 .

²⁷ بلقاسم أعراب ، المرجع السابق ، ص 258 .

²⁸ أحمد ضاعن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن و القانون الكويتي ،مجلة الحقوق، العدد 1، رقم 2 ، سنة 2007، ص 17 نقلا عن جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ، ماجستير، في القانون الدولي الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد ، كلية الحقوق، تلمسان ، 2011، ص 51 .

²⁹ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 206 .

³⁰ تنص المادة 12 من معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1934 و المتعلقة بمركز عديمي الجنسية و التي صادقت عليها الجزائر في 08 جوان 1964 : " تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون بلد موطنه أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن .

تحترم الدولة المتعاقدة حقوق عديم الجنسية المكتسبة و الناجمة عن أحواله الشخصية و لاسيما الحقوق المرتبطة بالزواج، على أن يخضع ذلك عند الاقتضاء لإستكمال الشكليات المنصوص عليها في قوانين تلك الدولة، ولكن شريطة أن يكون الحق المعني واحدا من الحقوق التي كان سيترف بها تشريع الدولة المذكورة لو لم يصبح صاحبه شخصا عديم الجنسية "

³¹ حسب المادة 01 من إتفاقية نيويورك المتعلقة بمركز عديمي الجنسية المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 و التي صادقت عليها الجزائر في 8 جوان 1964 .

³² الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 260-261 .

³³ بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق، ص 187 .

³⁴ أمينة أمحمدي بوزينة ، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، دكتوراه، جامعة حسنية بن بوعلي ، الشلف، الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 119 .

³⁵ بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 190-191 .