الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

انحلال الزواج المختلط واثره في ممارسة الحضانة

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في الحقوق– تخصص: قانون أسرة –

من إعداد الطالب:
– مقداد الزهرة

تحت إشراف الدكتور:
– غريسي جمال

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. مرغني حيزوم بدر الدين	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
د. غريسي جمال	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
د. آمنة سلطاني	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2016– 2017

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

انحلال الزواج المختلط واثره في ممارسة الحضانة

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في الحقوق– تخصص: قانون أسرة –

من إعداد الطالب:
– مقداد الزهرة

تحت إشراف الدكتور:
– غريسي جمال

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. مرغني حيزوم بدر الدين	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
د. غريسي جمال	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
د. آمنة سلطاني	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2016– 2017

قَالَ تَعَالَىٰ: أَعُوذُ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيۡطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ

﴿ فَتَعَٰلَى ٱللَّهُ ٱلۡمَلِكُ ٱلۡحَقُّۗ وَلَا تَعۡجَلۡ

بِٱلۡقُرۡءَانِ مِن قَبۡلِ أَن يُقۡضَىٰٓ إِلَيۡكَ وَحۡيُهُۥۖ

وَقُل رَّبِّ زِدۡنِي عِلۡمٗا ﴿111﴾ ﴾

طه: 111

شكر وعرفان

أتقدم أولا بالحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الذي وفقني لانجاز هذا العمل.

كما أتقدم بخالص شكري وفائق تقديري لكل من ساعدني من قريب أو بعيد،وأخص بالذكر أستاذي الفاضل : الدكتور غريسي جمال لإشرافه على هذه المذكرة والذي لم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته رغم انشغالاته الكثيرة .

الشكر موصول للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة كل من:

- الدكتور :مرغني حيزوم بدر الدين.....رئيسا.
- الدكتورة :سلطـــــــاني آمنـــة.....مناقشا.

على ما تكرمـــوا به من ملاحظـــات قيمـــة

كما أتوجه بخالص الشكر والعرفان لكل أساتذة قسم الحقوق بجامعة حمه الأخضر الوادي.

الإهداء

اهدي هذا العمل إلى ابنتي وقرة عيني رعاش

خديجة.

وإلى والدي العزيزين أطال الله عمرهما.

و إلى كل أفـــــراد عائلتي

إلى كل زميلاتي وزملائي في العمل والدراسة

إلى كل من ساهم في هذا العمل من قريب أو بعيد

قائمة المختصرات:

ق أ ج :قانون الأسرة الجزائري.

ق م ج :قانون المدني الجزائري.

ق إ م و إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ج:جزء

دط :دون طبعة .

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ع: العدد.

ص صفحة.

مقدمة :

تقوم الأسرة على الرباط المقدس الوثيق الذي رضيه الله لعباده المؤمنين، وفي البيت الذي قام ليجمع الزوجين تتوطد الصلات، صلة البدن والروح و النفس بالنفس و السكن والقرار وصلة المودة والرحمـــــة لقولــه تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ".

فالزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لما له من قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على الرجل والمرأة ولا على الأسرة التي توجد بوجوده بل يمتد إلى المجتمع، حيث لم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الحث عليه وتنظيمه.

ومع التطور الهائل في وسائل الاتصال وحركة المواصلات وسهولة انتقال الأفراد من مكان إلى آخر، وبفضل التقنيات والتكنولوجيات الحديثة أدى كل هذا إلى دخول الأفراد في علاقات مختلفة عابرة للحدود الوطنية، نتج عنها ارتباط الأفراد مع رعايا الدول المستضيفة عن طريق الزواج ومنه ظهر ما يسمى بالزواج المختلط.

إلا أنه قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال– وذلك بسبب اختلاف الثقافات والحضارات والعادات والتقاليد بين الدول– أمور تجعل من الحياة الزوجية مصدر شقاق وتوتر في العلاقات وازدياد في الخلافات مما يؤدي إلى انحلال هذا الزواج.

هذا الانحلال للرباط الوثيق يؤدي إلى زعزعة كيان الأسرة وهو ما يترتب عليه ضياع الأولاد، ومن ثمة بروز ظواهر اجتماعية لا يمكن التحكم فيها، وعليه فإذا كانت هذه الانعكاسات والآثار نتيجة واقعية رغم انتماء أفراد الأسرة إلى نفس الدولة فإن هذه الآثار تبلغ ذروتها كلما يتعلق الأمر بانحلال الزواج ذي العنصر الأجنبي وخاصة فيما تعلق بالقانون الواجب تطبيقه على هذا النوع من انحلال الزواج وكذلك الحضانة

كـأثر لـه، إضـافة إلـى أنـه قـد يقـع الطفـل ضـحية الخلافـات الناتجـة عـن انفصـال الزوجين في حالة الزواج المختلط التي بدورها قد تؤدي إلى نزاعات بشأن الحضانة.

تظهر **أهميـة موضوع** انحـلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة في كـون أن انفصـام العلاقـة الزوجيـة التـي تكتسـي بعـدا دوليـا تشـكل فـي الغالـب إذنـا بتمخض نزاعات متعددة بين أطراف الرابطة الزوجية.

– يعتبر من المواضيع التي هي بحاجة إلى دراسة ومناقشة وتحليل لارتباطه بمشاكل قانونية واقعية.

– كون أن هذا الموضوع يتعلق بالحياة العلمية ويعتبر من القضايا المهمة في كل زمان ومكان.

وعلى ضوء ما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هو النظام القانوني لانحلال الزواج المختلط؟ وما هي الإشكالات التي يرتبها على الحضانة؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية:

– ماذا نعني بانحلال الزواج المختلط؟ وما هي صوره؟

– ما هو نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج المختلط؟

–ما هي الإشكالات التي يرتبها انحلال الزواج المختلط على الحضانة؟

– ما هي الجهة القضائية المختصة في دعوى انحلال الزواج المختلط والحضانة؟

مـن الأسـباب التـي دفعتنـا إلـى اختيـار هـذا الموضـوع هـو تزايـد حـالات الـزواج المختلط وانحلاله في الساحة الدولية وما يفرزه من مشاكل متعددة بين الدول.

– الرغبـة فـي الوقـوف علـى توجهـات بعـض الـدول فـي حلهـا لتنـازع القـوانين بشـأن انحلال الزواج المختلط وكذلك الحضانة.

الدراسات السابقة: اتبعنا في إعداد هذه المذكرة على بعض الدراسات السابقة منها مذكرة بعنوان انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص للطالبة جندولي فاطمة زهرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان ،السنة الجامعية2011/2010.

المنهج المتبع: لاستيعاب الموضوع قدر الإمكان وبيان جوانبه القانونية ستكون دراستنا لهذا البحث اعتمادا على المنهج التحليلي وذلك بتحليل بعض المواد القانونية المرتبطة بالموضوع ، مع اللجوء أحيانا إلى المنهج المقارن كلما دعت الحاجة إلى ذلك لإيجاد حلول لبعض الثغرات التشريعية الموجودة في القانون الجزائري،من ذلك بعض التشريعات العربية (التشريع المصري،التشريع الكويتي، التشريع السوري...)وبعض التشريعات الغربية(التشريع الفرنسي،التشريع الانجليزي،.....)

وقد اقتضت منهجية البحث إلى تقسيمه إلى فصلين حيث خصصنا في الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لانحلال الزواج المختلط والإسناد القانوني له والذي قسم إلى مبحثين تعرضنا في المبحث الأول إلى مفهوم انحلال الزواج المختلط ، أما المبحث الثاني فخصص إلى الإسناد القانوني لانحلال الزواج المختلط، أما الفصل الثاني فعنون بالحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط وإشكالية الاختصاص القضائي حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين تعرضنا في المبحث الأول إلى الحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط وفي المبحث الثاني الاختصاص القضائي لدعوى انحلال الزواج المختلط و الحضانة.

الفصل الأول

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لانحلال الزواج المختلط والإسناد القانوني له

يطرح انحلال الزواج المختلط مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة لحكم المسألة محل النزاع ،هذا ما سنحاول بيانه من خلال التطرق لمفهوم انحلال الزواج المختلط (المبحث الأول)، ولبيان الإسناد القانوني لانحلال الزواج المختلط (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم انحلال الزواج المختلط

يشكل الزواج المختلط ظاهرة اجتماعية خطيرة سواء على المستوى الداخلي او الدولي نتيجة لما يرتبه من آثار وخيمة عند انحلاله وعليه وجب تعريف انحلال الزواج المختلط (المطلب الأول)، ثم التعرف على صوره (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف انحلال الزواج المختلط

الفرع الأول: التعريف اللغوي لانحلال الزواج المختلط :

- **انحلال:** اسم مصدر انحل ، انحل انحلالا (ح ل ل) ت العقدة أو نحوها. انفكت.[1]

-**الزواج:** من الزوج بمعنى الشفع عكس الوتر أو الفرد، كما يأتي الزوج الصنف والنوع من كل شيء[2] كما في قوله تعالى: "**وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ**".[3]

---

[1] /جبران مسعود ،رائد الطلاب المصور (معجم لغوي عصري مصور للطلاب رتبت مفرداته وفقا لحروفها الأولى)،عربي عربي ،ط1 ،دار العلم للملايين ،لبنان ،2007 ،ص134.

[2] / عبد القادر داودي ،أحكام الأسرة ،بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، د.ط، دار البصائر ،الجزائر:2010،ص ص 16،17 .

[3] / سورة الحج الآية05.

والأفصح في لغة العرب أن يطلق الزوج على كل من الذكر والأنثى بصيغة واحدة وهي لغة أهل الحجاز، فتقول المرأة هذا زوجي، ويقول الرجل هذه زوجي[1] وهي لغة القرآن الكريم: " وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَٰذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ".[2]

-**المختلط**:اختلاط (خ ل ط)1-مص اختلط،2-امتزاج،3-فساد العقل.[3]

<u>الفرع الثاني: التعريف الاصطلاح لانحلال الزواج المختلط</u>: لقد عرف أغلب الفقهاء الزواج بتعاريف متقاربة تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها مما جعلها تعريفات مبهمة وغير مانعة ولا جامعة ذلك أن الغرض الأسمى في الشرع، وعند أهل الفكر والنظر كما يقول الإمام محمد أبو زهرة هو التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها قال تعالى: " **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً** "[4] .

وعلى هذا الأساس تنص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري[5] على أن "**الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**"

ويلاحظ في هذا التعريف القانوني أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية وذكر الغاية من عقد الزواج ومن هنا لم يتعرض القانون لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية، ولكنه ذكر غايته المتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ولعل عذر القانون في هذا الإغفال هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه[6].

---

[1] /عبد القادر داودي،المرجع السابق،ص17

[2] /سورة البقرة الأية 35.

[3] /جبران مسعود ،المرجع السابق،ص29.

4/ سورة الروم الآية 21.

5 /قانون الأسرة الجزائري الصادر بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم ،ج ر عدد 15 سنة 2005.

[6] /بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة (مقدمة –خطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية)،ج1،ط4،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005،ص30

وهذا ما ذهبت إليه تشريعات العائلة العربية المعاصرة ومنها تعريف القانون السوري للزواج: "بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطـــــة للحياة المشتركـــــة والنسل" (م1 ق س).

وتعريف القانون المغربي بأن: "الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحصل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام" م1 من المدونة الصادرة سنة 1957.[1]

أما المقصود بالزواج المختلط فهو العلاقة الزوجية التي تكون بين وطني وأجنبية أو وطنية وأجنبي، ويعتبر هذا النوع من الزواج وسيلة لاكتساب الجنسية، حيث أنه في حالة زواج الوطني من وطنية لا يثور أي إشكال حول تأثير الزواج على الجنسية إذ أنها جنسية موحدة، فإشكالية تأثير الزواج على الجنسية تثور في حالتين حالة ما إذا تزوج وطني من أجنبية، أو زواج وطنية من أجنبي فهاتين الصورتين تؤديان إلى ما يسمى بالزواج المختلط.[2]

و المقصود بانحلال الزواج المختلط فهو انقضاء تلك الروابط الزوجيـــــة التي قامت صحيحـــة بين رجل وامرأة بسبب لاحق على نشوئها غير متصل بصحتها أو بطلانها،و انحلال الزواج يتميز عن البطلان والإبطال من ناحيتين الأولى: أن يكون انحلال الزواج لسبب لاحق لنشوء الزواج، حيث يكون الزواج قد نشأ صحيحا أولا، ثم يحدث بعد ذلك ما يؤدي إلى انحلالـــه كموت أحد الزوجين أو وقوع الطلاق أما البطلان أو الإبطـــال فإن سببه يكون معاصر لنشوء الزواج أو سابق عليه لهذا فقد يختلف أثر واقعه بحسب زمن حدوثه.

من ناحية أخرى أن انحلال الزواج يختلف عن بطلانـــه أو إبطاله من حيث الأثـــــر الذي يترتب على كل منهما فكلا منهما يفضي إلى انقضاء الرابطـــة الزوجيـــة[3]

---

[1] /بلحاج العربي،المرجع السابق،ص31.

[2] /بلعيور عبد الكريم،محاضرات في قانون الجنسية (على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في أمر 05-01 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الجنسية الجزائري ،نسخة مصححة ومنقحة ومضاف اليها)،مطبوعة،كلية الحقوق،بن عكنون ،الجزائر،السنة الجامعية2010/2009.ص 86.

[3] /www.facebook.com/law.students.777/posts/583715061857 بتاريخ 2017/07/10 الساعة17:00.

إلا أن الإبطال أو البطلان يكون بأثر رجعي أي إلى تاريخ نشوء الرابطة، بحيث تصبح كأن لم تكن منذ البدء.

أما انقضاء الرابطة الزوجية بالانحلال بالموت أو الطلاق فلا ينصرف إلى الماضي، وإنما ينصرف أثره إلى المستقبل.[1]

المطلب الثاني

صور انحلال الزواج المختلط

لا تجمع التشريعات على مفهوم واحد لمسألة انحلال الزواج، بحيث ترى الشريعة الإسلامية بأن الزواج ليس رابطة أبدية عكس ما هو الحال عند الطوائف المسيحية الكاثوليكية، إذ ترى بأن الرابطة الزوجية لا تنقضي إلا بالوفاة وفي القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج وبالتطليق في حالة معينة بناء على طلب الزوجة.

والطلاق هو إنهاء الزوج للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية كحق الزوج لإيقاع الطلاق منه دون تدخل أي سلطة أخرى لفك الرابطة الزوجية.

وإلى جانب الطلاق يوجد ما يعرف بالتطليق وفيه يمكن حل الزواج لكن شريطة أن يصدر حكم قضائي عن المحكمة المختصة بناء على دعوى ترفع من احد الزوجين أو كلاهما معا استنادا إلى سبب من الأسباب التي تجعل استحالة استمرار الحياة الزوجية بين أطراف العلاقة الزوجية، وبعبارة أخرى يعرف الطلاق على أنه انقضاء إرادي للزواج، بينما التطليق هو انقضاء يستلزم تدخل القضاء.

وقد عرفت بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول الغربية إلى جانب هذه الحالات نظاما آخر لا تعرفـــــه التشريعات العربيـــة يسمى بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني Séparation de corps بالنسبة للدول التي تحرم الطلاق.[2]

---

[1] / www.facebook.com/law.students.777/posts/583715061857 ،بتاريخ:2017/07/10 ،على الساعة:17:00.

[2] / دربة أمين قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله –دراسة مقارنة–مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان،السنة الجامعية 2008/2007 ،ص36.

والانفصال الجسماني أو التفريق البدني هو عبارة عن مباعدة مادية يحكم بها القضاء حتى يتبين له استحالة العشرة بين الزوجين ويكون الهدف منه تعطيل المعيشة المشتركة، فينتهي الالتزام بالمساكنة وما يرتبط به من واجب الطاعة الأدبية والمعنوية في حين يظل الالتزام ملقى على عاتق الزوجين.

ولما كان التفريق البدني حالة معلقة يكون فيها الزوجان منفصلان فإن الأمر الطبيعي هو إنهاء هذا الانفصال، وذلك إما باستئناف المعيشة المشتركة بين الزوجين بالصلح أو بزوال السبب الذي أدى إليه، وإما بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أو بالتطليق بعد مرور مدة معينة من تاريخ الحكم النهائي للانفصال.

يتضح من خلال هذا أن نظام الانفصال الجسماني هو الآخر تختلف بشأنه الرؤى التشريعية، فبينما تعتبره التشريعات التي تحظر الطلاق إجراءا وحيد الطرف لتراخي الرابطة الزوجية التي لا تنقضي إلا بالوفاة تعتبره تشريعات أخرى إجراءا وقائيا كالتشريع الفرنسي يهدف إلى الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريث في حكم التطليق.[1]

بالنسبة للتشريع الجزائري نصت المادة 47 من ق أ ج على أنه: " **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة**"[2]، وبالتالي فانحلال الرابطة الزوجية يكون إما بالوفاة أو الطلاق.

الفرع الأول ا: انحلال الزواج بالطلاق:

كان الطلاق معروفا ومعمولا به في شريعة حمورابي (2000 ق.م)، فكان من حق الزوج أن يطلق زوجته لعقمها وللمرأة أن تسترد جهازها كما أن للزوجة حق الطلاق ولكنه كان محصورا في نطاق ضيق كما أن قدماء اليونان عرفوا نظام الطلاق كوسيلة لإنهاء عقد الزواج وكان للزوج حق مطلق في تطليق زوجته، وبالرغم من هذا الحق المطلق ثبت أن الطلاق كان نادر الوقوع، ولقد أقر القانون الروماني فكرة الطلاق على وجه مطلق، فكان يقع الطلاق برضا الزوجين أو بإرادة الزوج المنفردة وبعد تطورالتشريع الروماني اكتسبت الزوجة حق الطلاق وصارت تقف مع الرجل على قدم المساواة بعد أن كان مقصورا على الزوج.[3]

---

[1] /جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان، السنة الجامعية2011/2010،ص23.

[2] / الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

[3] /بلحاج العربي:المرجع السابق،ص 211.

ولقد سلكت الديانات السابقة للإسلام وهي اليهودية والمسيحية مسلكين متباينين في معالجة مشكلة الطلاق، فذهبت الشريعة اليهودية إلى أن انحلال عقد الزواج بإيقاع طلقة واحدة على المرأة تمنع الزوجين من بعدها أن يعودا إلى الحياة الزوجية ولو عادا إلى الصفاء والتفاهم، والطلاق لدى اليهود سواء أ كان بإرادة الزوج المنفردة أم بسبب شرعي يقدره القاضي فإنه لا يقع إلا أمام القاضي ولم يكن يسمح للمرأة أن تطلب الطلاق في أي حال من الأحوال ولم تمنح هذا الحق إلا في عصور متأخرة.

وقضت تعاليم الديانة المسيحية بتحريم الطلاق ومنع انحلال عقدة الزواج مهما كانت الأسباب إلا في أحوال نادرة وضيقة تختلف الطوائف المسيحية في تحديد نطاقها، ومازالت قوانين بعض الدول حديثا تأخذ بهذا المبدأ في تحريم الطلاق في أوروبا (كإسبانيا وايرلندا) مثلا وفي أمريكا الجنوبية ا(لأرجنتين والبرازيل) مثلا.

ولقد كان وجود الطلاق عند العرب في الجاهلية من الأمور الواضحة، وكان الطلاق أمرا سهلا يوقعه الرجل على امرأته لأتفه الأسباب انتقاما منها وكان أشد طلاق الجاهليين للمـــرأة –الظهار– وهو أن يقول الرجل لامرأته – أنت علي كظهر أمي– فتحرم عليه، وكان عندهـــم " الايلاء " وكان إيلاؤهم يصل إلى السنة والسنتين، ومن أشد تعسفهم في الطلاق ما كانوا عليه في حرية في العدد وعدم الالتزام بالعدة بالنسبة للطلاق.

فلما جاء الإسلام اعتبر الزواج أبديا ودعا الزوجين إلى أن يتحمل كل منهما أخلاق الآخر بصبر ومودة وأن يتعاشرا فيما بينهما بالحسن ولو كره أحدهما الآخر[1]، وفي هذا يقول الله تعالى: " **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**"[2]

ومن هنا أمر الله تعالى الأزواج بالصبر والتحمل والإبقاء على الحياة الزوجية رغم ما قد يكون في الزوجات من الصفات التي يكرهونها ما دامت لا تمس الشرف والدين لان الكراهية ربما تكون ناشئة عن سبب عاطفي متقلب ومتغير ولا يصح أن تبنى على أمور خطيرة تتعلق بكيان الأسرة، غير أن الإسلام لم يرض أن يجعل من الزواج سجنا لا يخرج منه الزوجان، لا

[1] / بلحاج العربي، المرجع السابق،ص ص212،211
[2] سورة النساء،الآية19.

بالقتل أو الوفاة، فشرع الطلاق مخرجا من الشدة والخلاف والضيق عند تفاقم الأمر واشتداد الداء فأوجد نظام التحكيم بين الزوجين في حدود الأسرة وهو أن يختار الزوج شخصا من أهله وتختار الزوجة شخصا من أهلها ويحاول الحكمان التوفيق والإصلاح بين الزوجين حرصا على استمرار الحياة الزوجية بينهما وهذا لقوله تعالى: " **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**"[1] ، وقوله تعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** "[2]،، فإذا لم ينفع التحكيم أجاز الإسلام أن يقع الطلاق بين الزوجين وأعطى لكل من الزوجين الحق في الطلاق مع تمليكه للرجل لقدرته في الغالب على ضبط عواطفه وتحكمه في أعصابه وكبح جماح نفسه، ولقد وضع الإسلام للطلاق حدودا وجعله تسوية للنزاع بين الزوجين بأمن وسلام أو بيد القاضي في حالات عدة، فإذا وقع الطلاق جعله الشارع طلاقا رجعيا تمكث فيه الزوجة مدة من الزمن في بيت الزوجية يجرب كل منهما حياة الفرقة، وأعطى للزوج حق مراجعة زوجته ما دامت في العدة[3] لقولـــــه تعالى: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** "[4] وقوله عز وجل " **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**"[5].

ولقد حاول بعض المستشرقين ورجال القانون ممن ولعوا بالثقافة الغربية النيل من قانون الأسرة الإسلامي مدعين بأن الإسلام يشجع الطلاق وإن في هذا ظلما للمرأة وتشريدا للأطفال وهدما لدعائم الأسرة، والحقيقة العلمية أن هؤلاء يبتعدون عن معالجة المعطيات القانونية بنزاهة وصرامة إرضاء لميولهم وأهوائهم المتعصبة، ذلك أن الطلاق في الإسلام هو تشريـــع استثنائي وعلاج نهائي لا يقدم عليه إلا عند اشتداد الداء وتفاقم الضرر والشقاق والخلاف، فشرع رفعا للضرر ومنعا للظلم حين تعيا كل وسائل العلاج، ولقد حث الإسلام المسلمين على اتقائه ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا لقوله عليه الصلاة والسلام: (**أبغض الحلال عند الله الطلاق**)[6]،

---

[1] /سورة النساء الآية 128.
[2] /سورة النساء الآية 35.
[3] **بلحاج العربي، المرجع السابق**،ص213.
[4] /سورة البقرة الآية229.
[5] /سورة البقرة الآية 230.
[6] /بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 214.

وقوله صلى الله عليه وسلم: **(تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق تهز له عرش الرحمان)**، وقوله أيضا: **(أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)**.[1]

الطلاق في التشريع الجزائري: نص المشرع الجزائري في المادة 48 من ق أ ج على ثلاث طرق لايقاع الطلاق، حيث تنص المادة على أنه: "**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**"[2]، فقد ذكرت المادة 48 طرق ثلاث لايقاع الطلاق وهي:

- الطلاق بإرادة الزوج.
- الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين.
- الطلاق بإرادة الزوجة أو الطلاق بمعرفة القاضي.

كما أن المادة 55 من ق. أ.ج أضافت حالة الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين، حيث نصت المادة على أنه: "**عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**"

أولا- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج Le divorce par La Valonté de l'époux

نص المشرع الجزائري في المادة 48 بأنه يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54، كما أنه قرر في المـادة 49 من نفس القانون بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي[3]: "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى**"

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".[4]

---

[1] /بلحاج العربي المرجع السابق،ص213.

[2] / الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم ،ج ر، العدد 15 لسنة 2005.

[3] /بلحاج العربي المرجع السابق،ص214.

[4] / الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

ثانيا :الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين: وهي إنهاء الرابطة الزوجية باتفاقهما، وبناءا على رغبتهما معا، وهو ينقسم في القانون الجزائري إلى حالتين أساسيتين وهما:

1/ الطلاق بالتراضي: عرفته المادة 427 ق ا م و ا[1] بأنه: **" إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة "**، وقد أضافت المادة 428 على أنه: **" في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجة تودع بأمانـــة الضبط "**

2/ الطلاق بواسطة الخلع: لقد نص المشرع الجزائري في المادة 54 من ق أ ج[2] على أنه: **" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي " إذا لم يتفق الزوجين على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم**".

وعليه فإنه يمكن للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع ويكون هذا عن طريق اتفاق الرجل والمرأة على الطلاق لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها ولا يتطلب هذا النوع من الطلاق شكلا خاصا ولاشكيلة معينة وإنما يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق، والمرأة محلا له، واتفاقهما على الطلاق الرضائي مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها من أجل أن يطلقها دون نزاع ولا مخاصمة ولقد خصص القانون المغربي للخلع خمس مواد في حين سكت القانون التونسي على ذكره.

فالخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها أو هو طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة dévorce négocé وعليه فإنه من الخطأ الاعتقاد بأنه كالطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 ق أ ج لأن الخلع في الفقه المالكي هو طلاق بعوض أو هو طلاق على مال ولا فرق بينهما أو هما شيء واحد ولا يصبح الخلع لازما إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول، وقبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر، كما أن الخلع لا يشترط فيه أية شكلية معينة أو خاصة، في حين أن الطلاق بالتراضي كما ذكرنا سابقا يتم بموافقة الزوجين كذلك ولكن بدون مقابل بعيدا عن المشاكل القانونية غير أن تدخل القاضي ضروري للتأكد من وجود الارادتين المتطابقتين بصفة حقيقية وصحيحة دون التعرض إلى أسرار الحياة الخاصة.[3]

---

[1] /قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 موافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية،ج ر، ع21 لسنة 2008.

[2] /الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

[3] /بلحاج العربي،المرجع السابق،ص265.

ثالثا:الطلاق بطلب من الزوجة: لم يعرف المشرع الجزائري التطليق واقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 ق أ ج[1] والتي تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تخول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

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

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا."

وعليه فإن انحلال الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء وبموجب دعوى قضائية وفي حالة الاستجابة لطالبها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة وثبوت نسب الأولاد وحضانتهم وغيرها من الآثار.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح التطليق في المادة 53 من ق أ ج للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل 53 وما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، خلافا للمشرع السوري الذي استعمل مصطلح التفريق في المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية، أما المشرع التونسي فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناءا على رغبة الزوجة، وبالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية فلم يرد فيها إلا كلمة الطلاق سواء كان طلب حل عقد الزواج صادر عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا.[2]

---

[1] /الأمر رقم05-02 السالف الذكر.

[2] / www.startimes.com?t20342161 بتاريخ 2017/08/07 على الساعة17:30.

رابعا: الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين: ورد النص على هذا النوع من الطلاق في المادة 55 من ق أ ج " **عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**"

والنشوز l'abandon du domicile conjugal هو جحود الزوجية لغير سبب شرعي أو هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك.[1]

الفرع الثاني:: انحلال الزواج بالوفاة: يعتبر سبب من أسباب انحلال عقد الزواج وهو وفاة أحد الزوجين فإذا توفي الزوج أو الزوجة فإن عقد الزواج القائم بينهما ينحل تلقائيا من نفسه أو بحكم القانون ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله أو انقضائه، ويترتب عليه نفس آثار كل زواج صحيح من حيث التوارث والنسب والعدة واستحقاق مؤجل الصداق وغيرها.

والموت هناك الموت الحقيقي والموت الحكمي، فالموت الحقيقي هو توقف القلب والدورة الدموية عن العمل والرئتين عن التنفس توقف تاما لا رجعة فيه مما يؤدي إلى توقف جميع وظائف الدماغ، أما عن الموت الحكمي يتمثل في المفقود الذي انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه ولا حياته أو موته، فإن طالت مدة غيابه ورفع الأثر إلى القاضي فإنه يحدد مدة معينة (04 سنوات) بعد البحث والتحري بكافة الطرق، فإن انقضت المدة حكم القاضي بموته.
حكم القاضي بموت إنسان مع تيقن حياته وهو المرتد فإنه يعتبر ميتا من وقت صدور الحكم بذلك، ومن هذا الوقت تقسم تركته بين ورثته.[2]

[1] /بلحاج العربي،المرجع السابق،ص309.

[2] /بجاق محمد، محاضرة في التركات و المواريث ، ألقيت لطلبة السنة أولى ماستر قانون الأسرة،جامعة حمه الاخضر الوادي،السنة الجامعية 2016/2015.

المبحث الثاني

الإسناد القانوني لانحلال الزواج المختلط

نتعرض في هذا المبحث إلى القواعد المتعلقة بالإسناد لانحلال الزواج المختلط من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم انحلال الزواج ونطاق تطبيقه وهذا في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فهو مخصص لتطبيق القانون الأجنبي في حال اختصاصه.

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق لانحلال الزواج ونطاق تطبيقه

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق لانحلال الزواج: لقد تباينت القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على حالات انحلال الزواج، فمنها من أسندتها لقانون الموطن كالقوانين الأنجلوساكسونية على عكس بعض التشريعات الأخرى التي تسند مسائل الأحوال الشخصية لقانون جنسية الأشخاص.

وأسندت بعض الدول انحلال الزواج إلى قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين أو لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، في حين قوانين أخرى تخضع انحلال الزواج لقانون الجنسية المشتركة، وإلا فقانون الموطن المشترك وإلا فقانون القاضي.

ونادت تشريعات أخرى بتطبيق قانون الجنسية المشتركة في حالة اشتراكهم في الجنسية وفي حالة اختلافهم فقانون الموطن المشترك وفي حالة عدم الاشتراك في الموطن يطبق قانون القاضي،في حين ميزت بعض القوانين العربية بين الطلاق والتطبيق والانفصال الجسماني، فأخضعت الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت النطق بالطلاق، إما التطليق والانفصال الجسماني فأسندته لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.[1]

[1] /دربة أمين:تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة ،دفاتر السياسة و القانون ،العدد 4،2011ع،ص244.

<u>أولا: القاعدة العامة</u>: نصت المادة 12 من ق م ج فقرة 2[1] على ما يلي: " **ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى**"، وبالرجوع إلى نص المادة 47 ق أ ج[2] نجد على أنه: **" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة "**

فإذا انحلت الرابطة الزوجية بوفاة أحد الزوجين فإن الميراث يخضع للقانون الوطني للمتوفي طبقا للمادة 16 من ق م ج[3] والتي تنص على أنه: "**يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته**"

تبين هذه المادة أن الميراث والوصية يخضعان لقانون جنسية المتوفي أو الموصي وقت موته.[4]

أما عن انحلال الزواج بالطلاق فقد أسنده المشرع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والانفصال الجسماني وسوى المشرع في انحلال الزواج بين الطلاق والتطليق الذي يتم بناء على طلب الزوجة، ويرى البعض في هذا الصدد أن المشرع بإسناده الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية بحيث لا يمكن الاعتداد بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلا عن طريق حكم صادر عن المحكمة، ويعتبر حكم المحكمة كاشفا وليس منشئا، في حين يرى الرأي الراجح بأن حكم المحكمة منشئا وليس كاشفا وذلك حسب نص المادة 49 من ق ا.ج بقولها **" لا يثبت الطلاق بحكم....."**

ووحد المشرع الجزائري ضابط الإسناد الخاص بانحلال الزواج خلافا للقوانين العربية[5]

---

[1] /القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري ،ج ر ،ع 44 لسنة 2005.

[2] /الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

[3] /القانون رقم 05-10 السالف الذكر.

[4] /عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، ج1،ط3، دار هومه ،الجزائر،2011،ص 230.

[5] /دربة أمين،المرجع السابق،ص ص244،245 .

ففي مصر قدر المشرع المصري إخضاع انقضاء الزواج لقانون واحد خلاف لما فعله بالنسبة لانعقاد الزواج وامتد في هذا الصدد بقانون جنسية الزوج غير أنه فرق بين الطلاق من جهة وبين التطليق والتفريق الجسدي من جهة أخرى من حيث أعمال هذا القانون، نظرا لأن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة بينما يتوقف كل من التطليق والتفرقة الجسدية على رفع دعوى أمام القضاء فقد نصت المادة 13 /2 من القانون المدني المصري على أن: **" أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق و يسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينمتي إليها الزوج وقت رفع الدعوى "**[1]

يلاحظ أن المشرع الجزائري أغفل في القانون القديم النص على الانفصال الجسماني وهو نظام يختلف عن انحلال الزواج ومقرر في القوانين الغربية، وإذا عرض على القاضي فهناك فراغ تشريعي لذلك سد التعديل الجديد هذا الفراغ القانوني علما أن كل القوانين العربية نصت عليه.[2]

ثانيا: الانتقادات الموجهة للمادة 2/12 ق. م. ج: من بين هذه الانتقادات يمكننا أن نذكر أن اختيار المشرع الجزائري يعتبر اختيار تعسفي ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد وما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين هو من الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر.

كما أن اختيار القانون الوطني للزوج يعتبر إلى حد ما متعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري كالدستور مثلا، أي الإشكال يطرح بالنسبة للزوجة بسبب تغيير جنسية الزوج أو تغيير القانون الداخلي.

يمكن للزوج أن يغير جنسيته ما بين وقت الزواج ووقت رفع الدعوى كما أن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج يؤدي ذلك الى مفاجأة الزوجة فيكون أكثر إضرارا بمصالحها .[3]

---

[1] /صلاح الدين جمال الدين ،،تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج ، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية ،د.ط، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ،2007،ص252

[2] / الطيب زروتي :دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،د.ط،دار هومه،الجزائر،2010،ص264.

[3] عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص233.

كان من العدل والإنصاف أن يعتد المشرع بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين.

لتفادي هذا الإشكال جاء القانون التونسي بحل يحفظ المساواة بين الزوجين فوضع ثلاث قواعد إسناد:

- القانون الوطني المشترك للزوجين وقت رفع الدعوى.
- في غياب ذلك قانون آخر موطن مشترك.
- وفي الأخير قانون القاضي.

أما إذا ما تم تغيير القانون الداخلي فإن ذلك يؤدي إلى أن يكون الزواج قد تم في ظل قانون معين وانحلال الرابطة الزوجية يتم في ظل قانون آخر وقد يكون في ذلك أضرار بالنسبة للزوجة.

ثالثا: الاستثناء الوارد على القاعدة العامة: لقد أورد المشرع الجزائري استثناء على القاعدة العامة التي تقول باختصاص قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا من خلال المادة 13 من ق. م. ج ومؤدى هذا الاستثناء هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق، هذا هو وجه الخروج على المادة 12 فقرة 2.[1]

وفي هذا الصدد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائري وإيطالي (المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 170082 قرار بتاريخ 1998/02/17)

" من المقرر شرعا أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها على المال "

يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.[2]

[1] /عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص235..

[2] /الطيب زروتي،اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ،د.ط ، دار هومه، الجزائر ،2014، ص 113.

ومن المقرر أيضا أنه: " **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** "

ونعق على القرار فهو يتناول تنازع القوانين في الزواج المختلط، ونستخلص الوقائع الأساسية ذات الصلة بالمسائل القانونية المطروحة وكذلك الإجراءات كما يلي: أن زواجا سجل في بلدية مرسيليا بين زوجة جزائرية اكتسبت جنسية أخرى، وعلى أثر خلاف بين الزوجين رفعت الزوجة دعوى انفصال جسماني أمام القضاء الإيطالي، ورفع الزوج دعوى طلاق أمام القضاء الجزائري (محكمة بئر مراد رايس) والتي أصدرت حكما في 1996/07/14 يقضي بالطلاق والفصل في التوابع المادية الناتجة عن زواج الطرفين وكذا الأمر بتسجيل الطلاق ببلدية مرسيليا التي أبرم فيها الزواج.

هذا الحكم كان محل طعن بالنقض من طرف الزوجة التي نعت عليه:

1- مخالفة المادة 92 من ق إ م السابق الخاصة بارتباط الدعاوى القضائية.

2- مخالفة الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للتعاون القضائي.

3- عدم تطبيق قاعدة التنازع الجزائرية المقررة في المادة 2/12 ق م ج ، و ردت المحكمة العليا على أوجه الطعن المتمسك بها بعدم التأسيس وأثارت وجه طعن من تلقاء نفسها يتمثل في ضرورة تطبيق المادة 13 من ق م ج ونقضت الحكم المطعون فيه بعد أن تبين لها حسب حيثيات القرار أن قاضي الموضوع طبق القانون الإيطالي عملا بالمادة 12 فقرة 02 من ق م ج ، في حين أن المادة 13 من نفس القانون تقضي بتطبيق قانون جنسية أحد الزوجين الجزائريين عند إبرام الزواج في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من ق م ج إذا كان أحد الزوجين جزائريا.

إن قراءة دقيقة لقواعد التنازع المذكور في المواد 11 و12 و13 من ق م ج تؤكد أن الأصل هو تطبيق المادتين 11 و12 والاستثناء هو تطبيق المادة 13 إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج، وبالفعل الزوجة جزائرية عند إبرام الزواج.[1]

[1] / الطيب زروتي ،المرجع السابق،ص ص 124،125.

وقد أثار قرار المحكمة العليا أنه لم تنزع منها جنسيتها بعد حصولها على الجنسية الإيطالية أيضا، وفي الحقيقة لا يجوز نزع الجنسية الجزائرية من الزوجة بتاتا ولو اكتسبت جنسية أخرى، لأن جنسيتها الجزائرية أصلية ولا تجرد منها طبقا للمادة 22 من قانون الجنسية[1]، كذلك أن العبرة في اختصاص القانون الجزائري في النزاع المطروح هو الجنسية الجزائرية لأحد الزوجين عند إبرام الزواج ولو تغيرت لاحقا.
من جهة أخرى أكد القرار محل التعليق بصفة غير مباشرة تطبيق مبدأ آخر خاص بتنازع القوانين وارد في المادة 22 من ق م ج الفقرة الثانية وهو تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان الشخص يحمل جنسيتين في وقت واحد من ضمنهما الجنسية الجزائرية .[2]

الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج: إن القانون الذي يحكم انحلال الزواج هو الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترف به في دولة هذا القانون، أم لا و اذا كان معترفا به فيها فمن من الزوجين يملك إيقاعه؟ وما هي القيود التي ترد على استعماله؟ وهل يجوز التوكيل فيه أم لا؟ ويرجع كذلك إلى القانون الذي يحكم انحلال الزواج لمعرفة الأسباب التي تبرر التطليق أو الانفصال الجسماني.

أما إجراءات الطلاق أو التطليق فهي تخرج من نطاق هذا القانون وتخضع لقانون القاضي وهو ما نصت عليه المادة 21 مكرر من قانون. م ج: **" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات "**

كما يخرج من نطاقه الإجراءات التحفظية أوالوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق أو التطليق للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد مثل تحديد نفقة وقتية للزوجة، والإذن لها بالإقامة في سكن الزوجية وتسليم الأثاث الضروري لها للاستعمال اليومي فهذه الإجراءات كلها تخضع لقانون القاضي، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي وقد انتقد بعض الفقه هذا القضاء ويقول بإخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الذي يحكم انحلال الزواج مع قبول بصفة استثنائية إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي المختص ويكون ذلك باسم النظام العام أو باسم حالة الاستعجال.[3]

---

[1] /الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 المتضمن قانون الجنسية (ج ر 105 مؤرخة في 18*-12-1970) المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27-02-2005)

[2] / الطيب زروتي ،المرجع السابق،ص126.

[3] / أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،ج1،ط13،دار هومه،الجزائر ،2013.ص 259.

المطلب الثاني

تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون جنسية الزوج

تكمن المرحلة الأخيرة لفض النزاع الذي يشتمل على عنصر أجنبي في تعيين القانون الواجب التطبيق.

إذا أثارت قاعدة تنازع القوانين الجزائرية إلى تطبيق القانون الجزائري فليس هناك أي إشكال يطرح، أما إذا عينت قاعدة تنازع القوانين الجزائرية قانون أجنبيا كقانون واجب التطبيق فمبدئيا القاضي ملزم بتطبيقه غير أن تطبيق القانون الأجنبي يطرح عدة إشكالات من الناحية النظرية ومن الناحية العملية.[1]

الفرع الأول: موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بانحلال الزواج: يمكن للقانون الأجنبي الواجب التطبيق أن يستبعد إذا ظهرت بعض المشاكل قد يحدث ذلك عندما يصعب أو يستحيل تقديم مضمون القانون الأجنبي المختص يكون في هذه الحالة لقانون قاضي الدعوى صلاحية حكم علاقات القانون الخاص، كما يمكن أن يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان يتعارض مع النظام العام في قانون قاضي الدعوى.

يمكن كذلك أن يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان اختصاصه نتيجة تحايل على القانون أو نتيجة غش نحوه .

أولا : الدور الفرعي او الثانوي لقانون قاضي الدعوى: ان القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة تنازع القوانين الجزائرية قد يستحيل تطبيقه في حالات متعددة، وعلى هذا الأساس يكون لقانون قاضي الدعوى صلاحية حكم علاقات القانون الخاص (انحلال الزواج من بينها).[2]

---

[1] /عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص115.

[2] / المرجع نفسه،ص154.

1- في حالة استعجال أو استحالة تطبيق القانون الأجنبي: في حالة الطلاق فإن الإجراءات المؤقتة تؤخذ وفقا للقانون الجزائري مهما كان القانون المختص في الموضوع ينظر القاضي في الحضانة المؤقتة للأولاد.

2- غياب ضابط الإسناد: يطرح الإشكال في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية يمكن ألا تظهر جنسية الشخص بوضوح.

في غياب القانون الشخصي يمكن للقاضي إذا كان الشخص مسلما أن يطبق قانون الأسرة أو أن يبحث في المبادئ العامة للشريعة الإسلامية وفقا للفقرة الثانية من المادة الأولى للقانون المدني أو وفقا للمادة 222 ق أ ج إذا كان الشخص غير مسلم وجب البحث عن الحل بالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة الأولى من ق م ج أي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

أما فيما يخص متعددي الجنسية وعديمي الجنسية فقد نصت المادة 22 من ق .م .ج[1]: **" 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، وبالنسبة إلى دولة أخرى أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة ".**

3- عدم التوصل إلى إثبات القانون الأجنبي: وهو ما نصت عليه المادة 23 مكرر: **" يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ".**

يتعلق الأمر هنا بتحديد مضمون القانون الأجنبي، إذ المشرع الجزائري قد ميز بين القانون الأجنبي المعتبر كواقعه والقانون الأجنبي المعتبر كقانون إذا تعلق الأمر بالقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية.

في الحالة التي يعتبر فيها القاضي الجزائري القانون الأجنبي كواقعه فإذا لم يتوصل الأطراف إلى تحديد مضمون القانون الأجنبي لعدة أسباب والتي من بينها:[2]

[1] /القانون رقم 10/05 السالف الذكر.

[2] /عليوش قربوع كمال ،المرجع السابق ، ص 157.

- عدم التوصل إلى جمع المعلومات الخاصة بالقانون الأجنبي.

- عدم التمكن من ضبط التطور القضائي الأجنبي حتى يتمكن قاضي الدعوى أن يرتكز عليه كنقطة انطلاق للوصول إلى حل ملائم.

- عدم قدرة الأطراف على تحمل المصاريف الباهضة.

في كل هذه الحالات فإن القاضي الجزائري يكون مرغما على اللجوء إلى تطبيق قانونه الداخلي.[1]

ثانيا: الدفع بالنظام العام أو الغش نحو القانون: تنص المادة 24 من ق م ج[2]: **" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.**

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة ".

1- فكرة النظام العام: يؤدي الاختلاف في مفهوم الزواج من دولة إلى أخرى إلى الإكثار من فرص تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج.

ففي الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام يكون خاصة في الحالات التي يؤدي فيها تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالحقوق المقررة من طرف الشريعة لمعتنقي الإسلام.

وبناءا على ذلك فإن القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين ينبغي أن يستبعد إذا كان الزوج هو الذي غير ديانته بأن اعتنق الإسلام بينما ظلت زوجته كتابية ذلك أن الحكم بإنهاء الزوجية في هذه الحالة يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر من حق المسلم الزواج بالكتابية وينبغي أيضا أن يستبعد القانون الأجنبي الذي يمنع انحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين إذا كانت الزوجة هي التي غيرت[3]

ديانتها بأن اعتنقت الإسلام بينما بقي زوجها على ديانته، ذلك أن الشريعة الإسلامية تمنع استمرار الزوجية في حالة اعتناق الزوجة الإسلام بينما بقي زوجها على كفره.

---

[1] /عليوش قربوع كمال ،المرجع الساب،ص157.

[2] القانون رقم 05-10 السالف الذكر.

[3] /أعراب بلقاسم،المرجع السابق،ص261.

وفي غير الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج يكون في الغالب لما يكون هذا القانون الأجنبي الذي يحكم انحلال الزواج لأسباب لا يقرها قانون القاضي أو يكون أكثر تساهلا منه في إباحة الطلاق أو التطليق، فقد استبعد القضاء الفرنسي باسم النظام العام تطبيق قوانين بعض الدول الإسلامية التي تبيح انحلال الزواج بإرادة الزوج وحده.

لكن إذا كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة قد وقع وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزوجين المشتركة.[1]

- يعد مخالفا للنظام العام في مصر والبلاد الإسلامية الشرع أو القانون الأجنبي الذي يجيز الجمع بين الأختين ونحوهما.
- يعد مخالفا للنظام العام في مصر والبلاد الإسلامية الشرع أو القانون الأجنبي الذي يجيز الجمع بين أكثر من أربع زوجات.
- يعد مخالفا للنظام العام الشرع أو القانون الأجنبي الذي يجيز زواج المتعة لأن النكاح في الإسلام عقد مؤبد.[2]

2/الغش نحو القانون: قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وتتركب هذه القاعدة من عنصرين الفئة المسندة وضابط الإسناد، وهذا الأخير عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه وقد يعمد أطراف العلاقة إلى تغيير هذا الضابط وبتغييره يتغير القانون الواجب التطبيق، وقد تكون مثلا الجنسية هي ضابط الإسناد بالنسبة للأحوال الشخصية فيقوم أحد أطراف العلاقة بتغيير جنسيته فيتغير تبعا لذلك القانون الواجب التطبيق.[3]

والتغيير الذي يقوم به أطراف العلاقة في حد ذاته مشروع إلا أنه يحدث وأن يقوموا بالتغيير بشكل متعمد للتهرب من أحكام القانون المختص حقيقة بحكم العلاقة فيصبح حينئذ قانون آخر

[1] /أعراب بلقاسم،المرجع السابق،ص262.
[2] /صلاح الدين جمال الدين ،المرجع السابق،ص ص 236،237.
[3] /أعراب بلقاسم ،المرجع السابق،ص186.

هو المختص بحكمها، وهذا الأخير لم يكن مختصا في الحقيقة إلا نتيجة هذا التغيير المتعمد لضابط الإسناد.

فقد يكون مثلا قانون جنسية الزوج لا يسمح بالطلاق فيعمد هذا الزوج إلى تغيير جنسيته فيكتسب جنسية دولة أجنبية تسمح له بالطلاق.

ومن هنا نلاحظ بأن تغيير ضابط الإسناد لم يتم بشكل بريء وإنما بنية الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق حقيقة على العلاقة فهناك إذن تحايل على القانون، وقد درج الفقه على تسمية هذا التحايل بالغش نحو القانون بصفة عامة بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة.

ويشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون عدة شروط إثنان متفق عليهما فقها وقضاءا، وشرطان مختلف فيهما:

أولا:**الشرطان المتفق عليهما:**

1- التغيير الإرادي لضابط الإسناد: أي أن يكون هناك تغيير لضابط الإسناد ومن الضوابط التي تقبل التغيير ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية فيقوم الشخص بتغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة لكونه يفرض مانعا يقف حائلا دون تحقيق مصلحة، ومن ذلك قضية **الأميرة بوفرمون** وهي أول قضية يطبق فيها القضاء الفرنسي نظرية الغش نحو القانون.[1]

وتتلخص وقائع القضية في أن أميرة فرنسية تسمى الأميرة بوفرمون أرادت التطليق من زوجها للزواج بالأمير الروماني **ببسكو Bebsco** ولما كان القانون الفرنسي الذي هو القانون الواجب التطبيق بوصفه قانون الجنسية يمنع آنذاك الطلاق تجنست الأميرة المذكورة بجنسية

[1] / أعراب بلقاسم،المرجع السابق،ص ص 188، 190.

إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالتطليق فتحصلت عليه فيها وفقا لقانون جنسيتها الجديدة فتزوجت في برلين الأمير الروماني ببسكو ثم رجعت إلى فرنسا حيث أقامت معه فيها.

رفع الزوج الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي طالبا إبطال طلاقها منه، وبالتالي بطلان الزواج المترتب عليه، فقضت محكمة النقض الفرنسية لصالحه فأبطلت طلاقها الأول وما ترتب عنه من زواج وأسندت في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون.

2- توفر نية الغش نحو القانون: لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة.

ثانيا: الشرطان المختلف فيهما:

1- أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي: أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون في مواجهته ذلك أن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي.

أما عن الفقه الحديث فقد اعتبر أن الغش هو الغش في جميع الحالات وينبغي مطاردته حيث كان، كما أن التحايل على القانون الأجنبي في حقيقته تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي[1]، وهو ذات التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري باعتبار أن المادة 24 من ق م ج لما نصت على حالة الغش نحو القانون لم تفرق بين الغش الذي يستهدف استبعاد قانون القاضي وذلك الذي يستهدف استبعاد القانون الأجنبي لأن عبارة نحو القانون واردة في النص جاءت مطلقة دون أي تحديد.[2]

2- أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة: يرى بعض الفقه ان الغش نحو القانون لا يتحقق إلا أذا كانت أحكام القانون الذي يريد الشخص أن يتهرب منها آمرة، أما إذا كانت مكملة فلا يتحقق الغش لأن القواعد المكملة هي قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها فلا يتصور بالتالي التهرب منها.

---

[1] /أعراب بلقاسم،المرجع السابق،ص191

[2] /بدر شنوف ،محاضرة في تنازع القوانين وعقود التبرع.، ألقيت لطلبة السنة الثانية ماستر قانون الأسرة،جامعة حمه الاخضر الوادي،السنة الجامعية 2015/2014.

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة ذلك أن هذه القواعد لها نفس صفة الإلزام التي للقواعد الآمرة.

ولذلك لا ينبغي أن تعامل القواعد المكملة معاملة مغايرة لمعاملة القواعد الآمرة، فالغش يتحقق في كليهما كما أن الغش هو الغش في جميع الحالات وينبغي مطاردته أينما كان.[1]

الفرع الثاني: تطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي المختص بانحلال الزواج:

تطرح مسألة تطبيق القانون الأجنبي تحديد المركز القانوني للقانون الأجنبي أمام المحاكم، عندئذ فالسؤال المطروح هو عندما تعيق قاعدة تنازع القوانين قانونا أجنبيا كقانون واجب التطبيق، هل يكون قاضي الدعوى ملزما بتطبيقه أم غير ملزم بذلك؟ بعبارة أخرى هل يقوم بتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق من تلقاء نفسه كما هو الشان بالنسبة للقانون الوطني، أم هناك مالا يسمح بذلك؟ يؤدي ذلك إلى طرح الإشكالية المتعلقة بالطبيعة القانونية لقاعدة تنازع القوانين؟ هل هي ملزمة أم لا؟ ينجر عن هذا التساؤل حول الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي هل يعتبر قانونا أم واقعة بالنسبة لقاضي الموضوع.[2]

أولا: التطبيق غير التلقائي للقانون الأجنبي: تنص المادة 233 فقرة 05 من قانون إ م وإ ج[3] على ما يلي: " الطعن بالنقض لا يبنى على أحد الأوجه الآتية:

مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية "

وتنص المادة 234 من نفس القانون على أنه: **" يجوز للمحكمة العليا من تلقاء نفسها أن تنقض الحكم لأحد الأوجه الواردة في المادة 233 ".**

يبدو من المادتين السالفتين الذكر أن المشرع الجزائري يميز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية والذي يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض، أي أنه يتعلق بالنظام العام والقوانين الأخرى التي لا تخضع للطعن بالنقض لأنها تعتبر كواقعة.

---

[1] /أعراب بلقاسم،المرجع السابق،ص194.

[2] /عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص119.

[3] /القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

1- القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع: وضع المشرع الجزائري القوانين الأجنبية التي تتعلق بالأحوال الشخصية والتي تعتبر كواقعة في نفس الوضعية التي وضع فيها القضاء الفرنسي القوانين الأجنبية بصفة عامة.

أ- القوة الملزمة لقاعدة تنازع القوانين: إن القضاء الفرنسي والتشريع الجزائري (عندما يكون القانون الأجنبي لا يتعلق بالأحوال الشخصية) لا يعتبر أن قاعدة التنازع من النظام العام إذا أثارت إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص بينما يعتبر من النظام العام إذا أثارت إلى تطبيق القانون الوطني بحيث تلزم في هذه الحالة قاضي الدعوى بتطبيق القانون الوطني.

تظهر هنا ازدواجية في الطبيعة القانونية لقاعدة تنازع القوانين بحيث تكون ملزمة إذا عينت القانون الوطني كقانون واجب التطبيق وغير ملزمة إذا عينت قانونا أجنبيا في هذه الحالة على الحضور التمسك بتطبيق القانون الأجنبي وإلا طبق القاضي الدعوى قانونه الداخلي الذي له صلاحية الحكم جميع علاقات القانون الخاص.

ب- الآثار المترتبة على اعتبار قاعدة تنازع القوانين لا تتعلق بالنظام العام إذا عينت قانونا أجنبيا كقانون واجب التطبيق: يؤدي هذا إلى اعتبار القانون الأجنبي كواقعة وعلى هذا الأساس فإن على الخصوم:

- المطالبة بالتمسك بالقانون الأجنبي المعين.
- إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص.
- يمكن لقاضي الموضوع أن يراقب مدى ومعنى القانون الأجنبي ويقوم بتفسيره.[1]

ب/1- على من يقع عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي: أن قاضي الدعوى غير ملزم بالبحث في مضمون القانون الأجنبي المختص لأنه غير مطالب بمعرفته ولا يمكنه أن يعرف وأن يكون مطلعا على كل القوانين الأجنبية فما هي يا ترى وسائل الإثبات؟

[1]/عليوش قربوع كمال،المرجع السابق، ص ص 120 ،122.

ليس هناك نظام قانوني خاص بإثبات القانون الأجنبي المعين، تستعمل مبدئيا كل وسائل الإثبات غير أنه لقاضي الموضوع سلطة تقديرية بالأخذ أو عدم الأخذ بها.

يمكن للخصوم أن يثبتوا القانون الأجنبي بعدة وسائل عن طريق الخبراء الشهادات العرفية أو طرق أخرى كاللجوء إلى نصوص القانون الأجنبي أو ترجمتها وإلى المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية ما لم يتوصل الخصوم إلى إثبات القانون الأجنبي فهل يرفض القاضي النطق بالحكم؟ أم أنه يطبق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه أو أنه يطبق قانونه الداخلي؟

قد يعني ذلك أن للقاضي سلطة تفسير القانون الأجنبي.[1]

ب/2- يجب على قاضي الموضوع أن يفسر القانون الأجنبي: لا يتولى قاضي الموضوع تفسير القانون الأجنبي بصفة مطلقة وانما يستخرج القاعدة من النص القانوني بحيث يقتصر على ما توصل إليه من معرفة مضمون القاعدة، كما يبدو ذلك من مجموع المصادر الأجنبية للقانون ولاسيما القضاء.

2- القانون الأجنبي أمام محكمة النقض:

أ- <u>القانون الأجنبي يعامل كواقعة:</u> إذا ما عاملت محكمة النقض القانون الأجنبي المختص كواقعة يؤدي ذلك إلى ترتيب الآثار الآتية:

- عدم التذرع باختصاص القانون الأجنبي للمرة الأولى أمام محكمة النقض.

- لا تراقب محكمة النقض تفسير القانون الأجنبي المطبق من طرف قاضي الموضوع لأن محكمة النقض محكمة قانون، غير أن هناك بعض التخفيفات.[2]

ب- <u>التخفيفات:</u> تقبل المحكمة العليا:

- الطعن المتعلق بخرق قاعدة تنازع قوانين قاضي الدعوى، أي إذا كان قاضي الموضوع قد أخطأ في تطبيق قاعدة التنازع.

---

[1] /عليوش قربوع كمال،المرجع السابق ، ص 125.

[2] /المرجع نفسه ،ص 126.

– الطعن المتعلق بالتكليف في حال وجود خطأ فيه.

– الطعن المتعلق بتشويه القانون الأجنبي خاصة في حال تفسيره.

ثانيا: التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي: اعتبار القانون الأجنبي كقانون، قال المشرع الجزائري بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي ولكن عندما يتعلق الأمر بالقانون الخاص بالأحوال الشخصية، فالقاضي الجزائري ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

1– آثار التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بالنسبة لقاضي الموضوع: يعتبر المشرع الجزائري القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية كقانون، وذلك لأنه يعتبر كوجه من أوجه الطعن، إن المحكم العليا الجزائرية وفقا للمادة 234 من ق إ م و ا يجوز لها من تلقاء نفسها أن تنقض مخالفة أو خطأ في تطبيق قانون أجنبي يتعلق بالأحوال الشخصية على هذا الأساس فإن قاعدة تنازع القوانين الجزائرية تتعلق بالنظام العام وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد قال بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية قبل القضاء الفرنسي تترتب على اعتبار القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية كقانون الآثار التالية:

– على القاضي الجزائري أن يطبق القانون الأجنبي المختص.

– يجب على القاضي الجزائري أن يبحث في مضمون القانون الأجنبي ولو كان ذلك بمساعدة الخصوم.

– يجب على القاضي الجزائري أن يأخذ بعين الاعتبار العناصر الأجنبية. [1]

– مادامت قوانين الأحوال الشخصية تتعلق بالنظام العام فلا يمكن للأطراف أن تتنازل عنها أي أنها ليست لها حرية التصرف فيها.

[1] /عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص134

2- آثار التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي أمام محكمة النقض: علما أن المشرع الجزائري قد اعتبر القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية كقانون، فما هي الآثار المترتبة على ذلك أمام المحكمة العليا؟

تتمثل الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية كقانون على أنه يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض و ان المحكمة العليا يمكنها رقابة تفسير القانون الأجنبي المطبق من طرف قاضي الموضوع.

- **الطعن بالنقض:** لقد اعتبر المشرع الجزائري القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية كقانون، وبالتالي فإذا ارتكب خطأ أو مخالفة في تطبيقه يمكن للخصوم أن تبني الطعن بالنقض على هذا الوجه.
- **رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون المطبق من قبل قاضي الموضوع:** إذا رجعنا إلى القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا تنظيمها وسيرها نجد أن المادة 4 تنص على أنه: **" تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له ".**

انطلاقا من هذه المادة ومادام القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية يعتبر كقانون، فإن المحكمة تجازي كل انتهاك له.

تنص المادة 06 من نفس القانون على ما يلي: "**بوصفها جهازا مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبيب أحكام القضاء ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية**"[1]

يبدو جليا أن المحكمة العليا تراقب انتهاك القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية عندما يتعلق الأمر بالتكييف والتسبيب ولكن هل تقوم بالرقابة على تفسير القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية المطبقة من طرف قاضي الموضوع؟ قد ذهبت بعض المحاكم العليا إلى بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي من طرف قاضي الموضوع كمحكمة النقض المصرية ودول أخرى كالنمسا، واليونان وإيطاليا.[2]

[1] /عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص135.
[2] /عليوش قربوع كمال، **المرجع السابق**،ص ص135.و136.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

الحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط و إشكالية الاختصاص القضائي

بعد أن بينا في الفصل الأول مفهوم انحلال الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليه اضافة الى نطاق تطبيقه،وبعد ان عرفنا احكام القانون المختص فيما اذا كان هوالقانون ام القانون الأجنبي،نعرج في هذا الفصل الى التفصيل في أثر من آثار انحلال الزواج المختلط ألا وهو الحضانة وكذلك مايتصل بهذا الموضوع من مسائل الاختصاص القضائي سواء لدعوى انحلال الزواج او الحضانة.

المبحث الأول

الحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط

تعتبر الآثار التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبنائهم من أهم المسائل التي يجب أن ينظر فيها القاضي خلال النظر في الدعوى وتتمثل هذه الأخيـــــــرة في الحضانة[1]

المطلب الاول

اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة وتأثير هذا الاختلاف في تنازع القوانين

من أجل الإلمام بمفهوم الحضانة ، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين مبينين في الفرع الاول اختلاف التشريعـــــات في فكرة الحضانة وسنعرض في الفرع الثاني تأثير الإختلاف في تنازع القوانين .

[1]/ جندولي فاطمة زهرة ،المرجع السابق،ص32.

الفرع الاول : اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة

الحضانة لغة : ضم الولد وتربيته كالمرأة إذا حضنت ولدها وتسمى حاضنة اما في الاصطلاح الشرعي فهي تربية الولد ورعاية شؤونه ، لمن له حق الحضانة حتى يبلغ سنا معينا.

ولقد جاء في المادة 62 ق أ ج[1] بأن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

وعرفتها المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته[2]

أما عن التشريع المصري والمتمثل في قانون الأحوال الشخصية رقم 44 لسنة 1979 المعدل لم يرد فيه تعريف للحضانة تاركا للقضاء معالجة ما يثار أمامه من نزاعات مسترشدا في تعريفها من المصادر الفقهية التي تناولتها بالتفصيل أما عن القانون الأردني والمتمثل في قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 النافذ أيضا لم يتطرق إلى التعريف الحضانة وإنما ذكر شروط وترتيب من له الحق بالحضانة ومدتها وسقوطها وأجرة الحاضنة بموجب المواد (154- 166) من القانون أعلاه والظاهر أنه ترك ذلك لاجتهاد القضاء مستنيرا في ذلك على الآراء الفقهية

الفرع الثاني : تأثير الاختلاف بين التشريعات في تنازع القوانين

لما كانت الحضانة تجمع بين ثلاثة حقوق (حق الصغير ، حق الأم ، حق الأب) لذا نجد أن الفقه والقانون قد اختلف على من الذي يملك الحق فيها .[3]

---

[1]/ الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

[2]/ بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص379.

[3]/ فراس كريم شيعان ، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة) مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد الأول، السنة الخامسة ،ص4.

أولا : تأثير الإختلاف الفقهي في التشريعات

سوف نتطرق إلى الفقه الإسلامي والديانة المسيحية بالآتي :

1/الشريعة الإسلامية : أجمع الفقهاء المسلمون أن في الحضانة حقوق ثلاثة ، حق الصغير ، حق الأم ، حق الأب وأن التوفيق بين هذه الحقوق واجب إذا أمكن ، أما إذا تعذر ذلك فيذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن الحضانة حق للصغير على أمه وليس حق للأم فيه ويترتب على ذلك أن الأم تجبر على حضانته ولا خيار لها في التنازل أو الامتناع عن ذلك ، بينما ذهب فريق آخر من الفقه إلى أن الحضانة حق للأم ويترتب على هذا أنها لاتجبر على حضانة الصغير ، ولها ان تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها ن ويرى فريق آخر أنها حق للأم والصغير فإن وجد من يقوم بها لاتجبر الأم ، وإن تعين فليس لها الامتناع ، وحق الصغير فيها أقوى .[1]

2/ **الديانة المسيحية** : لم يختلف المسيحيون بأن الأم صاحبة الحق في الحضانة ،ولكن يقيد حقها إذا كانت المتسببة في الطلاق أدانه بموجب المادة 37 من الأحكام والقواعد عند طائفة السريان الارثودكس ، أن الأم هي حاضنة إلا إذا كانت متعدية وطلقت أما عند الأقباط الارثودكس فهي حق للام وللصغير معا بموجب المادة 134 من القواعد المعمول بها عندهم ، أما الكاثوليك فيشترط عندهم أن تكون الأم كاثولوكية وإلا سقطت عنها الحضانة حتى لو لم تكن متعدية حسب نص المادة 121 من الإرادة الرسولية.[2]

ثانيا : موقف التشريعات

1/ بعض التشريعات العربية : تخلو نصوص قانون الأحوال الشخصية المصري والأردني والإماراتي من إشارة إلى كون الحضانة حق خالص للأم أو الصغير ، إلا

[1]/ فراس كريم شيعان ،المرجع السابق،ص 5.

[2]/المرجع نفسه، ص5.

أن القضاء هناك ساير الاتجاهات الفقهية التي اعتبرها حق مشترك مع تفضيل مصلحة الصغير في حالة تعارض المصالح ، ونص قانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ على أن حق الحضانة لايسقط بالإسقاط وإنما تمتنع بموانعه ، ويعود بزوالها بموجب المادة 193 منه ، في حين أن قانون الأحوال الشخصية اليمني نص في المادة 120 منه على أن الحضانة حق للصغير فلا يجوز التنازل عنها ، وذهب القانون التونسي موقعا مغايرا إذ أنه بموجب المادة 55 منه إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لاتجبر عليها ، أما مشروع القانون العربي الموحد اعتبر الحضانة واجب على الأبوين مادامت الزوجية قائمة ، أما بعد الفرقة فإن كان الصغير رضيعا فالأم ملزمة بالحضانة وليس لها تركها .[1]

2/بعض التشريعات الأوروبية : ذكر سابقا أن الديانة المسيحية تنظر إلى الحضانة على أنها حق للأم مادام الطلاق صدر لصالحها ، وإلا انتقل الحق إلى الأب وعلى هذا النهج سارت معظم القوانين الأوروبية كالقانون الفرنسي .

أما القانون الانجليزي فقد كان ينظر إلى الامر على ان هناك سلطة يتمتع بها الأب على الاولاد القصر ددون أن يكون هناك حديث عن واجبات الوالدين تجاه الاولاد ن إلى ان صدر قانون الطفل في 1989 والذي بين ان هذه الواجيات مع إحتفاضه بالصيغة المسيحية التي تعطي الحق للام إذا لم تتسبب في الطلاق ، ولم ينظر قانون الإتحاد السوفياتي في السابق إلى مسألة الحضانة وإنما أحال مسألة حفظ الولد بعد فسخ الزواج إلى ما يتقرر من تشريع الجمهوريات المتحدة بموجب المادة 18 من القانون الصادر في 1968/06/27.[2]

3/ التشريع الجزائري: قد جاء تعريف الحضانة في ق أ ج[3] في المادة 62 بأنهـــــا "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن ان يكون أهلا للقيام بذلك "

---

[1]/ فراس كريم شيعان ،المرجع السابق،ص6.

[2]/المرجع نفسه، ص ص 6،7.

[3]/ الأمر رقم 02/05 السالف الذكر.

أ- **لمن حق الحضانة** : الأصل أن كل طفل ينعم بحضانة والديه وفي ظل الجو الأسري والدفء العائلي الذي يغمره من أبيه أو أمه على السواء وتلك هي الحضانة الحقيقة السوية النائمة فإذا تعرضت الحياة الزوجية للاهتزاز ووقع الطلاق فإن حق الطفل في الحضانة والرعاية يستمر ولا يسقط لشدة حاجته إلى الخدمة والرعاية ،فيتولى أمره من هو أولى بها والأجدر رعاية الطفل والقيام بشؤونه معالحتها

فالحضانة حق مشترك للولد والحاضن معا إلا أن حق المحضون أقوى لشدة حاجته إلى رعاية النساء وعدم استغنائه عنهن وعليه إذا أسقطت الأم حقها وتنازلت عنه ولم يوجد حاضن غيرها تعينت الحضانة في حقها لبقاء حق الولد ، وإذا لم تتعين الحضانة على واحدة من أهل الأم لم تجبر عليه لأن الحضانة حقها ولا ضرر في تركه لوجود من يقوم به غيرها.[1]

ب - **من الأحق بالحضانة** : لقد كانت المادة 64 من ق إ ج قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 تنص على أن :" الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها في الخالة ثم الأب ثم الاقربون درجة" ، وعندما تم تعديل هذه المادة تغيرت أوضاع ودرجات الحاضنين فأصبحت تنص على أن الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة ويلاحظ ان الأب الذي كان في الدرجة الرابعة بعد الأم وأمها والخالة أصبح الثاني في الترتيب الجديد والخالة التي كانت الثالثة في الترتيب نقلت إلى الدرجة الخامسة بعد الأم والجدة لأم والجدة لأب وأضيفت العمة إلى القائمة الجديدة .[2]

---

[1]/ عبد القادر داودي، المرجع السابق،ص204.

[2]/ عبد العزيز سعد ،اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية،ط2،دار هومه،الجزائر،2014،ص178.

وقد نصت المادة 64 ق أج[1] على انه "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 " .

ج-شروط الحاضن : تتمثل فيما يلي:

- العقل
- الكفاية : وهي القدرة على القيام بشأن المحضون ، فلا حضانة لعاجز عن القيام بأعبائه كالعجوز والمريض
- الأمانة : فلا حضانة لفاسق أو من يخشى على الولد أو على ماله منه
- الرشد : فلا حضانة لسفيه أو معتوه وكل من خف عقله أو عرف بالطيش.[2]

د-مدة الحضانة وانقضاؤها : إن مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هي بلوغ 10 سنوات من العمر بالنسبة للذكر، وبلوغ سن الزواج التي هي 19 سنة بالنسبة إلى الأنثى ، وفي هذا المعنى نصت المادة 65 من قانون الأسرة على ان تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة غذا كانت أما لم تتزوج ثانية .
على أن يراعى في الحكم بإنشائها مصلحة المحضون .[3]

هـ-سقوط حق الحضانة : نصت عليها المواد 66، 67 ، 68 ، 69 ، 70 من ق أ ج[4] وهي : -الزاوج بغير قريب محرم بالنسبة للأم الحاضنة وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون (م 66)

- إختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 (م 67) مع العلم أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة .

---

[1]/ الأمر رقم 02/05 السالف الذكر.

[2]/عبد القادر داودي،المرجع السابق،ص،206.

[3]/عبد العزيز سعد،المرجع السابق،ص178و179.

[4]/ انظر المواد من 66 الى 70 من ق أ ج.

- إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر(م 68)
- إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي وهنا السلطة التقديرية ترجع للقاضي في إسقاطها أوإثباتها له (م 69) .
- إذا سكنت الجدة أو الخالة (الموكول لها حق الحضانة) بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (م 70) ، وقد نصت المادة 71 على أن عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها بنصها" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري "

و-آثار وتبعات الحكم بالحضانة :

1/ **الحكم بحق الزيارة :** من خلال نص المادة 64 أنه إذا حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وأسند حق الحضانة لأحدهما ، فإنه يتعين عليه أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر خلال العطل الوطنية والأسبوعية على أن يكون الهدف من هذه الزيارة هو بقاء صلة الوصل قائمة بين المحضون ووالده أو والدته وإخضاعه إلى رقابته ورعاية شؤونه

2/ **الحكم بحق الولاية :** من خلال نص المادة 87 من ق إ ج السطر الأخير نجد أنها تنص على أنه في حالة الحكم بالطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة .

3/ الحكم بتوفير المسكن للمحضون : من خلال الإطلاع على نص المادة 72 من ق أ ج نلاحظ أنها تنص على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب توفير مسكن للحاضنة لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره سواءا كانت الحاضنة هي الأم نفسها أو غيرها من المستحقين للحضانة ، وإذا سقطت الحضانة عمن سبق وأسندت إليه ثم انتقلت إلى غيره بموجب حكم قضائي فإن الحق في توفير سكن لممارسة الحضانة أو بدله ينتقل إلى الحاضن الجديد مباشرة بالتراضي أو عن طريق القضاء[1]

[1]/ عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ص 182.

4/الحكم بمعاقبة من لم يسلم المحضون : من خلال قراءة المادة 328 من قانون العقوبات نجد أنه قد جاء بها ما يتطلب معاقبته (الأب أو الأم أو غيرهما) ممن لايقوم بتسليم قاصر قضى شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته .[1]

المطلب الثاني

الإشكالات القانونية التي تثيرها الحضانة باعتبارها أثر لانحلال الزواج المختلط

إن الزواج المختلط بين الجزائريين والأجنبيات غالبا ما تكون فرنسيات هو الذي يؤدي عند انحلال الرابطة الزوجية إلى عدة إشكالات متعلقة بالحضانة .

مبدئيا فإن الحضانة تمنح للأم الأجنبية (مثلا فرنسية) وذلك طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري .[2]

غير انه إذا كانت الأم الأجنبية تقيم في الخارج فإن القاضي الجزائري يسحب منها الحضانة بسبب أن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه .

كما يطرح في هذا الشأن الإشكالات المتعلقة بالزيارة ، مادام الطفل يقيم في الخارج مع أمه كما جاء في نص المادة 64 من ق أج

وقد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن تبين هذه الأحكام أن حق الحضانة الذي يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد ، فإن المجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة مفاده : أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا .

إذا كان الأبوان يقيمان في بلد أجنبية معا فذلك لا يطرح إشكالا بالنسبة للرقابة والزيارة وتربية الأولاد على دين أبيهم .[1]

---

[1]/عبد العزيز سعد،المرجع السابق،ص185.

[2]/ انظر المادة 64 من ق.أ.ج

جاء في حيثيات إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى ما يأتي : " ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر ، فالمجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة وقرر أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا والحال أنهما يسكنان معا بفرنسا فتطبق في القضية القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة ، وتكون حيث يقيمان بفرنسا أو غيرها من الدول الأجنبية >.

تم تأكيد هذا الموقف في قرار آخر جاء فيه : مادام الوالدان يقيمان معا بفرنسا ، ومادامت الحضانة قد طالبت الإقامة بالمحضون في فرنسا ، ومادام الأب لم يعارض في إقامة ابنه خارج الجزائر لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا ، فإن ذلك يتطلب تقدير مكان الحضانة وتحديد مبالغ النفقة طبقا لطلبات الأطراف وظروف المعاش بالبلد الذي تمارس فيه ، وحالة الطرفين الشيء الذي كان على القضاء مراعاته قبل أي شرط

فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يلتزم فيه قضائه بأحكام المواد 76 ، 77 ، 78 ، 79 من ق أ ج فاستحق النقض الجزئي .

على ذلك يطرح الإشكال عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد ، أي أن أحدهما يقيم ببلد أجنبي ، وغالبا ما تكون الأم في هذه الحالة فتسقط الحضانة على الأم .

جاء في حيثيات المجلس الأعلى مايلي : وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر قرارات في مسألة الحضانة واتخذ مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد كل هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين ، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه .[2]

وعليه ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاهما حضانة البنتين لأمهما

---

[1]/عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص240.

[2]/ المرجع نفسه ، ص ص 242،241.

المقيمة بفرنسا كان على صواب ، فبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما ومن عادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام ، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق ، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير المعقول

زيادة على أن الأولاد يجب أن يربو على دين أبيهم ، فإن الحضانة تسقط من الأم بسبب البعد وذلك لأن الأب مقرر له حق الزيارة

جاء التأكيد على ذلك في قرار صدر عن المحكمة العليا :

" وحيث أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، ويعود إلى أن الأم تقيم بفرنسا والأب مقيم بالجزائر ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة "

وقد تم تحديد هذه المسافة حيث جاء في حيثيات المجلس الأعلى :

" من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لايكون أكثر من ستة برود ".[1]

وبالنسبة إلى مكان ممارسة حق الزيارة فإنه إذا كانت الحاضنة هي الزوجة المطلقة لا يجوز أن يمارس الأب حق الزيارة في منزل الحاضنة التي هي زوجته السابقة ، وبالطلاق تصبح أجنبية عنه ولا يجوز له أن يدخل عليها في منزلها وجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15 في القضيـــة رقم 214/290 جاء فيه أن من المقرر شرعا أنه لايصلح تحديد مكان ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة .[2]

إضافة إلى الإشكالات السابقة نجد أن المشرع الجزائري لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها وبما أن تكيفها يخضع لقانون القاضي طبقا للمادة 09 من ق إ ج ن فإن الحضانة تعتبر من مسائل

[1]/عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص243.

[2]/عبد العزيز سعد،المرجع السابق،ص183.

الأحوال الشخصية لان المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بآثار الطلاق ، وباعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج فإن هـ يسري عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 12 من ق م ج ويمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج وذلك حسب ما جاءت به المادة 13 من ق م ج .[1]

إن قانون الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يحكم المسائل المتعلقة بالحضانة ، تحديد من هو الحاضن ، تحديد الزيارة ومدتها .[2]

وحسنا فعل المشرع الكويتي والتونسي حيث أخضعا الحضانة على قاعدة إسناد خاصة بها بموجب المادة 43 من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي رقم 05 لسنة 1961 النافذ ، والتي تنص على أن يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة.

كما نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص في الفصل 50 بقولها : تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل .

ويفهم من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص على أن الحضانة هي من آثار انحلال الزواج وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ، ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي ، وفي حالة عدمه يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه ، مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل .[3]

---

[1]/دربة أمين،المرجع السابق،ص ص51،52.

[2]/عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص232.

[3]/ فراس كريم شيعان،المرجع السابق،ص9.

بعض الحلول لهذه الإشكالات :

بسبب المشاكل التي تثيرها الحضانة عمدت الجزائر إلى إبرام العديـــــد من الاتفاقيات والمعاهدات ومن بينها المعاهدة المبرمة بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال ، والموقعة بالجزائر يوم 1988/06/21 جاءت هذه المعاهدة الثنائية نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات المتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين ، وقد أراد واضعي هذه الاتفاقية أساسا حماية الطفل ذاته ، وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة أو زيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحمايته بالدرجة الأولى .[1]

نصت المادة الثانية (02) من الاتفاقية على مايلي :

"يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناءا على طلب السلطة المركزية في دولة أخرى جميع الإجراءات الملائمة لما يلي :

ز- تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه""

نصت المادة 06 من نفس الاتفاقية على أنه : " يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما ".

أكدت المادة 08 من الاتفاقية على أن :

" يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى بلده الذي غادر منه بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما " .[2]

[1]/ دربه أمين،المرجع السابق،ص52.

[2]/عليوش قربوع كمال، المرجع السابق،ص244.

كما أوضحت المادة 09 من الاتفاقية على أنه:

" تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة الخروج من التراب الوطني ".

وبالتالي فقد وضعت هذه الاتفاقية فعلا نظام لتسهيل حق الزيارة وذلك لتفادي اختطاف الأطفال من قبل آبائهم أو أمهاتهم استجابة لرعايتهم وحمايتهم .[1]

أما بخصوص عدم وجود قاعدة إسناد مخصصة للحضانة فنجد اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 1961/10/05 المتعلقة بحماية القصر تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل ، على أساس أن ذلك هو الذي ترتكز فيه حياة الطفل وعلاقته بالغير ، لأن فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت تعتني بشخص الطفل أكثر من شخص الحاضن .

المبحث الثاني

الاختصاص القضائي لدعوى انحلال الزواج المختلط والحضانة

إذا كان طبيعيا أن تمتد ولاية القضاء إلى مواطني الدولة في خصوماتهم التي تنشأ عن علاقاتهم الوطنية ، فإن من المنازعات ما يتعلق بالمعاملات بين هؤلاء والأجانب وبين الأجانب أنفسهم مما يندرج تحت مفهوم العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

المطلب الأول

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي

يعرف الاختصاص القضائي الدولي بأنه :" بيان الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطاتها القضائية بالمقابل للحدود التي تباشر فيها الدول الأخرى سلطاتها القضائية ".[2]

---

[1]/عليوش قربوع كمال،المرجع السابق،ص،244.

[2]/صلاح الدين جمال الدين،الضوابط الشخصية للإختصاص القضائي الدولي،دراسة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية،د.ط، دار الفكر الجامعي الاسكندرية،2004،ص 10.

ويفهم من هذا التعريف أن المراد بالاختصاص القضائي الدولي هو حدود ولاية القضاء وما وصف (الدولية) إلا لبيان أن المراد هو ما يتعلق بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي .

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم ينظم مسالة الاختصاص القضائي الدولي بموجب نصوص قانونية وهو ما استوجب على القضاء تمديد العمل بالنصوص القانونية الداخلية على المستوى الدولي.[1]

ولهذا قبل بيان المحكمة المختصة للفصل في دعوى الطلاق وجب أن نتعرف على الضوابط التي تحكم انعقاد الاختصاص القضائي الدولي .

الفرع الأول : ضوابط انعقاد الاختصاص القضائي الدولي

هناك عدة ضوابط من بينها :

أولا –ضابط الإقليم : تطرح المواد 37 و 39 من ق إ م و إ معايير أو ضوابط اختصاص موضوعية يؤول بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الجزائرية ، وبعبارة أخرى يكـــون النظام القضائي الجزائري مختصا للفصل في دعاوى الطلاق و الحضانة إذا كـــان الخلاف يرتبط بالإقليم الجزائري أي إذا عينت صلـة الربط الواردة في القانـــــون الداخلي إحدى الجهات القضائية الجزائرية بغض النظر عن جنسية المتقاضين .[2]

تنص المادة 37 من ق إم و إ[3] على ما يلي " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، وان لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

---

[1]/صلاح الدين جمال الدين: ،المرجع السابق ،ص 11.

[2]/جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص116.

[3]/ القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

هذه المادة تتحدث عن الاختصاص الإقليمي (المحلي) للجهات القضائية كقاعدة عامة ، فبينت بان الجهة القضائية المختصة في نظر النزاعات المدنيـة عموما هي تلك :

- التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، متى كان له موطن معروف
- التي يقع في دائرة اختصاصها آخر موطن له متى لم يعرف له موطن أو عنوان
- التي اتفق الأطراف على التقاضي أمامها

على أن القاعدة أعلاه مرتبطة بعدم وجود نص قانوني يعقد الاختصاص لجهة قضائية معينة بالذات ، أي شريطة عدم وجود نص قانوني يخالف ذلك .[1]

يرجح الفقه الحديث عن تأصيل انعقاد الاختصاص بناءا على ضابط الموطن أو محل الإقامة إلى ثلاث حجج أساسية وهي :

–حجة مستمدة من فكرة السيادة : إذ أن كل من الموطن ومحل الإقامة((صلة بين الشخص وإقليم الدولة)) ومن ثم يصل الشخص المنازعة بسيادة الدولة على إقليمها وبالتالي يصلها بولاية القضاء فيها .

–حجة مستمدة من مبدأ الفاعلية : إذ على الرغم من التأكيد على أن القضاء يمثل مظهر من مظاهر سيادة الدولة إلا أن البعض يرى أن الأساس الحقيقي لانعقاد الاختصاص بناءا على ضابط الموطن أو الإقامة ينبع من مبدأ من المبادئ الأساسية التي تحكم التوزيع الدولي للاختصاص القضائي وهو مبدأ الفاعلية والقوة التي يجب أن تتمتع بها الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني .[2]

---

[1]/سائح سنقوقة ،شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية نصا – شرحا– تعليقا– تطبيقا، ج1،د.ط،دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر،2011،ص 99.

[2]/ صلاح الدين جمال الدين، ،المرجع السابق ،ص 11.

انطلاقا من ذلك فإنه يحق لكل فرد رفع دعوى انحلال الرابطة الزوجية أمام القضاء الجزائري على زوجه الأجنبي المتوطن بالجزائر تطبيقا للمعيار العام المتمثل في موطن المدعى عليه[1] والذي عرفته المادة 36 من القانون المدني الجزائري[2] على أنه :"موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي أو عند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن "

ثانيا-ضابط الجنسية : ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة وفق ضابط الجنسية باعتباره ضابط شخصي مأخذه عنصر الأشخاص في المنازعة ، ويتسم ضابط الجنسية بثلاث خصائص تميزه وتبين طبيعته :

- أنه ضابط شخصي وغير إقليمي بمعنى أنه مبني على صفة الشخص ودون الاعتداد بالإقليم .
- أنه ضابط قانوني لأنه مبني على فكرة قانونية هي انتماء شخص للدولة أي الجنسية
- انه ضابط عام لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات دون غيرها .

ويؤيد جمهور الفقه اتخاذ الجنسية ضابط للاختصاص القضائي الدولي مستندا إلى ثلاث حجج أساسية هي :

-حجة سياسية : ذلك أنه من وظائف قضاء الدولة إقامة العدل بين رعاياها فعلى الدولة أن تختص بالفصل في المنازعات التي يكون مواطنيها أطراف فيها حتى ولو كان محل إقامتهم في الخارج لأن القول بعكس دالك يعني حرمان وطنه من التمتع بأحد الحقوق الأساسية المقررة لهم.[3]

---

[1]/ جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص118

[2]/ القانون رقم 10/05 السالف الذكر.

[3]/ صلاح الدين جمال الدين:الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي ، دراسة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية،المرجع السابق ،ص 36.

وبمقتضى الاستناد إلى هذه الحجة أنها تؤدي إلى بسط اختصاص المحاكـــم الوطنية على المنازعات طالما كان أحد أطرافها وطنيا سواء كان مدعيـــا أو مدعى عليه .

-حجة عملية : ذلك أن الأخذ بضابط الجنسية يراعى فيه مصلحة المدعى عليه لأنه بالنظر إلى الوضع الغالب وهو توطن الشخص في بلده يكون الاختصاص محققا لمصلحة المدعى عليه بأن يتقاضى أمام البلد الذي ينتمي إليه .

-حجة تحقيق العدالة : ذلك أن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بناءا على ضابط الجنسية يوفر للمدعي (أجنبيا أو وطنيا) محكمة يختصم لديها المدعى عليه الوطني غير المتوطن في الدولة التي ينتمي إليها بدعوى قد لايتوفر لها أي صلة أو ضابط ينعقد به الاختصاص لمحكمة من محاكم الدولة التي يقيم بها المدعى عليه فتتلافى بذلك ضياع الحقوق.[1]

وقد نص المشرع الجزائري في كل من المادتين 41 و 42 من ق إ م و إ على اختصاص المحاكم الجزائرية للنظر في النزاع بناءا على ضابط الجنسية إذ تنص المادة 41 على أنه :" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما بالجزائر ، أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري .

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين "[2]

1/صلاح الدين جمال الدين:الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي ، دراسة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية،المرجع السابق ،ص 36.

2/ سائح سنقوقة، المرجع السابق،ص 110.

فالفقرة الأولى من النص تجيز للمدعي الجزائري تكليف خصمه (الأجنبي) إلى التقاضي أمام المحاكم الجزائرية بشان التزامات تعاقدا عليها معه في الجزائر ولو لم يكن هذا الأخير مقيما في الجزائر.

أما عن الفقرة الثانية فإنها تجيز للجزائري تكليف خصمه الأجنبي إلى التقاضي أمام المحاكم الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها معه في بلد أجنبي

وتنص المادة 42 على أنه : " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدا عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مـــــع أجنبي"

النص يجيز للمدعي (جزائريا أو أجنبي) تكليف خصمه الجزائري بالحضور أمام المحاكم الجزائرية بشأن التزامات تعاقدا عليها ببلد أجنبي . [1]

حسب هاتين المادتين فسح المشرع الجزائري للمتقاضي الجزائري سواء كان مدعي أو مدعى عليه امتياز رفع قضيته أمام المحاكم الجزائرية وذلك مهما كان الربط الذي يمكن أن يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة ومثال ذلك إذا تزوج جزائري من أجنبية خارج الإقليم الجزائري وتوطنا في إقليم غير الإقليم الجزائري فإنه يجوز لها أن تلجأ إلى القضاء الجزائري لرفعه دعوى تطليق إعمالا للقاعدة العامة الواردة في المادة 42 من ق إ م و إ ويترتب على ذلك تطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى استنادا لنص المادة 12 الفقرة 02 من ق م ج و كذا تطبيق الاستثناء الوارد في نص المادة 13 من ق م ج .[2]

[1]/ سائح سنقوقة، المرجع السابق،ص 110.

[2]/ جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص 132.

تجدر الإشارة إلى أن التفسير الحرفي للمادتين 41 و 42 يقود إلى حصر مجال تطبيقهما على الالتزامات التعاقدية إلا أننا نجد أن القضاء الفرنسي لم يلتزم بالتفسير الضيق للمادتين 14[3] و 15[4] من القانون المدني واللتان تقابلان حرفيا نص المادتين 41 و 42 من ق إ م و إ بل عمم تطبيقهما على جميع الالتزامات سواء كانت تعاقدية او غير تعاقدية ، كما طبقهما حتى على الدعاوى غير مالية دلك أن الامتياز المقرر في المادتين مبني على الجنسية وليس على طبيعة النزاع ، وقصره على الالتزامات التعاقدية دون غيرها ليس له ما يبرره .[1]

ثالثا-ضابط الخضوع الاختياري : لقد تبنى المشرع الجزائري في نص المادة 46 من ق إ م و إ على غرار غيره من التشريعات ضابط الخضوع الاختياري ، حيث منح للخصوم إمكانية الاتفاق على رفع أية دعوى وبما فيها دعوى انحلال الزواج ، النفقة ، الحضانة ...إلخ ، أمام أية جهة لم تكن مختصة محليا بنظرها من منطلق أن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام بيد أنه اشترط لصحة الإجراء أن يتم تأكيده بموجب تصريح موقع عليه .[2]

تنص المادة 46 على أنه:" يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ، حتى ولو يكن مختصا إقليميا.

يوقع الحضور على تصريح بطلب التقاضي وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك .

يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له ".

الفقرة الأولى تجيز للخصوم الحضور أمام أي قاضي لطرح نزاعهم أمامه حتى وإن كان غير مختص إقليميا والمقصود بحضور الأطراف أمام القاضي رفع دعوى قضائية - وليس الحضور على سبيل الضيافـــــة - أمام الجهــة القضائيــة التي[3]

---

[1]/جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص ص130/131.

[2]/المرجع نفسه ،ص 140.

[3]/سائح سنقوقة/المرجع السابق،ص 113.

يرونها مناسبة لهم كأن يكونوا على عجلة من أمرهم أو أن النزاع لا يحتمل التأجيل بالنظر إلى طبيعته ....وهكذا .

أما الفقرة الثانية فتحدد الإجراء الواجب القيام به من قبل الأطراف حتى يتمكنوا من التقاضي أمام تلك الجهة والتي تعتبر أصلا غير مختصة ، وهذا الإجراء يتمثل في تحرير تصريح من طرف أولئك يتضمن الاتفاق على التقاضي أمام تلك الجهة .

على أن يكون ذلك الاتفاق موقعا من الطرفين المعنيين وإن تعذر التوقيع من أحد الأطراف أو كلهم وجب الإشارة إلى ذلك ضمن ذلك التصريح .

فيما يخص الفقرة الثالثة فإنها تعقد الاختصاص للجهة القضائية ككل متى تم استئناف ذالكم الحكم من قبل الأطراف.[1]

وبناءا عليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري في نص المادة 46 من ق إ م جعل اختصاص المحكمة اختصاص عام يسري على جميع الدعاوى بما فيها دعاوى الطلاق .

الفرع الثاني : المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى انحلال الزواج المختلط والحضانة

بالنسبة لدعاوى الطلاق فقد قرر المشرع الجزائري تيسيرا على الخصوم أو رغبة في تحقيق حسن سير العدالة ، الخروج عن القواعد العامة في الاختصاص كلما تعلق الأمر بدعاوى الطلاق إذ حدد الاختصاص الإقليمي بمكان وجود المسكن الزوجي أي أن الاختصاص يؤول للجهة القضائية التي يتواجد بها المكان الذي يعيش فيه الزوجان ، ولكن مما تجدر الإشارة إليه أنه في غالب الأحوال لا يكون الإيجار مشتركا بين الزوجين ، ولا تكون ملكية السكن في الشيوع بينهما ، وعليه يكون المسكن الزوجي هو مسكن الزوج وتجدد على ضوئه الاختصاص القضائي .[2]

[1]/ سائح سنقوقة،المرجع السابق ص، 114.

[2]/ جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص142.

من ثم يتضح أن الاختصاص للنظر في دعوى الطلاق يؤول للمحكمة التي يتواجد بها ضابط موطن المدعى عليه ، ويرى البعض أن هذا المعيار أقرب إلى النجاعة ، فغالبا ماتنتهي دعاوى الطلاق بالصلح بين الزوجين وعليه فإن اعتماد ضابط الموطن المشترك والذي هو في الحقيقة موطن المدعي (الزوج) يكون أفضلا لاحتواء الأزمة في أضيق حدودها.

هذا بالنسبة للطلاق إلا أنه وفي حالة الطلاق بالتراضي يتحدد اختصاص المحكمة بناءا على اتفاق الأطراف وفي هذا تنص المادة 426 من ق إ م و إ على انه : "تكون المحكمة مختصة إقليميا :

3- في موضوع الطلاق أو الرجوع لمكان وجود المسكن الزوجي ، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما " .

وعليه يمكن للزوجين المغربيين أن يتفقا على منح المحاكم الجزائرية للنظر في دعوى الطلاق بالتراضي بينهما .

يؤول الاختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة بين مصريين متوطنين بالإقليم الجزائري تطبيقا لمعيار ضابط مسكن الزوجية ، ويفصل في النزاع بينهما طبقا للقانون المصري ، باعتبار قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، تطبيقا لنص المادة 12 فقرة 02 من ق م ج.[1]

لكن السؤال الذي يمكن أن يطرح نفسه في المجال هو: أنه هل أن الاختصاص الإقليمي المتعلق بهذه المسائل يعتبر من النظام العام ويجوز أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه ويحكم به ، أم أنه ليس كذلك ويتعين أن يدفع به الخصم صاحب المصلحة في الوقت المناسب وبالشكل القانوني المطلوب ؟[2]

[1]/جندولي فاطمة زهرة :المرجع السابق،ص 145.

[2]/ عبد العزيز سعد ، المرجع السابق،ص 42.

إن من يراجع أحكام المادة 426 من ق إ م و أ لا يجد فيها ما يفيد صراحة أو ضمنيا أنها روعي فيها مصلحة سير القضاء ، بل يمكن أن يستشف منها أنها قد روعيت فيها مصلحة الخصم المدعى عليه ومصلحة المستفيد من الدعوى ، وهو ما يجعلنا نعتقد بأن الاختصاص الإقليمي وهو من حيث المبدأ العام لايتعلق بالنظام العام ، إلا إذا ورد نص خاص يسند الاختصاص الإقليمي إلى جهات قضائية محددة دون سواها .

ولأن من مراجعة المادة 46 من نفس القانون نجد أنها تنص على أنه يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القضاء حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا بشرط أن يوقع الخصوم على تصريح كتابي يطلب التقاضي .

وفي هذا المعنى صدر قرار من المحكمة العليا في القضية رقم 45651 بتاريخ 1988/03/27 جاء فيه : حيث أن الاختصاص المحلي عموما لايتعلق بالنظام العام ، وأن المادة 28 من ق إ م تسمح لطريفي الخصومة بالحضور أمام القاضي ولو لم يكن مختصا محليا ، إذا وقعا على تصريح بقبولهما للتقاضي أمامه ، فإن القرار المطعون فيه حين قضى باختصاص محكمة الجزائر استنادا إلى اتفاق الطرفين لم يخالف القانون .[1]

أما عن المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الحضانة : فينعقد الاختصاص فيها يخص دعاوى الحضانة أو المطالبة بها أو ممارسة حق الزيارة أو الرخص الإدارية المسلمة للقاصر بمكان ممارسة الحضانة تطبيقا لما ورد في المادتين 02/40 و 426 من ق إ م .

فمثلا النزاع الخاص بممارسة الحضانة بين زوجين فرنسيين متوطنين بالجزائر يجعل الاختصاص كأصل عام يؤول للقضاء الجزائري .[2]

[1]/عبد العزيز سعد ،المرجع السابق،ص43.
[2]/ جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص125.

غير أنه في حالة ما إذا فصل القاضي في دعوى الطلاق دون الحضانة لسبب من الأسباب كتحقق واقعة الميلاد بعد النطق بحكم الطلاق ومغادرة الزوجة الإقليم الجزائري ، فإن الاختصاص يؤول للقضاء الفرنسي باعتبار مكان ممارسة الحضانة .

وقد جاء في الاتفاقية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين إلى أن الجهة المختصة حسب المادة 05 والمحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة الزوجية المشتركة .

وبذلك تم توحيد الاختصاص القضائي بالنسبة لدعاوى الطلاق والحضانة لارتباطهما تجنبا لتنازع الاختصاص الذي يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة من الجهتين .[1]

المطلب الثاني

تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بانحلال الزواج المختلط والحضانة أمام الجهات القضائيـــــة الجزائرية

حدد المشرع الجزائري في المادة 605 من ق إ م و إ الأحكام الأجنبية الجائز تنفيذها وحصرتها في الأحكام والأوامر والقرارات الصادرة عن القضاء الأجنبي ، والتي تنص على مايلي : " لايجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى توافرت الشروط الآتية ....."."[2]

وفقا لنص المادة المذكورة فإن أحكام انحلال الرابطة الزوجية (وكذا أحكام الحضانة) الصادرة عن القضاء الأجنبي باعتبارها قرارات صادرة باسم سيادة دولة أجنبية ومتعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص لا يمكن تنفيذها في الإقليم الوطني إلا بتوافر شروط قانونية معينة يتوجب على قاضي الصيغة التنفيذية التحقق منها .[3]

---

[1]/جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص 125.

[2]/غربي حورية ،تفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،السنة الجامعية 2014/2013،ص6..

[3]/جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص162.

إذا ماذا نعني بالحكم الأجنبي القابل للتنفيذ ؟ وما هي الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر ؟ .

وما هي الآثار المترتبة على تنفيذ هذه الأحكام أمام الجهات القضائية الجزائرية ؟.

الفرع الأول : تعريف الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ والشروط الواجب توافرها فيه لتنفيذه في الجزائر

هناك معيارين في الفقه القانوني الدولي لتحديد مفهوم الحكم الأجنبي فيعرف وفقا لمعيار السيادة على أنه كل حكم يصدر عن جهة قضائية أجنبية باسم سيادة الدولة التي تتبع لها الجهة القضائية بغض النظر عن مكان وجودها .

ووفقا لمعيار مكان صدور الحكم يعرف على أنه هو كل حكم يصدر عن جهة قضائية تقع خارج إقليم الدولة المراد تنفيذ الحكم القضائي فيها .[1]

وبالرجوع إلى نص المادة 605 من ق إ م و إ فإن الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ في الجزائر هي القرارات والأوامر والأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي .

غير أن هذه المادة جاءت بصفة عامة لم تعرف الحكم الأجنبي الذي يقبل التنفيذ وإنما حددت فقط الأحكام الأجنبية الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية الجائز تنفيذها .

فمن خلال هذه المادة يمكن القول بأن الحكم الأجنبي بغض النظر عن الشكل الذي يصدر فيه بأن يكون حكما أو قرارا أو أمرا قابلا للتنفيذ متى توافرت فيه الخصائص التي يجب أن تتوافر فيه بأن يكون صادرا عن هيئة قضائيـــة

أجنبية فلا يقال بوجود حكم أجنبي إلا إذا كان صادرا عن جهة قضائية أجنبية وأن يكون صادرا في نزاع من منازعات القانون الخاص . [2]

---

[1]/ باسم بشناق،تنفيذ الأحكام الأجنبية،ص2.

[2]/ غربي حورية ،تفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،السنة الجامعية 2014/2013،ص ص ، 6،7.

- الشروط الواجب توافرها لتنفيذ الحكم الأجنبي : مما لاشك فيه أن هذه الأحكام تخضع دون قيد لقضاء الدولة التي أصدرتها إلا أن نفاذها في دولة أخرى يتطلب توافر شروط قانونية وهي :

الشرط الأول : أن يكون الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه :

إذ يجب أن يكون الحكم أو الأمر المراد تنفيذه في الجزائر صادر من هيئة قضائية باسم دولة أجنبية ، وأن يكون الحكم صادرا في مادة من مواد القانون الخاص ، فلا يعتد بحكم صادر في مادة جنائية أو إدارية والعبرة في ذلك بطبيعة الحكم الصادر وليس بالجهة التي أصدرته.[1]

وبالتالي يتعين على القاضي المطلوب منه منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية أو أحكام الحضانة أن يتحقق من شروط اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته وهو ما يسمى بشرط الرقابة القضائية الذي ورد ذكره في المادة 05 الفقرة 01 من ق إ م وإ بنصها : " أن لا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص ".[2]

الشرط الثاني : أن يكون الحكم حائز لقوة الشيء المحكوم فيه وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه :

أي أن يكون الحكم غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية لأن الحكم القابل للطعن هو حكم غير مكتمل الحجية ، ومن الأفضل أن لا ينفذ في بلد آخر حتى ولو كان نافذا معجلا في البلد الذي صدر فيه إذ قد يتعذر إعادة الحال إلى ماكان عليه إذا ما ألغي هذا الحكم نتيجة الطعن فيه .[3]

---

[1]/ العربي شحط عبد القادر،المرجع السابق،ص175.

[2]/جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص 173.

[3]/العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق،ص175.

وعليه بمقتضى هذا الشرط لايمنح القاضي الصيغة التنفيذية لأمر بالتنفيذ إلا للأحكام التي توافر لها قدر من الثبات والاستقرار في الدولة التي صدرت فيها إذ لا يمكن تنفيذ الأحكام غير القطعية أي الصادرة قبل الفصل في الموضوع لأنها لا تحوز حجية الأمر المقضي به ، ولكن متى كانت تلك الأحكام متعلقة بسير الدعوى لدى المحكمة وخاصة بالتحقيق فإنها تنفذ بطريق الإنابة القضائية ، كما لا يجوز الأخذ بتنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى المستعجلة ولا الأحكام الصادرة باتخاذ إجراءات وقتية ، كالحكم بالنفقة الوقتية للمطلقة ومحضونيها ، لأنها أحكام بطبيعتها تنطوي على عنصر الاحتمال ، وتمنح الحماية القضائية لمواجهة ظروف وقتية متى تغيرت أمكن عرض الأمر على القضاء مرة أخرى[1] وفي هذا تنص المادة 605 الفقرة 02 من ق إ م و إ "حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه ".[2]

الشرط الثالث : أن يكون الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا :

إذ ينبغي أن تكون الخصومة قد انعقدت صحيحة وفقا لقانون البلد الأجنبي

الشرط الرابع : ألا يكون الحكم أو الأمر متعارضا مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الجزائرية[3]، وما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 605 من ق إ م و إ " ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه " .[4]

والحكمة من هذا الشرط تكمن في أن الحكم الجزائري أولى بالحجية والنفاذ من الحكم الأجنبي ، متى كان الحكمان قد صدرا في دعوى واحدة ، أي من اتحد

[1]/ جندولي فاطمة زهرة ،المرجع السابق،ص ص180، 181.

[2]/قانون رقم 08-09 السالف الذكر.

[3]/ العربي شحط عبد القادر،المرجع السابق،ص176.

[4]/ قانون رقم 08-09 السالف الذكر.

الموضوع والسبب في كل من الدعويين وكان الخصوم في إحداهما هم نفس الخصوم في الدعوى الأخرى .[1]

وعليه فلو صدر عن القضاء الوطني حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية بين جزائري وفرنسية ، ويمنح الحضانة للأب ، وفي حين صدر في الوقت ذاته عن القضاء الفرنسي حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية ومنح الحضانة للأم تعين على قاضي الصيغة التنفيذية الجزائري رفض منح الأمر بالتنفيذ لتعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني من جهة ، ولتعارضه مع النظام العام الوطني من جهة أخرى .[2]

الشرط الخامس : ألا يتضمن الحكم أو الأمر الأجنبي ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في الجزائر[3] :هذا ما كرسه المشرع الجزائري في الفقرة 04 من المادة 605 من ق إ م و إ خلافا للمشرع التونسي الذي وضح بصريح العبارة في الفصل 11 فقرة 03 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية أنواع النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية مسايرا بذلك الفقه والقضاء في فرنسا .

بالتالي فإنه لايمكن تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية أو أحكام الحضانة إذا كانت متعارضة مع النظام العام في إحدى صورتيه الإجرائي والموضوعي وكذالك ما يتعارض مع الآداب العامة في الجزائر .

- النظام العام الإجرائي : تتمثل هذه الصورة في تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام لتخلف الإجراءات التي اتبعت في إصداره أو لتعارضه مع حقوق الدفاع .
- النظام العام الموضوعي : تتجلى صورته في تعارض مضمون الحكم مع النظام العام .[4]

---

[1]/العربي شحط عبد القادر، نفس المرجع ،ص 176.

[2]/ جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق ،ص181.

[3]/العربي شحط عبد القادر ،المرجع السابق،ص 176.

[4]/جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق ،ص ص 185،186.

إضافة إلى هذه الشروط يتعين على طالب التنفيذ المتحصل على الحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية أو إسناد الحضانـــــة رفع دعوى الأمر [1]

بالتنفيذ أمام القسم المختص المماثل للقسم الذي أصدر الحكم الأجنبي (قسم الأحوال الشخصية) والمتواجد بالمحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه او محل التنفيذ[2]، طبقا لنص المادة 607 من ق إ م و إ " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ ".[3]

وعليه تخول دعوى الأمر بالتنفيذ للقاضي فحص توافر الشروط المقررة قانونا بمنح الأمر بالتنفيذ غير أنه يتعين على المدعي في دعوى الأمر بالتنفيذ إرفاق الطلب بمجموعة من الوثائق والتي تم تحديدها في بعض الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر ، منها :

- الاتفاقية الجزائرية المغربية في المادة 25
- الاتفاقية الجزائرية التونسية في المادة 24
- الاتفاقية الجزائرية المصرية في المادة 21
- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 06 وغيرها .[4]

وللمحكمة السلطة التقديرية في إصدار الأمر بالتنفيذ وإذا توافرت الشروط السابقة فإن للمحكمة مطلق السلطة التقديرية في منح أو رفض الأمر بتنفيذ الحكم

[1]/جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق ص164.
[2]/المرجع نفسه ،ص164.
[3]/ قانون رقم 08-09 السالف الذكر.
[4]/ جندولي فاطمة زهرة ،المرجع السابق،ص 166.

أو الأمر الأجنبي في الجزائر ، ولكن لا تملك المحكمة موضوعها بينما الفصل في موضوع النزاع بحكم آخر ، ويجوز لها أن تأمر بتنفيذ جزء من الحكم الأجنبي دون الجزء الآخر .[1]

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على تنفيذ الحكم أمام الجهات القضائية الجزائرية

لما كانت دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي ذات طبيعة خاصة باعتبار موضوعها ينصرف إلى منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي قصد تنفيذه في الجزائر، فإن مضمون الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يمكن أن يخرج عن إحدى الصورتين :

-إما الموافقة بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي .

- أو رفض منحها هذا الحكم الذي يرتب آثار مختلفة والذي من خلاله يحدد كيفية التصرف مع هذا الحكم الأجنبي الذي صدر الحكم الوطني بشأنه .

أولا : الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي : إن المقصود بمنح الصيغة التنفيذية الإجراء القضائي الذي يخول الأحكام الأجنبية القوة التنفيذية داخل الجزائر عن طريق صدور حكم قضائي عن محكمة جزائرية يقضي بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي وبالتالي تنفيذه كما لو كان حكما جزائريا وعليه فإن الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي يرتب على هذا الأخير آثارا قانونية وهي :

01-اكتساب الحكم الأجنبي قوة التنفيذ : إن القانون الجزائري لم يعالج من آثار الحكم الأجنبي غير قوة التنفيذ مثلما فعل في القانون الفرنسي وكذلك القانون المصري ، وهذا الأثر لا يرتب إلا بعد منحه الصيغة التنفيذية[2] حيث تنص المادة 605 من ق إ م و إ[3] على أن :" لايجوز تنفيذ الأحكام والأوامر والقرارات الأجنبية إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية ".

وعليه فإن الأحكام الأجنبية في الجزائر لا تتمتع قبل صدور حكم عن المحاكم الوطنية بمنحها الصيغة التنفيذية بأية قوة تنفيذية وهو ما أشار إليه كذلك

[1]/العربي شحط عبد القادر،المرجع السابق،ص177.

[2]/ غربي حورية ،المرجع السابق ،ص ص 86/85.

[3]/ قانون رقم 08-09 السالف الذكر.

القانون الإتفاقي حيث تنص المادة 41 من اتفاقية راس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي على انه " لا يمكن أن تنفذ إجباريا الأحكام المشار إليها في المادة 37 ويتخذ في شأنها أي إجراء رسمي ببلد احد الأطراف المتعاقدة إلا بعد الأمر بتنفيذها في هذا البلد"

وغيرها من الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع العديد من الدول العربية والغربية .[1]

وعليه فالحكم الأجنبي الذي يقضي بتسليم الطفل المحضون والذي يقرر النفقة للمطلقة أو محضونيها يتعين حصوله على الأمر بالتنفيذ وعلى هذا الأساس فإذا رفعت أما القاضي الجزائري دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية فإنه يتعين على القاضي التأكد من توافر الشروط اللازمة لصحة الحكم الأجنبي ، في الشق المتعلق بالطلاق وكذا المتعلق بالحضانة والنفقة وحتى يأمر بتنفيذه ، فمتى تأكد من توافر الشروط منح للحكم الصيغة التنفيذية أي قوة التنفيذ في البلد المطلوب منه التنفيذ ، وعليه يصبح الحكم سندا تنفيذيا غير أنه يضل محتفظا بصفته الأجنبية .[2]

02-اكتساب الحكم الأجنبي حجية الأمر المقضي فيه : لم يتعرض القانون الجزائري والقانون الإتفاقي لمسألة حجية الأحكام الأجنبية في الجزائر فقد استلزم استيفاء الحكم الأجنبي كافة الشروط لمنحه الصيغة التنفيذية حتى يكتسب قوة التنفيذ ، حيث لايجوز تنفيذه تلقائيا تصدا فقط لأثر القوة التنفيذية للحكم الأجنبي لكن بالرغم من غياب النص على هذا الأثر إلا أن القضاء الجزائري أقر أن استناد جهة قضائية جزائرية إلى حكم أجنبي قبل منحه الصيغة التنفيذية للفصل في قضية معروضة عليه يعتبر خرق للسيادة الوطنية .[3]

[1]/غربي حورية،المرجع السابق،ص93.
[2]/ جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص 206.
[3]/غربي حورية،المرجع السابق،ص94.

وعليه فإن جميع الأحكام الأجنبية بما فيها تلك المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية لايكون لها اثر مباشر في الجزائر ما لم تحصل على الأمر بالتنفيذ من السلطة القضائية الجزائرية ، وقد أكدت المحكمة العليا على ذلك إذ قضت أن أحكام الطلاق لا تتمتع بالحجية إلا بمقتضى الأمر بالتنفيذ وجاء مجمل تبريرها كالآتي :

-أن إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي بالطلاق يعطي للحكم حجية الشيء المقضي فيه ، وأن رفض القاضي لدعوى الرجوع لعدم التأسيس تعتبر تطبيق سليم للقانون

- أن إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي الذي يقضي بالطلاق بعد التأكد من عدم مساسه بالآداب العامة والسيادة الوطنية من طرف القاضي المختص وهو تطبيق سليم للقانون .[1]

أما في القانون المقارن فقد تباينت وجهات نظر التشريعات حول هذه المسالة ففي فرنسا دهب القضاء أمام عدم معالجة التشريع لهذا الأثر إلى التفرقة بين الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية وغيرها من الأحكام حيث تتمتع الأولى بحجية الأمر المقضي به قبل منحها الصيغة التنفيذية مالم تتطلب إجراء عمل تنفيذي ، ويقوم هذا الاستثناء على أساس أن الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية تتضمن إنشاء حالة واقعية لاسبيل إلى إغفالها ، فلا يعقل الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي الصادر بالتطليق مثلا على شرط صدور حكم الصيغة التنفيذية فمثل هذا الحكم يتعلق بحالة الأشخاص ومن ثم يجب الاعتراف بحجيته أينما ذهبوا وطالما توافرت فيه الشروط اللازمة لصحته بينما الأحكام الأخرى لاتتمتع بهذا الأثر إلا بعد شمولها بصيغة تنفيذية .[2]

أما عن التشريع الجزائري فلم يستثني مثل هذا النوع من الأحكام فالمـــادة

[1]/جندولي فاطمة زهرة،المرجع السابق،ص 203.

[2]/ غربي حورية،المرجع السابق،ص 95

605 من ق إ م و إ[1] وردت بصفة عامة ، تشمل جميع الأحكام الأجنبية التي توجب شمولها على

الصيغة التنفيذية حتى تصبح قابلة للتنفيذ كما أن الأمر 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية في المادة 108 منه أكد على أن مثل هذه الأحكام لاتنفذ تلقائيا في الجزائر إلا بعد منحها صيغة تنفيذية من قبل محكمة مدينة الجزائر .

وبالرجوع إلى القانون الإتفاقي نجد أنه لم يستثني هو الآخر هذه الأحكام من تمتعها بالحجية قبل حصولها على الصيغة التنفيذية .

حيث نصت معظم الاتفاقيات على أن هذا الأثر يترتب عليه بعد صدور حكم من إحدى الجهات القضائية الجزائرية المختصة بمنحها الصيغة التنفيذية إلا أن بعض الاتفاقيات أوردت استثناءا على المبدأ المذكور حيث تعترف بالأحكام الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية فيما بين مواطني أحد الأطراف التعاقدية دون أي إجراء مما يعني أن هذه الأحكام تتمتع بحجية الآمر المقضي دون حاجة لاستصدار حكم وهذا ربما لحماية رعاياها ويمكن اعتبار هذا الامتياز لمواطنيها وهذا ما أورته الاتفاقية الجزائرية اليوغسلافية في المادة 24:" يعترف بالأحكام القضائية النهائية الصادرة من الهيئات القضائية لأحد الطرفين المتعاقدين في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية التي تهم مواطنيها فيما بينهم ويكون لها آثارها في إقليم الطرف المتعاقد الآخر دون أي إجراء ".[2]

ثانيا : الحكم برفض منح الصيغة التنفيذية

إذا لم تتوافر في الحكم الأجنبي الشروط التي فرضها القانون حتى يكون قابلا للتنفيذ في الجزائر ، فإنه يتعين على القاضي رفض منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم مما يعني انه لايمكن للمحكوم لهم أن يتمسك بآثار هذا الحكم في الإقليم الوطني

[1]/ انظر المادة 605 من ق ا م إ.

[2]/ غربي حورية،المرجع السابق،ص 95

وليس له المطالبة بتنفيذه من خلال الوسائل التي يعطيها القانون الجزائري لتنفيذ الأحكام والقرارات الوطنية .

وبعد صيرورة الحكم القاضي برفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي نهائيا وحائز لقوة الأمر المقضي به فإنه لايجوز لطالب تنفيذ الحكم الأجنبي أن يتقدم مرة أخرى بطلب جديد للصيغة التنفيذية الحكم نفسه أمام المحاكم الجزائرية تأسيسا على حيازة الحكم الصادر بالرفض حجية الأمر المقضي به ، وبالتالي سبق الفصل في الطلب ، هذا مالم يكن سبب الرفض عيبا إجرائيا لحق بهذا الحكم كما لو رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي بسبب أن هذا الحكم لم يحز بعد في بلد صدوره قوة الأمر المقضي به لعدم استنفاذه طرق الطعن فبعد زوال مبرر الرفض السابق وتطهير الحكم الأجنبي من العيب الذي كان قد لحق به فإنه يجوز إعادة التقدم بطلب التنفيذ من جديد . [1]

غير ان رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي لا يعني حرمان المعني بطلب تنفيذ الحكم الأجنبي من رفع دعوى في الموضوع جديدة ، فيجوز للمحكوم له أن يرفع دعوى في الموضوع الذي شمله الحكم الأجنبي واستصدار حكم وطني مباشرة ، كما أن هذا الحكم الأجنبي لايمكن تجاهله أو تجريده من كل قيمة بالرغم من عدم منحه الصيغة التنفيذية لأنه يمكن اعتباره كواقعة بالدعوى [2]، وفي هذا السياق يؤكد القضاء الجزائري على الأثر الواقعي للحكم الأجنبي وهو ما اتضح في قضية طلاق الزوجين الجزائريين المقيمين في فرنسا والتي ترتب عليها إلى جانب الطلاق إسناد حضانة الأولاد إلى الأم وإلزام الأب بدفع نفقة غذائية شهرية إلا أنه ومن خلال حيثيات القضية يتضح أن الأب وبعد أن تمكن من استرجاع الأولاد وإدخالهم إلى

[1]/ غربي حورية ،المرجع السابق،ص 97.

[2]/ المرجع نفسه، ص ص 98/97..

مدرسة جزائرية لجأ إلى القضاء الجزائري مطالبا الحكم على الأم باسترجاع مبلغ النفقة الذي سحبته من البنك دون وجه حق مادام أن الأولاد عنده .[1]

ولكن يتبين أن القاضي الجزائري رفض طلبه أو أسس رفضه بالاستعانة بالحكم الأجنبي الفرنسي الذي أسند الحضانة للأم وأعتبر أن مجرد أخذ الأب للأولاد لا يسقط الحضانة عن الأم بصفة قانونية إذ كان عليه رفع دعوى إسقاط الحضانة في وقتها.

إلى جانب هذا يمكن أن يكون ركيزة لدعوى قضائية جديدة ترفع أما القضاء الجزائري إذ يمكن للزوجة الجزائرية رفع دعوى تطليق أمام المحاكم الجزائرية استنادا إلى الحكم الجزائي الأجنبي ، الذي أكد واقعة زنى الزوج وعلى القاضي الجزائري الاستناد إلى الحكم الجزائي كدليل إثبات للحكم بالتطليق لتوافر حالة من الحالات الواردة في المادة 53 من ق أ ج .[2]

[1]/ جندولي فاطمة زهرة ،المرجع السابق،ص197.

[2]/ المرجع نفسه ، ص ص 197،198.

خاتمـــة

بعد دراســـة موضوع انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارســـة الحضانة ، يتضح لنا أن هذا الموضوع له نظام خاص مستقل ومتميز بأحكامه ،إذ لا يمكن تطبيق الأحكام القانونية الداخلية لوجود عنصر أجنبي الا بعد الأخذ في الاعتبار قاعد الإسناد التي وضعها المشرع الوطني والتي توجهنا الى القانون المختص بحكم هذا النوع من المنازعات.

يعتبر هذا الموضوع من المواضيع الشيقة والبارزة المنتشرة بكثرة في عالمنا إلا أنه لم يوفى حقه بالدراسة والتوضيح بالأخص من الناحية القانونية،فنجد ان المشرع الجزائري نظمه في مادة وحيدة الا وهي المادة 12 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية مما يتضح وجود قصور في المنظومة التشريعية والقضائية.

فالقاعدة التي وضعتها هذه المادة قد تؤدي الى حلول غريبة في بعض الأحيان لذا وجب على المشرع الجزائري أن يبحث في حلول أكثر انسجاما وتوضيحا على الأقل، بحيث استوجب إسناد مسائل انحلال الزواج المختلط كقاعدة عامة لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وذلك لتجنب مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن على علم به وللقضاء على مشكل الغش نحو القانون الذي يصعب فيه تبيان نية فاعله حماية للمرأة التي تعد الطرف الأكثر تضررا عند انحلال الزواج.

أما عن إشكالية الحضانة وما تثيره من صعوبات سواء من حيث الزيارة او التنقل غير المشروع للأطفال والتي تم مواجهتها ببعض الحلول الاتفاقية بين الدول الا انه كان من الأجدر على المشرع تدارك النقص الذي أورده في وضع قاعدة اسناد صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة.

إضافة إلى هذا فالمشرع لم يول عناية في تحديد اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في نزاعات انحلال الزواج المختلط وهو ما استوجب تمديد العمل بالنصوص القانونية الداخلية الوطنية الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الادارية.

كما يجب على المشرع تحديد الآثار المترتبة على الأحكام الأجنبية الفاصلة في دعوى انحلال الزواج المختلط قبل منحها للأمر بالتنفيذ أو بعد منحها ذلك الأمر.

قائمة المصادر و المراجع:

أولا :القرآن الكريم.

ثانيا: المصادر:

1/المعاجم والقواميس:

- جبران مسعود ،رائد الطلاب المصور (معجم لغوي عصري مصور للطلاب رتبت مفرداته وفقا لحروفها الأولى)،عربي عربي ،ط1 ،دار العلم للملايين ،لبنان ،2007

2/ القوانين والمراسيم:

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري ،ج ر ،ع 44 لسنة 2005.
- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 موافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج ر،ع21 لسنة 2008.
- الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 المتضمن قانون الجنسية (ج ر 105 مؤرخة في 18*-12-1970) المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27-02-2005)
- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم ،ج ر، العدد 15 لسنة 2005.

ثالثا: المراجع:

1/: الكتب

أ-الكتب المتخصصة:

- صلاح الدين جمال الدين ،تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج ، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية ،د.ط، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ،2007.

- بلقاسم أعراب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،ج1،ط13،دارهومه،الجزائر ،2013.
- عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين ،الجزء الاول ،الطبعة الثالثة ،دار هومه،الجزائر،2011.
- الطيب زروتي :دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،د.ط،دار هومه،الجزائر،2010.
- الطيب زروتي ،اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه،د.ط،دار هومه،الجزائر،2014.

ب/الكتب العامة:

- داودي عبد القادر ،أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،د.ط ،دار البصائر ،الجزائر،2010.
- العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة–الخطبة–الزواج –الطلاق–الميراث–الوصية)،ج1،ط4،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2005.
- سعد عبد العزيز ،اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ،ط2،دار هومه،الجزائر،2014.
- العربي شحط عبد القادر ،طرق التنفيذ في المواد المدنية و الادارية ،ط1، دار الكتاب الحديث ،القاهرة ،2014.
- سائح سنقوقه ،شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية نصا–شرحا–تعليقا–تطبيقا،ج1،د.ط،دار الهدى،عين مليلة ،الجزائر،2011.

2/ المذكرات والرسائل الجامعية:

- جندولي فاطمة زهرة ،انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان ،السنة الجامعية2011/2010.

- دربة أمين قواعد التنازع المتعلقة بالزواج و انحلاله ،دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان،السنة الجامعية 2008/2007.
- غربي حورية ،تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،السنة الجامعية 2014/2013.

3/:المجلات :

- فراس كريم شيعان ،تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة) مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ،العدد الاول،السنة الخامسة.
- دربة أمين:تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة ،دفاتر السياسة و القانون ،العدد 4،2011

4/:محاضرات

- بلعيور عبد الكريم ،محاضرات في قانون الجنسية ، على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في أمر 05-01 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الجنسية الجزائري ، نسخة مصححة و منقحة ومضاف اليها مطبوعة، كلية الحقوق ،بن عكنون ،جامعة الجزائر ،سنة 2010/2009.
- بجاق محمد محاضرة في التركات والمواريث ،كلية الحقوق ،جامعة حمه الأخضر ، الوادي،للسنة الجامعية:2016/2015.
- شنوف بدر الدين، محاضرات في تنازع القوانين وعقود التبرع، كلية الحقوق جامعة حمه الأخضر ، الوادي،للسنة الجامعية:2015/2014.

5/:المواقع الإلكترونية:

- www.facebook.com/law.students.777/posts/583715061857

- www.startimes.com?t20342161

الفهرس

شكر وعرفان

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمة.....01

الفصل الأول:الإطار المفاهيمي لانحلال الزواج المختلط والإسناد القانوني له.....04

المبحث الأول : مفهوم انحلال الزواج المختلط.....04

- المطلب الأول: تعريف انحلال الزواج المختلط.....04
- المطلب الثاني: صور انحلال الزواج المختلط.....07

المبحث الثاني:الإسناد القانوني لانحلال الزواج المختلط.....15

- المطلب الأول:تحديد القانون الواجب التطبيق لانحلال الزواج ونطاق تطبيقه.....15
- المطلب الثاني:تطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانون جنسية الزوج.....21

الفصل الثاني:الحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط و إشكالية الاختصاص القضائي.....33

المبحث الأول: الحضانة كأثر لانحلال الزواج المختلط.....33

- المطلب الأول: اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة وتأثير هذا الاختلاف في تنازع القوانين.....33
- المطلب الثاني: الاشكالات القانونية التي تثيرها الحضانة باعتبارها أثر لانحلال الزواج المختلط.....40

المبحث الثاني:الاختصاص القضائي لدعوى انحلال الزواج المختلط و الحضانة.....45

- المطلب الأول: انعقاد الاختصاص القضائي الدولي.....45
- المطلب الثاني:تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بانحلال الزواج المختلط والحضانة أمام الجهات القضائية الجزائرية.....55

خاتمة.....67

قائمة المصادر والمراجع.....69

الفهرس.

ملخص

ملخص:

إن انحلال الزواج المختلط يثير عدة إشكالات من بينها القانون الواجب التطبيق والذي أخضعه المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري المعدلة ، في حين بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري فرق بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج و أخضعه لقانون جنسية الزوج وقت النطق به ، أما الحالات الأخرى فأخضعتها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

ويثير انحلال الزواج المختلط مشكلة الحضانة والتي ينجم عنها عدة إشكالات قانونية وقضائية فغالبا ما تعرض أمام الجهات القضائية الجزائرية ويسندها للقانون الذي يحكم آثار الانحلال تطبيقا لنص المادة 12 الفقرة الثانية ، أي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

بالإضافة إلى تلك الصعوبات والإشكالات نجد مشاكل أخرى تظهر على مستوى الاختصاص القضائي ومسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية ومنحها الصيغة التنفيذية وذلك عندما يكون أحد الأطراف منتميا لإحدى الدول الغربية مع ما تحمله من اختلاف المرجعية الثقافية و الدينية اللذان يساهمان في تحديد النظام العام بشكل كبير.

Résumé:

Le relâchement du mariage mixte provoque plusieurs problèmes parmi d'autres la loi applicable qui doit se soumettre à la nationalité de l'époux selon le législateur algérien lors de la réquisition conformément à l'article 12 de la deuxième partie du code civil réglé alors que certains législateurs arabes tel que le législateur égyptien sépare le divorce décidé uniquement et volontairement par l'époux et il l'a soumis à la loi de la nationalité de ce dernier lors de la prononciation du divorce .Mais les autres cas sont soumis à la loi de la nationalité de l'époux lors de la réquisition.

Le relâchement du mariage mixte provoque ainsi le problème de la charge des enfants et les problèmes droitiques qui en découlent . ces sujets sont souvent exposés aux services judiciaires algériens .et qui sont accordés à la loi qui juge les effets de relâchement conformément à l'article 12 la deuxième partie autrement dit la loi de nationalité du mari lors de la réquisition .

En plus de tout cela il y a d'autres problème qui apparaissent au niveau de spécialité juridique et la question de l' exécution des jugements étrangers auxquels on accorde la formule exécutive et ainsi lorsque une partie appartient à un pays étranger avec toute différence de références culturelle et religieuse contribuant à déterminer le règlement général largement .