

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الدرس:

تنازع القوانين في مسائل قانون الأسرة

أستاذ الدرس: الدكتور عمارة عمارة أستاذ محاضر قسم "ب"

الفئة المستهدفة: طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة

الحجم الساعي: 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

أهداف الدرس: تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

1- تعريف الطلبة على القانون الذي يحكم الطلاق في القانون الجزائري

2- تعريف الطلبة على القانون الذي يحكم الطلاق في القوانين الغربية

السنة الجامعية: 2020-2021

المحور السابع: تنازع القوانين في الطلاق واثاره

أولاً: في القانون الجزائري

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تبين القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية سواء بالتطليق أو التفريق الجسماني في المادة 2/12 من ق م ج حيث تنص: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

والملاحظ على هذا النص أنه نظم التفريق الجسماني وهو نظام غير منصوص عليه في قانون الأسرة وغريب على التشريع الجزائري، ويتمثل في انفصال الحياة المشتركة بمباعدة مادية بين الزوجين دون أن يؤدي ذلك إلى انتهاء الرابطة الزوجية إلا بعد مضي مدة زمنية معينة على الانفصال وصدور قرار قضائي بذلك¹، وبالتالي فهذا الحكم لا يطبق إلا على الأجانب فقط، وكذلك يفهم من نص المادة 12 أن المشرع أغفل الإشارة إلى القانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المنفردة مادام أن قانون الأسرة يقرر ذلك في المادة 48 منه، ولكن الشيء الذي يبرر ذلك أن الطلاق والتطليق طبقاً للقانون الجزائري يجب أن يكون بناء على حكم قضائي طبقاً للمادة 49 من ق أ ج، وقد نظم قانون الاجراءات المدنية والإدارية في القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثاني مختلف الدعاوى المتعلقة بقسم شؤون الأسرة خاصة المادة 423 و 424 و 425 ونظم مسألة الاختصاص الاقليمي بموجب القسم الثاني خاصة بالمادة 426 والتي ينعقد الاختصاص في مسائل فك الرابطة الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما، كما نظم أيضاً في القسم الثالث إجراءات الطلاق بموجب المواد 427 إلى 438 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

¹ - غالب عي الداودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 179-180.

وبالتالي يخضع التطليق والتفريق الجسماني طبقا لنص المادة 12 إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهو مأخذت به معظم الأنظمة.

وعليه فالمشرع الجزائري اعتد بجنسية الزوج وحدها وهذا بخلاف الشروط الموضوعية للزواج التي أخضعها إلى قانون جنسية كل من الزوج والزوجة، وتجدر الملاحظة أن إخضاع حل الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى منتقد من طرف الفقه على أساس أنه ينطوي على ظلم واجحاف في حق الزوجة، لأنها قد تتزوج تحت سلطان قانون جنسية زوجها الذي لايجيز الطلاق ثم يتجنس بجنسية دولة يجيز قانونها الطلاق فيرفع الزوج دعوى بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة فيحكم له بذلك فتظلم الزوجة لذلك نجد الآراء قد باينت في الأنظمة الغربية كما سنرى.

1- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية

يحدد قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة إلى التطليق والتفريق الجسماني من له الحق في الطلاق وكيفية ممارسته وكذا الأسباب التي يجب توافرها لجواز الحكم بالتطليق والتفريق الجسماني، كما يحدد لنا قانون جنسية الزوج كل القواعد المتعلقة بقواعد الإثبات والأدلة الواجب توافرها وتقديمها، كما يحدد لنا قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أهم آثار انقضاء الزواج كتقدير أحوال النفقة للمطلقة، وكذا التعويض لأحد الزوجين في حالة وجوده ويحدد لنا أيضا مايسقط من التزامات بين الزوجين نتيجة الانفصال.

للإشارة فإن مسألة الإجراءات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية سواء عن طريق التطليق أو التفريق الجسماني تخضع إلى قانون القاضي لأنها تعتبر من النظام العام وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 21 مكرر 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني وللجزائريين المتواجدين في الخارج التقدم إلى القنصليات الجزائرية لإجراء الطلاق، وقد

نظم قانو الاجراءات المدنية والادارية المسائل المتعلقة برفع دعاوى الطلاق كذا الاختصاص المحلي².

2- الاستثناء الوارد على نص المادة 12

وضع المشرع الجزائري استثناء في المادة 13 ق م ج متعلقا بالقانون الذي يحكم انحلال الزواج في الحالات التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة الزوجية جزائريا، بحيث يخضع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده، غير أن الإشكال يطرح في الحالة التي تنشأ فيها الرابطة الزوجية جزائرية ثم يغير الزواج جنسيته فيصبح الأطراف كلهم أجنب بما فيها الزوجة. فهل يخضع الطلاق في هذه الحالة إلى القانون الجزائري أم إلى قانون الجنسية الجديدة؟

نلاحظ في هذا الصدد أن القضاء المصري قد طبق قانون الجنسية الذي نشأت فيه العلاقة الزوجية ويبدو أن هذا الحكم ينطبق مع مقصود المشرع الجزائري بحيث يخضع حل الرابطة الزوجية في هذه الحالة إلى القانون الجزائري رغم أن الأطراف كلهم أصبحوا أجنب ويبدو أن تبرير ذلك يرجع إلى أساس العش نحو القانون.

3- في القوانين الغربية

لقد اختلفت الأنظمة الغربية في القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية سواء بالتطبيق أو التفريق الجسماني ومن ذلك نجد³:

²- أنظر المواد من 423 إلى 48 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

³- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص76. والطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنة بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص168. و أعراب بلقاسم، القانون الدولي لخاص لجزائري، المرجع السابق، ص257.

- القانون اليوناني الذي ينص في قانون سنة 1940 على أنه يسري على انحلال الزواج قانون آخر جنسية مشتركة اكتسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى فإذا لم توجد هذه الجنسية المشتركة سرى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

أما في فرنسا فقد كان القضاء يخضع التطلاق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوجين فإن اختلفت جنسية طبق التوزيع وبالتالي يحم بالطلاق للزوج الذي يسمح قانونه بالطلاق في الحالة التي يكون قانون الزوج الآخر يمنع وهذا ماطبق في قضية السيدة ferrari، ثم عاد القانون الفرنسي إلى إخضاع التطلاق والتفريق الجسماني إلى قانون الموطن المشترك للزوجين فإن لم يكن لهما موطنًا مشتركًا سرى على التطلاق قانون القاضي.