دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري*

د. موكه عبد الكريم
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة جيجل ، 18000، جيجل- الجزائر.

Dr. MOUKA Abdelkrim
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Univeristé de Jijel, 18000, Jijel- Algerie.

الملخص:

تعتبر قواعد الإسناد من أهم الوسائل التي يعتمد عليها القانون الدولي الخاص لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، خاصة في موضوع الأحوال الشخصية الذي يعد بمثابة العصب الأساسي لتنازع القوانين نظرا إلى ارتباط الموضوع بالنظام العام للدولة والنظام العائلي للشخص، على غرار مختلف التشريعات المقارنة وضع قواعد التنازع لمواجهة العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، من اجل تسهيل مهمة القاضي الفاصل في المنازعات خاصة الأحوال الشخصية منها، ومن بين هذه المواد نجد المادة 13 التي تنص على انه:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص الأهلية"، هذا النص يطرح يثير إشكال حول طبيعة المادة ومجال إعمالها؟

الكلمات المفتاحية:

تنازع القوانين، الأحوال الشخصية، القانون الجزائري، عقد الزواج.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/01/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ2016/04/18 وقُبل للنّشر بتاريخ 2016/11/27.

Analytical study criticizes the provisions of Article 13 of the Algerian civil law

Abstract:

Conflict rules are the most important means by which a reliable private international law to regulate private international relations, particularly on the subject of personal status, it is the main nerve of the conflict of law because of the link with the public policy of the State and the family system of the person, the Algerian legislator on various comparative similar laws to develop conflict rules for the special relationship regulated international dimension to ease the task of the competent judge in the particular subject in matters of personal status, including those rule is Article 13 which states: "In the cases provided for in Articles 11 and 12, if one spouse is Algerian, at the time of conclusion of the contract, the law Algeria is only applicable, except as regards the ability of this marriage. " it raises an issue of its legal nature and scope are ?

Key words:
personal status, Algerian law, marriage contract.

Étude critique de l'article 13 du code civil Algérien

Résumé:

Les statuts personnels sont le domaine de prédilection des règles de rattachement du droit international privé et ce, en raison du lien entre ce sujet avec l'ordre public étatique et l'ordre familial. A l'instar des législations comparées, le législateur algérien a mis en place des règles de conflits dans le but, d'une part de réglementer les relations particulières à dimension internationale, et pour faciliter la tâche du juge en la matière, d'autre part. Parmi ces règles, celle prévue à l'article 13 du code civil algérien qui dispose que « *Dans les cas prévus par les articles 11 et 12, si l'un des deux conjoints est Algérien, au moment de la conclusion du contrat, la loi Algérienne est seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier*". La question que pose ce texte est celle de son champ d'application…

Mots clés:
Conflits de lois, statut personnel, loi algérienne, contrat de mariage.

مقدمة

تمثل الحلول المقررة في القانون الدولي الخاص في أي دولة انعكاسات السياسة التشريعية الوطنية على الصعيد الدولي، كونها حلول تفيض من السيادة الوطنية تعبر عن الاهتمامات الوطنية للتنظيم الدولي[1]، إذ تعتبر قواعد الإسناد من أهم الوسائل التي يعتمد عليها القانون الدولي الخاص لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، خاصة في موضوع الأحوال الشخصية الذي يعد بمثابة العصب الأساسي لتنازع القوانين نظرا إلى ارتباط الموضوع بالنظام العام للدولة والنظام العائلي للشخص[2]، وبالنظر إلى طبيعة

قواعد الإسناد نجد أنها من القواعد غير المباشرة من خلال مضمونها، محايدة باعتبار أن دورها يقتصر على تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية ومزدوجة بالنظر إلى الآثار المترتبة على إعمالها باعتبار أنها قد تشير إلى اختصاص القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع أو قد تشير إلى اختصاص قانون أجنبي[3].

وعلى الرغم من أن الغالبية من قواعد الإسناد في التشريعات المعاصرة تعد قواعد مزدوجة، إلا أن بعض الآخر يعتمد على الجانب الفردي للقاعدة الإسنادية من خلال عقد الاختصاص للقانون الوطني وحده، وهو ما جسده المشرع الجزائري بصفة خاصة في نص المادة 13 من التقنين المدني بشان القانون واجب التطبيق على موضوع الأحوال الشخصية استثناءا للمادتين 11،12 منه. دون أن يترك مجالا لتطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية، من خلال عقد الاختصاص للقانون الجزائري متى كان احد أطراف العلاقة جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، إذ يعتبر هذا الموقف تجسيدا للحماية القانونية التي أراد المشرع من خلالها حماية الزوجة الجزائرية أمام الزوج الأجنبي، هذا وعليه يثار الإشكال حول الطبيعة القانونية لهذه المادة وهل تحقق الهدف الأساسي الذي من اجله وضعت قواعد الإسناد والذي يتمثل خاصة في عقد الاختصاص للقانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية؟

المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات المقارنة وضع قواعد التنازع لمواجهة العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، من اجل تسهيل مهمة القاضي الفاصل في المنازعات خاصة الأحوال الشخصية منها، ومن بين هذه المواد نجد المادة 13 التي تنص على انه:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص الأهلية"، هذا النص يطرح ويثير إشكال حول طبيعة المادة ومجال إعمالها.

أولا/طبيعة نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري: بالعودة إلى أحكام القانون المدني الجزائري خاصة بعد التعديل سنة 2005، يظهر جليا تأثر المشرع الجزائري بعنصر حماية حاملي الجنسية الجزائرية خاصة في العلاقات الخاصة الدولية أين يسعى من خلال أحكام قواعد التنازع عقد الاختصاص للقانون الجزائري، بالرغم من انه نص صراحة على تطبيق القانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

تطبيقا موزعا[4]، وإخضاع الطلاق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[5]، غير انه جاء باستثناء أساسي في المادة 13 منه أين يعقد الاختصاص للقانون الجزائري وحده.

أ/الطابع الاستثنائي لنص المادة 13: جاءت أحكام المادة 13 من قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني الجزائري لوضع استثناء على القانون واجب التطبيق على بعض مواضيع الأحوال الشخصية (الزواج، أثاره، انحلاله والانفصال الجسماني)، التي تقابلها المادة 14 من القانون المدني المصري[6].

ب/المادة 13 قاعدة فردية: الأساس في قواعد الإسناد أنها تكون مزدوجة كونها تعقد الاختصاص للقانون الأجنبي أو القانون الوطني، وذلك حسب طبيعة العلاقة المطروحة، فهي لا تترك فراغا، فالعنصر المميز لقاعدة الإسناد هو عنصر أو عامل أو معيار ربط موضوعي يربط العلاقة القانونية بنظام قانوني محدد قد يكون نظام قاضي الدعوى أو نظاما قانونيا أجنبيا ومن هنا تنبع الصفة المسماة بالثنائية أو ازدواجية قاعدة الإسناد إذ أنها تجعل الاختصاص أما للقانون الوطني وأما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية المطروحة[7]، لكن قد نكون أمام قاعدة إسناد لا تتوفر على عنصر الازدواجية وهي حالة استثنائية نجدها في التشريع الجزائري خاصة المادة 13 التي تنص على اختصاص القانون الجزائري كاستثناء للمادتين 11و12 على التوالي إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، فهذه المادة أفقدت روح قاعدة الإسناد باعتبارها قاعدة أحادية، فهي قاعدة حمائية أكثر منها قاعدة إسناد باعتبارها تسعى إلى حماية الطرف الوطني الحامل للجنسية الجزائرية خاصة الزوجة.

ج/سبب فردية نص المادة 13: عند البحث في مضمون أحكام المادة السالفة الذكر يظهر جليا تغليب المشرع الجزائري لضابط الجنسية الجزائرية من اجل إقرار اختصاص القانون الجزائري ولعل السبب الرئيسي هو حماية الطرف الوطني وحماية المصلحة الوطنية.

- **حماية الطرف الوطني:** باعتبار أن موضوع الأحوال الشخصية من المواضيع الحساسة لارتباطه الوثيق بالحالة العائلية للشخص، بالإضافة إلى مراعاة عادات وتقاليد الجزائريين المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، كما أن كثرة علاقات

الزواج بالأجانب والإشكالات القانونية التي تثيرها أمام المحاكم الوطنية دفع بالمشرع إلى الحرص على تطبيق القانون الجزائري متى كان احد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، كاستثناء للمادتين 11و12 وذلك خاصة من اجل حماية المرأة الحاملة للجنسية الجزائرية وللتصدي لظاهرة تغيير الجنسية بعد إبرام عقد الزواج تهربا من اختصاص القانون الجزائري[8]. كما يظهر ذلك خاصة في أحكام المادة 12/ف2 الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني[9].

- **حماية المصلحة الوطنية:** إن الإشكالات التي تثيرها العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي خاصة في مجال موضوعي الزواج والطلاق، لا يجب أن يكون على حساب الثوابت الوطنية نظرا لتعلقها بالنظام العام والمصالح الوطنية للدول، خاصة في مسألة الانفصال الجسماني الذي يعتبر نظام دخيل ناتج عن عولمة العلاقات الخاصة الدولية[10]، المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والثوابت الوطنية المتعلقة بالنظام العام، دفع بالمشرع الجزائري إلى إيجاد آلية قانونية من شأنها حماية المصلحة الوطنية والنظام العام الجزائري من خلال عقد الاختصاص للقانون الجزائري. وفي هذا المجال اعتبر بعض الفقه النظام العام بأنه قاعدة إسناد إقليمية مرنة ذات دور احتياطي الغرض منها إيجاد أساس استثنائي لتقييد مجال تطبيق القانون الأجنبي الممتد، أو لجعل الاختصاص ينعقد أصلا للقانون الوطني وهو قانون القاضي إذا كان هادفا إلى حماية المجتمع والمصلحة الوطنية[11]، وهو ما جسده المشرع في أحكام المادة 13 من القانون المدني.

د/انتقادات الفقه لمضمون نص المادة 13: إذا كانت قواعد الإسناد قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة وملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا وأكثر إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره فهي تهدف إلى وضع أكثر الحلول مناسبة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم العلاقات الخاصة الدولية، فان المادة 13 لا تعبر عن المعنى الصحيح لقواعد التنازع باعتبارها قاعدة فردية تعقد الاختصاص مباشرة للقانون الجزائري دون مراعاة طبيعة العلاقة الخاصة ولا تعدد الأنظمة القانونية المتزاحمة بشأنها، وهو نفس النقد المقدم لنص المادة 14 من القانون المدني المصري إذ يؤكد الأستاذ هشام علي صادق على أن تطبيق أحكام المادة 14 يؤدي

إلى نتيجة شاذة[12]، من خلال عقد الاختصاص بصفة مباشرة لقانون القاضي وهذا يتنافى مع خاصية أن قواعد الإسناد قواعد محايدة وغير مباشرة، فهذه المادة فقدت روح قاعدة الإسناد باعتبارها قاعدة أحادية، فهي قاعدة حمائية أكثر منها قاعدة إسناد، فالمشرع الجزائري في هذه الحالة إنما حاول حماية حامل الجنسية الجزائرية على حساب طبيعة وخصائص قواعد الإسناد، كما يؤكد الأستاذ **عليوش** التوجه نفسه من خلال نقده لنص المادة سالفة الذكر خاصة إذا غير الطرف الجزائري من جنسيته بعد إبرام عقد الزواج أين يتحتم على القاضي تطبيق القانون الجزائري وفقا لنص المادة 13 مع أن الشخص قد غير جنسيته ولا تربطه أية علاقة بالجزائر[13].

هـ/ايجابيات المادة 13: إذا حاولنا البحث عن البعد الايجابي للمادة 13 وجب علينا البحث عن الدوافع التي أدت بالمشرع إلى إقرار وتشريع هذه المادة من خلال إخضاع موضوعي الزواج وانحلاله إلى القانون الجزائري، إذ يمكن أن نستشف الروح الوطنية ذات البعد الديني الإسلامي، بالإضافة إلى محاولة حماية خصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر، بالتالي يمكن تلخيص ايجابياتها فيما يلي:

- حماية خصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر لارتباطها الوثيق بالنظام العام.
- تكريس المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد لقانون واجب التطبيق، تكريسا للمبادئ الدستورية واحتراما للاتفاقيات الدولية.

ثانيا/مجال تطبيق نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري: جاءت المادة 13 شاملة لموضوع الأحوال الشخصية، إذ حدد المشرع الجزائري مجال إعمالها باعتبارها استثناء عن المادتين 11و12، إذ تتناول المادة كل من موضوع القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج، الآثار المترتبة عن عقد الزواج الشخصية منها والمالية، وانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، غير انه يستثنى من أحكام المادة 13 المسائل المتعلقة بالأهلية لإخضاعها من المشرع لنص خاص بها[14] والمسائل الشكلية كذلك[15].

أ/في الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج

– **الأصل :** وفقا لنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري، تخضع الشرط الموضوعية لصحة عقد الزواج إلى القانون الوطني (قانون الجنسية) لكلا الزوجين، أي التطبيق الموزع للقوانين، ولقد أكد المشرع الجزائري على خضوع الشروط السالفة الذكر للقانون الوطني[16]، كما تعبر كذلك المادة 97 من قانون الحالة المدنية على التوجه نفسه "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"[17].

– **الاستثناء :** تطبيق القانون الجزائري بصفة مباشرة على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج، إذا كان احد الطرفين جزائريا أثناء أيرام عقد الزواج تطبيقا لأحكام المادة 13، اعتمد المشرع على المعيار الزمني لتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال ربطه بين زمن إبرام العقد والجنسية المتمتع بها من طرف احد الزوجين.

ب/في آثار عقد الزواج

– **الأصل :** وفقا لنص المادة 12/ف1 من القانون المدني الجزائري، يسري قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج، ولعل سبب تغليب المشرع لجنسية الزوج راجع إلى العادات والتقاليد الجزائرية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية أين يعتبر الزوج هو المتكفل الوحيد بالعائلة، كما أن الزوجة عند قبولها إبرام عقد الزواج رضيت أن تخضع آثار عقد الزواج إلى قانون جنسية زوجها، ويؤكد في هذا الصدد الأستاذ زروتي أن اعتماد المشرع الجزائري على ضابط جنسية الزوج سببه احترام المشرع لتقاليد المجتمع الجزائري الذي ينظر إلى الأب على انه رب الأسرة والمسؤول عن تدبير أمورها وشؤونها[18].

– **الاستثناء:** يكون الاختصاص للقانون الجزائري وفقا لنص المادة 13 استثناء للمادة 12/ف1 على آثار عقد الزواج إذا كان احد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، غير انه في هذه الحالة نكون أمام افتراضين:

1-الافتراض الأول :حالة الزوج جزائري أثناء إبرام عقد الزواج، في هذه الحالة لا مجال لتطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 على أساس انه سيتم تطبيق الأصل الوارد في المادة 12/ف1 أي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

2-الافتراض الثاني : الزوجة جزائرية أثناء إبرام عقد الزواج، في هذه الحالة يتم اللجوء إلى تطبيق الاستثناء الذي أملته المادة 13 للمادة 12/ف1 حماية للزوجة الجزائرية (الطرف الجزائري في العلاقة)، بالتالي يسري القانون الجزائري متى كان احد الطرفين حاملا للجنسية الجزائرية أثناء إبرام عقد الزواج، والعبرة في هذه الحالة ليست الجنسية الجزائرية الفعلية في حالة تعدد الجنسيات لدى الزوجة، على اعتبار أن المشرع أورد للمادة 22 استثناء وهو تغليب الجنسية الجزائرية[19]، وفي هذه الحالة يتبادر إلى أذهاننا تساؤل ما الجدوى من تطبيق القانون الجزائري على الزوجة الحاملة للجنسية الجزائرية أثناء ابرم عقد الزواج واكتسابها لجنسية زوجها بعد ذلك، بمعنى لم يبقى من أسسها وأخلاقها وعاداتها إلا مصطلح الجنسية الجزائرية؟

ج/في انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني: اختلفت قوانين الدول حول القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني، منها من تعتمد على ضابط الجنسية، مع اختلافها في كيفية التعامل معه، وفي ذلك دول تمنح الأفضلية للجنسية المشتركة مقارنة بالضوابط الأخرى ذات الطابع الاحتياطي كالقانون التونسي الذي ينص على انه "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها..." [20] ودول أخرى ترجح جنسية الزوج مثل القانون الأردني، السوري والمصري، إذ تنص قوانينها على " ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى" [21] وهو الحل نفسه المكرس من المشرع الجزائري. وجانب آخر من الدول تعتمد على ضابط الموطن المشترك، كالقانون الانجليزي [22]، وقد رعى المشرع الفرنسي كلا من الضابطين في المادة 310 من القانون المدني [23].

– **الأصل : تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:** وفقا لنص المادة 12/ف2 من القانون المدني الجزائري، المشرع عقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على الإشكالات التي تثيرها انحلال الرابطة الزوجية، كما انه لم يميز في أسباب الانحلال بين الطلاق والتطليق أو الفسخ في ضابط الإسناد المختص. غير أن الاعتماد على هذا التوجه حتى وان كان يؤكد دائما المركز الذي يحوزه الزوج في الأسرة إلا انه قد يثير صعوبات عملية وإشكالات قانونية في حالة تغيير الزوج لجنسية لقانون دولة يتيح له فرصة الطلاق أو قانون لا يخدم مصلحة الزوجة في حالة الطلاق.

وعلى هذا الأساس كان الأجدر النص على القانون المشترك وفي حالة عدم اتحاد الجنسية بين الطرفين يتم تطبيق قانون الموطن المشترك أو موطن الزوجية، أو حتى إعطاء القاضي سلطة تقديرية من اجل البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية المطروحة أمامه.

هذا التوجه في مجال إخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى منتقد من خلال العديد من النقاط، ولعل أهمها تلك المرتبطة بمصلحة الزوجة خاصة عندما يطبق على الانفصال الجسماني قانون لم تكن تتوقعه الزوجة عند إبرام عقد الزواج، ولم يضع في الحسبان ولذلك تفاجئ بأسباب وآثار للانفصال الجسماني تضر بمصلحتها وتخدم مصلحة الزوج، كذلك الأمر نفسه في حالة تغيير الزوج لجنسيته من اجل الإضرار بزوجته، الذي يحول دون تطبيق قانون جنسيته أثناء إبرام عقد الزواج الذي لا يقدم له ضمانات في حالة الانفصال الجسماني أو انحلال الرابطة الزوجية مقارنة بحقوق الزوجة، وفي هذه الحالة يطبق القانون الجديد المتمثل في قانون جنسيته وقت رفع الدعوى، لاسيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون الوطني لاستبعاد القانون الواجب التطبيق المقرر في المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

– **الاستثناء : تطبيق القانون الجزائري:** إذا كان المشرع اخضع انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقا لنص المادة 12/ف2، فانه حماية للطرف الجزائري (خاصة الزوجة الجزائرية) أتى بالاستثناء الوارد

في المادة 13 التي أقرت باختصاص القانون الجزائري إذا كان احد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، بالتالي هذه المادة يتم إعمالها على أساس المادة 22 من القانون المدني في حالة تعدد الجنسيات لدى الزوج أو الزوجة إذا كانت من بينها الجنسية الجزائرية.

– **صعوبة تطبيق القانون الجزائري :** الإشكال في تطبيق القانون الجزائري باعتباره استثناء خاصة في موضوع الانفصال الجسماني، يظهر خاصة في حالة نشوء الحق في دولة أجنبية ومطالب به أمام القاضي الجزائري، (يطرح أمام القاضي الجزائري نزاع حول صحة الانفصال الجسماني كحق مكتسب نشأ في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام، وبذلك فمن المنطق أن يطبق القاضي أحكام هذا القانون الذي انشأ هذا الحق، مثال ذلك إذا طرح أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بصحة انفصال جسماني نشأ وفق القانون الفرنسي، فيتعين على هذا القاضي الرجوع إلى القانون الفرنسي) على اعتبار أن الانفصال الجسماني نظام غير معروف في القانون الجزائري ومخالف للنظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية[24].

في هذه الحالة كان من الأجدر بالمشرع إما أن يتم إخضاع الانفصال الجسماني للقانون الذي انشأ هذا الحق لاسيما إذا لم تبق مدة طويلة لانتهاء الانفصال الجسماني، وإما الاعتماد على الجنسية المشتركة للزوجين، كحالة ما إذا اكتسبا جنسية دولة ما، أو الموطن المشـــترك لكليهما وفي كلتا الحالتين يظهر ارتباط وانتماء الطرفين إلى الدولة.

خاتمة

إن الغرض الأساسي من وضع التشريعات المقارنة لقواعد الإسناد هو الوصول إلى القانون الأنسب والملائم لحكم العلاقة القانونية التي تتجاذبها العديد من الأنظمة القانونية، فطابعا الحيادي و الازدواجي والغير المباشر يجعل من القاضي في منأى عن التطبيق السيئ للقانون، لأنها سترشده لا محالة للقانون الأنسب للعلاقة وفقا للتكييف الذي يقوم به، غير انه وبالنظر إلى مضمون نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري يظهر جليا غياب صفة الازدواجية فيها أين تعقد الاختصاص للقانون

الجزائري وحده، وهنا يثار الإشكال في حالة عدم ملائمة الحلول التي ستوصل إليها القاضي في النزاع المطروح أمامه، ومدى تطابقها مع النظام العام الجزائري خاصة لعدم وجود نصوص موضوعية تنظم بعض المسائل خاصة تلك المتعلقة بالانفصال الجسماني.

كما أن الاعتماد على تطبيق القانون الجزائري في حالة وجود احد الأطراف جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، يعد حلا غير منطقي في حالة تغيير الزوج أو الزوجة للجنسية أو التنازل عليها بعد إبرام عقد الزواج، لأنه لا صلة له بالجزائر إلا برابطة الجنسية دون العنصر الأساسي الخاص بالانتماء وفقا لمبادئ وتعاليم الدين الإسلامي والتمسك بالنظام العام الجزائري.

بالتالي يستوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في أحكام نص المادة 13 كونها لا تستجيب لروح ومفهوم قواعد الإسناد، على اعتبار أنها قاعدة حمائية وليست قاعدة إسناد، وإنما يستوجب الاعتماد على ضابطي الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة كحلول احتياطية في حالة تعثر تطبيق قانون جنسية الزوج.

الهوامش:

(1) **زروتي الطيب**، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 246.

(2) في ذلك انظر:

BATIFFOL Henri : Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002, n° 73, p 159/s.

(3) غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص ص 23-25.، كذلك في النقطة ذاتها، انظر:

Daste (A.), Divorce, séparations de corps et de fait : conditions, procédure, conséquences, contentieux de l'après-divorce, 15e éd. Ed. Delmas, Dalloz, Paris, 2000, p 12/13.

(4) تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة عقد الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

(5) تنص المادة 12/ف2 من القانون المدني الجزائري على انه "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى".

(6) هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 292.

(7) على سبيل المثال قاعدة الإسناد التي جاءت بها المادة 10 من القانون المدني والتي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية قد تشير باختصاص القانون الأجنبي وذلك حسب الجنسية التي يحملها المعني. وكذلك نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري التي تخضع الميراث لقانون جنسية الهالك فالجنسية تمثل عامل الربط الموضوعي والقانون واجب التطبيق قد يكون القانون الداخلي الجزائري أو قانونا أجنبي. بينما العكس تماما في مضمون المادة 13 يعتبر

ضابط الإسناد المستعمل في نص المادة 13 من القانون المدني لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ضابط غير موضوعي ذلك انه يأخذ على سبيل الحصر بجنسية أحد الزوجين إن كان جزائريا بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر، ودون ايلاء أي اهتمام للبحث حول ما إذا كان القانون الجزائري هو الأكثر ملائمة لحكم النزاع المطروح أمام القضاء. يعتبر الموقف الذي اتخذه المشرع في هذا الصدد في أ رينا غريب نوعا، ذلك أن في نص المادة11 يعتبر القانون الواجب التطبيق على صحة الزواج هو قانون كلا الزوجين، وفي المادة 12 ، فيم يتعلق بالآثار القانونية للزواج، رجّح المشرع قانون جنسية الزوج باعتباره القانون الملائم لحكم النزاع، وفي هذا الصدد وتطبيقا لنص المادة 13 فإذا كانت الزوجة جزائرية والزوج غير جزائري عند ابرام عقد الزواج، فإن القاضي سيطبق القانون الجزائري على خلاف ما نص عليه في المادة 12 من القانون المدني، لهذا السبب فإن الترجيح الذي قام به المشرع في نص المادة 13 من القانون المدني لا يمكن اعتباره موضوعيا بالمعنى القانوني. في تفصيل هذه النقطة راجع: أ/ عثماني بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، مداخلة في ملتقى تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعية عبد الرحمن ميرة-بجاية- يومي 24/23 افريل 2014، ص 178.

(8) يظهر ذلك من خلال أحكام نص المادة 22 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على تطبيق قانون الجنسية الفعلية في حالة تعدد الجنسيات (تنازع الجنسيات)، غير انه استثناء متى كان تنازع الجنسيات ومن بينها الجنسية الجزائرية فانه يسري القانون الجزائري تطبيقا للفقرة الثانية من المادة نفسها. بالتالي فتطبيق المادة 13 في هذه الحالة يكون على أساس نص المادة 22 من اجل الوصول إلى حماية الطرف الوطني.

(9) يترتب على إعمال هذه القاعدة، خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية جديدة ويسمح له القانون الجديد بفك الرابطة الزوجية في حين قانون الجنسية آلتي كان يتمتع به وقت إنشاء الزواج كان لا يسمح بحل الرابطة الزوجية. إن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزوج ويؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ويتأثر مركز المرأة فيكون أكثر إضرارا بمصالحها.

(10) أكثر تفصيل في النقطة، انظر:

TERRE François et FENOUILLET Dominique, Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités, 6ed, Dalloz, Paris, 1996, p511-512/s. voir aussi le Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Ministère de la Justice – Luxembourg, Mars 2013.

(11) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 295.

(12) هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 553.

(13) عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع الوانين، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 244-245.

(14) يسري على الأهلية والحالة المدنية للشخص قانون الجنسية التي ينتمي إليها الشخص، وفقا للمادة 10 قانون مدني جزائري.

(15) خضوع التصرفات القانونية من جانبها الشكلي إلى قانون الدولة التي تمت فيه، كما أن المشرع اوجد حلولا أخرى واردة في الفقرة الثانية من نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري

(16) يرجع للقانون الوطني لكلا الزوجين تحديد الشروط الموضوعية الخاصة بصحة عقد الزواج، إذ حددها المشرع الجزائري في قانون الأسرة والمتمثلة أساسا في الرضا ركنا (المادة 9 من قانون الأسرة)، الأهلية (المادة 7 قانون أسرة)،

ولي الزوجة (المادة 9، المادة 11 قانون الأسرة)، شاهدين وصداق (المادة 9 قانون الأسرة) وان يكون الزوجان خاليين من الموانع الشرعية. الأمر رقم 11/84 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتعلق بقانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم لاسيما بالأمر رقم 02/05 لسنة 2005، ج ر عدد 15 لسنة 2005.

(17) أمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية. الجريدة الرسمية عدد 21 مؤرخة في 27 فبراير 1970

(18) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 264.

(19) تنص المادة 22 من القانون المدني الجزائري، على انه " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي قانون الجنسية الفعلية، غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"

(20) الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، انظر في ذلك انظر، الأستاذ ايت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، ملتقى وطني يومي 21-22 أفريل 2010، كلية الحقوق جامعة ورقلة، ص ص 36-49. أما فيما يخص توجه الدول الأوروبية في هذا المجال، نجد أن مجلس الاتحاد الأوروبي سعى إلى توحيد بعض الأحكام الخاصة بإشكالات تنازع القوانين في موضوع الانفصال الجسماني، أكثر تفصيل في الموضوع:

Le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 20 décembre 2010, le règlement 1259/2010/UE mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Ce règlement vise à simplifier les procédures de divorces et séparations transfrontaliers dans 14 Etats de l'Union européenne et offre la possibilité aux couples de choisir la loi applicable à leur divorce ou séparation. En l'absence de choix, le texte prévoit des critères de rattachement destinés à identifier la loi applicable. Ce règlement a été publié, le 29 décembre 2010, au Journal officiel de l'Union européenne. Il sera applicable à partir du 21 juin 2012, à l'exception de l'article 17 (*Informations fournies par les Etats membres participants*) applicable à partir du 21 juin 2011. Le règlement s'applique à : la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, la Portugal, la Roumanie et la Slovénie. D'autres Etats membres pourront y adhérer à tout moment. (ER/HB). RÈGLEMENT (UE) N o 1259/2010 DU CONSEIL du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Journal officiel de l'Union européenne, L 343/10, 29.12.2010.

(21) في ذلك يمكن ان نستدل بما يلي: المادة 14 /2 من القانون المدني الأردني، المادة 2/14 من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/05/18، منتدى الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية، المادة 2/13 من القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948.

(22) واستقر الفقه الانجلوسكسوني على تطبيق قانون القاضي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين، راجع في ذلك :

MAYER Pierre, Droit international privé, 5e éd, Delta, Paris, 1996, p378.

(23) نصت المادة على ما يلي:

« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
_ Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
_ Lorsque les époux ont, l'un et l'autre leur domicile sur le territoire français.
_ lorsque aucune loi étrangère ne se reconnait compétence, alors que les tribunaux français sont compétent pour connaitre du divorce ou de la séparation de corps », voir : Hélène Péroz « Loi applicable au divorce d'un couple domicilié dans des États différents et de nationalité différente », L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 15 janvier 2012 n° 1, P. 7, voir aussi : Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-25206.

pour plus de précision au sujets de divorce et de séparation des corps, voir: Murat (P.), Mariage, divorce, concubinage, PACS, filiation, adoption, nom, prénom, autorité parentale, assistance éducative, aide sociale à l'enfance, mineur étranger, obligations alimentaires, protection de l'enfance, protection nationale et internationale des majeurs vulnérables, fiscalité, droit pénal, droit international privé, 5e édition, Dalloz, 2010.

(24) أيت منصور كمال، المرجع السابق، 41-42.