الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إشكالية الحضانة كأثر للزواج المختلط

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص قانون الاسرة

من إعداد الطالبة:

–برايرية عائشة

– لعبسي نصيرة

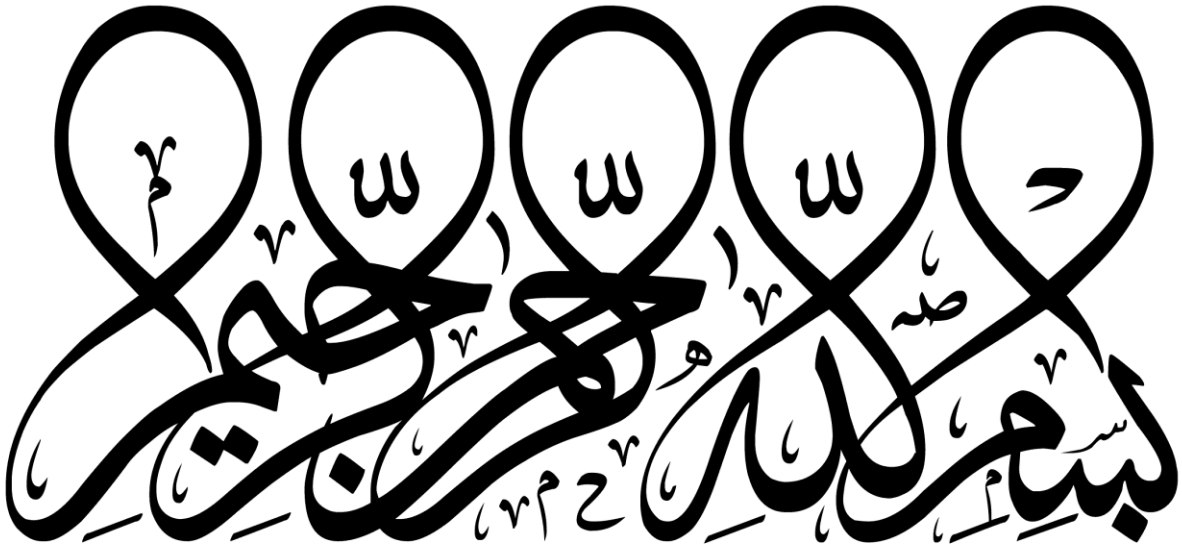
إشراف الأستاذ :

– أ.محمد حسان كريم

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. د / قرمال بوعلام	الجيلالي بونعامة خميس مليانة	رئيسا
أ / محمد حسان كريم	الجيلالي بونعامة خميس مليانة	مشرفا
د / مرباح صليحة	الجيلالي بونعامة خميس مليانة	عضوا مناقشا

الموسم الجامعي 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إشكالية الحضانة كأثر للزواج المختلط

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص قانون الاسرة

من إعداد الطالبة:

–برايرية عائشة

– لعبسي نصيرة

إشراف الأستاذ :

– أ.محمد حسان كريم

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. د / قرمال بوعلام	الجيلالي بونعامة خميس مليانة	رئيسا
أ / محمد حسان كريم	الجيلالي بونعامة خميس مليانة	مشرفا
د / مرباح صليحة	الجيلالي بونعامة خميس مليانة	عضوا مناقشا

الموسم الجامعي 2022/2021

((رَبَّـنَآ ءَاتِـنَـا مِـن لَّـدُنـكَ رَحْـمَةً وَهَـيِّئْ لَنَـا مِـنْ أَمْـرِنَا رَشَـــدًا))

سورة الكهف الآية (10) صدق الله العظيم

الإهداء

إلى من غمرا قلبي عطفا وحنانا: والدي أحمد و والدتي بن عمار باية

إلى أولادي قرة عيني: لؤي ،سيرين و إيلين

إلى إخوتي: محمد ،عبد الحكيم و إسلام

إلى أخواتي: كنزة ،سهام ،يسمينة وأحلام واولادهم وازواجهم

إلى زوجي سندي في الحياة محمد

إلى كل الأصدقاء ،ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز البحث

إلى أساتذتي الأجلاء الذين أضاؤوا طريقي بالعلم

إلى كل هؤلاء وغيرهم ممن تجاوزهم قلمي

ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

الطالبة: برايرية عائشة

الإهداء

إلى الينبوع الذي لايمل العطاء ،إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها إلى

والدتي العزيزة

إلى من سعى وشقى لانعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيئ من اجل دفعي في طريق النجاح إلى والدي العزيز

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إلى

اخواتي وإخواتي الغاليين

إلى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح والابداع ،إلى من تكاتفنا يدا بيد ونحن نقطف زهرة تعلمنا إلى

صديقاتي وزميلاتي

إلى من علموني حروفا من ذهب وكلمات من در وعبارات من أسمى وأجلى عبارات في العلم ،إلى من صاغو لي من علمهم حروفا ومن فكرهم منارة تنير لنا مسيرة العلم والنجاح إلى

أساتذتي الكرام

أهدي هذا العمل المتواضع راجية من المولى عز وجل أن يجد القبول والنجاح

شكر وعرفان

الحمد لله على توفيقه وإحسانه ،الحمد لله على فضله ،الحمد لله عاى جوده وإكرامه

الحمد لله حمدا يوافي نعمه، ويكافئ مزيده

والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير خلقه ،وخاتم أنبيائه ورسله ،وعلى آله وصحبه ،ومن اقتفى أثرهم

أما بعد، فعملا بقول الرسول عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم :"من لم يشكر الناس ،لم يشكر الله "،أقدم شكري وجزيل امتناني ،وفائق تقديري واحترامي لكل من منحني من وقته الثمين ،أو أفادني بملاحظاته وتوجيهاته القيمة ،وأخص بالذكر الأستاذ المشرف محمد حسان كريم ،الذي تكرم علي بقبول الإشراف على هذه المذكرة ،والشكر موصول الى أساتذتي ،أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تحملهم عناء تصفح البحث وإثرائه، فلهم عظيم التوقير والشكر وجزاهم الله خير الجزاء.

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ، من قريب أو بعيد أساتذة ،طلبة وإداريين ،ونسأل الله عز وجل أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم

إلى هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان ،وجزيل الشكر ،المشفع بأصدق الدعوات

قائمة أهم المختصرات

ج : الجزء

ص: صفحة

ج.ر : جريدة رسمية .

د.ط: دون طبعة

ط: طبعة.

ع: عدد.

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ:قانون الاجراءات المدنية والادارية

مقدمة:

يعتبر الزواج الخطوة الأولى لتكوين الأسرة فهو رابطة شرعية بين رجل وامرأة يؤمل منهما تحقيق أغراض الزواج وأهم مقاصده ألا وهي حفظ النسل وإنجاب الأولاد، لذلك يجب أن لا تكون هذه الرابطة قائمة على أسس القهر، فقوام الحياة الزوجية هو التماسك والمودة والرحمة والتسامح والتفاهم، واحترام الزوجين لبعضهما البعض

هذه العوامل لها أثر فعال في سلوك الأولاد حيث تساعدهم على التوافق النفسي والعقلي والشعور بالاستقرار والأمان في ظل أسرة يشعرون بأنها متماسكة ،وما يظهر بشكل جلي أن الوالدين هما المسؤولين الأولين عن نوع التربية المقدمة للأولاد،فالبيت هو المحيط الأول الذي يكتسب فيه الطفل قواعد التربية.

لكن هذا البيت في كثير من الأحيان قد لا يخلو من المشاكل والنزاعات بين الزوجين، وهذا ما يؤدي إلى استحالة استمرار حياة الزوجين مع بعضهما في ظل هذه الظروف ووقوع الطلاق .

فالطفل يعتبر أكبر متضرر من الطلاق لأنه في مرحلة الطفولة يكون في حاجة ماسة إلى كلا والديه مجتمعين ليعيش طفولة سوية، وليجد من يقوم برعايته وتربيته، لذلك فإن أهم آثار الطلاق بالنسبة للطفل هي حقه في الحضانة والتي تعد أهم مؤسسة قانونية لحماية الطفل من الضياع.

عالج المشرع الجزائري نظام الحضانة وأدرج أحكامها في مواد قانون الأسرة الجزائري[1] من المادة 62 إلى 72، التي جاء فيها كافة الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطفل في مجال الحضانة مراعيا بذلك مصلحة الطفل المحضون دون النظر لاعتبارات أخرى، من ثمة لايطرح أي إشكال فيما يخص هذه الأخيرة حين يكون انحلال الزواج بين زوجين يحملان نفس الجنسية ويقيمان بصفة دائمة داخل إقليم الجزائر، في حين تعترضنا الكثير من الإشكالات إذا كان الزواج مختلطا،أي الزواج الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا بمعنى يحمل جنسية مغايرة لجنسية الطرف الآخر.

لذا سعت اغلب التشريعات بما في ذلك التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض الإشكالات التي تعترض حضانة الأطفال الناتجين عن زواج مختلط،فهي تعد إحدى المسائل التي لا تخلو من التعقيد من الناحية القانونية والعملية،فالقانون الواجب التطبيق يختلف باختلاف جنسية الزوجين،وهنا قد تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المتعلق بالحضانة شرط أن لاتكون أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

كما سعت أغلب التشريعات إلى إبرام اتفاقيات دولية سواء متعددة الأطراف أو ثنائية من أجل وضع الحلول المناسبة لهذه الإشكالات.

أهمية الموضوع:

[1] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09رمضان 1404هـالموافق ل096يونيو 1984م،المتضمن قانون الأسرة الجزائري ،المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02المؤرخ في فبراير 2005،المنشور في الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

- ✓ تظهر أهمية موضوع الحضانة في الزواج المختلط في أن انحلال الرابطة الزوجية التي يكون احد أطرافها اجنبي ،تشكل في غالب الأحيان نزاعات متعددة بين أطراف العلاقة بحيث فيها الأب، الأم و الطفل، ومن الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعا، فقد أثارت بسبب هذا مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكمها
- ✓ يعتبر من المواصيع التي هي بحاجة إلى تحليل ودراسة لما تثيره من اشكالات حادة ومعقدة.
- ✓ كون هذا الموضوع يعتبر من اهم القضايا المتعلقة بالحياة العملية.

أهداف الدراسة:

- ✓ التعرف على قواعد الاسناد المتعلقة بالحضانة في الزواج المختلط لتحديد مجال كل منها في القانون الدولي الخاص.
- ✓ الوقوف على العقبات التي تواجه القاضي الوطني وهو بصدد تفعيل هذه القواعد،ومجمل الحلول الفقهية والقانونية للتصدي لهذه العقبات
- ✓ التعرف على مركز القانون الاجنبي أما القضاء الوطني في حالة اختصاصه باشكالية الحضانة في الزواج المختلط.

أسباب إختيار الموضوع

- ✓ **الأسباب الذاتية:**

- الدافع الشخصي والميول الشخصي لدراسة هذا الموضوع
- لارتباط المشكلة بأحد أفراد العائلة

✓ **الأسباب الموضوعية**

- موضوع الحضانة في الزواج المختلط يعد من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص ، وهو من مواضيع الساعة لكون الزواج المختلط ظاهرة لاتزول ولا تندثر حيث سيستمر حدوثها في المستقبل.
- كثرة حالات الزواج المختلط بين الوطنيين والأجانب خاصة بازدياد ظاهرة الهجرة.
- المساهمة ولو بالقليل في تحقيق التراكم المعرفي في موضوع الحضانة في الزواج المختلط.

إشكالية الدراسة:

وعلى ضوء ماسبق،يمكن طرح الإشكاليات الآتية:

❖ ماهي إشكالات الحضانة في الزواج المختلط؟ وماهو القانون الواجب التطبيق على الحضانة في إطار الزواج المختلط؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات:

- ماهي الجهة القضائية المختصة في نظر نزاعات الحضانة في الزواج المختلط ؟
- ماهي الإجراءات الواجب اتخاذها لتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة أمام الجهات الفضائية .

المنهج المتبع:

إن طبيعة البحث في موضوع الحضانة كأثر للزواج المختلط تقتضي إتباع مناهج بحث علمية تتماشى مع وضعية الدراسة، حيث اتبعنا المنهج **الوصفي التحليلي** لإبراز الإشكالية والكشف عن أهم المسائل المتعلقة بالموضوع من خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية.

كما استعنا **بالمنهج المقارن** من خلال مقارنة موقف بعض القوانين في التكييف القانوني للحضانة في إطار الزواج المختلط.

- وللإجابة على الإشكاليات المطروحة ارتأينا تقسيم دراستنا إلى فصلين أساسين ،حيث خصصنا الأول لأحكام الحضانة في إطار الزواج المختلط من خلال مبحثين ،خصصنا الأول للإطار المفاهيمي للحضانة في إطار الزواج المختلط أما الثاني فخصص لدور التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط

في حين خصصنا الفصل الثاني للحلول الوضعية للمشرع والقضاء الجزائري لمسألة الحضانة في الزواج المختلط من خلال مبحثين: الأول **القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط أمام القضاء الجزائري**، أما الثاني **الاختصاص القضائي لدعوى الحضانة في الزواج المختلط أما القضاء الجزائري**

الفصل الأول

الفصل الاول: أحكام الحضانة في إطار الزواج المختلط

يحتاج الطفل إلى رعاية واهتمام، هذه الرعاية تتوافر بوجود الوالدين الذّين يسهران على حمايته وتقويته، إلاّ أنّ عدم اجتماع الوالدين بسبب انحلال الرّابطة الزوجية المتعلقة بالزواج المختلط يخلق تنازع حول الحضانة ،حيث ولتحديد قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة يتوجب علينا ضبط المفاهيم بخصوص الحضانة لتخطي الثغرات القانونية الموجودة لحل مشكلة تنازع القوانين حول مسائل الحضانة في الزواج المختلط.

وعليه نتعرض للمقصود بالحضانة وفقا للتشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة مبرزين مدى توفق التشريعات من عدمه في ضبط مفهوم الحضانة، ثم نشير القانون الواجب التطبيق على الحضانة .

لهذا سيتم التطرق في هذا الفصل إلى تنازع القوانين في الحضانة في إطار الزواج المختلط من خلال مبحثين

المبحث الأول: **الإطار المفاهيمي للحضانة في إطار الزواج المختلط**

المبحث الثاني: دور التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للحضانة في إطار الزواج المختلط

تعد الحضانة من أعظم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل ،فالحضانة هي رعاية الطفل وحمايته وحفظه من كل سوء وتعليمه وتربيته على ديننا الحنيف فهي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، وكذا هي من أبرز الآثار التي تنجر عن انحلال الرابطة الزوجية

المطلب الأول : مفهوم الحضانة

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج " الطلاق " هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه ورعاية مصالحه ولما كانت الحضانة هي ضرب من هذه الرعاية فقد اختلفت أغلب التشريعات في وضع تعريف، ومن أجل الإلمام بمفهوم الحضانة سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع.

الفرع الأول: تعريف الحضانة:

أولا: لغة :

يقصد بالحضانة لغة الضم مأخوذة من الحِضْنُ وهو الصدر والجمع أَحْضانٌ؛ ومنه الاحْتِضانُ، وهو احتمالُك الشيءَ وجعلُه في حِضْنِك كما تَحْتَضِنُ المرأةُ ولدها فتحتمله في أَحد شِقَّيْها، وحَضَنَ الصبيَّ يَحْضُنُه حَضْناً وحَضِانَةً: جعله في حِضْنِة [2].

ثانيا: اصطلاحا:

بالرغم من اختلاف المعنى إلا أن تعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية لا يختلف كثيرا عن تعريفها في القوانين الوضعية ألا وهي: رعاية وتربية الطفل والعناية به والقيام بكل ما يصلح أمره ووقايته ولباسه وتنظيفه وقيمه ونومه[3].

---

[2]–ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، ج 13، ص 122.

[3]–بلحاج العربي، قانون الأسرة ،مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص112.

1- تعريف الحضانة في الشريعة الاسلامية:

لقد تعددت تعاريف فقهاء الشريعة للحضانة، لكنها لم تختلف إلا من ناحية التخصيص والتعميم، وسنذكر تعريفات الفقهاء على سبيل المثال:

المالكية: فعرض لها العدوي بقوله:"**هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي فرض كفاية لايحل أن يترك الطفل بغير كفالة**"[4].

الحنفية: "**هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له الحق في الحضانة**"[5].

الشافعية:" **هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعد تمييزه لصغر أو جنون أو عته**"[6].

يقول الإمام أبو زهرة:" يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات، فأما الولاية الأولى فهي ولاية التربية، فالدور الأول منها يكون للنساء وهو يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا"[7].

2- تعريف الحضانة قانونا:

---

[4]-محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 30.
[5]-صلاح الدين جمال الدين ،مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ،2004،ص09.
[6]-نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها(دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين، المجلد 16، العدد 59، السنة 18، جامعة الموصل، العراق، ص63.
[7]-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص47.

اختلفت التعابير في تعريف الحضانة من دولة إلى أخرى الا أن هدفها واحد وهو ألا وهو مصلحة الطفل المحضون ،فقد عرفها **القانون الجزائري** في المادة **62 من القانون 11/84** على أن الحضانة هي:" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

وقد جاء في شرح قانون الأسرة الجزائري على أن أمر الحضانة يتوقف وجوده على شخصين هما الحاضن والمحضون وهو الطفل الصغير أما الحاضن فهو إما رجل أو امرأة يكون مكلفا وملزم بتأدية هذا الواجب، أما الطفل فيعتبر حق يثبت له منذ ولادته ثلاث ولايات وهي :

- **ولاية التربية:** تكون للنساء وتسمى بالحضانة وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء.
- **ولاية على النفس:** وهي تربية وحفظ من لا يشغل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل أو المسن الهرم أو المجنون، وذلك برعاية شؤونه وتقديم طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه في سن معينة ونحوها.
- **الولاية على المال إن كان له مال:** ويتم برعاية مصالحه وحفظ ماله دون هدره حتى يحين الوقت الذي يكون فيه أهلا لمباشرة شؤونه ومصالحه [8].

[8]– بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية, ط 5, الجزائر، 2007، ص380.

في حين عرف الفصل **54** من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الحضانة على أنها:" "**حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته**"[9].

وجاءت **مدونة الأسرة المغربية** في المادة **163**منها، على أن الحضانة هي:" **حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه، على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون**"[10].

أما **التشريع المصري** والمتمثل في قانون الأحوال الشخصية الصادر في **2000/03/06** لم يرد فيه تعريف الحضانة بل اكتفى فقط بتحديد سن انتهاء الحضانة بالنسبة للصغير والتي حددها ب 10 سنوات للصغير و 12 سنة للصغيرة وذلك في المادة **20** من مجلة الأحوال الشخصية.

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ "**عبد العزيز سعد**" أن التعريف الوارد في المادة **62** من القانون **11/84** يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية ،حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل مايتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[11].

---

[9]– أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة بالقانون رقم 08 / 20 المؤرخ في 04 مارس 2008 ، الصادر بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956.

[10]– قانون رقم 03 –70 المؤرخ في 03 فبراير 2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09 / 08، المؤرخ في 16 يوليو 2010 ، ج. ر.ع 5859 بتاريخ 26 يوليو 2010.

[11]–عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر،2007 ، ص293.

الفرع الثاني: شروط إسناد الحضانة

بالرجوع لنص المادة 62 لم يذكر المشرع سوى شرط الأهلية ، لكن يمكننا الرجوع لقواعد الفقه الإسلامي طبقا لنص المادة 222 التي تنص على الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في كل مالم يرد بشأنه نص صريح في ق أ ج.

حيث يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة يجب توافرها في النساء والرجال معا لتحقق الحضانة كحق لأحد الطرفين [12].

- **الشروط العامة:**

يجب أن يكون الحاضن عاقلا ،فلا حضانة لمجنون أو معتوه كون هذه الفئة غير متمكنة حتى من إدارة أمورها [13]،فهم يفتقدون الإدراك والتمييز ويشكلون خطرا على المحضون بدلا من حمايته[14]،إضافة إلى شرط العقل يجب أن يكون الحاضن بالغا ،فالحضانة جزء من الالتزامات التي لا يصح أن يقوم بها إلا من كان مكتملا بالغا ،وقد حدد المشرع الجزائري سن البلوغ ب19سنة[15].

---

[12]–سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص ،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم والسياسة، جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان، 2018.2019، ص43.

[13]–سهيلة بوحوية، فتيحة رشيدي، الحضانة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2014–2015، ص11.

[14]–سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص43.

[15]–سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجيستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر ، الوادي، 2014.2015، ص23.

كما يجب أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق الصغير وتربيته وصيانته ،وقادرا أي أن يكون الحاضن لا مريض مرض يعجزه حتى عن ولاية نفسه كالأعمى والأصم و الأخرص، فلا تثبت الحضانة إلا لمن كان قادرا على تربية المحضون وحفظه[16].

وأن يكون الحاضن مسلما ،فقد اختلف الفقه بشأن هذا الشرط فمنهم من اعتبره شرط لممارسة الحضانة " الشافعية والحنابلة" ،فلا تسند الحضانة لغير المسلمة لأنها من الولاية ،وانه لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى :"**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** " [17]، في حين يرى البعض الآخر " المالكية والأحناف " بأن الإسلام ليس شرط لممارسة الحضانة فيمكن ان تكون كتابية أو غير ذلك وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري باتخاذه المذهب المالكي كاتجاه بما ورد في المادة 62 ق أ ج في عبارة تربيته على دين أبيه وليس دينها أي يكفيأن يكون الأب مسلما[18].

- الشروط الخاصة بالنساء:

يجب أن لا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي عن المحضون وهدا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 66 ق أ ج ، فالاتجاه الفقهي الذي نادى بسقوط الحضانة عن الأم بزواجها بغير أب المحضون أي بغير محرم ، يؤسسون رأيهم بقول النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة :" **أنت أحق به ما لم تتزوجي**" فقد

[16]–سارة خريسي، دعاوى الحضانة واشكالاتها، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20أوت 1955، سكيكدة، جوان2016، ص05.
[17]–سورة النساء،الآية 141.
[18]–أمينة طغان، تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20أوت 1955، سكيكدة، 2016، ص26.

جعل عليه الصلاة والسلام الحضانة حق للأم ما لم تتزوج [19]، كما يجوز للأم المتزوجة بغير محرم حضانة ابنها في حالة عدم وجود من يحضن الصغير غير أمه ،وأن لا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة ،ويبدأ حساب مدة الحضانة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة الكاملة وفقا لنص المادة 68من ق ا ج ، وأن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراضي ،كما يشترط في الحاضنة ان تكون ذات رحم من المحضون أي من محارم الطفل كالأخت والأم فلا حضانة لبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة[20]

- **الشروط الخاصة بالرجال:**

أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى ومرد ذلك هو الخشية من الفتنة ،وحدد الحنابلة والحنفية سنها سبع سنوات حذر الخلوة بها ،كما يجب أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو عمة أو خالة، فالمرأة لها القدرة على الصبر للتحمل والقيام بجميع أحوال الطفل على عكس الرجل، فلا حضانة للرجل مالم يكن عند من يحضن الطفل من النساء حسب رأي المالكية[21].

[19]–أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص18.
[20]– أمينة طغان ،المرجع السابق،ص14.
[21]–سعاد يوبي ،الحضانة في القانون الدولي الخاص،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص ،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018–2019، ص43.

- وبناء على ما سبق، وبالرجوع لنص المادة 64 ق أ ج التي نصت على :" **الام أولى بحضانة ولدها ثم الأب ،ثم الجدة لأم ،ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون لكل ذلك ،وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة ""**[22]
- فالملاحظ ان الأم أولى بحضانة ولدها حيث لايثور أي إشكال إذا كانت الأم الأجنبية لاتزال مقيمة بالجزائر فيكون للام الحق في الحضانة والأب حق على الزيارة والرقابة على أبنائه [23]،إلا أن المشرع الجزائري عند حكمه للوالد بالحق في الزيارة دون رقابة ودون طلب لم يراعي مصلحة المحضون ،فقد يتجاوز المحكوم له بحق الزيارة حدود اللياقة كإصطحاب الطفل المحضون إلى أماكن غير أخلاقية أو اختطافه ،وهذا ما جاء عن عبد العزيز سعد كنقد لهذه المادة [24]، وبناءا على نص المادة 69ق أ ج تسقط الحضانة عن الأم إذا أرادت الانتقال بالمحضون والاستيطان به في بلد أجنبي (دولة غير مسلمة) [25]،وسبب ذلك أن الولد يجب تربيته على دين أبيه ،كما تثار إشكالية الحق في الزيارة المنصوص عليها في المادة 64 ق أ ج ،حيث أن إسناد الحضانة مرتبط ومقيد بتربية الولد على دين أبيه ،وقد صدرت في هذا الشأن العديد من الأحكام القضائية [26]،ففي القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 1989/01/02 ،وافق القرار المطعون فيه رفض إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي

---

[22]–القانون رقم 84–11 السالف الذكر.
[23]–أمينة طغان،المرجع السابق، ص47.
[24]–آمنة امحمدي بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3،ع5،المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تيسمسيلت، 2017، ص251.
[25]– جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010–2011، ص35.
[26]–كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، دار هومة، 2007، ص240.

قضى بإسناد الحضانة للأم المقيمة في الخارج ،مذكر بمبدأ مستقر عليه اجتهاده وهو في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة معتبرا وجود المحضون في الخارج يغير من اعتقاده ويبعده عن دينه وعادات قومه ،ويحرم الأب من ممارسة حقه في الزيارة ورقابة ابنه ،وقد اعتبر المجلس الأعلى هذه المسائل من النظام العام الذي يحول دون منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي.[27]

- **كما تسقط الحضانة عن الأم بتزوجها** بغير قريب محرم ،حسب ما جاء في نص المادة 66 ق أ ج ،فقد جعل المشرع الجزائري قاعدة إسقاط الحضانة تارة قاعدة آمرة ،وتارة أخرى قاعدة جوازيه ،عندما قضى بأن زواج الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة ويجب أن تخفف أمام متطلبات مصلحة المحضون التي يجب أن تقدم على كل اعتبار آخر [28]، فتزوج الحاضنة بغير قريب محرم لايؤدي إلى إسقاط الحضانة بقوة القانون بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي [29]،كما تسقط حسب نص المادة 67 ق أ ج إذا اختلت احدى الشروط المنصوص عليها في المادة

[27]–ملف رقم 52207، القرار الصادر بتاريخ 28–01–1990، الطيب زروتي ، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص، معلقا عليه، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص27–30.
[28]–آمنة محمدي بوزينة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 56، ع2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة شلف، ص 67.
[29]–آمنة محمدي بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص258.

62[30] ،واذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر ،وهذا ماجاء في نص المادة 68 من نفس القانون[31].

الفرع الثالث: آثار الحضانة

- **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 واخضاعه إلى رقابته ورعاية شؤونه.
- **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 .
- **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 بالت ا رضي أو عن طريق القضاء. [32]

---

[30]–القانون رقم 84–11 السالف الذكر.
[31]–القانون رقم 84–11 السالف الذكر.
[32]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص182.

- **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 . [33]

المطلب الثاني: التكييف القانوني للحضانة في إطار الزواج المختلط

تعددت أراء قوانين الدول في التكييف القانوني للحضانة في إطار الزواج المختلط ،فمنهم من أعتبرها من الآثار القانونية لانعقاد الزواج ومنهم من اعتبرها من الآثار القانونية لانحلال الرابطة الزوجية ،ومنهم من اعتبرها من آثار النسب وغيرها من الآراء التي سوف سنفصل فيها كمايلي:

الفرع الأول: الحضانة من آثار انعقاد الزواج أو انحلال الزواج

أولا : الحضانة من آثار انعقاد الزواج

يرى غالبية الفقه الفرنسي أن الحضانة أثر من آثار عقد الزواج على أساس أن الولد المعني بالحضانة ناتج عن علاقة زواج، وبذلك فهي تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج [34].

[33]–المرجع السابق، ص185.
[34]–زير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010–2011، ص116.

وهذا ماذهب إليه القضاء المصري من خلال أحكام قضائية، منها حكم صادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1952/02/26 [35] على أساس أن الحضانة مسألة تتعلق بالبنوة .

حيث ذهب هذا الرأي الفقهي، إلى أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الذي يحكم آثار الزواج ،مما يترتب عليه خضوعها لقانون جنسية الزوج ،الأب وقت إبرام عقد الزواج [36].

- غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة مفادها عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطليق[37].

ثانيا: الحضانة من آثار انحلال الرابطة الزوجية

يتجه رأي فقهي آخر إلى تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، فأثناء الحياة الزوجية يكون الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين أما بعد انفصالهما كلاهما حول من تسند إليه حضانة الأولاد[38].

أي يجب إخضاعها للقانون الشخصي للزوج –الأب– أي قانون جنسيته وقت رفع الدعوى،وقد ذهب في هذا الاتجاه القضاء المصري .وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من

[35]–دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله – دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص52.
[36]– سعاد يوبي ،الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص99–100.
[37]– جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص33–34.
[38]– زير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص116 .

قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة اسناد صريحة خلافا لبعض التشريعات العربية. وبعبارة أخرى فإنه بموجب عملية التكييف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 9 من القانون المدني، تعد الحضانة من آثار الطلاق [39].

الفرع الثالث: الحضانة من آثار النسب أو الولاية على المال:

اولا: الحضانة من آثار النسب

يرى هذا الاتجاه أنه لما كانت الحضانة التزام يقع على من يثبت إليه نسب المحضون فهي بذلك تعتبر أثرا من آثار النسب، وبثبوت حق المحضون بالنسب يكون له حقا ولاية التربية الأولى في الحضانة والنفقة وولاية الحفظ التي تبدأ بانتهاء ولاية الحضانة ،فالحضانة إذن ليست إثر من آثار الزواج أو الطلاق ،بل هي أحد آثار النسب وهي المرحلة الأولى من مراحل الولاية عن النفس [40].

- انتقد هذا الرأي كون أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة له برعايتهم [41].

[39]– جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص34 .
[40]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص333.
[41]–جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص34.

ثانيا: الحضانة أثر من آثار الولاية على المال

اتجه بعض الفقهاء في مصر إلى تكييف الحضانة على أنها ولاية على المال، إعمالا لنص المادة 16 من القانون المدني المصري والتي مفادها: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته."

ويقصد بالولاية الواردة في المادة 16 من هذا القانون الولاية على المال دون الولاية على النفس ويستبعد إمكانية قياس الولاية على النفس إلى الولاية على المال لاختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها الأحكام الخاصة بكل من المسألتين. [42]

الفرع الثالث: إخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطفل أو لقانون موطن الاقامة المعتاد للطفل.

أولا: إخضاع الحضانة للقانون الأصلح لحماية الطفل

ذهب رأي هذا الاتجاه إلى أن الحضانة يجب أن يطبق عليها القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته، وأن البحث عن ذلك القانون بين كل من القانون واجب التطبيق على آثار التطليق ،وهو قانون

[42]–عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص232.

دولى الأب وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ،والقانون الشخصي للطفل أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، ولقى هذا الاتجاه تطبيقا لدى القضاء الأمريكي. [43]

ثانيا: إخضاع الحضانة لقانون موطن الاقامة المعتاد للطفل.

إتجه هذا الاتجاه الى اعتماد قانون الدولة التي ينتمي إليها الطفل أي قانون المكان الذي ترتكز فيه حياة الفرد، وقد أخذت بهذا المبدأ ايضا بعض الاتفاقيات الدولية على غرار اتفاقية لاهاي لسنة 1961،كما نجد القانون الانجليزي أيضا تأثر بنفس القانون الذي أخذت به اتفاقية لاهاي وأخضعها لقانون موطن الطفل. [44]

المبحث الثاني: دور التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط

تكتسي مسألة الحضانة في الزواج المختلط أهمية بالغة نظرا لتعلقها بمصلحة المحضون ،إلا أنه يوجد تشريعات فضلت السكوت على مسألة الإسناد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق في حين خصتها بعض التشريعات بقاعدة اسناد صريحة على غرار المشرع التونسي والمشرع العراقي ،الا أنه ونظرا لخصوصيتها أبرمت بعض الدول اتفاقيات دولية للحد من المشاكل التي تثيرها في القانون الواجب التطبيق' ،وهذا ما

[43]–طاهري آسيا، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد الرابع، العدد2، جامعة الجزائر02، الجزائر، 2020، ص148.

[44]–المرجع نفسه ،ص 148.

سنتناوله من خلال المطلبين التالبيين :- المطلب الأول: دور التشريعات المقارنة في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط

- المطلب الثاني :دور الاتفاقيات الدولية في حل مسلة الحضانة في الزواج المختلط

المطلب الأول: دور التشريعات المقارنة في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط

إن قواعد الإسناد هي تلك القواعد التي تشير للقانون الواجب تطبيقه على علاقة قانونية مشتملة بعنصر أجنبي ،وهي قواعد وطنية يستأثر بها المشرع الوطني في كل دولة ،لذا فهي تختلف من دولة إلى لأخرى ،وقد اختلفت التشريعات بشأن قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة فالبعض خصها بقاعدة إسناد صريحة(الفرع الأول) في حين سكت البعض الأخر(الفرع الثاني).

الفرع الأول: قاعدة الإسناد المنصوص عليها في بعض القوانين

من بين التشريعات التي خصت الحضانة بقاعدة إسناد نذكر:

أولا: التشريع التونسي : حدد التشريع التونسي قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي تنص على أنه : تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل " [45].

[45]-مبروك بنموسي، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص(شرح فقهي تأصيلي لمسائل أحكام المجلة معززة بنصوص التشريع المقارن والأعمال التحضيرية)، المغاربية للطباعة والنشر والاشهار، الطبعة الاولى الشرقية، تونس، 2003، ص441.

فقد أخضع المشرع التونسي حضانة الطفل للقانون الأفضل له ،وهو إما القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية في صورتي الطلاق والتفريق الجسدي للأبوين أو حالة إبطال عقد زواجهما وهذا القانون هو **القانون الشخصي المشترك للأبوين أو قانون آخر مقر مشترك لهما أو قانون المحكمة عند عدم وجود قانون مشترك يجمع بينهما سواء على أساس اتحاد الجنسية أو وحدة المقر ،أو قانون مقر الطفل** ،فالمشرع التونسي ترك الامر بيد القضاة للأخذ بعين الاعتبار الحلول التي تحمي مصلحة المحضون.[46]

إلا أن جانب من الفقه يرى أن في الأمر صعوبة على القاضي إذا كان أمامه أطراف متنازعة مختلفة الجنسيات ،ففي مرحلة أولى هو مطالب بالبحث والدراسة والتحليل في عدة تشريعات ،وفي مرحلة ثانية يحدد القانون الأفضل للطفل ،وهذا ما يتطلب منه أن يكون على علم ودراية بكافة هذه القوانين المقارنة ،فتعترضه صعوبة الإلمام بكل هذه القوانين [47].

ثانيا: التشريع الكويتي: يعد التشريع الكويتي من التشريعات التي نصت صراحة على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وذلك من خلال نصها في المادة 43 من القانون رقم 05الصادر بتاريخ 14فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها: " **يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة**" [48].

---

[46]–المرجع نفسه،ص442.
[47]–سعاد يوبى،الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص119.
[48]–آمنة محمدي بوزيان، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد رقم3، ع5، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسيمسيلت، 2017، ص283.

وقد عالج وبصورة دقيقة وواضحة المسائل المتعلقة بالأبوة والبنوة وتصحيح النسب والتبني بموجب المواد 41،42،43 من نفس القانون ،وبالتالي فإن قانون جنسية الزوج هو القانون الواجب التطبيق على قضايا الحضانة[49].

ثالثا: التشريع العراقي

خص القانون العراقي المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأبناء بقاعدة إسناد واحدة ،وأخضعها لقانون جنسية الأب بموجب المادة 4/19 من القانون المدني العراقي ،وبذلك تلاشى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة[50] ،ولهذا يمتد نطاق جنسية الأب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها وأجرتها ومراتبها ،إلا أن هذا القانون يتعطل إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج بموجب المادة 5/19 من القانون المدني العراقي[51].

الفرع الثاني :القوانين التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد

من بين القوانين التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة نجد القانون الفرنسي والمصري

[49]–كحلة غالي، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، ع9، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2محمد بن أحمد، 2017، ص164

[50]–سعاد يوبى، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص117.

[51]–فراس كريم شيعان وحسين نماع نغميش، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع1، السنة الخامسة، العراق،2013، ص165.

أولا التشريع الفرنسي: من التشريعات التي جاءت خالية من أحكام خاصة بالحضانة نجد التشريع الفرنسي الذي يكفيها على أنها من أثر انحلال الزواج حيث اعتد في بعض أحكامه بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لكن بعد الانتقادات الموجهة إليه من قبل الفقه قرر إتباع قانون جنسية الزوج وقت الزواج[52]،وقد سلم القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه في حكم أصدرته المحكمة المدنية في مدينة Lavale بتاريخ 1906/04/12 بصدد نزاع بشأن الحضانة عرض على المحكمة أثناء نظرها في مسألة إثبات بنوة شرعية ،حيث أخضعت النزاع بشان حضانة الابن الشرعي في هذا الحكم للقانون الانجليزي باعتباره القانون الوطني المشترك للطرفين ،وهو يخول للقاضي حتى أثناء استمرار علاقة الزواج أن يتعهد بالحفاظ على الأطفال والأم ،مع حفظ حق الأب في الزيارة ورؤية أطفاله إذا اقتضت مصالح الأطفال القصر اتخاذ مثل هذا الإجراء [53]، غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطليق ،فيطبق على الحضانة القانون الذي يحكم انحلال الزواج ورغم تضارب الآراء في الفقه والقضاء الفرنسيين إلا أن الرأي الراجح ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون[54].

وكما جاء في اتفاقية لاهاي المنعقدة في 05أكتوبر 1961 المتعلق بحماية القصر ،وما اتجه إليه القضاء

---

[52]–كحلة غالي، مرجع سابق، ص166.

[53]–سعاد يوبى، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 99.

[54]–آمنة محمدي بوزينة، محاضرات قواعد الاسناد في الاحوال الشخصية، ألقيت على طلبة سنة ثانية ماستر، تخصص قانون اسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف،2019–2020، ص229.

الانجليزي فتخضع الحضانة لقانون موطن الاقامة المعتاد للطفل على أساس أن ذلك المكان هو الذي ترتكز فيه حياة الطفل وعلاقته بالغير [55].

ثانيا :التشريع المصري : إضافة الى التشريع الفرنسي نجد أيضا التشريع المصري الذي لم يخص الحضانة بقاعدة اسناد صريحة ،كون هذا الاخير لم يستقر لفترة من الزمن على قانون واحد وتخضع له الحضانة [56]،فقد اختلفت الآراء الفقهية في مصر في ذلك فأخضعها لقانون الزوج وقت الزواج كون الحضانة تتعلق بالبنوة وعلى هذا الاساس تم ادراجها ضمن الاثار الشخصية للزواج في تحديد القانون الواجب التطبيق [57]،وقد أكد القضاء المصري ذلك بعدة أحكام قضائية منها حكم صادر عن محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1952/02/26 منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي مجلد 8 لسنة 1952 ص165[58].

وكان اتجاه آخر من الفقه قد كيف الحضانة على أنها ولاية على المال ،فأخضعها لقانون الشخص الذي يجب حمايته إعمالا لنص المادة 16من القانون المدني المصري التي نصت على مايلي:" **يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.**" [59].

---

[55]–أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر سياسية والقانون، ع4،جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2011، ص 247.
[56]–سعاد يوبى ،المرجع السابق، ص.ص 119–120.
[57]–أمينة طغان، تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص51.
[58]–أمين دربة ،تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة ،مرجع سابق ،ص247.
[59]– أمينة محمدي بوزينة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الاطفال في إطار الزواج المختلط، مرجع سابق، ص188

غير أن غالبية الفقه المصري يجمع على أن الحضانة أثر من أثار انحلال الزواج فيسري عليه القانون الذي يحكم انحلال الزواج أي قانون جنسية الزوج وفقا لنص المادة 13 من القانون المدني المصري التي تنص على مايلي :"أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى [60].

المطلب الثاني: دور الاتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط

تعرف الاتفاقية الدولية بأنها اتفاق بين دولتين أو أكثر من أجل إيجاد حل لمسألة معينة، كما تعتبر أهم مصدر للقانون الدولي الخاص، ويظهر دورها في كونها تهدف إلى وضع حل الصعوبات الناتجة عن الاختلاف في قوانين الدول،[61] فهي إما ثنائية أو متعددة الأطراف.

حيث عالجت الاتفاقيات حق الحضانة في مجال الزواج المختلط وهذا ما سنوضحه في المطلب الثاني من خلال التطرق إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف كفرع أول ثم الاتفاقيات الثنائية كفرع ثاني

الفرع الأول: الاتفاقيات المتعددة الأطراف في مجال الحضانة في الزواج المختلط

الاتفاقيات المتعددة الأطراف هي اتفاقيات انضمت إليها عدة دول والتي حاولت حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط نذكر منها الاتفاقيات التالية:

[60]–أمينة محمدي بوزينة، الاشكالات التي يثرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص239.
[61]–جمال بن عصمان، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014–2015، ص05.

أولا: اتفاقية لاهاي لسنة 1961[62]

أخضعت اتفاقية لاهاي إشكالية الحضانة في الزواج المختلط لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، باعتبار المكان الذي ترتكز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره [63].

حيث يقصد بالقاصر بمفهوم هذه الاتفاقية كل طفل يعتبر قاصرا هذا حسب القانون الشخصي للطفل وقانون موطنه الاعتيادي [64].

فالمبدأ العام الذي جاءت به الاتفاقية والذي يخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة وارد في المادة الأولى والثانية من الاتفاقية على أن سلطات دولة الإقامة الاعتيادية للقصر تختص باتخاذ كافة التدابير اللازمة وفق القانون الداخلي لهذه الدولة واعتماد هذه الاتفاقية على ضابط الإقامة الاعتيادية تحقيقا لمصلحة الطفل.

أما الاستثناء حددته المواد 3 و4 من الإتفاقية بالنص على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية القاصر إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك[65]

غير أن البحث عن توفير حماية أكبر للطفل دفع بالدول المنظمة لهذه الإتفاقية الى بذل جهد في مراجعة الاتفاقية وهي اتفاقية لاهاي لسنة 1996

---

[62]–المؤرخة في 05أكتوبر 1961، والتي دخلت حيز التنفيذ في24جانفي1965، المتعلقة باختصاصات السلطات والقانون المطبق في مادة حماية القاصرين، وتحتوي هذه الاتفاقية على 25مادة.
[63]–جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الزوجية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص40.
[64]–يوبى سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 125.
[65]–المرجع السابق، ص126.

ثانيا : اتفاقية لاهاي لسنة 1996[66]

جاء في المادة 03 الفقرة ب من الاتفاقية أن" **حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل ،وخاصة فيما يتعلق بتحديد مكان إقامته ،وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معينة إلى مكان غير مكان إقامته وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معينة الى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية"** أي انها كرست مبدأ المصلحة الفضلى للطفل الذي نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 [67]، الا أنها وسعت من القانون الواجب التطبيق فقد منحت كقاعدة عامة الاختصاص التشريعي للدولة التي يوجد بها الاقامة الاعتيادية للطفل بحسب نص المادة 15 من الاتفاقية وأوردت استثناء على القاعدة العامة ،والمتمثل في إمكانية تطبيق قانون دولة أخرى لها صلة وثيقة بالمسألة المعروضة حماية الطفل ،والذي قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيم في دولة أخرى غير الدولة التي يحمل جنسيتها أو قانون جنسية الأب أو الأم[68].

ثالثا :اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989: [69]

تضمن هذه الاتفاقية حق الزيارة واستقرار علاقة الطفل بوالديه حتى بعد انفصالهما عن بعضهما إذا اقتضت المصلحة ذلك، وكذا منحت للدول الأطراف اتخاذ جميع التدابير لمكافحة نقل الطفل إلى الخارج، وعودته بصورة غير مشروعة

[66]–المؤرخة في 19 نوفمبر 1996، والمتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة السلطة الأبوية وإجراءات الحماية للأطفال.
[67]–فراس كريم شيعان وحسين نماع نغميش، تنازع القوانين في الحضانة، مرجع سابق، ص161.
[68]–سعاد يوبى ،المرجع السابق، ص129.
[69]–المؤرخة في 20 نوفمبر1989 من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بقرار رقم 25/44، دخلت حيز التنفيذ اعتبارا من 02جوان 1990، تضمنت ديباجة و54مادة

اتفقت هذه الاتفاقية مع قانون الاسرة الجزائري فيما يخص النفقة وذلك بإلزام الوالدين بالانفاق على أطفالهما من أجل تأمين احتياجاتهم.[70]

الفرع الثاني: الاتفاقيات الثنائية في مجال الحضانة في الزواج المختلط

من أهم الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالحضانة ،الاتفاقيات التي أبرمتها الدول العربية مع فرنسا ،وذلك لأسباب تاريخية ،نذكر منها ما يلي:

أولا: الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بأطفال الزواج المختلط الجزائريين والفرنسيين :

اتجهت إرادتا الجزائر وفرنسا إلى إبرام الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق ل 26جويلية 1988 والموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988،ونظرا للأسباب التاريخية التي ربطت الجزائر بفرنسا ولكثرة الجالية الجزائرية بها،مانتج عنه من وقوع علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين التي آلت أغلبها إلى انفصال الزوجين حيث يترتب على هذا الانفصال آثار أهمها الحضانة[71]

حيث أوردت هذه الاتفاقية بصفة صريحة في بعض موادها كالمادة 6و1/12 و 15 بعض المبادئ التي اراد واضعي هذه الاتفاقية بموجبها حماية الطفل وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة ،وزيارة المحضون

[70]-آمنة محمدي بوزينة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ،المجلد 11 ،ع02(عدد خاص) ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، ص 579.
[71]-كحلة غالي، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 144.

وحرية تنقله بين البلدين[72]،وقد أكدت الاتفاقية على مصلحة الطفل ولو اقتضى الأمر تجريم بعض الأعمال المرتكبة من طرف حاضنيه كجنحة اختطاف الطفل حسب ماورد في المادة 7منها كما أوجبت مراعاة مصلحة المحضون لضمان علاقة مستمرة ومنتظمة بينه وبين والديه[73]،وبالرغم من معالجة الاتفاقية لمشكلة الزيارة في المادة 2والحلول التي طرحتها بشأنها في المادة 11 إلا أنها تطرح عدة اشكالات أخرى في حالة ما إذا مارس أحد الزوجين حق الزيارة ،ولم يرجع الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن ،وحتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة أين يقوم هذا الاخير بدون تأخير استعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الجبري ،فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دولة أخرى وتنفيذها الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابة القضائية الدولية وبالتالي ضياع مصلحة المحضون[74].

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة بالنظر لما جاء في هذه الاتفاقية من نصوص التي تنصب كلها حول حماية الطفل المحضون ،لا نجد نص صريح يشير للقانون الواجب التطبيق على الحضانة، ولكن بالرجوع لنص المادة 5 من الاتفاقية التي تشير للمحاكم المختصة بنظر نزاعات الحضانة ،ألا وهي الجهة القضائية التي توجد بدائرة اختصاصها مكان مسكن الزوجين ،نجد إشارة ضمنية الى القانون الواجب التطبيق على اعتبار أن أغلب الزيجات الجزائرية الفرنسية مقر إقامتها بفرنسا[75]،،وعليه تطبيق قواعد

---

[72]–تاسعديت مرزوق وبوسحساح زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج، 2019، ص 50.
[73]–جندولي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص39.
[74]–آمنة محمدي بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص242.
[75]–سعاد يوبى، الحضانة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.ص131–132.

الاسناد الفرنسية ،والملاحظ أن الاتفاقية تضمنت أحكام تمييزية لصالح الطرف الفرنسي على حساب الطرف الجزائري فالاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي فيستبعد القانون الجزائري ويطبق الفرنسي، فالاتفاقية من هذا المنظور جاءت لا تخدم سوى مصلحة الأم الفرنسية التي غالبا ما تمنحها المحاكم الفرنسية حق الحضانة استنادا الى قواعد القانون الفرنسي المتعلقة بتنازع القوانين. [76].

ثانيا :الاتفاقية التونسية الفرنسية لعام 1982: [77]

كرست هذه الاتفاقية عدة آليات قضائية وهي:

- ضمان حرية ممارسة حق الحضانة وحق زيارة القصر فوق التراب الفرنسي التونسي ،وتحت مراقبة سلطتها القضائية وخصوصا التعهد بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في إقليم كل واحد منهما على تراب الآخر
- مكنت الاتفاقية محاكم كلا الدولتين من القيام بطلب منح الاحكام الصادرة في مادة الحضانة والزيارة والصيغة التنفيذية من قبل المحاكم المختصة، أو طلب البت في دعاوى تسليم الطفل وفي دعاوى تحديد حق الزيارة أو حمايته ،أو إيواء الطفل في إحدى الدولتين لفائدة الأب الذي لم تسند له

[76]– المرجع السابق، ص 132–133.
[77]–الاتفاقية التونسية الفرنسية المتعلقة بالتعاون القضائي في مواد الحضانة والزيارة والنفقة، تمت المصادقة عليها في باريس يوم 08مارس 1982، وفي تونس بموجب قانون 82/87 المؤرخ في 02ديسمبر 1984.

الحضانة، وحدد البت في الطلبات الموجهة لإحدى السلطتين القضائيتين بستة أسابيع وبصفة استعجالية. [78]

أما الفصول 13،14،15 و 16 من الاتفاقية فخصصوا للنفقة .

ثالثا: الاتفاقية المغربية البلجيكية لعام 2002: [79]

تهدف هذه الاتفاقية إلى تسهيل الاعتراف وتنفيذ قرارات الحضانة في الحالات التي لا توجد فيها اختلافات بين الطرفين ،كما تهدف من جهة الى ضمان رجوع الأطفال الذين وقع خطفهم أو إبقاؤهم بدولة أخرى خلافا للقانون، وذلك يرفع مطالب الاعتراف وتنفيذ القرار الأجنبي من جهة، ومن جهة أخرى تهدف هذه الاتفاقية إلى تنظيم وحماية العلاقات الشخصية. [80]

[78]–آمنة محمد بوزينة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة، مرجع سابق، ص584.
[79]–الاتفاقية المغربية البلجيكية لعام 2002، المتعلقة حول حق الحضانة والزيارة والالتزام بالنفقة، بتاريخ 26جوان 2002.
[80]–آمنة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص586.

ملخص
الفصل الأول

ملخص الفصل الأول

يعتبر موضوع الحضانة كأثر للزواج المختلط من أهم المواضيع القانونية ،لما يثيره من إشكالات في مجال تنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها

إنّ الطفل ونظرا لبنيته الضعيفة فهو يحتاج إلى رعاية واهتمام، هذه الرعاية تتوافر بوجود الوالدين الذّين يؤمنان هذا ويسهران على حمايته وتقويته، إلاّ أنّ عدم اجتماع الوالدين بسبب انحلال الرّابطة الزوجية المتعلقة بالزواج المختلط يخلق تنازع حول الحضانة ، ولهذه المسألة أهمية بالغة ،حيث تشكل بؤرة تنازع القوانين ،خاصة وأن التشريعات تباينت في تحديد مفهومها و تحديد التكييف في شأنها.

عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من ق أ ج بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، بينما عرفها المشرع المغربي في 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.

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.

هذا الاختلاف في تحديد مفهومها خلق تنازع حول تكييفها القانوني فمنهم من رأى الحضانة كأثر من آثار الزواج، بحيث تتعلق بالبنوة على غرار القضاء المصري، في حين يرى آخر خلاف ذلك، ويعتبر الحضانة كأثر من آثار الطلاق أو التطليق، على اعتبار التنازع حولها لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع على غرار القضاء المصري والجزائري ،ومنهم من يعتبرها من آثار النسب ،ومنهم من كيفها على أساس القانون الذي يحكم الولاية على المال

الفصل الثاني

الفصل الثاني: الحلول الوضعية للمشرع والقضاء الجزائري في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط

على غرار التشريعات العربية والأجنبية التي لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة نجد أيضا القانون الجزائري ،وبالرجوع إلى المادة 09 ق م ج والتي جاء في نصها :" يكون القانون الجزائري هو المرجع المكيف في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" [81]، فطبقا لهذه المادة نرى أن تكييف العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي تخضع لقانون القاضي، فإذا كان النزاع المتعلق بالحضانة معروض أمام القاضي الوطني فإن تكييفها يؤدي للقول بأنها من المسائل التي يختص بها ق أ ج التي نظمها المشرع في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول في المواد من 62 الى 72 ق أ ج تحت عنوان آثار الطلاق[82].

وكذلك تثير العلاقات الدولية العديد من المشاكل منها مسألة تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عن علاقات خاصة مشتملة على عنصر أجنبي، فهي تعتبر مسألة أولية هامة

هذا ما سنتناوله في هذا الفصل حث تناولنا في المبحث الأول : **القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط أمام القضاء الجزائري** في حين تناولنا في المبحث الثاني **الاختصاص القضائي لدعوى الحضانة في الزواج المختلط أما القضاء الجزائري**

[81]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395،الموافق ل26سبتمبر 1975،والمتضمن القانون المدني ،الجريدة الرسمية العدد 78المؤرخة في 30سبتمبر 1975 المعدل والمتمم حسب آخر تعديل له بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو 2007،جريدة رسمية رقم 31المؤرخة في 13مايو 2007

[82]– أحمد عبد النور، محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري، مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون أسرة،المركز الجامعي نور البشير بالبيض،السنة الجامعية 2016–2017، ص53

المبحث الأول :القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط أمام القضاء الجزائري

لمعالجة إشكالية حل إشكالية الحضانة في الزواج المختلط أمام القضاء الجزائري تم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكالية، ومن أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر بتاريخ 21 جوان 1988 [83]،غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر اتفاقية، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري وأحكام الاجتهاد القضائي

المطلب الأول: الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الجزائري

كيف المشرع الجزائري الحضانة على أنها أثر من آثار الطلاق فهي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 2/12 ق م ج التي نصت على :" **يسري على إنحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى** " [84]،ومرد اختيار المشرع لقانون جنسية الزوج دون الزوجة يرجع لمركز الزوج داخل الأسرة مما يتمتع به من سلطات.[85]

غير أن المادة 2/12 وجهت لها العديد من الانتقادات منها أن اختيار المشرع للقانون الوطني للزوج يعتبر متعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين ،كما أنه يمكن للزوج أن يغير الاختصاص إلى قانون لم تكن تتوقعه فيكون أكثر إضرارا بمصالحها. [86]

---

83 – أنظر الصفحة

84 – الأمر رقم 75–58 السالف الذكر

85 – أمينة طغان، تنازع القوانين في مسائل الحضانة،مرجع سابق ،ص44.

86 – كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري–تنازع القوانين–، مرجع سابق، ص233.

كما أن المشرع الجزائري أورد استثناءا في المادة 13 ق م ج بنصه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ،إلا فيما يخص أهلية الزواج[87]،فقد استثنى المشرع الجزائري حالة ما إذا كان أحد أطراف العلاقة جزائري الجنسية وبذلك يخضع انحلال الرابطة الزوجية وآثارها للقانون الجزائري وقت انعقاد الزواج.

وبناءا على ذلك وطبقا لنص المادة 13 ق م ج إذا ثار نزاع يتعلق بالحضانة وكان أحد أطراف العلاقة جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج فيطبق القانون الجزائري وحده، وذلك ما يستوجب الرجوع لأحكام الحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري في مواده من 62 إلى 72. [88]

وقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية وإيطالي ،وأن المحكمة قد طبقت المادة 12 فقرة 2 من ق م ج ،والتي تؤدي إلى تطبيق القانون من قبل المحكمة الابتدائية ،أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و 13 من القانون المدني.

حيث جاء في حيثيات المحكمة العليا مايلي:

حيث أن الطاعنة لها الجزائرية مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية ،حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من ق م ج عوض القانون الايطالي ،كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ،ولما كان ذلك أن آثار انحلال الزواج، وعلى هذا الأساس فإن الحضانة تخضع للقانون الجزائري. [89]

---

87 – الأمر رقم 75–58 السالف الذكر

88 – أمينة طغان، المرجع السابق، ص46

89 – ملف رقم 170082،القرار الصادر بتاريخ 1998/02/17،كمال عليوش قربوع ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،مرجع سابق ،ص238.

وبما أن ضابط الجنسية هو الضابط الذي يحكم المسائل المتعلقة بالحضانة ،فقد تعترض القاضي صعوبات في إعمال هذا الضابط مما يتطلب البحث عن الحلول ،ومن بين هذه الصعوبات التي تواجه القاضي نجد تعدد الجنسيات ،فإذا كانت جنسية دولة القاضي

من بين الجنسيات المتزاحمة فتطبق وحدها دون سواها، فهي تلعب دورا حاذفا مسبقا لكل إمكانية مفاضلة أو اختيار[90]، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري كحل في المادة 2/22 ق م ج التي نصت:... غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق، إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر، الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة[91]، أما إذا لم تكن جنسية القاضي من بين الجنسيات التي يتمتع بها أحد أطراف النزاع فعلى القاضي أن يبحث عن الجنسية الفعلية[92]، فهو لا يملك الحق في ترجيح إحداها على الأخرى، فنرى أن المشرع الجزائري اعتمد هذا الحل بنصه في المادة 1/22 ق م ج: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.[93]

أما في حالة انعدام الجنسية فهناك دول أعطت السلطة القدرية للقاضي المعروض أمامه النزاع في تحدي القانون الواجب تطبيقه، بينما قالت أخرى بتطبيق قانون آخر دولة ينتمي إليها الشخص أو قانون الجنسية البديلة التي تتمثل في جنسية الدولة التي ولد فيها إذا عرف مكان ميلاده[94]،والرأي الراجح هو اسناد حضانة عديمي الجنسية لقانون ا لموطن أو محل الإقامة الحالي وهو ما أخذت به العديد من التشريعات بما فيها المشرع الجزائري الذي نصل في الفقرة الثالثة من المادة 22 ق م ج على:في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو محل الإقامة[95]، أما فيما يسمى بالتنازع المتحرك (تغيير الجنسية)، اقترح الفقه اتجاهان أحدهما يقول بالاستبعاد المطلق للقانون الجديد استنادا على فكرة الحقوق المكتسبة، واتجاه يقول بإعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، رغم أنه قد يتأتى حل مشكل التنازع المتحرك عن طريق المشرع

---

[90]– أمينة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ،مرجع سابق، ص20.

[91]– الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

[92]– آمنة امحمدي بوزينة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط، مرجع سابق، ص182.

[93]– كحلة غالي، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط،مرجع سابق، ص169.

[94]– الأمر رقم 75–58 السالف الذكر.

[95]– أحمد عبد النور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص25.

مباشرة حيث يحدد سريان ضابط الإسناد زمنيا أي عن طريق ضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق، فقيد مسألة الحضانة التي تعتبر أثر من آثار الطلاق بوقت رفع الدعوى وهذا يكون كقاعدة عامة تحسم اشكالية المفاضلة بين قانونين متعاقبين[96]، "وقد تبنى المشرع الجزائري الاستثناء الوارد في المادة 13 من ق م ج الذي يشوبه ثغرة قانونية قد يؤدي إلى حلول غير مجدية لأن الزوج قد يغير جنسيته بين وقت ابرام عقد الزواج وقت رفع الدعوى أمام القضاء[97]، ذلك تونسية تزوجت بمغربي توطنا في الجزائر، خلفت طفلا من هذا الزواج ثم تجنست الجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق، وبذلك لن يطبق القانون الجزائري، لأن الأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولن يتم تطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج وكان من الأفضل وضع ضابط القانون الشخصي للطفل[98].

وقد تشير قاعدة تطبيق قانون الزوج اشكاليات أخرى في حالة تغيير ضابط الاسناد في الفترة بين ايداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، أين يجد القاضي نفسه في عدني اسناد مختلفتين، فلو عملنا بقانون الأب وقت ميلاد الولد، فإنه قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الأبناء الذين قد تتغير جنسياتهم بتغيير الأب لجنسيته، إضافة إلى أن الأب قد يتوفى قبل ولادة الولد، فأي القانونين أصلح، قانون وقت وفاة الأب أو قانون جنسيته وقت الزواج، وإذا فضلنا قانون الأب جنسيته بهدف الإفادة من قانون دولة معينة لا علاقة له بالنسب.[99]

---

[96]– أمينة رحاوي، المرجع السابق، ص21.

[97]– سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص159-160.

[98]– كحلة غالي، المرجع السابق، ص170.

[99]– آمنة امحمدي بوزينة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، مرجع سابق، ص68.

أما في حالة الإسناد لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع الذي قد يكون تعددا إقليميا أو تعددا طائفيا، فالقول أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ليس حلا للمشكل المطروح أنما لابد من تحديد القانون المختصر من بين القوانين الداخلية[100]، فإذا كان التعدد اقليميا فهنا يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها حل هذه المشكلة فيحيل إلى القانون الواجب التطبيق وتسمى بالإحالة الداخلية أو التفويض[101]، أما إذا كان التعدد طائفيا أين يسمح بتطبيق شريعة خاصة لكل طائفة من الأشخاص، فتكمن الصعوبة هنا بمعرفة من هي الشريعة التي يجب تطبيقها على النزاع[102]، وقد رصد المشرع الجزائري بهذا الصدد حلولا يستعين بها القاضي لتطبيق القانون تطبيقا سليما، وذلك او ما نصت عليه المادة 23 ق م ج: متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لنك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه[103]، وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الغالب في القانون المقارن الذي ينادي بتطبيق القوانين الداخلية في قانون الدولة ذات النظام المتعدد الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة من بين الشرائع المتعددة.[104]

---

[100]– سعاد يوبي، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نموذج)، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، شعبان 1437، جوان 2016، ص393.

[101]– آمنة امحمدي بوزينة، إشكاليات تنازع القوانين حول الأطفال في إطار الزواج المختلط، مرجع سابق، ص185.

[102]– أحمد عبد النور، محاضرات القانون الدولي الخاص الأسري، مرجع سابق، ص28.

[103]– فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص57.

[104]– سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، ص172.

إن المرحلة الأخيرة لفض نزاع الحضانة المشتمل على عنصر أجنبي في تعيين القانون الواجب التطبيق إذا أشارت قواعد تنازع القوانين الجزائرية إلى تطبيق القانون الجزائري فليس هناك إشكال، أما إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي فالقاضي الوطني ملزم بتطبيقه مبدئيا[105]، مما يستدعي التعرف على مضمون ذلك القانون وتفسير أحكامه إذا شابها غموض حتى يتمكن القاضي من حل النزاع، ونظرا لاختلاف القوانين ومضامينها، ففكرة منح الاختصاص لقانون أجنبي ما من قبل القانون الوطني قد ينطوي على مخاطر أكيدة، تؤدي إلى المساس بالمفاهيم الأساسية للقانون الوطني لدولة القاضي.[106]

فإذا كان القانون الأجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام العام الجزائري، أو ثبت الاختصاص له بواسطة الغش نحو القانون، يستبعد القانون الأجنبي ويطبق القانون الجزائري محله وهذا ما جاء في نص المادة 1/24، ق م ج، بينما يجيز المشرع الجزائري للقاضي بتطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمامه عندما تشير قواعد الإسناد إلى اختصاصه شرط تماشي مضمونه مع النظام العام في الجزائر.[107]

---

[105]– كمال عليوش قربوع، المرجع السابق، ص115.

[106]– عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص220.

[107]– سلمى غنام، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 12،ع3، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2010، ص71.

المطلب الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة

إن أهم ما يعطي لموضوع الحضانة في الزواج المختلط مبرره القانوني والعملي هو بيان أهم المسائل والإشكالات العملية كالحق في الزيارة أو المدة، وإمكانية السفر المحضون ونقلة إلى بلد آخر، وغيرها من المسائل التي يثيرها نطاق إعمال قاعدة الإسناد في منازعات الحضانة التي تعرض على القضاء الجزائري

الفرع الأول: رؤية المحضون وزيارته

ولما كان حق الزيارة من الآثار المترتبة على الحلال الرابطة الزوجية، يطبق بشأنها المادة 12من ق م ج، بمعنى قانون جنسية الزوج، مع خضوع القاعدة العامة إلى الاستثناء في حالة أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13من ق م ج

يطرح في هذا الشأن الإشكال المتعلق بالزيارة، ما دام الطفل يقيم في الخارج مع أمه نصت على الحق في الزيارة المادة 64 من ق أ ج، حيث جاء فيها: " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ."

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

تم تأكيد هذا الموقف في قرار قضائي، جاء فيه: " ما دام الوالدان يقيمان معا بفرنسا...وما دامت الحاضنة قد طالبت الإقامة المحضون في فرنسا، وما دام 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 القضاة مراعاته قبل أي شرط، فالقرار

المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يلتزم قضاءه بأحكام المواد: 96 و77 و78 و79 من ق أ ج فاستحق النقض الجزئي... [108]

على ذلك يطرح الإشكال عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، أي أن أحدهما يقيم ببلد أجنبي، جاء في حيثيات المجلس الأعلى ما يأتي: 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 إذا كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه .

وعليه، ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب، فإبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعن 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 معقول ".[109]

[108]– قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (91671)، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994، ص.ص 72 –76.

[109] – قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، الملف رقم (52207)، قرار صادر بتاريخ 1990/01/28، المجلة القضائية، العدد (4)، الجزائر، 1990، ص 74–76.

الفرع الثاني: السفر المحضون ونقله إلى الخارج

عالجه المشرع الجزائري في المادة 69 من ق ا ج، التي تنص صراحة على أنه: " إذا اراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في أثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون ".

من خلال نص المادة، يظهر أن السفر المحضون هو الانتقال به من دولة إلى أخرى،[110] لمصلحة المحضون تقتضي بتوقيف انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي وبذلك تحويل للحضانة منح هذه الرخصة من عدمها، ولم يفرق بين الرجل والمرأة فقد ساوي في منح التصريح الأصحاب الحق في الحضانة فكلا هما يخضع لرقابة القاضي، لأن الأمر يتعلق بال تربية الدينية للطفل جنسية تأثره بدين في بك الأجنبي وعاداته وتقاليده هذا التصريح يتمثل في انتقال للإقامة الدائمة والمستمرة بغية الاستقرار، فإن السفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل مدة معينة لا يخضع الحكم المادة 69 من ق ا ج وهناك استفسار يتبادر إلى الأذهان، هل البلد الأجنبي يقصد به البلد الغير مسلم أم خارج التراب الوطني ؟

تقدم المشرع الجزائري على الإجابة بطريقة غير مباشرة للإجابة على هذا التساؤل في قرار للمجلس الأعلى لسنة 1989، حيث قضى بمقتضاه بأنه: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة تسقط عنه الحضانة، ومع ذلك، فإن هذا التفسير غير الصائب لنص المادة لم يدم طويلا، فقد جدت الظروف دفعت القضاء الجزائري إلى أن يتراجع عن موقفه ويحل محله موقف أخر من مقتضاه جعل إسناد الحضانة في هذه الحالة مرهون يطلب من له مصلحة في التأكيد على أن شرط الإقامة في الجزائر لا يقرره القاضي تلقائيا.

110 – في مسألة السفر بالمحضون أورد مجمع الأزهر الشريف، قرارا مفاده: ليس للحاضنة غير الأم نقل المحضون إلا بإذن ابيه، انظر: فتاوى الأزهر، الموسوعة الشاملة:www.isslamport.com

مما يدلنا على أن شرط الإقامة بالجزائر الممارسة الحضانة ليس واجب يلتزم القاضي بتطبيقه، فقد يرى الفاضي بأن مصلحة المحضون في السفر به إلى الخارج فما على الحاضن إلا طلب الإذن من القاصي ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23 جوان 1993 الذي جاءت فيه: "... غير أنه وفيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضيبه الحكم المستأنف وأيده القرار المحضون فيه لم براع فيه قضاء الموضوع أحكام المادة 69 من ق أ ج، ذلك أن شرط الإقامة المحضون في الجزائر أو إسقاطها عن الشخص الموكول له إذا أراد أن يستوطن المحضون في بلد أجنبي يستدعى طلب ذلك عن الحاضن ومراعاة كمصلحة المحضون ذاته... "[111]

بالتالي، فمن تأمل القرارات التي استعرضاها في القرار، نستنتج أن الإقامة في الجزائر تكون واجبة لممارسة الحضانة، إذ طلب من له مصلحة في ذلك وهو غالبا صاحب سلطة الرقابة، كان يقيم هذا الأخير بالجزائر والخاصة غير مسلمة، لكن نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي ، وهذا ما أكدته احكام القضاء ف مثلا جاء في قرار المجلس الأعلى في قضية (ف. م) ضد (ص.ع) أنه من المقرر قضاء في مسألة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة. [112]

لكن استثناء يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم وهذا ما تقرر من خلال حكم قضائي صدر عن المحكمة العليا في القضية رقم (426431) بتاريخ

---

[111] – قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (91671)، بتاريخ 1993/06/23 المجلة القضائية العدد 01، الجزائر، 1994، ص 77، 78.

[112] – قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، الملف رقم (52207)بتاريخ 1989/01/02، نقلا عن: لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة من عما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى 2014.دار هومة، الجزائر، 2014، ص 230.

2008/03/12 في قضية (أ.ك) ضد (أن) حيث أن الطاعن (أ.ك) طعن بطريق النقض بتاريخ 18/02/2006 بواسطة عريضة قدمها محامية ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء برج بوعريريج بتاريخ 2005/10/18 القاضي برفض المعارضة لعدم التأسيس والإبقاء على مضمون القرار 2005/03/30، والذي قضى بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة برج زمورة بتاريخ 2006/04/30 وتعديله بإسناد حضانة الأبناء (ل) و(ي) و(خ) و(ن) لأمهما المطعون ضدها (أين)على نفقة أبيهم الطاعن على أساس 2000 دينار شهري لكل واحد منهم تسري ابتداء من 2004/06/21، وتستمر لغاية سقوطها شرعا وقانونا، حيث أن الطعن جاء فيه أن إسناد الحضانة للأم التي تقيم بفرنسا لا يحقق الغرض من الحصانة المنصوص عليها في المادة 62 من ق أ ج، ولاسيما في الجانب الديني والخلقي، كما يحرم الأب الطاعن من حق الزيارة المقرر قانونا طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة، وذلك لصعوبة الحصول على تأشيرة الذهاب وعدم القدرة على توفير تكاليف السفر الباهظة.

لكن حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الأم أولى بحضانة أبنائها وأن مصلحتهم تقتضي بقاء هم عندها بفرنسا لأنهم يدرسون هناك، كما هو ثابت من الشهادات المدرسية، وحيث أن فضلا عن ذلك وبالرجوع إلى أوراق الملف وخاصة الحكم المستأنف فإن الطاعن نفسه لم يذكر أن الأبناء انتقلوا إلى فرنسا على أمل أن يلتحق بهم بعد تسوية وثائقه الإدارية، إلا أنه عند استحالة ذلك طلب من المطعون ضدها الرجوع لمحل الزوجية إلا أنها رفضت مما يدل على أن وجود الأبناء بفرنسا كان بموافقة الطاعن نفسه، وبالتالي، فإن قضاة المجلس لما راعوا مصلحة الحضونين لم يخطئوا في تطبيق القانون.[113]

[113] – جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات كليك، 2013، ص 1448.

الفرع الثالث: الولاية و النفقة على المحضون

أولا :الولاية

لما كانت الولاية من الولايات الشرعية تحول سلطة على المحضون[114]، فإن هذه السلطة (الولاية) حسب ما ورد في الشريعة الإسلامية تكون للعصبة من الرجال، وهذا ما أكدت عليه المادة 135 من ق م ج في نصها على ما يلي: يكون الأب ومن بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرين الساكنون معهما.

وهذا ما أكد عليه قرار رقم (187692) الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 في قضية (ش.ز) ضد (ب.أ)، جاء فيه: " أنه من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون، ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنع الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون لإثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي، فإنهم قد خالفوا القانون، حيث أن ولاية الأم (ش.) ولاية منحها لها القانون لا تنقل لغيرها، إلا إذا ثبت تعارض مصلحتها مع مصلحة أولادها القصر طبقا لما نصت عليه المادة 90 من ق أ ج، ولما لم

---

114 – صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب – دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004 ص26.

يثبت تعارض المصلحتين في قضية الحال، فإن القضاء بمنح الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص تلقائيا يعتبر مخالفا للقانون (المادتين 87 و90 من ق أ ج)، ولما كان ثابتا إن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد حالفوا القانون"[115]، الأمر الذي تعين معه نقض وابطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل طبقا للقانون.[116]

إذن تبقى للأب حق السلطة الأبوية حتى في حالة الطلاق، إلا أن التشريع الجزائري أخذ بخلاف هذا بعد تعديله لقانون الأسرة حسب المادة 87 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 من ق ا ج ، التي قررت أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد."

كذلك، نصت المادة 2/87 من ق أ ج، على ما يلي: " في حالة الطلاق يمنح الولاية لمن أسندت حضانة الأولاد.

---

115 – قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (187692) بتاريخ 1997/12/23، مجلة المحكمة العليا، ع 1. الجزائر، 1997، ص 53.

116 – جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية (قرارات المحكمة العليا مسرد الفيائي للكلمات الدالة)، ط1،ج2، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 874–875، وأنظر كذلك: العيش فضيل، قانون الأسرة (مدعم لاجتهادات قضاء المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 81.

أي إذا ألت الحضانة إلى الأم باعتبارها الأولى بالحضانة تكون الولاية لها في كل الأمور التي تتعلق المحضون، وهو ما أكد عليه قرار صادر عن المحكمة العليا رقم(476515)بتاريخ 2009/01/14 في قضية (سي) ضد (ع.م)، حيث جاء فيه: أن الأم تقدمت إلى المحكمة بطلب حضانة ابنها ومنحها الحضانة والولاية عليه، إلا أن الحكم المستأنف رفض هذا الطلب، وجاء في نسبية أن الولاية تمنح الأم فقط عند وفاة الأب أو غيابه أو حصول مانع وإن القرار المطعون فيه حذا حذو الحكم المستأنف، وجاء في نسيبه أن الولاية تكون للأب مادام على قيد الحياة ولم يثبت حصول مانع، وهذا مخالف للمادة (87) من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الشيء الذي يجعل القرار المنتقد معرض للنقد والإبطال.[117]

ثانيا: نفقة الطفل المحضون:

المقصود بالنفقة هنا، هي النفقة الواجبة بين الأقارب(كنفقة الأب على أولاده القصر)[118]، إن نص المادة 14 من ق أ ج لم يكن دقيقا في الصياغة، وكان المفروض ألا يكون مدينا مسبقا إلا إذا قضى بذلك القانون المختص، قانون الجنسية هو الذي يحدد ما إذا كان الشخص مدينا بالنفقة أم لا، وقد تفادى المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة هذا العيب في الصياغة باستعمال لفظ المكلف بدل المدين.[119]

---

117 – قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، السلف رقم (476515)، بتاريخ 14/01/2009، مجلة المحكمة العليا، العدد 01)، الجزائر، 2009، ص 265 – 268.

118 – علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص78.

119 – الطيب زروني، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول : تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 195.

لكن المشرع أورد استثناء على قاعدة إخضاع النفقة لقانون جنسية المدين بها، وذلك بنص المادة 21 مكرر من ق م ج، وبالتالي، يستغنى عن تطبيق جنسية المدين فيما يخص تحصيل النفقة، فهي تخضع لإجراءات قانون مكان المباشرة، وبالتالي إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق موضوعه بتحصيل النفقة للقاصر، فإنه يخضع للإجراءات المقررة في المواد من423إلى 426 من ق إ م إ[120]، وقد يتطلب ذلك طبقا لهذا القانون استبقاء إجراءات منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بالنفقة، إلا إذا وجدت اتفاقية ثنائية أو جماعية تنظم هذه المسألة، وانضمت اليها الدول المراد تحصيل النفقة فيها.[121]

إسقاط الحضانة ومخالفة الترتيب في حالة تنازع القوانين:

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري، لم يحدد موقفه في هذه المسألة الأخيرة، حيث أنه تارة جعل من قاعدة إسقاط الحضانة بسبب تزوجها بغير قريب محرم آمرة[122]، وتارة أخرى جعل منها قاعدة جوازية، عندما

---

120 – القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات والمدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم (21) لسنة 2008.

121 –حسين ليتيم، السلطة الأبوية في حماية القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر 2015 2016، ص 45.

122 – تشوا حميدوا زكية، مصلحة المحضون في قوانين الأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر،،2004–2005، ص575.

قضى أن زواج الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة ويجب أن تخفف أمام متطلبات مصلحة الطفل المحضون التي يجب أن تقدم على كل اعتبار آخر.[123]

وتراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق ا ج، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهو ما قررته المحكمة العليا بموجب القرار رقم 613469بتاريخ 2011/03/10 في قضية (م. ي) ضد (ع.ز)، حيث جاء فيه، أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 من ق أ ج، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقتضي بقائها مع جدتها التي تعيش معها من وفاة والدتها عام 2001، وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقا سليما مما يجعل الوجه المؤسس عليه النقض غير سديد يستوجب الرفض.[124]

123 – محكمة استئناف الجزائر، غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية، العدد رقم 145، الصادر 1965/05/07، 1957/05/27، الملف رقم (118)، الصادر بتاريخ 16/11/1960. أنظر : نشوا حميدوا زكية، المرجع السابق، ص 594.

124 – قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (613469) الصادر بتاريخ 10/03/2011، مجلة المحكمة العليا، ع1، الجزائر، 2012، ص 185.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي لدعوى الحضانة في الزواج المختلط أما القضاء الجزائري

الاختصاص القضائي الدولي هو سلطة يخولها المشرع للمحاكم الوطنية للفصل في نوع معين من النزاعات الداخلية، أما النزاعات ذات الطابع الدولي فتستوجب قواعد إسناد وطنية لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها، أين نواجه إشكال الاختصاص القضائي الدولي لأي محكمة تختص بالفصل في مثل هذه النزاعات[125]،لذا فإن وقوع نزاعات مشوبة بعنصر أجنبي يتطلب من القاضي المعروض أمامه نزاع في مجال الحضانة الفصل في النزاع من ناحية الاختصاص القضائي.

بعد تحديد المحكمة المختصة التي تصدر حكم قضائي منتج لآثاره خارج الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فوق إقليمها يلزم النظام القضائي بالفصل في مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية [126]،لذا سنعالج هذا المبحث انعقاد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الحضانة في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنتعرض لتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة أما الجهات القضائية الجزائرية.

المطلب الأول: انعقاد الاختصاص القضائي الدولي

عرف جانب من الفقه الاختصاص القضائي الدولي بأنه "إختصاص دولة ما بنزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ويسمى اختصاص المحاكم هذا بالدولي كون النزاع يخص علاقة قانونية دولية خاصة، وبهذا يتميز الاختصاص القضائي الدولي عن الاختصاص الداخلي للمحاكم"[127]

---

[125]– حسن محمد الهداوي وغالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج1،ص170.
[126]– سعاد يوبى،الحضانة في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق، ص319.
[127]– عبد الرسول كريم أبو صبيع، اثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين ،مجلة الكوفة،ع2،جامعة الكوفة، ص163.

وبناء على ذلك سنتطرق الى الضوابط المعتمدة لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة كفرع أول ثم الى المحكمة المختصة في الفصل في دعاوى الحضانة في الزواج المختلط كفرع ثان

الفرع الأول: الضوابط المعتمدة لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة

إن تحديد الاختصاص القضائي في المجال الدولي للحضانة يقتضي الرجوع إلى الأحكام الداخلية للاختصاص الفضائي من أجل تحديد الضوابط المحددة له، والتي تتعلق إما بمدى ارتباط الأطراف بالدولة المثار أمامها النزاع (ضابط موطن المدعى عليه، ضابط الجنسية)، أو ضوابط تقوم على أساس إرادة المتخاصمين (ضابط الخضوع الاختياري). [128]

أ. **ضابط موطن المدعى عليه:**

كقاعدة ومبدأ عام يثبت الاختصاص القضائي الدولي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بموجب ضابط موطن المدعى عليه لمحاكم الدولة التي يتوطن أو يقيم بها هذا الأخير وطنيا كان أو أجنبيا[129]، أين

[128]– سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص262، 263.

[129]– محمد حسن الهداوي وغالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص174.

لا شك في وجود علاقة تربطه بمكان توطنه أو إقامته الذي ترتكز فيه بعض نشاطاته ومصالحه، حيث يلجأ المدعى عليه إلى هذه المحاكم كونها الأنسب والأقدر على كفالة آثار الحكم الصادر عنها.[130]

فكون القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة يقتضي أن تكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص الموجودين في اقليمها بعض النظر عن جنسيتهم.[131]

وقد أخذت بهذا الضابط البعض من التشريعات العربية نذكر منها القانون المصري المادة 2 من قانون المرافعات المصري، القانون الكويتي المادة 12 من القانون الدولي الخاص الكويتي[132]، وعلى غرار التشريعات العربية التي تبنت هذا المعيار نجد أيضا القانون الجزائري الذي نصل في المادة 37 من قاما على أنه: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، مالم ينص القانون على خلاف ذلك.[133]

---

[130]– طلال ياسين العيسي، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 1، 2009، ص314.

[131]– فاطمة زهرة جندولي، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.ص117، 118.

[132]– هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي(دراسة مقارنة)، ط1،دار الفكر الجامعي، 2012، ص56.

[133]– القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الباب الثاني، الفصل الرابع، المادة 37.

فنص هذه المادة أوضح لنا الجهة القضائية المختصة بنظر النزاعات المدنية، وهي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، متى كان له موطن معروف، أو آخر موطن له متى لم يعرف له موطن، أو التي اتفق الأطراف على التقاضي أمامها شريطة عدم وجود نص قانوني يخالف ذلك، أي عدم وجود نص قانوني صريح يعقد الاختصاص لجهة قضائية معينة.[134]

تطبق هذه القاعدة لتنظيم الاختصاص المحلي للمحاكم الجزائرية، حيث يجوز مخاصمة أمام المحاكم الجزائرية، إذا كان له موطن في الجزائر.[135]

ب. ضابط الجنسية:

جنسية المدعى عليه هو مبدأ يقوم على اعتبار سياسي مؤداه أن من وظائف الدولة اقامة العدل بين رعاياها[136]، حيث يثبت الاختصاص القضائي الدولي بموجب ضابط الجنسية لمحاكم كل دولة في القضايا التي تحص أحد مواطنيها سواء كان مدعي او مدعي عليه، أو كان داخل أو خارج الوطن[137]،يعتبر هذا الضابط شخصي وليس اقليمي فهو مبني على صفة الشخص دون الاعتداد بالإقليم ووفقا له ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة إليها المدعى عليه بجنسيته.[138]

---

[134] – سايح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا – شرحا – تعليقا – تطبيقا ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص99.

[135] – سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.ص281–282.

[136] هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص33.

[137] غالب على الداودي وحسن محمد الهداوي، مرجع سابق، ص177.

[138] طلال ياسين عيسى، المرجع السابق، ص313.

وبناءا على ذلك تذهب العديد من التشريعات إلى عقد الاختصاص لمحاكمها بنظر كافة النزاعات التي ترفع على وطنييها، أيا كان محل إقامتهم أو موطنهم كالقانون الكويتي والسوداني[139]، وأيضا القانون الجزائري الذي نص على ذلك في المادتين 41 و42 قام او هذا إضافة إلى مبدأ تحديد الاختصاص القضائي الدولي حسب قانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الذي أقرته المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري.[140]

تنص المادة 41 ق إ م ا على أنه: " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.[141]

تمنح هذه المادة الاختصاص للمحاكم الوطنية في الدعاوى التي يكون فيها المدعي جزائريا والمدعى عليه أجنبيا، مهما كان موطن الطرفين ومهما كانت هناك روابط موضوعية بجهة قضائية أجنبية[142]، فاختصاص المحاكم الجزائرية لا يكون فقط في الالتزامات الالتزامات التعاقدية المبرمة في الجزائر مع جزائريين بل كذلك لتلك المبرمة في دولة أجنبية مع جزائريين، كما تختص في منح الحق للمدعي الجزائري الجنسية حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر.[143]

---

[139] هشام خالد، مرجع سابق، ص54.

[140] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط1، 2010، ص31.

[141] القانون رقم 08-09 السالف الذكر.

[142] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص31.

[143] سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، رسالة ذكتوراه،كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص14.

نصت المادة 42 من القانون السالف الذكر: " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي[144]، فقد أعطى المشرع المدعي الأجنبي بموجب هذه المادة فرصة مماثلة ضد المدعى عليه الذي يحمل جنسية دولة القاضي فمكنه اللجوء إلى محاكم دولة القاضي مراعاة لمصلحته ومصلحة المدعى عليه الجزائري وذلك بحمايته من أن يحاكم في محاكم أجنبية يشتبه في تحيزها.[145]

تجدر الإشارة إلى أن التفسير الحرفي للمادتين 41 و42 يحصر تطبيقهما على الالتزامات التعاقدية فقط، لكن مادام هدف المشرع هو حماية الطرف الجزائري وأن أساس الاختصاص هو الجنسية الجزائرية، فإن تطبيق هاتين المادتين لا يقتصر على تلك الالتزامات فقط بل يتعدى تطبيقها إلى كل الدعاوى المالية التعاقدية وغير التعاقدية ودعاوى الأحوال الشخصية بما فيها الحضانة التي يكون أحد أطرافها جزائريا.[146]

ج. ضابط الخضوع الاختياري:

يقصد بالاختصاص القائم على الخضوع الاختياري فسح المجال الإرادة الخصوم في احتيار محكمة معينة للفصل في النزاع القائم بين الطرفين[147]، فالإرادة تلعب دورا هاما خصوصا في تحديد المحكمة المختصة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، يظهر هذا الدور من خلال الاعتراف بفكرة الخضوع

---

[144]– القانون رقم 08-09، السالف الذكر.

[145]– سمية كمال، المرجع السابق، ص68.

[146]– سمية كمال، المرجع السابق، ص73.

[147]– سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص293.

الاختياري التي تسمح للأطراف باختيار محكمة أو عدة محاكم لتفصل في النزاع القائم بينهم[148]، حيث اتفق البعض من الفقه التشريعات العربية والأوروبية على أن ضابط الخضوع الاختياري من الضوابط المستقرة والتي بمقتضاها تختص المحاكم الوطنية بالنظر في النزاعات ذات الطابع الدولي الخاص إذا اتجهت إرادة الخصوم للخضوع لولايتها[149]، كالتشريع المصري الذي نص صراحة في قانون المرافعات لعام 1968 م على إمكان الخضوع الإرادي للمحاكم المصرية، في حين رفض جانب آخر من الفقه والتشريعات هذا الضابط، كالتشريع الإسباني والأرجنتيني والهولندي، التي رأت بأن ترك إرادة الخصوم طليقة لتحديد المحكمة المختصة يمس باستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات القانونية ذات الصفة الأجنبية لأن هذا الاستقرار هو ما يهدف له القانون الدولي الخاص.[150]

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الضابط حيث نص في المادة 46 من ق ا م ا على أنه: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا.

- يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.

---

[148]– أحمد عبد النور، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015–2016، ص10.

[149]– طلال ياسين العيسي، المرجع السابق، ص316.

[150]– سعاد يوبي، المرجع السابق، ص294.

- يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له.[151]

من خلال الفقرة الأولى نرى أن المشرع أجاز صراحة للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا بنظر الدعوى.[152]

أما الفقرة الثانية حددت الإجراء الواجب القيام به، الذي يتمثل في تصريح محرر من قبل الأطراف حتى يتمكنوا من التقاضي أمام تلك الجهة التي تعتبر غير مختصة، حيث يتضمن هذا التصريح اتفاق موقع من الطرفين المعنيين للتقاضي أمام تلك الجهة، وإن تعذر توقيع أحد الطرفين أو كلاهما وجب الإشارة إلى ذلك في التصريح. أما الفقرة الثالثة فيعقد بموجبها الاختصاص للجهة القضائية متى تم استئناف ذلك الحكم من قبل الأطراف.[153]

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة في الزواج المختلط

إن حل تنازع الاختصاص القضائي الدولي هو الوسيلة المثلى لتحقيق التناسق بين النظم القانونية، فهو يعد بمثابة الخطوة الأولى والأساسية لتحقيق عالمية الحلول التي يسعى القانون الدولي الخاص إلى تقريرها.[154]

---

[151]– فاطمة زهرة جندولي، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص141.

[152]– سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص296.

[153]– سايح سنقوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية –نصا،شرحا،تعليقا وتطبيقا–، مرجع سابق، ص114.

[154]– عبد المنعم زمزمن،الوسيط في القانون الدولي الخاص،د ط، دار الثقافة العربية، ص29.

فالعلاقات الدولية الخاصة تثير العديد المشاكل منها مسألة تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عن علاقة خاصة مشتملة على عنصر أجنبي، فهي تعتبر مسألة أولية هامة وسابقة لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يعمل كل قاضي في كل دولة على التأكد من اختصاصه وفقا لقانونه.[155]

المحكمة المختصة بنظر القانون الجزائري

من المعلوم أنه في مجال الاختصاص القضائي الدولي يمتد العمل بقواعد الاختصاص القضائي الداخلي على المجال الدولي، فينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية لما يكون الضابط الذي تم على أساسه عقد الاختصاص المحلي الداخلي موجود في الجزائر، فإذا كان الضابط هو موطن المدعى عليه فبوجوده في الجزائر ينعقد الاختصاص مباشرة للمحاكم الجزائرية[156]،لقد سبق وذكرنا بأن موطن المدعى عليه من المعايير المهمة لتحديد الاختصاص القضائي سواء الداخلي أو الدولي وذلك بتعلقه بنوع الدعوى، إلا أن المشرع الجزائري استثنى حالات معينة حددها في نص المادة 426 ق إ م ا المعدلة بموجب قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25،[157] حيث جاء في الفقرة الرابعة منها أنه: " تكون المحكمة مختصة اقليميا... في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.[158]

---

[155]– سمية كمال، مرجع سابق، ص09.

[156]– أمينة طغان، تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص466.

[157]– سعاد يوبي، المرجع السابق، ص288.

[158]– القانون رقم 08-09 السالف الذكر.

يلاحظ من خلال هذه المادة بأن الاختصاص ينعقد فيما يخص الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة، ففي حالة انحلال رواج مختلط يطالب القاضي بالفصل في مسألة الاختصاص وفقا لقواعد الاختصاص المحلي وهي مكان ممارسة الحضانة.[159]

ففي حالة وقوع نزاع خاص بممارسة حق الحضانة بين زوجين فرنسيين مستوطنين في الجزائر يجعل الاختصاص كأصل عام يؤول للقضاء الجزائري، إلا في حالة ما إذا فصل القاضي في دعوى الطلاق دون الحضانة، كتحقق واقعة الميلاد بعد النطق بحكم الطلاق ومغادرة الزوجة الإقليم الجزائري فإن الاختصاص هذا يؤول للقضاء الفرنسي.[160]

وبناءا على ذلك يستنتج أن الاختصاص ينعقد للمحاكم الجزائرية بنظر الدعوى المتعلقة بالحضانة إذا كان مقر الزوجية للطرفين الأجنبيين متواجد بالجزائر.

المطلب الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة أمام الجهات القضائية الجزائرية

عدد المشرع الجزائري في المادتان 605 و606 ق ا م ا السندات التنفيذية الأجنبية الجائز تنفيذها ،وذكر على سبيل الحصر الأحكام القضائية الأجنبية القابلة للتنفيذ أمام الجهات القضائية الجزائرية المختصة، وهي تلك الأحكام والأوامر والقرارات القضائية التي يشترط للاعتراف بها أن تتوفر على صفة

[159]– سعاد يوبي، المرجع السابق، ص288.

[160]– فاطمة زهرة جندولي، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص125.

الحكم الذي يعد السند الفاصل قضائيا أو ولائيا في نزاع معين وصادر عن هيئة نظامية مختصة تملك سلطة إصدار الأحكام ،كما يجب أن تتوفر فيه صفة الأجنبية

الفرع الأول : الجهة القضائية المختصة والوثائق الخاصة بدعوى طلب التنفيذ

يرفع طلب الأمر بالتنفيذ إلى الجهة القضائية المختصة لدى الدولة المطلوب منها التنفيذ، حيث حدد المشرع الجزائري المحكمة المختصة بمنح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في المادة 607 ق ا م ا[161] التي تنص على ما يلي: " 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[162]، فلإصدار تنفيذ الأحكام الأجنبية ذات الصلة بانحلال الزواج المختلط وما يترتب عنه من آثار، والمطلوب تنفيذها داخل الإقليم الجزائري، ينعقد الاختصاص إما للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي والتي يوجد في دائرة اختصاصها محل التنفيذ أو للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة اختصاصها محل التنفيذ ذلك بإخطار الجهة القضائية بموجب طلب منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية[163]، فترفع الدعوى وتنعقد الخصومة طبقا للإجراءات العادية في ق ا م ا ويجب تكليف المنفذ عليه

---

[161]– أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص182.

[162]– القانون رقم 08–09 السالف الذكر.

[163]– نورية شبورو، الزواج المختلط وتأثيره على حال زوجين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016–2017، ص253.

بالحضور حضورا صحيحا[164]، ويكون الحكم قابلا للطعن بكافة الطرق المقررة في ق ا م ا الجزائري[165]، أما إذا رفعت الدعوى أمام جهة قضائية غير تلك المذكورة في المادة 607 ق ا م ا فإنها تكون غير مختصة طبقا لما جاء في المادة 36 ق م ج نصت على أنه: " عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى[166]، وفي حالة عدم وجود المنفذ عليه توجه د الإجراءات ضد النيابة العامة كطرف أصلي أو كطرف منظم.[167]

وبالنسبة للقسم القضائي المختص يلاحظ بأنه لا يوجد نص قانوني يحدد القسم المختص بنظر طلب التنفيذ داخل هذه المحاكم، فالبعض رأى بأن القسم المدني هو الذي يرفع إليه طلب منح الأمر بالتنفيذ حتى ولو كان الحكم الأجنبي صادر عن محكمة تجارية أو محكمة أحوال شخصية.. إلخ، في حين رأى البعض الآخر أنه يفترض في هذه الحالة أن يرجع الاختصاص للقسم المماثل لذلك الذي أصدر الحكم الأجنبي[168]، إلا أنه ومراعاة لمبدأ التخصص القضائي فالأمر الراجح هو الأخذ بالرأي الأخير لكونه أكثر توفقا ومنطقا، حيث يقدم كل طلب تنفيذ أمام القسم المختص المماثل لذلك الذي أصدر الحكم الأجنبي، فيقدم طلب تنفيذ

---

[164]– الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مرجع سابق، ص254.

[165]– جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص72.

[166]–سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص341.

[167]– الطيب زروتي، المرجع السابق، ص254.

[168]– نورية شبورو، المرجع السابق، ص254.

حكم ص ادر عن محكمة الأحوال الشخصية متعلق مثلا بمسألة من مسائل الحضانة في الزواج المختلط أمام قسم الأحوال الشخصية.[169]

وبناءا على ما سلف ذكره تحول دعوى الأمر بالتنفيذ للقاضي التأكد من توافر الشروط المقررة قانونا لمنح الأمر بالتنفيذ، وعليه يتعين على المدعي في دعوى الأمر بالتنفيذ إرفاق الطلب بمجموعة من الوثائق التي تم تحديدها في الاتفاقيات المبرمة مع الجزائر.

الوثائق الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ:

لم يحدد ق ا م ا ج بيان للوثائق التي يلتزم طالب تنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بحل نزاعات الحضانة في الزواج المختلط بتقديمها أمام الجهة القضائية المختصة، لكن بالرجوع إلى طبيعة الدعوى التي تفترض وجود حكم أجنبي وبالنظر إلى الشروط المقررة قانونا لمنح الأمر بالتنفيذ واستئناسا بالاتفاقيات السارية المفعول في الجزائر في نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية يمكننا إجمال هذه الوثائق[170] التي لا يمكن أن تتم بدونها اجراءات التنفيذ فيما يلي:

1) صورة رسمية للحكم تتوفر فيه الشروط اللازمة لإثبات صحتها.
2) صورة رسمية عن محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه.

[169]– فاطمة زهرة جندولي، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي، مرجع سابق، ص166.
[170]– جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص741.

3) شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به ما لم يكن ذلك منصوص عليه في الحكم ذاته.

4) نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة إلى الطرف الذي وتخلف عن حضور المرافعة.

5) يجب أن تكون الوثائق المذكورة مصحوبة بترجمة رسمية للغة العربية.[171]

وهذا ما جاء في نص المادة 25 من نص الاتفاقية الجزائرية المغربية، هذا النص له ما يقابله في الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى غير أن هناك اختلاف بين المستندات المطلوب إرفاقها بالطلب نذكر من هذه الاتفاقيات:

- ✓ الاتفاقية الجزائرية التونسية المادة 24.
- ✓ الاتفاقية الجزائرية المصرية المادة 21.
- ✓ الاتفاقية الجزائرية الفرسية المادة 06 وغيرها.[172]

[171]– سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص240.

[172]– فاطمة زهرة جندولي، المرجع السابق، ص.ص167-170.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تنفيذ الأحكام الأجنبية 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:

- ✓ الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي.
- ✓ أو رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي.[173]

1. **منح الأمر بالتنفيذ:** إذا تأكد القاضي الجزائري من توافر الشروط اللازمة للأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة في الزواج المختلط، التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 605 ق أ ما فيقضي بمنح الصيغة التنفيذية ليرتب آثاره في الإقليم الوطني سواء تلك المتعلقة بحجية الأمر المقضي فيه أو بالقوة التنفيذية.[174]

- ➢ حجية الأمر المقضي فيه: إن المقصود بحجية الحكم الأجنبي، هو منع عمال القضاء من إعادة النظر في النزاع الذي فصل فيه بموجب الحكم القضائي، وعليه يمنع القاضي الجزائري من إعادة النظر في دعوى الحلال الرابطة الزوجية وآثارها الحضانة التي سبق للقضاء الأجنبي الحكم فيها مع احترامه

[173]– الزهرة مقداد، انحلال الزواج وأثره في ممارسة الحضانة،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر،تخصص قانون الأسرة،كلية الحقوق،جامعة الشهيد حمة لخضر،الوادي،2016-2017، ص61.

[174]– نورية شبورو، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، مرجع سابق، ص256.

للشروط المحددة قانونا[175]، أي أن الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي يكون من أثرها الحسم في النزاعات، فلا تجوز إثارتها مرة أخرى أمام القضاء فتثبت الحجية للحكم القضائي القطعي بمجرد صدوره سواء كان قابلا للطعن أم لا.[176]

وقد تباينت التشريعات المقارنة بخصوص هذا الأثر، حيث يتجه القانون الألماني إلى الاعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي فيه بعيدا عن تنفيذه الجبري، في حين يرفض القانون الفرنسي الاعتراف للحكم بالتنفيذ[177]، وسند هذا الرفض أن قوة وحجية الأمر المقضي فيه هما وجهان لمسألة واحدة هي تنفيذ الحكم، فقوة التنفيذ حين تستعمل يصل بها صاحب الحق إلى حقه جبرا، والحجية حين يتمسك بها تؤدي إلى إقرار الحق، وهذا هو المعمول به في الجزائر حيث يترتب على منح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي أجنبي ثبوت حجية الأمر المقضي فيه لهذا الحكم وهو ما قررته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/03/28.[178]

في اكتساب الحكم الأجنبي قوة التنفيذ: المقصود بقوة التنفيذ، قابلية الحكم للتنفيذ الجبري على الأموال والأشخاص بواسطة الجهة التي يناط بها التنفيذ وبمعاونة السلطات المختصة ولو باستعمال القوة عند اللزوم، والراجح فقها هو أن القوة التنفيذية تكون للحكم من وقت صدور الأمر بالتنفيذ لأن آثار هذا الأمر

[175]– فاطمة زهرة جندولي، المرجع السابق، ص186.

[176]– أمينة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص186.

[177]– فاطمة جندولي، المرجع السابق، ص199.

[178]– سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص346.

بالنسبة لتلك القوة منشئ وشأن هذه القوة هي ذات القوة التي يتمتع بها أي حكم وطني[179]، ولقد عالج المشرع الجزائري هذا الأثر في المادة 605 ق ا م ا التي نصت على أنه: لا يجوز تنفيذ الأحكام والأوامر والقرارات الأجنبية إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية[180]، " فقبل صدور حكم عن المحاكم الوطنية بمنح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية فإنها لا تتمتع بأية قوة تنفيذية وهو ما أشار إليه أيضا القانون الاتفاقي حيث تنص المادة 41 من اتفاقية راس لانوف للتعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي على أنه: " لا يمكن أن تنفذ إجباريا الأحكام المشار إليها في المادة 37 ويتخذ في شانها أي إجراء رسمي ببلد أحد الأطراف المتعاقدة إلا بعد الأمر بتنفيذها في هذا البلد[181]، وتسترجع الأحكام الأجنبية قوتها التنفيذية بمجرد دخوله الإقليم الجزائري، فالصيغة التنفيذية للحكم تفتح للمدعي باب مباشرة إجراءات التنفيذ لكن هذه والأخيرة تكون وفق ما هو مقرر لتنفيذ الأحكام الوطنية، وتكون مباشرة هذه الإجراءات عن طريق المحضر القضائي الذي يكلف باتخاذ كامل الإجراءات اللازمة ضد المحكوم عليه، ويتمثل أول إجراء بمباشرة المحضر القضائي في التكليف بالتنفيذ، كما يسري الحكم بالتنفيذ أثره على جميع أطراف الدعوى المطلوب لها أمر التنفيذ وفي كل التراب الوطني[182]، كما ذلك الحكم المتعلق بالصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي بأن آثاره ابتداء من تاريخ الحصول على أمر التنفيذ وكذا تدابير التنفيذ،

[179]– أمينة رحاوي، المرجع السابق، ص185.

[180]– القانون رقم 08–09 السالف الذكر.

[181]– الزهرة مقداد، المرجع السابق، ص62.

[182]– نجاة دهامنة، تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص71.

كما لو صدر حكم من المحكمة التي منحت الأمر بتنفيذه عند تاريخ الحصول عليه وذلك ما أكده القانون الاتفاقي في المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية المغربية والمادة 23 من الاتفاقية الجزائرية التونسية والمادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.[183]

2. رفض منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية:

قد لا تتوفر الشروط اللازمة في الحكم الأجنبي المتعلق بنزاع في مجال الحضانة في الزواج المختلط، الأمر الذي يجعل القاضي يرفض منحه الصيغة التنفيذية، فيكون الأمر الصادر بالرفض حائزا لحجية الأمر المقضي فيه[184]، فلا يجوز التقدم بطلب تجديد بغية تنفيذ ذات الحكم كونه حائزا لحجية الشيء المقضي فيه، ويمكن للقاضي منح الصيغة التنفيذية لجزء من منطوق الحكم الأجنبي ورفض الجزء الآخر إذا كان يتعارض مع النظام العام قابلا للانفصال، ويكون المتضرر من الحكم الصادر في دعوى التنفيذ حق الطعن فيه وبالطرق المقررة في القانون الجزائري بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية[185]، غير أن ذلك الرفض لا يمنع من رفع دعوى مبتدئة أمام القضاء الجزائري للمطالبة بنفس الحق الذي تقرر بمقتضى الحكم الأجنبي الذي رفض تنفيذه. [186]

---

[183]– فاطمة زهرة جندولي، المرجع السابق، ص208.

[184]– نورية شبورو، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، مرجع سابق، ص257.

[185]– سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص347.

[186]– نورية شبورو، المرجع السابق، ص257.

ويتفق الفقه والقضاء في فرنسا على أن الحكم مجردا عن الأمر بتنفيذه في الدولة، ويمكن أن يكون دليلا في الإثبات بحيث أنه يجوز لقضاء هذه الدولة أن يستخلص من هذا الحكم معلومات أو قرائن يعتمد عليها في نزاع معروض عليه[187]، فرفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يفصل في مسألة من مسائل الزواج المختلط كإسناد الحضانة لا يعني تجريده من كل قيمة قانونية في الدول المطلوب تنفيذ الحكم فيها، فيمكن الاعتماد على ما جاء في الحكم من مستندات وأوراق واتخاذها كدليل على ما ثبت فيه من وسائل الإثبات كالإقرار واليمين وسماع الشهادة.[188]

كما يمكننا النظر إلى الحكم الأجنبي مجردا من الأمر بتنفيذه بوصفه واقعة قانونية، لا بوصفه حكما وهذا ما ذهب إلية الفقه والقضاء الفرنسي[189]، حيث تترتب عليه بوصفه واقعة قانونية آثار تخص العلاقة القانونية التي صدر الحكم بشأنها.[190]

وبناءا على ما سبق ذكره، يؤكد القضاء الجزائري على الأثر الواقعي للحكم الأجنبي، وهو ما اتضح في قضية طلاق الزوجين الجزائريين المقيمين بفرنسا، والتي ترتب عليها إلى جانب الطلاق لإسناد حضانة الأولاد إلى الأم، والزام الأب بدفع نفقة غذائية شهرية، إلا أنه من خلال حيثيات القضية، يتضح أن الأب وبعد أن تمكن من استرجاع الأولاد إدخالهم إلى مدرسة جزائرية، لجأ إلى القضاء الجزائري، مطالبا الحكم

---

[187]– امينة رحاوي، المرجع السابق، ص189.

[188]– نورية شبورو، المرجع السابق، ص257.

[189]– أمينة رحاوي، المرجع السابق، ص189.

[190]– نورية شبورو، المرجع السابق، ص258.

على الأم باسترجاع مبلغ النفقة الذي سحبته من البنك دون وجه حق مادام أن الأولاد عنده، ولكن يتبين أن القاضي الجزائري رفض طلبه وأسس رفضه بالاستعانة بالحكم الأجنبي الفرنسي الذي أسند الحضانة للأم بصفة قانونية، إذ كان عليه رفع دعوى إسقاط الحضانة في وقتها.

وعليه يتضح أن القاضي الجزائري اعتد بالحكم الأجنبي الذي أسند الحضانة للأم كواقعة عند نظره في دعوى أحقية الأم بمبلغ النفقة دون أن يتم تنفيذ ذلك الحكم على الإقليم الجزائري.[191]

[191]– فاطمة زهرة جندولي، المرجع السابق، ص.ص195–196.

ملخص
الفصل الثاني

ملخص الفصل الثاني:

كملخص للفصل الثاني فقد تعرضنا للتكييف القانوني للحضانة في الزواج المختلط في القانون الجزائري حيث لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد ،بل طبق عليها القانون المطبق على حل الرابطة الزوجية، وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب نص المادة 2/12 من ق م ج كقاعدة عامة ،وطبق عليها استثناءا القانون الجزائري إذا كان أحد الطرفين يحملان الجنسية الجزائرية وقت عقد الزواج وفقا لنص المادة 13 من ذات القانون ّ،إلا أن القضاء كان له دور فعال في حل معظم مشاكل الحضانة .

– أما نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة ،فقد حددنا المسائل التي يتعين على القاضي البت فيها عند الحكم بإسناد الحضانة ،فعلى القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة طبقا لنص المادة 64 ق أج والنفقة الواجبة للحضون نص المادة 75 ق أ ج والولاية على المحضون حسب نص المادة 87 من ذات القانون.

– أما المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة فحسب نص المادة 426 ق إ م إ فإن الاختصاص ينعقد فيما يخص الحضانة وحق الزيارة والرخص الادارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة، ففي حالة انحلال الزواج المختلط يطالب القاضي بالفصل في مسألة الاختصاص وفقا لقواعد الاختصاص المحلي وهي مكان ممارسة الحضانة.

– ومن بين أهم الاثار المترتبة على تنفيذ الأحكام الأجنبية أمام الجهات القضائية الجزائرية فهو أن موضوعها ينصرف إلى منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي قصد تنفيذه في الجزائر لا يمكن أن يخرج عن

إحدى الصورتين :إما الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي أو رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي .

الخاتمة

من خلال الدراسة الماثلة ،وفي نهاية هذا البحث، يتضح لنا أن موضوع الحضانة في الزواج المختلط ،موضوع حساس وذو أهمية كبيرة لما يثيره من إشكالات في المجال الداخلي والدولي ،لهذا فهو من الدراسات التي هي بحاجة لقراءة مستفيضة وواسعة ،لملاحظة الأصول التشريعية الخاصة به، والوصول إلى حلول لبعض هذه الاشكالات التي يرتبها موضوع الحضانة.

فموضوع الحضانة وباعتبار أن هناك طفل يجب النظر إلى مصلحته وحمايته فهو بحاجة لبيئة ملائمة ورعاية بقدر حاجته للغذاء والملبس ،وقد نظم المشرع في قانو الأسرة الجزائري أحكام الحضانة التي تنصب أغلبها في مصلحة المحضون والتي تعتبر كمعيار لإسناد الحضانة ،تاركا السلطة التقديرية للقاضي للبحث عن من هو الأقدر والأنسب لتربية ورعاية الطفل المحضون.

إن الاشكالات الناتجة عن الحضانة في الزواج المختلط لاتقف عند هذا الحد ،بل تتجاوزه إلى بعض المواضيع ،لاسيما مسألة إسنادها والحق في الزيارة ،الإشكال الذي يثار حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط ،إذ لا يمكن تطبيق الأحكام القانونية الداخلية بوجود عنصر أجنبي في العلاقة إلا بعد الأخذ بعين الاعتبار قاعدة الإسناد التي وضعها المشرع الوطني ،والتي توجهنا للقانون المختص بحكم هذا النوع من النزاعات.

كما يعد هذا الموضوع من المواضيع المهمة والبارزة في المجال الدولي الخاص إلا أنه لم يوف حقه بالدراسة والتوضيح بالأخص من الناحية القانونية ،حيث نظمه المشرع الجزائري في مادة واحدة ألا وهي المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري مما يوضح بأن هناك نقص وقصور في التشريع القضائي.

أما إشكالية الحضانة في المجال الدولي الخاص تثير عدة تساؤلات مهمة من خلا المواضيع التي تحتويها إشكالية الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة أمام الجهات القضائية الجزائرية.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها:

- ❖ أن الحضانة حق من حقوق الطفل، وهي من أهم آثار انحلال الرابطة الزوجية ،لاسيما إن كانت هذه الأخيرة مشتملة على عنصر أجنبي.

- ❖ أن الحضانة في الزواج المختلط تثير العديد من الإشكالات الحادة والمعقدة نظرا لاختلاف التشريعات في تكييفها.
- ❖ عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في مختلف الدول مما أثار جدلا فقهيا وقضائيا.
- ❖ أن المشرع الجزائري من بين الدول التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة ،وترك المجال للقضاء الذي اعتمد قاعدة الاسناد المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية باعتماده على ضابط الجنسية أي إخضاع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب نص المادة 2/12 ق م ج
- ❖ أن معظم الدول قامت بمواجهة بعض الاشكالات التي ترتبها الحضانة في الزواج المختلط بابرام اتفاقيات بين الدول منها الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة
- ❖ ان الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين ،هي أيضا لم تحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة ،إنما ضبطت فقط اختصاص المحاكم بمقر مسكن الزوجية، وبما أن الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي فيحدد القانون الواجب التطبيق من خلاله.
- ❖ يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حال مخالفته للنظام العام والآداب العامة أو جاء متحايل على القانون.
- ❖ أن المشرع الجزائري لم يول عناية في تحديد اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في نزاعات الحضانة في الزواج المختلط ،وهو ماستوجب تمديد العمل بالنصوص القانونية الداخلية الواردة في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

لـذا نقترح التوصيات الآتية:

- ✓ فيما يخص قاعدة الاسناد الخاصة بالحضانة على المشرع الجزائري إعادة النظر فيها، وذلك بوضع ضوابط خاصة بالحضانة للحد من المعضلات والاشكالات التي تثيرها الحضانة في الزواج المختلط.
- ✓ على المشرع الجزائري أن يبحث عن حلول أكثر انسجاما وتوضيحا للمعضلات المطروحة وعلاج المشكلات المختلفة.
- ✓ وضع قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي.

قائمة المصادر و المراجع :

قائمة المصادر :

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 05أكتوبر 1961، والتي دخلت حيز التنفيذ في24جانفي1965، المتعلقة باختصاصات السلطات والقانون المطبق في مادة حماية القاصرين، وتحتوي هذه الاتفاقية على 25مادة.
- اتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 نوفمبر 1996، والمتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة السلطة الأبوية وإجراءات الحماية للأطفال.
- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1408 الموافق ل 26جويلية 1988 والموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988.
- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، المؤرخة في 20 نوفمبر 1989 من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بقرار رقم 25/44، دخلت حيز التنفيذ اعتبارا من 02جوان 1990، تضمنت ديباجة و54مادة.
- الاتفاقية التونسية الفرنسية المتعلقة بالتعاون القضائي في مواد الحضانة والزيارة والنفقة، تمت المصادقة عليها في باريس يوم 08مارس 1982، وفي تونس بموجب قانون 82/87 المؤرخ في 02ديسمبر 1984.
- الاتفاقية المغربية البلجيكية لعام 2002، المتعلقة حول حق الحضانة والزيارة والالتزام بالنفقة، بتاريخ 26جوان 2002.

ثالثا: النصوص القانونية

- أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة بالقانون رقم 08 / 20 المؤرخ في 04 مارس 2008 ، الصادر بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956.
- قانون رقم 03 –70 المؤرخ في 03 فبراير 2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09 / 08، المؤرخ في 16 يوليو 2010 ، ج. ر.ع 5859 بتاريخ 26 يوليو 2010.
- الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395،الموافق ل26سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني ،الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30سبتمبر 1975 المعدل والمتمم حسب آخر تعديل له بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو 2007،جريدة رسمية رقم 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.
- قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09رمضان 1404هـ الموافق ل9يونيو سنة 1984،المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم حسب آخر تعديل بالأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

رابعا: الاجتهادات القضائية:

- قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (91671)، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994
- قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، السلف رقم (476515)، بتاريخ 14/01/2009، مجلة المحكمة العليا، العدد 01)، الجزائر، 2009.
- قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (613469) الصادر بتاريخ 10/03/2011، مجلة المحكمة العليا، ع1، الجزائر، 2012.

- قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، الملف رقم (52207)، قرار صادر بتاريخ 1990/01/28، المجلة القضائية، العدد (4)، الجزائر، 1990
- قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى للقضاء، الملف رقم (52207)بتاريخ 1989/01/02، نقلا عن: لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة من عما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى 2014.دار هومة، الجزائر، 2014
- قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، الملف رقم (187692) بتاريخ 1997/12/23، مجلة المحكمة العليا، العدد 1. الجزائر، 1997.

قائمة المراجع:

أولا : الكتب

- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، الجزء13.
- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- العيش فضيل، قانون الأسرة (مدعم لاجتهادات قضاء المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة 1
- بلحاج العربي، قانون الأسرة ،مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- ---------, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية, الطبعة 5, الجزائر، 2007

- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات كليك، 2013
- عبد المنعم زمزمن،الوسيط في القانون الدولي الخاص،دون طبعة، دار الثقافة العربية.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر،2007 .
- علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية،2006.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر ، 1986
- صلاح الدين جمال الدين ،مشكلات الحضانة في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2004.
- محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون، الطبعة 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957
- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي(دراسة مقارنة)، الطبعة1،دار الفكر الجامعي، 2012.
- --------، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- سايح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا – شرحا – تعليقا – تطبيقا ، الجزء 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

أ- رسائل الدكتوراه

- أحمد عبد النور، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016
- تشوا حميدوا زكية، مصلحة المحضون في قوانين الأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان، الجزائر،2004-2005
- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص،رسالة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم والسياسة، جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان، 2018.2019
- سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- نورية شبورو، الزواج المختلط وتأثيره على حال زوجين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.

ب- رسائل الماجيستير:

- جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله – دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجيستير في القانون الدولي الخاص ،كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجيستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، 2014.2015
- زير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011

أ- مذكرات الماستر

- أمينة طغان، تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20أوت 1955، سكيكدة،2015-2016.
- الزهرة مقداد، انحلال الزواج وأثره في ممارسة الحضانة،مذكرة ماستر ،تخصص قانون الأسرة،كلية الحقوق،جامعة الشهيد حمة لخضر ،الوادي،2016-2017
- حسين ليتيم، السلطة الأبوية في حماية القاصر في القانون الدولي الخاص الجزائري، مذكرة ماستر أكاديمي، تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر 2015 2016.
- سارة خريسي، دعاوى الحضانة وإشكالاتها، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20أوت 1955، سكيكدة، جوان2016
- سهيلة بوحوية، فتيحة رشيدي، الحضانة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2014-2015.
- تاسعديت مرزوق وبوسحساح زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج،البويرة، 2016

ثالثا: المقالات

❖ آمنة محمدي بوزينة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 56،العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة شلف

❖ ----------، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ،المجلد 11 ،العدد 2(عدد خاص) ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020

❖ ----------، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد رقم3، العدد5، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسيمسيلت، 2017.

❖ أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر سياسية والقانون، العدد4،جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2011

❖ سلمى غنام، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 12،العدد3، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2010.

❖ سعاد يوبي، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نموذج)، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، شعبان 1437، جوان 2016.

❖ فراس شيعان، تنازع القوانين في الحضانة–دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة–،مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع1، السنة 05، العراق،2013.

❖ عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

❖ طاهري آسيا، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد الرابع، العدد2، جامعة الجزائر02، الجزائر، 2020

❖ طلال ياسين العيسي، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 1، 2009.

❖ كحلة غالي، الاشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 9، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2محمد بن أحمد، 2017.

❖ عبد الرسول كريم أبو صبيع، اثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين ،مجلة الكوفة،العدد2،جامعة الكوفة.

❖ نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها(دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين، المجلد 16، العدد 59، السنة 18، جامعة الموصل، العراق.

رابعا: المحاضرات

❖ آمنة محمدي بوزينة، محاضرات قواعد الاسناد في الاحوال الشخصية، ألقيت على طلبة سنة ثانية ماستر، تخصص قانون اسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف،2019-2020.

❖ أحمد عبد النور،محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري،مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون أسرة،المركز الجامعي نور البشير بالبيض،السنة الجامعية 2016-2017.

❖جمال بن عصمان، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، ألقيت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015

الموقع الالكتروني :

❖ فتاوى الأزهر، الموسوعة الشاملة:www.isslamport.com تاريخ الزيارة 2022/05/02 على الساعة 23:05

Table des matières

المقدمة .....أ

الفصل الأول : 16

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للحضانة في إطار الزواج المختلط.....7

المطلب الأول : مفهوم الحضانة 8

الفرع الأول : 8

الفرع الثاني : 12

المطلب الثاني: التكييف القانوني للحضانة في إطار الزواج المختلط..... 18

لفرع الأول : .....

الفرع الثاني : .....

المبحث الثاني: دور التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط..... 22

المطلب الأول: دور التشريعات المقارنة في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط..... 23

لفرع الأول : 19

الفرع الثاني : 20

المطلب الثاني: دور الاتفاقيات الدولية في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط..... 28

لفرع الأول : 30

الفرع الثاني : 31

الفصل الثاني: الحلول الوضعية للمشرع والقضاء الجزائري في حل مسألة الحضانة في الزواج المختلط38

المبحث الأول :القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط أمام القضاء الجزائري .. 39

لفرع الأول : 46

الفرع الثاني : 48

المطلب الأول: الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الجزائري..... 39

المطلب الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة..... 45

لفرع الأول : 46

الفرع الثاني : 48

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي لدعوى الحضانة في الزواج المختلط أما القضاء الجزائري... 55

المطلب الأول: انعقاد الاختصاص القضائي الدولي 55

لفرع الأول : 57

الفرع الثاني : 63

المطلب الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة أمام الجهات القضائية الجزائرية 64

لفرع الأول : 66

الفرع الثاني : 70

خاتمة.....88

قائمة المصادر و المراجع 90

الفهرس 99