جامعة ابن خلدون – تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

تخصص: القانون الخاص المعمق

الموضوع:

الحضانة في القانون الدولي الخاص

- دراسة مقارنة -

إعداد الطالبتين:

- خليف بشرى
- رحو أميرة

إشراف الأستاذة:

عيشوبة فاطمة

لجنة المناقشة:

الأستاذ	الرتبة	الصفة
سماحي خالد	أستاذ محاضر "أ"	رئيسا
عيشوبة فاطمة	أستاذ محاضر "أ"	مشرفا
بلاق محمد	أستاذ تعليم عالي	مناقشا
عابدي عبد الله	أستاذ محاضر "أ"	مدعوا

أجيزت ونوقشت علنا بتاريخ:2023/06/09.

السنة الجامعية: 2023/ 2024م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون – تيارت-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

فريق ميدان التكوين :

إذن بالإيـــــــداع

أنا الممضي أسفله الأستاذ: ...عبيشة نبيلة فاطمة.....

المشرف على المذكرة الموسومة بـ :...الحماية في القانون الدولي الجنائي "دراسة مقارنة"

من إعداد الطالب (01) : .....خليفي يسرى.....

الطالب (02): .....رحو أميرة.....

تخصص : .....قانون جنائي معمق.....

امنح الإذن للطلبة بإيداع المذكرة على الأرضية الرقمية لاستكمال إجراءات المناقشة .

الأستاذ المشرف

جامعة ابن خلدون – تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

تخصص: القانون الخاص المعمق

الموضوع:

الحضانة في القانون الدولي الخاص

- دراسة مقارنة -

إعداد الطالبتين:

- خليف بشرى
- رحو أميرة

إشراف الأستاذة:

عيشوبة فاطمة

لجنة المناقشة:

الأستاذ	الرتبة	الصفة
سماحي خالد	أستاذ محاضر "أ"	رئيسا
عيشوبة فاطمة	أستاذ محاضر "أ"	مشرفا
بلاق محمد	أستاذ تعليم عالي	مناقشا
عابدي عبد الله	أستاذ محاضر "أ"	مدعوا

أجيزت ونوقشت علنا بتاريخ:2023/06/09.

السنة الجامعية: 2023/ 2024م

بسم الله الرحمن الرحيم

يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ

﴿ الآية ١٣ ﴾

شـكـر وتـقـديـر

بسم الله الذي بنعمته تتم الصـالحات وتكتمل الأمنيات والصـلاة والسـلام على أطهر الخلق وسـيد البشـر الذي انشـق له القمر وأول من نزل عليه الوحي بأن "اقرأ" ومن هنا اتخذنا سـبيلا لطلب العلم نيلا لمرضـاة الله ومنفعة للإسـلام وارتقاء بالذات والحمد لله حمدا كثيرا والشـكر لمن كان عونا لنا في شق هذا الطريق ، ونخصص شكرنا للتي كانت بمثابة الأم قبل المؤطر المشرف أستاذتنا الفاضلة و قدوتنا " عيشوبة فاطمة " .

قائمة المختصرات :

ق.أ	قانون أسرة
ق.م	قانون مدني
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
ق.م.ف	قانون مدني فرنسي
د.س.ط	دون سنة طبع
ج	جزء
ج.ر	جريدة رسمية

مقدمة

لقد خلق الله تعالى الإنسان و كرمه و هداه و فضله ، وخلق له من نفسه زوجا ليسكن إليه وجعل بينهما مودة ورحمة لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[1] ،و بث منهما بنينا و حفدة و رزقهم من الطيبات و سن لهم من التشريعات ما يبين لكل فرد من الأسرة الواجبات و الحقوق التي له وعليه لتستقيم الحياة على ذلك . إذ يعتبر الزواج أهم لبنة لبناء المجتمع، فيعد ناجحا عند استقراره واستمراره. أما عند استحالة العشرة بين الزوجين فالسبيل هنا هو أبغض الحلال "الطلاق" الذي أحله الله وجعله مخرجا لمن ضاقت بهم السبل في التفاهم، فتتشتت هذه الأسرة ويصبح كلا الزوجين أجنبيا عن الآخر، يجمع بينهما رابط وحيد هو أطفال ضعاف بحاجة إلى الرعاية والحماية، ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق " الحضانة "، التي تهدف للحفاظ على حقوق الطفل ورعايته والاهتمام به. بيد أنه في العديد من الحالات تنشأ نزاعات حادة بشأن الحضانة و تزداد تعقيدا إذا كان أطراف النزاع من دولتين مختلفتين يحملان جنسيتين مختلفتين ، هذا مع انتشار الزواج المختلط .

تعتبر مسألة الحضانة في القانون الدولي الخاص من أهم الآثار التي قد تترتب على انحلال الرابطة الزوجية مما قد يترتب عنها إشكالات قانونية متعددة ، لذلك حظي موضوع الحضانة في الزواج المختلط باهتمام كبير من قبل الشريعة الإسلامية ، فقد عرفها الفقه الإسلامي في القديم بحضانة الأم الأجنبية، و أجمعوا على أن تكون الحضانة للأم وفقا لشروط و أحكام تختلف على أساس مصلحة المحضون و التي تزداد صعوبة في الزواج المختلط نتيجة لاختلاف العقائد والتعاليم الدينية والنظام العام بين الدول .

---

[1] الآية21 من سورة الروم .

تبرز أهمية موضوع الحضانة في القانون الدولي الخاص لتعلقه بالجانب العملي الواقعي، ذلك في ظل انتشار ظاهرة الزواج المختلط و ازدياد حالات الطلاق ، و الإشكالات القانونية العويصة التي تثيرها ، خاصة عند اختلاف التشريعات حول القانون واجب التطبيق و غياب قاعدة إسناد خاصة بها في العديد من التشريعات كالتشريع الجزائري ، كما تعد الحضانة من أهم الآثار التي تترتب على الزواج المختلط و التي من الممكن أن تمتد إلى ما بعد الزواج في حالة الانفصال بين الزوجين إذا حصل نزاع على حضانة الأطفال باعتبارهم أضعف شريحة في المجتمع .

نظرا لأهمية الموضوع وانتشاره في المجتمعات يوما بعد يوم في العصر الحديث ، مع زيادة العلاقات الاجتماعية و الاقتصادية و السياحية و حركة التنقل بين الشعوب ، وعدم التطرق إليه من قبل الباحثين والمؤلفين إلا حديثا ، كما أن موضوع الحضانة في إطار القانون الدولي الخاص يفرض نفسه واقعيا لعدم وجود نصوص قانونية خاصة بها لحد الساعة في القانون الجزائري .

لهذا ارتأينا اختيار هذا الموضوع رغبة في الغوص في مسائل الأحوال الشخصية خاصة موضوع الحضانة، وكذا الميل الشخصي إلى القانون الدولي الخاص واهتمامنا بالمواضيع المتعلقة به، لذلك تم الجمع بين المسألتين في موضوع واحد.

بما أن موضوعات القانون الدولي الخاص تشمل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي فإن هدفنا من هذه الدراسة إيجاد القانون واجب التطبيق على الحضانة خاصة في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بها في التشريع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى ، واختلاف الفقهاء والقضاء في تحديد طبيعتها القانونية ، وكذا معرفة الجهة القضائية المختصة في منازعات الحضانة المشتملة على عنصر أجنبي ، بالإضافة إلى معرفة إجراءات وشروط تنفيذ الأحكام الأجنبية ، ذلك بالمقارنة مع القوانين الأخرى .

ومن بين الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذا البحث قلة المؤلفات المتخصصة في مجال الحضانة في القانون الدولي الخاص ، أما الكتب العامة فنادرا ما تتطرق إلى هذا الموضوع ، وصعوبة الوصول إلى الأحكام والقرارات القضائية الحديثة .

لعل أهم الدراسات التي تناولت موضوع "الحضانة في القانون الدولي الخاص" :

- أطروحة دكتوراه للطالبة خديجة حاج شريف بعنوان : "الحماية القانونية للمحضون في القانون الدولي الخاص "، تطرقت من خلالها إلى التعرف على نطاق حماية المحضون في القانون الدولي الخاص وتبيان القانون واجب التطبيق ، بالإضافة إلى الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في القانون الدولي الخاص .
- دراسة الطالبة يوبي سعاد في أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تحت عنوان " الحضانة في القانون الدولي الخاص " حيث عالجت من خلال الباب الأول تنازع القوانين في الحضانة، أما في الباب الثاني فتطرقت إلى الاختصاص القضائي الدولي والاعتراف بالأحكام الأجنبية في مجال الحضانة ، بالإضافة إلى إعطاء فكرة عن مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري في الفصل التمهيدي ، وكانت هذه الأطروحة هي الأقرب لموضوعنا إذ اختلفا في طريقة العرض وفي التشريعات المقارنة المتطرق إليها .

بناء على ما سبق وقصد الوصول إلى الأهداف المرجوة من هذا البحث نطرح الإشكالية التالية: **كيف عالج المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة مسألة الحضانة في القانون الدولي الخاص ؟**

والتي يندرج تحتها عدة تساؤلات فرعية تتمثل في :

- ما مفهوم الحضانة ؟ وما طبيعتها القانونية ؟

- ما هو موقف القانون الجزائري والقوانين المقارنة من تنازع القوانين في مسألة الحضانة؟
- فيم يتحدد نطاق تطبيق القانون واجب التطبيق على الحضـــانة ؟ وما هي الإشكالات المترتبة عنه ؟
- ما هي الجهة القضــائية المختصــة في دعاوى الحضــانة الناجمة عن الزواج المختلط ؟
- كيف يتم تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضــانة ؟ وما هي الجهة القضــائية المختصة بذلك ؟

لمعالجة الإشـكالية المطروحة اعتمدنا المنهج الوصــفي عند تعريف مختلف المفاهيم المتعلقة بالدراســة، والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصــوص القانونية الخاصــة بموضــوع الدراســة ، بالإضافة إلى المنهج المقارن باعتبار أنه تمت دراسة موقف مختلف التشريعات العربية (التونسي، المصري، الأردني ، الكويتي والعراقي) والتشريع الفرنسي .

ذلك من خلال خطة ارتأينا تقسيمها إلى فصلين ، حيث تطرقنا في الفصل الأول إلى القانون واجب التطبيق على الحضـــانة من حيث تحديده في المبحث الأول ، ونطاق تطبيقه والإشـــكالات المترتبة عنه في المبحث الثاني ، أما الفصــل الثاني درســنا من خلاله دعوى الحضــانة المشــتملة على عنصر أجنبي حيث تناولنا في المبحث الأول الاختصاص القضائي الدولي في دعوى إسناد الحضانة ، و في المبحث الثاني تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالحضانة، متطرقين قبل ذلك إلى الإطار المفاهيمي للحضــانة في المبحث التمهيدي، و اختتمنا هذا البحث بخاتمة اســتخلصــنا فيها أهم النتائج و قدمنا توصيات .

المبحث التمهيدي:

الإطار المفاهيمي للحضانة

من أجل دراسة موضوع الحضانة في القانون الدولي الخاص يجب علينا قبل ذلك دراسة الإطار المفاهيمي للحضانة من خلال التطرق إلى تعريفها وطبيعتها القانونية (المطلب الأول) ومن ثم إسناد الحضانة (المطلب الثاني) وفي الأخير الأثار المترتبة على إسناد الحضانة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الحضانة وطبيعتها القانونية

سنتناول من خلال هذا المطلب تعريف الحضانة (الفرع الأول)، والطبيعة القانونية للحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحضانة

لفهم معنى الحضانة لا بد من التطرق أولا إلى تعريفها لغة ثم اصطلاحا.

أولا: تعريف الحضانة لغة

عرف ابن منظور في كتابه لسان العرب الحضانة من فعلها الثلاثي "حَضَنَ": حَضَنَ الصَّبِيَّ يَحْضُنُهُ حَضْنًا وحِ/حَضَانَةً –وقوله حَضَانَة هو بِفَتْحِ الحَاءِ وكَسْرِهَا –: جَعَلَهُ فِي حِضْنِهِ وقال أيضا "وحَضَنَ الطَّائِرُ أَيْضًا بَيْضَهُ يَحْضِنُ حَضْنًا وحِضَانَةً وحِضَانًا

وحُضُونًا: رَجَنَ عَلَيْهِ لِلتَّفْرِيخِ، قال الجوهري حَضَنَ الطَّائِرُ بَيْضَهُ إذا ضَمَّهُ إِلَى نَفْسِهِ تَحْتَ جَنَاحَيْهِ وَكَذَلِكَ المَرْأَةُ إِذَا حَضَنَتْ وَلَدَهَا". والحَضَانَة مَصْدَرُ الحَاضِنِ والحَاضِنَةِ...

وحَضَـنَ الصَّـبِيَّ يَحْضُـنُهُ حَضْـنًا: رَبَّاهُ والحَاضِـنُ والحَاضِـنَةُ المُوَكَّلَانِ بِالصَّـبِي يَحْفَظَانِهِ وَيُرَبِّيَانِهِ[1].

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية عدة تعاريف للحضانة، ومن خلالها أخذت أغلب التشريعات العربية تعريفها القانوني للحضانة، وعليه نتطرق في هذا العنصر للتعريف الفقهي ومن ثم التعريف القانوني.

أ: تعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية

عرف فقهاء المالكية الحضانة على أنها "حفظ وعناية العاجز عن القيام بأمور نفسه ورعايته في ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه"[2]، أما الحنفية عرفوا الحضانة بأنها: "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له حق الحضانة"[3]، في حين عرفها فقهاء الشافعية: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه بسبب صغر سنه أو جنون أو عته [4]"، كما

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة،مصر، د.س.ن، ص.911 ، 912 .

(2) محمد عرفة الدوسقي المالكي، حاشية الدوسقي على الشرح الكبير للدردير، ج2، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص. 451 .

(3) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ج3، رد المختار على الدرر المختار، طبعة دار الفكر، بيروت،لبنان، 1421هـ، ص. 560 .

(4) شمس الدين محمد بن أحمد الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، المطبعة البهية المصرية، مصر، 1317هـ، ص. 255 .

تعرّف عند الحنابلة : "بضم المحضون وتربيته وكفالته والقيام بمصالحه كغسل رأس الطفل ويديه وثيابه ودهنه وتكحيله والإنفاق عليه وكل ما يتعلق بمصالحه [1]" .

نلاحظ من التعريفات السابقة أن الحضانة التزام بتربية وحفظ الصغير حتى سن معين، وقد تزيد في حالة ما كان الطفل مجنونا أو عاجزا ولو كبر سنا[2].

ب: التعريف القانوني

بالرغم من أن المشرع الجزائري لا يأتي بتعاريف للمصطلحات القانونية إلا نادرا غير أنه تطرق لتعريف الحضانة لأهميتها، فقد تناولت المادة 62 من قانون الأسرة تعريفها على أنها ‹‹الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك›› [3]".

بينما عرفها المشرع التونسي في المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته "[4]، في حين جاءت المدونة المغربية للأحوال الشخصية بتعريف

---

[1] منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج3، مكتبة النصر الحديث للنشر، الرياض، السعودية، د.س.ن ، ص. 324 ، 325 .

[2] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014/2013، ص. 419 .

[3] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 الموافق ل 9 رمضان 1404 المتضمن قانون الأسرة، ج. ر العدد 24 الصادرة في 12 يونيو 1984 الموافق ل 12 رمضان 1404، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-12 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الموافق لـ 18 محرم 1426، ج. ر العدد 15، الصادرة في 27 فبراير 2005 الموافق لـ 18 محرم 1426 .

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999، ص.379.

الحضـــانة في المادة 97 منها بأنها "حفظ الولد مما قد يضـــره قدر المســـتطاع، والقيام بتربيته ومصالحه"[1].

من خلال التعريفات الســـابقة نجد أن المذاهب الفقهية الأربعة بالإضـــافة إلى التشـــريعات (الجزائرية، التونسية والمغربية) عرفوا الحضـانة على أسـاس أهدافها وهي حفظ الولد والقيام بتربيته وهذا ما يشـترك أيضـا مع التعريف اللغوي، غير أن المشـرع الجزائري حدد مدة الحضـانة بعشـر سنوات للذكر مع إمكانية تمديدها لستة عشر سنة، والأنثى ببلوغها سن الزواج، هذا ما خالف فيه الفقهاء في ربطهم الحضانة بصغر سن الطفل[2].

مع وجود التعريف التشـــريعي لم يتطرق شـــراح القانون وكذا القضـــاء الجزائري إلى تعريف الحضـانة، إلا أن الدكتور عبد العزيز سـعد يعتبر التعريف الوارد في المادة 62 ق.أ أحسـن تعريف مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى لأنه يجمع بين كل ما يتعلق بحاجة المحضـون الدينية والصـحية والخلقية[3].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحضانة

اختلفت التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للحضـانة وهذا نظرا لاختلاف الفقه والقضـاء في ذلك، فهناك من يكيفها على أســـاس أنها أثر من أثار الزواج أو الطلاق في حين اعتبرتها تشريعات أخرى على أنها أثر للنسب أو ولاية على المال .

---

(1) المرجع نفسه، ص.379 .

(2) باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للنشر والطباعة، عين مليلة الجزائر، 2012، ص.124 .

(3) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة، الجزائر، د.س.ن ، ص.293 .

من خلال هذا الفرع سوف نبين الطبيعة القانونية للحضانة في التشريع الجزائري (أولا)، وفي التشريعات المقارنة (ثانيا).

أولا : الطبيعة القانونية للحضانة في التشريع الجزائري

إن مسألة الحضانة لا تثار عادة إلا عند حل الرابطة الزوجية، لذلك اعتبرها جانب من الفقه أثرا من آثار الطلاق[1].

مهما يكن من أمر فالمشرع الجزائري سلك نفس الاتجاه باعتباره الحضانة أثر من آثار الطلاق وأساس ذلك إدراجها ضمن الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق في المواد من 62 إلى 72 ق.أ [2]، بالإضافة إلى أنه دائما ما يكون الحكم الذي يفصل في إسناد الحضانة هو نفسه الحكم الذي يقضي بطلاق الزوجين[3].

ثانيا: الطبيعة القانونية للحضانة في التشريعات المقارنة

لم يبين المشرع المصري في قانون الأحوال الشخصية الطبيعة القانونية للحضانة، هذا ما أدى إلى اختلاف بين فقهاء القانون المصريين والقضاء المصري في تكييف الحضانة، حيث كيف القضاء المصري الحضانة على أنها أثر من آثار الزواج وأكدّ ذلك بعدة أحكام قضائية منها: حكم صادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 26 فيفري 1952 الذي

---

(1) زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر ،2011/2010، ص.116 .

(2) عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية ،الجزائر، يومي 23–24 أفريل 2014، ص.202.

(3) الملحق رقم 01.

اعتبر الحضـــانة على أنها من آثار الزواج[1]، أما الفقيه **بارتن** BARTIN كيفها على أنها ولاية على المال وجاء على هذا النحو قرار محكمة القاهرة رقم 89، المؤرخ في 02 فيفري 1954[2]، وقد انتقد هذا الرأي بأن الولاية على المال ترمي لحفظ مال الطفل وليس حفظ الطفل وتربيته [3].

هكذا هو الحال أيضا في فرنسا حيث يرى الفقهاء الحضانة على أنها أثر من آثار الزواج بما أن الولد ناتج عن علاقة زوجية، إلا أن القضـــاء الفرنســـي يكيفها على أنها أثر لانحلال الزواج، بحيث لا يثار النزاع حولها مادام الزوجين لم يتطلقا[4].

المطلب الثاني: إسناد الحضانة

ســـنتناول في هذا المطلب أصـــحاب الحق في الحضـــانة في الفرع الأول، وحالات ســـقوط الحضانة وعودتها في الفرع الثاني .

الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة (أولا) والشروط الواجب توفرها في الحاضن (ثانيا).

---

(1) أمحمدي بوزينة آمنة، اشكالات تنازع القوانين في الأحوال الشخصية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول القضايا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،مصر، 2019، ص. 434 .

(2) غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 99 ، المركز الجامعي بغليزان،2017، ص. 160 .

(3) خديجة حمادي وكمال مخلوف، إشكالية تنازع القوانين في الحضانة دراسة مقارنة، مجلة المعارف، المجلد17، العدد2، جامعة البويرة، الجزائر، 2022، ص. 5 .

(4) عماد إشوي، المرجع السابق، ص. 202 .

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

لقد أورد المشرع أصحاب الحق في الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاءت كما يلي: ‹‹الأم أولى بحضـــانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصـــلحة المحضـــون في كل ذلك وعلى القاضـــي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة››.

عند تحليلنا لهذه المادة نلاحظ أن المشـرع الجزائري أكد على مصـلحة المحضـون باعتبارها عنصـر جوهري وأسـاسـي في إسـناد حق الحضـانة، بحيث أنه يمكن للقاضـي أن لا يأخذ بالترتيب الوارد في نص المادة 64 ق.أ بما له من سلطة تقديرية، كما أنه يجب عليه أثناء الحكم بالحضـانة لأحد الأبوين أن يقر بحق الزيارة للآخر[1].

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الحاضن

لم ينص المشـرع الجزائري على الشـروط اللازم توفرها في الحاضـن بل اكتفى بقوله في الفقرة الثانية من المادة 62 ق.أ على ما يلي: ‹‹ ... ويشترط في الحاضـن أن يكون أهلا للقيام بذلك ››. لذلك تولى الفقه تحديد شـروط الحضـانة[2] المتمثلة في: البلوغ والعقل، القدرة، الأمانة على الأخلاق والإسلام.

---

(1) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014، ص. 103 .

(2) هادفي بسمة و لموشي عادل، فساد أخلاق الحاضن وأثره على الحق في الحضانة، دراسة على ضوء الفقه والقانون الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 07، العدد 01،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، 2023،ص. 412.

أ- البلوغ والعقل: لا يمكن أن تسند الحضانة لغير بالغ حتى وإن كان مميز فيشترط في الحاضن أن يكون بالغا 19 سنة طبقا للمادة 19 ق.م، كما لا تسند لمعتوه أو مجنون باعتباره هو من يحتاج لرعاية طبقا للمواد من 42 إلى 44 ق.م [1].

ب- القدرة: الأصل في الحضانة رعاية الطفل وصيانته والمحافظة عليه ولذلك يجب أن يكون الحاضن قادرا على ممارسة هذا الحق طبقا لهذه الشروط، كما يجب أن يكون خال من الأمراض المعدية حفاظا على صحة المحضون وسلامته [2].

ج- الأمانة على الأخلاق: أهم صفة يجب توفرها في الحاضن هي الأمانة من أجل تربية الطفل تربية حسنة، فالفاسق غير الأمين لا يمكن أن يربي المحضون تربية صالحة، لأن الأخير قد يأخذ صفات الشخص الحاضن وهذا ما يؤثر على تربيته وأخلاقه، لذلك شدد القانون والقاضي المختص أثناء اسناده الحضانة على أخلاق الحاضن[3].

د- الإسلام: اختلف الفقهاء حول ما إذا كان الإسلام شرطا في الحضانة، أما المشرع الجزائري فقد سار على خطى المذهب المالكي الذي اعتبر أن الإسلام لا يعد شرطا لممارسة الحضانة بحيث لا تتعدى هذه الأخيرة الرضاعة وخدمة المحضون وهذا بالنظر لما جاء في نص المادة 62 ق.أ، حيث أن عبارة ‹‹ القيام بتربيته على دين أبيه ›› تعني حتى وإن كانت المرأة الحاضنة غير مسلمة تربي الولد على دين أبيه المسلم [4].

---

[1] المرجع نفسه، ص. 412 .

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 152 .

[3] رمضان علي الشربصاني وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص.187.

[4] باديس دياببي، المرجع السابق، ص. 134،135 .

وبالمقارنة مع القوانين العربية الأخرى نجد مثلا المشـــرع المغربي ينص على أن المرأة غير المسـلمة تحتضــن ابنها إلى أن يبلغ خمس سـنوات، وهو الأخر في هذا الشــأن يسـاير المذهب المالكي، أما القضـاء التونسـي فقد فصـل في أحد القضـايا بإسـناده الحضـانة للأم المسـيحية والتي ربت الابن على دينها، فحكم في قضية أخرى بحرمان الزوجة غير المسلمة من الحضانة[1].

الفرع الثاني: حالات سقوط الحضانة وعودتها

سوف نتطرق من خلال هذا الفرع إلى تبيان حالات سقوط الحضانة(أولا) وعودتها (ثانيا).

أولا: حالات سقوط الحضانة

إن الحق في الحضـانة ليس أبدي يمكن أن يسـقط بأي سـبب من الأسـباب، حيث حدد قانون الأسرة هذه الأسباب في المواد من 60 إلى 70.

أ: سقوط الحق في الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم

طبقا لنص المادة 66 من ق.أ يسقط حق المرأة في حضـانة الأولاد في حالة زواجها من رجل أجنبي عنهم[2]، وجاء في قرار المحكمة العليا أنه تسـقط الحضـــانة بمجرد إعادة الحاضـــنة الزواج بغير قريب محرم، ومصـــلحة المحضـــون في هذه الحالة مفترضـــة بنص القانون وليس بتقدير القاضي، لأن مصلحة الولد تتطلب أن يكون مع أبيه بدلا من زوج أمه[3].

---

(1) نسرين شريقي و كمال بوفرورة تحت إشراف مولود ديدان، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، دار البيضاء، 2018، ص. 84 .

(2) المرجع نفسه، ص.85 .

(3) بلحاج العربي، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة، الجزائر، 2018، ص. 346 .

ب: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل

نص المشـرع في ذات المادة على أن: ‹‹ يسـقط حق الحضـانة ... بالتنازل ما لم يضـر بمصلحة المحضون ›› وبهذا أعطى المشرع حق التنازل عن الحضانة بشرط أن لا تمس بمصلحة المحضون أما إذا كانت تتعارض مع مصلحته يرفض القاضي طلبها باعتبار أنها تتوافر فيها كامل الشروط القانونية[1].

ج: سقوط الحضانة عند الإخلال بشروط المادة 62

تسقط الحضـانة بالإخلال بالالتزامات الواردة في المادة 62 ق.أ متى أثبت أن صـاحب الحق قد عجز وأهمل واجبه اتجاه المحضون وتركه دون عناية وتعليم وحماية، حيث أن القاضـي أسند له الحضـانة طبقا لهذه الشروط وأنه أهلا لذلك[2]، كما أضـاف أن عمل المرأة لا يمكن أن يسقط حقها في الحضـــانة مادام لا يمس بمصـــلحة المحضـــون ولا يعد عائقا يحرم الطفل من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحته[3].

د: سقوط الحضانة بالتقادم

نص المشـرع الجزائري في المادة 68 ق.أ: ‹‹ إذا لم يطلب من له الحق في الحضـــانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها ›› وعليه إذا سكت صـاحب الحق عن حقه في الحضـانة

---

(1) لعميري ياسين، الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد1،جامعة آكلي محند، بويرة ،2021، ص. 2136 .

(2) المرجع نفسه، ص. 2136 .

(3) مروة بن شويخ، مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد3، جامعة البليدة 2،الجزائر، سبتمبر 2017، ص. 167 .

لمدة تزيد عن سنة بدون عذر ومع علمه بأن حق الحضانة نسب له لكنه سكت عن المطالبة به فيؤدي ذلك إلى سقوط حقه[1].

هـ: سقوط حق الجدة والخالة بسكنها مع أم المحضون المتزوجة

من خلال المادة 70 ق.أ.ج يتضح لنا أنه إذا كان مسكن الأم مع زوجها الأجنبي نفسه منزل الأم لجدة أو الخالة متى كانت حاضنة يسقط عنها هذا لما له من أثر على المحضون، ويكون ذلك بناء على حكم قضائي من قاضي مختص بناء على طلب من له حق في الحضانة حسب ترتيب المادة 64 ق.أ[2].

ثانيا: عودة الحضانة

بالرجوع للمادة 71 ق.أ نجد أن المشرع نص على إمكانية عودة الحضانة من خلال قوله ‹‹ يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري ››، حيث يفهم من ذلك أنه إذا سقط الحق في الحضانة بسبب مانع وزال هذا المانع يعود الحق في الحضانة[3].

بمعنى أنه يكون بسبب اضطراري لا دخل للحاضنة فيه كالمرض، هنا يعود الحق في الحضانة بسبب زوال المانع[4] أما إذا كان المانع اختياري كان للحاضنة يد فيه كزواجها من رجل أجنبي أو سفرها خارج الوطن هنا يكون المانع اختياري لا يعود حقها في الحضانة حتى وإن زال

---

(1) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص . 104 .

(2) مروة بن شويخ، المرجع السابق، ص. 175 .

(3) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 107 .

(4) المرجع نفسه، ص. 107 .

المانع[1]، أي أن تنازلها عن حقها في الحضـــانة بإرادتها وفي حالة تنازلها عن هذا الحق لا تعود لها الحضانة ويرفض طلبها في استرجاعها[2].

المطلب الثالث: آثار الحضانة

بعد دراســة تعريف الحضــانة وتحديد طبيعتها القانونية وأصــحابها وكذا شــروط إســنادها وســقوطها من خلال المطلبين الســابقين، ســوف نتطرق في هذا المطلب المعنون بآثار الحضــانة لدراسة نفقة المحضون وسكنه (الفرع الأول)، وحق الزيارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نفقة المحضون وسكنه

من خلال اســتقراء نص المادة 72 ق.أ الذي ينص على أنه ‹‹ في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وأن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار››، وذات المادة قبل التعديل كانت تنص على:‹‹ نفقة المحضــون من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته›› .

يتبين لنا أن المشــرع الجزائري يعتبر ســكن المحضــون من ضــمن مشــتملات النفقة وهذا ما أكدته كذلك المادة 78 من ق.أ التي تعتبر السكن وأجرته من مشتملات النفقة[3].

---

(1) المرجع نفسه، ص. 109.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص. 393.

(3) المادة 78 ق . أ سابق الذكر: "شمل النفقة: الغذاء، الكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

أولا: نفقة المحضون

لم يعرف المشرع الجزائري النفقة إنما جاء بما تشمله النفقة من غذاء وكسوة وعلاج وسكن وذلك على سبيل المثال لا الحصر حيث أضاف عبارة "وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" وذلك لتوسيع ما تشتمله النفقة مراعاة لتحقيق مصلحة المحضون[1].

قد حدد القانون والقضاء شروط استحقاق وتقدير النفقة وكذا تاريخ استحقاقها وهذا ما سوف نفصل فيه فيما يلي:

أ. شروط وجوب النفقة

استنادا لنص المادة 75 ق.أ: ‹‹ تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب››، يتضح لنا شروط وجوب النفقة والمتمثلة في:

1.أن يكون الابن فقيرا لا مال له: يعني ذلك أنه إذا كان للابن دخلا ماليا يسقط واجب النفقة عن الأب، لعدم حاجة هذا الابن إليها[2].

---

[1] بن داود وبن عمار محمد، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلة4، العدد2، جامعة ابي بكر بلقايد، تلسمان، الجزائر،2019، ص. 237.

[2] نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص. 93 .

2.أن يكون الابن عاجزا عن الكسب: من خلال ما جاء في نص المادة 75 السابقة الذكر فإنه يكون الابن عاجزا عن الكسب في حالة ما إذا كان مزاولا لدراسته، أو مصابا بعاهة بدنية أو عقلية حيث تسقط عن الأب النفقة بالاستغناء عنها بالكسب[1].

3.أن يكون الأب قادرا على الإنفاق: هذا يعني أنه يكون قادرا على الكسب لا أن يكون يسرا، حيث أكد ذلك قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 21 جانفي 2004 حيث جاء فيه ما يلي: " أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد حسب حاله، ومن ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتدرع بها الطاعن، لا تعفيه من النفقة على أولاده، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل على النفقة للمحضون"[2] .

كما تضيف المادة 76 ق.أ أنه في حالة عجز الأب عن أداء واجب النفقة لأولاده تنتقل إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك[3].

ب. تقدير النفقة

من خلال نص المادة 79 ق.أ فإن القاضي يراعي حال الأب في تقدير النفقة، بمعنى لا يترك ذلك إلى الأب نفسه أو الحاضنة[4]، وأضافت المادة أنه يمكن مراجعة قيمة النفقة بعد سنة من الحكم السابق[5]، ومن المقرر قضاء وفقا لقرار المحكمة العليا الصادر في 16 جانفي 1989

---

(1) عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد6 ، العدد4، جامعة الجلفة، الجزائر،2021، ص. 476.

(2) بلحاج العربي، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص401، نقلا عن مجلة المحكمة العليا، عدد 2، ص. 379.

(3) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص. 94.

(4) بن داود حنان، المرجع السابق، ص. 238.

(5) المادة 79 ق . أ السابق الذكر‹‹ يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم››.

الصـادر عن غرفة الأحوال الشـخصـية حيث جاء فيه: " أن يراعي القاضـي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضـي سـنة من الحكم، ومن ثم فإن القضـاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة"[1].

ج. تاريخ استحقاق النفقة

جاء في نص المادة 80 ق.أ ‹‹ تسـتحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضـي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى››.

الأصـل أن نفقة الأولاد تكون واجبة دون الحاجة إلى حكم قضـائي، لكن في حالة امتناع المدين بالنفقة عن الوفاء بها، يتم اللجوء إلى القضـاء[2]، وبالنظر إلى نص المادة 80 السـالفة الذكر يكون تاريخ رفع الدعوى هو تاريخ بداية اسـتحقاق النفقة لكن يجوز للقاضـي بناء على بينة أن يحكم باستحقاقها قبل سنة من رفع الدعوى[3].

ثانيا: سكن المحضون

اسـتنادا على نص المادة 72 ق.أ السـابقة الذكر، يلزم الأب في حالة الطلاق بتوفير مسـكن ملائم لممارسـة الحضـانة، وفي حالة عدم إمكانه ذلك يكون ملزما بدفع بدل الإيجار[4]، وذلك عند توافر الشروط التالية:

---

(1) بلحاج العربي، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.394، نقلا عن المجلة القضائية ،1992، عدد 2، ص. 55.

(2) بن داود حنان، المرجع السابق، ص. 239.

(3) نسرين شريقي وكمال بوفرورة، المرجع السابق، ص. 98.

(4) المرجع نفسه، ص. 88.

أ. أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، معنى ذلك أنه في حالة إسناد الحضانة لغير الأم كالجدة أو الخالة مثلا لا يحكم القاضي بتوفير مسكن لممارسة الحضانة[1].

ب. أن يكون قد صدر حكم نهائي بالطلاق يتضمن إسناد حق الحضانة للأم بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر[2]،كما قد قضت في ذلك المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1994 عن غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 112705 حيث تضمن ما يلي: "و لما ثبت –من قضية الحال–أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم –المنتقد– على (أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين)، فإنهم بذلك أساؤوا تطبيق القانون، وكان يتوجب عليهم إلزام – المطعون ضده– بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته. مما يتعين معه، نقض وإبطال قرارهم، وبدون إحالة"[3].

ج. أن يكون للأب مسكن ملائم يمنحه للأم الحاضنة أو يقدم لها بدلا عن المسكن بدل الإيجار يمكنها من إيجار مسكنا مستقلا ملائما لممارسة الحضانة[4]، إضافة إلى ذلك كسب الحاضنة لمنزل أو سكنها مع أهلها لا يعفي الأب من توفير مسكن أو أجرته[5].

---

(1) شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الاسرة الجزائري "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، قسم الشريعة،2008–2009، ص. 227.

(2) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 431.

(3) المجلة القضائية،1995، العدد1، ص. 140.

(4) شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري "دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، المرجع السابق، ص. 227.

(5) حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 8–5–2002 ملف 282052 "إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته"، نقلا عن المجلة القضائية، العدد1، 2004، ص. 179.

الفرع الثاني: حق الزيارة

بعد أن رتبت المادة 64 ق.أ من يمكن أن تسند إليهم الحضانة أضافت في الأخير أنه عند إسناد القاضي الحضانة عليه أن يحكم بحق الزيارة وجوبا، لكن لم يبين ما المقصود بحق الزيارة لا كيفية ممارستها، تاركا الأمر للقضاء وشراح القانون، ولدراسة ذلك نتطرق من خلال هذا الفرع أولا للمقصود بحق المحضون في الزيارة، وثانيا ممارسة حق رؤية المحضون.

أولا: المقصود بحق زيارة المحضون

كما ذكرنا سابقا المشرع الجزائري رغم إلزامه القاضي الحكم بحق الزيارة عند إسناد الحضانة إلا أنه لم يوضح مدلول ذلك، نجد أن الدكتور عبد العزيز سعد عرف حق الزيارة بأنه: "رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به الطفل"[1].

لكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه حدد مكان الزيارة بالمكان الذي يوجد به الطفل، في حال أنه صدر قرار عن المحكمة العليا يقضي بأنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة في بيت الزوجة المطلقة[2].

---

[1] عبد الكريم نذير، المرجع السابق، ص. 479.

[2] جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15-12-1998 عن غرفة الأحوال الشخصية "من المقرر شرعا، أنه: لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة في بيت الزوجة المطلقة م64 من ق.أ. متى تبين –في قضية الحال–أن قضاة الموضوع، قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن بيت المطعون ضدها، فأنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال، إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا، فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة".

كما نضـــيف أيضـــا أن حق الزيارة ليس للأب أو الأم فقط، بل يكون إلى كل من يمكن أن تسند له الحضانة، فقد يكون للجد أو العم أو العمة أو الخالة، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون[1]، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصـادر بتاريخ 21 أفريل 1998 عن غرفة الأحوال الشـخصـية الذي أعطى للجد حق الزيارة[2]، كما صـــدر قرار قضـــائي آخر يعطي للخالة بما أنها تعتبر من مستحقي الحضانة بناء على المادة 64 ق.أ[3].

ثانيا: ممارسة حق الزيارة

بعد معرفة مدلول حق الزيارة وتحديد من لهم الحق في زيارة الطفل المحضون، نتطرق لدراسة ممارسة حق الزيارة حيث يقتضي ذلك معرفة مكان وكذا وقت الزيارة.

أ. مكان الزيارة

كما ذكرنا سـابقا عند نص المشـرع عن حق الزيارة لم يفصـل في ذلك، لكن من المسـتقر عليه قضـاء أن يكون مكان الزيارة المكان الذي يتمتع فيه المحضـون بالرعاية، كما لا يسـبب حرجا للزائر[4](القرار القضـائي الصـادر بتاريخ 1998/12/15 السـابق الذكر)، غير أنه اسـتثناء يمكن أن تكون الزيارة في بيت الحاضـــنة مراعاة لمصـــلحة المحضـــون، كما هو الحال عندما يكون المحضـــون رضـــيعا لا يمكن إبعاده عن والدته وهذا ما أقرته المحكمة العليا عندما أيدت قرار

---

(1) باديس ديابي، المرجع السابق، ص. 159 .

(2) بلحاج العربي، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص. 331.

(3) قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/01/23، المجلة القضائية 2001، عدد02، ص. 300.

(4) باديس ديابي، المرجع السابق، ص. 160.

المجلس الذي يرفض طلب الطاعنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة ببيتها بحجة الرضاعة رغم أن الطفلة تجاوز سنها العامين[1].

ب. وقت الزيارة

لم يحدد القانون مدة الزيارة وعددها تاركا ذلك للاتفاق وسلطة القاضي، لكن ما استقر عليه العرف والقضاء أن تتم الزيارة مرة في الأسبوع وذلك في عطلة نهاية الأسبوع وكذا أيام الأعياد والمناسبات الدينية والوطنية[2]، في حين تقل بحيث تصل إلى مرة في الشهر بالنسبة للأقارب غير الأبوين[3].

أما بالنسبة لمدة الزيارة فتختلف باختلاف سن المحضون بحيث لو كان في سن التمييز جاز له المبيت عند من له الحق في زيارته، زد إلى ذلك يشترط أن تكون الزيارة في وقت يناسب كل من المحضون وحاضنه ومن لهم الحق في زيارته[4].

---

(1) نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد11، العدد2، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2018، ص. 492.

(2) باديس ديابي، المرجع السابق، ص. 160.

(3) نور الهدى بولمش، المرجع السابق، ص. 492.

((4)) المرجع نفسه، ص. 492.

الفصل الأول:

القانون واجب التطبيق على الحضانة

إن أول عملية يقوم بها القاضـــي عند عرض النزاع عليه عملية " التكييف القانوني "، لهذا يعتبر التكييف أهم خطوة لمعرفة القانون واجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه، خاصـــة و إن كان ذلك النزاع مشـتملا على عنصـر أجنبي كما هو الحال في تنازع القوانين في الحضـانة، لذلك أدى الاختلاف الفقهي و التشـــريعي في الطبيعة القانونية للحضـــانة إلى اختلاف القانون واجب التطبيق، إذ نجد معظم التشريعات سكتت عن وضع قاعدة إسناد خاصة بها، تاركة الأمر للاجتهاد القضائي و الاتفاقيات الدولية .

بناء على ما سبق، سنتطرق في هذا الفصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق على الحضانة (المبحث الأول)، و نطاق القانون واجب التطبيق و الإشكالات المترتبة عنه (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

تحديد القانون واجب التطبيق على الحضانة

أدى اختلاف الدول في تحديد الطبيعة القانونية للحضـــانة إلى اختلاف القانون واجب التطبيق عليها، و ما زاد ذلك تعقيدا تخصـــيص بعض الدول قاعدة إســـناد[1] للحضـــانة في حين سكتت أخرى و مثال ذلك التشريع الجزائري، كما نظمت بعض الاتفاقيات الوطنية و الدولية ذلك .

هذا ما سوف نفصل فيه من خلال هذا المبحث بالتطرق إلى موقف المشرع الجزائري و التشـــريعات المقارنة في المطلب الأول، و القانون واجب التطبيق على الحضـــانة في الاتفاقيات الدولة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة

هذا المطلب سنخصصه لدراسة موقف المشرع الجزائري من القانون واجب التطبيق على الحضانة في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسنتكلم فيه على موقف التشريعات المقارنة.

[1] تعرف قاعدة الاسناد بأنها "القواعد التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي"، كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون و القضاء الجزائري، دار هومة،الجزائر 2020،ص.14.

الفرع الأول: إسناد الحضانة في الزواج المختلط في التشريع الجزائري

يعد المشرع الجزائري من التشريعات التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد، و بما أنها أثر من أثار انحلال الزواج كما أشـــرنا ســـابقا، فإنها تخضـــع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج المنصوص عليه في المادتين 12 و 13 من القانون المدني الجزائري[1].

أولا: حالة كون جميع الأطراف أجانب

طبقا للمادة 12 من القانون المدني و التي تضـــمنت في فقرتها الثانية ‹‹ يســـري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى››[2]، و بما أنه يتوجب على القاضـــي قبل تحديد القانون واجب التطبيق القيام بتكييف المســـألة القانونية وضـــعها في فكرة مســـندة[3]، و طبقا للمادة 09 من القانون المدني يكون التكييف وفقا لقانون القاضـــي[4] ففي حالة عرض النزاع على قاضـــي جزائري تكون الفقرة الثانية من المادة 12 واجبة التطبيق على الحضـانة ذلك في غياب قاعدة إسـناد خاصـة بهذه الأخيرة و باعتبارها أثرا من آثار الطلاق وفقا للتشريع و القضاء الجزائري[5].

---

[1] الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1،تنازع القوانين في ضوء القانون05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، دراسة مقارنة بالقوانين العربية و الفرنسية ،مطبعة الفسيلة،الدويرة،الجزائر،2013،ص.185.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الموافق ل20 رمضان 1395 المتضمن القانون المدني، ج.ر العدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975 الموافق ل24 رمضان1395 ، المعدل و المتمم .

[3] كريمة محروق، المرجع السابق،ص.50.

[4] زروتي الطيب، المرجع السابق،ص.110.

[5] كريمة محروق، المرجع السابق،ص.130.

ثانيا: حالة كون أحد الأطراف جزائريا

حماية للطرف الجزائري في العلاقات الأسرية المختلطة و بالأخص الزوجة الجزائرية، وضع المشرع الجزائري استثناء عن المادتين 11 و 12 من القانون المدني الخاصة بالزواج والطلاق في المادة 13 من نفس القانون[1]، والتي تنص على أنه ‹‹ 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 ››.

بالتالي يطبق القانون الجزائري وحده على إسناد الحضانة إذا كان أحد الأبوين جزائريا عند إبرام الزواج[2]، هذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17 فبراير 1998 حيث جاء به أن المحكمة لما قضت بتطبيق القانون الإيطالي على القضية الحالية المتعلقة بالطلاق بين زوجة جزائرية و زوج إيطالي بدلا من القانون الجزائري لكون الزوجة جزائرية الأصل لم يثبت نزع الجنسية الأصلية منها رسميا بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، خالفوا القانون و أخطأوا في تطبيقه[3].

إلا أن هذا الاستثناء قد لا يطبق إذا كان النزاع معروضا أمام قاضي أجنبي خصوصا إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي أي كان هذا الأخير يعطي امتيازا للطرف الوطني[4].

---

[1] موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكادمية،المجلد4،العدد3، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، الجزائر، 2021،ص.920.

[2] خديجة حمادي، كمال مخلوف، المرجع السابق ،ص.9.

[3] المجلة القضائية، العدد1، لسنة 2000 ،ص.167، كذلك الملحق 02.

[4] طاهري أسية، تنازع القزانين في الحضانة، مجلة المفكر،المجلد 4،العدد2، جامعة الجزائر 2،الجزائر،ديسمبر 2020،ص.150.

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة

بعد معرفة القانون واجب التطبيق على الحضـــانة في التشـــريع الجزائري، ننتقل إلى موقف التشـريعات المقارنة، بحيث نقسـم هذا الفرع أولا للحديث عن الدول التي خصـت الحضـانة بقاعدة إسناد نذكر منها التشريع الكويتي، القطري، التونسي و العراقي، و الدول التي لم تخص الحضـانة بقاعدة إسناد كالتشريع الإماراتي و المصري و الأردني و الفرنسي ثانيا .

أولا: الدول التي خصت الحضانة بقاعدة إسناد

في الحديث عن الدول التي خصـت الحضـانة بقاعدة إسـناد نجد القانون الكويتي الذي نص صـــراحة من خلال المادة 43 من القانون رقم 5 الصـــادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي أخضع الحضانة لقانون جنسية الأب [1]، و قد وضحت المذكرة الإيضاحية أسباب إسناد الحضانة لقانون جنسية الأب حيث نصت على أنه " و لما كانت الولاية على النفس فرعا من البنوة، فإن القانون الذي يســري في شــأنها هو قانون جنســية الأب، فيحدد هذا القانون ولاية الأب على ابنه الصـغير، و ما يملك عليه من حق التأديب، و ما يقع على عاتقه من واجب التربية، و غير ذلك مما يتعلق بالولاية على النفس. و لما كانت الحضـــانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس لذلك وجب أن تخضـع للقانون الذي تخضـع له الولاية و هو قانون جنســية الأب. فيتوحد بذلك القانون الذي يســري على البنوة الشــرعية والولاية على النفس و الحضانة، و هي مسائل ثلاث يتصل بعضها ببعض اتصالا وثيقا." [2]،و هذا ما جاء به

---

[1] امحمدي بوزينة امنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص.411.

[2] عماد إشوي، المرجع السابق،ص.211، نقلا عن حبيب الملا، القانون الواجب التطبيق على الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية، أبحاث ندوة، حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 25 و 26 رجب 1415هـ/17 و 28 ديسمبر 1994م،ص.618.

القانون القطري أيضـــا و ذلك من خلال المادة 20 من القانون المدني القطري حيث تضـــمنت ما يلي:" يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس و في الحضانة"[1].

كما نصـت المجلة التونسـية للقانون الدولي الخاص في الفصـل 50 منها على أنه " تخضـع الحضـانة للقانون الذي وقع بمقتضـاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشـخصـي للطفل أو قانون مقره، و يطبق القاضـي القانون الأفضـل للطفل"[2]،ما يفهم من ذلك أن الحضـانة كأصـل تخضـع للقانون الذي يحكم الطلاق بما أنها أثر من آثاره ، و في حال عدمه يطبق قانون الطفل أو قانون موطنه مع مراعاة مصـــلحة المحضـــون في ذلك[3]، في حين المشـــرع العراقي جاء على غرار التشـريعات العربية الأخرى بجمع المسـائل الخاصـة بالبنوة الشـرعية و الولاية و سـائر الواجبات ما بين الآباء والأبناء في المادة 19 فقرة 4 من القانون المدني العراقي و أخضـــعها لقانون جنســـية الأب[4].

ثانيا: الدول التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد

إضـافة إلى الجزائر نجد بعض الدول التي لم تخصـص قاعدة إسناد للحضـانة، من بينها دولة الإمـارات العربيـة، إنمـا و طبقا للمـادة 23 من قـانون المعـاملات المـدنيـة الإمـاراتي التي تنص على أنه: ‹‹ تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشـــأنه نص في المواد الســـابقة من أحوال

---

(1) امحمدي بوزينة امنة، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، المجلد 3، العدد 5، المركز الجامعي أحمد بن بلة الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2018،ص.238.

(2) عماد اشوي، المرجع السابق، ص.211.

(3) دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 4، جامعة قاصدي مرياح ،ورقلة،الجزائر،جانفي2011،ص.54.

(4) المكي صلوح و شهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 5، العدد1، المركز الجامعي علي كافي تندوف، الجزائر،2021،ص.178.

تنازع القوانين›› ، و في هذا الصـــدد يعطى للحضـــانة حكم الولاية فيكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الصـغير وفقا لما نصـت عليه المادة 16 من ذات القانون بقولها: ‹‹ يسـري على المسـائل الموضـوعية الخاصـة بالولاية و القوامة و غيرها من النظم الموضـوعية لحماية عديمي الأهلية و ناقصـــيها و الغائبين قانون الشـــخص الذي تجب حمايته.››[1]،أما فيما يخص القانون المصـــري نجد جانب من الفقه ينادي بإســـنادها لأحكام المادة 16 من القانون المدني المصـــري و التي تخضـــع الولاية لقانون الشـــخص الذي تجب حمايته، غير أن الجانب الآخر من الفقه الذي يعتبر الحضـــانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج يســـري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطـة الزوجيـة أي قـانون جنســـيـة الزوج وقـت الطلاق [2] طبقـا للمـادة 13 فقرة 2 من نفس القانون[3].

هذا ، و جاء القانون الفرنسي أيضا خاليا من قاعدة إسناد خاصة بالحضانة و باعتباره كيف هذه الأخيرة على أنهـا أثر من أثـار انحلال الزواج فيســـري عليهـا القـانون الـذي يحكم انحلال الزواج[4]، أما فيما يخص القانون الأردني فيعتبر الحضـــانة أثرا من آثار الزواج تخضـــع لقانون جنسية الأب ، و في حالة ما إذا كان أحد الزوجين أردنيا يطبق القانون الأردني وفقا للمادة 15 من القانون المدني الأردني[5].

---

[1] طاهري أسية، المرجع السابق،ص.149.

[2] كريمة محروق، المرجع السابق،ص.136.

[3] امحمدي بوزينة امنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في اطار الزواج المختلط دراسة مقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12 ،العدد02، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ،الجزائر، أكتوبر 2019، ص.187.

[4] امحمدي بوزينة أمنة ،الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المرجع السابق، ص.239.

[5] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و الفرنسية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،2009،ص.150.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الدولية

باعتبار المعاهدات من أهم مصـــادر القانون الدولي الخاص، لجأت معظم الدول لإبرام اتفاقيات من أجل حل مشكلة تنازع القوانين في الحضانة، هذا ما سنتطرق لدراسته في هذا المطلب من خلال فرعين الاتفاقيات الثنائية (الفرع الأول) و اتفاقية لاهاي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية

ســـنتناول في هذا الفرع الاتفاقية الثنائية بين الجزائر و فرنســـا (أولا) و الاتفاقيات الثنائية الأخرى مع الدول الأخرى (ثانيا) .

أولا: اتفاقية الجزائر و فرنسا

انعقدت الاتفاقية في 12 ذي الحجة 1408 هجري الموافق ل 26 جويلية 1988 ، المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصـال 1988 م، تم إبرام الاتفاقية تنجية للمشـــاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين و الأمهات الأجنبيات من حضـــانة الأولاد و كذا حق الزيارة، كما ركزت الاتفاقية على حماية الطفل و كذا ضـمانات ممارسـة حق زيارة المحضـون و حرية تنقله بين الدولتين، باعتمادها على معيار مصـلحة المحضـون دون مراعاة الشـروط التي نصت عليها القوانين الداخلية[1].

كما نصـــت المادة 2 من الاتفاقية على دور الســـلطة المركزية طبقا لما يلي :‹‹ يجب على الســـلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على بناء الســـلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة كما يلي:

---

[1] امحمدي بوزينة آمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية و التشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11،العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2020، ص.580.

أ- البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر .

ب- تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

ت- تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بالزيارة.

ث- تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارستها فعلا.

ج- ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنع تنفيذ الحكم.

ح- إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة، و النتائج المخصصة لها.

خ- تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.››[1].

نصت أيضا المادة 6 من الاتفاقية على أنه‹‹ يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين و فيما بين حدودهما›› .

كما أوضحت المادة 8 من ذات الاتفاقية على‹‹ يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما .›››، و نصت أيضا المادة 9 منها ‹‹ تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني.››[2].

---

[1] المرجع نفسه، ص.581.

[2] موكة عبد الكريم، المرجع السابق ،ص.917.

ثانيا: الاتفاقيات الثنائية الأخرى

سـوف نتطرق إلى الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية و المملكة الإسـبانية، و الاتفاقية الفرنسية المغربية، و التونسية الفرنسية، أخيرا المصرية الفرنسية .

أ: الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية و المملكة الإسبانية

أبرمت هذه الاتفاقية من أجل التعاون القضـائي و تنفيذ الأحكام القضـائية في مسـائل الحضـانة و حق الزيارة و إرجاع الأطفال، إذ نصـت على حق الزيارة في المادة 13 كما يلي ‹‹ يمكن توجيه الطلب الرامي إلى تنظيم أو حماية ممارسـة حق الزيارة إلى السـلطة المركزية ، يتم الاعتراف بمقتضـيات المقرر القضـائي المتعلق بحق الزيارة و تنفيذها ضـمن الشـروط المتطلبة في القرارات المتعلقة بحق الحضانة ››. [1]

ب: الاتفاقية الفرنسية المغربية

إن الاتفاقية الفرنسـية المغربية من الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالحضـانة في الزواج المختلط، و الخاصـة بحالة الأشـخاص و الأسـرة و التعاون القضـائي نجد الفصـل 19 من نفس الاتفاقية ينص على حق الحضـانة و حق الزيارة بما يلي: ‹‹ تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمن فوق ترابهما و تحت مراقبة سلطتهما القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقيد فقط بمصلحة دون أي اعتبار أخر مستمد من قانونهما الداخلي و كذا بحرية

[1] طاهري آسية ، المرجع السابق،ص.154.

ممارسة حق الزيارة و تلتزم كل منهما عن طريق التبادل بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في الدولة الأخرى في هذا الميدان››[1].

ج: الاتفاقية التونسية الفرنسية لعام 1982

انعقدت هذه الاتفاقية من أجل التعاون القضائي في مجال الحضانة و الزيارة و النفقة في باريس 8 مارس 1982، و تمت المصادقة عليها بتونس بموجب القانون رقم 87-82 المؤرخ في 12/02/ 1984 حيث تضمنت الاتفاقية جملة من الآليات القضائية كضمان حرية ممارسة حق الحضانة و حق زيارة القصر فوق تراب كل من البلدين و تحت مراقبة سلطتها القضائية، كما خصصت الاتفاقية للنفقة الفصول من 13 إلى 16 منها و التي تنص على عدم رفض و حسن تنفيذ الأحكام الصادرة عن الدولة الأخرى في مادة النفقة [2].

د: الاتفاقية المصرية الفرنسية

انعقدت الاتفاقية المصرية الفرنسية في 15 مارس 1982 في باريس، بحيث تمثل دور السلطة المركزية لكل من الدولتين فيما يلي:

- تبادل المعلومات المتعلقة و التدابير المتخذة لحضانة الصغار.
- تبادل البحث على إقليمها عن الصغار المنقولين دون سند من القانون .
- اتخاذ التدابير الملائمة و العمل على اتخاذها، سواء لكفالة التسليم الطوعي للصغير أو لتيسير الوصول إلى حد ودّي .

---

[1] موكه عبد الكريم ، مرجع السابق ، ص.917.

[2] امحمدي بوزينة آمنة ، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية و التشريعات العربية المقارنة، المرجع السابق،ص.583،584.

- التعاون من أجل تنظيم حق الرؤية، و تدبير الإيواء لصـــالح القريب غير الحاضن.[1]

الفرع الثاني: اتفاقية لاهاي

نظرا لأهمية القانون واجب التطبيق على الحضـــانة أبرمت معظم الدول اتفاقيات دولية للحد من المنازعات الناجمة عن مشـكلات الحضـانة في الزواج المختلط و من أهم هذه الاتفاقيات هي اتفاقية لاهاي المنعقدة في 5 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصـر، لكن ما يجدر ذكره أن اتفاقية لاهاي لسنة 1961 تمت مراجعة أحكامها بموجب اتفاقية لاهاي لسنة 1996[2].

لذلك سنتناول في هذا الفرع اتفاقية لاهاي لسنة 1961 (أولا)، و اتفاقية لاهاي لسنة 1996 (ثانيا).

أولا: اتفاقية لاهاي سنة 1961

مـا يهمنـا في هـذه الاتفـاقيـة القـانون واجـب التطبيق على الحضـــانـة في ظـل هـذه الاتفاقية، فالمبدأ العام الذي جاءت به الاتفاقية، وارد في المادة الأولى منها على أن سـلطات دولة الإقامة الاعتيادية للقصـــر تختص باتخاذ كافة التدابير اللازمة لحماية القاصـــر. من جهة أخرى تحدد المادة 2 من الاتفاقية الاختصـاص التشـريعي لدولة الإقامة الاعتيادية في اتخاذ كافة التدابير

---

[1] المرجع نفسه ،ص.584.

[2] يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان،الجزائر،2018/ 2019 ،ص.124.

اللازمة وفق القانون الداخلي لهذه الدولة. و اعتماد هذه الاتفاقية على ضـــابط الإقامة الاعتيادية تحقيقا لمصلحة الطفل[1].

اســتثناء يكون قانون جنســية القاصــر هو الواجب التطبيق وفقا للمادتين 3 و 4 من ذات الاتفاقية إذا اقتضــت مصــلحة القاصــر ذلك، و إن كان تطبيق ســلطات الدولة التي يحمل الطفل جنسـيتها مرهون بإخطار دولة الإقامة الاعتيادية للطفل، تفاديا لصـدور أحكام قضـائية متعارضـة بشأن حماية الطفل[2] .

غير أن مضــمون هذه الاتفاقية ينصــب على الأطفال الطبيعيين و المتبنين على حد ســواء بحســب ما جاء في نص المادة 16 منها، و هذا مخالف للنظام الجزائري، و ربما هذا ما جعلها على غرار الدول العربية تعكف عن الانضمام لهذه الاتفاقية[3] .

ثانيا: اتفاقية لاهاي لسنة 1996

لقد ســعت هذه الاتفاقية إلى حماية مصــالح الطفل في العلاقات الدولية الخاصــة، كما ســعت أيضــا إلى تعزيز التفاهم و التعاون بين مختلف الأنظمة القانونية. و من أهم ما ركزت عليه هي مصلحة الطفل في مشكلة الحضانة و اعتمدت في القانون واجب التطبيق على الحضانة قانون مقر الإقامة الاعتيادية للطفل طبقا لنص المادة 5 منها، أما في حالة تغيير مكان الإقامة فيكون قانون دولة الإقامة الاعتيادية الجديدة هو المختص، كما أوردت المادة 15 من الاتفاقية اســتثناء

---

[1] المرجع نفسه،ص.126.

[2] المرجع نفسه،ص.126،127.

[3] خديجة حاج شريف، الحماية القانونية للمحضون في القانون الدولي الخاص ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي،الشلف،الجزائر ،2021/2020،ص.116.

على المادة 5 من ذات الاتفاقية يتمثل في تطبيق قانون دولة أخرى إذا ما كان الأصـــلح للطفل، فيكون قانون هذه الدولة هو المسؤول عن تنفيذ الإجراءات المتخذة وقت التغيير[1].

هذا، و إن المشـرع الجزائري لم يصـادق على اتفاقية لاهاي لا سـنة 1961 كما أشـرنا آنفا، ولا سنة 1996 ، على غرار المشرع المغربي الذي صادق عليها في سنة 1996[2].

[1] المرجع نفسه،ص.117،118.

[2] المرجع نفسه،ص.119.

المبحث الثاني:

نطاق تطبيق القانون واجب التطبيق و الإشكالات المترتبة عنه

بعد تحديد القانون واجب التطبيق على الحضـانة في التشـريع الجزائري و التشـريعات العربية المقارنة في المبحث الأول، ندرس في هذا المبحث نطاق القانون الأجنبي و الاشـــكالات المترتبة عنه، و ذلك بالتطرق للنطاق و الإشـكالات القانونية في المطلب الأول و الإشـكالات العملية التي تواجه تطبيق القانون الأجنبي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: نطاق القانون واجب التطبيق و الإشكالات القانونية المترتبة عنه

من خلال هذا المطلب سوف نتطرق لدراسة نطاق القانون واجب التطبيق (الفرع الأول) و الإشكالات القانونية المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نطاق القانون واجب التطبيق

من خلال نطاق القانون واجب التطبيق ســوف نتطرق لرؤية المحضــون و زيارته (أولا)، ونفقة المحضون (ثانيا).

أولا: رؤية المحضون و زيارته

أكدت اتفاقية حقوق الطفل لســـنة 1989 على حق الطفل و والديه اللذان يقيمان في دولتين مختلفتين في الاحتفاظ بالاتصــال المباشـر بينهما[1]، هذا ما ألزم الدول على إبرام معاهدات

[1] عبد الهادي بن زيطة، تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 35،العدد02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1،الجزائر،2021،ص.264.

تنظم حق الزيارة من بينها المعاهدة الثنائية بين الجزائر و فرنسا المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر في 21 جوان 1989[1]،و التي جاءت لتسهيل ممارسة حق الزيارة للمحضون من طرف الآباء الجزائريين باعتبار العدد المعتبر للزيجات المختلطة بين الجزائريين و الفرنسيين[2]، كما جعلت المادة 09 من الاتفاقية الأحكام الصادرة بشأن الحضانة و الزيارة بمثابة رخصة للخروج من التراب الوطني و ذلك في إطار تسهيل الزيارة[3].

ثانيا: نفقة المحضون

أسند المشرع الجزائري النفقة في مجال تنازع القوانين إلى أحكام المادة 14 ق.م و التي تنص على ما يلي:‹‹ يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها››، يتضح من هذه المادة قانون الدولة الذي ينتمي إليها الشخص المدين بالنفقة هو الواجب التطبيق عليها،[4]في حين ترى الدكتورة كريمة محروق أن النفقة التي تكون أثرا للطلاق تدخل ضمن الفقرة 2 المادة 12 المتعلقة بالطلاق و آثاره[5].

أما فيما يخص أحكام النفقة فتكون نافذة في دولة الطفل دون الحاجة لإعطائها الصيغة التنفيذية طبقا للمادة الأولى من الاتفاقية الخاصة بتحصيل مبالغ النفقة في البلاد الأجنبية الموقعة عليها بتاريخ 20 يونيو 1956 و التي انظمت لها الجزائر بتاريخ 1969[6].

---

(1) أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.443.

(2) عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق،ص.267.

(3) نور الهدى بولمش، المرجع السابق، ص.496.

(4) امحمدي بوزينة أمنة، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المرجع السابق، ص.260.

(5) كريمة محروق، المرجع السابق،ص.170.

(6) امحمدي بوزينة أمنة ، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المرجع السابق،ص.261.

الفرع الثاني: الإشكالات القانونية التي تواجه القانون واجب التطبيق

لم يعالج المشرع الجزائري بعض المشاكل التي قد تكون عثرة أمام القاضي المختص عند إسناد الحضانة في الزواج المختلط ، من بينها إشكالية السفر بالمحضون و نقله للخارج (أولا)، وإشكالية اختطاف المحضون(ثانيا).

أولا: السفر بالمحضون ونقله للخارج

تضمنت المادة 69 ق.أ السفر بالمحضون و نقله للخارج ، و التي تنص صراحة على أنه:‹‹ إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون.››[1]، و من خلالها يتضح أن نقل المحضون من بلد الى آخر يقف على رخصة يقدمها القاضي للحاضن الذي يريد نقل المحضون و ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون، بالتالي ترجع مسألة إسناد أو إسقاط الحضانة عن الموكل بها الذي يريد الانتقال إلى بلد أجنبي للسلطة التقديرية للقاضي[2].

كما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 282033 الصادر بتاريخ 2002/05/08: " لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"[3].

---

[1] امحمدي بوزينة أمنة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 56، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، نوفمبر 2019، ص . 254 .

[2] خديجة حمادي و كمال مخلوف، المرجع السابق، ص.15.

[3] امحمدي بوزينة أمنة، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المرجع السابق، ص.244،نقلا عن مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004 ،ص.363.

ثانيا: اختطاف المحضون

قد ينجم عن حضـانة الأطفال في الزواج المختلط إشـكالية اختطاف المحضـون، فقضـية إبعاد المحضـون عن من أسـندت إليه الحضـانة جريمة في الشـريعة الإسـلامية ، و أكدتها القوانين الوضـعية ، و لحماية المحضـون و مصـلحته جاءت المادة 328 ق.ع بما يلي ‹‹ يعاقب بالحبس من شـهر إلى سـنة و بغرامة من 500 إلى 5000 د.ج الأب أو الأم أو أي شـخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضـي في حضـانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو حكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، و كذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه الحضـانة أو من الأماكن التي وضـعه فيها، أو أبعده عنه أو تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحالف أو عنف ... ››، و بما أن اختطاف المحضـون يشـكل جريمة يحكمها القانون العام الجزائري الداخلي يطبق عليها القانون الوطني الجزائري[1].

و مهما يكن من أمر، و بسـبب انتشـار هذه الظاهرة خاصـة في الزواج المختلط صـدرت اتفاقية لاهاي الخاصـة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المؤرخة في 25 أكتوبر 1980 ، تلزم المادة 06 منها كل دولة موقعة بإنشاء سلطة مركزية تضمن الإعادة الفورية للأطفال[2].

المطلب الثاني: الإشكالات العملية التي تواجه تطبيق القانون واجب التطبيق

سـوف نتناول من خلال هذا المطلب المعنون بالإشـكالات العملية التي تواجه تطبيق القانون الأجنبي صـعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصـة بالحضـانة (الفرع الأول) و حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي (الفرع الثاني).

---

[1] المرجع نفسه،ص.256،257.

[2] امحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص.450.

الفرع الأول : صعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصة بالحضانة

من بين أهم الصـــعوبات التي تواجه إعمال قواعد الإســـناد نجد تعدد الجنســـية أو انعدامها (أولا)، و التنازع المتحرك (ثانيا) .

أولا: حالة تعدد الجنسية أو انعدامها

قد نصـادف أحيانا أن يكون شـخصـا متعدد الجنسـية مما قد ينتج عنها إشـكالية أي جنسـية يطبق قانونها .

لقد عالج المشـرع الجزائري هذه الإشـكالية بمادة 2/22 ق.م و التي نصـت على ‹‹ في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشـــخص في وقت واحد بالنســـبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول جنسية تلك الدول.››[1] .

إذا تعددت الجنســـية للمعني في نفس الوقت و كانت الجنســـية الجزائرية واحدة منهم يطبق القانون الجزائري ، أما إذا كانت كلها جنسيات أجنبية يطبق قانون الجنسية الفعلية أي الجنسية التي يتعامل بها في المجال الاجتماعي و الاقتصـــادي هذا ما أخذت به جل الأنظمة القانونية والقضـــاء الدولي[2].

---

[1] خديجة حمادي و كمال مخلوف، المرجع السابق،ص.12.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص علما و عملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر،2010 ،ص.14،15.

كما أن المشـرع التونســي أخذ بنفس الحل من خلال الفصـل 3/39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونســي و التي نصــت ‹‹إذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنســيات و منها الجنســية التونسية فالقانون المطبق هو القانون التونسي ›› .

أما في حالة انعدام الجنســية بحيث يكون الشــخص لا ينتمي إلى أي دولة ، هنا نكون أمام إشكال أي قانون واجب تطبيق في هذه الحالة ، فنجد المشرع الجزائري جاء بحل ذلك الإشكال من خلال المادة 3/22 ق.م التي تنص : ‹‹ في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضـي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة››[1]. يتضـح من خلال المادة أنه يطبق لعديم الجنسـية في الأحوال الشـخصـية قانون الموطن و في حالة ما إذا لم يكن له موطن معين قانون محل الإقامة المعتادة [2].

ثانيا: التنازع المتحرك

عرف محمد كمال التنازع المتحرك بأنه " التنازع الذي ينشـأ بين قانونين متعاقبين صـادرين من مشرعين مختلفين على إثر انتقال ظرف الإسناد"، كما عرفه عكاشة محمد عبد العال على أنه: "التنازع الذي يتم على إثر تغيير واقعي في ظروف الإسناد، يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة الإسناد."[3] .

هذا، و قد وقع المشـرع الجزائري في مشـكلة التنازع المتحرك من خلال إسـناد الطلاق لقانون الزوج وقت رفع الدعوى (الفقرة 2 المادة 12 ق.م)، فهو يؤدي إلى مفاجأة الزوجة باختصـــاص قانون لم تكن تتوقعه عند انعقاد الزواج نتيجة لتغيير زوجها لجنســـيته (تغيير طبيعي دون تحايل

---

[1] خديجة حمادي و كمال مخلوفي،المرجع السابق،ص.13،14.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما و عملا، المرجع السابق، ص.15.

[3] بلاق محمد، إشكالية التنازع في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4،العدد3،المركز الجامعي الشهيد سي الحواس بريكة،الجزائر،2021،ص.103.

على القانون) ما بين نشـــوء الحق و مرحلة رفع دعوى الطلاق، غير أنه عالج ذلك في المادة 13 من نفس القانون بتطبيق القانون الجزائري وحده على الأحوال المنصـــوص عنها في المادتين 11 و 12 و حدده بوقت انعقاد الزواج [1].

الفرع الثاني: استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق

قد يحدث أن يكون القانون الذي حددته قاعدة الإســناد على فكرة ما أن يكون معارضــا للنظام العام في دولة القاضــي (أولا) ، أو ثبت اختصــاصــه عن طريق الغش (ثانيا)، و عليه في حالة تحقق أي من هذه الحالات يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص.

أولا: التعارض مع النظام العام

عرف الفقيه **كابيتانت CAPITANT** النظام العام على أنه " مجموعة النظم و القواعد الوثيقة الصلة بمدينة ما و التي يتعين على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي و لو كان مختصــا وفقا لقواعد الإســناد العادية "[2]، كما أضــاف الفقيه نيبوابيه " أن الهدف من الدفع بالنظام العام ، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية ، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى استعمال الدفع بالنظام."[3]

---

[1] يوبي سعاد،المرجع السابق،ص.160،161.

[2] حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة ،السنة الثالثة حقوق LMD،دار هومة،الجزائر،2018، ص. 368.

[3] مومن يمينة، بلاق محمد ، دور النظام العام في تطبيق قانون القاضي، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 11 ،العدد 02،جامعة ابن خلدون ،تيارت، الجزائر، 2021،ص. 46، نقلا عن PAUL LAGARDE, ordre public ,rép,internat,dalloz ,1998 ,p03 ,Supra N°17 .

هذا، و المشـرع الجزائري من خلال المادة 24 ق.م جسـد هذه الحماية حيث أقر اسـتبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإســـناد باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع الدولي و ذلك في حدود تعارض أحكام هذا القانون مع النظام العام في دولة القاضي[1].

كما يشترط لاستبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام توافر الشروط التالية:

أ. اختصـــاص القانون الأجنبي بحكم النزاع : حتى يتم تطبيق فكرة النظام العام يجب أن يكون الاختصاص للقانون الأجنبي التي أشارت له قاعدة الإسناد، فالقانون الأجنبي الذي يثبت له الاختصـاص عن طريق الإحالة ، أو باعتباره من قوانين الأمن والبوليس، أو تم اختيار قانون القاضـي على أن يكون مختصـا بإرادة الأطراف ، فلا مجال لإعمال الدفع بالنظام العام.[2]

ب. تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام : بمعنى أن تكون أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق مخالفة للنظام العام في دولة القاضـــي ، و هنا تكون ســلطة القاضـــي واسعة في تقدير ذلك تحت رقابة المحكمة العليا[3].

ج. آنية الدفع بالنظام العام : الأصـــل أن يكون الدفع بالنظام العام هو وقت رفع الدعوى على أنه إذا كان القانون الأجنبي يخالف النظام العام أثناء نشـــأة النزاع ثم تم تغيير ذلك أثناء رفع دعوى هنا لا يجوز الدفع بالنظام العام على أسـاس تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع هنا يستحيل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي[4].

---

(1) المرجع نفسه، ص. 45،46.

(2) حمزة قتال، المرجع السابق،ص.368.

(3) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006،ص.153.

(4) يوبي سعاد، المرجع السابق،ص.232.

من تطبيقات الدفع العام في مجال الحضـــانة نذكر القرار رقم 19287 الصـــادر بتاريخ 1979/04/16، حيث أقر المجلس الأعلى أن شـرط اسـتحقاق الأم الحضـانة هو إبقاء الأولاد على دين أبيهم ، و لما كان من الثابت من أوراق ملف القضـــية أن الأم التي هي مسـيحية عمدت تمسـيح الأولاد، كما ثبت ذلك من سـجل الكنيسـة و الشـهادات على التمســيح لكن المجلس مع هذا الســبب المبطل للحضــانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب اسـقاطها و لم يجيبه المجلس على ذلك لهذا يسـتوجب الطعن بالنقض[1]، كذلك نجد قرار المحكمة العليا الصـــادر بتاريخ 2008/09/20 جاء بما يلي " حيث متى اكتســبت المطعون ضـدها الجنسـية الفرنسـية دون أن ترتد عن الديانة الإسـلامية ولا يوجد أمام الجهة القضـائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسـلامي فإن ذلك لا يسـقط حقها في الحضـانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة 64 من قانون الأسرة.

حيث لما قضـى قضـاة الموضـوع بإسـناد حضـانة الأبناء الخمسـة لأمهم يكونون قد طبقوا صـــحيح القانون مما يســتوجب القول بأن الوجه المثار غير مؤســس يتعين القضـــاء برفضه و تبعا لذلك رفض الطعن."[2].

ثانيا: الغش نحو القانون

يتم التحايل على القانون في تنازع القوانين من خلال التغيير الإرادي المقصـــود لضـــابط الإسناد من قبل صـاحب المصـلحة في ذلك من أجل التهرب من حكم قانون المختص، و لقد عرفه عدة فقهاء على أنه "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير و من ثم

(1) المرجع نفسه،ص248،نقلا عن نشرة القضاء، العدد 1981، 2،ص.108.

(2) القرار رقم 457038،مجلة المحكمة العليا لسنة 2008،العدد2،،ص.315،316،كذلك الملحق 03.

تحويل الإسناد إلى قانون معين ، و ذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي "،أو "استعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهرا ليتمكن في إنجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح بإنجازها القانون المختص ضمن ذلك تغيير الجنسية أو الدين أو موطن من أجل غرض معين" ، كما أن القضاء الفرنسي جسدها منذ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادرة في 18 /1878/03 في قضية الأميرة **دي بوفرمون DEBAUFFREMONT** [1]، في حين تبنى المشرع الجزائري فكرة الغش نحو القانون في تعديل القانون المدني سنة 2005 في نص المادة 24 و التي نصت على :‹‹ لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة ... ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.››[2].

غير أنه يشترط لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون وجود نية لمن له مصلحة من قطع علاقته القانونية من حكم قانون مختص بتغيير ضابط الإسناد، و أن تكون نية الغش فعالة و مؤثرة على الاختصاص بحيث ينتقل الاختصاص من دولة إلى دولة يراد الحصول على اختصاصها، كما يشترط أيضا أن تكون القاعدة القانونية المتحايل عليها من النصوص الآمرة باعتبار القواعد الآمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولا استبعاد تنفيذها ولا أخذ الاختصاص منها على غرار القواعد المكملة التي يمكن الاتفاق على عدم تطبيقها دون استعمال الغش.[3]

---

[1] يوبي سعاد، المرجع السابق، ص. 211،212.

[2] خديجة حاج شريف، المرجع السابق،ص.159.

[3] غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة 3،دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،2019، ص.259،260.

و بما أن ضـابط الإسـناد في مسـائل الأحوال الشـخصـية يتأثر بالدين، فيعد تغيير الدين بهدف تغيير ضـابط الإسـناد تحايلا على القانون[1]، هذا ما قضـى به القضـاء السـوري في قضـية النفقة لسـنة 1925 الذي قضـى فيها بأنه " لا يحق للشـخص المسـيحي رفض دفع النفقة لمطلقته المسـيحية بعد أن أسـلم ..."، و اعتبر تغيير ديانته تهربا لعدم دفع النفقة للمطلقة و هو ذات القرار الذي سـارت عليه محكمة التمييز العراقية في قرار لها تحت رقم 1957/07 الصـادر في 1957/12/31 بأن اعتناقه الدين الإسـلامي لا يخلو من احتمال قصـد التهرب من النفقة[2]، في حين المشرع الجزائري لا يعتبر تغيير الديانة من غير الإسلام إلى الإسلام تحايلا على القانون[3].

[1] خديجة حاج شريف، المرجع السابق،ص.151.

[2] غالب علي الداودي ، المرجع السابق،ص.256،257.

[3] خديجة حاج شريف، المرجع السابق،ص.156.

خلاصة الفصل:

عالجنا من خلال هذا الفصل القانون واجب التطبيق على الحضانة من حيث تحديده في القانون الجزائري و الذي أسند الحضانة إلى قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج (المادة 12فقرة 2 ق.م و المادة 13 من نفس القانون)، مثله مثل المشرع المصري و الفرنسي ، هذا على خلاف التشريعات التي أفردت الحضانة بقاعدة إسناد خاصة بها، و كذا موقف الاتفاقيات الدولية أهمها الاتفاقية الفرنسية الجزائرية التي جاءت بحل العديد من إشكالات الحضانة الناجمة عن الزواج المختلط بين الجزائريين و الفرنسيين ، كما تطرقنا لنطاق تطبيق القانون واجب التطبيق من حيث زيارة المحضون و نفقته ، بالإضافة إلى الإشكالات التي تترتب عنه كمشكلة تعدد الجنسيات والتنازع المتحرك ، كما قد يحدث أن يكون القانون واجب التطبيق أجنبي تتعارض أحكامه مع النظام العام في دولة القاضي أو ثبت اختصاصه بواسطة الغش فيستبعد تطبيقه طبقا للمادة 24 ق.م.

الفصل الثاني:

دعوى الحضانة المشتملة على عنصر أجنبي

على القاضـــي قبل أن ينظر في دعوى الحضـــانة المشـــتملة على عنصـــر أجنبي المطروحة أمامه أن يبث في مسألة هامة تتعلق بمدى اختصـاصـه بحكم النزاع أي بمعنى إمكانية اختصـاصـه في النزاع من ناحية الاختصـاص القضـائي الدولي ، كما قد يطلب منه تنفيذ حكم صـادر في دولة أجنبية و ذلك أيضا يتطلب عدة شروط موضوعية و أخرى إجرائية .

لمعرفة كيف يحدد القاضـــي مدى اختصـــاصـــه القضـــائي الدولي، و شـــروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الموضـوعية و الإجرائية في مسـألة الحضـانة، سـنتطرق لدراسـة الاختصـاص القضـائي الدولي في دعوى الحضـانة من خلال المبحث الأول، و تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصـة بالحضـانة في المبحث الثاني .

المبحث الأول :

الاختصاص القضائي الدولي في دعوى الحضانة

لمعالجة أي نزاع يشتمل على عنصر أجنبي يتعين على القاضي المعروض أمامه النزاع أن ينظر إلى مدى اختصاصه بالفصل فيه من ناحية الاختصاص القضائي الدولي، استنادا على هذا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى دراسة أحكام الاختصاص القضائي الدولي من خلال المطلب الأول ، و امتداد الاختصاص القضائي الداخلي الدولي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أحكام الاختصاص القضائي الدولي

نحلل في هذا المطلب الأحكام المنظمة للاختصاص القضائي الدولي من خلال القوانين الداخلية (الفرع الأول) و القانون الاتفاقي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: في التشريع الداخلي

نذكر من خلال هذا الفرع النصوص الداخلية المنظمة للاختصاص القضائي الدولي في التشريع الجزائري (أولا) و التشريعات المقارنة (ثانيا).

أولا: في التشريع الجزائري

طبقا لأحكام المادة 21 مكرر2 ق.م و التي تشكل الأساس القانوني لتنازع الاختصاص القضائي الدولي، يكون قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى هو الساري على الاختصاص و الإجراءات القضائية، و بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري لا سيما المادتين

41 و 42 منه المنقولتان حرفيا عن المادتين 14 و 15 من القانون الفرنسي[1] و اللتان تعتبران تكرارا للمادتين 10 و 11 من قانون الإجراءات المدنية السابق لعام 1966 [2]، حيث تنص الأولى على أنه:

‹‹ يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أن تكلفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين››، و الثانية على أن: ‹‹ يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية في شأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى و لو كان مع أجنبي››[3].

ما يفهم من خلال المادتين أن القضاء الجزائري مختص فقط في حالة تعلق النزاع بالتزامات تعاقدية التي يكون أحد أطرافها وطنيا، دون المسائل الأخرى، و أن الدعاوى التي يكون طرفيها أجانب لا ينظر فيها القضاء الجزائري [4] متبنيا معيار الجنسية لاختصاصه القضائي[5].

---

[1] الطيب زروتي، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية، دار الفسيلة ،الجزائر،2017،ص.44.

[2] حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر و التوزيع، الجزائر،2017 ، ص.187.

[3] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21،الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2009،المعدل و المتمم.

[4] حسايد عقاد حمزة، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية القائم على قواعد الاختصاص، دفاتر البحوث العلمية، العدد10، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، جوان،2017،ص.244.

[5] الطيب زروتي، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري، المرجع السابق،ص.44.

أمام هذا الفراغ التشـــريعي أقر الفقه و القضـــاء الجزائريين تبني ما توصـــل إليه من اجتهاد بخصـــوص المادتين 14و 15 المتمثل في تمديد العمل بالاختصـــاص القضـــائي الداخلي إلى الاختصاص القضائي الدولي[1]، هذا ما سوف نفصل فيه من خلال المطلب الثاني.

ثانيا: في التشريعات المقارنة

فيما يخص القانون المقارن نجد المحاكم المصـــرية مختصـــة بالنظر في مســـائل الأحوال الشخصية في حالة ما إذا كان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن في مصر و ذلك إن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى طبقا لنص المادة 30 الفقرة 7 من قانون المرافعات المصري[2]، في حين نص المشرع العراقي في المادة 15 من القانون المدني على أنه ‹‹ يقاضـى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال التالية : ‹‹إذا وجد في العراق.›› ، و ما يفهم من المادة أن المحاكم العراقية تكون مختصـة إذا وجد الأجنبي على إقليم الدولة العراقية وقت رفع الدعوى ضده، كما ينعقد أيضا على أساس السكن أو الإقامة أو الوجود المادي وقت رفع الدعوى على الأجنبي، أو بعبارة أخرى لا ينعقد اختصـــاص المحاكم العراقيـة إذا لم يكن الأجنبي المعني موجودا داخلهـا[3]، بـالإضـــافـة إلى الكويتي الـذي أنـاط الاختصـاص للمحاكم الكويتية في الأحوال الشـخصـية إذا كان المدعى عليه كويتا، و في مسـائل الولاية على المال إذا كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه موطن في الكويت أو إذا كان بها آخر

---

(1) حسايد عقاد حمزة، المرجع السابق، ص.244.

(2) هشام علي صادق و عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي و الإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية،ج2،دار الفتح للطباعة و النشر،الإسكندرية،مصر،2011 ،ص.77.

(3) هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية دراسة فقهية قضائية في القوانين العربية. الأوروبية. الأنجلوسكسونية. واتفاقية بروكسل لعام 1968، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص.240.

موطن للنائب و ذلك من خلال المادتين 7 و 5 من القانون رقم 5 لسنة 1961 المنظم للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي [1].

أما المشرع الأردني عقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية على أساس المعيار الإقليمي إذا كان للمدعى عليه الأجنبي موطن مختار فيها حتى و لو لم يكن له موطن أو إقامة ذلك طبقا لنص المادة 28 من قانون أصول المحاكمات المدنية[2]، كما تطرق المشرع التونسي لمسألة الاختصاص القضائي الدولي في الأحوال الشخصية من خلال المادة 6 من مجلة القانون الدولي الخاص، التي أسندت الاختصاص للمحاكم التونسية في الدعاوى المتعلقة بالبنوة أو بإجراء الحماية لقاصر موجود في البلاد التونسية و في دعاوى النفقة إذا كان الدائن مقيما بالبلاد التونسية[3].

ما يلاحظ من خلال موقف التشريعات التي تم التطرق إليها، اعتماد معيار الجنسية والموطن بالنسبة للاختصاص القضائي في الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي مثلما هو الحال في الاختصاص التشريعي و الذي معظم الدول تخضعه لقانون جنسية الشخص.

الفرع الثاني: في القانون الاتفاقي

من خلال هذا الفرع سوف نتطرق لدراسة أحكام تنازع الاختصاص القضائي الدولي الواردة في اتفاقية رأس لانوف (أولا)، و اتفاقية الرياض (ثانيا).

---

(1) محمد المبروك اللافي ، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، مطبعة الانتصارات، الإسكندرية، مصر،1994،ص. 285،286.

(2) غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص.290،291.

(3) زروتي الطيب، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري، المرجع السابق،ص.38،39.

أولا: اتفاقية رأس لانوف

طبقا لاتفاقية التعاون القانوني و القضـائي بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في رأس لانوف بتاريخ 10 مارس 1991 و التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم التشريعي رقم 94- 06 المؤرخ في 13 سـبتمبر 1994، و التي تنص المادة 34 فقرة "ز" منها على أنه :‹‹ إذا تعلقت الدعوى بالأهلية و الأحوال الشخصية لمواطني الطرف المتعاقد المنتسبين إليه بجنسيتهم وقت رفع الدعوى.››[1].

مدلول هذا النص اختصاص المحاكم الدولية التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته بخصوص كل منازعات الأحوال الشخصية المتعلقة به سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، بحيث يشمل مجال الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق و النسب و الحضانة[2].

ثانيا: اتفاقية الرياض العربية

إن اتفاقية الرياض للتعاون القضـائي بين الدول العربية تحل مشـكل تنازع الاختصـاص القضائي الدولي بين الدول العربية لا سيما في موضوع الأحوال الشخصية من خلال المادة 26 و التي أناطت الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية إلى محاكم الدولة التي ينتمي إليها الشـخص بجنسـيته و التي جاء في مضـمونها: ‹‹ الاختصـاص في حالة النزاع حول أهلية الشخص طالب التنفيذ أو حالته الشخصية.

تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يكون الشخص من مواطنيه وقت تقديم الطلب مختصة في قضـايا الأهلية و الأحوال الشـخصـية إذا كان النزاع يدور حول أهلية هذا الشـخص أو حالته

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص علما و عملا، المرجع السابق،ص.91،92.

[2] الطيب زروتي، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري، المرجع السابق،ص.103.

الشخصية.››، و باعتبار الاختصاص التشريعي في الأحوال الشخصية يسند على أساس الجنسية بذلك وحدت اتفاقية الرياض حل الاختصاص القضائي الدولي و الاختصاص التشريعي [1].

المطلب الثاني: امتداد الاختصاص القضائي الداخلي للدولي

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى الاجتهادات القضائية في فرنسا و الجزائر التي جاءت بفكرة تطبيق قواعد الاختصاص الداخلي على الدولي (الفرع الأول) و تطبيق الاجتهاد على مسألة الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي

باعتبار القضاء مصدر مهم من مصادر القانون الدولي الخاص فأمام النقص التشريعي في أحكام قواعد الاختصاص الدولي نلجأ للاجتهادات القضائية و التي عملت على إسقاط قواعد الاختصاص القضائي الدولي على الداخلي، هذا ما توصل إليه القضاء الفرنسي (أولا) و من ثم القضاء الجزائري (ثانيا).

أولا: الاجتهاد القضائي الفرنسي

إن المشرع الفرنسي كما ذكرنا سابقا لم ينظم قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية سوى في المادتين 14 و 15 ق.م.ف كما أنه فسرهما تفسيرا محدودا و ضيقا بالإضافة إلى أن المحاكم الفرنسية لا تختص إلا إذا كان أحد طرفي النزاع فرنسي ولا ينعقد اختصاصها بين الأجانب، كما أنه في بداية القرن 19 كان القضاء الفرنسي متحفظا حين يتعين عليه الفصل في نزاع بين الأجانب باعتبار القضاء الفرنسي غير ملزم بالفصل في النزاع تبريره أنه مختص فقط

[1] الطيب زروتي ،القانون الدولي الخاص علما و عملا، المرجع السابق، ص.34 و 90 .

لإقامة العدل بين الوطنيين كامتياز لهم، لكن انتقد هذا على أساس أن القضاء الفرنسي تناقض من حيث أنه يعطي الحق للأجانب في فرنسا و من جهة أخرى لا يعطي لهم الحق في حمايتهم و هذا يمس بقواعد العدالة ، لكن مع ظهور القرن 20 تخلى القضاء الفرنسي عن هذا المبدأ و هو ما برز في قرار **باتينو PATINO** [1].

أمام هذا النقد اضطر القضاء الفرنسي لتقرير قواعد الاختصاص الدولي ليست سوى امتداد لقواعد الاختصاص المحلي[2] بقوله " يخضع الاختصاص القضائي الدولي للقانون الفرنسي لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي و ذلك مهما كان القانون المطبق و جنسية أطراف الدعوى"[3]، و لقد تجسد هذا الأمر في الحكمين الشهيرين حكم **بيلاسا PELASSA** الصادر بتاريخ 1959/10/19 من الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الذي قرر تمديد الاختصاص المحلي الداخلي في مجال القضاء الدولي للمحاكم الفرنسية[4].

و كذا حكم **شيفيلSCHEFFEL** الصادر بتاريخ 1962/10/20 و الذي تضمن" أجنبية الشخص على فرنسا ليس سببا في عدم اختصاص القضاء الفرنسي"، من هنا أصبح القضاء الفرنسي يسقط قواعد الاختصاص المحلي الداخلي على المنازعات الدولية[5].

---

(1) عبد النور أحمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري ، مقدمة لطلبة السنة أولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير،البيض،الجزائر،2016-2017،ص.10،11.

(2) حبار محمد، المرجع السابق،ص.191.

(3) حساید حمزة عقاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية المبني على القواعد العادية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 1، المركز الجامعي مرسلي عبد الله ،تيبازة ،الجزائر، مارس 2020،ص.100.

(4) حبار محمد ،المرجع السابق،ص.191.

(5) واسطي عبد النور، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية و تنفيذ الأحكام الأجنبية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 6،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف ،مسيلة، الجزائر، نوفمبر 2021، ص.150،151.

ثانيا: الاجتهاد القضائي الجزائري

نظرا لخلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري من أحكام تنظم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية سوى المادتين 41 و 42 ، اعتمد القضاء الجزائري نفس موقف القضاء الفرنسي في سد النقص التشريعي بقياس التنازع الدولي على التنازع الداخلي المحلي، و بالتالي تطبق قواعد الاختصاص القضائي الدولي[1] ، و قد أكد ذلك من خلال أحكام و قرارات قضائية نذكر منها :

الحكم الصادر عن محكمة قسنطينة بتاريخ: 1972/04/20 الذي أكد بدوره على " أن جهات القضاء الجزائري (تبقى) مختصة بالفصل في الدعاوى المعروضة أمامها ضد الأجانب متى كان للمدعى عليه (الأجنبي) فيها موطن أو محل إقامة بالجزائر"، و رتب على ذلك أنه " ما دام الثابت من عناصر الملف أن للمدعى عليه (الأجنبي) موطنا بالجزائر باعتباره يمارس بها وظيفة طبيب لمدة تزيد عن الثلاث سنوات السابقة لتاريخ قيد الدعوى ضده (من طرف مدع أجنبي) فإن ذلك يعتبر عنصرا إقليما كافيا يسمح للمحكمة التي تم عرض الدعوى أمامها بالتصريح باختصاصها القضائي (الدولي) بالفصل في هذا النزاع المعروض أمامها" [2].

كذا الحكم الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 1992/6/2 أيدت المحكمة العليا القرار المطعون فيه القاضي باختصاص القضاء الجزائري للفصل في دعوى زوجين جزائريين كانا مقيمين في الخارج ثم انتقلا للجزائر، رغم أن الطاعنة دفعت بعدم اختصاص القضاء

---

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، المرجع السابق،ص.32.

[2] حبار محمد، المرجع السابق،ص.192.

الجزائري على أساس أن موطن الزوجية موجود في الخارج و أنه سبق للقضاء الأجنبي إصدار حكم بشأن نفس الموضوع [1].

كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2008/03/12: "و حيث ثبت أن الطاعن و المطعون ضدها يقيمان خارج التراب الوطني، لذلك فإن القضاء الوطني (بالجزائر) غير مختص بالفصل لنفقة الإهمال، و النفقة المعيشية، والمتاع، و بدل الايجار لأن هذه العناصر ملازمة لإقامة الأطراف، و مكان تواجدهم، و ذلك عملا بأحكام المادة الثامنة فقرتها الخامسة و السادسة من قانون الإجراءات المدنية و لما قضى قضاة الموضوع لمجلس قضاء تيزي وزو بخلاف ذلك فإن، قضائهم جاء مخالفا للقانون، و للمادة الثامنة فقرتها الخامسة و السادسة من قانون الإجراءات المدنية."[2].

الفرع الثاني: تطبيق الاجتهاد على مسألة الحضانة

سوف نتطرق من خلال هذا الفرع إلى الاختصاص الإقليمي لدعوى الحضانة على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (أولا) و الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (ثانيا).

أولا: على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

قد يكون الفصل في إسناد الحضانة إما على شكل حكم تبعي لدعوى الطلاق أو عن طريق دعوى منفصلة تخص الحضانة، في حالة ما كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة طلاق بالتراضي أو إذا رفعت الزوجة دعوى أمام القضاء طالبة تطليقها حسب المادة 53 من ق.أ أو خلعها حسب المادة 54 من ذات القانون، ففي جميع هذه الأحوال يكون

---

[1] الطيب زروتي، الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري، المرجع السابق،ص.58،59.

[2] مجلة المحكمة العليا، لسنة 2008،عدد 1،ص.260،كذلك الملحق رقم 04.

موضوع الحضانة من بين المسائل التي ينظر فيها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى[1]، حيث ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية ، ذلك وفقا لما جاءت به المادتين 40 فقرة 2[2]، و426 فقرة 3 ق.إ.م.إ، كما أنه ينعقد الاختصاص في دعاوى الحضانة أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة طبقا للفقرة 04 من المادة 426 ق.إم.إ[3].

تجدر الإشارة إلى أنه في كلتا الحالتين المذكورتين سابقا يكون قاضي قسم شؤون الأسرة مختص نوعيا طبقا للفقرتين 1 و 2 من المادة 423 ق.إ.م.إ[4].

ثانيا: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

فيما يخص حضانة الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط بين الجزائريين و الفرنسيين فقد حدد المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 يوليو 1988 المتضمن الاتفاقية المبرمة بين

---

(1) مزيان محمد، دعاوى الحضانة و موقف القضاء الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل ، العدد 2،كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2011 ص.72.

(2) المادة 40 ق.إ.م.إ السابق الذكر التي تنص على :‹‹ فضلا عما ورد في المواد 37 و 38و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها : ... في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية و السكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى ،مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن.›› .

(3) المادة 426 ق.إ.م.إ السابق الذكر التي تنص على :‹‹ تكون المحكمة مختصة إقليميا:... في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، و في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.

في موضوع الحضانة و حق الزيارة و الرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون في مكان ممارسة الحضانة. ››.

(4) المادة 423 ق.إ.م.إ السابق الذكر التي تنص على: ‹‹ ينظر قسم شؤون الأسرة ، على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة.

دعاوى النفقة و الحضانة و حق الزيارة.››.

الجزائر و فرنســـا في إطار الزواج المختلط بين الجزائريين و الفرنســـيين في مجال القانون الدولي الخاص، فقد أخضــع المشــرع الجزائري آثار الزواج و الطلاق إلى قانون الأسـرة الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا طبقا للمادة 13 من ق.م (تم التطرق لها سابقا)، و هنا يؤول الاختصاص للقاضــي الجزائري في قضــايا الأحوال الشــخصــية أي أنه مختص في الفصــل في مسـائل الحضــانة طبقا لقانون الأسرة الجزائري[1].

كما أن الاتفاقية جعلت الاختصـــاص لمحكمة مســكن الزوجية دون غيره و هذا ما نصـــت عنه المادة 5 منها، مما يفيد أن الاختصـــاص متعلق بالنظام العام ، و يكون قســم شــؤون الأســرة مختص نوعيا طبقا للمادة 423 ق.إ.م.إ[2].

---

[1] محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية ، الجزء1 ،الطبعة 3،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006،ص.108،109.

[2] كمال سمية، طبيعة الاختصاص القضائي في منازعات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11،العدد 4،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ،بجاية، 2020،ص.441.

المبحث الثاني:

تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالحضانة

نخصص هذا المبحث لدراسة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة خارج إقليم الجزائر في مجال الحضانة و ذلك بتبيان شروط تنفيذ الحكم الأجنبي (المطلب الأول) و دعوى تنفيذه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية

تقتضي دراسة تنفيذ الأحكام الأجنبية التعرض لشروط تنفيذ الحكم الأجنبي المنصوص عنها في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (الفرع الأول)، و القانون الاتفاقي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي على ضوء القانون الداخلي

عالج المشرع الجزائري مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية من خلال المادة 605 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه :‹‹ لا يجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

1. أن لا تتضمن ما يخالف الاختصاص،
2. حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه،
3. ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، و أثير من المدعي عليه،

4. ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر.››

من خلال المادة نستنتج أن الأحكام القضائية الأجنبية المراد تنفيذها في الجزائر لا تنفذ إلا إذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها في المادة أعلاه[1] و التي سوف نفصل فيها من خلال هذا الفرع.

أولا: أن لا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص القضائي

جاءت صياغة الفقرة 1 من المادة 605 ق.إ.م.إ عامة و غير واضحة، فالمشرع في هذا الشرط لم يبين القصد من عبارة " قواعد الاختصاص " ، هل تحدد وفقا لقانون الدولة المطلوب منها التنفيذ أو الدولة التي صدر منها الحكم؟[2] .

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد المشرع الفرنسي يحدد قواعد الاختصاص القضائي وفقا لقانون الدولة المطلوب منها التنفيذ على أساس أن قواعد الاختصاص القضائي لا تختلف عن قواعد تنازع القوانين، لكن ما يؤخذ على هذا القاضـــي لا يمكنه الأخذ بقواعد دولة غير دولته ففي هذا يواجه صعوبة لأنه ملزم بتحديد اختصاصه وفقا لقانون الدولة التي سينفذ فيها الحكم[3]،في حين نجد بعض الدول تحدد قواعد الاختصاص في هذا الشرط وفقا لقانون البلد الذي صدر فيها الحكم ، كسوريا من خلال المادة 308 من قانون أصول المرافعات، و ليبيا المادة 407 من قانون المرافعات المدنية[4].

---

[1] منال بوكرش و حنان بساقلية، تنفيذ الحكم الأجنبي : حجيته و ضماناته، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 08 ماي1945،قالمة،الجزائر،2021-2022،ص.16.

[2] المرجع نفسه،ص.22.

[3] المرجع نفسه،ص.22،23.

[4] يوبي سعاد، المرجع السابق،ص.327.

ثانيا: حائز لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه

يلزم لتنفيذ الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر أن يكون نهائيا استوفى كل طرق الطعن العادية و غير العادية ، و يرجع استلزام هذا الشرط إلى فكرة توفير الاستقرار لأنه من غير الممكن إمهار حكم الصيغة التنفيذية و هو قد تم إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها[1] .

كما يترتب على اشتراط أن يكون الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه عدم إمكانية تنفيذ الأحكام غير القطعية و أيضا الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل لأنها تحتمل الإلغاء و التعديل ، و تدخل ضمن ذلك أيضا الأحكام الوقتية باعتبار أن لها حجية مؤقتة الهدف منها اتخاذ إجراءات تحفظية الغرض منها حماية مصالح الخصوم إلى وقت الفصل في النزاع[2].

ثالثا: أن لا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية

إذا صدر حكما في دولة أجنبية و صدر من نفس الأطراف و نفس النزاع حكما آخر في دولة التنفيذ و كان حائزا على قوة الشيء المقضي فيه هنا من غير الممكن تطبيق الحكم الأجنبي الصادر من الدولة الأجنبية و ترك الحكم الصادر من الجهات القضائية الوطنية[3] ، هذا ما نصت عنه المادة 605 من ق.إ.م.إ فقرة 3 حيث جاء هذا الشرط احتراما و تفضيلا للأحكام الوطنية على غرار الأحكام الأجنبية باعتبار أن الأحكام الوطنية تكون أولى للتنفيذ[4] .

---

[1] المرجع نفسه، ص. 329،330.

[2] بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد، مجلة الحقيقة، العدد 21،،جامعة أدرار، الجزائر، جوان 2012،ص.11.

[3] ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة،بوزريعة،الجزائر،2004،ص.171.

[4] منال بوكرش و حنان بساقلية، المرجع السابق، ص.21.

رابعا: ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر

يصف فقهاء القانون الدولي الخاص النظام العام بصمام الأمان الذي يقوم بدوره بحماية المبادئ و الأسس الجوهرية التي تقوم عليها دولة القاضي، و هذا ما جسده المشرع الجزائري من خلال الفقرة 4 من المادة 605 ق.إ.م.إ[1]، و المقصود من شرط عدم التعارض مع النظام العام المذكور في المادة نفسه ذلك الذي يثار بصدد تنازع القوانين المنصوص عنه في المادة 24 ق.م، إلا أنه في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية أقل أثرا كون الأمر يتعلق بإعطاء أثر لحق نشأ في الخارج طبقا لقانون أجنبي مختص دون غش نحو القانون، لا بإنشاء حق في الجزائر[2] .

بناء على هذا الشرط يتعين على القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ التحقق أولا ما إذا كان يوجد في منطوق الحكم أو حيثياته ما يتعارض مع النظام العام في الجزائر[3]، فيمكنه في حالة التعارض مع النظام العام استبعاد الحكم الأجنبي بكامله أو جزء منه بحيث يقتصر الرفض على عنصر أو عدة عناصر على القرار الأجنبي بينما يتم منح الصيغة التنفيذية للعناصر الأخرى، شريطة أن تكون عناصر الحكم قابلة للتجزئة كمنح الصيغة التنفيذية فيما يتعلق بالطلاق و رفضها بالنسبة لحضانة الأولاد[4].

---

[1] رحاوي آمنة، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، مجلة القانون الدولي و التنمية، المجلد 5، العدد1، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن بن باديس، مستغانم، الجزائر،2007،ص.257.

[2] بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على اعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، العدد02،جامعة باتنة، الجزائر، 1994،ص.62،63.

[3] ياسين المعتمد، نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 13،العدد4،جامعة زيان عاشور،الجلفة،الجزائر،2020،ص.118.

[4] يوبي سعاد، المرجع السابق،ص.333،334.

تطبيقا لهذا الشرط جاء في مبدأ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2013/11/13 عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث "لا يتحصل الحكم الأجنبي المخالف لقانون الأسرة في مجالي ترتيب الحضانة و إثبات النشوز، على الصيغة التنفيذية الجزائرية"[1].

الفرع الثاني: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي على ضوء وجود اتفاقية مع الجزائر

من خلال نص المادة 608 ق.إ.م،إ التي تنص على : ‹‹ إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و 606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية و الاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر و غيرها من الدول››، و هذا تجسيدا لمبدأ سمو المعاهدات على القانون الداخلي، فالقاضي وفقا للمادة ملزم بتطبيق الشروط المنصوص عليها في الاتفاقيات في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية التي أبرمتها ، و عليه سوف نتطرق إلى دراسة اتفاقية التعاون القانوني بين دول اتحاد المغرب العربي و الجزائر (أولا) و اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين الدول العربية (ثانيا).

أولا : اتفاقية التعاون القانوني بين دول اتحاد المغرب العربي

صادقت الجزائر على اتفاقية التعاون القانوني بين دول اتحاد المغرب العربي بتاريخ 1991/03/10 براس لانوف ليبيا ، بموجب المرسوم التشريعي 94 /06 المؤرخ في 1994/04/13 حيث نصت المادة 37 من الاتفاقية على الشروط المتطلبة لتنفيذ الحكم الأجنبي المتمثل في :

[1] الملف رقم 0773081 ، مجلة المحكمة العليا لسنة 2014،العدد 2،ص.256،كذلك الملحق رقم 05.

أ. أن يكون الحكم صـــادر عن هيئة قضـــائية مختصـــة طبقا لقواعد الاختصـــاص الـدولي المقرر لـدى الأطراف المتعـاقـدة المطلوب إليهـا الاعتراف أو التنفيـذ أو المختصة بمقتضى أحكام المواد من 33 إلى 36.

ب. أن يكون المحكوم عليه قد وقع استدعاؤه أو معاينة تخلفه حسب قانون البلد الذي صدر منه الحكم حسب أحكام هذه الاتفاقية .

ج. أن يكون الحكم قد اكتسـب قوة الأمر مقضـي به و أصـبح قابلا للتنفيذ بمقتضـى قانون البلد الذي صدر فيه .

د. ألا يكون الحكم مشـــتملا على ما يخالف النظام العام في البلد الذي يطلب منه الاعتراف أو الأمر بالتنفيذ .

هـ. أن لا يكون الحكم مخالفا لحكم صـــادر بين نفس الخصـــوم في ذات الحق محلا وسببا و حائزا لقوة الأمر مقضـي به ببلد الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو الأمر بالتنفيذ أو بلد آخر و كان معترفا به لدى الطرف المتعاقد إليه الاعتراف و التنفيذ .

و. أن لا يكون الحكم صادرا على خلاف ما اقتضته المادتين 35 و 36 .[1]

ثانيا: اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الدولي

إضـافة الى اتفاقية التعاون القانوني بين دول اتحاد المغرب العربي، صـادقت الجزائر أيضـا على اتفاقية الرياض للتعاون القضـــائي بين الدول العربية المبرمة بتاريخ 1983/04/06 بموجب

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، المرجع السابق،ص.251 و 285،286.

المرسوم الرئاسي 47/01 في 11 /2001/11[1]، حيث جاءت المادة 30 من الاتفاقية بحالات منع تنفيذ الحكم الأجنبي

أ. إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام في الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف .

ب. إذا كان غيابيا و لم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلانا صحيحا يمكنه من الدفاع عن نفسه.

ج. إذا لم تراع قواعد قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف، الخاصة بالتمثيل القانوني للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها.

د. إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا للحكم الصادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم و يتعلق بذات الحق محلا و سببا و حائزا قوة الأمر المقضي به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو لدى الطرف المتعاقد الثالث ، و معترفا به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف.

إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلا لدعوى منظورة أمام إحدى محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلا و سببا، و كانت الدعوى قد رفعت إلى محاكم هذا الطرف المتعاقد الأخير في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي صدر عنها الحكم المشار إليه.[2]

---

[1] المرجع نفسه، ص.251.

[2] المرجع نفسه، ص.281.

المطلب الثاني: دعوى الأمر بالتنفيذ و الحكم الصادر فيها

دعوى الأمر بتنفيذ الحكم القضـــائي الأجنبي كما يدل عليها اســـمها الهدف منها سوى الحصول على أمر بتنفيذ حكم قضائي صدر في دولة أجنبية، ولا تختلف عن الدعاوى القضـــائية الأخرى حيث تخضـــع لقواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من حيث إجراءات دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي (الفرع الأول)، و الحكم الصادر فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات دعوى تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

من خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى الجهة القضائية المختصة في دعوى الأمر بالتنفيذ (أولا)، و الوثائق الواجب تقديمها في ملف الدعوى (ثانيا).

أولا: الجهة القضائية المختصة

وفقا لنص المادة 607 ق.إ.م.إ يرفع طالب التنفيذ المتحصـــل على الحكم الأجنبي دعوى الأمر بالتنفيذ لدى القسم المختص المماثل للقسم الذي أصدر الحكم الأجنبي، و ذلك أمام المحكمة المتواجدة بمقر المجلس القضـائي التي يوجد بدائرة اختصـاصـها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ[1]، و الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري ترك الخيار للمدعي لرفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه أو أمام محكمة التنفيذ لتفادي أي جدال بشأن ذلك[2] .

أما بالنســـبة للقوانين المقارنة فنجد المشـــرع المغربي أناط اختصـــاص دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي للمحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو بمكان التنفيذ عند عدم وجودهما ذلك طبقا للفصـــل 430 من المســـطرة المدنية المغربية [3]، كما يتضـــح من

---

[1] رحاوي آمنة، المرجع السابق، ص.241.

[2] حبار محمد، المرجع السابق، ص.244.

[3] ياسين المعتمد، المرجع السابق، ص.120.

خلال نص المادة 297 من قانون المرافعات المصـــري أن المحكمة المختصـــة بالنظر في دعوى الأمر بالتنفيذ هي المحكمة التي سيتم التنفيذ في دائرتها[1].

ثانيا: الوثائق الواجب تقديمها في دعوى الأمر بالتنفيذ

لم يحدد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الوثائق المكونة للملف الخاص بمنح الصيغة التنفيذية ذلك ما يستدعي الرجوع إلى القانون الاتفاقي[2]، في ذلك نجد المادتين 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية و 24 من الاتفاقية الجزائرية التونســـية تحددان الوثائق الواجب إرفاقها بملف الدعوى و المتمثلة في:

- صورة رسمية للحكم تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها.
- أصل عقد الإعلان للحكم أو محل عقد يحل محل هذا الإعلان.
- شـهادة من كتاب الضـبط المختصـين تثبت أنه لا يوجد اعتراض على الحكم ولا استئناف ولا طعن بالنقض.
- نسـخة طبق الأصـل من ورقة التكليف بالحضـور الموجه إلى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة.[3]

بالإضـافة إلى شرط وجوب ترجمة الوثائق إلى اللغة العربية الذي تضـمنته المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية و المادة 08 من ق.إ.م.إ و التي نصـــت في فقرتها الثانية على :

---

[1] منال بوكرش و حنان بساقلية، المرجع السابق، ص.31.

[2] رحاوي آمنة، المرجع السابق،ص.244.

[3] مهداوي عبد القادر، تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقا لاتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر و الدول المغاربية، مجلة الدراسات الحقوقية،العدد2،كليه الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،الجزائر،2014،ص.57.

‹‹ يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول.››[1].

على غرار المشرع الجزائري حدد المشرع المغربي الوثائق الواجب إرفاقها من خلال الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية حيث جاء بها ما يلي: ‹‹ يقدم الطلب –إلا إذا نصت مقتضيات مخالفة في الاتفاقات الدبلوماسية على غير ذلك– بمقال يرفق بما يلي :

1. نسخة رسمية من الحكم،
2. أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه،
3. شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض،
4. ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف.››[2] .

الفرع الثاني: مضمون حكم الأمر بالتنفيذ

يتضمن حكم الأمر بتنفيذ حكم أجنبي إما منح الأمر بالتنفيذ (أولا)، أو رفض المنح بالتنفيذ (ثانيا).

أولا: منح الأمر بالتنفيذ

بعد قبول دعوى الأمر بالتنفيذ من الناحية الشكلية و تأكد القاضي من توافر كافة الشروط الموضوعية اللازمة المنصوص عنها في المادة 506 من قانون الإجراءات المدنية

---

[1] منال بوكرش و حنان بساقلية، المرجع السابق، ص.34.

[2] ياسين المعتمد، المرجع السابق،ص.121.

والإدارية السابقة الذكر، يصدر أمرا بتنفيذ الحكم هذا ما يعني امهاره الصيغة التنفيذية و أنه أصبح قابلا للتنفيذ عبر كامل التراب الوطني ، و فقا لنص المادة 601 ق.إ.م.إ التي تنص على: ‹‹لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية.››[1].

في هذا الشأن يرى الدكتور الطيب زروتي" أن جعل الحكم الأجنبي مرتبطا بالحصول على الصيغة التنفيذية الوطنية يجد مبرره في التوفيق بين اعتبارات السيادة الوطنية بحيث لا يجوز أن تأمر الجهة المختصة بالتنفيذ بغير ما هو مقرر في القانون الوطني كما أن الدولة مسؤولة عن تنفيذ أحكام محاكمها الوطنية فقط."[2].

ثانيا: رفض منح الأمر بالتنفيذ

بعد أن يتحقق القاضي المختص بالنظر في دعوى الأمر بالتنفيذ وفقا للمادة 607 ق.أ.م.إ من الشرط المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية طبقا للمادة 608 و شروط المادة 605 من نفس القانون، فيجد أن الحكم لا يستجيب للشروط الموضوعية يصدر حكما برفض التنفيذ ، و لا يمكن أن يعرض على المحاكم الجزائرية لاكتسابه قوة الشيء المقضي فيه [3]،أما فيما يخص الطعن يخضع لنفس الطرق و المواعيد المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالنسبة للأحكام و القرارات القضائية الجزائرية [4].

---

[1] منال بوكرش و حنان بساقلية، المرجع السابق،ص.35.

[2] زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، المرجع السابق،ص.256.

[3] مقدس أمينة ،تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي لياس، سيدي بلعباس،الجزائر،2020-2021،ص.215.

[4] حبار محمد، المرجع السابق،ص.245.

خلاصة الفصل:

تم التطرق من خلال هذا الفصل إلى تحديد الجهة القضائية الدولية المختصة في دعاوى الحضانة المشتملة على عنصر أجنبي، على ضوء القانون الداخلي الجزائري و المقارن والقانون الاتفاقي، و كذا الاجتهادات القضائية بحيث توصلنا من خلال هذه الأخيرة إلى إسقاط قواعد الاختصاص القضائي الداخلي على الدولي و على هذا الأساس فإن الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى الحضانة هي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة طبقا للمادتين 40 و 426 ق.إ.م.إ، كما تم التطرق إلى شروط و إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الاتفاقيات الثنائية التي صادت عليها الجزائر.

خاتمة

في ختام دراســة موضــوع الحضــانة في القانون الدولي الخاص و من خلال التطرق إلى موقف المشــرع الجزائري و التشــريعات المقارنة و كذا الاتفاقيات الثنائية و الدولية مدعما ببعض الاجتهادات القضائية في مجال تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، توصلنا إلى عدة نتائج نذكر منها ما يلي:

- اختلاف الفقهاء و التشــريعات في تحديد الطبيعة القانونية للحضــانة فهناك من كيفها على أنها أثر من آثار الزواج، و هناك من اعتبرها أثر من آثار الطلاق و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري.
- إن المشرع الجزائري لم يعط مفهوم واضح لعبارة مصلحة المحضون تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضــي مما نتج عنها تضــاربا بين معايير القاضــي الوطني و القاضــي الأجنبي.
- بالرغم من أن المشــرع الجزائري أعطى الأولوية للمرأة في حضــانة أولادها من خلال المادة 62 ق.أ إلا أنه راعى بالدرجة الأولى مصــلحة المحضــون في ذلك حتى و لو خالف الترتيب الوارد في المادة.
- إن المشـرع الجزائري لم يضـع قواعد إسـناد خاصـة بالحضـانة و اعتبرها أثر من آثار الطلاق تخضــع للفقرة الثانية من المادة 12 ق.م، بيد أن إذا كان أحد الأطراف جزائريا يطبق القانون الجزائري وحده طبقا لنص المادة 13 من نفس القانون حماية للطرف الوطني.
- على غرار التشريع الجزائري خصت بعض التشريعات المقارنة الحضانة بقاعدة إسناد كالتشريع الكويتي، القطري، التونسي و العراقي .

- بالرغم من عدم مصادقة الجزائر على اتفاقية لاهاي إلا أن هذه الأخيرة أحسنت معالجة الإشكالات المترتبة عن حضانة الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط مراعية في ذلك مصلحة الطفل.
- لم يول المشرع الجزائري اهتماما لموضوع زيارة المحضون لا في العلاقات الداخلية ولا العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي إلا من خلال الاتفاقية الجزائرية الفرنسية التي عملت على تسهيل ممارسة حق الزيارة .
- بالرغم من إبرام الجزائر لعدة اتفاقيات في مجال تنازع القوانين في الحضانة غير أنها لا تطبق سوى قانونها حماية لسيادتها و لتعارض القوانين الأجنبية مع نظامها الداخلي.
- لمعالجة مشكل تعدد الجنسية و أي جنسية منهم يطبق قانونها ، جاء المشرع بالمادة 22 ق.م و التي تنص على أنه إذا كان من بين الجنسيات جنسية جزائرية يطبق القانون الجزائري و التي يقابلها الفصل 3/39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.
- حماية للطرف الجزائري في علاقة الزواج المختلط حدد المشرع الجزائري من خلال المادة 13 ق.م ضابط الإسناد بجنسية الزوج وقت الزواج تفاديا للوقوع في مشكلة التنازع المتحرك.
- إن المشرع الجزائري لم يخص الاختصاص القضائي الدولي إلا بالمادتين 41 و 42 من ق.إ.م.إ ، و أمام هذا النقص التشريعي و الانتقاد الموجه له لجأ القضاء الجزائري إلى قياس قواعد الاختصاص الداخلي و تطبيقه على الاختصاص الدولي، و بالتالي يحدد الاختصاص الإقليمي لدعاوى الحضانة بمكان ممارستها طبقا للمادتين 40 فقرة 02 و426 فقرة 04 من ق.إ.م.إ .

- فيما يخص مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية حدد المشرع الجهة القضائية المختصة بموطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ طبقا للمادة 607 ق.إ، مع تركيزه على الشروط الموضوعية والتي تناولها القانون الداخلي و الاتفاقي ، إلا أنه في شرط عدم التعارض مع الاختصاص لم يبين إذا كان يقصد الاختصاص التشريعي أم القضائي، أو اختصاص القاضي الوطني أو الأجنبي.
- لا ينفذ الحكم الأجنبي في الجزائر إلا بعد امهاره الصيغة التنفيذية و ذلك طبقا لنص المادة 601 من ق.إ.م.إ .

نظرا للنقص التشريعي في مسألة تنازع القوانين في مسألة الحضانة نتقدم بالتوصيات التالية:

- على المشرع الجزائري توضيح قصده بعبارة " مصلحة المحضون" لأن تركها للسلطة التقديرية للقاضي نتج عنها تضارب خاصة في العلاقات المختلطة .
- وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة كما فعلت معظم التشريعات العربية المقارنة، كالمشرع التونسي الذي أحسن فعلا عند تفضيل القانون الأصلح للطفل .
- تعديل المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية دون اللجوء للاختصاص القضائي الداخلي.
- حبذا لو أن المشرع الجزائري يعمل على تقنين يشمل كافة موضوعات القانون الدولي الخاص ، و بالأخص المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لأهميتها.

الملاحق

الملحق رقم 1 :

إسناد الحضانة في حكم الطلاق

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حـــكـــم

مجلس قضاء: تيارت
محكمة: تيارت
القسم: شؤون الأسرة

رقم الجدول:
رقم الفهرس:
تاريخ الحكم: 14/12/07
مبلغ الرسم/ 300 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة تيارت
بتاريخ: السابع من شهر ديسمبر سنة ألفين و أربعة عشر
برئاسة السيد (ة): قاضي
و بمساعدة السيد (ة): أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): وكيل الجمهورية

صدر الحكم الآتي بيانه

بين /

بين السيد (ة):

1): مدعي حاضر
العنوان :
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):

وبين /

ضد /

وكيل الجمهورية

1): مدعي عليه حاضر
العنوان :
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة):
2):وكيل الجمهورية حاضر حاضر

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة افتتاحية للدعوى مسجلة و مقيدة بأمانة ضبط المحكمة قسم شؤون الأسرة بتاريخ 28/08/2014 تحت رقم 2014/ أقام المدعي المباشر للخصام بواسطة محاميه دعوى قضائية ضد المدعى عليها
بحضور السيد وكيل الجمهورية أهم ما جاء فيها :
أنه ارتبط بالمدعى عليها بموجب عقد زواج رسمي ونتج عن هذا الزواج ميلاد بنت و أنه بعد مرور سنة من العشرة الزوجية تغيرت سلوكات المدعى عليها و أصبحت لا تقوم بواجباتها الزوجية و أنها غادرت بيت الزوجية ورفضت الرجوع لذا فهو يلتمس فك الرابطة الزوجية بين الطرفين بتظليم المدعى عليها
بعد التبليغ القانوني للمدعى عليها أجابت بواسطة محاميها الأستاذ موضحة أن المدعي هو من رفض مواصلة الحياة الزوجية و أنها تعرضت للضرب و الطرد إلى الشارع و هي مهملة في بيت أهلها و التمست في الأخير أصلا إلزام المدعي بإرجاعها إلى بيت الزوجية مع نفقة إهمال لها و لابنتها قدرها 5000 دج شهريا و احتياطيا في حالة إصرار الزوج على الطلاق إلزام المدعي بأن يدفع لها مبلغ 200.000 دج كتعويض عن الطلاق التعسفي و مبلغ 50.000 دج نفقة عدة و نفقة إهمال قدرها 5.000 دج شهريا و إسناد حضانة البنت المشتركة لها على نفقة قدرها 5.000 دج شهريا و توفير سكن ملائم لممارسة

رقم الجدول:
رقم الفهرس:

الحضانة أو بدل إيجار شهري قدره 8.000 دج مع تمكينها من أغراضها حسب القائمة المرفقة

- و أن المحكمة سعيا منها لإصلاح ذات البين بين الطرفين و بغرض استفاء إجراء محاولات الصلح المقرر قانونا أمرت المحكمة بالحضور الشخصي للطرفين بجلسة 02/11/2014 أين أصر الزوج على فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة لاستحالة العشرة الزوجية و ليس له أي رغبة في رد زوجته و بالمقابل أصرت الزوجة الرجوع إلى بيت الزوجية المنفرد و في حالة الإصرار على الطلاق فإنها تتمسك بكافة حقوقها و تم تحرير محضر رسمي عن ذلك .

- و قد أحيل الملف على النيابة العامة لتقديم التماساتها فالتمس وكيل الجمهورية إجراء محاولات صلح بين الطرفين

عند هذا الحد و بعد تمكين الطرفين من تبادل المذكرات و اكتفائهما و إجراء محاولات الصلح بينهما أصبحت القضية جاهزة و ارتأت المحكمة وضعها قيد الدراسة للنظر فيها و الفصل فيها طبقا للقانون لجلسة 07/12/2014 ليصدر بشأنها الحكم الأتي بيانه:

وعليـــــــــه فـــــإن المحكـــــمـــة

- بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية للدعوى والمذكرات الجوابية .

بعد الإطلاع على المواد 01-02- 03- 08- 13 -14 -15 -18 -423 -426 -427 إلى 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الإطلاع على المواد 58- 61-64-65-75-78 -80 من قانون الأسرة.

بعد الإطلاع على الملف و الوثائق المرفقة

بعد الإطلاع على التماسات النيابة العامة.

بعد النظر قانونا.

حيث أن المدعي يرافع المدعى عليها ملتمسا فك الرابطة الزوجية بينه وبين المدعى عليها

حيث أن المدعى عليها التمست الرجوع إلى بيت الزوجية و احتياطيا في حال تمسك الزوج بالطلاق تمكينها من حقوقها المترتبة عن فك العصمة.

من حيث الشكل:

حيث أن دعوى الحال جاءت مستوفية لكافة الشروط و الأوضاع الشكلية المقررة قانونا مما تعين قبولها شكلا

من حيث الموضوع:

حيث المدعي يرافع المدعى عليها من اجل الحكم له بفك الرابطة الزوجية ،ويؤسس طلبه على أن الحياة الزوجية أصبحت مستحيلة مع المدعى عليها و ذلك بسبب إهمال الزوجة لواجباتها الزوجية ،واستظهر إثباتا لذلك : عقد زواج - شهادة عائلية .

حيث أن ممثل النيابة التمس إجراء محاولات صلح بين الطرفين

حيث أن موضوع النزاع يتعلق أساسا بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين بناء على الإرادة المنفردة للزوج.

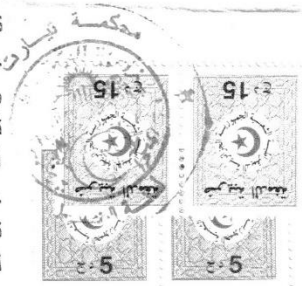
حيث أنه ثبت للمحكمة وان طرفي النزاع مرتبطين بعقد زواج رسمي مسجل ببلدية بتاريخ 03/01/2013 يحمل رقم و أنه نتج عن هذا الزواج ميلاد بنت وفقا للشهادة العائلية المرفقة

حيث أن المحكمة تطبيقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة و سعيا منها لإصلاح ذات البين بين الطرفين أمرت المحكمة بالحضور الشخصي للطرفين لإجراء الصلح و كان ذلك بجلسة 02/11/2014 غير أن المساعي لم تكلل بالنجاح وبقي المدعي متمسكا بالطلاق بالإرادة المنفردة و بالمقابل أصرت الزوجة على الرجوع إلى بيت منفرد أصلا و احتياطيا حال تمسك الزوج بالطلاق تمكينها من حقوقها المترتبة عن فك العصمة .

حيث من المقرر قانونا أن العصمة بيد الزوج الذي خوله القانون و الشرع حق فكها بإرادته

رقم الجدول:
رقم الفهرس:

المنفردة مما يجعل طلب المدعي في دعوى الحال الرامي إلى فك الرابطة الزوجية مع المدعى عليها مؤسسا و تعين الاستجابة له.
حيث أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية طبقا لأحكام المادة 57 من قانون الأسرة.
حيث أن أحكام الطلاق تسجل وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة.
حيث من الثابت قانونا متى تبين للقاضي تعسف الزوج في إيقاع الطلاق أن تقضي المحكمة للمطلقة بتعويض عن ذلك على أن يتناسب هذا الأخير و جسامة الضرر الحاصل و مقدار تعسف الزوج.
حيث أن المدعي التمس تحميل المدعى عليها مسؤولية الطلاق على أنها المتسببة في هذا الطلاق غير أن أسبابه مردودة عليه لبقائها مجرد تصريحات من جانب واحد وعدم تقديمه أي مبرر شرعي لطلب الطلاق ، لذلك فان المحكمة تعتبر الطلاق في دعوى الحال تعسفيا يجعل المدعى عليها أمامه مستحقة للتعويض قانونا مما يتعين و الحال كذلك الاستجابة لطلب المدعية الرامي إلى التعويض عن الطلاق التعسفي مع تخفيضه إلى الحد المعقول و المناسب للضرر بأن تقضي لها المحكمة بمبلغ 100.000 دج مائة ألف دينار جزائري تعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق التعسفي
حيث أن من المقرر قانونا أنه تجب نفقة العدة للزوجة المطلقة طيلة فترة احتباسها في البيت لأجله لاستبراء رحمها من اجل تغطية حاجياتها من مأكل و ملبس و مشرب و علاج الأمر الذي يتعين معه مراعاة حال الطرفين و ظروف المعاش السائدة عند تقديرها .
حيث و بناء على ما تقدم فإن المحكمة تقضي بإلزام المدعي بأدائه للمدعى عليها مبلغ ثلاثون ألف دينار جزائري نفقة عدة
حيث من الثابت قانونا انه تجب نفقة الزوجة على الزوج بالدخول بها ، و أن القاضي يحكم بها من تاريخ رفع الدعوى أو سنة قبل ذلك متى قامت البينة على الإهمال على أن يراعي لدى تقديرها حال الطرفين و ظروف المعاش السائدة.
حيث أن المدعى عليها التمست إلزام المدعي بأدائه لها مبلغ 8.000 دج نفقتها الشهرية والمحكمة تستجيب لطلبها لأنه قانوني ، مما يتعين إلزامه بأن يدفع للمدعى عليها نفقة إهمالها تسري من تاريخ رفع الدعوى الحالية إلى غاية صدور الحكم مع رد المبلغ المطلوب إلى الحد المعقول وتقديره يكون بملغ 3000دج شهريا
حيث أنه من المقرر قانونا طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة أن الأم أولى بحضانة أولادها و تنقضي بالنسبة للذكور إلى حين بلوغهم 10 أعوام و بلوغ الإناث سن الزواج كما يمكن تمديدها للذكور إلى حين بلوغهم 16 سنة متى كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية و أن المحكمة تراعي في جميع الأحوال مصلحة المحضونين عند إسناد الحضانة و أن تقضي للوالد هو الأخر بحق الزيارة.
حيث أن المحكمة تعتبر طلب المدعى عليها بخصوص إسناد حضانة البنت المشتركة لها مؤسس قانونا مراعاة في ذلك لسن البنت و مصلحتها مع أمها و منه تعين الاستجابة له مع منحها حق الولاية عليها قانونا و منح الأب حق زيارتها كل يومي جمعة وسبت من الساعة التاسعة صباحا على غاية الخامسة مساء و مناصفة في المناسبات الدينية و الوطنية و كذا العطل المدرسية.
حيث أنه من المقرر قانونا أن نفقة الأولاد واجبة على أبيهم ما لم تسقط عنهم و أن المحكمة تقضي بها من تاريخ رفع الدعوى أو سنة قبل ذلك متى قامت البينة على الإهمال على أن تراعي المحكمة في تقديرها حال الطرفين و ظروف المعاش.
حيث أن المدعى عليها التمست إلزام المدعي بأن يدفع لها بمبلغ 5.000 دج نفقة غذائية شهرية للبنت و المحكمة تعتبر طلبها مؤسس قانونا ذلك أن نفقة المحضون واجبة على الأب إلى غاية سقوطها قانونا غير انه وجب تخفيض المبلغ المطلوب إلى الحد المعقول مراعاة لحال



رقم الجدول:
رقم الفهرس:

الطرفين و ظروف المعاش و ذلك بان تقضي لها المحكمة بمبلغ 4000 أربعة ألاف دينار جزائري نفقة غذائية شهرية للبنت المحضونة تسري من تاريخ رفع الدعوى الحالية إلى غاية سقوطها قانونا.

حيث أنه من المقرر قانونا عند الحكم بالطلاق و إسناد الحضانة فعلى المحكمة أن تقضي للحاضنة بالسكن الملائم لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره و ذلك كله حفاظا على مصلحة المحضون و تنشئته على الطريقة الحسنة و حفاظا على أخلاقه و تربيته مما يتعين و الحال كذلك الاستجابة إلى طلب المدعية الرامي إلى توفير السكن الملائم أو بدل الإيجار غير أنه يتعين عند تقديره مراعاة حال الطرفين و ظروف المعاش السائدة و ذلك بان تقضي لها المحكمة بإلزام المدعي بتوفيره للحاضنة مسكنا ملائما لممارسة الحضانة أو أن يؤدي لها بدل إيجاره بواقع 4000 دج أربعة ألاف دينار جزائري شهريا تسري من تاريخ صدور الحكم الحالي إلى غاية انقضاء الحضانة أو سقوطها قانونا .

حيث أنه فيما يتعلق بالمتاع فقد قدمت الزوجة قائمة الأثاث الذي تركته ببيت الزوجية و أقر الزوج بوجوده ببيت الزوجية مما يتعين و الحال كذلك إلزام المدعي بتمكين المدعى عليها من الأثاث الذي سوف يتم تحديده في منطوق الحكم

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المدعي طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ولـــــــــــهـــــذه الأســـــــــباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا حضوريا نهائيا فيما يخص الطلاق ابتدائيا فيما عداه :

في الشكل: قبول الدعوى

في الموضوع: فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج بين كل من المسمى المولود في وبين المسماة المولودة في ، مع أمر ضابط الحالة المدنية المختص بقيد الطلاق الواقع بين الطرفين بتاريخه الحالي على سجلات الحالة المدنية لبلدية تيارت ، و التأشير به على هامش عقدي ميلادهما كل حسب مكان ميلاده

-إلزام المدعي بأدائه لطليقته المدعى عليها المبالغ التالية:

-مبلغ 100.000 دج مائة ألف دينار جزائري تعويضا عن الطلاق التعسفي

ـ مبلغ 30.000دج ثلاثون ألف دينار جزائري نفقة عدة

مبلغ 3000 دج ثلاثة ألاف دينار جزائري شهريا نفقة إهمال تسري من تاريخ رفع الدعوى الموافق ل 28 /08/2014 إلى غاية النطق بالحكم

ـ إسناد حضانة البنت المشتركة إلى أمها المدعى عليها على نفقة شهرية من والدها المدعي بواقع 4000دج أربعة ألاف دينار جزائري تسري من تاريخ رفع الدعوى الحالية الموافق ل28/08/2014 إلى غاية سقوطها قانونا مع منح والدتها حق الولاية عليها قانونا و منح الأب حق زيارتها كل يوم جمعة وسبت من الساعة التاسعة صباحا إلى الخامسة مساءا و مناصفة أيام العطل المدرسية و المناسبات الدينية و الوطنية .

ـ إلزام الأب المدعي بأن يوفر للمدعى عليها الحاضنة مسكنا ملائما لممارسة الحضانة و إن تعذر عليه ذلك دفع بدل إيجار بواقع 4000 دج أربعة ألاف دينار جزائري شهريا تسري من تاريخ صدور الحكم الحالي إلى غاية سقوط الحضانة أو انقضاءها قانونا .

ـ إلزام المدعي بأن يسلم المدعى عليها قائمة المتاع التالية : 06 لحوف و 06 مخايد ـ 02 مطارح و 02 ليزور - 02 طابي و 02 ديصوندلي - 02 تفريشات و 06 مخايد و 04 مخايد - 05 كوفيرطات - 04 كواة - 02 مخاد - حديد ـ دراواة و 02 طابرويات - 12 عباية مختلفة الألوان - 03 بيجامات - 02 بلوزة - جيبات - شال أبيض - 03 بينوارت - صندالة عالية - 07 خيمارات - 03 جلاليب - ملاية - غوب منتو - بالطو أسود - 02 فاليزات - 02 كوفر - أدوات الحمام - سيشوار - ليسور غوز و بابليز - مجموعة أحذية مختلفة - هاتف نقال من نوع سمامسونغ

رقم الجدول:
رقم الفهرس:

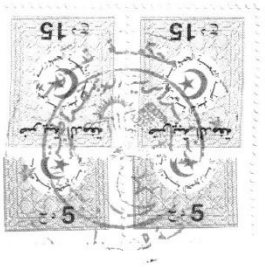
ـ صاك أسود و صور ـ ملابس البنت و 02 مناقيش خاصة بالبنت .
تحميل المدعي المصاريف القضائية المقدرة ب 300 دج ثلاثمائة دينار جزائري (الرسوم القضائية)
ـ بذا صدر هذا الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالساعة و التاريخ المذكورين أعلاه و لصحته وقع الأصل الرئيس و أمين الضبط .

أمين الضبط

الرئيس (ة)

09 ديسمبر 2014

محكمة تيارت
الشطر الموحد



رقم الجدول:
رقم الفهرس:

الملحق رقم 2:

تنازع القوانين، طلاق، مدى تطبيق القانون الجزائري أو الإيطالي

ملف رقم 170082 قرار بتاريخ 1998/02/17

قضية: (ي ف) ضد: (ف - ج ر)

تنازع القوانين – طلاق – مدى تطبيق القانون الجزائري أو الإيطالي

(المادتان 2/12 و13 من القانون المدني)

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

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

ومن المقرر أيضا أنه "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزوج".

ومن تم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للقانون.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن المحكمة لما قضت بتطبيق القانون الإيطالي على القضية الحالية المتعلقة بالطلاق بين زوجة جزائرية وزوج إيطالي بدلا من القانون الجزائري لكون الزوجة جزائرية الأصل لم يثبت نزع جنسيتها الأصلية منها رسميا بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، خالفوا القانون وأخطاؤا في تطبيقه.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 19 أكتوبر وعلى مذكرة الجواب التي قدمها المحامي المطعون ضده.

بعد الإستماع إلى السيد عبد الكريم إسماعيل المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد عيبودي رابح المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن الطاعنة (ي ف) قد طالبت نقض الحكم الصادر في 1996/7/14 عن محكمة بئر مرادرايس الذي يقضي بالطلاق بين الزوجين بسعي من الزوج وبتظليمه مع انهاء التوابع المادية الناتجة عن زواج الطرفين وبأمر ظابط الحالة المدنية لبلدية مرسيليا لتسجيل هذا الطلاق بسجلات الحالة المدنية.

حيث استندت الطاعنة في طعنها على وجه وحيد.

حيث رد المطعون ضده برفض الطعن.

حيث أن النيابة العامة قدمت مذكرة تلتمس فيها نقض القرار.

الوجه الوحيد: المأخوذ من القصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية وهو يتكون من ثلاثة فروع.

الفرع الأول: المأخوذ من مخالفة المادة 92 من قانون الإجراءات المدنية وبيانا لذلك أن الحكم المطعون فيه لم يأخذ بعين الاعتبار الدفع المتعلق بشأن الارتباط بين الجهة القضائية الجزائرية والجهة القضائية الإطالية مما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا الفرع في غير محله ذلك أنه يتبين من أوراق الطعن ان المطعون ضده رفع دعوى ثانية أمام محكمة بئر مرادرايس طلب فيها الطلاق وصدر بتاريخ 1996/7/14 يقضي بالطلاق ولما كان ذلك فانه لا يوجد أي ارتباط بمفهوم المادة

الطلاق ومن ثم يكون هذا النعي غير المنتج.

الفرع الثاني: المأخوذ من مخالفة المادة 12 من القانون المدني وبيانا لذلك تقول ان القرار المطعون فيه لم يطبق القانون الايطالي باعتبار الزوج من جنسية ايطالية مما يستوجب نقضه.

وحيث ان هذا الفرع في غير محله ذلك ان الحكم المطعون فيه أورد في أسبابه أنه طبقا للمادة 12 من القانون المدني أن دعوى الطلاق يطبق بشأنها القانون المدني الايطالي طالما أن المطعون ضده من جنسية إيطالية ومن ثم يكون هذا النعي غير منتج.

الفرع الثالث: المأخوذ من مخالفة الاتفاقية الجزائرية الفرنسية وبيانا لذلك تقول ان الحكم المطعون فيه أمر ضابط الحالة المدنية بمدينة مرسيليا بتسجيل الطلاق بالحالة المدنية مما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا الفرع في غير محله ذلك ان الأمر الذي اعطي لضابط الحالة المدنية بشأن قضية الطلاق لاينفذ الا بعد خضوعه الإجراءات الخاصة بالصيغة التنفيذية التي تعطي له من طرف الجهة القضائية المختصة وبالتالي لا يشكل خرقا للاتفاقية المذكورة ومن ثم يكون هذا النعي غير منتج.

عن الوجه المثار: تلقائيا من المحكمة العليا المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و13 من القانون المدني.

حيث يستخلص من قراءة الحكم المطعون فيه ودراسة ملف الإجراءات ان موضوع النزاع يتعلق بحالة الأشخاص التي لاتعتبر من النظام.

حيث أن المادة 12 من القانون المدني تنص على أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

حيث أن المادة 13 من القانون المدني تنص على أنه يسري القانون الجزائر، وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهليه الزوج.

حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الاصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية.

حيث أنه كان على القاضي الاول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ولما كان ذلك فانه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بقبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء بئر مرادرايس بتاريخ 14/7/ 1996 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها وفقا للقانون مع الزام المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر فيفري سنة سبعة وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية المتركبة من السادة:

الهاشمي هويدي	الرئيس
عبد الكريم اسماعيلي	المستشار المقرر
نعمان السعيد	المستشار

بمساعدة السيد زاوي ناصر كاتب الضبط وبحضور السيد عيبودي رابح المحامي العام.

الملحق رقم 3:

حضانة، جنسية، دين إسلامي

ملف رقـم 457038 قـرار بتاريخ 2008/09/10

قضيـة (م- ع) ضـد (ب- ف)

الموضـوع : حضانة- جنسية-دين إسلامي.

قانون الأسرة : المادة 64.

المبـدأ : لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسيةً أجنبية، حقّهَا في الحضانة ، طالما لم تثبت ردتُها عن الدين الإسلامي.

إن المحكمـة العـليـا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائـر.

بعـد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصـه :

بنـاء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانـون الإجراءات المدنيـة،

بعـد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2006/08/06.

بعد الاستماع إلى السيد بو زيد لخضر المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة خيرات مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

وعلـيه فـإن المحكمـة العلـيا

حيث أن الطاعن (م- ع) طعن بطريق النقض بتاريخ 2006/08/06 بواسطة عريضة قدمها محاميه الأستاذ عوالي عبد الكريم المعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 2006/05/08 والقاضي بتأييد الحكم المستأنف والذي كان قد قضى بتأييد الحكم المعارض فيه والصادر بتاريخ 2008/05/08،

هذا الحكم الأخير الذي حكم غيابيا في حق المدعى عليه بإسناد حضانة الأبناء لأمهم،مع إلزام الأب بإنفاقهم بمبلغ 2000 دينار لكل واحد منهم شهريا،وأن يدفع للمدعية مبلغ 10.000 دينار مقابل أجرة السكن، مع رفض الطلب المتعلق بالأمتعة على الحال.حيث إن المطعون ضدها لم تجب على عريضة الطعن.

حيث إن القرار محل الطعن بلغ للطاعن بتاريخ 2006/06/14 من طرف المحضرة القضائية الأستاذة مكناش ليلى.

حيث إن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية لذلك يتعين قبوله شكلا.

من حيث الموضوع : حيث إن الطاعن أثار وجها واحدا هو : وجه الطعن مخالفة القانون المادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنيـــة :

إن قضاة المجلس لم يلتفتوا إلى الدفع الجدي المثار من طرف العارض على أساس أن المدعى عليها تحصلت على الجنسية الفرنسة، وإنها ترغب في الاستقرار بفرنسا فطلبت منه التطليق (نسخة من جواز السفر مرفق)،لذلك فالمطعون ضدها لا حق لها في الحضانة وفق المادة 60 من قانون الأسرة،ما دام الاستقرار يكون في بلد أجنبي ويمس بمصلحة المحضون،

وكذلك بالرجوع إلى المادة 67 من قانون الأسرة،يتبين بعد إحالتها على المادة 62 من نفس القانون، وأن الحضانة تسقط إذا لم يكن هناك ضمانات

للتمكن من تربية الأبناء على دين الأب.لكون المطعون ضدها حصلت علـــى الجنسية الفرنسية وتنوي الاستقرار في بلد أجنبي لا يدين بدين الإسلام،

بالإضافة إلى أن المطعون ضدها تركت العارض رفقة أبنائه الخمسة الذي تكفل بهم أحسن تكفل على الرغم من أن له طفلة لم يتجاوز عمرها سنة ونصف،كما ثبت ذلك من خلال محضر المعاينة المحرر بتاريخ 2004/03/15 (المحضر مرفق).

كما أن المحضر المحرر بتاريخ 2005/06/11 المرفق يثبت أن الأبناء الخمسة يعيشون مع العارض منذ ولادتهم إلى حد الآن .

زيادة على أن المحضر المؤرخ في 2006/06/24 المتضمن إثبات حالة،يثبت ترك المطعون ضدها للأبناء لدى العارض،

-هذا وأن العارض منح للمطعون ضدها مدة عشرة أيام للعودة إلى أرض الوطن لكي تتمكن من رعاية أبنائها إلا أنها رفضت، الشيء الذي جعله يطلب منها الإذن بالزواج من أجل رعاية أبنائه فوافقت على ذلك، وكان ذلك بحضور عمها وأختها،إلا أن المطعون ضدها وجدت في إعادة زواج العارض ذريعة للتخلص منه،وعادت إلى فرنسا دون رجعةن

لذلك فإن قضاة المجلس بإسنادهم الحضانة للمطعون ضدها دون التفاتهم للدفوع الجدية المثارة يكونون قد خالفوا القانون،يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

عن الوجه الوحيد المثـــــار :

حيث متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة 64 من قانون الأســـرة

حيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الأبناء الخمسة لأمهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون،

مما يستوجب القول بأن الوجه المثار غير مؤسس يتعين القضاء برفضه، وتبعا لذلك رفض الطعن.

حيث يتحمل الطاعن المصاريف القضائية.

فلهـــــذه الأســـــبـاب

تقرر المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

قبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا، وبإبقاء المصاريف على الطاعن.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به فـي الجلسة العـلنيـة المنعقدة بتاريخ العاشر من شهر سبـتمبـر سنة ألفيـن و ثمانيـة من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمتركبة من السـادة :

عـــلاوة العوامـــري	رئيس الغرفة- رئيســـــا
بو زيـــد لخضـــر	مستشـــارا مقـــررا
أمقـــران مهـــدي	مستشـــــــارا
مـــلاك الهاشمـــي	مستشـــــــارا
الضاوي عبد القـــادر	مستشـــــــارا
فضيـــل عيســـى	مستشـــــــارا

بحـضـور السيـد خيرات مليكة المحـامي الـعـام،

وبمسـاعد ة السـيد زاوي ناصر أمـيـن الـضـبـط.

الملحق رقم 4:

طلاق ، اختصاص قضائي ، قضاء جزائري ، قضاء أجنبي

ملف رقم 402333 قرار بتاريخ 2008/03/12

قضية (ع- ح) ضد (ع- ف)

الموضـــــوع : طلاق –اختصاص قضائي – قضاء جزائري – قضاء أجنبي.

قانـــون الإجـــراءات المدنيـــة : المـــادة 8.

المبـــدأ : لا يختص القضاء الجزائري بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق القائمة بين زوجين جزائريين ، مقيمين في دولة أجنبيـــة.

إن المحكمـــة العـــلـــيا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائـــر.

بعـــد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانون الإجراءات المدنيـــة.

بعـــد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعـــن بالنقض المودعة بتاريخ 16/07/2005وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامـــي المطعون ضدهـــا.

بعد الاستماع إلى السيد علاوة لعوامري الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة خيرات مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعـــن.

وعلـــــــيه فـــإن المحكمـــــة العلـــــيا

حيث أن الطاعن (ع-ح) طعن بطريق النقض بتاريخ 16/07/2005 بواسطة عريضة قدمها محاميه الأستاذ عبدون محند المعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 24/11/2004 الذي صادق وأيد مبدئيا حكما مستأنف لديه وتعديلا له خفض مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي إلى 80.000.00 دينار ثمانين الف دينار جزائري، وخفض نفقة العدة إلى15000.00 دينار (خمسة عشر ألف دينار جزائري)، وخفض نفقة الإهمال إلى2000.00 دينار (ألفي دينار جزائري) شهريا تسري شهرا قبل رفع دعوى الطلاق، وتستمر إلى غاية النطق بحكم الطلاق وإلغاءه فيما يخص طلب المدعى عليها بآداء اليمين القانونية لعدم التأسيس.

حيث أن المطعون ضدها (ع.ف) قد بلغت بعريضة الطعن وأودعت مذكرة جواب بواسطة محاميها الأستاذ بوتوشنت عبد النور الذي طالب برفض الطعن في دعوى الحال.

حيث أن الطعن بالنقض قد استوفي شروطه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

حيث أن الأستاذ عبدون محند أثار في حق الطاعن ثلاثة أوجه للطعـــن :

الوجـــه الاول : مأخوذ من عدم الإختصاص أو تجاوز السلطـــة.

بدعوى ان المدعى عليها في الطعن قدمت للمجلس القضائي خلال الإستئناف رقم422 ملف موضوع يحتوي على عدد وثائق منها 1) أمرا صادرا يوم 25/06/2003 عن محكمة فرنسية فصل في حضانة الولدين وحدد لهما نفقة شهرية (وثيقة مرفقة) هذا الأمر صدر قبل صدور الحكم الجزائـــري.

2) وثيقة أخرى تتمثل في وصل إيجار يبين بأن المدعى عليها تسكن بفرنسا وقامت بتأجير مسكن تمارس فيه حضانة الطفلين (وثيقة مرفقة) إن هذه الوثائق تبين بأن المحكمة الفرنسية هي المختصة في الفصل في الجوانب المادية للطلاق ،

وبالتالي فالقضاء الفرنسي هوالمختص بالفصل في الجوانب المادية لأن طرفي النزاع يقيمان بفرنسا ،وكان قد تم تعيين مساعدة إجتماعية بفرنسا للتحقيق في وضعية الزوجين ومدى مسؤولية كل طرف لتحديد الحقوق وكذلك المبالغ التي سيدفعها الطاعن لذلك كان يتعين على مجلس قضاء تيزي وزو الذي عرض عليه حكم أولى درجة المؤرخ في 13/01/2004 كان عليه تأييد هذا الحكم مبدئيا فيما يخص الطلاق وتعديل الحكم بالتصريح بعدم الإختصاص للفعل في الجوانب المادية.

الوجـــه الثاني : مأخوذ من انعدام أو قصور الأسباب والأساس القانوني.

الفـــرع الاول : مسؤولية الطلاق. بدعوى ان القرار محل الطعن غير مسبب لأن الطاعن أثبت بموجب وثائق رسمية على أن المدعى عليها التي تخلت عنه ورفضت مواصلة الحياة الزوجية لأن هناك تقرير يمثل تحقيق إجتماعي يثبت أن المطعون ضدها غادرت البيت الزوجي وأصبحت تقيم في مسكن مستقل منذ شهر جوان 2002 وترفض العيش مع الطاعن خاصة منذ الحادث الذي وقع له وأصبح معوقاً نسبيا.

الفـــرع الثاني : إن القرار المعاد الذي قضى على الطاعن بأن يدفع للمطعون ضدها-نفقة الإهمال-ونفقة الولدين وأن بدل إيجار للحاضنة هو قرار غير مسبب وغير مؤسس نظرا لكون الأطفال والمسكن الذي أجرته المدعى عليهـــا.
موجودين بفرنسا، وأن هذه المسائل فصلت فيها محكمة أجنبية قبل صدور القرار المنتقـــد.

الوجـــه الثالث : مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون.

بدعوى أن المادة (08) من قانون الإجراءات المدنية تنص على ان الدعاوي المتعلقة بالنفقة ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أو مسكن الدائن بقيمة النفقة، والدعاوي المتعلقة بالحضانة ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الحضانة،مع ان الولدين يقيمان مع والدهما التي أجرت سكنا (بفرنسا) لتقيم فيه مع ولديهما المشار إليهما أعلاه ، وأن سكن ممارسة الحضانة ليست من إختصاص القاضي الجزائري.

عن الوجه الأول : دون التعرض لباقي الأوجه لكونه وجيهـــا :

وذلك لكون الطاعنة والمطعون ضده ثبت –بإقرارهما– بأنهما يقيمان بفرنسا منذ مدة طويلـــة.

حيث ثبت من الإطلاع على وثائق ملف قضية الحال ومستنداته أن المطعون ضدها كانت قد نشرت دعوى استعجالية (بفرنسا) ضد الطاعن حيث يقيمان طالبت بواسطتها منحها نفقة لها ولولديهما، وقد قضت هذه المحكمة على الطاعن بأن يسلم نفقة شهرية للطفلين المشار إليها أعلاه.

وحيث ثبت أن الطاعن والمطعون ضدها يقيمان خارج التراب الوطني، لذلك فإن القضاء الوطني (بالجزائر) غير مختص بالفصل لنفقة الإهمال، والنفقة المعيشية، والمتاع، وبدل الإيجار لأن هذه العناصر ملازمة لإقامة الأطراف، ومكان تواجدهم، وذلك عملا بأحكام المادة الثامنة فقرتها الخامسة والسادسة من قانون الإجراءات المدنية ولما قضى قضاة الموضوع لمجلس قضاء تيزي وزو بخلاف ذلك فإن قضاءهم جاء مخالفا للقانون،وللمادة الثامنة فقرتها الخامسة والسادسة من قانون الإجراءات المدنية.

فلهـــذه الأســـبـــــاب

قضت المحكمة العليا : قبول الطعن شكلا و موضوعا، و بنقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 24/11/2004 جزئيا فيما يخص الأثاث ونفقة الإهمال للمطلقة وولديها وبدل الإيجار وإحالة قضية الحال وطرفيها لنفس المجلس للفصل فيها من جديد وفق القانون .

وبإبقـــاء المصاريف على المطعون ضدهـــا.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني عشر من شهر مارس سنة ألفين وثمانية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المتركبة من الســـادة :

علاوة لعوامـــري	رئيس الغرفة رئيسا مقررا
امقـــران مهـــدي	مستشـــــــــارا (ة)
ملاك الهاشـــــمي	مستشـــــــــارا (ة)
بـــو زيد لخضـــر	مستشـــــــــارا (ة)
الهاشمـــــي الشيخ	مستشـــــــــارا (ة)
الضاوي عبد القادر	مستشـــــــــارا (ة)
قراوي جمال الدين	مستشـــــــــارا (ة)
فضيـــل عيســـى	مستشـــــــــارا (ة)

وبحضـــور السيـــدة خيرات مليكة المحامـــية العامـــة.

وبمساعـــدة السيـــد زاوي ناصر أمـــيـــن الضـــبط.

الملحق رقم 5:

حكم أجنبي ، صيغة تنفيذية جزائرية ، تنفيذ حكم أجنبي

ملف رقم 0773081 **قرار بتاريخ** 2013/11/13

قضية (ط.ع) ضد (ب.ن) بحضور النيابة العامة

الموضوع : حكم أجنبي-صيغة تنفيذية جزائرية-تنفيذ حكم أجنبي.

قانون رقم : 08-09 (إجراءات مدنية وإدارية)، المادة : 605، جريدة رسمية عدد : 21.

المبدأ : لا يتحصل الحكم الأجنبي، المخالف قانون الأسرة الجزائري، في مجالي ترتيب الحضانة وإثبات النشوز، على الصيغة التنفيذية الجزائرية.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 349 إلى 360 و 377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى رئاسة أمانة الضبط بالمحكمة العليا بتاريخ 2011/03/30 من قبل محامية الطاعن وعلى مذكرة الجواب المقدمة من طرف محامي المطعون ضدها؛

بعد الاستماع إلى السيد فضيل عيسى المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيدة نادية غزالي يوسفي المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن؛

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث أن المدعو (ط.ع) قد طعن بالنقض بموجب عريضة أودعها لدى رئاسة أمانة الضبط بالمحكمة العليا بتاريخ 2011/03/30 بواسطة محاميته الأستاذة مرابطي يمونة المعتمدة لدى المحكمة المذكورة، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ 2010/06/27 القاضي حضوريا ونهائيا.

في الشكل : بقبول الاستئناف شكلا.

وفي الموضوع : بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ 2009/12/22.

وقد استند في طعنه **إلى ثلاثة أوجه؛**

وقد أودعت المطعون ضدها، (ب.ن)، مذكرة للجواب بواسطة محاميها الأستاذ قنازي وليد المعتمد لدى المحكمة العليا، طلبت بموجبها القضاء برفض الطعن.

من حيث الشكل :

حيث أن الطعن بالنقض قد وضع في أجله القانوني، واستوفى أوضاعه الشكلية، طبقا لأحكام المواد : 354، 557، 559، 560، 563، 564، 565، 566 و567 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتعين القضاة بقبوله شكلا؛

من حيث الموضوع :

عن الأوجه الثلاثة : المأخوذة من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، ومخالفة الاتفاقيات الدولية، ومخالفة القانون الداخلي مجتمعة لتشابهها :

حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس قضاءهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي برفض دعواه الرامية إلى الحكم بإضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التونسي الصادر بتاريخ 2009/09/09، استنادا إلى كونه يتعارض مع الحكم الجزائري الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ 2009/07/29، بالرغم من أن الحكم التونسي يعد السابق في الصدور، مخالفين بذلك الفقرة 03 من

المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 19 من المرسوم رقم 63-456 المؤرخ في 1963/11/14 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بشأن المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس.

لكن حيث أن المقصود بسبق الصدور المنصوص عليه بالفقرة الثالثة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لا يعني بالضرورة، أن يكون تاريخ الحكم الجزائري سابقا في صدوره لتاريخ الحكم التونسي، مثلما يعتقد الطاعن خطأ، وإنما يعني أن يكون ذلك الحكم قد صدر قبل تاريخ رفع الدعوى الرامية إلى إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التونسي، السالف الذكر، وهو الأمر الثابت في الدعوى الحالية، ذلك أن الحكم الجزائري قد صدر بتاريخ 2009/07/29 في حين أن الدعوى المرفوعة، من قبل الطاعن، الرامية إلى إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التونسي الصادر بتاريخ 2009/05/09، قد أقيمت بتاريخ 2009/08/16، وذلك بعد صدور الحكم الجزائري،

وحيث أنه فضلا عن ذلك، فإن المادة 19 من المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 1963/11/14 المتعلق بالمصادقة على الاتفاقية المتضمنة المساعدة المتبادلة و التعاون القانوني و القضائي بين الجزائر و تونس المحتج بها من قبل الطاعن، قد اقتصرت فقط على النص على عدم احتواء الحكم المراد إضفاء الصيغة التنفيذية عليه على أي شيء يعتبر مخالفا لحكم قضائي صدر في البلد المطلوب فيه التنفيذ، و اكتسب بالنسبة إليه قوة الشيء المحكوم به و لم تنص إطلاقا على سبق الصدور، الأمر الذي يتعين معه عدم الاعتداد بالدفع المثار من قبله، ومن ثم فإن القضاء من قبل قضاة المجلس بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطاعن، الرامية إلى إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التونسي الصادر بتاريخ 2009/05/09، استناد إلى أنه يتعارض مع الحكم الجزائري الصادر بتاريخ 2009/07/21، و ذلك لعدم رفع دعواه الرامية إلى منحه تلك الصيغة إلا بتاريخ 2009/08/16، و يتعارض مع أحكام المادتين 64، 65 من قانون الأسرة بشأن الحضانة، ومع ما استقرت عليه مبادئ

القانون العام في الجزائر بشأن النشوز، يعد تطبيقا سليما لأحكام المادة 3/605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و لأحكام المادة 19 من المرسوم رقم 450/63 المؤرخ في 1963/11/14 السالف الذكر، ولم يتضمن أية مخالفة لأية قاعدة جوهرية في الإجراءات، الأمر الذي يجعل الأوجه المثارة غير مؤسسة، ويتعين عدم الاعتداد بها، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن؛

وحيث أنه يتعين القضاء بإبقاء المصاريف القضائية على عاتق الطاعن، وذلك طبقا لأحكام المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؛

فلهذه الأسباب

قضت المحكمة العليا-غرفة شؤون الأسرة والمواريث :

بقبول الطعن بالنقض شكلا وبرفضه موضوعا.

وبإبقاء المصاريف القضائية على عاتق الطاعن.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث عشر من شهر نوفمبر سنة ألفين و ثلاثة عشر من قبل المحكمة العليا-غرفة شؤون الأسرة والمواريث-والمتركبة من السادة :

الضاوي عبد القادر	رئيس الغرفة رئيسا
فضيل عيسى	مستشارا مقررا
ملاك الهاشمي	مستشارا
سكة قويدر	مستشارا
معزوزي الصديق	مستشارا

بحضور السيدة : يوسفي غزالي نادية-المحامي العام،

وبمساعدة السيد : طرفي سمير-أمين الضبط.

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

أولا: النصوص القانونية

أ- القوانين:

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 الموافق ل 9 رمضان 1404 المتضمن قانون الأسرة، ج. ر العدد 24 الصادرة في 12 يونيو 1984 الموافق ل 12 رمضان 1404، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-12 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الموافق لـــــ 18 محرم 1426، ج. ر العدد 15، الصادرة في 27 فبراير 2005 الموافق لـ 18 محرم 1426 .

2- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صـــفر عام 1429 الموافق 25 فبراير ســـنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2009، المعدل والمتمم.

ب- الأوامر :

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سـبتمبر 1975 الموافق لـ20 رمضـان 1395 المتضـمن القانون المدني، ج. ر العدد 78 الصـــادرة في 30 ســبتمبر 1975 الموافق لـ24 رمضـــان1395، المعدل والمتمم .

ثانيا: المؤلفات :

1- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، د. س. ط .

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014.

3- امحمدي بوزينة أمنة، اشـكالات تنازع القوانين في مسـائل الأحوال الشـخصـية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019.

4- باديس ديابي، صـور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسـرة، دار الهدى للنشـر والطباعة، عين مليلة الجزائر، 2012.

5- بلحاج العربي :

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 .

- الزواج والطلاق في تقنين الأســـرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة، الجزائر، 2018 .

6- حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، السنة الثالثة حقوق LMD، دار هومة ، الجزائر ، 2018 .

7- رمضان علي السيد الشربصاني وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006 .

8- شمس الدين محمد بن أحمد الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، المطبعة البهية المصرية، مصر، 1317هـ .

9- الطيب زروتي :

- القانون الدولي الخاص، علما و عملا، الطبعة 1، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، 2010 .

- القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، (تنازع القوانين في ضـــوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراســـة مقارنة بالقوانين العربية والفرنســـية، مطبعة الفســـيلة، الدويرة، الجزائر، 2013.

- الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري دراسة مقارنة بقوانين دول المغرب العربي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2017 .

10- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة، الجزائر، د. س. ط .

11- علي علي ســـليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2006 .

12- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة 3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2019 .

13- كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2020 .

14- محمد أمين بن عمر عبد العزيز عابدين الدمشـــقي الحنفي، رد المختار على درر المحتار، ج 3، مطبعة دار الفكر، بيروت، لبنان، 1441هـ .

15- محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج 1، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 .

16- محمد عرفة الدوسقي المالكي، حاشية الدوسقي على الشرح الكبير للدردير، ج2، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، مصر، د. س. ط .

17- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، مطبعة الانتصارات، الإسكندرية، مصر، 1994 .

18- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والفرنسية، الطبعة 1، دار الثقافة والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

19- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، مكتبة النصر الحديث للنشر، الرياض، السعودية، د. س. ط .

20- نسرين شريقي وكمال بوفرورة تحت إشراف مولود ديدان، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2018 .

21- هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية دراسة فقهية وقضائية في القوانين العربية. الأوروبية. الأنجلوسكسونية واتفاقية بروكسل لعام 1968، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002 .

22- هشام علي صادق وعكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، ج 2، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2011.

ثالثا : الرسائل العلمية:

أ- أطروحات الدكتوراه :

1- خديجة حاج شريف، الحماية القانونية للمحضون في القانون الدولي الخاص، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر،2021/2020.

2- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2014/2013.

3- مقدس أمينة، تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي لياس، سيدي بلعباس، الجزائر،2021/2020.

4- يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019/2018.

ب- رسائل الماجستير:

1- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2010.

2- شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري " دراسة فقهية ونقدية مقارنة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، قسم الشريعة،2009/2008.

ت- مذكرات الماستر:

1- منال بوكرش وحنان بساقلية، تنفيذ الحكم الأجنبي، حجيته وضماناته، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2022/2021.

رابعا: المقالات العلمية:

1- امحمدي بوزينة أمنة :

- الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، (دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد5، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تسمسيلت، الجزائر، جوان 2018.

- إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أكتوبر 2019.

- الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين وقرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 56، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، نوفمبر 2019.

- تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2020 .

2- بلمامي عمر، أثر تنفيذ الأحكام الأجنبية على إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 2، جامعة باتنة، الجزائر، 1994 .

3- بلاق محمد، إشكالية التنازع في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4، العدد 3، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، الجزائر، 2021 .

4- بن داود حنان و بن عمار محمد، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019 .

5- بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، مجلة الحقيقة، العدد 21، جامعة أدرار، الجزائر، جوان 2012

6- حسايد عقاد حمزة :

- الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية القائم على قواعد الاختصاص، دفاتر البحوث العلمية، العدد 10، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، جوان ، 2017 .

- الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية المبني على القواعد العادية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 1، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، الجزائر، مارس، 2020 .

7- خديجة حمادي وكمال مخلوف، إشكالية تنازع القوانين في الحضانة (دراسة مقارنة)، مجلة المعارف، المجلد 17، العدد 2، جامعة البويرة، الجزائر، 2022 .

8- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 4، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2011 .

9- رحاوي أمنة، شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الجزائر، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017 .

10- طاهري آسية، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المفكر، المجلد 4، العدد 2، جامعة الجزائر 2، الجزائر، ديسمبر 2020 .

11- عبد الكريم نذير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، العدد 4، جامعة الجلفة، الجزائر، 2021 .

12- عبد الهادي بن زيطة، تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 35،العدد02،كلية الحقوق، جامعة الجزائر1،الجزائر،2021.

13- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 99، المركز الجامعي بغليزان، الجزائر، 2017 .

14- كمال سمية، طبيعة الاختصاص القضائي في منازعات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2020 .

15- لعميري ياسين، الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 1، جامعة آكلي محند، البويرة، الجزائر، 2021 .

16- مروة بن شويخ، مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية/ مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد 3، جامعة البليدة 2، الجزائر، سبتمبر 2017 .

17- مزيان محمد، دعاوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2011 .

18- المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 5، العدد 1، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، الجزائر، 2021.

19- مهداوي عبد القادر، تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقا لاتفاقيات التعاون القضائي بين الجزائر والدول المغاربية، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر،2014 .

20- موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4، العدد 3، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، الجزائر، 2021 .

21- مومن يمينة وبلاق محمد، دور النظام العام في تطبيق قانون القاضي، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، المجلد 11، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2021 .

22- نور الهدى بولمش، تنازع القوانين كأثر من آثار الزواج المختلطة الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 2، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2018 .

23- واسطي عبد النور، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، نوفمبر 2021 .

24- هادفي بسمة ولموشي عادل، فساد أخلاق الحاضن وأثره على الحق في الحضانة، دراسة على ضوء الفقه والقانون الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد7، العدد 1،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2023 .

خامسا: الملتقيات العلمية :

1- عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة "دراسة مقارنة"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23- 24 أفريل 2014 .

سادسا: المحاضرات :

1- عبد النور أحمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري، مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر، 2016-2017 .

سابعا: المجلات القضائية :

1- المجلة القضائية لسنة 1995،العدد1.
2- مجلة المحكمة العليا لسنة 2008،العدد1.
3- مجلة المحكمة العليا لسنة 2008،العدد2.
4- مجلة المحكمة العليا لسنة 2014،العدد2.

فهرس المحتويات

قائمة المحتويات **رقم الصفحة**

شكر وتقدير
قائمة المختصرات
مقدمة 1

المبحث التمهيدي : الإطار المفاهيمي للحضانة

المطلب الأول: تعريف الحضانة وطبيعتها القانونية 6
الفرع الأول: تعريف الحضانة 6
أولا: تعريف الحضانة لغة 6
ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا 7
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحضانة 9
أولا: الطبيعة القانونية للحضانة في التشريع الجزائري 10
ثانيا: الطبيعة القانونية للحضانة في التشريعات المقارنة 10
المطلب الثاني: إسناد الحضانة 11
الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة 11
أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة 12
ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الحاضن 12
الفرع الثاني: حالات سقوط الحضانة وعودتها 14
أولا: حالات سقوط الحضانة 14
ثانيا: عودة الحضانة 16
المطلب الثالث: آثار الحضانة 17
الفرع الأول: نفقة المحضون وسكنه 17
أولا: نفقة المحضون 18
ثانيا: سكن المحضون 20
الفرع الثاني: حق الزيارة 22
أولا: المقصود بحق الزيارة 22
ثانيا: ممارسة حق الزيارة 23

الفصل الأول: القانون واجب التطبيق على الحضانة

تمهيد.....26
المبحث الأول: تحديد القانون واجب التطبيق على الحضانة 27
المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة 27
الفرع الأول: إسناد الحضانة في الزواج المختلط في التشريع الجزائري 28
أولا: حالة كون جميع الأطراف أجانب 28
ثانيا: حالة كون أحد الأطراف جزائريا 29
الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة 30
أولا: الدول التي خصت الحضانة بقاعدة إسناد 30
ثانيا: الدول التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد 31
المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الدولية 33
الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية 33
أولا: الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا 33
ثانيا: الاتفاقيات الثنائية الأخرى 35
الفرع الثاني: اتفاقية لاهاي 37
أولا: اتفاقية لاهاي لسنة 1961 37
ثانيا: اتفاقية لاهاي لسنة 1996 38
المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون واجب التطبيق والإشكالات المترتبة عنه 40
المطلب الأول: نطاق القانون واجب التطبيق والإشكالات القانونية المترتبة عنه 40
الفرع الأول: نطاق القانون واجب التطبيق 40
أولا: رؤية المحضون وزيارته 40
ثانيا: نفقة المحضون 41
الفرع الثاني: الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق القانون واجب التطبيق 42
أولا: السفر بالمحضون ونقله للخارج 42
ثانيا: اختطاف المحضون 43
المطلب الثاني: الإشكالات العملية التي تواجه تطبيق القانون واجب التطبيق 43
الفرع الأول: صعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصة بالحضانة 44
أولا: تعدد الجنسية أو انعدامها 44

ثانيا: التنازع المتحرك 45
الفرع الثاني: استبعاد القانون واجب التطبيق 46
أولا: التعارض مع النظام العام 46
ثانيا: الغش نحو القانون 48
خلاصة الفصل.....51
الفصل الثاني: دعوى الحضانة المشتملة على عنصر أجنبي
تمهيد.....53
المبحث الأول: الاختصاص القضائي الدولي في دعوى الحضانة 54
المطلب الأول: أحكام الاختصاص القضائي الدولي 54
الفرع الأول: في التشريع الداخلي 54
أولا: في التشريع الجزائري 54
ثانيا: في التشريعات المقارنة 56
الفرع الثاني: في القانون الاتفاقي 57
أولا: اتفاقية رأس لانوف 58
ثانيا: اتفاقية الرياض 58
المطلب الثاني: امتداد الاختصاص القضائي الداخلي للدولي 59
الفرع الأول: الاجتهاد القضائي 59
أولا: الاجتهاد القضائي الفرنسي 59
ثانيا: الاجتهاد القضائي الجزائري 61
الفرع الثاني: تطبيق الاجتهاد على مسألة الحضانة 62
أولا: على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 62
ثانيا: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 63
المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالحضانة 65
المطلب الأول: شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية 65
الفرع الأول: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي على ضوء القانون الداخلي 65
أولا: أن لا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف قواعد الاختصاص القضائي 66
ثانيا: حائز لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه 67
ثالثا: أن لا يتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية خاصة 67

رابعا: أن لا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر 68
الفرع الثاني: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي على ضوء وجود اتفاقية مع الجزائر 69
أولا: اتفاقية التعاون بين دول اتحاد المغرب العربي 69
ثانيا: اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين الدول العربية 70
المطلب الثاني: دعوى الأمر بالتنفيذ والحكم الصادر فيها 72
الفرع الأول: إجراءات دعوى تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي 72
أولا: الجهة القضائية المختصة 72
ثانيا: الوثائق الواجب تقديمها في دعوى الأمر بالتنفيذ 73
الفرع الثاني: مضمون حكم الأمر بالتنفيذ 74
أولا: منح الأمر بالتنفيذ 74
ثانيا: رفض منح الأمر بالتنفيذ 75
خلاصة الفصل.....76
خاتمة 78
الملاحق 82
قائمة المصادر والمراجع 110
فهرس المحتويات 118

الملخص:

تعتبر الحضـانة من أهم مسـائل تنازع القوانين في الأحوال الشـخصـية، فقد أثار القانون واجب التطبيق جدلا فقهيا و قضـــائيا في ظل اختلاف التشـــريعات حول تحديد الطبيعة القانونية للحضـــانة و كذا اختلافهم في وضع قاعدة إسناد خاصة بها، كما قد يترتب على تحديد القانون واجب التطبيق إشكالات قانونية و أخرى عملية، بالإضافة إلى إشكالية تحديد الجهة القضائية الدولية المختصة بالفصل في نزاعات الحضانة الناجمة عن الزواج المختلط ، و تنفيذ الأحكام الأجنبية.

الكلمات المفتاحية: الحضانة ، التشريعات المقارنة ، تنازع القوانين ، تنازع الاختصاص القضائي.

Summary:

custody is one of the biggest law conflicts in personal status. The law has raised jurisprudential and judicial controversy of different legislations concerning the determination of the legal nature of custody and their difference in setting its own attribution rule .The law has to determine the legal and practical problems in addition to the problem of determining a competent international judicial authority in order to adjudicate custody disputes .

The key words: custody, comparative legislation, conflict of laws, the juridical conflict.

Résumé:

La garde est l'une des questions les plus importantes de conflit de lois en matière de statut personnel, car la loi applicable a soulevé des controverses jurisprudentielles et judiciaires à la lumière des différentes législations sur la détermination de la nature juridique de la garde et de leur différence dans l'établissement de sa propre règle d'attribution, et la détermination de la loi applicable peut entraîner des problèmes juridiques et pratiques, en plus du problème de la détermination de l'autorité judiciaire internationale compétente pour statuer sur les litiges relatifs à la garde résultant de mariages mixtes, et de l'exécution des jugements étrangers.

Les mots clés: La garde , législations comparées, conflits de lois , conflits de juridictions .