

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



## أثر ممارسة الحضانة في الزواج المختلط

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: (قانون أسرة)

تحت إشراف الأستاذة:

• د. خريسي سارة

من تقديم الطالبتين:

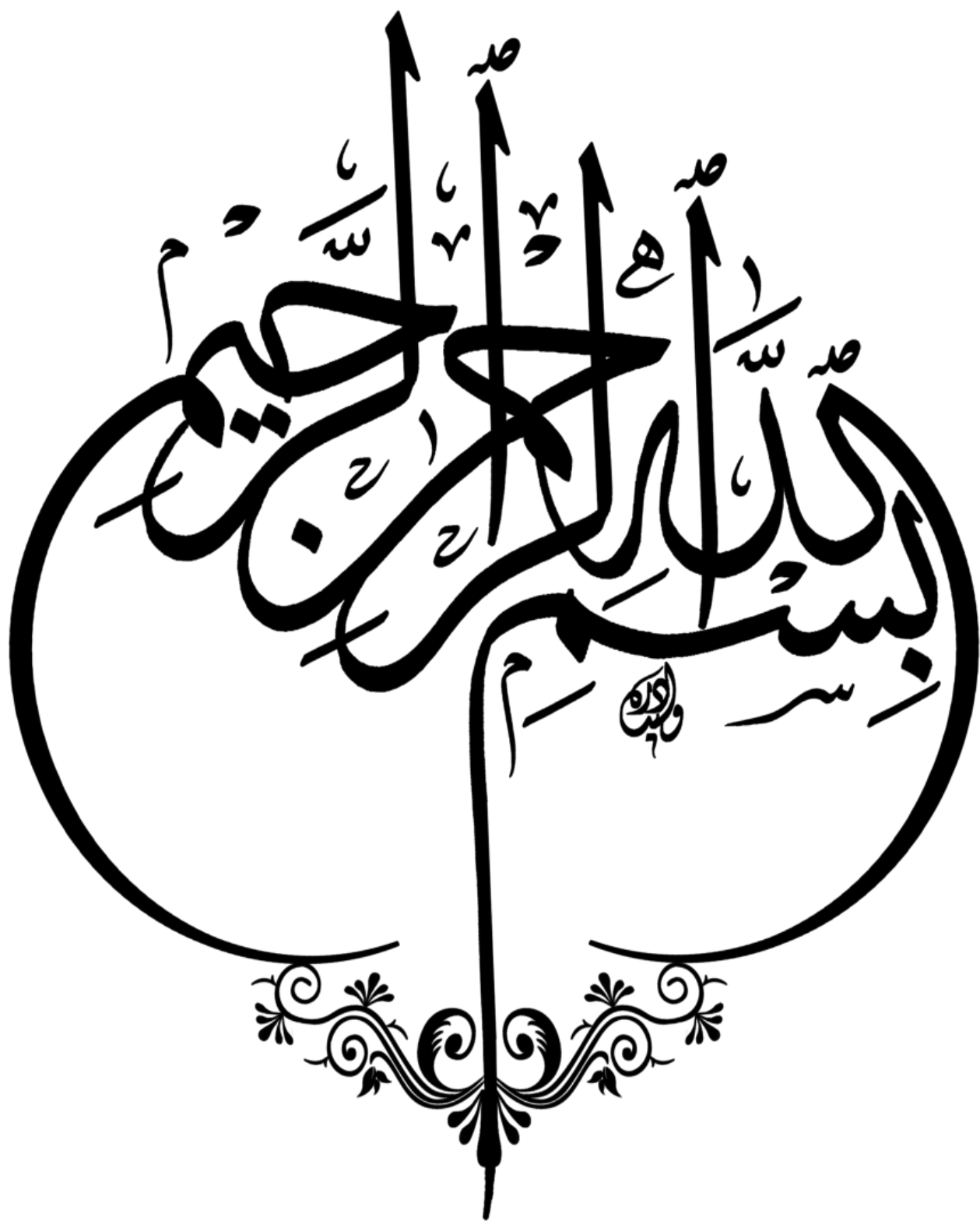
• بورحلة نسرين

• لزرق عايدة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
نظيرة عتيق	أستاذة محاضرة قسم _ أ _	رئيسا
سارة خريسي	أستاذة محاضرة قسم _ ب _	مشرفا ومقررا
وريدة جندلي	أستاذة محاضرة قسم _ أ _	مناقشا

دورة جوان 2024



# شكر وتقدير

ماسلكنا البدايات إلا بتيسيره وما بلغنا النهايات إلا بتوفيقه وما حققنا الغايات إلا بفضلته  
فالحمد لله جاد بفضلته كريماً وبلغ الروح سعداً فالحمد لله حين البدء وحين الختام  
نبدأ بشكر الله سبحانه وتعالى أولاً على ما أسبغته علينا من نعم وعلى تيسير السبيل، فله  
الحمد وله الشكر في كل وقت وحين.

نتقدم بالشكر الخالص للأستاذة المشرفة علينا الدكتورة الخلوقة "خريسي سارة" على دعمها  
ونصائحها الثمينة وتوجيهاتها القيمة وإنشراح صدرها وأسلوبها الراقي طيلة فترة العمل  
على المذكرة.

نتوجه بالشكر إلى اللجنة بداية من عميدة الكلية الفاضلة صاحبة القلب الطيب الدكتورة  
عتيق نظيرة كونها رئيساً والدكتورة القديرة الخلوقة جندلي وريدة مناقشا على قبولهم  
مناقشة مذكرتنا.

نشكر كل من سعى معنا لإتمام هذه المسيرة والحصول على البيانات اللازمة، شكراً كذلك لكل  
من علمنا حرفاً، كلمةً، مقياساً، شكراً لكل الأساتذة المحترمين  
دمتم لنا سنداً لاعمركم له.



# إهداء

إلى أمي جنتي وأبي عزوتي وإخوتي الأعزاء صابر عمار نصر الدين دتمم سندا  
ودرعا حاميا لي وبالأخص آخر العنقود أختي أمينة حببية قلبي.

إلى رفيقة الروح وأمي الثانية إلى القلب الحنون عمتي بورحلة فاطمة الغالية  
رحمها الله وأسكنها فسيح جناته.

إلى عائلة أبي العريقة لها كل فخري وامتناني.

إلى عائلة أمي الشرفاء لهم مني كل الحب والتقدير.

عايدة

# إهداء

تبارك الذي أهدانا نعمة العقل وأثار سبيلنا بنور العلم ومهد لنا طريق النجاح بكل تقدير  
وعرفان

إلى من كلل العرق جبينه وعلمني ان النجاح لا يأتي إلا بالصبر والإصرار، من كلكه الله  
بالوقار علمني العطاء بدون إنتظار يا من أحمل إسمه بكل إفتخار الذي رأيت الحياة بعينه  
إلى أبي الغالي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

إلى النور الذي يضيء حياتي، للنبع الذي أرتوي منه حبا وحنانا إلى رمز الصبر والأمان  
التي بها أبصرت دربي، بسمة الحياة، من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسما لجراحي، إلى  
أعلى الحبايب أمي الحبيبة الغالية حفظها الله

إلى القلوب الظاهرة الرقيقة إلى النفوس البريئة، إلى رياحين حياتي، أخواتي الجميلات  
زينب خولة الحنساء فاطمة

إلى الجبال الذي اسند عليها نفسي عند الشدائد، عوني بعد الله، إلى أعلى كنور الدنيا،  
ورائحة أبي العطرة، إلى الغيمة التي، تظلني وتسقيني، إلى نور يضيء عمتي عندما تطفئني  
الإيام والظروف إلى ضلعي الثابت، وأمان أيامي، يامن شددت بهم عضضي فكانو ينابيع  
أرتوي منها، إلى قررة عيني، إخواني معاد وبدر الدين.

إلى أولاد أختي يحيى وإياد وجاد

ولا أنسى بهجة البيت التي كانت بلسما لجراحنا رغم صغر سنها الكتكوتة إلين.

أهدي هذا الإنجاز إلى عائلتي التي لا طال ما تمنينته وها انا اليوم أتممت أول ثمرة من نجاحي  
بفضل الله سبحانه فالحمد لله على ما وهبني



# مقدمة

## مقدمة

تعتبر الأسرة اللبنة الأولى لتكوين المجتمع حيث تقوم على رباط مقدس وثيق ألا وهو الزواج الذي يجمع الزوجين، لتأييد وترسيخ صلة البدن والروح والنفس بالنفس لتسكن إليها، يقول الله تعالى في كتابه العزيز: « مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ » سورة الروم ﴿٢١﴾، فالحياة الزوجية تبنى على المودة والرحمة والتفاهم بين الزوجين، هذه العوامل لها أثر كبير على الأطفال حيث تساعدهم على الاستقرار العقلي والنفسي، إلا أن هذا الشعور قد يتزعزع بمجرد الانفصال أو الطلاق، وإذا كان الطفل يستمد قوته وأمانه بوجود علاقة سليمة بين والديه فبمجرد نقص الرعاية من أحدهما في حالة الطلاق، فإن الطفل يكون المتضرر الأكبر لأنه في مرحلة الطفولة يكون بحاجة ماسة إلى الرعاية والحماية من كلا والديه ليعيش طفولة سوية.

وتزداد الأمور تعقيدا في حالة ما إذا اشتملت هذه العلاقة على طرف أجنبي فالانتشار الكبير للزواج المختلط في الآونة الأخيرة، بسبب التطور الهائل في وسائل الاتصال وحركة المواصلات جعل عبور الأفراد من بلد لآخر في غاية السهولة خاصة بين دول المغرب العربي وأوروبا، وكون الأطفال بحاجة إلى الحماية نظرا لصغر سنهم وضعفهم فلقد أقرت لهم الشريعة الإسلامية بالحق في " الحضانة " .

وباعتبار موضوع الحضانة من أخطر الآثار التي تترتب على انحلال الزواج المختلط نتيجة لاختلاف التشريعات حول القانون الواجب التطبيق، الذي يختلف باختلاف جنسية الزوجين بالإضافة إلى غياب قاعدة اسناد واضحة وصريحة خاصة فيما يخص المسائل المتعلقة بالحضانة وآثارها في معظم الدول العربية والأجنبية، والتي بدورها قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المتعلق بالحضانة، شرط ألا تكون أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كما تطرقت التشريعات الأخرى لإبرام اتفاقيات دولية ثنائية على سبيل المثال الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بالأطفال الناتجين عن الزواج المختلط والتي أبرمت نظرا لكثرة الجالية الجزائرية بفرنسا، وأخرى متعددة الأطراف والتي منحت الاعتبار الأول لمصلحة

الطفل وأوردت أحكاما لحماية الأطفال من الاختطاف أو عدم تسليم المحضون إلى حاضنه والإجراءات التي يجب أن تتخذ من أجل رده إلى حاضنه.

والسعي وراء تحديد القانون الواجب التطبيق خاصة في حالة اختلاف ديانة الزوجين المنفصلين، فإذا كان إسناد الحضانة مبني على اعتبار تربية المحضون على الدين الإسلامي في التشريعات العربية فإنه ليس لهذا الاعتبار ولو أدنى مكانة في التشريعات العلمانية، ومن هنا يثور اشكال اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون، ولا يتوقف الأمر عند هذا الاشكال بل حتى الآثار المترتبة على اسناد الحضانة لأحد الزوجين المنفصلين، تعترضها إشكالات وصعوبات تجعل من العسير ممارسة حق الزيارة على أكمل وجه، مما أدى إلى تفاقم ظاهرة النقل الغير المشروع للمحضون عبر الحدود في مجتمعنا المعاصر، بالإضافة إلى إشكال تنفيذ الأحكام والقرارات المتعلقة بالحضانة في دولة التنفيذ.

تأسيسا على ما سبق، فإننا رأينا من الضروري البحث في هذا الموضوع من خلال دراسة علمية أكاديمية مفصلة موسومة كآلاتي:

### أثر ممارسة الحضانة في الزواج المختلط

#### ■ الإشكالية:

يسعى البحث للإجابة عن سؤال رئيسي، يتمثل فيما يلي:

➤ ما مدى توفيق المشرع الجزائري في تقرير حماية الطفل المحضون في الزواج المختلط؟

ويندرج تحت هذا الاشكال الرئيسي أسئلة فرعية يمكن رصدها فيما يأتي:

➤ ما هو القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الدولي الخاص؟

➤ ماهي المعايير التي اعتمدها القاضي في تحديد مصلحة الطفل المحضون وإسناد الحضانة خاصة في الزواج المختلط؟

➤ ما هي الأسس والمعايير القانونية التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في إرساء هذه الحلول؟

▪ أهداف الدراسة:

يمكن إجمال أهداف هذه الدراسة فيما يلي:

➤ الإجابة على الإشكالية المطروحة حول فعالية التدابير التي قام بها المشرع في المحافظة

على مصلحة الطفل المحضون خاصة في الزواج المختلط.

➤ يعتبر موضوع الحضانة في الزواج المختلط من أكثر المواضيع المتشعبة والتي تحتاج

إلى تحليل ودراسة دقيقة لما تثيره من إشكالات. وبيان أهم الأسس التي وضعها المشرع

الجزائري لحفظ الطفل الناتج عن الزواج المختلط وذلك من خلال استظهار القواعد

القانونية ومدى تطبيقها على أرض الواقع.

➤ اثراء المكتبة العلمية بهذه الدراسة للاستفادة على جميع الأصعدة سواء كان ذلك في

الأوساط العلمية أو في المواقع المهنية أو بين مختلف الشرائح الاجتماعية وهذا تعميما

للفائدة العلمية وخدمة للبحث العلمي.

➤ الرغبة في إيجاد حلول تحد من هذه الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع على المستوى

الدولي والوطني.

▪ أسباب اختيار الموضوع:

بطبيعة الحال هناك عدة أسباب دفعتنا لاختيار موضوع "أثر ممارسة الحضانة في الزواج

المختلط"، متمثلة أساسا في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية نذكر منها:

• الأسباب الذاتية:

➤ الرغبة في اختيار هذا الموضوع وحبنا للأطفال دفعنا للميول له.

➤ قناعتنا التامة بأهمية هذا الموضوع الذي يعتبر مشكلة الساعة ويحتاج فعلا إلى دراسة

دقيقة وشاملة لجوانبه.

• الأسباب الموضوعية:

➤ الحاجة العلمية الماسة للبحث في موضوع ذي صلة مباشرة بالأسرة.

- اختلاف التشريعات في تنظيم موضوع الحضانة خاصة في الزواج المختلط.
  - كون الحضانة من أهم حقوق الطفل على والديه فهي تعتبر أهم أثر من آثار الطلاق.
  - بيان أهمية الحضانة بالنسبة للطفل سواء ما يتعلق بضمان تعليمه أو حمايته وحفظه صحيا وخلقيا ودينيا وتربويا، والقيام بشؤونه وتلبية حاجياته عن طريقها.
- أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الموضوع واضحة من خلال الأمور الآتية:

- يعتبر موضوع الحضانة أنه واسع وخصب خاصة في مجال تنازع القوانين وذلك نظر لحساسيته من جهة، وارتباطه بالمصلحة الاجتماعية من جهة أخرى، وما يخلفه هذا الأخير من إشكالات واقعية تمس فعلا بمصلحة الطفل المحضون بالدرجة الأولى، وهذا ما دفعنا إلى دراسة هذا الموضوع من أجل الوقوف على أهم المسائل والاشكالات التي تقوم عليها، وعلى الحلول التي توصل إليها كل من التشريع والقضاء لكفالة الرعاية المثلى للطفل المحضون خاصة في الزواج المختلط، وذلك لوقاية المجتمع من ظاهرة جنوح الأحداث والإجرام.
  - في بحث الموضوع ابراز وبيان عناية التشريع بمصلحة الطفل المحضون خاصة في الزواج المختلط.
  - يعتبر كذلك من المواضيع التي هي بحاجة إلى دراسة ومناقشة وتحليل، وذلك لعلاقته وارتباطه بمشاكل قانونية واقعية فعلا.
- صعوبات الدراسة:

- باعتبار أن موضوع الحضانة في الزواج المختلط من الموضوعات البارزة منذ القدم فإنه يثير العديد من الصعوبات والعقبات، فلا يخفى ما في البحوث العلمية من استفاد للوقت والجهد، ومن أبرز الصعوبات ما يأتي:
- صعوبة الموضوع فهو لا يقتصر تنظيمه على قانون الأسرة فقط، نظراً لتناثر جزئياته في فروع قوانين مختلفة كالقانون المدني، والجنائي وكذلك قانون العقوبات.

➤ من بين الصعوبات التي واجهتنا أيضا تمثلت في ضيق الوقت مقارنة مع موضوع الدراسة وجزئياته.

➤ وتزداد صعوبة الموضوع في الجزئيات المتناثرة في مختلف فروع القانون المقارن، وذلك باعتماد أسلوب المقارنة بين ما ورد في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية الأخرى باعتبار أن موضوعه يصب حول الحضانة الناتجة عن الزواج المختلط.

▪ المنهج المتبع:

إن طبيعة هذه الموضوعات تقتضي منا اللجوء إلى عدد كبير من مناهج البحث العلمي المتعارف عليها، لذا فقد اعتمدنا في هذه الدراسة على أكثر من منهج كما يلي:

لقد تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الإستقرائي وذلك من خلال تتبع النصوص القانونية الخاصة بموضوع الدراسة.

غير أن ذلك لا يعني الاستغناء عن المنهج التحليلي الذي يعتبر الأساس عند التعرض للمواد محل الدراسة، وذلك بتحليل مختلف المواد والنصوص القانونية ذات الصلة والآراء الفقهية والأحكام القضائية، وبيان النقائص والعيوب وتحليلها للوصول إلى أفضل الحلول التي تثيرها مشكلة الدراسة.

وبما أن موضوع دراستنا ليس بدراسة مقارنة فقد اضطررنا في موضوعنا هذا أن نتعرض للمنهج المقارن بأن نذكر بعض التشريعات المقارنة ومن بينها التشريع المغربي والتونسي والمصري وحتى الفرنسي، وذلك لارتباطهم الوثيق ولوجود عدة تفصيلات في جزئيات مختلفة من موضوعنا. كما قمنا بمقارنة ما جاء من التعريفات والمفاهيم بين كل من الشريعة وآراء الفقهاء وقانون الأسرة.

### ▪ الدراسات السابقة:

نظر لانتشار ظاهرة الزواج المختلط وأثره على الحضانة والذي يعد من أهم المواضيع في قانون الأسرة الجزائري فإن الدراسات بشأنه كثيرة، والمتوفر فيها يدرس جوانب مختلفة للموضوع، إلا أنه قد تمت إضافة بعض الجزئيات المتعلقة بالإشكالات التي تواجه دعاوى الحضانة،

ويجب طبعاً أن ننوه على بعض الرسائل والأطروحات في هذا الجانب التي تم الاعتماد عليها أهمها:

- أطروحة دكتوراه تحت عنوان: **الحضانة في القانون الدولي الخاص** لأستاذة يوبي سعاد، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، ولقد تطرقت هذه الأطروحة لدراسة فكرة مضمون الحضانة في التشريع الداخلي الجزائري وتنازع القوانين في مجال الحضانة والاختصاص القضائي والاعتراف الدولي بالاحكام الأجنبية في مجال الحضانة.
- أطروحة دكتوراه تحت عنوان: **أحكام الزواج المختلط وحضانة الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص-دراسة مقارنة-**، للأستاذ عادل شباب، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، حيث تضمنت هذه الأطروحة تنازع الاختصاص التشريعي والقضائي في الزواج المختلط وحضانة الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- رسالة ماجستير تحت عنوان: **الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص**، للأستاذة رحاوي أمينة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، حيث تضمنت هذه الرسالة الزواج المختلط وتنازع القوانين والاختصاص القضائي.

### ■ تقسيم البحث وخطته:

ككل البحوث حاولنا تقسيم هذه الدراسة أولاً إلى مقدمة ثم إلى فصلين حيث خصصنا **الفصل الأول** للإطار المفاهيمي للحضانة والزواج المختلط والذي قسم بدوره إلى مبحثين تعرضنا في **المبحث الأول** لمفهوم الحضانة ومقوماتها، و**خصصنا المبحث الثاني** تحت مسمى التعريف بالزواج المختلط وشروط إنعقاده كمدخل لموضوع دراستنا، أما **الفصل الثاني** فخصصناه للاشكالات القانونية التي تواجه الحضانة في الزواج المختلط وبعض الحلول المقترحة، والذي قسم بدوره إلى مبحثين تناولنا في **المبحث الأول** الاشكالات القانونية الواردة على دعاوى الحضانة في الزواج المختلط، وفي **المبحث الثاني** تعرضنا لبعض الحلول المقترحة لاشكالات الحضانة في الزواج المختلط وأخيراً **الخاتمة**.



الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للحضانة في الزواج  
المختلط

## الفصل الأول:

### الإطار المفاهيمي للحضانة في الزواج المختلط

تعتبر الحضانة من المسائل الحيوية والعامّة في قضايا الأسرة، لاسيما بعد انحلال الزواج باعتبارها تقررت لحماية الطفل الذي يتطلب رعايته وتربيته وصيانته من كل انحراف وحفظه من كل إهمال، حتى ينشأ نشأة سليمة وصحيحة<sup>1</sup>. فقد أبرزت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري الآثار المنجرة عن انحلال الرابطة الزوجية خاصة تلك التي تخص الطفل خصوصا بعد الطلاق، من أجل ذلك خصت الشريعة الإسلامية الغراء الأبناء بمجموعة من الحقوق لابد من رعايتها والاهتمام بها حتى بعد الانحلال، هذا ولم يشذ المشرع الجزائري عن ذلك حيث أخص هو الآخر أحكام المواد 62 إلى غاية 72 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 كلها للطفل المحضون نظراً لحساسية هذا الأخير، حيث جعل المشرع مصلحة المحضون فوق كل اعتبار<sup>2</sup>.

من أجل هذا رأينا من المناسب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث وضعنا خطة علمية منهجية، خصصنا المبحث الأول تحت عنوان (التعريف بالحضانة) كمدخل لموضوع الدراسة، بعدها خصصنا المبحث الثاني بعنوان (مفهوم الزواج المختلط) لأنه يعتبر صميم دراستنا في هذا البحث.

<sup>1</sup> - محمدي بوزينة أمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بو علي، المجلد 11، العدد 02، الجزائر، 2019-2020، ص 575.

<sup>2</sup> - عبد الكريم ندير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مجلة الجلفة، المجلد 06، العدد 04، الجزائر، 2021، ص 470.

## المبحث الأول:

### مفهوم الحضانة

إن من أهم الآثار القانونية لإحلال عقد الزواج أو الطلاق مشكل الحضانة، مما يستوجب وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه<sup>1</sup>، ويثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: ولاية التربية والولاية على النفس، والولاية على المال من كان له المال، وما يهمننا ولاية التربية أو ما يسمى بالحضانة<sup>2</sup>، وإن من أهم الآثار القانونية لإحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه.

ولممارسة الحضانة بشكل جيد تتطلب توفر عدة شروط، وذلك من أجل تحقيق الأهداف السامية التي تقرها الأحكام الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة 62 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 173 من المدونة المغربية، وكذلك المادتان 58 و 59 من المجلة التونسية<sup>3</sup>.

وعليه يتطلب منا الأمر في هاته الدراسة تحديد تعريف الحضانة في (المطلب الأول) ثم الحديث عن مقومات الحضانة في التشريع الجزائري في (المطلب الثاني).

## المطلب الأول:

### تعريف الحضانة

باعتبار الأولاد ثمرة الحياة الزوجية وأن الغاية من الزواج هو الإنجاب، وهم زينة الدنيا ■ **لقوله عزوجل:** <<الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا>>، فإنه يكون من الجيد بيان المقصود بالحضانة في المطلب الأول، قبل التطرق لذكر مقومات الحضانة في التشريع

<sup>1</sup> - موكه عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقة الزواج المختلط، مجلة طنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 03، جامعة جيجل، الجزائر 2021، ص 912.

<sup>2</sup> - عبد الكريم ندير، المرجع السابق، ص 470.

<sup>3</sup> - المنصور المبروك، شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدولة المغربية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الاجتهاد لدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 08، معهد الحقوق، المركز الجامعي، تلمسان، الجزائر 2015، ص 95.

الجزائري في المطلب الثاني، فإن للحضانة معنى ثابت في الأصل الوضعي للغة والفقه، وكذلك معنى قانوني يطفو إلى السطح، وفي هذا السياق نذكر أنه متجلي في الشرح الآتي:

### الفرع الأول:

#### التعريف اللغوي والفقهى للحضانة

سنتعرض في هذا الفرع للتعريف اللغوي والفقهى للحضانة، بعدها للتعريف القانوني وذلك وفقا لما يلي:

**أولاً: لغة:** حزن: الحزن: ما دون الإبط إلى الكشخ، وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان؛ ومنه الاحتضان؛ وهو احتمالك الشيء وجعله في حزنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها،<sup>1</sup> وحزن الصبي حزننا وحضانة بالكسر " جعله في حزنه أو احتضنه والطائر بيضه حزننا بكسرهما وحضونا رحم عليه للتفريخ"<sup>2</sup>.

**ثانياً: فقها:** اعتنى أغلب الفقه الإسلامي في تعريف الحضانة وانصبت كلها في قالب واحد أن الحضانة هي "التزام بتربيته والقيام بحفظه وما إصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة، ووقايته مما يؤديه ويضره جسمياً ونفسياً وعقلياً، وكى يقوم على النهوض بتبعات الحياة والاطلاع بمسؤوليته، والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة لأن الإهمال يعرض الطفل للهلاك والضياع وينسب ذات الأمل على المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره ومن ثم فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك"<sup>3</sup>.

وإن الفقهاء عرفوا الحضانة وفقا لما يلي:

عرفتها المالكية بأنها: "حفظ الولد والقيام بمصالحهم"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - خالد رشيد القاضي، ابن منظور، لسان العرب، دار الأبحاث، الجزء الثاني، بدون بلد نشر، بدون سنة، ص 207.

<sup>2</sup> - الفيروز آبادي، قاموس المحيط، الجزء الرابع، ط3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1998، ص 211.

<sup>3</sup> - أحمد ابراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، الطبعة 01، طنطا، 2008، ص 124.

<sup>4</sup> - أحمد محمد داود، الأحوال الشخصية، الجزء 03، الطبعة 01، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 10.

وعند **الحنابلة**: "حفظ الصغير ومجنون ومعتوه عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم"<sup>1</sup>.  
أما عند **الشافعية** فعرفت بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه ويتعهد بطعامه وشرابه ونحو ذلك"<sup>2</sup>.  
وعند **الحنفية** قالت بأن الحضانة هي: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"<sup>3</sup>.

**تعريف الحضانة عند الفقهاء المحدثين**: إن في الأصل أن الفقهاء المحدثين اقتبسوا في تعريف الحضانة من تعريفات الفقهاء القدامى، وإن امتدت القليل وأطالت تعريفاتهم أو بإضافة إلى كلمة مرادفة تؤدي إلى نفس التوضيح، وتجدر الإشارة إلى التعريفات للفقهاء المحدثين نذكر منهم ما يلي: الإمام أبو زهرة عرفها على أنها: "تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعاً"<sup>4</sup> أما الإمام مالك عرفها بأنها "تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يعلم ثم يذهب الغلام حيث شاء"<sup>5</sup> وكذلك نجد عند الجرجيري أنه عرف الحضانة بأنها: "حفظ الصغير والعاجز والمجنون والمعتوه مما يضره بقدر المستطاع، والقيام بتربيته من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته".

ونستنتج من تعريف الإمام أبو زهرة وإن أطاله وتوسع في تعريفه فإنه يتوافق مع تعريف الحنفية وكذلك عرفها **الصابوني** على أنها "تربية الطفل ورعايته والعناية به والقيام بجميع مصالحه في سن معينة مما له الحق في ذلك"<sup>6</sup>.

وهكذا يتبين من خلال ما سبق ونظرا لعدد المقاربات الفقهية الخاصة لموضوع الحضانة، فهي تدور حول معاني كثيرة لكنها متقاربة وكلها تدل على حفظ المولود ورعايته إلى أن

<sup>1</sup> - حداد فاطمة، **حق المطلقة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية للإسكندرية، 2017، ص 88.

<sup>2</sup> - شمس الدين ابن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، **معنى المحتاج إلى معرفة معاني اللفظ المنهج**، جزء 05، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، بدون بلد، 1994، ص 191.

<sup>3</sup> - خديجة حاج شريف، **الحماية القانونية للمحضون في القانون الدولي الخاص**، أطروحة دكتوراه، قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسبية بن بو علي، الجزائر، 2020-2021، ص 23.

<sup>4</sup> - أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة 02، دار الفكر، لبنان، 1950، ص 406.

<sup>5</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 22.

<sup>6</sup> - حمزة أحمد أبو صليح، **حضانة الأم المتزوجة من أجنبي عن المحضون بين الفقه والقانون**، مجلة قضايا معرفية، المجلد 02، العدد 02، الأردن، 2022، ص 291.

يصل السن الذي يستطيع أن يدير أمور نفسه وبالتالي فهي تربية ورعاية الطفل الصغير حتى يفطم ويبلغ السن الذي يتولى فيه رعاية نفسه وشؤونه.<sup>1</sup> ويشهد الفقه الفرنسي وغيره من فقهاء العرب أن الشريعة الإسلامية ممتازة عن غيرها من الشرائع والقوانين أنها كانت سبابة لها لأنها مؤسسة إسلامية النشأة، وبالتالي فإن الحضانة مؤسسة طبيعية، ونتيجة لذلك نجد أن أغلب الفقه الإسلامي اعتنى بتعريف الحضانة وأنصبت كلها في قالب واحد على أنها "التزام بتربيته والقيام بحفظه وإصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة، ووقايته مما يؤذيه ويضره جسماً ونفسياً وعقلياً، كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة والاطلاع على المسؤولية، والحضانة بالنسبة للصغير والصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك وينسحب ذات الأمر على المعتوه الذي لا يميز، ولا يستقل بأموره ومن ثم فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني:

### التعريف القانوني للحضانة

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري الحضانة بقولها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"<sup>3</sup> وعرفته المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها: "حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، والقيام بشؤونه وأن يكون أهلاً لذلك"<sup>4</sup> كما عرفتها المجلة التونسية في المادة 54 للأحوال الشخصية على أنها: "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 913.

<sup>2</sup> - أحمد ابراهيم عطية، المرجع السابق، ص 124.

<sup>3</sup> - القانون رقم (11/84) المؤرخ في رمضان 1404 هـ، الموافق لـ 25 فبراير 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر بتاريخ 22 يوليو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02\_05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15، الصادر بتاريخ 2005/02/27.

<sup>4</sup> - موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 913.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 913.

كما عرفتها أيضا المحكمة الدستورية العليا المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 15/05/1993 "حيث أن الحضانة في أصل: تشريعاتها هي ولاية التربية، وغايتها الاهتمام بالصغير

و ضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها هو مصلحة الولد"<sup>1</sup> وإن المادة 121 من القانون الموريتاني الحضانة بأنها: "حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع القيام بتربيته ومصالحه ولا تترتب عليها ولاية، ونفس التعريف نجده في القانون المغربي حيث نصت المادة 163 منة على أنها "حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحته"<sup>2</sup>

وعلى غرار ذلك فإن تعريف المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليتها على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه جُمع في عموميات كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية،<sup>3</sup> وكل هذه متعلقة بأهداف الحضانة: وتجدر الإشارة أن الأستاذ عبد العزيز سعد في سياق قانون الأسرة ذكر لنا نفس ما سبق وتكلمنا عنه على أنه أحسن تعريف ولاسيما من حيث شموليته على حاجيات المحضون<sup>4</sup> لهذا في مستهل الحديث نذكر أهداف الحضانة عند المشرع الجزائري،<sup>5</sup> والتي يمكن استنتاجها من أحكام المادة 62 من خلال الأحكام التحليلية وفقا لما يلي:

➤ حرصه على عملية تعليم الولد في الإطار الرسمي المدرسي: ويقصد به تسجيله لدى مؤسسة رسمية لمباشرة الدراسة، وما دام التعليم إجباري ومجانيا وفقا لما تقرره أحكام المادة 65 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020، فكل طفل له الحق أن ينال قدرًا

<sup>1</sup> - أحمد ابراهيم عطية، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة 01، دار الخلدونية، 2008، ص 255.

<sup>3</sup> - موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 379.

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 01، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، 1986، ص 293.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، 293.

من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداداته الفطرية والنفسية.<sup>1</sup>

➤ الحرص على التربية الدينية وبناء عقيدة الإسلام: ما دام الأمر يتعلق بالمجتمع الجزائري المسلم الذي يقوم على مبادئ وقيم منبثقة من الشريعة الإسلامية، استوجب تربية الطفل على قيم الدين الإسلامي وتعاليمه، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، ولا ينكره عليها أبداً، فهي كالمسلمة على أن ترعى أحكام الشرع في تربية الطفل.<sup>2</sup>

➤ الحرص على رعاية الطفل المحضون والسهر على حمايته ومنع الضرر عنه وتحقيق مصالحه: فإذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تشمل الحماية على أشكالها، فيجب ألا يكون الطفل عرضة لأي تطاول وإعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي.<sup>3</sup>

➤ حماية المحضون صحياً بالحرص على رعايته والعناية بصحته عناية كاملة وخاصة في المرحلة العمرية الأولى: ذلك متجلي في أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته بأن يتلقى كل التلقيحات اللازمة والدورية، وأن يعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة.<sup>4</sup>

➤ الحرص على بناء شخصية الطفل وتنشئته وتنشئة إجتماعية صحيحة يفرض القيم الاجتماعية السليمة ليكون فرداً صالحاً في المجتمع:

يعتبر قانون الأسرة الجزائري أكثر توفيقاً من حيث شموليته لحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية،<sup>5</sup> لذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تنطق بالطلاق

<sup>1</sup> - فاطمة عزيزان ومسعودة علوش، السلطة التقديرية للقاضي لحضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون دراسة مقارنة، مجلة الصراط، كلية العلوم الانسانية، المجلد 24، العدد 02، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2022، ص 600.

<sup>2</sup> - موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 913.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 913.

<sup>4</sup> \_\_ باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 89.

<sup>5</sup> \_ فاطمة عزيزان، المرجع السابق، ص 600.

وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف في نص المادة السابقة الذكر.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني:

#### مقومات الحضانة في التشريع الجزائري

يثبت حق الحضانة لرجال والنساء، على ما هو انفع للمحضون وأصلح إلا أن النساء بها أليق لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لزيادة شفقتهم وملازمتهم للبيوت، وهنا قبل بيان ترتيب الحضانة فيجب علينا أن نشير إلى أنه مما لا خلاف فيه بينهم أن للأب ومن يقوم مقامه من الرجال إذا لم يكن الولد في حضانته حق تعهده عند حاضنته بالإشراف على عامل الحضانة وبالنظر في شأن المحضون؛ وذلك متجلي في تأديب وبعث إلى التعليم المناسب ونحو ذلك ... لأن نفقته وصيانته واجبة عليه بالإجماع.<sup>2</sup> وبهذا سنتناول في (الفرع الأول) أصحاب الحق في الحضانة و (الفرع الثاني) شروط استحقاقها.

#### الفرع الأول:

##### أصحاب الحق في الحضانة

يثبت حق الحضانة للرجال والنساء، على ما هو أنفع للمحضون وأصلح، إلا أن النساء بها أليق لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لزيادة حرصهن وشفقتهم والتزامهن البيوت، ولهذا فإن الحضانة تتطلب الحرص الشديد واليقظة والحكمة والصبر والإنتباه، لذلك حرص المشرع على تحديد أصحاب الحق في الحضانة،<sup>3</sup> وعليه سنتناول مستحقي الحضانة وفقا ما جاء به الترتيب الوارد في قانون الأسرة الجزائري وفقا لما يلي:

<sup>1</sup> - هلتالي أحمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة

الإسناد الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، 2018، ص 379.

<sup>2</sup> - حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر

01، قسم الحقوق، 2000، ص 57.

<sup>3</sup> - المنصور المبروك، المرجع السابق، ص 95.

الأم: أحق بالحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق أو وفاة بالإجماع لتوفر شفقتها ما إذا كانت صالحة للحضانة وتوفرت فيها شروطها والدليل على ذلك هو ما روى عن عبد الله بن عمر أن (امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تتكحي " <sup>1</sup>

وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم وأراد أن يأخذ منها فتجادباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلق إلى أبي بكر رضى الله عنه، فقال له أبو بكر: مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه. <sup>2</sup>

كما تقتضي قوانين الأسرة في دول المغرب العربي، بأن الأم هي أولى بالحضانة على أطفالها في حالة انحلال الرابطة الزوجية بطلاق أو التطلق أو الخلع أو الوفاة، لأن الأم تعتبر أقرب الناس على المحضون وأرحم من غيرها عليه، وهذا ما أكدته قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام المادة 64 إذ نصت على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها...<sup>3</sup> والمادة 171 من المدونة المغربية التي جرى نصحها على النحو التالي: "تحول الحضانة للأم...<sup>4</sup> أما بالنسبة للمجلة التونسية بعد الاطلاع عليها لم نجد نصا قانونيا يشير إلى هذه الأولوية.<sup>5</sup>

وبالعودة إلى القضاء الجزائري نجده قد أكد أسبقية الأم في الحضانة قبل غيرها، وهذا ثابت محل إجماع فقها ومكرسا قانونا وقضاء، حيث قضى المجلس الأعلى على أنه "متى

<sup>1</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقضاء دراسة للقوانين لأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون

طبعة، الاسكندرية، 2006، ص182.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ص ص 182، و183.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 64 من الأمر 84-11 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02.

<sup>4</sup> - المادة 171 من المدونة المغربية.

<sup>5</sup> - منصور المبروك، المرجع السابق، ص 98.

كان مقررا شرعا أن حضانة الأبناء تستمد إلى أهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي".<sup>1</sup>

وفي الأصل أن الحضانة تعتبر حق للزوجين ما دامت قائمة ولم تنفك، ولهذا عملا بأحكام المادة 161 من المدونة المغربية التي نصت على ما يلي: "الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت العلاقة الزوجية قائمة" وما أكدته المادة 57 من المجلة التونسية التي جرى نصها على النحو التالي: "الحضانة من حقوق الأبوين مادامت الزوجية مستمرة" أما قانون الأسرة الجزائري لم نجد ما يفيد ذلك بعد الاطلاع على نصوصه القانونية: فالحضانة تثبت للأب إذا ما توفرت فيها الشروط المحددة شرعا وقانونا، غير أن المشرع في هذه الدول وازن بين الأم والأب بعد الرابطة الزوجية، وذلك بجعل الحضانة للأب والولاية للأب، على المال أو النفس.<sup>2</sup>

**الأب:** إن الوالدين أقر الأشخاص على رعاية إينهما وحفظ مصالحه، وفي كل الأحوال يجب على القاضي مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة، وقد صدرت مادام أنه ليس إلزاميا للقاضي وليس من النظام العام وبالتالي إمكانية تعديل الترتيب المذكور في نص المادة 64، وذلك لأن القانون الجديد جعل حضانة الأب للأطفال تأتي في المرتبة الثانية بعد الأم، والأهم أن الأب يستحق حضانة الأطفال لإثبات أنه قادر على توفير الرعاية للأطفال. وكما يحق للأب الحصول على حضانة الأطفال لمقدرته على توفير بيئة صحية لهم.<sup>3</sup>

**أم الأم: (الجدة لأم):** في حالة سقوط الحضانة، تليها أمها مباشرة، وذلك متجلي في مشاركتها في الأثر والولادة، لهذا فالمشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قد توقف عند الأم فحسب. وبعض القوانين العربية لاسيما القانون السوري في المادة 139<sup>4</sup> الفقرة 1

<sup>1</sup> \_ أنظر إلى قرار رقم 32594، الصادر بتاريخ 1984/04/02، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 7.

<sup>2</sup> \_ منصور المبروك، المرجع السابق، ص 98.

<sup>3</sup> \_ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 1999، 380.

<sup>4</sup> \_ المادة 139 من القانون السوري " حق الحضانة للأب، فلأب، فلأم الأم وإن علت، فلأم الأب وإن علت، فلأخت الشقيقة، فلأخت لأم، فلأخت لأب، فللخال، فللعمة. بهذا الترتيب ثم للعصبات من الذكور باستثناء الأب على الترتيب الإرث. "

منه لم يتوقف عند أم الأم بل تعداها لجدة الأم أي أخذ بالقاعدة حقا لحضانة للأم، ثم أم أب الأب ثم أم أب الجد.

**الخالة:** الخالة تلي الأب، وإن مرتبتها مرتبة الجدة لأم والجدة لأب<sup>1</sup>.

حسب إتفاق جمهور الفقهاء حسب المبادئ الأربعة، وعليه فإن المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة سار على مناهج الفقهاء، ولهذا فإنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 بالنسبة للحضانة إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدر الحماية والرعاية للمحضون.<sup>2</sup>

**العمة:** بالرجوع دائما إلى الترتيب الوارد في صراحة نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، وإن العمات يلين بنات الأخ لأنهن وإن اشتركن في الإدلاء المحضون بالذكر، إلا أن بنت الأخ أقرب لأنها ولد الأب والعمة ولد الجد، وكانت الخالات أولى من العمات وإن تساوين في القرب، لأن الخالات يدلين بقرب الأم فكن أشفق، وتقدم من العمة الشقيقة ثم الأم ثم لأب<sup>3</sup>.

### الاقربون درجة

نص المادة: 64 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 على أن: اللأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لام ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الاقربون درجة... وهنا نجد ان المشرع الجزائري لم يذكر لنا من هم الاقربون درجة، مما جعل القاضي في حيرة من أمره وذلك بكون لديه السلطة التقديرية في تعيين من هم اولى ولاقربون درجة بحضانة الطفل.<sup>4</sup>

**من يثق به القاضي:** إذا لم يوجد أحد من الأصناف المتقدمة فإن أمر الصغير أو الصغيرة يكون مفوضا إلى القاضي يسلمه لمن يشاء بحيث يثق به ويعتقد أنه يقوم بمصالح الصغير

<sup>1</sup> رمضان على السد الرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، 2007، ص 587.

<sup>2</sup> حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص 103.

<sup>3</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، 2007 لسنة، المرجع السابق، 587.

<sup>4</sup> هلتالي أحمد، المرجع السابق، ص 382.

الأصلح ، مع العلم ان المادة 222<sup>1</sup> من القانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالمفهوم الواسع دون تحديد المذهب الذي تأخذ به في ظل تعدد المذاهب الفقهية وتنوعها، وقد جرى في حقيقة العرف على انه المذهب الغالب السائد الجاري العمل به هو المذهب المالكي، لكنة من الأحسن على المشرع ان يضبط هذه القرابة في قانونية كما فعلت بعض القوانين السوري في المادة 139<sup>2</sup> والمادة 157 من القانون الكويتي،<sup>3</sup> والقانون المصري في المادة 420<sup>4</sup> منه و تجدر الإشارة في الأخير أن المادة 64 من المشروع التمهيدي لقانون الأسرة وقع فيها تغيير في ترتيب مستحقى الحضانة.

## الفرع الثاني:

### شروط استحقاقها

للحضانة شروط لا بد من توافرها في الشخص الحاضن تتمثل أساسا فيما يلي:

#### أولاً: الشروط العامة من النساء والرجال:

تثبت الحضانة لمن كان أهلاً لها بتوافر شروطها حتى يمكن تحقيق الأهداف النفسية والتربوية المنشودة من الحضانة، ورعاية الطفل والعناية به على أكمل وجه، وقبل إسناد الحضانة يجب الحرص على توافر هذه الشروط الذي ذكرها المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة وهي، لكن لم يفصل المشرع الجزائري في هذه الشروط ليحيلنا بذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 منه لأنها كانت سبابة لها،<sup>5</sup> ندرجها فيما يلي:

<sup>1</sup> \_ تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الفقه الإسلامي "

<sup>2</sup> \_ تنص المادة 139 من قانون السوري على ما يلي: " حق الحضانة للأم، فلأب، فلأب، فلأم وإن علت، فلأب وإن علت "

<sup>3</sup> \_ تنص المادة 157 من القانون الكويتي على ما يلي: " اختيار الأصلح للمحضون إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الدين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون "

<sup>4</sup> \_ تنص المادة 20 من القانون المصري على ما يلي: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثني عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى تتزوج في يد الحاضنة دون اجر حضانة إذا تبين ان مصلحتها تقضي ذلك .....فلخال لأب فلخال لم."

<sup>5</sup> \_ نجومون المولود قندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم لحق الحضانة، مجلة أبحاث قانونية سياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 1، المجلد 07، الجزائر، 2022، ص 911.

## ➤ كمال الأهلية:

ويتحقق ذلك بالبلوغ والعقل، إذ يجب أن تكون الحاضنة بالغة أي راشدة وسن الرشد حسب نص المادة 40 من قانون المدني الجزائري هو 19 سنة كاملة،<sup>1</sup> ويجب أن لا تكون هاته الأهلية معيبة بعيب من عيوب الأهلية، إذ لا يمكن المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مطلقا أو منقطعاً فكلاهما مانع من الحضانة، ذلك أن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونها في أي وقت وإن كان نادراً أو قصيراً، و المعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير، ولأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون، واشترط المالكية الرشد وقالوا لا حضانة للسفيه المبرر حتى لا يتلف مال المحضون.<sup>2</sup> ولهذا يشترط في الحاضن أن يكون عاقلاً فلا حضانة لمجنون أو معتوه، لأن الحضانة تأخذ حكم الولاية على النفس فمن لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره، وبذلك يتعين على القاضي أن يتأكد من السلامة العقلية للحاضن، و ألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد أن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية بالإستعانة بالخبرة الطبية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13/02/2020 والذي جاء فيه "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ويكون النقص دون إحالة".<sup>3</sup>

**البلوغ:** يعتبر كل من البلوغ والعقل من الشروط التي اتفق عليها جميع الفقهاء فالصغير غير العاقل لا حضانة له، والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو التمتع بالأهلية أي بلوغ سن 19 سنة كاملة، ويستثنى من شرط البلوغ الأم القاصر التي تحصلت على الترخيص بالزواج

<sup>1</sup> - الأمر رقم 75\_58، المورخ بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/88 المورخ في 03 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، العدد 31.

<sup>2</sup> - بومالة نظيرة، أحكام الحضانة والأشكال المتعلقة بها، ندوة بحثية منظمة من طرف مركز البحوث القانونية والقضائية، الجزائر، 2023، ص 06.

<sup>3</sup> - نجوم من المولود وقندوز سناء، المرجع السابق، ص 911.

وهذا إستناداً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 07<sup>1</sup> من قانون الأسرة: " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"<sup>2</sup>

**الأمانة:** أن يكون أميناً ويتمثل شرط الأمانة فيما يلي:

أن لا يكون الحاضن فاسقاً لأن الفاسق غير أمين على نفسه فلا يصح أن يكون أميناً على غيره لأنه ينشأ على طريقته أن يكون شخصاً أميناً، لأن الحاضن الذي يغيب على المحضون طيلة النهار وطرف الليل ولا يهتم به ويتركه يخالط أصدقاء السوء لا يكون أميناً ولا قادراً على الحضانة سواء كانت الأم والأب أو غيرهما،<sup>3</sup> ومثال الفقهاء عن الفسق الذي يجعل الحاضن غير أمين ومما يكون شريراً أو مشتهراً بزنا أو هو محرم أو يكون سارقاً، أو هذا أمر متروك للقاضي وهو في كل حالة تعرض عليه يتحرى الوقائع ويحكم في الأمر المعروض عليه بالحضانة أو بعدها،<sup>4</sup> وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فقد جاء في أحد قراراتها أن إسناد حضانة البنات الثلاثة للأم الحاضنة بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقاً للقانون.<sup>5</sup>

وكذلك أن يكون الحاضن مقيماً بالولد في مكان مأمون لأن الإقامة بالمحضون في مكان غير أمين ومخوف منه على نفس الصغير أو ماله، تعريض بالولد للضياع ولماله بالسرقة وذلك يعتبر إهمالاً في أخص شأن من شؤون الحضانة هو الحفظ.<sup>6</sup>

**القدرة:** يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو المرض أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة، إذ يرى أغلب الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة، أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضاً

<sup>1</sup> - أنظر المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - نجومون المولود وقندور سناء، المرجع السابق، ص 911.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 383.

<sup>4</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، 2006، ص 590.

<sup>5</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا، رقم 33921، الصادر بتاريخ 09/07/1984، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص 76.

<sup>6</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، 2006، 590-591.

معديا أو مرضا يعجزها ويمنعها عن القيام بشؤون الصغير ولا لمتقدمة في السن تقدما يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها،<sup>1</sup> وكذلك لا يمكن لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له، أو وكان موقف المشرع الجزائري باعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة وذلك باديا في العديد من قرارات المحكمة العليا تذكر منها:

"أن القدرة على التربية شرط ضروري وعلى القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم النزيه للحضانة"<sup>2</sup> كما اشترط المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية على الرشد القانوني للأبوي، والاستقامة والأمانة، والقدرة على تربية المحضون.<sup>3</sup>

### ➤ اتحاد الديانة:

لا خلاف في ما جاء به فقهاء المذهب الحنفي على أنه إذا بلغ المحضون حدا يخالف عندها أن يألف غير الإسلام، أو يعقل الأديان، و أن يكون الحاضن له من يتحدا معه في الدين رجلاً كان الحاضن أو امرأة لكي يبعثوا المحضون من الوقوع في الفتنة، أما اذا كان المحضون صغيراً لا يعقل الأديان ولا يخاف عليه أن يألف غير الإسلام فلا يخلوا الأمر من أن يكون الحاضن رجلاً أو امرأة، فإن كان رجلاً فلا خلاف في أنه يشترط لثبوت حضانته أن يكون متحداً في الدين مع المحضون لأن الحضانة ولاية على النفس بسلبها المصوبة والتوارث واختلاف الديانة يعتبر قاطعاً للولاية بين المسلم وغيره.<sup>4</sup>

فا حضانة الرجل مشروطة دائماً بكونه متحداً مع ديانة المحضون، أما إذا كان الحاضن امرأة فإنه لا يشترط في ثبوت حضانتها لولدها الصغير الذي لا يعقل الأديان ولا يخاف عليه أن يألف غير الإسلام أن تكون متحدة الدين، وهذا حسب الحنفية لأن مناط الحضانة هو الشفقة،<sup>5</sup> وإن قرار المحكمة العليا: " من قضاء مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أبوين في

<sup>1</sup>- المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهادات القضائية، مجلة العلوم

الانسانية، المركز الجامعي على كافي تندوف، المجلد 05، العدد 01، الجزائر، 2021، ص 171

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 171-172.

<sup>3</sup>- أنظر المادة 173 من القانون رقم 08/09 المؤرخ في 03 فبراير 2004 المنضم من مدونة الأسرة المغربية المعدل والمتمم

بالقانون رقم 08/09 المؤرخ في 16 يوليو 2010، جريدة رسمية عدد 59-58 الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2010.

<sup>4</sup>- رمضان علي الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 591-592.

<sup>5</sup>- المرجع نفسه، ص 592.

دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإنه من يوجد بالجزائر أحق ولو كانت الأم غير مسلمة.<sup>1</sup>

**ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء:** ويزاد على ما ذكر أن هناك شروط متعلقة بالنساء تتمثل أساسا فيما يلي:

➤ أن تكون قريبة للطفل وذات رحم محرم منه: وذلك كالأم والأخت والخالة والعمة وعلى هذا فلا حضانة لغير القريبة وإن كانت محرما له كالأم أو الأخت من الرضاع ولا للقريب غير المحرم كبنات العم أو العمة أو الخالة.<sup>2</sup>

ولقد نجد الفقهاء اختلفوا في تزويج الحاضنة بأجنبي حسب:

**الرأي الأول:** وهو رأي الأئمة الأربعة مالك والشافعي، وأبو حنيفة وأحمد في المشهور منه حيث يرون بأن<sup>3</sup> الحضانة تسقط بالتزويج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهو ما ذهب إليه الكل وحججهم في ذلك لما سبق وذكرناه ما رواه عبد الله بن عمرو.<sup>4</sup>

**الرأي الثاني:** وهو الرأي الذي قال به الحسن البصري وهو قول ابن حزم الطاهري أيضا بأن الحضانة تسقط بالتزويج مطلقا، سواء كان المحضون ذكر أو أنثى، وحججهم في ذلك أن سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله عليه وسلم لم تسقط بزواجها لنبيها، فإن تزوجت الحاضنة بغريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وله صلته بالطفل وقرابته منه تحمله على الشفقة ورعاية حقه فيتم بينهما التعاون على كفالته، وهذا على عكس الأجنبي فإنه إذا تزوجته لا يعطف عليه ولا يمكنها من العناية به.<sup>5</sup>

وكذلك نجد من الشروط الخاصة بالحاضنة أن:

<sup>1</sup> - أنظر إلى قرار المحكمة العليا، رقم 86597، الصادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد 04، السنة، 1989، ص 61.

<sup>2</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، 2006، ص 187.

<sup>3</sup> - المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 173.

<sup>4</sup> - أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، شرح سنن أبو داود، جزء 06، دار الفكر العربي، بيروت، 2003، ص 298.

<sup>5</sup> - المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 173.

➤ **ألا تعيش بالصغير في بيت مسكن من يبغضه:** وإن كان قريباً له وذلك للمعنى الذي ذكر في السابق (أن تكون متزوجة بأجنبي). حسب نص المادة 70 قانون أسرة، كما جاء في قرار المجلس الأعلى.

➤ **ألا تكون مرتدة:** لأنها حيث يجب أن تحبس حتى ترجع إلى الإسلام أو تموت فلا تصلح إذا لهذه المهمة ولو رجعت إلى الدين عاد لها حق الحضانة، وهكذا في كل سبب سقط حق الحضانة من أجله فإن هذا الحق يعود لصاحبه متى زال السبب الذي كان علة سقوطه، ولا يشترط إتحاد الدين في الحواضن لأن الحاضنة معناها قوة الشفقة والعطف على الصغير.<sup>1</sup>

ولكن الفقهاء اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة الغير مسلمة، فقال بعضهم: يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة وقيل: أنه بقي مع الحاضنة إلى إنتهاء مدة الحضانة شرعا ولكنها تمنع من تغديته بالخمير ولحم الخنزير فإن خشينا أن تفعل الحرام أعطى حق الرقابة إلى أحد المسلمين لحفظ الولد.

أما بالنسبة لإسلام الحاضن فيقبل نعم يشترط الاتحاد في الدين بها بالنسبة للحاضن أما الحاضنة فلا كما ذكر ولا يشترط جنس الحاضن.<sup>2</sup>

➤ **إن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند إعسار للأب مسقط لها في الحضانة:** فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة وشرط الشافعية والحنبلة إذا ما كان المحضون رضيعاً أن ترضعه الحاضنة، فإن امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها.<sup>3</sup>

**ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال:** بإضافة إلى شرط العقل والأمانة والاستقامة، هناك شروط كذلك خاصة بالرجال وتتمثل فيما يلي:

<sup>1</sup> - رمضان علي السيد الشرناسي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، 2006، ص 188.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 188

<sup>3</sup> - المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، المرجع السابق، ص 174.

➤ أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى: إذا كان الحاضن رجلاً فيشترط فيه فضلاً عما سبق ذكره أن يكون محرماً للمحضون إذا كانت أنثى وعلى هذا لا يكون للرجل الحق في حضانة ابنة عمه ليس محرماً لها لسد دريعة الفساد والفتنة، بحيث أنه وكما سبق أن ذكرنا إذا انتقلت الحضانة إلى القاضي لعدم وجود حاضن من النساء أو الرجال ذوي الرحم المحرم جاز له أن يتعهد بها إلي ابن عمها إذا كان مأموناً عنده،<sup>1</sup> وإذا كان الحاضن ذكراً فيشترط أن يكون عنده من يقوم على رعاية الإناث كالزوجة أو الخادمة، كما أن قانون سلطنة عمان للأحوال الشخصية نص على أنه يشترط في الحاضن إذا كان رجلاً أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء وهو نفس الشيء للمشرع الإماراتي والمشرع الكويتي والسوداني.<sup>2</sup>

➤ اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: إن حق الرجال في الحضانة مبني على ميراث ولا توارث بين مسلم وغير المسلم، إلى فنجد ذوي الرحم المحرم من غير العصابات فيقدم الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخت الشقيقة فابن الأخت لأب ثم ابن أخ لأم وابن الأخت لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم،<sup>3</sup> وهنا لا يشترط في الحاضن أن يكون متحداً مع الصغير.

هذه هي شروط الحاضن كما هي في المذهب الحنفي فإذا توافرت في شخص ثبتت له الحضانة، إذا كانت ترتيب المستحقين للحضانة قد انتهى إليه ومتى ثبت له ثم سقط عنه لعذر أو لغير عذر، وانتقلت الحضانة إلى من يليه في المرتبة ثم زوال عذره أو من له الحق أن يطالب بها، فإن له المطالبة بعودتها إليه ثانية، لأن الحضانة لا تسقط وإنما تمنع بموانعها وتعود بزوالها، ولأن مصلحة المحضون أقوى من مصلحة الحضانة فإذا اسقطت الحضانة حقها بقي حق المحضون في أن تحضنه من هي أقرب وتعود الحضانة بمجرد زوال المانع أو طلبها إلا من كانت قد امتنعت حضانتها بالتزويج وكان طلاقها رجعيًا فإن حقها لا يعود إليها إلا إذا انقضت عدتها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - رمضان علي الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، سنة 2007، ص 593.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 127/ب-1 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان.

<sup>3</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، سنة 2006، ص 189.

<sup>4</sup> - رمضان علي الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، سنة 2007، ص 593.

## المبحث الثاني:

### مفهوم الزواج المختلط

لم تعد العلاقات القانونية الوطنية خالصة، بل تتخللها العنصر الأجنبي من جانب الأطراف أو المحل أو السبب، وذلك راجع لاختلاط الأجانب بالوطنيين ووجود تعاملات بينهم بسبب نمو وتعدد مصالح وعلاقات الافراد وازدياد ظاهرة الهجرة ومن هنا كانت الحاجة داعية الى البحث عن قواعد قانونية تتولى تنظيم هذه العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي.<sup>1</sup> وعليه قسمنا هذا المبحث الى مطلبين: بحيث تطرقنا فيه الى التعريف بالزواج المختلط في (المطلب الأول) ثم تطرقنا الى شروط ابرامه في (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول:

#### تعريف الزواج المختلط

أضحى الزواج المختلط من بين أهم المواضيع التي أثارت اهتمام رجال القانون والمختصين في علم الاجتماع، وفي نطاق هذا قد وردت عدة تعريفات مختلفة بشأنه وبهذا سنتناول التعريف اللغوي والفقه في (الفرع الأول) والتعريف القانوني وحالات اختلافه في (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول:

#### التعريف اللغوي والفقه للزواج المختلط

أولاً: لغة: يعتبر الزواج المختلط ظاهرة معاصرة منتشرة بكثرة، وهو مصطلح مركب من لفظين الزواج والاختلاط. وهذا ما سنراه فيما يلي:

<sup>1</sup> - رعد عبد الأمير مظلوم، تنازع القوانين في الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد

06، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق، بدون سنة، ص 157

زوج: الزَّوْجُ: خلاف الفرْدِ. يقال: زَوْجٌ أَوْ فَرْدٌ، كما يقال: حَساً أَوْ زَكاً، أَوْشَفَعُ أَوْ وَتَرَ؛ قال أبو  
وَجْرَةَ السَّعْدِيُّ:

ما زِلْنِ يَنْسُبْنَ، وَهَنَا. كُلُّ صَادِقَةٍ،

بَأَنْتِ تَبَاشِرُ عُرْمًا غَيْرَ أَزْوَاجٍ

لأنَّ بَيْضَ القَطَا لا يَكُونُ إِلَّا وَتَرًا. وقال تعالى >> وَأَنْبِتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ <<<sup>1</sup> وكُلُّ وَاحِدٍ  
مِنْهُمَا أَيْضاً يُسَمَّى زَوْجًا، وَيُقَالُ: هُمَا زَوْجَانِ لِلثَّانِيْنِ وَهُمَا زَوْجٌ، كَمَا يُقَالُ: هُمَا سَيَّانٍ وَهُمَا  
سَوَاءٌ؛ ابن سَيِّدِه: الزَّوْجُ الفَرْدُ الَّذِي لَهُ قَرِينٌ.<sup>2</sup>

### الاختلاط:

خ ل ط: خَلَطَ الشَّيْءَ بغيرِهِ من باب ضَرَبَ فَاخْتَلَطَ وَخَالَطَهُ مُخَالَطَةً وَخِلَاطًا بالكسْرِ. وَاخْتَلَطَ  
فُلَانٌ أَي فَسَدَ عَقْلُهُ وَالتَّخْلِيْطُ فِي الامرِ الإفسَادُ فِيهِ. وَالخَلِيْطُ المُخَالِطُ كَالنَّدِيْمِ المُتَادِمِ وَالجَلِيْسِ  
المُجَالِسِ وَهُوَ وَاحِدٌ وَجَمْعٌ وَقَدْ يُجْمَعُ عَلَى خُلَاطَاءٍ وَخُلُطٍ وَفِي الحديثِ: لا خِلَاطَ وَلا وَرَاطَ قِيلَ  
هُوَ كقولِهِ: لا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ وَلا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشِيَةَ الصَّدَقَةِ. وَالخِلَاطَةُ بِالضَّمِّ الشَّرِكَةُ  
وَبالكسْرِ العِشْرَةُ وَالخِلُطُ بِالكسْرِ وَاحِدٌ أَخْلَطَ الطَّيْبُ. وَنُهِيَ عَنِ الخَلِيْطِيْنَ فِي الأَنْبَذَةِ وَهُوَ أَنْ  
يُجْمَعُ بَيْنَ صِنْفَيْنِ: تَمْرٍ وَزَبِيْبٍ أَوْ عِنَبٍ وَرُطْبٍ.<sup>3</sup>

ثانيا: فقها من المعروف أن ينكح المسلم المسلمة وان يقع اختياره على ذات الدين والخلق،  
عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تُنكحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمالِها  
وَلِحَسَبِها وَجَمالِها وَلِدِينِها فَأَظْفَرُ بِذاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ"<sup>4</sup> لتنشأ بينهما مودة ورحمة.

### أولا: زواج المسلم ممن لا كتاب لها

تنقسم الأديان الى قسمين:

<sup>1</sup> - سورة ق، الآية 7

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، المرجع السابق، ص98.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص94-95.

<sup>4</sup> ابي عبد الله محمد بن إسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، دار ابن الهيثم، الطبعة الأولى، القاهرة، ص617.

• **الشرائع السماوية:** وهي الأديان التي انزلت عن طريق الوحي على أحد الأنبياء ومن بينها الإسلام واليهودية والنصرانية.

• **الشرائع الغير سماوية:** وهي من وضع البشر كالوثنية والمجوسية والصابئة<sup>1</sup>، وهذا ما سنتطرق اليه كالاتي:

إن كلا الزوجين عماد الأسرة، وبهما تقوم لها قائمة، ولا شك في أن التنافر في الديانات سيؤدي لا محالة إلى هدم الحياة الزوجية والتنافر بين الزوجين، وضياح الأسرة بما فيها الأولاد الأبرياء الذين لا ذنب لهم.<sup>2</sup>

أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز للمسلم ولا المسلمة أن ينكحوا المشركين قال ابن قدامة: ولا يحل نكاح الكفار غير أهل الكتاب فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نساءهم وذبائهم

واستدلوا بأدلة من القرآن في قوله تعالى: **<<وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ>>**<sup>3</sup>

ووجه الدلالة من الآية أن الله عزوجل حرم على المؤمنين نكاح المشركات لان معاشرتهم ومخالطتهم تبعث على حب الدنيا واقتنائها بها وإيثارها على الدار الآخرة.<sup>4</sup>

زواج المسلمة بالكافر حرام بالإجماع، لقوله تعالى: **<<فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ>>**<sup>5</sup> والآن هذا الزواج محكوم عليه سلفا بالفشل، لانه لا يحقق الانسجام وتوافق المشاعر والطباع والعوائد بين الزوجين.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أميرة مازن عبد الله أبو رعد، **أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا نابلس، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007م، ص35.

<sup>2</sup> - أميرة مازن عبد الله أبو رعد، المرجع السابق، ص36.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 221.

<sup>4</sup> خيرالدين شرقي، **حرية المعتقد وتأثيرها على أصل الزواج**، مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط - الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023، ص 100.

التصفح 2024/02/28، الساعة 15:46 <https://www.democraticac.de/?p=87644>

<sup>5</sup> الممتحنة، الآية 10/60

<sup>6</sup> وهبة الزحيلي، **الاسرة المسلمة في العالم المعاصر**، دار الفكر، بدون طبعة، بدون سنة النشر، ص60

ودليل الحرمة قوله تعالى: >> **وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ** <<<sup>1</sup> أي: لا تزوجوا المسلمة من المشرك، وأجمعت الأمة على أن المشرك لا يطأ المؤمنة بوجه لما في ذلك من الغضاضة على الإسلام، وذكر أهل العلم أنه لا يجوز للكافر نكاح المسلمة لا بإذنها ولا بغير إذنها، وعلّة الحرمة هو أن القوامة بيد الرجل ويستطيع أن يحملها على ترك دينها، وإن لم يفعل قد يجبرها على نفسها في رمضان، فهي غير آمنة على دينها ثم إن أبنائها فهم على دين أبيهم.<sup>2</sup> لنص الآية: >> **أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ** <<<sup>3</sup>

قال ابن عبد البر: ذكر عبد الملك بن الماجشون عن أصحابه من أهل المدينة ومالك والمخزومي وابن دينار وغيرهم أنهم كانوا يزعمون إذا كان معهم أبوهم فهم على دين أبيهم إن أسلم أبوهم صاروا مسلمين بإسلامه وإن ثبت على الكفر فهم على دينه ولا يعتد فيهم بدين الام على حال الآن هم لا ينسبون اليها وإنما ينسبون الى أبيهم وبه يعرفون.<sup>4</sup>

قال تعالى: >> **وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ** <<<sup>5</sup> نهت الآية عن الاستمرار في الزواج مع المشركات أي الوثنيات دون الكوافر من أهل الكتاب.<sup>6</sup>

**ثانيا: زواج المسلم من الكتابية:** وذهب جمهور الفقهاء الى ان اهل الكتاب هم اهل التوراة والانجيل، جاء في المغني واهل الكتاب هم اهل التوراة والانجيل،<sup>7</sup> لقوله تعالى: >> **أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ عَلَيَّ طَائِفَتَيْنِ مِّن قَبْلِنَا** <<<sup>8</sup> فاليهود هم أهل التوراة والنصارى هم أهل الانجيل.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 221.

<sup>2</sup> التواتي بن التواتي، **المبسوط في الفقه المالكي بالأدلة**، كتاب الأحوال الشخصية، المجلد 04، دار الوعي، بدون البلد، بدون السنة، ص240

<sup>3</sup> سورة الأحزاب، الآية، 5/33

<sup>4</sup> التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص 240

<sup>5</sup> سورة الممتحنة، الآية 10

<sup>6</sup> أميرة مازن عبد الله أبو عبد رعد، المرجع السابق، ص 37

<sup>7</sup> أميرة مازن عبد الله أبو عبد رعد، المرجع السابق، ص46.

<sup>8</sup> سورة الانعام، الآية 156.

اما الحنفية فيرون أن الكتابي هو من يؤمن بنبي ويقر بكتاب، فاليهود والنصارى ومن امن بزبور داود أهل كتاب عندهم.<sup>1</sup>

هذا وكانت الكنيسة تحرم على النصراني أن يتزوج غير نصرانية الا إذا تنصرت، وكذلك النصرانية لا تتزوج الا نصرانيا. أما الإسلام فقد حرم على المرأة المسلمة أن تتزوج غير مسلم، وأحل للرجل المسلم أن يتزوج كتابية يهودية أو نصرانية، وان بقيت على دينها؛<sup>2</sup> لقوله تعالى >>الْيَوْمَ أَجِلُّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ<<<sup>3</sup>

والان الصحابة رضي الله عنهم تزوجوا أهل الذمة، فتزوج عثمان نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهي نصرانية، وأسلمت عنده، وتزوج حذيفة بيهودية من أهل المذائن. وسئل جابر عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية، فقال: تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص.<sup>4</sup>

كما يشترط لهذا النوع من النكاح ألا تكون حربية فقد فرق جماعة من الفقهاء بين الذمية والحربية، قال ابن عباس-رضي الله عنه-"من نساء أهل الكتاب من يحل لنا ومنهم من لا يحل لنا، ومنهم من لا يحل لنا، وقرأ قوله تعالى: >>قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ<<<sup>5</sup> فمن اعطى الجزية حل لنا نساؤه ومن لا يعط الجزية لم يحل لنا نساؤه"<sup>6</sup>

1- أميرة مازن عبد الله أبو عبد رعد، المرجع السابق، ص 46.

2- أحمد أمين، **ضحى الإسلام**، الجزء الاول، دار أصالة، الطبعة 01، الجزائر، 2010، ص 284.

3- سورة المائدة، الآية 5.

4- عبد الرحمان مايدين، **الزواج المختلط: رؤية شرعية قانونية**، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط - الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023، ص 188.

التصفح 2024/02/29، الساعة 13:00 <https://www.democraticac.de/?p=8764409>

5- سورة التوبة، الآية 29.

6- آمال بلاوي، مسعود بن موسى فلسي، **أسباب الزواج المختلط الصوري وموقف الشرع منه**، مداخلة ملقاة في إطار

الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط - الجزائر،

24 يونيو-حزيران 2023، ص 199. التصفح 2024/02/29، الساعة 10:00

<https://www.democraticac.de/?p=87644>

ويستسهل بعض الشباب الزواج بالأجنبيات، تخلصا من غلاء المهور، أو لظروف الدراسة أو الغربة في بلد أجنبي، أو لغابات شخصية كالتجنس أو الجمال أو الطمع في المال، أو بقصد الهداية للإسلام، أو تقديرا لتمدن المرأة الأجنبية. ويفسخ الزواج بين الرجل وزوجته إذا أسلمت، وأصر زوجها على البقاء على دينه، وليس هذا موضع اجتهاد.<sup>1</sup>

ومن هنا يتبين لنا أن الكثير من المسلمين يتزوجون الكتابية منهن من تسلم ومنهن من تبقى معتكفة على دينها، وهذه تعد بمثابة نقطة اتصال أو ترابط بين المسلمين واليهود والنصارى.

ومن المقرر أن المرتدة عن الإسلام لا تعتبر ذات دين " ولو انتقلت من الإسلام الى دين كتابي، ولذلك لا يحل للمسلم أن يتزوج مرتدة، كما لا تتزوج المسلمة مرتدا، بل ان المسلم ان ارتدت زوجته فسخ النكاح وأنهى ذلك الان الارتداد جريمة عقوبتها للرجل القتل وللمرأة الحبس، ويعتبر من ارتد في حكم الميت، وإذا كان كذلك وفسخ نكاح بردة أحد طرفيه، فانه لا يحل زواج المرتدة من مسلم ولا غير مسلم قط."<sup>2</sup>

الزواج المختلط في الإسلام هو رابطة تجمع بين زوجين من عقيدتين مختلفتين.

## الفرع الثاني:

### التعريف القانوني للزواج المختلط وحالات اختلافه

سيتم التعرض في هذا الفرع لتعريف القانوني للزواج المختلط بعدها التعرض لحالات اختلافه. وذلك وفقا لما يلي:

#### أولا: التعريف القانوني للزواج المختلط:

<sup>1</sup>- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص60

<sup>2</sup>- محمد أبو زهرة، محاضرات عقد الزواج واثاره، دار الفكر العربي، بدون البلد، بدون السنة، 145

أورد علماء الاجتماع ورجال القانون عدة تعريفات حول الزواج المختلط، حيث يعد الزواج المختلط من أهم القضايا في المجتمع لأنه يمثل حالة استثنائية من الزواج الذي يتم بين طرفين مختلفين في الجنسية والولاء السياسي والمرجعية الاجتماعية والثقافية في بعض الأحيان.<sup>1</sup>

يعرف الزواج المختلط أيضا: أنه عقد قران شرعي بين الرجل والمرأة على أساس ديني، وقانوني لاختيار شخصي للقرينين، توحد بتصور وأفكار مشتركة في إطار الرضا والتفاهم، والتوافق الزواجي لبناء الحياة الزوجية التحم فيها الزوجان بامتزاج، ثقافي، ديني، عرقي.<sup>2</sup>

وأيا عرفه الكاتب: "ياسين شايب" بأنها اتحاد الذي يعقد طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة.<sup>3</sup> وعرفه القاضي محمد فتحي: "عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين زوجين مختلفي الجنسية سمي بالزواج المختلط"<sup>4</sup>

فالزواج المختلط هو ذلك الزواج الذي يعقد بين طرفين من جنسيتين مختلفتين، وقد تضاعفت نسبة الزواج المختلط في الآونة الأخيرة إلى أن أصبحت ظاهرة اجتماعية في معظم دول العالم، ويعود ذلك إلى عدة عوامل دفعت الناس إلى الزواج خارج إطار الدولة الواحدة، ومن أهم هذه العوامل تطور وسائل الاتصال والمواصلات، وكذا هجرة مواطني دول الشمال رغبة في توفير مستقبل ميسور آمن.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- نجية علي عمر الهنشري، مشكلات الزواج المختلط في مدينة يفرن: دراسات حالة، مجلة أسئلة ورؤى، المجلد 02، جامعة الزيتان، ليبيا، بدون سنة النشر، ص95

<sup>2</sup>- عون عمار، دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري عربي والزواج المختلط الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2014/2013، ص46.

<sup>3</sup>- بشرى زلاسي، الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2000-2001، ص06

<sup>4</sup>- شكري الدريالي، تنازع القوانين في الزواج المختلط: الميراث أ نموذجا، مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط - الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023، ص122. التصفح 2024/03/01 الساعة 23:20 <https://www.democraticac.de/?p=87644>

<sup>5</sup>- شوبرو نورية، أثر الزواج الجزائري أو جزائرية على جنسية الزوج الأجنبي في ظل الأمر 01/05، مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط -

الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023، ص218. التصفح 2024/03/02 الساعة 00:03

<https://www.democraticac.de/?p=87644>

على ضوء هذه التعريفات السابقة نرى بان الزواج المختلط قانونا هو عقد قائم بين زوجين مختلفين في الجنسية، وهناك من يرى الدين والثقافة أيضا سببا رئيسيا في هذا الاختلاط.

### ثانيا: حالات اختلاف الزواج المختلط.

**أولا: ضابط الدين:** كان الدين هو الضابط الذي يحدد به انتماء الشخص، ففي الشريعة الإسلامية فقد قسم الفقهاء المسلمين العالم الى دارين: دار الإسلام ودار الحرب. فدار الإسلام تشمل الأقاليم الواقعة تحت الحكم الإسلامي، ويتمتع فيها كافة المسلمين بنفس الحقوق خاصة منها حق المواطنة. أما دار الحرب تضم المناطق غير الخاصة بالإسلام وتنعت في العصر الحالي بالبلدان التي لا تعتنق الإسلام.<sup>1</sup>

فلما كان الدين الإسلامي هو الدين الحق الكامل، ساد مبدأ التفرقة في الدولة الإسلامية بين المسلمين وغير المسلمين من ناحية الانتماء وكان كل شخص يعتنق الديانة الإسلامية يصبح ينتمي الى الدولة في ذلك العصر، بمعنى الدين الإسلامي كان يمنح جنسية الدولة الإسلامية ولا جنسية للمسلمين إلا بدينهم، ومن هنا كان زواج المسلم بغير المسلمة يعتبر زواج مختلطا بسبب اختلاف الديانة.<sup>2</sup>

ويسود في دار الإسلام إلى جانب المسلمين طوائف غير مسلمة ويسمون بأهل الذمة وكذلك المستأمنين الذين يقيمون في دار الإسلام بصفة مستمرة بمقتضى عقد ذمة أبدي، أما المستأمنين هم الذين جاءوا من دار الحرب ويتمتعون بالحماية الكاملة بمقتضى عقد لمدة محددة.<sup>3</sup>

إلا أن المبدأ الأساسي الذي كان سائدا في الدولة الإسلامية هو التفريق بين المسلمين لكن يبقى المجال مفتوحا لمن يرغب في الانتماء للأمة الإسلامية وهذا باعتناقه الدين الإسلامي

<sup>1</sup> - بشرى زلاسي، المرجع السابق، ص7

<sup>2</sup> - شامي مختار، بن بعلاش خليفة، الزواج المختلط السوري وتجريمه في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2022، ص338-351

<sup>3</sup> - خير الدين شرقي، حرية المعتقد وتأثيرها على أصل الزواج، مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط - الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023، ص96.

التصفح 00:16 الساعة 2024/03/02، الساعة 00:16 <https://www.democraticac.de/?p=87644>

وبالتالي يكسب الجنسية الإسلامية، بمعنى أن الديانة هي التي تحدد الصفة الوطنية للشخص. ومن هنا يمكن القول إن الإسلام قد عرف فكرة الجنسية كمعيار لتكوين عنصر الشعب في الدولة الإسلامية الكبرى التي نشأت بعد ظهوره بسبب اتساع حركة الفتوحات الإسلامية.<sup>1</sup>

**ثانياً: ضابط الجنسية:** مع التطور الفقهي في المجال القانوني خاصة في مجال القانون الدولي الخاص عامل التشريعات الحديثة على جعل عنصر الجنسية باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي تربط الفرد بدولته في عقد الزواج المختلط.<sup>2</sup>

فالجنسية سيطرة الدولة وسيادتها في تحديد ركن من أركانها وهو الشعب وهي رابطة قانونية من ناحية أخرى الآن يترتب على هذه الرابطة حقوق وواجبات متبادلة بين الفرد والدولة.<sup>3</sup>

ويعتبر القانون الجزائري من القوانين الحديثة كما أشرنا سابقاً في جعله من الجنسية الضابط السياسي لتطبيق القانون الوطني في عقد الزواج المختلط خاصة إذا كان أحد أطرافه جزائرياً وتم انعقاده في الخارج، وهذا ما نصت عليه المادة 97 قانون الحالة المدنية: "على أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحاً إذا تم حسب الأشكال المقررة في ذلك البلد بشرط ألا يخالف الجزائري الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكانية عقد الزواج".

وهذا الاتجاه أخذت به غالبية الدول العربية الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية حفاظاً على المعتقد الديني لمواطنيها حتى ولو كانوا في الخارج، بالإضافة إلى ذلك أخذت بضابط الجنسية في مجال الأحوال الشخصية خاصة منها عقد الزواج العديد من الدول الغربية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - بشرى زلاسي، المرجع السابق، ص 07

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 09

<sup>3</sup> - خير الدين شرقي، المرجع السابق، ص 96.

<sup>4</sup> - القانون الحالة المدنية الجزائري، الصادر بأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970.

<sup>5</sup> - زلاسي بشرى، المرجع السابق، ص 09

## المطلب الثاني:

### شروط إبرام الزواج المختلط

لانعقاد الزواج المختلط صحيحا يجب توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها. سنتطرق في هذا المطلب القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في (الفرع الأول)، ثم للقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإبرام الزواج

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها، ويختلف مفهوم الشروط الموضوعية للزواج من دولة الأخرى نظرا لاختلاف الأسس والقيم التي تقوم عليها كل دولة وكذا اختلاف العادات والتقاليد والديانات،<sup>1</sup> بالنسبة للقانون الجزائري فهي تنتمي لفئة الأحوال الشخصية وقد ذكرها المشرع في المواد من 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، ويتفحص المادتين تبين أنه لانعقاد الزواج لا بد من توفر ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 9 من قانون الأسرة التي تنص: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"<sup>2</sup> ونصت المادة 09 مكرر على ما يلي: "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية:

## ➤ أهلية الزواج

<sup>1</sup> - خديجة حمادي وكمال مخلوف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط-دراسة تحليلية في

القانون الجزائري-، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

تيزي وزو، الجزائر، 2022، ص 194.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

➤ الصداق

➤ الولي

➤ انعدام الموانع الشرعية

نرى من خلال المادتين السابقتين أن رضا الزوجين يعد الركن الوحيد لانعقاد الزواج، بينما بقية المقومات فهي تعد بمثابة شروط لصحة العقد، فبعد التعديل الحاصل على قانون الأسرة 2005 احتفظ بركن واحد وهو الرضا وأرجع الولي والشاهدان والصداق إلى شروط صحة الزواج مضيفا لهم الأهلية وموانع الزواج.

أما بالنسبة للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، فهناك ثلاثة اتجاهات تحدد ذلك، وهي:

➤ **الاتجاه الأول:** يرى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين. وأخذ بهذا الحكم كلا من القانون الإنجليزي والدول الإسكندنافية.

➤ **الاتجاه الثاني:** يسندها لقانون محل إبرام عقد الزواج، دون التمييز بين الشكل وموضوع الزواج. وهذا الحكم معتمد من قبل القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية.

➤ **الاتجاه الثالث:** نادى بإخضاع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وأخذت به كل من الدول العربية والقانون الألماني، وأيضا اتفاقية لاهاي المؤرخة بتاريخ 12 جوان 1902 الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج المادة الأولى منها.<sup>1</sup>

أما القانون الفرنسي، فلم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، مما جعل جانب الفقه يقترح إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين استنادا لنص المادة 03 في فقرتها الثالثة، وعليه فقد طبق القضاء الفرنسي قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجنبى يحملون نفس الجنسية، وفي حالة اختلاف الزوجين في الجنسية، يطبق قانون الموطن المشترك، مسايرة لمبدأ المساواة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - درية أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، العدد 04، جامعة مولاي الطاهر، الجزائر، 2011، ص 239.

<sup>2</sup> - رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بالقائد، 2010-2011، ص 12.

والقضاء المصري، يطبق بشأن شروط الزواج المتعلقة بسن الزواج وصحة التراضي التطبيق الموزع، أي يكفي أن يكون كل زوج قد احترم سن الزواج طبقا لقانونه الوطني. أما فيما يتعلق بموانع الزواج كالتقريب، فيطبق بشأنها التطبيق الجامع.<sup>1</sup>

هذا وقد تختلف هذه الشروط الموضوعية من دولة إلى دولة وعلى هذا الأساس، فتكييف ما هو موضوعي من شروط الزواج يرجع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة.

**أولا: القاعدة العامة:** باعتبار أن الزواج يعتبر حادثا مغيرا لحالة الشخص فإن شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية وفقا لما تقضي به المادة 10 من القانون المدني.

وقد نصت أيضا على اختصاص قانون الجنسية لحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج المادة 11 من القانون المدني. فقد جاء فيها: "الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين".<sup>2</sup> أما بالنسبة للشروط الشكلية فسوف ندرسها لاحقا.

ولقد نصت الفصل 45 من الباب الثالث المتعلق بالعائلة على أنه:<sup>3</sup> "تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة "حيث أطلق المشرع التونسي اسم الشروط الأصلية على الشروط الموضوعية.

فهذا الأخير أوجد حلا لمشكلة اختلاف جنسية الزوجين، خلافا للمشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة على ذلك في نص المادة 11 من القانون المدني المعدلة.<sup>4</sup>

لكن الاشكال يثور في حالة كون الطرفين من جنسيتين مختلفتين، فهل تخضع عبارة " القانون الوطني لكل من الزوجين" المنصوص عليها في المادة 11 من القانون المدني للتطبيق الجامع أو التطبيق الموزع؟<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- درية أمين، المرجع السابق، ص 237.

<sup>2</sup>- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة 12، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 247

<sup>3</sup>- قانون رقم 98-07 الصادر في 27 نوفمبر 1998، المتعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، رقم 96، بتاريخ 01 ديسمبر 1998

<sup>4</sup>- رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 13.

<sup>5</sup>- خديجة حمادي وكمال مخلوف، المرجع السابق، ص 197.

### • التطبيق الجامع:

تخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين معا، حيث يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة، كما يجب أن تتوفر في الزوجة كذلك كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيتها وقانون جنسية الزوج.<sup>1</sup> بمعنى أنه يجب " إدماج أحكام كل من القانونين ثم تطبيق هذه الأحكام على كل من الزوج والزوجة".<sup>2</sup>

ويعتبر الأستاذ (Pigeonniere-Lerebours) من المدافعين على التطبيق الجامع. وحجته في ذلك أن القانون الوطني لكل من الزوجين هدفه حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس حماية شخص الزوج أو الزوجة.<sup>3</sup>

إلا أن عيبه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد، بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها.<sup>4</sup>

### • التطبيق الموزع:

اتجه الفقهاء إلى ترجيح الاكتفاء بالتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين، بمعنى أنه يكفي لصحة الزواج أن يتوفر في كل طرف على حدى الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته، دون تطلب استيفاء الشروط التي يقرها قانون الطرف الآخر.<sup>5</sup>

لكن في معظم الأحيان يكون تطبيقها صعبا بالنسبة لبعض الشروط الموضوعية مما يستدعي الرجوع لتطبيق القانون الجامع،<sup>6</sup> نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، فلقد اعتبر الزواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين

<sup>1</sup> -عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة 02، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 216.

<sup>2</sup> - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، طبعة 02، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 216.

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 231.

<sup>4</sup> - درية أمين، المرجع السابق، ص 240.

<sup>5</sup> - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 217.

<sup>6</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 233.

جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا، شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج، غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع، فيطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع.<sup>1</sup>

### ثانيا: الاستثناء:

سبق القول بأن المادة 11 من القانون المدني أخضعت الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية كل من الزوجين، إلا أنه هناك استثناء ورد في المادة 13 من القانون المدني " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج" فنجد أنه في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا، نص المشرع الجزائري على اختصاص القانون الجزائري.<sup>2</sup>

كما تخضع الآثار المالية والشخصية في المادة 12 الفقرة الأولى من القانون المدني المعدلة، لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج وكذلك نجد أن المادة السابقة الذكر قد أخضعت النفقة لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، على أساس أن النفقة من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي، تترتب كنتيجة مباشرة للزواج وهذا ما ذهب إليه الفقه الجزائري.<sup>3</sup>

وما يلاحظ على المادة 12 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري خضوع الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما. فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية جديدة ويسمح له القانون الجديد بفك الرابطة الزوجية في حين أن قانون الجنسية التي كان يتمتع به وقت إنشاء الزواج كان لا يسمح بحل الزواج.<sup>4</sup>

وإن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تتحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت

<sup>1</sup> - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص16.

<sup>2</sup> - أمحمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسية بن بوعلي-الشلفيدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2019، ص 306.

<sup>3</sup> - درية أمين المرجع السابق، ص 243

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، 245.

انعقاد الزواج ويؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ويتأثر مركز المرأة فيكون أكثر إضراراً بمصالحها، فكان من الأجدر على المشرع إخضاع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، باعتباره القانون الذي يكون معلوماً ومتوقفاً للأطراف وقت إنشاء علاقة الزواج.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني:

### القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لإبرام الزواج

يدخل في الشروط الشكلية للزواج كل ما يتعلق بالإجراءات ومسائل الاختصاص والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج وتحرير عقده وإثباته، فالشروط الشكلية هي الطرق اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إليه العالم الخارجي كإشهاره وتحرير عقده وإثباته.<sup>2</sup>

وليس من السهل التمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج، لأنه لكل نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلق بالزواج، لذلك يلجأ القاضي لمسألة التكيف بقصد إعطاء وصف للوقائع أو التصرفات لإدراجها ضمن فكرة مسندة، وبالتالي، إسنادها للقانون الذي يسري عليها.

وتعتبر أغلب الدول المسيحية شهر الزواج في شكل الدين شرطاً شكلياً، في حين أن بعض البلدان كاليونان وإسبانيا وبلغاريا تعتبر الزواج في شكل ديني شرطاً موضوعياً باختلاف هذا التكيف، تختلف قواعد الإسناد ويختلف القانون الواجب التطبيق.<sup>3</sup>

كما لا يعد الزواج في الشريعة الإسلامية نظاماً دينياً وإنما هو نظام مدني إذ لا يشترط لانعقاده حضور رجل دين أو احترام طقوس معينة فيمكن القول بأن شرط المراسيم الدينية تعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر وقد قال بهذا التكيف المصري وقد نص القانون الكويتي عليه صراحة حسماً لأي خلاف بشأنه، هذا ولا بد من الإشارة إلى أن الشروط الشكلية للزواج ليست نفسها في مختلف الدول، ففي بعض الدول يشترط لانعقاد الزواج وفي بعضها الآخر

<sup>1</sup> - درية أمين، المرجع السابق، 245.

<sup>2</sup> - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 26.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 26.

يشترط الشكل المدني لانعقاد الزواج، وتوجد دول تجيز انعقاده في كلا الشكلين. بينما تكتفي دول أخرى لانعقاده برضا الطرفين فقط دون ربطه بأية شكلية.<sup>1</sup>

ولقد كانت هذه الشروط محل نزاع بين تشريعات الدول مما جعلها مجالاً خصباً لتنازع القوانين مما يجعل من الضروري تحديد القانون الذي يحكمها.

### • تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

باعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية فهو يخضع من حيث شكله طبقاً لقاعدة "Locus régit actum" لقانون محل إبرامه. غير أن هذا القانون يستبعد في الكثير من الدول لصالح القانون الوطني في حالة إبرام الزواج أمام بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج.<sup>2</sup>

ولقد أخضع المشرع الجزائري الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد،<sup>3</sup> ونص على ذلك في المادة 19 من القانون المدني الجزائري المعدلة والمتممة، باعتبارها تتناول كافة الاعمال التي تتم بين الأحياء، والتي أجازت تطبيق أربع قوانين على الشكل وهي:

- (1) إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل إبرام العقد.
- (2) إخضاع الشروط الشكلية للزواج للقانون الوطني المشترك للزوجين، وهو قانون جنسيتهما إن اتحدا جنسية.
- (3) إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون الموطن المشترك للزوجين.
- (4) إخضاع الشروط الشكلية للزواج للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

ولقد ثار جدال فقهي حول المادة 20 من القانون المدني المصري، حسب رأي الفقيه عز الدين عبد الله أن المادة 20 لا تدخل في مجال الزواج لأنها جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى الأستاذ هشام على الصادق أن المادة 20 تنطبق على الزواج.<sup>4</sup>

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 238-247.

2- أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 238.

3- رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 27.

4- عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 223-222

ولقد طرح الجدل أيضا بالنسبة للمادة 19 من القانون المدني الجزائري التي جاءت ضمن الاحكام المتعلقة بال عقود، وحسب رأي الأستاذ - عليوش قريوع كمال، أن المادة 19 تتعلق بالعقود باستثناء عقد الزواج.<sup>1</sup> ويتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط محل الابرام (المادة 95 والمادة 97 الفقرة الأولى) وبضابط الجنسية المشتركة سواء الجنسية المشتركة بين الزوجين في المادة 96 أو الجنسية المشتركة بين أحد الزوجين والقنصل في المادة 97 الفقرة الثانية.<sup>2</sup> ولقد جاء التشريع التونسي بقاعدة إسناد صريحة تحكم شكل الزواج خلاف لبعض التشريعات الأخرى، حيث نصت في المادة 46 الفقرة الأولى من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي: "تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج" وبناء على هذا نستند إلى ضابطين أساسيين في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج.

**أولا: ضابط قانون بلد إبرام الزواج:** قد أكدت اتفاقية لاهاي المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته، المؤرخة في 14 مارس 1978 والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من أول ماي 1991 في مادتها الثانية، أن الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها، أي لقاعدة "LOCUS"<sup>(3)</sup> كما نصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية على ما يأتي:

"إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج."

حيث يلاحظ أن هذا النص لا يتعلق إلا بالزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائريا مما يجعل زواج الأجانب في الجزائر غير خاضع له. ولا يوجد في اعتقادنا ما يمنع من إعطاء هذا النص صفة مزدوجة مثل ما فعل القضاء الفرنسي مع نص المادة 170 من القانون المدني الذي هو

<sup>1</sup>- المرجع نفسه، ص 223

<sup>2</sup>- رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 28

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص 29

مماثل له، فيكون بذلك زواج الأجنبي الذي يتم انعقاده في الجزائر خاضعا من حيث شكله للقانون الجزائري.<sup>1</sup>

وكذلك نصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية على أنه: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين" تخص هذه المادة الجزائريين والأجانب. ما يدل على ذلك هو أن المشرع الجزائري استثنى المواطنين الجزائريين من أن يقيم أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج بالجزائر. في هذه الحالة ينعقد الزواج وفقا بشكل الذي يحدده القانون الجزائري.<sup>2</sup>

وخضوع الزواج في شكله لقانون بلد إبرامه هو الحل الذي أخذت به بصفة صريحة تشريعات الكثير من الدول العربية، نذكر منها القانون المصري والكويتي والتونسي واللبناني والسوري والعراقي، وأيضا يسود هذا الحل في الدول الأفريقية غينيا والسنغال وساحل العاج والطوقو، وكذلك أخذت به الدول الأوروبية كفرنسا، إيطاليا، اليونان، ألمانيا، النمسا، تشكوسلوفاكيا، ألبانيا، يوغسلافيا، بلغاريا، النمسا، تركيا، إنجلترا، واتبعته أمريكا أيضا.<sup>3</sup>

غير أن الدول تختلف فيما بينها في اعتبار هذه القاعدة اختيارية أو إلزامية، فبعض الدول مثل الولايات المتحدة، إنجلترا واليابان، تخضع الشروط الشكلية لقاعدة LOCUS على سبيل الإلزام، بحيث لا يجوز تطبيق قانون آخر عليها، سواء تم إبرامه في إقليمها أو في الخارج، ويمكن اعتبار القانون الفرنسي ضمن هذه المجموعة.<sup>4</sup>

وبعض الدول جعلت من هذه القاعدة، قاعدة اختيارية كالقانون المصري، والقانون السوري إلخ... وفي دول أخرى، أضفت على هذه القاعدة الطابع الإلزامي في حالة ما إذا أبرم عقد الزواج فوق إقليمها، أما إذا أبرم خارج الإقليم تكون القاعدة اختيارية، من بين هذه المجموعة

<sup>1</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 239

<sup>2</sup> - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 221.

<sup>3</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 240.

<sup>4</sup> - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 29.

الدولة الألمانية التي رسمت شكلا معيناً للزواج يتعين إتباعه من طرف مواطنيها والأجانب معا.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للقانون الجزائري فإن هذه القاعدة تعتبر إلزامية إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتركة. ففي هذه الحالة يمكنهما إبرام زواجهما وفق قانون جنسيتهما المشتركة. ويستخلص ذلك من نص المادة 19 من القانون المدني بقولها: "ويمكن أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين"، معنى ذلك أنه إذا لم يكن مشتركا فليس أمامهما إلا الشكل المحلي.<sup>2</sup>

**ثانيا: ضابط الجنسية المشتركة:** قد يخضع الزواج من حيث الشكل لقانون الجنسية المشتركة في حال اتحاد الزوجين في الجنسية سواء تعلق الأمر بالدول التي اعتبرت قاعدة خضوع الشكل لقانونه محل إبرامه اختيارية، أو الدول التي اعتبرت خضوع الشكل للقانون المحلي إلزامية، وذلك لان غالبية الدول تسمح لرعاياهم بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية.<sup>3</sup>

يحق للجزائريين المقيمين في البلاد الأجنبية الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقا للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم وذلك بالتوجه إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة، أو إبرام عقد زواجهم وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي لبلد الإبرام وذلك بالتوجه إلى الهيئات المحلية المختصة.<sup>4</sup>

وقد جعلت اتفاقية فيينا المنعقدة في 24 أبريل 1948 من صلاحية رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي في التصرف كضابط الحالة المدنية قاعدة حقيقية من القانون الدولي العام. كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1978 والمتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته قد اعترفت

<sup>1</sup> - بشرى زلاسي، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 242.

<sup>3</sup> - رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 32.

<sup>4</sup> - مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد-تلمسان، 2011-2012، ص 116.

لهم هي أيضا بصلاحيّة إبرام زواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين فيها شريطة أن هذه البلدان لا تمنعهم من ذلك.<sup>1</sup>

وأجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للقنصل عقد الزواج إذا كان الزوجان المستقبلان من دولة القنصل.<sup>2</sup> كما نصت عليه القوانين الداخلية مثل نص المادة 96 من قانون الحالة المدنية الجزائري: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرره الاعوان الدبلوماسية أو القنصل طبقا للقوانين الجزائرية"

ونصت المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري على حالة الزواج المختلط: "على أن يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وثم بين أمام الاعوان الدبلوماسية المشرفين على دائرة قنصلية أو قنصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية. غير أن إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم."

ونشير إلى أن هذا النص لم يتناول زواج الجزائرية بأجنبي مما يتيح لنا القول بأنهم غير مختصين في هذه الحالة، ولما أعطى المشرع الجزائري للأعوان الدبلوماسيين والقنصل الجزائريين صلاحية إبرام زواج الجزائريين في الخارج فقد اعترف بذلك بقاعدة من القانون الدولي العام وهي صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقنصل في عقد زواج رعايا دولهم في الجزائر شرط أن تكون أيضا دولهم تسمح لهم بذلك.<sup>3</sup>

1- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 244-245.

2- رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص 33.

3- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 246.

## خلاصة الفصل:

الحضانة في الزواج المختلط تعتبر موضوعا حساسا يحتاج إلى اهتمام من الطرفين المعنيين، حيث يجتمع أبناء ثقافتين أو ديانيتين أو جنسيتين مختلفتين في دولة واحدة، ويعتبر التحدي الرئيسي في الحضانة في الزواج المختلط هو كيفية توفير بيئة آمنة ومستقرة للأطفال، والزواج المختلط باعتباره من أهم مسائل الاحوال الشخصية فإنه يطرح إشكالات عديدة، وإن أكثر الاشكالات تعقيدا مشكل تتنازع القوانين لاشتماله على عنصر أجنبي، ولإقامة عقد زواج صحيح لابد من توافر الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، وكما اخص المشرع الجزائري الشروط الموضوعية بقاعدة إسناد خاصة وهو ما أدلى به في نص المادة 11 من القانون المدني، فنجده أخضعها للقانون الوطني لكل من الزوجين، أما بخصوص الشروط الشكلية فإنه أخضعها لقانون المكان الذي تم فيه العقد، وكما نجد أن المشرع الجزائري وضع قاعدة إسناد وحيدة لآثار الزواج المختلط من خلال نص المادة 12 من القانون المدني و التي نص فيها على إخضاع الآثار الشخصية والمالية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج.



## الفصل الثاني:

الاشكالات القانونية التي تواجه ممارسة  
الحضانة في الزواج المختلط وبعض الحلول  
المقترحة

## الفصل الثاني:

### الإشكالات القانونية التي تواجه ممارسة الحضانة في الزواج المختلط وبعض الحلول المقترحة

تعتبر الحضانة من آثار انحلال الزواج، وهي من المسائل المهمة في رعاية الطفل وتحقيق حمايته، وتثير هذه المسألة إشكالات متعددة في مجال تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، نتيجة اختلاف التشريعات حول القانون الواجب التطبيق،<sup>1</sup> كما تعتبر أيضا من أهم وأدق مسائل الأحوال الشخصية وأكثرها مساسا بالحقوق والواجبات الأسرية، باعتبارها تتصل بحقوق الطفل المحضون والأبوين معا،<sup>2</sup> وفي هذا الإطار سعت مختلف الدول إلى وضع قواعد لحل هذه المشكلة وهي مشكلة تنازع القوانين في الحضانة، إلا أن هذا لا يعني إيجاد حل لكل التعقيدات التي يثيرها موضوع الحضانة في القانون الدولي الخاص، سواء ما يرتبط بتطبيق ضابط الجنسية أو الإشكالات الناتجة عن إسناد الحضانة في الزواج المختلط، ولذلك فإن مسألة الحضانة تثير إشكالات عدة في مجال تنازع القوانين لاسيما حضانة الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط وذلك نتيجة لاختلاف التشريعات حول القانون الواجب التطبيق من جهة وإلى غياب قاعدة إسناد خاصة بها من جهة أخرى.<sup>3</sup>

إلا أن وضع قاعدة إسناد لا يعني الوصول إلى حل كل الإشكالات التي يثيرها موضوع الحضانة في تنازع القوانين، وذلك نظرا للصعوبات التي تعترض تطبيق هاته الأخيرة،<sup>4</sup> ولهذا حاولت الجزائر أن تبرم العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي تتعلق بمسائل الحضانة وتنفيذ الأحكام فيها، وقد يتجلى هذا الاهتمام أكثر بإبرام اتفاقيات ثنائية ومن

<sup>1</sup> خديجة حمادي، كمال مخلوف، إشكالية تنازع القوانين في الحضانة دراسة مقارنة، مجلة معارف، المجلد 17، العدد 02، جامعة البويرة، الجزائر، 2022، ص1.

<sup>2</sup> محمدي بوزينة أمينة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط-دراسة مقارنة-، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسينة بوعلي الشلف، الجزائر، 2019، ص 176.

<sup>3</sup> خديجة حمادي وكمال مخلوف، مرجع سابق، ص01.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص01.

أهمها التي أبرمتها الجزائر المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال وكذلك الاتفاقيات المتعددة الأطراف،<sup>1</sup> محاولة منهم وضع حلول لبعض المشاكل والمعضلات التي تعترض الزواج المختلط، خاصة بعد الانفصال والآثار التي تترتب عن هاته الأخيرة خاصة منها حضانة الأولاد، ولمن تثبت وكيف يتم تحديد أوقات الزيارة ومدتها.<sup>2</sup>

وقصد معالجة هذه الإشكالات قسمنا دراستنا إلى مبحثين، حيث خصصنا (المبحث الأول) للإشكالات القانونية الواردة التي تواجه الحضانة في زواج المختلط، وأما بخصوص (المبحث الثاني) فإننا خصصناه لطرح بعض الحلول المقترحة لإشكالات ممارسة الحضانة في الزواج المختلط.

## المبحث الأول:

### الإشكالات القانونية الواردة التي تواجه الحضانة في زواج المختلط

يعتبر انحلال الزواج المختلط من الجزائريين بالأجانب هو السبب المؤدي إلى طرح الإشكالات القانونية فيما يخص الحضانة ولكن عندما ينشأ النزاع وتقام الدعوى أمام القاضي الجزائري حول مسألة الحضانة وأثارها، فليس من المنطق تطبيق القانون الجزائري على الأجانب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية التي ينظمها قانون بلادهم، والتي غالبها ما يحيل عليها القانون المدني الجزائري وفقا لقاعدة الاسناد.<sup>3</sup>

وسنجيب على الإشكاليات التالية: إشكالية عدم ممارسة حق الزيارة في (المطلب الأول)، وإشكالية عدم تسليم الطفل المحضون في (المطلب الثاني) وإشكالية عدم تسديد النفقة للطفل المحضون في (المطلب الثالث).

<sup>1</sup> - طاهري أسية، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة الفكر، المجلد 4، العدد 02، جامعة الجزائر، الجزائر، ص139.

<sup>2</sup> - محمدي بوزينة أمانة، مرجع سابق، ص 176.

<sup>3</sup> - غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعرض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 09،

جامعة وهران محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2018، ص158.

## المطلب الأول:

### إشكالية عدم ممارسة حق الزيارة

لاحظنا في السنوات الأخيرة تزايد في هجرة الشباب نحو الدول الأوروبية وبالأخص فرنسا ومن بينهم الشباب الجزائري، وإنما نشهد أن هذه الحركة مستمرة إلى يومنا، ولهذا نلاحظ ظاهرة الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات، غير أن معظم هذه الروابط الزوجية ما تتسم بالاستمرار والاستقرار العائلي، فينصلان ويبقى مصير الأولاد معلقا بين أب مقيم في الجزائر يريد الإحتفاظ بأولاده، وأم فرنسية تود أن يبقوا بجانبها.

وتشتت العائلة بفعل الطلاق، يستدعي التوازن العائلي حيث يضمن بقاء الرابطة الأسرية والتربوية للطفل بوالديه بعد الطلاق عن طريق الزيارة التي تهدف إلى تمديد الروابط بين المحضون وزائره.<sup>1</sup>

وباعتبار أن ممارسة حق الزيارة من بين الإشكالات المهمة التي تثير موضوع الدراسة خاصة من الناحية الواقعية، فقد خصصنا هذا المطلب لدراسة هاته الإشكالية وذلك بتبيان كيفية تنظيم حق الزيارة في التشريع الداخلي والخارجي في الزواج المختلط، وما هي الإجراءات التي خصها المشرع للطرف الذي له حق الاتصال والزيارة.

<sup>1</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 73.

## الفرع الأول:

### كيفية تنظيم حق الزيارة في التشريع الداخلي.

إن المشرع الجزائري قد أسند الحضانة حسب الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة المعدل للأم إذ هي أولى بحضانة طفلها بعدها يلي الترتيب الوارد في نص المادة السابقة الذكر، وفي ذات السياق تنص المادة 64 على أن القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أنه يحكم بحق الزيارة<sup>1</sup> فالزيارة والحضانة جانبان متكاملان يهدفان إلى رعاية واحدة هي تحقيق مصلحة الطفل المادي والمعنوي، وباعتبار أن الزواج المختلط، يكتسيه جنسيتان مختلفتان فإن الحضانة وتوابعها من حق الزيارة تثير إشكاليات عديدة على الجانب العلمي والعملي، إذا إن إسناد الحضانة لمستحقيها يندرج ضمن الرغبة في المحافظة على علاقات هادئة ومنظمة بين الطفل والديه، هذه العلاقات لن تكتمل إلا بتمكين الولد الأخير من حق زيارة المحضون.<sup>2</sup> وذلك أن الزيارة يقصد بها الرؤية والمشاهدة والتبصر والنظر للولد وتعهده.<sup>3</sup>

وإن حق الزيارة يدور بين فكرة الحق والواجب، بحيث يعتبر حقا بالنسبة للطرف غير الحاضن والطفل المحضون على حد سواء، وهو حق ضمنته الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي باعتباره مقابلا للحق في الحضانة الذي يتمتع به أحد الأبوين أو غيرهما، وإن هذا يعتبر ليس حقا شخصيا فلا يعتبر رابطة بين دائن ومدين ولا يقدر بالمال وهو يندرج ضمن حقوق العائلة التي لا تنشأ عن تصرفات قانونية أو وقائع قانونية وكما هو بالنسبة للحقوق المالية بل تولد عن العلاقات بين أفراد الأسرة الواحدة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 64 قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " الأم هي أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الخالة، ثم العم، ثم الأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ..."

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، د س، ص، ص 296-297

<sup>3</sup> - محمد عليوى ناصر، الحضانة بين التشريعات والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 181.

<sup>4</sup> - علال ياسين، حق زيارة المحضون في ظل تفشي كوفيد 19، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 10، العدد 01، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2022، ص 690.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده نص على منح هذا الحق بالتوازي مع حق الحضانة.

### أولاً: تنظيم حق الزيارة وديا (اتفاقاً):

يعتبر عقد الزواج من العقود الرضائية<sup>1</sup> وعليه متى اتفق صاحب الزيارة مع الحاضن على تنظيم حق الزيارة بطريقة ودية مع مراعاة لمصلحة المحضون، فإنه لا يبقى سوى تنفيذ هذا الاتفاق وبالتأكيد أن هذا الأمر يتم تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة.<sup>2</sup>

وبالتالي فإن المشرع جعل لإرادة الزوجين دوراً أساسياً في تنظيم جميع الآثار التي تترتب عن إنهاء العلاقة الزوجية خاصة منها ما يتعلق بالاتفاق على مصلحة الإبناء المشتركين ومنها تنظيم حق الزيارة. وهنا يصبح دور القاضي هو دور كاشف عن إرادة الزوجين إذ بذلك تكون الحاضنة على دراية تامة بالوقت والمكان المحدد بالزيارة،<sup>3</sup> وكذلك إمكانية المبيت من عدمه. فمن شأن هذه الطريقة إذن أن تمنح المحضون جو أقرب إلى ما كان عليه ولو أن والديه منفصلين، فأحياناً مثل هذا التعايش بين والدي المحضون بالرغم من طلاقهما فتكون نتائجه إيجابية على نفسية المحضون،<sup>4</sup> وعليه فإن القاضي يتأكد من الاتفاق المنظم للزيارة الذي يجب أن يشمل جميع الجوانب المتعلقة بها منها مراعاة مصلحة الطفل المحضون.<sup>5</sup>

بخلاف المشرع المغربي الذي نظم ذلك من خلال مقتضيات المادة 181 من قانون أسرة المغربي الأصل في ذلك لأن الزيارة من المسائل الحساسة في موضوعات الطفل.<sup>6</sup> وعليه ان الطرفان أي الحاضنة ومن له حق الزيارة أن يلتقيا ويقومان بتحديد مكان وزمان الزيارة وتكون بالتراضي والمفاهمة، وذلك لتفادي الخلاف ولكن كما سبق الذكر لا بد أن يبلغوا المحكمة على هذا الاتفاق.

<sup>1</sup> - تنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين ..."

<sup>2</sup> - بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع، مجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مجلد 3، العدد 2، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2019، ص 287.

<sup>3</sup> - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص ص 273-274.

<sup>4</sup> - بوزيتونة لينة، المرجع السابق، ص 287.

<sup>5</sup> - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 274.

<sup>6</sup> - تنص المادة 181 من قانون الاسرة المغربي على مايلي: " مكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما، يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة"

هذا تضمنت المادة 184 من قانون الأسرة المغربي إقرار جزاءات ردية في حالة الإخلال بشروط الحضانة، أو القيام أحدهما بالتحايل على الآخر في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، كأن يقوم أحد الطرفين بتعديل ميعاد الزيارة أو مكانها المتفق عليها دون علم الطرف الآخر، فإذا ثبت سوء النية لأحدهما ستسقط عليه الحضانة.<sup>1</sup>

### ثانيا: تنظيم حق الزيارة قضائيا

يتم هذا الإجراء متى لم يتفق الحاضن وصاحب الزيارة في الأمور المتعلقة بحق الزيارة وديا أي بطريقة سلمية بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة،<sup>2</sup> ولذلك نجد أن كل طرف يسعى لجذب الطفل لنفسه والتأثير عليه لتغييره من الطرف الآخر وذلك بدافع التنكيل به والانتقام منه، وكما نجد أن عدم احترام زيارة المحضون قد يكون من جانب غير الحاضن عندما يعمد إلى الإضرار بالمحضون وذلك باعتياد سوء معاملته أو تعود إهماله أو الفرار به خاصة إذا كانت الزيارة تمارس بالاستصحاب، مانعا حاضنته من ممارسة حقه في رعايته وحفظه، بحيث يمتنع في حالات أخرى عن ممارسة حقه في رعايته وحفظه كما قد يمتنع في حالات أخرى عن ممارسة حقه في الزيارة مما يترك فراغا نفسيا هائلا عند المحضون وفي ذلك تأثير إلى حد كبير على استقراره العاطفي وتوازنه الاجتماعي،<sup>3</sup> وذلك مما يدفع قاضي شؤون الأسرة لتدخل وتنظيمها بنفسه وفقا لسلطته التقديرية التي تتم بناء على مراعاة مصلحة الطفل المحضون، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع حينما تناول مصطلح مصلحة المحضون فإنه لم يعرفه بل ترك أمر تقديرها لسلطة القضاء، فلا يوجد نص صريح يتناول كيفية تنظيم حق الزيارة وإنما توجد بعض القرارات للمحكمة العليا التي جرى العرف على إتباعها.<sup>4</sup>

هذا ولقد أعطى كل من المشرعين الجزائري وتونسي حق الزيارة لكلا الأبوين، ولكن بالمقابل لم يتعرض لكيفية الزيارة، ولم يضبطها بمكان أو زمان معين، سوى أنهم تركوا ترتيب هذا الحق للاجتهاد القضائي، على عكس المشرع المغربي الذي سمح بتدخل المحكمة في

<sup>1</sup> - تنص المادة 184 من قانون الاسرة المغربية على ما يلي: " تتخذ المحكمة ما تراه مناسبا من إجراءات، مما في ذلك

تعديل نظام الزيارة، وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة.

<sup>2</sup> - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 273.

<sup>3</sup> - بوزيتونة لينة، المرجع السابق، ص 287.

<sup>4</sup> - عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 273.

تنظيم شؤون الزيارة، في حال اختلاف وعدم اتفاق الآباء، فإن قاضي الأسرة له صلاحية تنظيم حق الزيارة على ما لديه من معطيات متصلة بين المحضون وحالة الطرف المعطى له حق الزيارة، ومقر اقامته المعتاد ومدى بعده عن مقر سكن الحاضنة، وإن استحقاق الأب للزيارة مرة كل أسبوع، وقد تختلف القرارات بالزيارة والاستصحاب من وضعية لأخرى، فمثال ذلك إن كان المحضون رضيعاً فإن وقت الزيارة يكون محدوداً أكثر من المدة الذي يكون فيها في سن متقدمة، وإن الزيارة تتم في سفر الحاضنة له دون استصحاب في ساعات محددة من النهار.<sup>1</sup> وفي نفس السياق نجد أن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1998 قد نصت في فقرتها الثانية والثالثة من المادة 06 على أنه: "كل حكم قضائي تصدره الجهة القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة الطفل، يمنح في نفس الوقت الوالد الآخر حق زيارة بما في ذلك بين الحدود، وإن كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، هنا يجب على القاضي أن يكيف طرف ممارسة هذا الحق وفقاً لمصلحة الطفل"

وإن يصح القول حسب زمن هذه المادة أن مسألة تنظيم حق الزيارة في العلاقات الدولية الخاصة، يكون وفقاً لمقرر المحكمة المختصة للفصل في النزاع.<sup>2</sup> وعليه نقول إن المشرع الجزائري لم يفرد نصوصاً خاصة لتنظيم مسألة حق زيارة المحضون في الزواج المختلط، سواء على المستوى الداخلي أو الاتفاقيات الثنائية، وإنما ترك مسألتها للقاضي المختص بالفصل في النزاع، وعلى الرغم من أهمية هذا الحق بالنسبة للطفل المحضون والأب غير الحاضن على حد سواء، غير أن هاته الجزئية لم يعطى لها القدر الكافي من الاهتمام.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص ص 86-87.

<sup>2</sup> - تنص المادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية على ما يلي: "يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية، الجهة القضائية التي توجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة هو ما ذهب إليه الفصل الرابع والعشرون من الاتفاقية المغربية الفرنسية فصل العاشر من الاتفاقية التونسية الفرنسية.

<sup>3</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 88.

## الفرع الثاني:

### نقل المحضون والسفر به عبر الحدود الدولية في العلاقات الدولية الخاصة

إن رعاية الصغير تعتبر حق لكل من الأبوين، وأن الموضوع كله يدور حول نقطة مركزية مهمة ألا وهي لابد من مراعاة مصلحة الطفل المحضون، فلأم حق حماية ابنها، وللاب حق رعايته وتأديبه، ولا بد من أن هذه الحقوق تصطدم عند السفر أو نقل المحضون إلى إقامة جديدة أو إقامة خارج البلد أصلاً، خاصة في حالة الانفصال وكان الأبوين من جنسيتين مختلفتين.

ولقد أجمع الفقهاء على أنه لا يحق للحاضن غير الأم أن تنتقل بالصغير حيث قال عند الحنفية إذا كانت الزوجية قائمة بين الزوجين، أو كانت الزوجة في العدة من الطلاق الرجعي فليس للزوجة الخروج بولدها، من مكان إقامتها إلى بلد آخر إلا بإذن الزوج، وإن انتهت فإن للزوجة الخروج بالمحضون إلى بلد قريب لأن البعد يقطع الأب عن ولده إن كان بإمكان الأب زيارة ولده والرجوع قبل الليل هنا فإنه يجوز الانتقال به، وإن المسافة تعتبر كأنها أماكن متفرقة في بلدة كبيرة،<sup>1</sup> أما إذا كانت الأم الحاضنة مطلقة منقضية العدة، وأرادت أن تخرج بولدها إلى بلدها الأصلي الذي تزوجها فيه أبو الولد فإنه يجوز لها أن تنتقل به إليه، لأن هذا الانتقال فيه مصلحتها من حيث أنها توجد سببين أهلها وذويها وتكون تحت رعايتهم ورقابتهم، وكذا مصلحة الصغير أيضاً، وذلك لوجوده مع أشفق الناس عليه، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها الحق في السفر إلا بإذن أبيه.<sup>2</sup>

وقال جمهور الفقهاء: إذا كان سفر أحد الأبوين لحاجة ثم يعود، فالمقيم أولى بحضانة الصغير من المسافر، لأن في السفر إضرار بالصغير فيكون تجنب هذا الإضرار ببقائه مع المقيم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 402.

<sup>2</sup>- خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 90.

<sup>3</sup>- محمد سمارة، المرجع السابق، ص 403.

هذا ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على مسألة السفر والانتقال بالمحضون داخل التراب الجزائري، سواء في حالة الإجازة أو المنع من السفر، فإنه اكتفى بإلحاق حق الزيارة حسب نص المادة 64 تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في معالجة حق الزيارة والمسائل المرتبطة بها، وإن المعيار الأساسي للسلطة التقديرية للقاضي هي مصلحة المحضون، ويعتبر معيار أساسي ومقياس رئيسي لأي حكم يصدره القاضي الجزائري في المسائل المتعلقة بالحضانة.

وهذا ما أكده أيضا القانون المغربي، أن مسألة السفر والانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني لا تخرج عن قاعدة السلطة التقديرية للقاضي ومعيار مصلحة المحضون سواء كان الأب والام أو من يقوم مقامها أو أي شخص من أصحاب حق الحضانة<sup>1</sup>.

كما يتضح بجواز السفر الحاضنة داخل المملكة إلا إذا تعارض هذا الحق مع مصلحة المحضون، حسب المادة 164 بقولها: "لا يؤثر سفر الوالي أو الحاضنة بالصغير إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير، ما لم يكن لهذا السفر تأثير على مصلحة الصغير، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير فإنه يمنع ويسلم للطرف الآخر"<sup>2</sup>

وبما أن المشرع المغربي أباح انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد آخر فإن هذا الانتقال يصعب أو يحول دون رعاية المصالح إن لم يراعي اجتهاد قضائي للأحوال المنصوصة عليها في المادة 169 من مدونة الأسرة المغربية في فقرة 01، أما بخصوص المشرع التونسي فقد نص في الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية تماشيا مع الفصل 60 من ذات القانون على نفس المبدأ، لكن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن يمارس فيه حضانة الصغير في المادة 69 من قانون أسرة جزائري<sup>3</sup>.

وبمفهوم المخالفة نجد أن المشرع الجزائري يريد من الحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون والذي يعتبر محل إقامة أبيه حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه وزيارته،

<sup>1</sup> سلوغة عبد الرحمان وفليغة نور الدين، أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية (دراسة مقارنة بين التشريعات المشرقية والمغربية)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 7، العدد 1، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2022، ص 265.

<sup>2</sup> محمد سمارة، المرجع السابق، ص 407.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 407.

واعتبره من مسقطات الحضانة للأم التي تقطن في الخارج،<sup>1</sup> لهذا تعتبر مسألة الانتقال بالمحزون من أهم المسائل التي تدور حول الحضانة.<sup>2</sup>

إن مسألة السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني هي مسألة حساسة جدا لدى مختلف التشريعات العربية لما توليه هذه الأخيرة من عناية كبيرة لمصلحة الطفل المحزون والتي يندرج ضمنها مبدأ تنشأت الطفل على دين أبيه للإسلام، خاصة إذا كان البلد الأجنبي المقصود هنا هو البلد الذي لا يدين الإسلام، بالإضافة إلى مسألة ارتباط مسألة السفر والانتقال بالمحزون مع حقوق أخرى وعلى رأسها حق الزيارة والإشراف على أمور المحزون وهذا ما دفعنا لتساؤل حول كيف عالج الفقه والمشرع أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني؟<sup>3</sup>

ونجد أن الفقه اختلف في حكم الانتقال بالمحزون إلى بلد أجنبي كآتي:  
**رأي المالكية:** لا يمكن للحاضنة أن تسافر بالمحزون إلى بلدة أخرى ليس فيها للمحزون أولية إلا بشرط أن يكون السفر للإقامة والاستيطان وأن تكون المسافة أقل من 6 برود.<sup>4</sup>

**أما الحنفية:** فهم فرقوا بين الحاضنة الأم وغير الأم فهم أقرروا أن غير الأم لا يجوز لها الانتقال به سواء إلا بإذن أبيه والا تسقط عنها الحضانة، أما بخصوص الأم فإنه إذا كانت تريد الخروج به سواء إلى بلدها أو البلد الذي وقع فيه النكاح أو بلد آخر. فلا يكون ذلك إلا برضى للأب حتى لا يخلفه ضرر.

كما فرقوا **الشافعية والحنابلة** بين السفر لحاجة أو لتجارة، فإنه يبقى بيد المقيم حتى يعود المسافر من سفره، لأن في السفر خطورة. وإذا كان السفر لتنتقل فالأب أولى بحضانة الصغير بشرط توفر الأمن في البلد المقصود. أما إذا لم يتوفر الأمن وجب إبقاءه عند أمه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 273526، الصادر بتاريخ 2001/12/26، مجلة قضائية، العدد 1، 2004، ص 264.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 13 590، مجلة قضائية، عدد 04، 1991، ص 117.

<sup>3</sup> - سلوغة عبد الرحمان وفليغة نور الدين، المرجع السابق، ص 268.

<sup>4</sup> - **عند المالكية:** ليس للحضانة السفر سعر نقله وانقطاع من بلد إلى بلد 6 برود (133 كلم)، خديجة حاج شريف،

المرجع السابق، ص 94. وكما يقول عبد الرحمان الجريري والبريد: أربع فراسخ، والفرسخ 3 أميال: فالمجموع 72 ميلا

وقدر الميل بأربعة آلاف ذراع: لذراع الانسان المعتدل. خديجة حاج شريف، ص 94.

<sup>5</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 94.

أما فيما يخص أحكام السفر بالمحضون قانونا فإن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية عالج مسألة سفر المحضون وانتقاله إلى الخارج على أساس مدى تأثير السفر على مصلحة هذا الأخير، وكما جعل هذه المسألة من أسباب سقوط الحضانة والتنازل الضمني عنها.

فبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 69 على ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون " حيث نجد أن المشرع الجزائري أورد مصطلح البلد الأجنبي في حالة رغبة صاحب الحق في الحضانة الاستيطان فيه فذلك يفقده حق الحضانة ويسقطها عنه، وهذا المنع من السفر إلى بلد أجنبي بالمحضون إن كان هذا السفر والانتقال إلى بلد أجنبي فيه اضرار لمصلحة المحضون.<sup>1</sup>

كما قد ورد في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر في 19/02/1990 ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا لشرع والقانون يستوجب نقض القرار المطعون فيه".<sup>2</sup>

وكذلك يأتي قرار آخر من نفس الصدد من المحكمة العليا تحت رقم 273526 بتاريخ 2021/12/26 ليقتضي بسقوط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد وإقامة الولد في الجزائر، وقد أسس قضاة المحكمة العليا قرارهم على قضاة الموضوع ولقد أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة ومراد ذلك أي مسألة تخص المحضون من سفر وغيره، وجب ردها إلى أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة الجزائري.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أنظر المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - سلوغة عبد الرحمان وفليغة نور الدين، المرجع السابق، ص 273.

<sup>3</sup> - المجلة القضائية، الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية، عدد 01، سنة 2004، ص 246.

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية فإننا نجد تحليل لعبارة البلد الأجنبي بصورة ضمنية وغير مباشرة من قرار المجلس الاعلى الذي قضى بأنه " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة"<sup>1</sup> طبقا للمادة 64 من قانون أسرة جزائري شرط إقامتها في الجزائر، لأن الأم الأجنبية غير المسلمة غالبا ما تسعى للعودة إلى بلدها الأمر الذي يؤدي إلى تنشئة المحضون على غير الدين الإسلامي، كما يرجع اقرار هذا المبدأ إلى اعتبارات أخرى تمكن الأب من ممارسة حقه في الزيارة والرقابة وتربية ابنه وبالتالي بعد المسافة يؤدي إلى سقوط الحضانة عن الأم.<sup>2</sup> وفي قرار آخر المجلس الاعلى الذي يمنع الحضانة للأب دون الأم المقيمة بالخارج يؤكد الصلة الوثيقة بين المادة 62 وكذا المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري، اللتان تؤكدان وتضمنان شرط تربية الابن على دين أبيه.<sup>3</sup>

## المطلب الثاني:

### إشكالية عدم تسليم الطفل المحضون

إن عرقلة مشاهدة الطفل المحضون لها إضرار بالصغير وهي مشكلة خطيرة ما لم تكن لها أسبابها المقنعة، وقد تطرقت بعض القوانين إلى وضع عقوبات تأديبية على الحاضن المعرقل للمشاهدة تعمدًا ، لأنها تعتبر جريمة جنائية تحدث عند رفض والدة أو والد الطفل بتسليمه للشخص الذي تم تكليفه بالحضانة بعد الانفصال، فالضرورة ملزمة إلى وضع نص قانوني يقضي بعقوبة الحاضن المعرقل للمشاهدة كإندار، لأنه يعتبر إنتهاكا لحقوق الطفل ويجب على الوالدين تسليم الطفل إلى من له حق حضانته، ثم يسحب الحضانة منه مؤقتا لو تكررت منه<sup>4</sup> وإنها تعتبر جريمة يعاقب عليها القانون و إن المشرع لم يعرفها في نص صريح، بل اكتفى بالنص على العقوبة المقررة لمخالفة أحكامها، وحسب ما جاء في نص المادة **328**

<sup>1</sup> - قرار المجلس الاعلى، ملف رقم 52202، قرار بتاريخ 2 / 01 / 1989، مجلة قضائية، عدد04، 1990

<sup>2</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 96.

<sup>3</sup> - مجلس الاعلى، غرفة أحوال شخصية، ملف رقم 52207، قرار مؤرخ في 02-01-1989، مجلة قضائية، عدد

04، 1990.

<sup>4</sup> - محمد عليوى ناصر، المرجع السابق، ص 173.

من قانون العقوبات على أنه تتم معاقبة من لم يتم يتسليم قاصر قضي في شأن حضانته.<sup>1</sup> وإنه يكاد يتطابق مع الفصل 477 من القانون الجنائي المغربي<sup>2</sup> وإن المشرع العقابي التونسي أسس قانونا مكونا من مادة واحدة وهي 186 من قانون العقوبات التونسي جرمت فيها هذا الفعل.<sup>3</sup>

من خلال ما سبق فإننا قسمنا هذا المطالب إلى فرعين لدراسة هذه الجريمة باعتبارها إشكالية تمس موضوع دراستنا، حيث بينا في (الفرع الأول) الركن المادي لجريمة عدم تسليم الطفل المحضون و(الفرع الثاني) خصصناه للركن المعنوي من هذه الجريمة.

## الفرع الأول:

### الركن المادي لجريمة عدم تسليم الطفل

ويقصد بالركن المادي الأفعال المادية التي تكون ماديات الجريمة والتي تتطابق مع نص التجريم، ويتكون هذا الأخير من عناصر ثلاث هي: السلوك الإجرامي، والنتيجة التي تحقق والعلاقة السببية التي تربط بين السلوك والنتيجة، وينصب الركن المادي لجريمة عدم تسليم طفل قاصر محكوم بحضانته على فعل التسليم، فهذه الجريمة تعتمد على نشاط سلبي من الجاني الذي صدر ضده الحكم، وهو الامتناع عن تسليم القاصر امتثالا لما جاء في الحكم القضائي، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد نص في المادة 327 من قانون العقوبات على هذه الجريمة وحددت العقوبة المقررة لها.

وإن كان الامتناع يشكل الركن المادي للجريمة إلا أن نص المادة 328 من نفس القانون السابق الذكر حددت لنا بعض الشروط التي لا بد من توافرها، تتعلق أساسا بصفة الجاني والمجني عليه وكذا الحكم القضائي المتعلق بالحضانة، والمتمثلة فيما يلي:

<sup>1</sup> - علال ياسين، المرجع السابق، ص 690.

<sup>2</sup> - القانون الجنائي المغربي الظهير الشريف رقم 1-59-413 الصادر بتاريخ 26 جمادى الثاني 1382 الموافق لـ 20 نوفمبر 1962، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، جريدة رسمية، عدد 2640 مكرر بتاريخ 1963/06/05.

<sup>3</sup> - حميدو زكية، المرجع السابق، ص 117.

### أولاً: صفة الجاني في جريمة الامتناع من تسليم المحضون:

جاءت نص المادة 328<sup>1</sup> من قانون العقوبات الجزائري وأكدت على صفة الجناة في جريمة الامتناع عن تسليم القاصر إلى حاضنه وهم: الأب والأم أو أي شخص آخر وذلك إذا كانت صفة الجاني واضحة لا تستدعي أي شرح بالنسبة للأب والأم فهما الأصلان الشرعيان المباشرين للطفل فإن عبارة "أو أي شخص آخر" تجعلنا نتوقف عندها لمعرفة من هم الأشخاص الآخريين الذين تطالبهم نص المادة 328 من قانون العقوبات وإن الإجابة على هذا السؤال نجدها بالرجوع إلى نص المادة 327 من ضمنه، فنجد أن نص المادة جاء عاماً، فأى شخص يقوم برعاية الطفل كمربيته أو معلمته أو مرضعته، لا يقوم بتسليم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به يكون مقترفاً لجريمة عدم التسليم، هذا ونجد في المادة أنها لم تشترط صدور حكم يقضي بالتسليم.<sup>2</sup>

### ثانياً: صفة المجني عليه (الولي غير الحاضن)

إن المجني عليه في جريمة الامتناع عن تسليم المحضون هو الولي غير الحاضن فإذا كانت الأم هي الحاضنة، ومنح الأب حق زيارة ابنه، ومنعته الأم من ممارسة هذا الحق، كان الأب هو المجني عليه، أما بالنسبة للمحضون فهو محل الجريمة، وفي الوقت الذي استعمل المشرع الجزائري والمغربي لفظ "القاصر" عن الشخص محل التسليم، استعمل المشرع التونسي لفظ "المحضون" لذا وجب التمييز بين مصطلح الطفل المحضون ومصطلح الطفل القاصر وإن الأصل كما يتبين ذلك من القانون المدني أن القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد المحدد في الفقرة الثانية من المادة 40 بـ 19 سنة كاملة، وإن الأمر يتعلق بالحضانة فالرجوع لقانون الأسرة يكون تحديد مفهوم القاصر إلى انقضاء مدة الحضانة<sup>3</sup> وبالرجوع إلى المادة 65 من

<sup>1</sup> - تنص المادة 328 من قانون العقوبات على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة بغرامة مالية من 500 إلى 5.000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بجكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزداد العقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أسقطت لا لسلطة الأبوية عن الجاني "

<sup>2</sup> - حسينة شرور، جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، بدون سنة، ص 24.

<sup>3</sup> - لشهب أنيسة، أحكام زيارة المحضون وتطبيقاتها القضائية-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص أحوال شخصية، جامعة البليدة 02 علي لونيبي، الجزائر، 2019/2018، ص 228.

قانون الأسرة نجد أن مدة الحضانة تنقضي بالنسبة للذكور ببلوغ سن 10 سنوات وللقاضي أن يمددها إلى سن 16 سنة كحد أقصى، وبالنسبة للإناث ببلوغ سن الزواج، ومن هنا يمكننا القول أن المشرع التونسي وفق في اختيار لفظ "المحضون" في متن النص ذلك أنه ينسجم مع سياق النص أكثر من لفظ "القاصر".<sup>1</sup>

### ثالثاً: صدور حكم قضائي بالحضانة:

يشترط في الحكم القضائي القاضي بالحضانة أن يكون نافذاً، سواء كان الحكم نهائياً أو مؤقتاً، كما هو الشأن في الأوامر القضائية المشمولة بالنقاد المعجل، ومن ذلك نجد أن المحكمة العليا قضت بعدم قيام جريمة الامتناع عن تسليم الطفل، لكون الحكم القضائي بإسناد حضانة الولدين لأمهات غير مشمول بالنقاد المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف وإن الطعن بالنقض لا يبرر رفض الزوج تسليم الطفل لمن قررت له الحضانة، إذ ليس للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أثر موقف، وهو ما يستكشف من نص المادة 238 قانون الإجراءات المدنية.<sup>2</sup>

أما القضاء المصري فجاء موقفه مغايراً لهذا الطرح في إحدى قراراته، وهو قرار محكمة النقض المصرية بقولها: "إذا كان الحكم المطعون ضده قد أداها المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها، تطبيقاً منه للفقرة الأولى من المادة 292 من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضوح عباراتها في كونها مقصورة على حالة صدور القرار من القضاء، بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الانحراف منها بطريق التفسير والتأويل إلى شمول حالة الرؤية، فإن الحكم يكون خطأ في تطبيق القانون وفي تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 65 من قانون الأسرة على ما يلي: "تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، وللأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا بتاريخ 16 جوان 1996، ملف رقم 132607، غير منشور، مشار إليه في أحسن بوسقية، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 179.

<sup>3</sup> - قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 151 لسنة 42 قضائية، بتاريخ 24 مارس 1972، نقلا عن شرون حسينة، ص 320.

ففي الوقت الذي أخذ القضاء المصري بحرفية النص، نجد القضاء الجزائري يساوي بين حق الحضانة وحق الزيارة حيث دعت المحكمة العليا في احدى قراراتها إلى أن الأب الحاضر الذي لم يمكن الأم من حق زيارة أبنائها يكون مرتكبا لجريمة عدم تسليم المحضون، حيث جاء في قرار صادر عنها ما يلي: " إعطاء المتهم مهلة لتمكين الوالدة من زيارة أبنائها ومجيئها إلى منزله وامتناعه بعد ذلك عن تلبية رغبتها فإن في هذه الأفعال ما يدل على توافر عنصر الامتناع عن تسليم الأولاد".<sup>1</sup>

ويستدل أيضا على شمول الحضانة حق الزيارة ما جاء في الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 21-06-1988 المتعلقة بأطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائري والفرنسيين ومن خلال الشروط الواجب توافرها لقيام الركن المادي لجريمة عدم تسليم الطفل يظهر أن هذه الجريمة شبيهة بالبنيان القانوني لجريمة خيانة الأمانة.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني:

#### الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم الطفل لحاضنه

جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه جريمة عمدية، ويتحقق ركنها المعنوي بقصد جنائي عام، ويتحقق القصد الجنائي بعلم الجاني، الأب أو الأم أو أي شخص ممن لهم الحق في الحضانة، بأن الطفل موجود لديه وكذا علمه بصدور حكم قضائي نافذ يقضى بإسناد الحضانة إلى شخص آخر، حيث تتصرف إرادة الجاني الممتنع عن تسليم الطفل إلى عصيان الحكم الذي قضى بإسناده إلى شخص غيره، مع علمه بصدور هذا القرار وأن الطفل موجود تحت رعايته، ومع ذلك امتنع عن التسليم لأنه كان يظن أن الحكم بالحضانة لم يصبح نهائيا لعدم تبليغه به مثلا، فينتفي القصد الجنائي بذلك لعدم اكتمال العلم، وإضافة إلى العنصر العلم يتوجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل عدم التسليم حقيقة فإن كان الطفل مفقودا عند حلول وقت التسليم فإن الجريمة لا تقوم لاستحالة التسليم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 54930، الصادر بتاريخ 14/32/1989، المجلة القضائية، 1995، العدد 2، ص 181.

<sup>2</sup> - لشهب آنسة، المرجع السابق، ص 230.

<sup>3</sup> - حسينة شرون، المرجع السابق، ص 221.

غير أن القضاء الفرنسي استقر على اعتبار أن الملمزم بالتسليم يعتبر مدينا ويستحق العقاب، وكما هو واضح في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري فإن جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى من حكم له بالحضانة تعتبر جنحة، وأقر المشرع عقوبتها ولكن تم التعديل فيها، وذلك برفع الغرامة باعتبار أن المبلغ أصبح لا يتلاءم وظروف الحال ولا تعتبر جزاء رادعا للفاعل، وحسن ما فعل المشرع.

كذلك نجد أن هناك الكثير من الدول اتفقت مع المشرع الجزائري في نص المادة 328، فنجد أن قانون العقوبات التونسي والمغربي والعراقي نصو على ما جاءت به صراحة المادة السابقة، أما بخصوص الليبي فإنه اختلف فقط في الغرامة، واليمني كذلك قلل في شدة الحبس وقدرها في مدة لا تتجاوز عن 3 أشهر وبخصوص الإماراتي فإنه لم يحدد الحبس ولا الغرامة.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث:

#### إشكالية عدم تسديد نفقة الطفل المحضون

يعتبر المال وسيلة وزينة للحياة ليس إلا، فقد أمر الإسلام بإنفاقه على الصغير بحاجه إلى الاتفاق، وأمر الإسلام بإنفاق هذا المال على الزوجة والأقارب،<sup>2</sup> وفي دراستنا لموضوع الحضانة فإننا نجد من إشكالاتها النفقة الخاصة بالطفل المحضون، فنفقة المحضون إذا على قدر كبير من الأهمية، إلا أن الملاحظ فيها أن المشرع لم يفصل في أحكامها، بل اكتفى بقواعد عامة لتنظيمها، وترك غالب أمرها لاجتهاد القضاة وتقديرهم، وإن مرجعهم في ذلك لا ينحصر لما جاء في الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة فحسب، وإنما يمد كذلك إلى ما هو متعارف عليه ومعتاد اتباعه في المجتمع الجزائري.<sup>3</sup>

وبناء على ذلك، فإننا نحاول تسليط الضوء على فرعين لدراسة هذه الإشكالية حيث تناولنا في (الفرع الأول) إشكالية عدم تسديد النفقة و(الفرع الثاني) إشكالية عدم تسديد أجرة الحضانة.

<sup>1</sup> - لشهب أنسة، المرجع سابق، ص ص 239-240.

<sup>2</sup> - محمد سمارة، المرجع سابق، ص 215.

<sup>3</sup> - نور الهدى بولميش، مدى اعتبار العرف في التقدير القضائي للمحضون، مجلة التراث، المجلد 09، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، الجزائر، 2019، ص 269.

## الفرع الأول:

### إشكالية عدم تسديد النفقة

يقصد بنفقة الطفل المحضون وهي الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل المحضون من ملابس ومأكل ومصاريف علاج... إلخ،<sup>1</sup> وكذلك لأجل إسعافه ولذلك نجد أن المشرع الجزائري يكفل بحمايته من خلال أحكام المادتين 72 و 75 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المعدل بموجب الأمر 02/05، وكما بادر باعتماده القانون رقم 15/01 المتضمن إنشاء صندوق النفقة محاولا للحاق بالتجارب العربية المقارنة.<sup>2</sup>

وإن المادة 78 من قانون أسرة جزائري التي عرفت النفقة بمشتملاتها حيث جاء فيها بقولها: "وتشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والمسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وعليه يفهم من نص المادة السابقة الذكر أن نفقة المحضون هي كل ما يحتاجه لحفظ صحته وإنماء جسده من غذاء يقيم بدنه وكسوة سائرة وعلاج في مرض ومسكن يؤويه.<sup>3</sup> ومن هنا يمكن لنا تسليط الضوء على الأشخاص الملزمين بالنفقة وفقا لأحكام التشريع الجزائري كما قرر ذلك في قانون الأسرة في المواد 75. 76. 77 منه الأشخاص الواقع عليهم الالتزام بالاتفاق على المحضون متى لم يكن للأخير مال يكفيه للاستغناء عن نفقتهم<sup>4</sup> وإن هؤلاء الأشخاص نبيئهم وفق ترتيبهم القانوني تباعا لذلك:

<sup>1</sup> - وفاء معتوق وحزمة فراش، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، الطبعة 01، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000، ص ص 229-230.

<sup>2</sup> - شامي أحمد، نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام الأمر 02-05 والقانون 01-15، مجلة المعيار، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2017، ص 58.

<sup>3</sup> - تنص المادة 78 قانون الأسرة على: "تشتمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والمسكن أ أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

<sup>4</sup> - نور الهدى بولمش، المرجع السابق، ص 274.

**الأب:** نصت على ذلك المادة 75 من قانون أسرة على أنه "تجب نفقة الولد على الأب إن لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتسمر في حالة ما ماذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".<sup>1</sup> من خلال نص المادة السابقة الذكر نستنتج منها أن الأب هو أول من يسأل عن النفقة إذا كان له مال، فيلزم بنفقته وتوفير المسكن له بقدر يسره وبما يكفل له العيش اللائق، وإن القاضي في تقديره للنفقة يستند إلى معيار مدى يسر المنفق وقدرته على الإنفاق في مقابل إعساره وعجزه عن الكسب، وأنه لا يوجد من المقدار النفقة كحد أقصى وحد أدنى، وللقاضي كافة الصلاحيات في تقدير النفقة.<sup>2</sup>

وإن القول بأن الأب مجبر على الإنفاق على ولده المحضون يستلزم بالضرورة أن مخالفته لذلك يعرضه للمتابعة القانونية والعقاب، وهذا ما نجده في أحكام قانون العقوبات الجزائري<sup>3</sup> بحيث قررت المادة 331 منه أن امتناع الملمزم بالنفقة حسب حكم قضائي، عن أدائها لمدة تتجاوز الشهرين يجعله مرتكب لجريمة يعاقب عليها القانون بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50,000 إلى 300,000 دج وهي تعبر صورة من صور جرائم الإهمال العائلي.<sup>4</sup>

فهنا يحدد القاضي مبلغاً شهرياً حسب قدرة المنفق، فوجد إذا كانت للأب بنت مريضة فنفقته لن تكون مثل نفقة الأب صاحب الدخل الضعيف والبسيط على الطفل السليم الذي لا يعاني من أسقام، لأن المريض يحتاج إلى مصاريف إضافية للعلاج، فهنا على القاضي أن يرفع

<sup>1</sup> - تنص المادة 75 من قانون الأسرة على ما يلي: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فالنسبة للذكر إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

<sup>2</sup> - حسيني عزيزة، **مصلحة الطفل**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2014، ص ص 148-149.

<sup>3</sup> - أنظر الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، ص 702.

<sup>4</sup> - قرار المحكمة العليا بتاريخ 18-05-2005، ملف رقم 335844، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، عدد 65، 2010، ص 315.

مقدار النفقة مستندا لهذه الأسباب لهذا فإن تقدير النفقة للاضطلاع القاضي على الوضعية المادية والاجتماعية للمنفق وذلك بأن يراعى فيه المرتب الشهري للمدين بالنفقة.<sup>1</sup> وعلى القاضي أن يراجع تقديره للنفقة إذا ظهرت أسباب كافية للمراجعة، إذ من أسباب مراجعة النفقة تحسن الظروف المادية للمدين، بعد أن صدر عليه الحكم بالنفقة في ظروف كان فيها أقل دخلا أو حالة للإعسار، وكل ما من شأنه أن يدر عليه بعائد مالي وتحسن وضعيته المالية عما كان عليه في السابق،<sup>2</sup> والمراجعة لا تكون بالزيادة فقط بل تكون بالانقاص أو الإعفاء فالوضع مرهون بكلتا الحالتين إعسار أو يسار، طبقا لما جاءت به المادة 79 من قانون أسرة الجزائري وذلك بعد مضي سنة.<sup>3</sup>

ولهذا فالإنفاق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من مأكّل ومشرب وعلاج بل حقه في الإيواء كذلك يدخل في النفقة حتى يبعد عن التسول والتشرد لحفظ كرامته وسلامته، وإن قول الله تعالى في مصطلح السكن <وَلْيَسْكُنْكُمْ الْأَرْضَ مِنْ بَعْدِهِمْ><sup>4</sup> كذلك قوله: << وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا >><sup>5</sup>

هذا ونجد أن المشرع المغربي كذلك قد خصص المادة 168 من قانون الأسرة لذلك فاحتوت 4 فقرات عكست رغبة المشرع في تقدير سكن المحضون مستقلا عن النفقة، بخلاف المشرع التونسي في الفصل 32 من ق. أحوال شخصية تونسي، أما بخصوص المشرع الجزائري فنجد نص في المواد من 57 مكرر و 72 و 75 و 78 من الأمر 02/05 الذي اعتبر سكن المحضون تارة من مشتملات النفقة وتارة أخرى ليس من مشتملاتها.<sup>6</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة سكنى المحضون أو بدل الإيجار تعد موطن تناقض في قرارات المحكمة العليا، إذ اعتبرت هذا الحق أحيانا حقا للحاضنة لممارسة الحضانة ولا يدخل

<sup>1</sup> - قرار محكمة ابتدائية، رقم الملف 21823، بتاريخ 15-12-1980، نشرة قضائية عدد 02، 1981، ص 105.

<sup>2</sup> - قرار محكمة ابتدائية، ملف رقم 44507، قرار بتاريخ 23 / 02 / 1987، مجلة قانونية، عدد 02، 1991، ص 47.

<sup>3</sup> - المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري، لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.

<sup>4</sup> - سورة ابراهيم، الآية 14.

<sup>5</sup> - سورة الروم، الآية 21.

<sup>6</sup> - حميدو زكية، المرجع السابق، ص ص 118-119.

ضمن مشتملاتها نفقة المحضون، وفي أحيان ان أخرى ذهبت إلى اعتباره مستحقا كأحد مشتملات نفقة للأولاد الحضونين ولا علاقة له بالحضانة.<sup>1</sup>

**الأم:** عند اجماع الإعسار والحجر من الكسب في الأب، فإن الالتزام بالنفقة على المحضون ينتقل إلى الأم باعتبارها تلي الأب مرتبة في رعاية شؤون المحضون المالية، وهذا ما نصت به المادة 76 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك"<sup>2</sup> وإن المستقر لنص المادة السابقة يجدها كلفة الأم بالنفقة على الأولاد. وأخذت بما قال به الفقهاء أي لم تكتف باشتراط عجز الأب عن ذلك بأن يكون فقيرا عاجز عن الكسب بل تشترط كذلك قدرة الأم على الإنفاق بأن تكون موسرة بمالها، وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا، كذلك يطبق الحكم نفسه على الحالة التي يكون فيه الأب غائبا ولم يكن استيفاء النفقة من ماله الحاضر أو الغائب.<sup>3</sup>

وبخصوص مسألة رجوع الأم بما أنفقت على المحضون على الأب المعسر بعد أن أوسر، فقد قال الجمهور بأن لا حق لها في ذلك، بينما اتجه جانب آخر من الفقة إلى القول بأن نفقتها تلك تعد دينا على الأب ولها أن ترجع عليها بما فتستوفيها.<sup>4</sup>

**أصول المحضون** وهو ما ذكر في نص المادة 77 فنجدها تنص على أنه: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الارث" فتكون نفقة الفروع الحضونين واجبة على أصولهم من غير الأب والأم بتوافر شروط النفقة السابق بيانها، إضافة إلى عدم قدرة كل من الأب والأم على الإنفاق، لهذا يقاس التكليف الوارد في المادة 77 لدرجة القرابة في الإرث إلى المحضون، أي أن المعنى الأول بالإنفاق هنا يكون للأب وإن علا ثم غيره ممن يليه مرتبة،<sup>5</sup> فهنا نجد المشرع وافق على رأي الفقهاء على قول بوجوب

<sup>1</sup> - محكمة عليا، قرار بتاريخ 14-01-2009، ملف رقم 474255، الاجتهاد القضائي، غرفة أحوال شخصية، مجلة محكمة العليا، عدد 02، 2009، ص 292

<sup>2</sup> - تنص المادة 76 من ق الأسرة الجزائري على ما يلي: "في حال عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم، إذا كانت قادرة على ذلك".

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا بتاريخ 09-05-2007، رقم الملف 390381، الإجتهد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد 2، 2008، ص 295.

<sup>4</sup> - نور الهدى بولمش، المرجع السابق، ص 275.

<sup>5</sup> - تنص المادة 77 من ق الأسرة الجزائري على ما يلي: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

نفقة الأولاد الابن وإن نزلوا على الأجداد، مخالفاً بذلك رأي الإمام مالك الذي لا يرى وجوبها على الجد.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني:

### إشكالية عدم تسديد أجره الحضانة

يقوم الحاضن برعاية وصيانة شؤون المحضون خلال فترة الحضانة، الأمر الذي جعل الشرع والقانون يحقان لها أجره تسمى أجره الحضانة، وتختلف عن نفقة المحضون وهي تسلم للحاضنة عوضاً عن خدمتها إذا طالبت بها، وذلك طبقاً لما جاء في نص المادة 167 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "أجره الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون، وهي غير أجره الرضاعة والنفقة"<sup>2</sup>

وإن المشرع الجزائري وبخلاف المشرعين التونسي والمغربي لم يعالج مسألة أجره الحضانة وكذلك الحال بالنسبة للقضاء الذي لم يأخذ بها وسكوتهم عن هذه المسألة فتح المجال للمادة 222 من قانون أسرة التي تحيلنا للشريعة الإسلامية لسد هذه الثغرة وهذا يعتبر نقص في القانون وذلك يؤدي إلى عدم حماية الحقوق المالية للأطفال والاباء، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي ليس للحاضنة أجره على الحضانة، وذلك متجلي في رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية، سواء كانت الحاضنة أما أو غير أم، لأن الأم تستحق النفقة إذا كانت زوجة وغير الأم نفقتها على غيرها وهو الأب، وبخلاف الحنفية بأدلالهم أن الأم تستحق الحاضنة أجره الحضانة إذ كانت زوجة أو معتدة لأب المحضون أثناء العدة.<sup>3</sup>

وإن المشرع المغربي أخذ بالحل الثاني حسب عبارة المادة 167 من مدونة الأسرة معتمداً في ذلك على المذهب الحنفي، أما المشرع التونسي فقد سار حسب محكمة التعقيب في 13 جانفي 1987، فالحاضنة سواء كانت أما أو غيرها لا تأخذ أجره إلا على الطبخ وغسل الثياب وذلك بحسب العرف لقولها كما يلي: "اقتضى القانون أن الحاضنة لا تستحق أجره على

<sup>1</sup> - محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص 214.

<sup>2</sup> - تنص المادة 167 مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "أجره الحضانة ومصاريفها، على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجره الرضاعة والنفقة، لا تستحق الأم أجره الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي".

<sup>3</sup> - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 219.

حضانتها، وإنما الأجر يستحق عن القيام شؤون المحضون من طبخ وغسيل ثياب ونحو ذلك".<sup>1</sup> وكان من المستحسن للمشرع الجزائري أن يحسم الأمر في أجرة الحضانة حتى نتفادى هذا الاختلاف، كما هو الحال بالنسبة لتشريعات العربية الأخرى كالمشرع المغربي حسم أمر أجرة الحضانة في المادة 167 والمشرع التونسي في المادة 65.<sup>2</sup> أي أنه لم يأخذ لا بالرأي المالكي ولا الحنفي كما هو موضح في القرار التعقيبي السابق وليس هناك من الناحية القانونية ما يمنع القيام بها على سبيل التبرع.<sup>3</sup> ونجد كذلك أن أجرة الرضاع مثلها مثل أجرة الحضانة لم يتكلم عنها المشرع الجزائري عل غرار التشريعات الأخرى و غالبا ما كان ينص عليها قبل التعديل بصورة وجيزة في المادة 39 قبل إلغائها "يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم" كما أن القرار المنشور للمحكمة العليا لم تعترض لها،<sup>4</sup> كذلك اكتفت بالإشارة الى مدة الرضاعة في قرار لها الصادر في 23 04 1991، حيث جاء فيه " أن من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، و من ثم فإن النعى على القرار المطعون فيه لانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه"<sup>5</sup> و الثابت هو أنه أمام هذا الفراغ التشريعي لابد دائما للرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، و ذلك الاتفاق الفقهاء على أن الام تستحق الاجرة لان علاقة الزوجية قد انقطعت بينها و بين والد الطفل فأصبحت أجنبية عنه<sup>6</sup> لقوله تعالى >> وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمَّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمُ فَسَترُضِعْ لَهُ أُخْرَى<<<sup>7</sup>

<sup>1</sup> - حميدو زكية، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> - بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت

القانون، مجلد السادس، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2019، ص 47

<sup>3</sup> - جمال الديب، نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة أفاق علمية، المجلد

11، العدد 18، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2018، ص 22.

<sup>4</sup> - بن كعبة عمارية، المرجع السابق، ص ص 47 48.

<sup>5</sup> - قرار المحكمة العليا، غرفة احوال شخصية، 1991/04/20، ملف رقم 71727، مجلة قضائية، 1993، العدد 02،

ص 47.

<sup>6</sup> - بن كعبة عمارية، المرجع السابق، ص 48.

<sup>7</sup> - سورة الطلاق، الآية 6.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه ونظرا للمشاكل المتعلقة بعدم دفع النفقة. وما ينجر عنها من كثرة القضايا المرفوعة أمام المحاكم بسبب ذلك سارعت الدولة الجزائرية إلى إنشاء صندوق النفقة للمطلقات وأولادهن طبقا للقانون 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ ل 04 يناير -جانفي-2015، وهو آلية جديدة لدفع النفقة لأصحابها وهو إنشاء صندوق النفقة للمطلقات وأولادهن بالجزائر بحسب المادة 02 من الأمر 01/05<sup>1</sup>.

حيث تضمن صندوق النفقة للمطلقات واولادهن 16 مادة تهدف في مجملها لإنشاء صندوق النفقة وتحديد إجراءات الاستفادة من المستحقات المالية.<sup>2</sup>

وكما نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 107\_15 على أنه " يفتح حساب تخصيص رقمه : 302\_142 عنوانه صندوق النفقة في كتابات الخزينة " و نجد تطابق في نص المادة 03 من نفس المرسوم يقسم هذا الحساب الى شقين: يحتوي الشق الاول إيرادات الصندوق و الشق الثاني نفقاته، و تحديد هذه الإيرادات و النفقات بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المكلف بالتضامن الوطني، و بخصوص الأمر الرئيسي بصرف هذا الصندوق هو؛الوزير المكلف بالتضامن الوطني، إلى جانب الأمر الثانوي للصرف المتمثل في مدير النشاط الاجتماعي و التضامن للولاية.<sup>3</sup>

وإن الفئات المستفادة من هذا الصندوق حيث انفردت المادة 02 من قانون 01\_15 بتحديد هذه الفئات التي يمكنها الاستفادة من الصندوق النفقة عند استحالة الانفاق عليهم، بعد تعذر تنفيذ الحكم القضائي القاضي بالنفقة بسبب عسر المكلف بها، وقد اقتضت الاستفادة من خلال نص المادة 02 على ان الولد المحضون بعد صدور حكم الطلاق باعتبار أن الحضانة أثر من أثار الطلاق المرأة المطلقة بحكم قضي بفك الرابطة الزوجية و تشمل نفقة العدة بحسب

<sup>1</sup> - جمال الديب، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> - القانون رقم 01\_15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 04 يناير 2015، يتضمن انشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01، ص 07.

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 107\_15 المؤرخ في 21 أبريل 2015، يحدد كفيات نسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302\_142 الذي عنوانه "صندوق النفقة"، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 22.

نص المادة 61 من الاسرة وكذا نفقة الاهمال حسب نص المادة 82 إن وجدت في منطوق الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية.<sup>1</sup> فنجد ان المشرع الجزائري حاول أن يتجاوز عراقيل سابقة الدر حول عدم تسديد النفقة وأجرة الحضانة من خلال إحداث صندوق النفقة وذلك تماشياً مع التشريعات العربية، وذلك لكي يكفل حقوق نفقة المطلقات وأولادهن بعد الطلاق وجعله إجراء احترازي وذلك كون المطلقة وأولادها هم أضعف حلقة في بناء الاسرة.

## المبحث الثاني:

### الحلول المقترحة لإشكالات ممارسة الحضانة في الزواج المختلط

تعد الحضانة من المسائل الشائكة في المجال الدولي حيث كان إلزاما على الدول أن تعقد اتفاقيات دولية لحماية الطفل المحضون خاصة في الزواج المختلط، وتسعى لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في حال وجود أي نزاع بين الدول المتعاقدة،<sup>2</sup> ويمكن تصور هذه الاتفاقيات في الاتفاقيات الثنائية الأطراف وهذا ما سنراه في (المطلب الأول) وكذا الاتفاقيات المتعددة الأطراف وهذا ما سنراه في (المطلب الثاني).

<sup>1</sup>- القانون رقم 01\_15\_المورخ في 13 ربيع الاول عام 1436 الموافق ل 04يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة،

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01.

<sup>2</sup>- يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 124.

## المطلب الأول:

### الاتفاقيات الثنائية الأطراف

يعتبر مشكل الحضانة في الزواج المختلط على المستوى الدولي من المجالات التي تعتمد فيها السلطات الوطنية إلى ممارسة كافة أشكال التعسف وخرق الحقوق والتضييق عليها لخدمة مصلحة أبنائها في مواجهة الطرف الأجنبي، وقد يترجم هذا الخرق بنقل الطفل من طرف أحد الأبوين إلى الخارج، بل الوقوف نهائيا في بعض الأحيان أمام حق الطرف الآخر والتعرض لحقه في زيارة أبنائه. ولتفادي هذه الخروقات والمشاكل كان من اللازم إبرام اتفاقية دولية لوضع قواعد بين الدول لحماية حق المحضون في الزواج المختلط<sup>1</sup> ومن خلال بحثنا في هاته الجزئية توصلنا إلى أن هناك الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (الفرع الأول) وكذلك الاتفاقية الفرنسية الغربية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول:

### الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

أدى تدفق المهاجرين الجزائريين على فرنسا بعد الاستقلال إلى زيادة عدد الزيجات المختلطة التي تتم بين أزواج جزائريين خصوصا وزوجات فرنسيات، بطبيعة الحال لم توفق الكثير منها بسبب اختلاف العادات والتقاليد وربما حتى الهدف من الزواج، وانتهت بالانفصال، مخلفة مشاكل عويصة على مستوى إسناد حضانة الأطفال الناجمين عن هذا الزواج.

هذه الاتفاقيات ألقت بثقلها على العلاقات الدبلوماسية بين البلدين، وانتهت بتوصل الجزائر وفرنسا لعقد اتفاقية لسنة 1988 حول الأطفال الناجمين عن هذه الزيجات المختلطة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عادل شباب، أحكام الزواج المختلط وحضانة الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص -دراسة مقارنة-

أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية العلوم الإسلامية، 2018/2019، ص 418

<sup>2</sup> - عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 267

ومما لا شك فيه أنه تم إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988<sup>1</sup> بغية تحقيق الأهداف التي تسعى إليها أولاً ولكن في حدود المجال الذي رسمته لتطبيقها ثانياً.

إن الهدف المراد منه من إبرام هذه الاتفاقية هو تحقيق أحسن حماية للمحضون وحرية تنقله بين البلدين ورعاية مصلحته بالدرجة الأولى، هذه المصلحة تقتضي المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة بوالديه حيثما وجداء، وبالتالي ضمان ممارسة حق الحضانة وحق زيارة المحضون، كما أن حق الحضانة وحق الزيارة طبقاً لهذه الاتفاقية لم يعد مقرراً لمصلحة الوالدين بقدر ما هو مقرر لمصلحة المحضون.<sup>2</sup>

ولقد جاءت هذه الاتفاقية لتغطي عدم فعالية الاتفاقيات الكلاسيكية للتعاون القضائي المنعقدة سابقاً مع بعض دول المغرب العربي في مجال الحضانة، وبالتالي فهي تهدف للسماح للمهاجرين باختيار نظام تشريعي بقواعد خاصة تتلاءم مع النظام العام الأوروبي، وهذا لتخطي صعوبات موازنة قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية مع القوانين الأوروبية.<sup>3</sup>

ولقد حظرت اتفاقية حقوق الطفل في مادتها الثانية كافة أشكال التمييز بين الأطفال وأكدت في مادتها الثالثة على إيلاء الاعتبار لمصلحة الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق من كافة الجهات، وتتخذ تحقيقاً لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.<sup>4</sup>

بناءً على ذلك فإن الهدف الرئيسي من إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية هو حماية الطفل المحضون وتحقيق مصلحته الفضلى التي تقتضي استقرار نفسيته، وهذا لن يتم إلا بوجوده قرب والديه وعدم فصله عنها، أي أن تكون حياته قائمة على علاقة شخصية مستمرة منتظمة، وعلى اتصال مباشر مع والديه. إلا إذا قررت السلطات المختصة فصله عن والديه ويكون هذا

1- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، الموافق عليها بموجب القانون 88 22، المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408 الموافق 12 يوليو 1988، المنشور بالجريدة الرسمية عدد رقم 28، الصادر بتاريخ 13 يوليو 1988.

2- عفرة حياة، المرجع السابق، 227.

3- عبد الهادي بن زبيطة، المرجع السابق، ص 267.

4- غالي كحلة، المرجع السابق، ص 150.

الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى، وهذا ما أكدته المادة 9 في فقرتها الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل، وكذا الفقرة الثانية من المادة 10 من نفس الاتفاقية.<sup>1</sup>

لتحقيق ذلك، فإن الدولتين الجزائرية والفرنسية سارعتا إلى إيجاد الحلول من أجل الحفاظ على حقوق الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط، وحرصا منها على تحقيق أحسن حماية لهم وحرية تنقلهم بين البلدين حتى يحافظ هؤلاء الأطفال على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديهم المنفصلين وتمكين الأبوين من ممارسة حق الزيارة، مع مراعاة مصلحة الأطفال بالدرجة الأولى، فقد تم إبرام اتفاقية ثنائية بينهما هي من أبرز الاتفاقيات الدولية الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 جوان 1988.<sup>2</sup>

هذا ويقتصر تطبيق هذه الاتفاقية على الأطفال الشرعيين وبالتالي يستبعد من مجال تطبيقها الأطفال الطبيعيين والمنتبينين، فالأبناء الناتجين عن علاقة غير شرعية لا تنطبق عليهم هذه الاتفاقية، وما يؤكد هذا القول العبارات التي تضمنتها المادتين 5 و6 من الاتفاقية وهي " المسكن الزوجي " و " الأزواج الذين هم في حال الانفصال " كما أن قانون الأسرة الجزائري يؤسس النسب على الزواج الشرعي، عكس القانون الفرنسي الذي يعترف بالعلاقة الغير الشرعية وبالابن الناتج عن هذه العلاقة، وجعله يستفيد من نفس الحقوق التي يستفيد منها الابن الشرعي.<sup>3</sup>

أما بالنسبة للتبني فهو محرم شرعا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وممنوعة قانونا وفقا للأحكام نص المادة 46 من قانون الأسرة جزائري، رغم أنه معترف به هو الآخر بفرنسا، من جهة أخرى هناك في النظام القانوني الجزائري الكفالة التي تعني التزام على وجه التبرع القيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه متمم بعقد شرعي، ولا يلحق نسب المكفول بالكافل طبقا لأحكام المادة 120 قانون الأسرة الجزائري.<sup>4</sup>

1- غالي كحلة، المرجع السابق، ص150.

2- غالي كحلة، المرجع نفسه، ص150.

3- عفرة حياة، المرجع السابق، ص228.

4- يوبي سعاد، المرجع السابق، ص131.

وهنا نجد أن الإجراءات التي أخذتها الحكومة الجزائرية في ميدان الكفالة تثير عدة تساؤلات حول ما إذا كانت أحكام الاتفاقية تشمل الطفل المكفول أم لا؟<sup>1</sup>

لذلك هناك من رأى أن استبعاد الأطفال الطبيعيين والمتبنين يعد تنازلاً من الطرف الفرنسي للطرف الجزائري،<sup>2</sup> هذا ويرى السيد " علي مبروكين " أن هذه المسألة تعد تنازلاً فرنسيا للطرف الجزائري، لكن حالات الأولاد الطبيعيين والمتبنين ضئيلة.<sup>3</sup>

هذا وإن هذه الاتفاقية لا تطبق على الأطفال الناجمين عن علاقة شرعية بين أزواج جزائريين مقيمين بفرنسا، وعليه فإن هذه الاتفاقية لا نجد لها مجالاً للتطبيق إلا على الأمهات الفرنسيات بأزواج جزائريين أو الزوج الفرنسي لزوجات جزائرية، كما تستبعد هذه الاتفاقية حال ما إذا كان أحد الزوجين فرنسياً أو جزائرياً والزوج الآخر من جنسية أخرى أو إذا كان الزوجين فرنسيين يقيمان في الجزائر أو جزائريين مقيمان بفرنسا. كما سبقنا وأشارنا فهؤلاء يخضعون للاتفاقية القضائية المبرمة لسنة 1964، التي تطبق في حالة ما إذا كان الأطفال مزدوجي الجنسية.<sup>4</sup>

كما ترى السيدة **François MONEGER** أنه لا بد من تطبيق هذه الاتفاقية تطبيقاً عادياً وأن يكون مجال تطبيقها واسعاً، وتقتصر على القاضي الفرنسي في حالة ما إذا كان الأب مزدوج الجنسية-جزائري فرنسي-والأم فرنسية ألا يأخذ في الاعتبار سوى الجنسية الجزائرية حتى يتسنى وصف زواج الطرفين بالمختلط، وحتى لا تحرم الأمهات الفرنسيات من امتيازات الاتفاقية. وهذا خلافاً لما نصت عليه المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي التي تجعل القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق في مسائل الحالة والأهلية، حتى بالنسبة للفرنسي المقيم في الخارج، وأن الجنسية الفرنسية هي المرجحة في حالة ما إذا كان للشخص عدة جنسيات مختلفة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - غالي كحلة، المرجع السابق، ص153.

<sup>2</sup> - يوبي سعاد، المرجع السابق، ص131.

<sup>3</sup> - غالي كحلة، المرجع السابق، ص153.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص153

<sup>5</sup> - غالي كحلة، المرجع السابق، ص154.

وهناك حالة أخرى، تثيرها هذه الاتفاقية هو مدى إمكانية تطبيقها على الحالة التي يكون فيها كلا والدي الطفل متمتعاً بجنسيتين جزائرية وفرنسية في نفس الوقت، وهنا نكون أمام حلين اثنين إما أن نطبق الاتفاقية على اعتبار أن الأب يحمل جنسية أصلية جزائرية والأم من جنسية أصلية فرنسية بغض النظر عن الجنسية الأخرى المكتسبة. أو لا نطبق الاتفاقية في هذه الحالة باعتبار الزوجين من جنسية فرنسية.<sup>1</sup>

هذا وتضمنت هذه الاتفاقية على 14 مادة ارتكزت فيها على نقاط أساسية تتجلى أساساً فيما يلي:

تعين وزارتا العدل سلطتين مركبتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية. ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجاناً، كما تتعهدان بتريقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر.<sup>2</sup>

تضمن اختصاصات والتزامات السلطتين المركزيتين والتي تكون مجانية فيما يلي:

- 1) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.
- 2) تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.
- 3) تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.
- 4) تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلاً.
- 5) ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.
- 6) إطلاع السلطة المركزية الملتزمة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.
- 7) تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح الواحد رعايا الدولي الأخرى في ترابها أو انطلاقاً منه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> غالي كحلة، المرجع نفسه، ص154.

<sup>2</sup> أنظر المادة 01 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 1988

<sup>3</sup> أنظر المادة 02 من نفس الاتفاقية والتي يقابلها الفصل 21/20 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

وكذلك تدرج ضمن التزامات السلطتين المركزيتين الفقرتين من المادة 4 والتي تشير بدورها إلى دور الهيئات القنصلية وقد اعتبر بعض الكتاب دورها غامضا فريدا من نوعه.<sup>1</sup> بقولها:

(1) اتخاذ إجراءات الحماية القضائية والإدارية الخاصة بالقصر المنتمي لإحدى الدولتين بعد استشارة القنصلية المختصة.

(2) إعلام القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية والإدارية الخاصة بقاصر مولود من رعايا أحد الدولتين.<sup>2</sup>

ويرى الاستاد مبروكين على أن إجراءات الحماية القضائية والإدارية تتخذ من كلتا الدولتين وتبلغ من طرف كل واحدة منهما للأخرى عن طريق القنصل، ويكون دور السلطات القنصلية محدودا، إذ لا يمكن أن يصل إلى حد استبعاد قانون القاضي المطبق على الوضعية القانونية للطفل.<sup>3</sup>

ولقد حددت المادة 5 من الاتفاقية محكمة واحدة للفصل في حق الحضانة وفي نفس الوقت منح حق الزيارة خارج الحدود<sup>4</sup> "للمحكمة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة"<sup>5</sup>

وألزمت الاتفاقية قضاة البلدين عند إصدار حكم قضائي بإسناد الحضانة، أن يمنح في نفس الحكم للطرف الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين المادة 06 الفقرة 02، على أنه إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية والمعنوية للخطر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة المحضون طبقا لنص المادة 06 فقرة 03.<sup>6</sup>

ولقد أحاطت هذه الاتفاقية حق الزيارة خارج الحدود بضمانات قضائية تسمح لأحد الوالدين بممارسة حقه في الزيارة دون أي عائق قضائي أو إداري، وفي نفس الوقت تضمن استرجاع

<sup>1</sup> - غرفة حياة، المرجع السابق، ص 230.

<sup>2</sup> - المادة 04 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 1988.

<sup>3</sup> - غرفة حياة، المرجع السابق، ص 231.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 232.

<sup>5</sup> - المادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 1988.

<sup>6</sup> - يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 91.

الحاضن لمحضونه عند انتهاء الزيارة، وذلك في سبيل محافظة المحضون على علاقته بوالديه، وسعياً للحد من ظاهرة اختطاف المحضون ونقله بطريقة غير شرعية خارج الحدود.<sup>1</sup>

وهذا ما يتجلى في نص المادة 7 من الاتفاقية باعتبار مصلحة المحضون فوق كل شيء بقولها: "يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلاً داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما، الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر، يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليمياً بمجرد تسليمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة"<sup>2</sup>

وكذلك تتعهد كلا الدولتان بضمان عودة المحضون الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما حسب المادة 08.<sup>3</sup>

هذا وجاء في المادة 09 أن الأحكام الصادرة بشأن الحضانة والزيارة تعد بمثابة رخصة للخروج من التراب الوطني، كما أعطت المادة 10 للحكم المقرر لحق الزيارة الطابع الاستعجالي. بينما قررت المادة 12 تشكيل لجنة متساوية الأعضاء تعنى بتسهيل تسوية الخلافات بين والدي الطفل، وتقديم آراء حول حضانته من شأنها الإسهام في تعديل الحكم القضائي الصادر بشأن الحضانة والزيارة.<sup>4</sup>

وأشارت المادة 11 منها إلى أنه إذا لم يتم إعادة الطفل عند انتهاء مدة الزيارة، فهنا يتدخل وكيل الجمهورية بعد إخطاره من طرف الحاضن، بحيث يقوم وكيل الجمهورية باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - عفرة حياة، المرجع السابق، ص 233.

<sup>2</sup> - المادة 07 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 1988.

<sup>3</sup> - يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 91.

<sup>4</sup> - نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 02، 2018، ص ص 496-497.

<sup>5</sup> - محمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 581.

واقترنت هذه الاتفاقية على إعطاء ضمانات لممارسة الأم الفرنسية حقها في الحضانة دون أي عائق، لتبقى إشكالية عدم وجود اتفاقيات تربط الجزائر مع دول أخرى لتفادي مشكلات إسناد الحضانة وتنفيذ حق الزيارة عالقة دون حل.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني:

### الاتفاقية الفرنسية المغربية 1980

من الاتفاقيات الدولية الثنائية المتعلقة بموضوع الحضانة في الزواج المختلط كذلك نجد الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي.<sup>2</sup> في إطار الحماية التي أولتها المملكة المغربية للطفل، حيث بادرت هذه الأخيرة إلى إبرام اتفاقية مع السلطات الفرنسية بتاريخ 10 أوت 1980، وتتعلق هذه الاتفاقية بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي، وجاءت لتسهيل الإجراءات الخاصة بالحضانة، إذ حاولت هذه الاتفاقية تقريب وجهات نظر الدولتين وتبسيط الإجراءات المتعلقة بحماية الطفل، وهذا ما سطرته ديباجتها حرصا منها على تدعيم علاقات التعاون القضائي بين الدولتين، للسهر بصورة جدية على حماية الأطفال.<sup>3</sup>

علما أن عدد كبيرا من الجاليات المغربية استقرت في دول أوروبا وخاصة فرنسا، وعملا لحماية الجالية كان لابد من إرساء قواعد موحدة تضمن الاستقرار في تطبيق القانون المتفق عليه خاصة فيما يتعلق بمجال الحضانة لما يعرفه من استفحال كبير من ناحية التهجير ونزع الابن من أحد أبويه، فجاءت هذه الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي، حيث جاء في الفصل العاشر منها؛ تطبيق هذه الآثار المتعلقة بحضانة الأطفال والنفقة المستحقة بمقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية.<sup>4</sup>

1- عفرة حياة، المرجع السابق، ص 237.

2- موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 917.

3- امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 582.

4- عادل شباب، المرجع السابق، ص 421.

هذا وقد نص الفصل الحادي عشر على تحديد المحكمة المختصة؛ بقوله: "غير أنه إذا كان الزوجان من جنسية واحدة لإحدى الدولتين فيمكن لمحاكم هذه الدولة أن تكون مختصة أيضا أيا كان موطن الزوجين وقت تقييد الدعوى"، وإذا قدمت دعوى أمام محكمة إحدى الدولتين وقدمت ثانية بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع أمام محكمة الدولة الأخرى فيجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى الثانية أن ترجئ البت فيها "أما بالنسبة للسلطة المختصة في قضايا الحضانة وحق الزيارة، فهي وزارتي العدل في الدولتين بصفتها سلطات مركزية يعهد إليها تطبيق الالتزامات التي فرضتها عليها هذه الاتفاقية.<sup>1</sup>

كما اشتملت على بعض الأحكام التفصيلية المتعلقة بالحضانة، وحق الزيارة حيث جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 25 فيما يخص الحضانة: "تأخذ السلطات القضائية بعين الاعتبار المعلومات المدلى بها من طرف السلطة المركزية لدولة الإقامة (الاعتيادية) للطفل وخاصة فيما يتعلق بالحالة الاجتماعية والمقتضيات التشريعية المتعلقة بحق الحضانة في هذه الدولة، وقرر الفصل 19، أنه تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمن فوق ترابها وتحت مراقبة سلطاتها القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقييد بمصلحته، وكذا بحرية ممارسة حق الزيارة.<sup>2</sup>

أما بخصوص المحكمة المختصة في حل النزاع، فقد اعتمدت الاتفاقية على قاعدة الموطن المشترك أو آخر موطن مشترك للزوجين كمعيار لتحديد المحكمة المختصة. وينص الفصل العاشر على أنه: "تطبق على الآثار المتعلقة بحضانة الأطفال والنفقة المستحقة، مقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية".<sup>3</sup>

وقد حددت شروط تنفيذ الحكم الصادر من إحدى الدولتين العضو؛ بحيث لا يحق لإحدى الدولتين في مادة الحضانة أن ترفض تنفيذ حكم صادر عن الدولة الأخرى في الحالتين:

1) إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم هي محكمة الإقامة المشتركة الفعلية للأبوين، أو محكمة إقامة أحدهما الذي يعيش معه الطفل بصفة عادية.

<sup>1</sup> - عادل شباب، المرجع نفسه، ص 422.

<sup>2</sup> - امحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص 582-583.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 583.

(2) إذا طبقت المحكمة في الحكم الصادر عنها:<sup>1</sup>

- القانون الوطني في حالة انتماء الأبوين إلى جنسية واحدة.
- قانون إقامة الأبوين المشتركة الفعلية أو قانون إقامة أحد الأبوين الذي يعيشه الطفل بصفة عادية وذلك إذا كانا ينتميان إلى جنسيتين مختلفتين.

تتقيد سلطات الدولة المطلوبة عند تقديرها للاختصاص المحلي للمحكمة التي أصدرت الحكم بالوقائع التي بنت عليها هذه المحكمة اختصاصها ما لم يتعلق الأمر بحكم غيابي.<sup>2</sup>

وغالبا ما يترتب على حق الزيارة اختطاف الطفل من قبل من أسند له الحق، غير أن الاتفاقية عالجت هذا الأمر، من خلال تأسيس التعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية، وذلك من أجل الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع لأحد أبويه المخول له حق الحضانة، وعند فشل السلطات المركزية في تحقيق أهدافها، فإنها ترفع طلبها في أقصر الآجال إلى السلطة القضائية المختصة، عن طريق النيابة العامة لدى هذه المحاكم، للبت في تسليم الطفل في أقصر أجل ستة أسابيع ابتداء من تاريخ الإحالة.<sup>3</sup>

هذا وقد أبرمت عدة اتفاقيات ثنائية أخرى على غرار الاتفاقية المبرمة بين المغرب وإسبانيا بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال والتي أكدت في المادة الأولى على أن الدولتان المتعاقدتان تعمل على اتخاذ كل الإجراءات المناسبة لضمان تحقيق أهداف الاتفاقية، ولهذا الغرض يلجأ إلى المساطر الاستعجالية المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولتين.<sup>4</sup>

بالإضافة إلى الاتفاقيات الثنائية سالفة الذكر، توجد اتفاقيات ثنائية عربية أخرى لتنظيم مسائل الحضانة وآثارها فلقد لجأت لإبرام الاتفاقية المغربية المصرية في 27 ماي 1998

<sup>1</sup> - عادل شباب، المرجع السابق، ص 422.

<sup>2</sup> - عادل شباب، المرجع السابق، ص 422-423.

<sup>3</sup> - امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 583.

<sup>4</sup> - عادل شباب، المرجع السابق، ص 423.

الخاصة بالتعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص.<sup>1</sup> والاتفاقية المغربية التونسية الخاصة بالتعاون القضائي في مواد الحضانة وحق الزيارة الموقعة في 05 أكتوبر 2001.<sup>2</sup>

## المطلب الثاني:

### الاتفاقيات المتعددة الأطراف

لا مجال للشك في مدى أهمية البحث عن القانون الواجب التطبيق على الحضانة، لذلك سعت معظم دول العالم للبحث عن إبرام اتفاقيات دولية للحد من النزاعات الناتجة عن إشكالات الحضانة في الزواج المختلط.<sup>3</sup> وخاصة تلك التي تهتم بمعالجة قضايا الاختطاف الدولي، من بين هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي لسنة 1980 والتي تعد أهم اتفاقية اهتمت بالاختطاف الدولي للمحضون،<sup>4</sup> وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1996 والتي اقتصت في حل قضايا واسعة من أجل حماية الطفل، من بينها نزاعات الحضانة والاتصال به.<sup>5</sup>

وبهذا سنتطرق لدراسة أهداف اتفاقية لاهاي الصادرة في 25 أكتوبر 1980 في (الفرع الأول)، واتفاقية لاهاي الصادرة في سنة 1996 في (الفرع الثاني) وفقا لما يلي:

<sup>1</sup> - امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 586.

<sup>2</sup> - عادل شباب، المرجع السابق، ص 423.

<sup>3</sup> - يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 124.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص ص 362-363.

<sup>5</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 117.

## الفرع الأول:

### أهداف اتفاقية لاهاي الصادرة في 25 أكتوبر 1980

تعد هذه الاتفاقية من أهم الركائز الدولية التي أبرمت في المجال الدولي للتقليل والتخفيف من ظاهرة الاختطاف الدولي للمحضون، فهذه الاتفاقية تضمنت العديد من الاجراءات من شأنها تأمين إرجاع الأطفال الذين نقلوا أو تم الاحتفاظ بهم بطريقة غير مشروعة في إحدى الدول المتعاقدة، مع ضمان الرجوع الفوري للأطفال الذين تم تغيير محل إقامتهم واحتجازهم بطريقة غير مشروعة في إقليم أية دولة متعاقدة كما أنها تسعى إلى تحقيق الاحترام الفعلي في كافة الدول المتعاقدة الأخرى، لحقوق الحضانة وزيارة الأطفال المقررة في أية دولة متعاقدة.<sup>1</sup>

ولقد حثت هذه الاتفاقية الدول المتعاقدة على ضرورة اتخاذ الإجراءات المناسبة داخل إقليمها، من أجل تحقيق أهدافها، ويجب على كل دولة متعاقدة من أجل تحقيق الغرض أن تلجأ إلى اتخاذ الإجراءات الضرورية والفعالة على وجه السرعة.<sup>2</sup>

والأطفال المعنيون بهذه الاتفاقية هم الذين يسكنون بصفة معتادة على أراضي إحدى الدول المتعاقدة، ولم يتجاوز سنهم 16 عاماً.<sup>3</sup>

هذا ولقد كرست هذه الاتفاقية مبدأ التعاون الإداري بغية تحقيق أهداف الاتفاقية، ويتجلى ذلك في تعيين سلطة مركزية في كل دولة متعاقدة أقيمت على عاتقها مجموعة من الالتزامات نذكر منها:

➤ الكشف عن مكان وجود الطفل الذي نقل بصورة شرعية ومنع إلحاق أي ضرر به مع ضمان العودة الطوعية له.

<sup>1</sup>- يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 363

<sup>2</sup>- يوبي سعاد، المرجع نفسه، ص 364.

<sup>3</sup>- امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 577.

➤ تبادل المعلومات المتعلقة بالخلفية الاجتماعية للطفل عندما يقتضي الأمر ذلك لتسهيل الإجراءات القضائية أو الإدارية بهدف إعادة الطفل ووضع الترتيبات اللازمة لتنظيم أو لضمان الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال.<sup>1</sup>

ولأجل إعادة الطفل المحضون إلى حاضنه بعد تعرضه للنقل الغير المشروع عبر الحدود الدولية، فإن المادة 08 من الاتفاقية قد خولت لكل من يهمله الأمر أن يرفع طلبه إلى السلطة المركزية، وعند تلقيها الطلب الذي يبين أن الطفل قد تم نقله إلى دولة أخرى متعاقدة، عليها اتخاذ كافة الإجراءات الملائمة للتوصل إلى الإعادة الطوعية له بحسب ما نصت عليه المادة 09 وكذلك المادة 10 من ذات الاتفاقية؛ أي أن هذه الاتفاقية تطبق على الدول المتعاقدة فقط وبعد دخولها حيز التنفيذ، كما أوضحتها المادة 35 من ذات الاتفاقية.<sup>2</sup>

فعلى الرغم من الأهمية الكبرى للسلطات المركزية، إلا أنها تقف عاجزة عن تحقيق الأهداف المنوطة بها، بسبب افتقارها لعنصر الإلزام. حيث نجد أن غالبية الدول الأعضاء تلجأ إلى الجانب القضائي لوضع حل لهذه المشكلة؛ وذلك بحسب ما بينته المادة 11 من ذات الاتفاقية في الفقرة 01 وقد عزز دور السلطة القضائية من خلال تخصيص لجنة خاصة تسهر على تنفيذ إجراءات هذه الاتفاقية.

هذا وقد حددت المادة 11 في الفقرة 2 من نفس الاتفاقية، أجلا مدته ستة أسابيع من تاريخ بدء الإجراءات القضائية لكي تصدر السلطات القضائية قراراتها، وفي حالة أي تأخير في إصدار القرار، فإنه يعطى الحق لمقدم الطلب أو السلطة المركزية للمطالبة ببيان أسباب التأخير.<sup>3</sup>

وإذا كان المبدأ الوارد في هذه الاتفاقية يقضي بضرورة العودة الفورية للطفل فإن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات لا يمكن فيها الأمر بالعودة الفورية للطفل، والتي تتمثل في: مرور مدة

<sup>1</sup> - عفرة حياة، المرجع السابق، ص 221

<sup>2</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 177-178

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 178

سنة بعد النقل غير المشروع وقدمت البراهين على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة، إثبات أن الحاضن لم يكن يمارس حق الحضانة بصفة فعلية أو أنه وافق على نقل المحضون، إثبات أن إعادة الطفل إلى محل إقامته الاعتيادية تشكيل مخاطر جسيمة، قد تعرضه للأذى الجسدي والمعنوي، وإذا رفض الطفل إعادته وأنه بلغ من العمر والرشد الدرجة التي تسمح بالأخذ بوجهة نظره.<sup>1</sup>

ويمكن القول بعد تفحصنا للبنود الواردة في هذه الاتفاقية أنها تبنت حلولاً قضائية وإدارية فعالة لمواجهة المشاكل العملية المرتبطة بالحضانة الناتجة عن الزواج المختلط والمتعلقة أساساً بالاختطاف الدولي للمحضون، وذلك من خلال إزالة جميع العقبات القضائية والإدارية التي كانت تقف في وجه ممارسة حق الزيارة، وبتكثيف الجهود الإدارية والقضائية بين البلدين للوصول إلى الحلول الفعالة للمحافظة على مصلحة المحضون.<sup>2</sup>

هذا وتصادق الجزائر بدورها على هذه الاتفاقية، وهذا راجع إلى أن هذه الاتفاقية تحضر إبداء أي تحفظ على بنودها، وقد عممت النقل غير المشروع على جميع الأطفال حتى المتبنين، وأن مصادقة الجزائر على هاته الاتفاقية يعني موافقتها على التبنّي وهذا يتنافى مع نصوص قانون الأسرة الجزائري.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عفرة حياة، المرجع السابق، ص 222.

<sup>2</sup> - يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 373-374.

<sup>3</sup> - عفرة حياة، المرجع السابق، ص 223.

## الفرع الثاني:

### اتفاقية لاهاي الصادرة بـ 19 أكتوبر 1996

جاءت هذه الاتفاقية بعدة أهداف، من بينها القانون الواجب التطبيق على نزاعات الحضانة في القانون الدولي الخاص؛ حيث سعت لحماية مصالح الطفل الذي يعد المحور الأساسي في العلاقات الدولية الخاصة، وذلك بإيجاد آلية فعالة لحماية قضايا الطفل. كما توفر فرصاً فريدة لمد جسور التفاهم بين مختلف النظم القانونية ذات الخلفيات الثنائية والدينية المتنوعة.<sup>1</sup>

وتختص اتفاقية لاهاي لسنة 1996 بنطاق واسع في قضايا الحماية الدولية للطفل، بدأ من النزاعات الأبوية حول الحضانة أو الاتصال به، إلى حماية المراهقين الهاربين، ومن السلطة القضائية فيما يتعلق باللجوءين أو الأطفال الذين تم نقلهم إلى دولة أخرى، إلى إسكان الأطفال في الخارج بدور الرعاية الاجتماعية أو مؤسساتها، ومن اختيار القانون الملتم لتحديد من يتعين عليه تحمل المسؤولية الأبوية تجاه الطفل، إلى الاعتراف بسلطات معينة في التمثيل.<sup>2</sup>

وكان من الجدير بالذكر أن هذه الاتفاقية قد جاءت بغرض مراجعة اتفاقية لاهاي لسنة 1961، وأخذة بعين الاعتبار أحكام اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989. مؤكدة بدورها على مصلحة الطفل في النزاعات الخاصة به.<sup>3</sup>

وحرصاً من هذه الاتفاقية على توفير أكبر قدر من الحماية للطفل، وقد وسعت من نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (02) من المادة 15 على أنه: " غير أنه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصه أو أمواله يجوز استثناء لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى التي لها اتصال متين بالوضعية".<sup>4</sup>

1- خديجة حاج شريف، المرجع السابق، ص 117.

2- يوبي سعاد، المرجع السابق، ص 128.

3- المرجع نفسه، ص 128.

4- امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 578.

ويؤكد هذا النص أن الاتفاقية وفي سبيل توفير أكبر قدر من الحماية، يجوز للقاضي وعلى سبيل الاستثناء، أن يطبق قانونا آخر قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيما في دولة أخرى غير أن الدولة التي يتمتع بها بجنسيته أو قانون جنسية والداه أو جنسية والدته إذا كان مختلفي الجنسية، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حمايته.

ويلاحظ عموما على نصوص هذه الاتفاقية ما يلي:

❖ أنها اعتدت بالاتجاه السائد في الدولة الانجلو أمريكية، بأن تقوم الجهة التي تختص باتخاذ إجراء الحماية بتطبيق قانونها.

❖ أن هذه الاتفاقية وتطبيقا للنظام المعروف في الدول الأنجلو أمريكية، من أنه يمكن للسلطات الدولة المختصة بأن تتنازل عن الاختصاص لصالح سلطات دولة أخرى، تكون أقدر على رعاية مصلحة القاصر طبقا لما قرره المادة 08 منها، وهذا يعني أن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون السلطات الجديدة.<sup>1</sup>

❖ تخلت اتفاقية لاهاي لسنة 1996 نهائيا عن مفهوم القاصر الوارد في اتفاقية لاهاي لسنة 1961، إذ نجد أن اتفاقية لاهاي 1996 قد حصرت مجال تطبيق أحكامها على جميع الأطفال منذ ولادتهم إلى حين بلوغهم 18 سنة، وحسن ما فعلت هذه الاتفاقية لتجنب المشاكل والصعوبات الناتجة عن الاخذ بالمفهوم الوارد في اتفاقية لاهاي لسنة 1961.<sup>2</sup>

❖ خلافا لاتفاقية لاهاي لسنة 1961 استثنت لاهاي لسنة 1996 من مجال تطبيقها الأطفال المتبنين، ومادام أن قائمة الاستثناءات المستبعدة من مجال تطبيق الاتفاقية تتضمن الأطفال الطبيعيين فيفهم من ذلك أنهم يخضعون كذلك لهذه الاتفاقية، بالإضافة إلى الأطفال الشرعيين.<sup>3</sup>

والملاحظ بهذا الصدد، أن الجزائر لم تصادق على اتفاقية لاهاي لسنة 1996 كما جاء في المشروع الممول من الاتحاد الأوروبي بشأن حل النزاعات الاسرية عبر الحدود، بخلاف

1- امحمدي بوزينة آمنة، المرجع السابق، ص 578.

2- عفرة حياة، المرجع السابق، ص 219.

3- المرجع نفسه، ص 219.

المشرع المغربي الذي صادق على اتفاقية لاهاي لسنة 1996 لتوفير حماية أكبر للمحضون وتغليب مصلحته وجعلها فوق كل اعتبار.<sup>1</sup>

وبغض النظر عن ما جاءت به هذه الاتفاقيات من نصوص والتي تنصب جميعها حول حماية الطفل المحضون، لا يوجد نص صريح يشير إلى القانون الواجب التطبيق على الحضانة. إلا أن المقصد الأساسي منها هو احتواء الطفل والعمل على توفير الحماية له.

<sup>1</sup> - خديجة حاج شريف، المرجع السابق، 118-119.



الخاتمة

## الخاتمة

نستنتج مما سبق التطرق إليه أن موضوع انحلال الزواج المختلط في ممارسة الحضانة يعد من المواضيع الشيقة والبارزة والمنتشرة بكثرة في وقتنا الحالي، حيث أن المشرع الجزائري قد تحدث في المادة 12 من القانون المدني في الفقرة الثانية منه والتي توضح وجود العنصر الأجنبي في مسألة انحلال الزواج المختلط، فلا يمكن تطبيق الأحكام الداخلية إلا بعد تبيان القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة.

ومن خلال الدراسة التحليلية لموضوع القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي يمكن تقديرها فيما يلي:

➤ نلاحظ أن المواد المتضمنة الحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون" ومن هنا نفهم بأن الحضانة قائمة على مبدأ أساسي وهو مبدأ مراعاة "مصلحة الطفل المحضون"

➤ ان عدم وجود نص صريح في قواعد التنازع خاص بموضوع الحاضنة يعتبر فراغا قانونيا، وكما نجد إخضاع الحضانة لقاعدة أثار انحلال الرابطة الزوجية المتمثلة في نص المادة 12 فقرة الثانية والاستثناء الوارد في نص المادة 13 لا يناسب وخصوصية الطفل المحضون من خلال مبدأ الحماية والأمان.

➤ من خلال الحلول المقترحة في مجال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا التي حاولت أن تراعي خصوصية المجتمع الجزائري، والحكم بالحضانة وفقا للقاعدة التي تقرر ووجوب الحرص على مصلحة المحضون وتربيته على دين أبيه، إلا ان هذه الإجراءات لم تكن كافية فكان على المشرع الجزائري وضع ضابط إسناد يضبط مسألة الحضانة ليس لشيء إلا لضمان مصلحة الطفل المحضون في الزواج المختلط.

➤ تعتبر ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأم والأب وإقرار مبدأ التداول في الحضانة وذلك مع مراعاة مبدأ مصلحة الطفل المحضون.

➤ بالنسبة لإشكالية الحضانة وما تثيره من صعوبات وسواء من حيث الزيارة أو التنقل غير المشروع للأطفال، والتي تم مواجهتها ببعض الحلول في الاتفاقيات بين الدول إلا انه كان

من الأجدر على المشرع توارد وإدراك النقص الذي أغفل عنه في وضع قاعدة إسناد صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة.

➤ إن اعتبار نفقة المحضون من أهم حقوق التي تدخل في رعايته وحفظ صحته من الهلاك، وقد جعل المشرع أحكامها من أحكام النفقة العامة دون إقرارها بنصوص خاصة بها، رغم أنها مذكورة في قانون الأسرة الجزائري إلا أن أمرها يبقى متروكا للقاضي ليقدره حسب ما هو معمول به عرفا.

➤ رتب المشرع الجزائري الحاضنين في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري بحيث جاءت بعبارة "ثم الأقربون درجة"، حيث أنه لم يبين من هم الأقربون درجة، وهنا يجعل القاضي في حيرة من أمره كونه يمتلك السلطة التقديرية في تقدير من هم الأقربون درجة للطفل المحضون.

➤ يعتبر صندوق النفقة الخاص بالمطلقات واولادهن آلية جديدة لدفع النفقة لأصحابها، والقضاء على المشاكل التي تعترض دفعها، وتأخيرها من طرف من ترتبت عليه، والهدف منه هو تأمين الاسرة الجزائرية التي يتخلى عنها المدين بالنفقة.

#### • التوصيات:

بالرغم من ان المشرع الجزائري قام بتعديل بعض الأحكام الخاصة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للطفل المحضون، إلا أن موضوع الحضانة وخاصة في الزواج المختلط مازال فيه بعض النقائص، ومن الأحسن أن يتداركها المشرع حتى تكتمل الحماية التي يهدف إليها، وبهذا نوصي المشرع بما يلي:

✓ يجب على المشرع إيجاد نص خاص مستقل ينظم مسألة الحضانة، مسايرة لما وصل إليه الفقه والقانون المقارن من تطور ملموس، وذلك بخصوص بعض الحلول المقترحة في هذا المجال، خصوصا ان اعتبار الحضانة تعد من أعقد وأبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب من جهة، ومنحه المزيد من الأهمية التي يستحقها باعتبارها تمس مصلحة الطفل المحضون من جهة أخرى.

✓ وجوب التوسع في مسألة السفر بالحضون ليشمل السفر لأسباب عرضية غير التوطن في بلد أجنبي والنص على مسألة السفر بالمحضون أو التنقل به لمسافات بعيدة داخل الوطن.

✓ إهمال المادة 62 من قانون الأسرة المعدل عن تحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها، أي عدم تحديدها للشروط الواجبة توافرها في الشخص الحاضن في الزواج المختلط، وذلك مما يؤدي إلى التضارب بين النصوص والقرارات القضائية وهذا لا يخدم مصلحة الطفل المحضون.

✓ يجب على القضاء أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الأسرة وسلطة الآباء على أولادهم، ومعناه أنه لا يجعل مصلحة المحضون غاية في حد ذاتها ولاكن يجعلها من الاعتبارات التي يأخذ بها دون أن يهمل مصلحة المجموعة.

✓ يجب على المشرع الجزائري أن يأخذ بعين الاعتبار جوانب النفقة وإعادة النظر في التشريعات المتعلقة بها.

✓ وضع آليات كفيلة بضمان تنفيذ حكم الزيارة في الزواج المختلط، وجعلها قابلة لتنفيذ المعجل بقوة القانون.

وفي الخير نذكر أن مستقبل الطفل المحضون ومصالحته على أنها مرتبطة بتدخل المشرع في وضع ضمانات شاملة لحماية الطفل.

إنتهى

الملاحق

## الملحق رقم 01:

المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق ل 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المضادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.



## قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر:

1. القرآن الكريم.
2. السنة النبوية.
3. أمهات الكتب:
4. ابي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، الطبعة 01، دار ابن الهيثم، القاهرة، بدون السنة.

5. القواميس:

- خالد رشيد القاضي، ابن منظور، لسان العرب، دار الأبحاث، الجزء الثاني.
- خالد رشيد القاضي، ابن منظور، لسان العرب، دار الأبحاث، الجزء السادس.
- مجد الدين محمد بن يعقوب، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت

6. القوانين:

• القوانين الوطنية:

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 هـ، الموافق ل-25 فبراير 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر بتاريخ 22 يوليو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ بتاريخ 27-02-2005.
- القانون رقم 75-58 المؤرخ بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر 88-14 المؤرخ في 03 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، العدد 31، لسنة 2005.
- القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق ل 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01، لسنة 2005.
- المرسوم التنفيذي رقم 15-107 المؤرخ في 21 أبريل 2015، يحدد كيفية تسير حساب التخصص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه "صندوق النفقة" الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 02، 2015.

➤ القانون رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 13.

➤ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 49.

• **المجلة القضائية:**

➤ المجلة القضائية، الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية، العدد 01 لسنة 2022.

• **القوانين الأجنبية:**

➤ القانون رقم 1.59.413 الصادر بتاريخ 26 جمادى الثاني 1382 الموافق ل 20 نوفمبر 1962، المتعلق بالقانون الجنائي المغربي، الجريدة الرسمية، عدد 2640 مكرر بتاريخ 1963/6/5.

➤ القانون رقم 89-07 الصادر في 27 نوفمبر 1998، المتعلق بالمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية رقم 96، بتاريخ 01 ديسمبر 1998.

ثانيا: قائمة المراجع:

1. الكتب:

- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، بدون طبعة، دار الوعي، بدون البلد، بدون سنة.
- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة 02، دار الفكر العربي، لبنان، 1950.
- امحمدي بوزينة أمينة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، 2019.
- احمد أمين، ضحى الإسلام، الجزء الأول، دار الأصالة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2010.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة 12، دار هومه، الجزائر، 2001.

- أبو الطيب محمد شمس العظيم، شرح سنن أبو داود، الجزء 06، بدون طبعة، دار الفكر العربي، بيروت، 2003.
- أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، لطبعة 01، دار الفكر القانوني طنطة، 2008
- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء 03، الطبعة 01، دار الثقافة، 2009.
- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2002.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة 01، دار الخلدونية، 2008.
- حداد فاطمة، حق المطلقة في المسكن من خلال قانون الاسرة الجزائري، الطبعة 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.
- رمضان علي السيد الشرنباصي وآخرون، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة قوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2006.
- رمضان علي السيد الشرنباصي وآخرون، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة قوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2007.
- شمس الدين ابن احمد الخطيب الشربيني الشافعي، معنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهج، الجزء 05، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، 1994.
- صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب دراسة مقارنة، الطبعة 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004
- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، بين الشريعة والقانون، الطبعة 02، دار الفكر الجامعي، 2006.
- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة 02، دار هومه، 2007.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الجزائري، الطبعة 01، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، 1986.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 03، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، بدون سنة.
- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

- محمد عليوى ناص، الحضانة بين التشريعات والقانون، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
- وفاء معتوقى وحمزة فراش، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، الطبعة 01، مكتبة القاهرة للكتاب، مصر، 2000.
- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، رئيس الفقه الإسلامي ومذاهبه، جامعة دمشق، كلية الشريعة، بدون طبعة، دار الفكر بدون بلد، بدون سنة.

## 2. الرسائل الجامعية:

### - أطروحات الدكتوراه:

- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر، جامعة بلقايد، 2004/2003.
- خديجة حاج شريف، الحماية القانونية للمحضون في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلوي، تخصص قانون الاسرة المقارن، الجزائر، 2021/2020.
- عادل شباب، أحكام الزواج المختلط وحضانة الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة ابي بكر بلقايد، تخصص شريعة وقانون، تلمسان، 2019/2018.
- عفرة حياة، حقوق الطفل المترتبة عن الزواج المختلط على ضوء القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2023.
- لشهب أنيسة، أحكام زيارة المحضون وتطبيقاتها القضائية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02 علي لونيبي، تخصص أحوال شخصية، الجزائر، 2019/2018.
- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.
- يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018.

### - رسائل ماجستير:

- أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في احكام الزواج في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا نابلس، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.
- بشرى زلاسي، الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2001/2000.
- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2000.
- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر القايد، 2010-2011.
- عون عمار، دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري عربي والزواج المختلط الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2013/2014

### 3. المقالات العلمية:

- امحمدي بوزينة أمنة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسينة بن بوعلي، الجزائر، 2020/2019.
- أمحمدي بوزينة أمنة، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط-دراسة مقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسينة بوعلي الشلف، الجزائر، 2019.
- المكي صلوح وشهرزاد عبد الله، تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهادات القضائية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 05، العدد 01، المركز الجامعي على كافي في تندوف، الجزائر، 2021.
- المنصور المبروك، شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الاسرة لدولة المغربية-دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 08، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، 2015.
- بشري عبد الرحمان وراضية عيمور، سلطة القاضي في تقدير حق الحضانة والزيارة وإشكالات التنفيذ في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، 221.

- بوزيتونة لينة، حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع، مجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مجلد 03، العدد 02، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2019.
- بن كعبة عمارية، النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الاسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، مجلد 06، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2019.
- جمال الديب، نفقة الأب على الولد، المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 18 جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2018.
- حسناء شرون، جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، بدون سنة.
- حمزة أحمد بوصليح، حضانة الام المتزوجة من أجنبي عن المحضون بين الفقه والقانون، مجلة قضايا معرفية، المجلد 02، العدد 02، الأردن، 2022.
- خديجة حمادي وكمال مخلوف، إشكالية تنازع القوانين في الحضانة-دراسة مقارنة-، مجلة معارف، المجلد 17، العدد 02، جامعة البويرة، الجزائر، 2022.
- خديجة حمادي وكمال مخلوف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج المختلط-دراسة تحليلية في القانون الجزائري-، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2022.
- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، العدد 04، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، 2011.
- رغد عبد الأمير مظلوم، تنازع القوانين في الزواج المختلط (دراسة مقارنة)، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 06، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، العراق، بدون سنة.
- سلوغة عبد الرحمان وفلغة نور الدين، أحكام السفر بالحضون في التشريعات العربية-دراسة مقارنة بين التشريعات المشاركة والمغربية-، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 07، العدد 01، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر 2022.
- شامي أحمد نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام الأمر 02/05 والقانون 01/15، مجلة المعيار كلية الحقوق، العدد 18، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2017.

- شامي مختار، بن بعلاش خليدة، الزواج المختلط السوري وتجريمه في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2022.
- طاهري آسية، تنازع القوانين في الحضانة مجلة الفكر، المجلد 04، العدد 02، جامعة الجزائر، الجزائر، بدون سنة.
- علال ياسين، حق زيارة المحضون في ظل تفشي كوفيد 19، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 10، العدد 01، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، الجزائر، 2022.
- عزت محمد علي المجري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية العدد 25، جامعة قطر، 2007.
- عبد الكريم ندير، الحضانة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 06، العدد 04، جامعة الجلفة، الجزائر، 2021.
- عبد الهادي بن زيطة، تنظيم حق الزيارة في الاتفاقيات المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، مجلة حوليات جامعة الجزائر 01، المجلد 35، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2021.
- غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، جامعة محمد بن أحمد وهران، الجزائر، 2018.
- فاطمة عزيزان ومسعودة علواش، السلطة التقديرية للقاضي لحضانة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون-دراسة مقارنة-، مجلة الصراط، المجلد 24، العدد 02، كلية العلوم الإنسانية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2022.
- موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقة الزواج المختلط، مجلة طبنة لدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 03، جامعة جيجل، 2021.
- نور الهدى بولمش، تنازع القوانين في الزيارة كأثر من آثار الزواج المختلط الجزائري الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 02، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، 2018.
- نور الهدى بولمش، مدى اعتبار العرف في التقدير القضائي للمحضون، مجلة التراث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 01، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، الجزائر، 2019.

- نجوم من المولودو وقندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتيان الأم بحق الحضانة، مجلة أبحاث قانونية سياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2022.
- نجية علي عمر الهنشري، مشكلات الزواج المختلط في مدينة يفرن: دراسات حالة، مجلة أسئلة ورؤى، المجلد 02، جامعة الزنتان، ليبيا، بدون سنة.
- هلتالي أحمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، 2018.

#### 4. مداخلات:

- أمال بلاوي، مسعود بن موسى فلوسي، أسباب الزواج المختلط السوري وموقف الشرع منه، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط – الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023. التصفح 29/02/2024، الساعة 10:00 <https://www.democraticac.de/?p=87644>
- بومالة نظيرة، أحكام الحضانة والاشكالات المتعلقة بها، ندوة بحثية منظمة من طرف مركز البحوث القانونية والقضائية، بدون جامعة، الجزائر، 2023.
- خير الدين شرقي، حرية المعتقد وتأثيرها على أصل الزواج، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط – الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023. التصفح 28/02/2024، الساعة 15:46، التصفح 02/03/2024، الساعة 00:16 <https://www.democraticac.de/?p=87644>
- شكري الدربالي، تنازع القوانين في الزواج المختلط: الميراث أ نموذجاً، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط – الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023. التصفح 01/03/2024، الساعة 02:23 <https://www.democraticac.de/?p=87644>
- شورو نورية، أثر الزواج جزائري أو جزائرية على جنسية الزوج الأجنبي في ظل الأمر 05/01، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط – الجزائر، 24 يونيو-حزيران 2023. التصفح 02/03/2024، الساعة 00:03 <https://www.democraticac.de/?p=87644>

## قائمة المراجع

➤ عبد الرحمان مايدين الزواج المختلط: رؤية شرعية قانونية، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الدولي العلمي أحكام الزواج المختلط وإشكاليته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، الأغواط – الجزائر، 24 يونيو-حزيران

2023. التصفح 2024/02/29، الساعة 09:13

<https://www.democraticac.de/?p=87644>

# الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

مقدمة ..... أ

## الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة في الزواج المختلط

المبحث الأول: .....

مفهوم الحضانة..... **Erreur ! Signet non défini.**.....

المطلب الأول: تعريف الحضانة ..... 9

□ الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقهي للحضانة..... 10

□ الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة..... 13

المطلب الثاني: مَقَوِّمَاتُ الْحَضَانَةِ فِي التَّشْرِيعِ الْجَزَائِرِيِّ . ..... 15

□ الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة..... 15

□ الفرع الثاني: شروط استحقاقها ..... 19

المبحث الثاني: مفهوم الزواج المختلط..... 26

المطلب الأول: تعريف الزواج المختلط ..... 26

□ الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقهي للزواج المختلط..... 26

□ الفرع الثاني: التعريف القانوني للزواج المختلط وحالات اختلافه..... 31

المطلب الثاني: شروط إبرام الزواج المختلط..... 35

□ الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإبرام الزواج ..... 35

□ الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لإبرام الزواج. ! **Erreur**  
**Signet non défini.**

- المبحث الأول : الإشكالات القانونية الواردة التي تواجه الحضانة في زواج المختلط ..... 49
- المطلب الأول: إشكالية عدم ممارسة حق الزيارة ..... 50
- الفرع الأول : كيفية تنظيم حق الزيارة في التشريع الداخلي..... 51
- الفرع الثاني: نقل المحضون والسفر به عبر الحدود الدولية في العلاقات الدولية  
الخاصة : ..... 55
- المطلب الثاني: إشكالية عدم تسليم الطفل المحضون ..... 59
- الفرع الأول: الركن المادي لجريمة عدم تسليم الطفل..... 60
- الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم الطفل لحاضنه ..... 63
- المطلب الثالث: إشكالية عدم تسديد نفقة الطفل المحضون..... 64
- الفرع الأول: إشكالية عدم تسديد النفقة..... 65
- الفرع الثاني: إشكالية عدم تسديد أجرة الحضانة..... 69
- المبحث الثاني: الحلول المقترحة لإشكالات ممارسة الحضانة في الزواج المختلط ..... 72
- المطلب الأول: الاتفاقيات الثنائية الأطراف. .... 73
- الفرع الأول: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية. .... 73
- الفرع الثاني: الاتفاقية الفرنسية المغربية 1980 ..... 80
- المطلب الثاني: الاتفاقيات المتعددة الأطراف..... 83
- الفرع الأول: أهداف اتفاقية لاهاي الصادرة في 25 أكتوبر 1980. .... 84
- الفرع الثاني: اتفاقية لاهاي الصادرة بـ 19 أكتوبر 1996. .... 87
- خاتمة..... 91

قائمة المراجع

ملخص



ملخص

تعد الحضانة من أهم وأدق مسائل الأحوال الشخصية وأكثرها مساساً بالحقوق والواجبات الأسرية، باعتبارها تتصل بحقوق الطفل المحضون والأبوين معاً، مما يجعلها مجالاً مفتوحاً للمنازعات المستمرة على المستويين الوطني والدولي.

ولهذا فقد عالجتنا في بحثنا هذا موضوعاً حساساً له علاقة مباشرة بالأسرة والمجتمع ككل ألا وهو موضوع الحضانة في الزواج المختلط، باعتبارها من المسائل الجوهرية التي تحمل بعداً قانونياً بخلفية شرعية، وفيما يخص الحضانة بالنسبة للزواج المختلط، فإن المشرع لم ينص على أحكام تخص هذا الزواج خاصة وأنه يطرح العديد من الإشكالات من بينها القانون الواجب التطبيق والذي يجب على المشرع أن يأخذه بعين الاعتبار ويعالجه، وذلك نتيجة اختلاف تعاطي التشريعات معه خاصة في ظل غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، هذا ما جعل المجال للقضاء من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، وإن إشكالات الحضانة لا تقف عند هذا الحد فقط بل إنها تندرج إلى المواضيع ذات الصلة لا سيما في مسائل حق الزيارة وما ينتج عنه من النقل الغير المشروع للطفل، فنجد أن الاتفاقيات الدولية سعت لوجود حلول فيما يخص هذه المسألة من أجل تحديد وتوحيد القانون الواجب التطبيق، ونجد من ناحية أخرى أن وجود اتفاقية من عدمه تبقى إشكالية التطبيق قائمة، لأنه بالرغم من وجود اتفاقية ناشئة بين البلدين الجزائر وفرنسا مثلاً، إلا أنها لم تعالج كل المواضيع التي تبقى دون حل وتحتاج إلى النظر والبحث عن حلول موضوعية حقيقية.

**Abstract:**

Custody is one of the most important and sensitive issues in family law, as it is closely related to the rights and responsibilities of both the child and the parents. This makes it a common area of ongoing disputes at both national and international levels.

Therefore, in our research, we have addressed a sensitive issue directly related to the family and society as a whole, which is the topic of custody in mixed marriages. This is considered one of the fundamental issues with legal implications stemming from religious backgrounds. Regarding custody in the context of mixed marriages, the legislature has not provided specific provisions for such marriages, despite the numerous challenges they pose, including the laws that should be applied and which the legislator must take into consideration and address.

This is due to the different ways legislation deals with it, especially in the absence of a specific custody allocation rule. This has left room for the judiciary to determine the applicable law. Custody issues do not stop there, but also extend to related matters, especially visitation rights and the resulting unauthorized transfer of the child. International agreements have sought to address these issues are solutions regarding this issue aimed at determining and unifying the applicable law. On the other hand, the implementation issue remains whether there is an agreement or not. Despite the existence of an agreement between Algeria and France, it has not addressed all the unresolved issues that still need to be addressed and require a real search for objective solutions.