وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة 20 اوت 1955-سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

الحضانة في الزواج المختلط

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالبتين:
حيون نسرين
طلحي رحاب

تحت إشراف الأستاذة:
د. مجدوب كوثر

لجنة المناقشة:

• أ.د/ بودفع علي	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
• د/ مجدوب كوثر	أستاذة محاضرة	مشرفا و مقررا
• أ/ مسيخ محمد لمين	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة سبتمبر 2020

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

الحمد لله الواحد الأحد الذي لاتعد نعمه، و الذي وفقنا لإتمام عملنا هذا و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيد الأنبياء محمد صلى الله عليه و سلم و على اله و صحبه أجمعين.

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الفاضلة أ. مجدوب كوثر لقبولها الإشراف على إنجاز هذه المذكرة و على كل ما قدمته لنا من إرشاد و نصح طيلة مدة إشرافها رغم كل انشغالاتها.

كما لا يفوتنا من هذا المقام أن نتقدم بالشكر و التقدير إلى كل من ا.د. بودفع علي، ا. مسيخ محمد لمين أعضاء لجنة المناقشة و نشكرهم على قبول مناقشة مذكراتنا فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

ولا ننسى أن نشكر كل من ساعدنا و دعمنا لإتمام هذه المذكرة، من قريب أو بعيد، و نوجه الشكر الخالص إلى كل أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية و إلى كل العاملين فيها خاصة أعوان مكتبة الكلية و المكتبة المركزية.

ج: الجزء

ص: صفحة

ق ا ج: قانون الأسرة الجزائري

ق ا م ا: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

د.ط: دون طبعة

ط: الطبعة

المقدمة

مقدمة:

نظرا لأهمية الرابطة الزوجية التي تنتج عنها الأسرة التي تعتبر نواة و أساس المجتمع و التي بها يرقى و يسمو هذا الأخير، فالتعاون و التماسك و المودة بين الزوجين رمز فلاح الأسرة و المجتمع كله، و نظرا للتطورات الهائلة في وسائل الاتصال وحركة المواصلات و سهولة انتقال الأفراد من بلد إلى آخر و بفضل التكنولوجيات الحديثة التي أدت إلى دخول الأفراد في علاقات مختلفة عابرة للحدود الوطنية، نتج عن ذلك ارتباط الأفراد عن طريق الزواج و هو ما جاء تحت مسمى الزواج المختلط، لكن قد تجري الرياح بلا تشتهي السفن فتنحل هذه الرابطة و تزداد تعقيدا لاشتمالها على طرف أجنبي مخلفة نتائج وخيمة من تشتت الأسرة و ضياعها فيكون المتضرر الأول من هذا التشتت الأطفال الناتجين عن هذه العلاقة كونهم الطرف الأضعف الذي يحتاج إلى حماية و رعاية، فالأسرة هي البيئة الأولى المصاحبة للطفل في أولى مراحل حياته أين يكتسب الطفل بعض القواعد و المبادئ التي تنشئه تنشئة صحيحة و مستقيمة، و لحماية هؤلاء الأطفال أقرت لهم الشريعة الإسلامية أهم الحقوق التي من شأنها حفظهم و رعايتهم نظرا لصغر سنهم و هي الحق في " الحضانة".

عالج المشرع الجزائري نظام الحضانة و أدرج أحكامها في مواد قانون الأسرة الجزائري من المادة 62 إلى 72 التي جاء فيها كافة الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطفل في مجال الحضانة مراعيا بذلك مصلحة الطفل المحضون دون النظر لاعتبارات أخرى، و من ثمة لا يطرح أي إشكال فيما يخص هذه الأخيرة حين يكون انحلال الزواج بين زوجين يحملان نفس الجنسية و يقيمان بصفة دائمة داخل الوطن الذي ينتميان إليه بجنسيتهما، في حين تعترضنا الكثير من الإشكالات و المعضلات إذا كان الزواج مختلطا و كان كل طرف ذو جنسية تختلف عن جنسية الطرف الآخر، لذا سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض الإشكالات التي تعترض حضانة الأطفال الناتجين عن زواج مختلط، فهي تعد إحدى المسائل التي لا تخلو من التعقيد من الناحية القانونية و العملية، فالقانون الواجب التطبيق يختلف باختلاف جنسية الزوجين، و هنا قد تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المتعلق بالحضانة شرط أن لا

تكون أحكامه مخالفة للنظام العام و الآداب العامة، كما سعت أغلب التشريعات إلى إبرام الاتفاقيات الدولية الثنائية و المتعددة الأطراف من أجل وضع الحلول المناسبة لهذه الإشكالات التي قد تعترض الحضانة في هذا المجال و أوردت أحكاما خاصة لحماية الأطفال بعد انحلال الرابطة الزوجية، و الجزائر على غرار باقي الدول و نظرا لكثرة الجالية الجزائرية بفرنسا فقد أبرمت اتفاقية الاطفال الناتجين من الزواج المختلط مع فرنسا، إلا أنه من الناحية العملية تثار نزاعات تتعلق بحضانة أطفال ناتجين عن زواج جزائريين و أجانب من جنسيات مختلفة لا تربط دولهم بالجزائر أي اتفاقية ، و هنا يجب الرجوع لقواعد الإسناد التي تضمنها القانون الدولي الخاص الجزائري كقواعد الاختصاص القضائي الدولي، و تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تعتبر قواعد إجرائية.

تظهر أهمية موضوع الحضانة في الزواج المختلط في أن انحلال الرابطة الزوجية التي يكون أحد أطرافها أجنبي، تشكل في غالب الأحيان نزاعات متعددة بين أطراف العلاقة.

– يعتبر من المواضيع التي هي بحاجة إلى تحليل و دراسة لما تثيره من اشكالات حادة و معقدة.

– كون هذا الموضوع يعتبر من أهم القضايا المتعلقة بالحياة العلمية .

و من الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع هو تزايد نسبة الهجرة مما أدى إلى ارتفاع حالات الزواج المختلط و انحلاله و ما ينتجه هذا الأخير من تنازع بين قوانين عدة دول.

- الرغبة في إيجاد حلول تحد من الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع في المجال الدولي الخاص.

و بناءا على ما سبق يمكننا طرح الإشكالية التالية:

- **ما هي إشكالات الحضانة في الزواج المختلط؟ و ما هو القانون الواجب تطبيقه على الحضانة؟**

و تتدرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات:

- ما هي الجهة القضائية المختصة بنظر نزاعات الحضانة؟
- ما هي الإجراءات الواجب اتخاذها لتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة أمام الجهات القضائية الجزائرية؟
- ما هي الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة؟ و الصعوبات التي تعترض تطبيقه؟

و للإجابة عن هذه الإشكاليات و الإحاطة بكل جوانب الموضوع، انتهجنا المنهج التحليلي و الاستقرائي من خلال تحليل المواد و استقرائها.

و قد اقتضت منهجية البحث لتقسيمه إلى فصلين حيث خصصنا **الفصل الأول** للمسائل المتعلقة بالإختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة في الزواج المختلط و الذي قسم إلى مبحثين تعرضنا في **المبحث الأول** لتنازع الإختصاص القضائي الدولي في مسائل الحضانة، و**المبحث الثاني** جاء تحت مسمى تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة أمام الجهات القضائية الجزائرية، أما **الفصل الثاني** فخصصناه للقانون الواجب التطبيق على الحضانة ، الذي قسم بدوره إلى مبحثين تناولنا في **المبحث الأول** مضمون الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، و في **المبحث الثاني** الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

الفصل الأول:

المسائل المتعلقة بالإختصاص القضائي الدولي

الفصل الأول: المسائل المتعلقة بالإختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة

الإختصاص القضائي الدولي هو سلطة يخولها المشرع للمحاكم الوطنية للفصل في نوع معين من النزاعات الداخلية، أما النزاعات ذات الطابع الدولي فتستوجب قواعد إسناد وطنية لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها، أين نواجه إشكال الإختصاص القضائي الدولي أي محكمة أي دولة تختص بالفصل في مثل هذه النزاعات،[1] في حين تفرض محاكم عدة دول إختصاصها للبت و الفصل فيها، لذا فإن وقوع نزاعات مشوبة بعنصر أجنبي يتطلب من القاضي المعروض أمامه نزاع في مجال الحضانة الفصل في النزاع من ناحية الإختصاص القضائي و هي مسألة أولية هامة تتعلق بمدى اختصاص محاكمه بنظر النزاع المعروض أمامه، و هنا تنشأ مسألة الإختصاص القضائي الدولي،[2] فبعد تحديد المحكمة المختصة التي تصدر حكم قضائي منتج لآثاره خارج الدولة التي اصدرته ، إذا كانت الهيئة المصدرة للحكم في إقليم دولة غير الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فوق إقليمها يُلزم النظام القضائي بالفصل في مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية،[3] لذا سنعالج في هذا الفصل تنازع الإختصاص القضائي الدولي في مسائل الحضانة في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني سنتعرض لتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة أمام الجهات القضائية الجزائرية.

المبحث الأول: تنازع الإختصاص القضائي الدولي في مسائل الحضانة

المطلب الأول: مفهوم الإختصاص القضائي الدولي

إن قيام نزاع بشأن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي أي مرتبطة بأكثر من نظام قانوني، يثير إشكالية الإختصاص القضائي الدولي التي لا تنشأ إلا بوجود عناصر ذات

[1]-حسن محمد الهداوي و غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ص170
[2]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص ،رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان،2018/ 2019، ص257
[3]- المرجع نفسه، ص 319

صفة دولية، هذه الصفة هي التي تفرض ضرورة مراعاة اعتبارات و استقرار العلاقات القانونية العابرة للحدود، و احترام سيادة الدول الأخرى التي يتصل بها النزاع.[1]

و لهذا سيتم التعريف بالإختصاص القضائي الدولي الذي اشتمل على مجموعة من التعريفات الفقهية نظرا لعدم تطرق أي من التشريعات المقارنة لتعريفه، حيث عرفه جانب من الفقه بأنه:"...بيان الأحكام التي تحدد نطاق ولاية محاكم الدولة في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى"[2]، كما عُرف بأنه:" إختصاص دولة ما بنزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي و يسمى إختصاص المحاكم هذا بالدولي كون النزاع يخص علاقة قانونية دولية خاصة، و بهذا يتميز الإختصاص القضائي الدولي عن الإختصاص الداخلي للمحاكم".[3]

و بناءا على ذلك سيتم التطرق لطبيعة قواعد الإختصاص القضائي الدولي (الفرع الأول)، و ضوابط انعقاده (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي

أ- قواعد الإختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية:

يقوم المشرع الوطني لكل دولة بتحديد و صياغة قواعد الإختصاص القضائي الدولي و تحديد مجال تطبيقها،[4] أي تنفرد كل دولة بتحديد قواعد الإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها في النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي، فيتعين على المشرع الوطني أن يخول هذه السلطة لهيئة من الهيئات القضائية الوطنية للفصل في هذه النزاعات و تحديد حالات إختصاص المحاكم الوطنية دون محاكم الدول الأخرى.[5]

[1]-أحمد عبد النور، محاضرات القانون الدولي الخاص الأسري، القيت على طلبة سنة اولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، المركز الجامعي نور البشير، البيض، 2017/2016، ص6

[2]-هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي(دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي،2012، ص37

[3]-م.م عبد الرسول كريم ابو صبيع، اثر الإختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، مجلة الكوفة، جامعة الكوفة، العدد 2، ص163

[4]- عبد النور احمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص الاسري، القيت على طلبة سنة اولى ماستر قانون الاسرة ،ص7

[5]- سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد،2016/2015، ص14

و لهذا تتميز قواعد الإختصاص القضائي الدولي بأنها وطنية و ذلك بإنتمائها إلى تشريع دولة القاضي فلكل دولة الحق في تحديد قواعد الإختصاص الدولي لمحاكمها دون محاكم الدول الأخرى،[1]و هي ليست بقواعد إسناد و إنما قواعد تقتصر على ولاية القضاء الوطني في العلاقات ذات الطابع الدولي أي أن أحد أطرافها أجنبي، و لهذا تقوم المحاكم الوطنية بتطبيق القانون الوطني بإعمال هذه القواعد، حيث تطبق قانونها على أطراف الدعوى بغض النظر عن صفة المتنازعين سواء كانوا وطنيين أو أجانب.[2]

ب- قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد مفردة الجانب:

على عكس ما تتسم به قواعد تنازع القوانين كونها ثنائية الجانب و تحدد القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة، فإن قواعد الإختصاص القضائي الدولي قواعد مفردة الجانب،[3]حيث تعد هذه الصفة ملازمة للقواعد الموضوعية إذ تبدو جميع القواعد الموضوعية قواعد مفردة الجانب لأنها تقتصر فقط على بيان حكم محدد في القانون الوطني دون الاهتمام بمضمون القانون الأجنبي،[4] تحدد هذه القواعد إختصاص المحاكم الوطنية للنظر في النزاع المشوب بعنصر أجنبي دون المحاكم الأجنبية،[5] و سبب ذلك يقوم على فكرة السيادة حيث يحدد المشرع الوطني الحالات التي تختص فيها محاكم الدولة و لا يتعدى في ذلك إلى منح الإختصاص للمحاكم الأجنبية لأن في ذلك تعدي على سيادة الدول.[6]

جـ- قواعد الإختصاص القضائي الدولي قواعد مادية أو موضوعية:

تتميز أيضا قواعد الإختصاص القضائي الدولي بأنها قواعد مادية أو موضوعية فهي تتولى تحديد ما إذا كانت المحاكم الوطنية مختصة بالنظر في النزاع المشوب بعنصر أجنبي،[7]عكس قواعد الإسناد المخصصة لفض مشكلة تنازع القوانين، فهي لا تهتم بتحديد القانون الأجنبي المختص، إنما تحدد مباشرة الحالات التي تختص بها المحاكم الوطنية.[8]

---

[1]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الولي الخاص، مرجع سابق، ص260

[2]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ط1، 2010، ص29

[3]-البشير اورير، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، مذكرة ماستر، تخصص قانون دولي خاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017/2016، ص9

[4]-عبدالمنعم زمزم،الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، 1439هـ-2015م،ص28

[5]-كوثر مجدوب، حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني الدولي(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019،ص1

[6] - زياد خليف العنزي، اختصاص القضاء الاماراتي بنظر المنازعات الالكترونية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة، المجلد15 ،العدد2، ربيع الثاني 1440هـ،ديسمبر2018،ص424

[7]- احمد عبد النور،محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري، مرجع سابق، ص8

[8]- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1998، ص234

د- قواعد الإختصاص القضائي الدولي قواعد قانونية:

تنظم هذه القواعد كيفية حل النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي حيث تحدد الحالات التي ينعقد فيها الإختصاص لمحاكم الدولة للفصل في هذه النزاعات، و تختلف قواعد الإختصاص القضائي الدولي عن قواعد الإختصاص القضائي الداخلي من حيث الوظيفة فتعمل الأولى على تحديد نصيب محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، أما الثانية فتحدد إختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة.[1]

الفرع الثاني: الضوابط المعتمدة لإنعقاد الإختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة

إن تحديد الإختصاص القضائي في المجال الدولي للحضانة يقتضي الرجوع إلى الأحكام الداخلية للإختصاص القضائي من أجل تحديد الضوابط المحددة له، و التي تتعلق إما بمدى ارتباط الأطراف بالدولة المثار أمامها النزاع (ضابط الموطن المدعى عليه، ضابط الجنسية)، أو ضوابط تقوم على أساس إرادة المتخاصمين(ضابط الخضوع الاختياري)[2].

أ- ضابط موطن المدعى عليه

كقاعدة و مبدأ عام يثبت الإختصاص القضائي الدولي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بموجب ضابط موطن المدعى عليه لمحاكم الدولة التي يتوطن أو يقيم بها هذا الأخير وطنيا كان أو أجنبيا،[3] أين لا شك في وجود علاقة تربطه بمكان توطنه أو إقامته الذي ترتكز فيه بعض نشاطاته و مصالحه، حيث يلجأ المدعى عليه إلى هذه المحاكم كونها الأنسب و الأقدر على كفالة آثار الحكم الصادر عنها.[4]

فكون القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة يقتضي أن تكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص الموجودين في اقليمها بغض النظر عن جنسيتهم.[5]

و قد أخذت بهذا الضابط البعض من التشريعات العربية نذكر منها القانون المصري المادة 29 من قانون المرافعات المصري، القانون الكويتي المادة 12 من القانون الدولي الخاص

[1]- زياد خليف العنزي ، مرجع سابق، ص 424

[2]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 262-263

[3]- محمد حسن الهداوي و غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص174

[4]- طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25 ،العدد 1،2009، ص314

[5]-فاطمة زهرة جندولي، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص117-118

الكويتي،[1] وعلى غرار التشريعات العربية التي تبنت هذا المعيار نجد أيضا القانون الجزائري الذي نص في المادة 37 من ق ا م ا على أنه:" يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، و إن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، مالم ينص القانون على خلاف ذلك"[2]

فنص هذه المادة أوضح لنا الجهة القضائية المختصة بنظر النزاعات المدنية، و هي تلك التي تقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، متى كان له موطن معروف، أو آخر موطن له متى لم يعرف له موطن، أو التي إتفق الأطراف على التقاضي أمامها شريطة عدم وجود نص قانوني يخالف ذلك، أي عدم وجود نص قانوني صريح يعقد الإختصاص لجهة قضائية معينة.[3]

تطبق هذه القاعدة لتنظيم الإختصاص المحلي للمحاكم الجزائرية، حيث يجوز مخاصمة الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية، إذا كان له موطن في الجزائر.[4]

ب- **ضابط الجنسية:**

جنسية المدعى عليه هو مبدأ يقوم على اعتبار سياسي مؤداه أن من وظائف الدولة إقامة العدل بين رعاياها،[5] حيث يثبت الإختصاص القضائي الدولي بموجب ضابط الجنسية الجنسية لمحاكم كل دولة في القضايا التي تخص أحد مواطنيها سواء كان مدعي او مدعى عليه، أو كان داخل أو خارج الوطن،[6] يعتبر هذا الضابط شخصي و ليس إقليمي فهو مبني مبني على صفة الشخص دون الاعتداد بالإقليم و وفقا له ينعقد الإختصاص لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته.[7]

---

[1]-هشام خالد، مرجع سابق، ص56

[2]- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، الباب الثاني، الفصل الرابع، المادة 37

[3]- سائح سنقوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية نصا- شرحا – تعليقا – تطبيقا ج1، دط ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص99

[4]- سعاد يوبي ، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص281-282

[5]- هشام خالد، الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دط، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2002، ص33

[6] - غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، مرجع سابق، ص177

[7]- طلال ياسين عيسى، مرجع سابق، ص313

و بناءا على ذلك تذهب العديد من التشريعات إلى عقد الإختصاص لمحاكمها بنظر كافة النزاعات التي تُرفع على وطنييها ، أيًا كان محل إقامتهم أو موطنهم كالقانون الكويتي و السوداني،[1] و أيضا القانون الجزائري الذي نص على ذلك في المادتين 41 و 42 ق ا م ا و هذا إضافة إلى مبدأ تحديد الإختصاص القضائي الدولي حسب قانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الذي أقرته المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري.[2]

تنص المادة 41 ق إ م إ على أنه: " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.[3]

تمنح هذه المادة الإختصاص للمحاكم الوطنية في كل الدعاوى التي يكون فيها المدعي جزائريا و المدعى عليه أجنبيا، مهما كان موطن الطرفين و مهما كانت هناك روابط موضوعية بجهة قضائية أجنبية،[4] فإختصاص المحاكم الجزائرية لا يكون فقط في الإلتزامات الإلتزامات

التعاقدية المبرمة في الجزائر مع جزائريين بل كذلك لتلك المبرمة في دولة أجنبية مع جزائريين، كما تختص في منح الحق للمدعي الجزائري الجنسية حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر.[5]

نصت المادة 42 من القانون السالف الذكر:" يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى و لو كان مع أجنبي"[6] ، فقد أعطى المشرع المدعي الأجنبي بموجب هذه المادة فرصة مماثلة ضد المدعى عليه الذي يحمل جنسية دولة القاضي فمكنه اللجوء إلى محاكم دولة القاضي مراعاة لمصلحته و مصلحة المدعى عليه الجزائري و ذلك بحمايته من أن يحاكم في محاكم أجنبية يشتبه في تحيزها.[7]

[1]- هشام خالد، مرجع سابق، ص54
[2]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص31
[3]- القانون رقم 08-09 السالف الذكر
[4]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص31
[5]سمية كمال، مرجع سابق ، ص
[6]- القانون رقم 08-09 السالف الذكر
[7]- سمية كمال، مرجع سابق ص 68

تجدر الإشارة إلى أن التفسير الحرفي للمادتين 41 و 42 يحصر تطبيقهما على الإلتزامات التعاقدية فقط، لكن مادام هدف المشرع هو حماية الطرف الجزائري و أن أساس الإختصاص هو الجنسية الجزائرية، فإن تطبيق هاتين المادتين لا يقتصر على تلك الإلتزامات فقط بل يتعدى تطبيقها إلى كل الدعاوى المالية التعاقدية و غير التعاقدية و دعاوى الأحوال الشخصية بما فيها الحضانة التي يكون أحد أطرافها جزائريا.[1]

ج- ضابط الخضوع الاختياري:

يقصد بالإختصاص القائم على الخضوع الإختياري فسح المجال لإرادة الخصوم في اختيار محكمة معينة للفصل في النزاع القائم بين الطرفين،[2] فالإرادة تلعب دورا هاما خصوصا في مسألة تحديد المحكمة المختصة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، يظهر هذا الدور من خلال الإعتراف بفكرة الخضوع الإختياري التي تسمح للأطراف بإختيار محكمة أو عدة محاكم لتفصل في النزاع القائم بينهم،[3] حيث اتفق البعض من الفقه و التشريعات العربية و الأوروبية على أن ضابط الخضوع الإختياري من الضوابط المستقرة و التي بمقتضاها تختص المحاكم الوطنية بالنظر في النزاعات ذات الطابع الدولي الخاص إذا اتجهت إرادة الخصوم للخضوع لولايتها،[4] كالتشريع المصري الذي نص صراحة في قانون المرافعات لعام 1968م على إمكان الخضوع الإرادي للمحاكم المصرية، في حين رفض جانب آخر من الفقه و التشريعات هذا الضابط ، كالتشريع الإسباني و الأرجنتيني و الهولندي، التي رأت بأن ترك إرادة الخصوم طليقة لتحديد المحكمة المختصة يمس بالإستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات القانونية ذات الصفة الاجنبية لأن هذا الإستقرار هو ما يهدف له القانون الدولي الخاص.[5]

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الضابط حيث نص في المادة 46 من ق ا م ا على أنه:"

يجوز للخصوم الحضور بإختيارهم أمام القاضي، حتى و لو لم يكن مختصا إقليميا.

– يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، و إذا تعذر التوقيع يُشار إلى ذلك.

---

[1]-سمية كمال، المرجع السابق، ص 73

[2] -سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص293

[4]- احمد عبد النور، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015، ص10

[4] - طلال ياسين العيسى، مرجع سابق، ص316

[5]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 294

– يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، و يمتد الإختصاص في حالة الإستئناف إلى المجلس القضائي التابع له."[1]

من خلال الفقرة الأولى نرى أن المشرع أجاز صراحة للخصوم الحضور بإختيارهم أمام القاضي، حتى و لو لم يكن مختصا إقليميا بنظر الدعوى.[2]

أما الفقرة الثانية حددت الإجراء الواجب القيام به، الذي يتمثل في تصريح محرر من قبل الأطراف حتى يتمكنوا من التقاضي أمام تلك الجهة التي تعتبر غير مختصة ، حيث يتضمن هذا التصريح إتفاق موقع من الطرفين المعنيين للتقاضي أمام تلك الجهة، و إن تعذر توقيع أحد الطرفين أو كلاهما وجب الإشارة إلى ذلك في التصريح.

أما الفقرة الثالثة فيعقد بموجبها الإختصاص للجهة القضائية متى تم إستئناف ذلك الحكم من قبل الأطراف."[3]

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة

إن حل تنازع الإختصاص القضائي الدولي هو الوسيلة المثلى لتحقيق التناسق بين النظم القانونية، فهو يعد بمثابة الخطوة الأولى و الأساسية لتحقيق عالمية الحلول التي يسعى القانون الدولي الخاص إلى تقريرها ،[4]

فالعلاقات الدولية الخاصة تثير العديد من المشاكل منها مسألة تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عن علاقة خاصة مشتملة على عنصر أجنبي ، فهي تعتبر مسألة أولية هامة و سابقة لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يعمل كل قاضي في كل دولة على التأكد من اختصاصه وفقا لقانونه.[5]

الفرع الأول : المحكمة المختصة بنظر القانون الجزائري:

من المعلوم أنه في مجال الإختصاص القضائي الدولي يمتد العمل بقواعد الإختصاص القضائي الداخلي على المجال الدولي، فينعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية

[1]- فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 141،
[2]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص296
[3]- سائح سنقوقة، مرجع سابق ، ص114
[4]-عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص29
[5]-سمية كمال، مرجع سابق ، ص 09

لما يكون الضابط الذي تم على أساسه عقد الإختصاص المحلي الداخلي موجود في الجزائر، فإذا كان الضابط هو موطن المدعى عليه فبوجوده في الجزائر ينعقد الإختصاص مباشرة للمحاكم الجزائرية،[1]لقد سبق و ذكرنا بأن موطن المدعى عليه من المعايير المهمة لتحديد الإختصاص القضائي سواء الداخلي أو الدولي و ذلك بتعلقه بنوع الدعوى، إلا أن المشرع الجزائري استثنى حالات معينة حددها في نص المادة 426 ق إ م إ المعدلة بموجب قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008،[2] حيث جاء في الفقرة الرابعة منها أنه:" تكون المحكمة مختصة اقليميا... في موضوع الحضانة و حق الزيارة و الرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة".[3]

يلاحظ من خلال هذه المادة بأن الإختصاص ينعقد فيما يخص الحضانة و حق الزيارة و الرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة ، ففي حالة انحلال زواج مختلط يُطالب القاضي بالفصل في مسألة الإختصاص وفقا لقواعد الإختصاص المحلي و هي مكان ممارسة الحضانة.[4]

ففي حالة وقوع نزاع خاص بممارسة حق الحضانة بين زوجين فرنسيين متوطنيين في الجزائر يجعل الإختصاص كأصل عام يؤول للقضاء الجزائري، إلا في حالة ما إذا فصل القاضي في دعوى الطلاق دون الحضانة، كتحقق واقعة الميلاد بعد النطق بحكم الطلاق و مغادرة الزوجة الإقليم الجزائري فإن الإختصاص هنا يؤول للقضاء الفرنسي.[5]

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

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر بعض الإتفاقيات

إن دعاوى حضانة أطفال الأزواج المختلطين يثير العديد من المشاكل، و هو ما دفع التشريعات إلى اللجوء للمجال الإتفاقي حيث أبرمت العديد من الإتفاقيات[6] منها اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية و حالة الأشخاص بين المملكة المغربية و

[1]-أمينة طغان، تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 20 اوث 1955، سكيكدة، جوان 2016، ص46

[2]-سعاد يوبي ،الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص288

[3]- القانون رقم 08-09 السالف الذكر

[4]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق،288

[5]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص125

[6]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق،، ص125

جمهورية مصر العربية التي نصت في المادة 09 من الباب الثاني على ما يلي:" تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بآثار الزواج و انقضائه محاكم الدولة التي يقع فيها موطن الزوجين أو محل إقامتهما المشترك، أو آخر موطن أو محل إقامة مشترك لهما، غير أنه إذا كان الزوجين من جنسية واحدة لإحدى الدولتين المتعاقدتين فيمكن لمحاكم هذه الدولة أن تكون مختصة أيا كان موطن الزوجين وقت قيد الدعوى.

إذا قدمت دعوى أمام محكمة إحدى الدولتين المتعاقدتين و قدمت دعوى اخرى بين نفس الأطراف و في نفس الموضوع و لذات السبب أمام محكمة الدولة الأخرى فيجب على المحكم المقدمة أمامها الدعوى الثانية أن ترجئ الفصل فيها"[1]، و قد جاء في الفصل 24 من نفس الإتفاقية:" لا يحق لإحدى الدولتين في مادة الحضانة ضمن مفهوم مقتضيات الفصل السادس عشر و السابع عشر من اتفاقية 15 اكتوبر 1957، أن ترفض إقرار أو تنفيذ حكم صادر عن الدولة الأخرى في احدى الحالتين:

1. إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم هي محكمة الإقامة المشتركة الفعلية للأبوين، أو محكمة إقامة أحدهما الذي يعيش معه الطفل بصيغة عادية.....[2]

من خلال تحليل هاذين النصين نرى أن المحكمة المختصة بنظر نزاع إنحلال الزواج المختلط هي نفسها المحكمة المختصة بنظر نزاعات الحضانة، كون هذه الأخيرة أثر من آثاره، و عليه فالمحكمة المختصة بنظر نزاعات الزواج المختلط و آثاره، هي محاكم الدولة التي يقع فيها موطن الزوجين أو محل إقامتهما المشترك، أو آخر موطن أو محل إقامة مشترك لهما و نذكر كمثال نشوء نزاع في ما يخص الحضانة بين مغربي و زوجته المصريةالمقيمان بالمغرب فإن الإختصاص هنا يؤول إلى المحاكم المغربية كون المغرب محل إقامتهما المشترك، أما إذا كانا يحملان نفس الجنسية فمحاكم الدولة التي يحملان جنسيتها تكون هي المختصة وقت قيد الدعوى، أما إذا تقدم نفس الأطراف بدعوى في نفس الموضوع و لذات السبب أمام محكمة إحدى الدولتين المتعاقدتين فإن الإختصاص يرجع إلى الدولة المطروح أمامها النزاع.

[1]-المادة 9 اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية و حالة الأشخاص بين المملكة المغربية و جمهورية مصر العربية، ظهير شريف رقم 1.99.9، الصادر في 10 ربيع الأول 1420 الموافق 24 يونيو 1999، الاتفاقيات الثنائية في الميدان القضائي بين المملكة المغربية و باقي دول العالم، يناير 2013

[2]- الفصل 24، الاتفاقية المغربية المصرية، مرجع سابق

و هذا ما جاءت به أيضا الإتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص و الأسرة و بالتعاون القضائي بين المملكة المغربية و الجمهورية الفرنسية في نصها الحادي عشر[1] و أبرمت الجزائر أيضا بهذا الصدد الإتفاقية الجزائرية الفرنسية لأطفال الأزواج المختلطين التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق لـ 26 يوليو سنة 1988 الموقعة بمدينة الجزائر في 21 يوليو 1988، التي لجأ فيها المشرع الجزائري إلى تحديد المحكمة المختصة للفصل في دعاوى الحضانة ، حيث جاء في نص المادة 5 من هذه الإتفاقية :"يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الإتفاقية الجهة القضائية التي يوجد بدائرة إختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة الزوجية المشتركة"،[2] حسب نص هذه المادة يؤول الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان الحياة الزوجية المشتركة ، و منه تم توحيد الإختصاص القضائي بالنسبة لدعاوى الطلاق و الحضانة لارتباطهما و تجنبا لتنازع الإختصاص الذي يؤدي إلى صدور أحكام متعارضة من الجهتين،[3] غير أن الجدير بالملاحظة هو أن التطبيق العملي لأحكام الإتفاقية، يكون في غالب الأحيان لصالح الجهة الفرنسية لاعتبار أن المسكن الزوجي بالمعنى المحدد في الإتفاقية أي مكان الحياة العائلية المشتركة و هو في أغلب الأحيان الإقليم الفرنسي.[4]

[1]- الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص و الأسرة و بالتعاون القضائي بين المملكة المغربية و الجمهورية الفرنسية، الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981، ظهير شريف رقم 1.89.197 بتاريخ 11 ربيع الأول 1407 الموافق 14 نوفمبر 1986

[2]-المادة 5، الاتفاقية الجزائرية الفرنسية رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حال الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988

[3]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص289

[4]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص126

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

إن تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن قضاء دولة أجنبية دون قيد يعني الخضوع لهذه الدولة، لأن فكرة السيادة و احترام النظام العام في دولة القاضي تجعل الحكم الصادر عن قضاء دولة أجنبية يعامل معاملة مختلفة عن الحكم الصادر عن القضاء الوطني.[1] ففي المعاملات الدولية حتى ينفذ الحكم الأجنبي في غير الدولة التي صدر من محاكمها يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط لقبول تنفيذه،[2] فما المقصود بالحكم الأجنبي القابل للتنفيذ و ما هي الشروط الواجب توافرها فيه لتنفيذه أمام المحاكم الجزائرية؟(المطلب الأول)، و ماهي الإجراءات الواجب اتخاذها لتنفيذه و الآثار المترتبة عنه؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد المقصود بالحكم الأجنبي القابل للتنفيذ و شروط منحه الصيغة التنفيذية في نزاعات الحضانة أمام الجهات القضائية الجزائرية

إن موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية من أهم المواضيع في القانون الدولي الخاص، التي تنشأ من خلال قيام الأفراد بتصرفات قانونية تنشئ لهم حقوق لا تنحصر في حدود الدولة الواحدة، بسبب تنقل الأفراد، و قد ظهر هذا المبدأ ليقضي بضرورة الإعتراف بالحقوق المكتسبة للأفراد من خلال الاعتراف بالأحكام الأجنبية،[3] فالمقصود بالحكم هو مسألة تفسير تخضع لقانون القاضي، و يمكن تعريفه بصفة عامة بأنه كل قرار صادر عن المحاكم في خصومة أو في غير خصومة ، و لو لم يكن فاصلا في النزاع.[4]

الفرع الأول: تعريف الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ

[1]- جمال بن عصمان، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، القيت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015-2016، ص 67

[2]- فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص162

[3]- أحمد عبد النور، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ، 2010/2009، ص 1

[4]-أمينة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص156

انقسم الفقه إلى اتجاهين لتحديد المقصود بالحكم الأجنبي القابل للتنفيذ:

أ- الاتجاه الضيق لمفهوم الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ

قصر أصحاب هذا الاتجاه الحكم القضائي الأجنبي القابل للتنفيذ على الأحكام القضائية، فعرفوا الحكم القضائي بأنه:" كل قرار يصدر عن محكمة سواء استخداما لسلطتها القضائية أو لسلطتها الولائية"،[1] كما يرى هذا الاتجاه أن الحكم القضائي هو:" كل قرار تصدره سلطة قضائية مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة معقودة لديها وفق قواعد المرافعات فيها" [2] أو" هو كل قرار يصدر عن سلطة قضائية باسم دولة أجنبية ذات سيادة في نزاع رفع إليها من المتقاضين"[3].

الملاحظ من خلال هذه التعريفات أن الحكم القضائي الأجنبي يجب أن يصدر عن دولة ذات سيادة على إقليم غير إقليم الدولة التي يراد تنفيذه فيها،[4] فمعيار التفرقة بين الحكم الوطني و الحكم الأجنبي لا يتجسد في مكان صدوره، و إنما يتجسد باسم سيادة من أصدر الحكم فإذا صدر باسم سيادة وطنية فهو وطني و إذا صدر باسم سيادة أجنبية فهو أجنبي بغض النظر عن مكان صدروه و عن جنسية القضاة الذي يفصلون فيه،[5]غير أنه إذا كانت الدولة المصدرة للحكم لا تتمتع بالسيادة فإن الحكم الصادر عنها لا يكون قابل للتنفيذ خارج إقليم هذه الدولة أي أمام قضاء الدول الأجنبية،[6] كما تقصر هذه التعريفات مدلول الحكم على الأحكام التي تصدر عن السلطة القضائية، أي الأحكام و القرارات القضائية الصادرة من جهة قضائية مختصة بشأن نزاع محدد[7] .

ب- الاتجاه الموسع لمفهوم لحكم الأجنبي القابل للتنفيذ

وسع هذا الاتجاه في مفهوم الحكم القضائي الأجنبي فيرى أنه:" كل قرار يصدر من جهة تتولى القضاء في خصومة أو في غير خصومة و لو لم يكن فاصلا في نزاع"،[8]كما

---

[1] –نقلا عن أحمد عبد النور، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 3

[2] –نقلا عن شريفة ولد الشيخ، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 28 جوان 2015، ص20

[3]- نقلا عن نور الدين زرقون، محاضرات تنفيذ السندات الأجنبية، مقياس تنفيذ السندات الأجنبية، القيت على طلبة سنة أولى ماستر تخصص العلاقات الدولية الخاصة،2014/2013، ص 4

[4]- المرجع نفسه، ص 5

[5]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص157

[6]- نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص 5

[7]- نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص5

[8]-نقلا عن شريفة ولد شيخ، مرجع سابق ، ص 23

عرف بأنه:" الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقا للنظام القانوني السائد في دولة معينة"،[1] فالحكم القضائي الأجنبي حسب هذه التعريفات هو كل قرار صادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقا للنظام القانوني في الدولة التي أصدرته، و يشمل كل الأحكام حتى تلك التي تصدرها هيئات إدارية أو دينية، فليس هناك ما يمنع من اعتبار هذه الأحكام أحكام أجنبية قابلة للتنفيذ متى خولت الهيئة اختصاص الفصل في بعض النزاعات من قبل السلطة القضائية،و عليه يدخل في مفهوم الحكم الأجنبي كل من السندات الرسمية و كذلك أحكام المحكمين الأجنبية،[2] و قد أخذ بالمفهوم الواسع للحكم الأجنبي جل التشريعات المقارنة المقارنة بما فيها المشرع الجزائري الذي عدد في المادتان 605 و 606 ق ا م ا السندات التنفيذية الأجنبية الجائز تنفيذها و ذكر على سبيل الحصر الأحكام القضائية الأجنبية القابلة للتنفيذ أمام الجهات القضائية الجزائرية المختصة، و هي تلك الأحكام و الأوامر و القرارات القضائية التي يشترط للاعتراف بها أن تتوفر على صفة الحكم الذي يعد السند الفاصل قضائيا أو ولائيا في نزاع معين و صادر عن هيئة نظامية مختصة تملك سلطة إصدار الأحكام ، كما يجب أن تتوفر فيه صفة الأجنبية فيجب أن يكون صادرا عن هيئة قضائية تتمتع بسلطة البث في النزاع المعروض عليها باسم سيادة أجنبية، كما يجب أن يتعلق الحكم بمسائل القانون الخاص أي تلك المسائل التي يكون أحد أطرافها أجنبي كالأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كانحلال الزواج و آثاره،[3] كما يجب أن تتوافر فيه عدة شروط بدونها لا يمكن صدور الحكم بتنفيذه.[4]

الفرع الثاني: شروط تنفيذ الحكم الأجنبي أمام الجهات القضائية الجزائرية

لتنفيذ الحكم الأجنبي أمام الجهات القضائية الجزائرية وضع المشرع الجزائري بعض الشروط التي يجب أن يستوفيها هذا الحكم لمنحه الصيغة التنفيذية، فالمشرع الجزائري يرفض تنفيذ أي حكم أو قرار صادر عن جهات قضائية أجنبية ما لم يكن يحمل الصيغة التنفيذية

[1]- نقلا عن أحمد عبد النور، اشكالية تنفيذ الاحكام الاجنبية، مرجع سابق، ص3
[2]- نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص5
[3]-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص 243-244
[4]-أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 157

من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، حيث أورد المشرع الجزائري هذه الشروط في نص المادة 605 ق ا م ا،[1] و التي يتم تحليلها فيما يلي:

الشرط الأول: ألا تتضمن ما يخالف قواعد الإختصاص

يجب على القاضي الذي ينظر في طلب منح الصيغة التنفيذية للحكم الاجنبي ان يتأكد من أن هذا الحكم قد صدر من محكمة مختصة، و يجب أن يكون الحكم المراد تنفيذه أمام الجهات القضائية الجزائرية صادر عن هيئة قضائية باسم دولة أجنبية كما يجب أن يكون صادر في مادة من مواد القانون الخاص،[2] و الملاحظ أن المادة605 ق ا م ا لم تحدد القانون الذي يتوجب الرجوع اليه للتأكد من ذلك، هل هو القانون الجزائري كونه قانون بلد التنفيذ او قانون الدولة التي أصدر قضاؤها الحكم،[3] لذا نرى أن إختصاص المحاكم في التشريع الجزائري يكون في بعض النزاعات وجوبيا و في البعض الآخر يكون جوازيا، فإذا كان وجوبيا تعمل على اعتبار الحكم الأجنبي بأنه صدر عن محكمة غير مختصة دوليا فيرفض منحه الأمر بالتنفيذ، أما إذا كان جوازيا يتم الرجوع إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي في قانون الدولة المصدرة للحكم أو القرار الأجنبي فيما إذا كانت القواعد مختصة في ذلك تعمل على منحه الأمر بالتنفيذ،[4] و بناءا على ذلك يقوم القاضي المطلوب منه الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بفك الرابطة الزوجية و نزاعات الحضانة التأكد من إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم و هو ما يعرف بالرقابة القضائية التي وردت في المادة 605 الفقرة 1 من ق ا م ا التي نصت على انه:".... ان لا يتضمن ما يخالف قواعد الإختصاص".[5]

الشرط الثاني: ان يكون الحكم حائز لقوة الشيء المقضي به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه

إن حيازة الحكم الأجنبي على قوة الشيء المقضي به يدل على خلوه من كل العيوب الإجرائية و الموضوعية التي يمكن أن تشوبه، فهذا الشرط تقتضيه مبادئ العدالة إذ لا يجوز

[1]-جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص 67

[2]-الزهرة مقداد، انحلال الزواج المختلط و اثره في ممارسة الحضانة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حمه لحضر، الوادي، 2017/2016، ص57

[3]-جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص68

[4]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص327-328

[5]- القانون رقم 08-09، السالف الذكر

تنفيذ حكم لم يصبح بعد حسب بلد صدوره باتا و قابلا للتنفيذ،[1] و الهدف منه هو استلزام أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، وهذا ما يعني وجوب أن يكون الحكم قابلا للتنفيذ،[2] فهذا الحكم يجب أن يكون نهائيا و تتحقق هذه الصفة في الحكم متى استنفذت في شأنه طرق الطعن العادية، فإن لم يحز الحكم الأجنبي قوة الشيء المقضي به يصبح قابل للطعن في الدولة التي صدر فيها ، فلا يجوز للقاضي تنفيذ أي حكم لم يحز تلك القوة التي يصبح بها نهائي و بات.[3]

و قد تبنى المشرع الجزائري هذا الشرط على غرار غيره من التشريعات، فيتعين على القاضي الجزائري ان لا يمنح الصيغة التنفيذية إلا للأحكام التي توافر فيها قدر من الثبات و الإستقرار في الدولة التي صدرت فيها، لكن متى كانت تلك الأحكام متعلقة بسير الدعوى لدى المحكمة و خاصة بالتحقيق فإنها تنفذ بطريق الإنابة القضائية،[4] و هذا ما جاءت به الفقرة الثانية من نص المادة 605 ق ا م ا "....حائزة لقوة الشيء المقضي به".[5]

الشرط الثالث: عدم مخالفة الحكم الأجنبي حكم وطني صادر في نفس الموضوع

جاء في الفقرة الثالثة من نص المادة 605 ق ا م ا:" ...ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، و أثير من المدعى عليه" و التي نرى من خلالها انه اذا صدر حكم وطني في موضوع ما، لا يجوز تنفيذ حكم أجنبي يتعلق بنفس الموضوع، فإذا كان الحكمان متماثلان ينفذ الحكم الوطني ولا مبرر لمنح الصيغة التنفيذية للحكم الاجنبي، اما إذا كانا متناقضين ولا يمكن التوفيق بينهما ينفذ الحكم الوطني و يستبعد الحكم الاجنبي، و هذا يتوقف على تمسك المدعى عليه في دعوى طلب التنفيذ بهذا الدفع.[6]

الدفع.[6]

لم يبين المشرع الجزائري اذا كان التعارض مشروط فقط في الأحكام الحائزة قوة الشيء المقضي فيه في الجزائر ام يكفي ان تحوز حجية الشيء المقضي فيه.[7]

---

[1]-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص 248

[2]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 329

[3]-نجاة دهامنة، تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الأجنبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015-2016، ص50

[4]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 180-181

[5]-القانون رقم 08-09 السالف الذكر

[6]-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص249

[7]-نوزية شبورو، مرجع سابق، ص234

الأمر الراجح هو ان يكون الحكم او القرار قد اكتسب قوة الشيء المقضي فيه، و يبقى على الخصم اثارة الدفع بهذا التعارض الدعوى المرفوعة امام القضاء الوطني من اجل منح الصيغة التنفيذية للحكم او القرار الاجنبي، و ليس للمحكمة ان تثير ذلك من تلقاء نفسها مادام المشرع لم يشر الى ذلك صراحة و ترك ذلك معلق على اثارة المدعى عليه و هو صاحب الدعوى التي الهدف منها هو منح الصيغة التنفيذية للحكم او القرار القضائي الاجنبي،[1]و بناءا على ذلك اذا صدر حكم عن القضاء الوطني يحكم بفك الرابطة الزوجية بين جزائري وفرنسية و يمنح الحضانة للأب، في حين صدر في نفس الوقت حكم عن القضاء الفرنسي يقضي بفك الرابطة الزوجية و منح الحضانة للأم، يتعين على قاضي الصيغة التنفيذية الجزائري رفض منح الأمر بالتنفيذ لتعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني من جهة و لتعارضه مع النظام العام الوطني من جهة اخرى.[2]

الشرط الرابع: عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر

يُرفض طلب التنفيذ إذا تبين لقاضي الصيغة التنفيذية الجزائري أن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه فيه ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر،[3] فيتدخل النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية للحيلولة دون إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في قضايا الزواج المختلط التي تبدو متعارضة مع الأسس الجوهرية المتعارف عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها.[4]

و من الاجتهادات القضائية في هذه المسألة رفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بإسناد حضانة بنتين إلى أمهما نظرا لكون الحكم الأجنبي أسند الحضانة للأم الموجودة في فرنسا، فمن شأن وجود البنتين هناك أن يغير من اعتقادهما و يبعدهما عن دينهما و عادات قومهما فضلا عن كون الأب له حق الزيارة و بعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، هذه من الأسباب الواقعية التي أسس عليها المجلس الأعلى قراره، و يستنتج منها أن ما قضى به الحكم الأجنبي يخالف النظام العام الجزائري مما يلزم القضاء برفض تنفيذ القرار في الجزائر،[5]

[1]- نورية شبورو، مرجع سابق، ص 234
[2]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص181
[3]-نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص44
[4]- نورية شبورو، مرجع سابق، ص 238
[5]-رزيقة قريشي، تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، مجلة العلوم القانونية و السياسية، العدد 17، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، جانفي 2018،ص 740

و قد يكون رفض الصيغة التنفيذية للحكم كاملا مما يؤدي إلى استبعاد تنفيذه كاملا، أو يكون الرفض جزئيا يقتصر على عنصر أو عدة عناصر من القرار الأجنبي، و يتم منح الصيغة التنفيذية للعناصر الأخرى، بمعنى أن منح الصيغة التنفيذية جزئيا جائز و مقبول، و على هذا الأساس يبدو من الممكن منح الصيغة التنفيذية فيما يتعلق بالطلاق و رفضها بالنسبة لحضانة الأولاد.[1]

كما توجد شروط أخرى يجب على القاضي الوطني مراعاتها و هي الشروط المنصوص عليها في الإتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر، أي في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر ، فيستوجب على القاضي الوطني تطبيق الشروط الموجودة في الإتفاقية أولا نظرا لسمو المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية ومن بين هذه الإتفاقيات:

- اتفاقية التعاون القانوني بين دول اتحاد المغرب العربي المؤقتة براس لانوف بليبيا بتاريخ 10 مارس 1991، التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم التشريعي 94-06 المؤرخ في 13 أبريل 1994، ج،ر رقم 43 لسنة 1994 و التي حصرت الشروط المطلوبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في المادة 37
- اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين الدول العربية المبرمة في 06 ابريل 1983 التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي 01-47 في 11 فبراير 2001، ج،ر رقم 11 لسنة 2001.[2]

المطلب الثاني:إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بالحضانة في الجزائر و الآثار المترتبة عنه

إضافة الى الشروط السالف ذكرها و التي يجب توافرها في الحكم الأجنبي لتنفيذه أمام الجهات القضائية الجزائرية، يجب الحصول على تأشيرة من القاضي الآمر بالتنفيذ لمنح القوة التنفيذية للحكم الأجنبي ليصبح قابلا للتنفيذ،[3] فطلب تنفيذ هذا الأخير في الجزائر يتطلب مجموعة من الإجراءات يقوم بها طالب التنفيذ، أولها رفع دعوى أمام الجهات

[1]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 334
[2]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص 250-251
[3]-نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص 47

القضائية المختصة، بعدها يستوجب عليه تكوين ملف يشتمل على جميع الوثائق التي من شأنها أن تؤدي إلى قبول طلبه[1](الفرع الأول)، حينها تنتج بعض الآثار تتمثل في صدور أمر بالتنفيذ يؤدي إلى إمهار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية[2](الفرع الثاني)، و بهذا الصدد اعتنق المشرع الجزائري نظام المراقبة ، كصورة من صور نظام الأمر بالتنفيذ لسهولته و ملائمته للاعتبارات الدولية، و نظمه بموجب نصوص قانونية داخلية و دولية، إذ حدد الجهة القضائية المختصة لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ في ق ا م ا و حدد في القانون الإتفاقي مختلف الوثائق التي يلتزم طالب التنفيذ بتقديمها أمام الجهة القضائية المختصة.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة و الوثائق الخاصة بدعوى طلب التنفيذ

يرفع طلب الأمر بالتنفيذ إلى الجهة القضائية المختصة لدى الدولة المطلوب منها التنفيذ، حيث حدد المشرع الجزائري المحكمة المختصة بمنح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في المادة 607 ق ا م ا[3] التي تنص على ما يلي:" يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر و الأحكام و القرارات و العقود و السندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ"،[4] فلإصدار أمر تنفيذ الأحكام الأجنبية ذات الصلة بانحلال الزواج المختلط و ما يترتب عنه من آثار، و المطلوب تنفيذها داخل الإقليم الجزائري، ينعقد الإختصاص إما للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي و التي يوجد في دائرة اختصاصها محل التنفيذ أو للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي التي يوجد في دائرة إختصاصها محل التنفيذ و ذلك بإخطار الجهة القضائية بموجب طلب منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية،[5] فترفع الدعوى و تنعقد الخصومة طبقا للإجراءات العادية في ق ا م ا و يجب تكليف المنفذ عليه بالحضور حضورا صحيحا،[6] و يكون الحكم قابلا للطعن بكافة الطرق المقررة

[1]- جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص 71
[2]-نور الدين زرقون، المرجع السابق، ص48
[3]- أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 182
[4]-القانون رقم 08-09 السالف الذكر
[5]-نورية شبورو، الزواج المختلط و تأثيره على حال الزوجين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 253
[6]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مرجع سابق، ص254

في ق ا م ا الجزائري،[1] أما إذا رفعت الدعوى أمام جهة قضائية غير تلك المذكورة في المادة 607 ق ا م ا فإنها تكون غير مختصة طبقا لما جاء في المادة 36 ق م ج التي نصت على أنه:" عدم الإختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى"،[2] و في حالة عدم وجود المنفذ عليه توجه الإجراءات ضد النيابة العامة كطرف أصلي أو كطرف منظم".[3]

و بالنسبة للقسم القضائي المختص يلاحظ بأنه لا يوجد نص قانوني يحدد القسم المختص بنظر طلب التنفيذ داخل هذه المحاكم، فالبعض رأى بأن القسم المدني هو الذي يرفع إليه طلب منح الأمر بالتنفيذ حتى و لو كان الحكم الأجنبي صادر عن محكمة تجارية أو محكمة أحوال شخصية.. إلخ ، في حين رأى البعض الآخر أنه يفترض في هذه الحالة أن يرجع الإختصاص للقسم المماثل لذلك الذي أصدر الحكم الأجنبي،[4] إلا أنه و مراعاة لمبدأ التخصص القضائي فالأمر الراجح هو الأخذ بالرأي الأخير لكونه أكثر توفقا و منطقا، حيث يقدم كل طلب تنفيذ أمام القسم المختص المماثل لذلك الذي أصدر الحكم الأجنبي، فيقدم طلب تنفيذ حكم صادر عن محكمة الأحوال الشخصية متعلق مثلا بمسألة من مسائل الحضانة في الزواج المختلط أمام قسم الأحوال الشخصية،[5]

و بناءا على ما سلف ذكره تخول دعوى الأمر بالتنفيذ للقاضي التأكد من توافر الشروط المقررة قانونا لمنح الأمر بالتنفيذ، و عليه يتعين على المدعي في دعوى الأمر بالتنفيذ إرفاق الطلب بمجموعة من الوثائق التي تم تحديدها في الإتفاقيات المبرمة مع الجزائر.[6]

- **الوثائق الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ:**

[1]-جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص72
[2]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص341
[3]- الطيب زروتي ، مرجع سابق، ص 254
[4]-نورية شبورو، مرجع سابق، ص 254
[5]- نورية شبورو، مرجع السابق، ص254
[6]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 166

لم يحدد ق ا م ا الجزائري بيان للوثائق التي يلتزم طالب تنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بحل نزاعات الحضانة في الزواج المختلط بتقديمها أمام الجهة القضائية المختصة، لكن بالرجوع إلى طبيعة الدعوى التي تفترض وجود حكم أجنبي و بالنظر إلى الشروط المقررة قانونا لمنح الأمر بالتنفيذ و استئناسا بالاتفاقيات السارية المفعول في الجزائر في نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية يمكننا إجمال هذه الوثائق[1] التي لا يمكن أن تتم بدونها إجراءات التنفيذ فيما يلي:

1. صورة رسمية للحكم تتوفر فيه الشروط اللازمة لإثبات صحتها
2. صورة رسمية عن محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه
3. شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا و حائزا لقوة الأمر المقضي به ما لم يكن ذلك منصوص عليه في الحكم ذاته
4. نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة إلى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة
5. يجب أن تكون الوثائق المذكورة مصحوبة بترجمة رسمية للغة العربية[2]

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

- الإتفاقية الجزائرية التونسية المادة 24
- الإتفاقية الجزائرية المصرية المادة 21
- الإتفاقية الجزائرية الفرسية المادة 06 و غيرها[3]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تنفيذ الأحكام الأجنبية أمام الجهات القضائية الجزائرية

[1]-جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص 71
[2]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 340
[3]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص167-170

لما كانت دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي ذات طبيعة خاصة باعتبار موضوعها ينصرف إلى منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي قصد تنفيذه في الجزائر فإن مضمون الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يمكن أن يخرج عن إحدى الصورتين:

- الحكم بمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي
- أو رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي[1]

1-**منح الأمر بالتنفيذ:** إذا تأكد القاضي الجزائري من توافر الشروط اللازمة للأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة في الزواج المختلط، التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 605 ق ا م ا فيقضي بمنح الصيغة التنفيذية ليرتب آثاره في الإقليم الوطني سواءً تلك المتعلقة بحجية الأمر المقضي فيه أو بالقوة التنفيذية .[2]

أ- **حجية الأمر المقضي فيه:** إن المقصود بحجية الحكم الأجنبي، هو منع عمال القضاء من إعادة النظر في النزاع الذي فصل فيه بموجب الحكم القضائي، و عليه يمنع القاضي الجزائري من إعادة النظر في دعوى انحلال الرابطة الزوجية و آثارها "الحضانة" التي سبق للقضاء الأجنبي الحكم فيها مع احترامه للشروط المحددة قانونا،[3] أي أن الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي يكون من أثرها الحسم في النزاعات، فلا تجوز إثارتها مرة أخرى أمام القضاء فتثبت الحجية للحكم القضائي القطعي بمجرد صدوره سواءً كان قابلا للطعن أم لا.[4]

و قد تباينت التشريعات المقارنة بخصوص هذا الأثر، حيث يتجه القانون الألماني إلى الإعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي فيه بعيدا عن تنفيذه الجبري ، في حين يرفض القانون الفرنسي الإعتراف للحكم بالتنفيذ،[5] و سند هذا الرفض أن قوة التنفيذ و حجية الأمر المقضي فيه هما وجهان لمسألة واحدة هي تنفيذ الحكم، فقوة التنفيذ حين تستعمل يصل بها صاحب الحق إلى حقه جبرا، و الحجية حين يتمسك

[1]- الزهرة مقداد، مرجع سابق، ص 61
[2]- نورية شبورو، مرجع سابق، ص256
[3]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص198
[4]-أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 186
[5]- فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 199

بها تؤدي إلى إقرار الحق، و هذا هو المعمول به في الجزائر حيث يترتب على منح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي أجنبي ثبوت حجية الأمر المقضي فيه لهذا الحكم و هو ما قررته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/03/28.[1]

ب- **اكتساب الحكم الأجنبي قوة التنفيذ:** المقصود بقوة التنفيذ، قابلية الحكم للتنفيذ الجبري على الأموال و الأشخاص بواسطة الجهة التي يناط بها التنفيذ و بمعاونة السلطات المختصة و لو باستعمال القوة عند اللزوم، و الراجح فقها هو أن القوة التنفيذية تكون للحكم من وقت صدور الأمر بالتنفيذ لأن آثار هذا الأمر بالنسبة لتلك القوة أثر منشئ و شأن هذه القوة هي ذات القوة التي يتمتع بها أي حكم وطني،[2] و لقد عالج المشرع الجزائري هذا الأثر في المادة 605 ق ا م ا التي نصت على أنه:" لا يجوز تنفيذ الأحكام و الأوامر و القرارات الأجنبية إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية"،[3] فقبل صدور حكم عن المحاكم الوطنية بمنح الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية فإنها لا تتمتع بأية قوة تنفيذية و هو ما أشار إليه أيضا القانون الإتفاقي حيث تنص المادة 41 من اتفاقية راس لانوف للتعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي على أنه:" لا يمكن أن تنفذ إجباريا الأحكام المشار إليها في المادة 37 و يتخذ في شانها أي إجراء رسمي ببلد أحد الأطراف المتعاقدة إلا بعد الأمر بتنفيذها في هذا البلد"،[4] و تسترجع الأحكام الأجنبية قوتها التنفيذية بمجرد دخوله الإقليم الجزائري، فالصيغة التنفيذية للحكم تفتح للمدعي باب مباشرة إجراءات التنفيذ لكن هذه الأخيرة تكون وفق ما هو مقرر لتنفيذ الأحكام الوطنية، و تكون مباشرة هذه الإجراءات عن طريق المحضر القضائي الذي يكلف بإتخاذ كامل الإجراءات اللازمة ضد المحكوم عليه، و يتمثل أول إجراء بمباشرة المحضر القضائي في التكليف بالتنفيذ، كما يسري الحكم بالتنفيذ أثره على جميع أطراف الدعوى المطلوب لها أمر التنفيذ و في كل التراب الوطني،[5] كما يسمح ذلك الحكم المتعلق بالصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي بأن ينتج آثاره ابتداءً من تاريخ الحصول على أمر التنفيذ و كذا تدابير

[1]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 346
[2]-أمينة رحاوي، مرجع سابق ، ص185
[3]- القانون رقم 08-09 السالف الذكر
[4]- الزهرة مقداد، مرجع سابق، ص 62
[5]-نجاة دهامنة، مرجع سابق، ص71

التنفيذ، كما لو صدر حكم من المحكمة التي منحت الأمر بتنفيذه عند تاريخ الحصول عليه و ذلك ما أكده القانون الإتفاقي في المادة 24 من الإتفاقية الجزائرية المغربية و المادة 23 من الإتفاقية الجزائرية التونسية و المادة 5 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية.[1]

2- رفض منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية:

قد لا تتوفر الشروط اللازمة في الحكم الأجنبي المتعلق بنزاع في مجال الحضانة في الزواج المختلط، الأمر الذي يجعل القاضي يرفض منحه الصيغة التنفيذية، فيكون الأمر الصادر بالرفض حائزا لحجية الأمر المقضي فيه، فلا يجوز التقدم بطلب تجديد بغية تنفيذ ذات الحكم كونه حائزا لحجية الشيء المقضي فيه،[2] و يمكن للقاضي منح الصيغة التنفيذية لجزء من منطوق الحكم الأجنبي و رفض الجزء الآخر إذا كان يتعارض مع النظام العام و قابلا للانفصال، و يكون المتضرر من الحكم الصادر في دعوى التنفيذ حق الطعن فيه بالطرق المقررة في القانون الجزائري بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الإبتدائية،[3] غير أن ذلك الرفض لا يمنع من رفع دعوى مبتدئة أمام القضاء الجزائري للمطالبة بنفس الحق الذي تقرر بمقتضى الحكم الأجنبي الذي رفض تنفيذه.[4]

و يتفق الفقه و القضاء في فرنسا على أن الحكم مجردا عن الأمر بتنفيذه في الدولة، يمكن أن يكون دليلا في الإثبات بحيث أنه يجوز لقضاء هذه الدولة أن يستخلص من هذا الحكم معلومات أو قرائن يعتمد عليها في نزاع معروض عليه،[5] فرفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يفصل في مسألة من مسائل الزواج المختلط كإسناد الحضانة لا يعني تجريده من كل قيمة قانونية في الدول المطلوب تنفيذ الحكم فيها، فيمكن الاعتماد على ما جاء في الحكم

[1]- فاطمة زهرة، جندولي، مرجع سابق، ص208
[2]-نورية شبورو، مرجع سابق، ص257
[3]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص347
[4]-نورية شبورو، مرجع سابق، ص257
[5]-أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص189

من مستندات و أوراق و اتخاذها كدليل على ما ثبت فيه من وسائل الإثبات كالإقرار و اليمين و سماع الشهادة.[1]

كما يمكننا النظر إلى الحكم الأجنبي مجردا من الأمر بتنفيذه بوصفه واقعة قانونية، لا بوصفه حكما و هذا ما ذهب إلية الفقه و القضاء الفرنسي،[2] حيث تترتب عليه بوصفه واقعة قانونية آثار تخص العلاقة القانونية التي صدر الحكم بشأنها.[3]

و بناءا على ما سبق ذكره ، يؤكد القضاء الجزائري على الأثر الواقعي للحكم الأجنبي، و هو ما اتضح في قضية طلاق الزوجين الجزائريين المقيمين بفرنسا، و التي ترتب عليها إلى جانب الطلاق لإسناد حضانة الأولاد إلى الأم، و إلزام الأب بدفع نفقة غذائية شهرية، إلا أنه من خلال حيثيات القضية، يتضح أن الأب و بعد أن تمكن من استرجاع الأولاد و إدخالهم إلى مدرسة جزائرية، لجأ إلى القضاء الجزائري، مطالبا الحكم على الأم باسترجاع مبلغ النفقة الذي سحبته من البنك دون وجه حق مادام أن الأولاد عنده، و لكن يتبين أن القاضي الجزائري رفض طلبه و أسس رفضه بالإستعانة بالحكم الأجنبي الفرنسي الذي أسند الحضانة للأم بصفة قانونية، إذ كان عليه رفع دعوى إسقاط الحضانة في وقتها.

و عليه يتضح أن القاضي الجزائري اعتد بالحكم الأجنبي الذي أسند الحضانة للأم كواقعة عند نظره في دعوى أحقية الأم بمبلغ النفقة دون أن يتم تنفيذ ذلك الحكم على الإقليم الجزائري.[4]

[1]-نورية شبورو، مرجع سابق، ص 257
[2]-أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 189
[3]-نورية شبورو، مرجع سابق، ص258
[4]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 195-196

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على الحضانة

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة

من أهم المواضيع القانونية التي تنشأ عن العلاقات الدولية الخاصة كون هذه الاخيرة تعد أرض خصبة لتنازع القوانين، نجد حضانة الأولاد الناتجين عن زواج مختلط أي أن أحد أطراف العلاقة أجنبي، حيث تثير الحضانة في هذا المجال الكثير من الإشكالات المعقدة من بينها تحديد القانون الواجب التطبيق و ذلك لاختلاف تعاطي التشريعات معه نتيجة غياب قاعدة اسناد خاصة بالحضانة في معظم التشريعات، و هو ما فسح المجال للفقه و القضاء لتحديد القانون الانسب لحل النزاع و ذلك ما أدى أيضا إلى تضارب الآراء في تكييف الحضانة و بالتالي الاختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق و بهذا الصدد سعت الدول إلى إبرام اتفاقيات لمعالجة إشكالية تنازع القوانين في مسائل الحضانة، و من خلال هذا الفصل سنتناول في المبحث الأول مضمون الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و سنتعرض في المبحث الثاني للضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

المبحث الأول: مضمون الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: تعريف الحضانة و شروط استحقاقها

تعد الحضانة من أعظم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل، فالحضانة هي رعاية الطفل و حمايته و حفظه من كل سوء و تعليمه و تربيته على ديننا الحنيف، و هي من أبرز الآثار التي تنجر عن انحلال الرابطة الزوجية، لذا نظمها المشرع الجزائري بموجب أحكام قانون الأسرة الجزائري في المواد من 62 إلى 72.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

- **لغة:** عرفت الحضانة لغة بأنها: " الحضن بكسر الحاء و سكون الضاد و هو الصدر و العضدان و ما بينهما، و الجمع أحضان و منه الاحتضان و هو احتمال الشيء و جعله في الحضن، و الحضانة مصدر الحاضن، و يقال الحاضنة و

الحاضن و هما موكلان بالصبي يحفظانه و يربيانه"،[1] و عُرفت أيضا بأنها:" الحضانة مشتقة من الحضن و هو ما دون الابط إلى الكشح و قيل هو الصدر و العضدان و ما بينهما و هو احتمال الشيء و جعله في الحضن كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها"[2]

- **اصطلاحا:** عرفها أحمد نصر الجندي بأنها:" الحضانة هي تربية الصغير أو الصغيرة و رعايته و حفظه و الإشراف عليه، و هي تقوم على عجز الصغير في أول حياته عن النظر لنفسه و القيام وحده بحوائجه و عدم إدراكه ما ينفعه و ما يضره"،[3] كما عرفها النووي من الشافعية بأنها:" القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره و تربيته بما يصلحه و وقايته عما يؤديه[4] "

يلاحظ من خلال هذه التعريفات أن المقصود من الحضانة تربية المحضون و تنشئته تنشئة سليمة على العقيدة الإسلامية و الأخلاق الفاضلة و تربية جسمه و عقله و وجدانه و إصلاح سائر شؤونه مما هو في حاجة إليه من تنظيف و لباس و مأكل و مشرب و غير ذلك.[5]

- **قانونا:** اختلفت التعابير في تعريف الحضانة من دولة إلى أخرى إلا أن هدفها واحد ألا و هو مصلحة الطفل المحضون، فقد عرفها القانون العراقي بأنها:" تربية الولد و تدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا، و المحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه و تربيته بما يصلحه و يقيه مما يضره".[6]

كما عرفها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 27 لسنة 2005 في مادته 143 بأنها : "حفظ الولد و تربيته و رعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس"،[7] و قد أوردت كذلك المادة 54 في مجلة الأحوال الشخصية التونسية تعريف

[1]- نقلا عن أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية، مصر 2003، ص 7
[2]- نقلا عن محمود علي السطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، 1431هـ/2010م، ص 361
[3]- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 7
[4]- محمد الحسن البغا، وقت الحضانة و رؤية الطفل(الإرادة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 18، العدد1، جامعة دمشق، كلية الشريعة، 2002، ص2
[5]- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص7
[6]- انظر سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص17
[7]-المرجع نفسه، ص 17

الحضانة بقولها:" الحضانة هي حفظ الولد في مبيته و القيام بتربيته"،[1] أما المشرع الجزائري فقد اورد تعريف الحضانة في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي:" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا"،[2] الملاحظ في هذا التعريف أن المشرع استعمل لفظ الولد بدلا من لفظ الصغير للخروج عن دائرة الصغير و الصغيرة اللذين لم يبلغا بعد، حيث أن المشرع أجاز في المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري للقاضي أن يمدد الحضانة إلى 16 سنة بالنسبة للذكر، و الأنثى ببلوغها سن الزواج المحدد قانونا بـ 19 سنة، حيث خالف المشرع تعريف الفقهاء في اعتبار المحضون يتجاوز سن الصغر و عدم الاحتلام إلى البلوغ الشرعي المراد لسن التمييز،[3] و في هذا الشأن يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 ق أ ج، احتوى على أهداف الحضانة و أسبابها و جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و البدنية.[4]

الفرع الثاني: شروط إسناد الحضانة

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

حيث يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة يجب توافرها في النساء و الرجال معا لتحقق الحضانة كحق لأحد الطرفين:[5]

[1]- مبروك بنموسى، مرجع سابق، ص441

[2]- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الأسرة

[3]- سارة خريسي، دعاوى الحضانة و اشكالاتها، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 20 اوث 1955، سكيكدة، جوان 2016، 2016، ص 3

[4]- - أمنة أمحمدي بوزينة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في اطار الزواج المختلط، مجلة الأجتهاد القضائي، المجلد 18، العدد 2، اكتوبر 2019، ص 170

[5]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص43

- **الشروط العامة:** يجب أن يكون الحاضن عاقلا فلا حضانة لمجنون أو معتوه كون هذه الفئة غير متمكنة حتى من إدارة أمورها،[1] فهم يفتقدون الإدراك و التمييز و يشكلون خطرا على المحضون بدلا من حمايته،[2] إضافة إلى شرط العقل يجب أن يكون الحاضن بالغا، فالحضانة جزء من الإلتزامات التي لا يصح أن يقوم بها إلا من كان مكتملا بالغا و قد حدد المشرع الجزائري سن البلوغ بـ 19 سنة،[3] كما يجب أن يكون الحاضن أمينا على أخلاق الصغير و تربيته و صيانته، و قادرا أي أن يكون الحاضن لا مريض مرض يعجزه حتى عن ولاية نفسه كالأعمى و الأصم و الأخرس، فلا تثبت الحضانة إلا لمن كان قادرا على تربية المحضون و حفظه،[4] و أن يكون الحاضن مسلما، فقد اختلف الفقه بشأن هذا الشرط فمنهم من اعتبره شرط لممارسة الحضانة " الشافعية و الحنابلة" فلا تسند الحضانة لغير المسلمة لأنها من الولاية، و أنه لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى: "و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"، في حين يرى البعض الآخر "المالكية و الأحناف" بأن الإسلام ليس شرط لممارسة الحضانة فيمكن أن تكون كتابية أو غير ذلك، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري باتخاذه المذهب المالكي كاتجاه بما ورد في المادة 62 ق أ ج في عبارة "تربيته على دين أبيه" و ليس دينها أي يكفي أن يكون الأب مسلما.[5]
- **الشروط الخاصة بالنساء:** يجب أن لا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي عن المحضون و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 66 ق أ ج، فالاتجاه الفقهي الذي نادى بسقوط الحضانة عن الأم بزواجها بغير أب المحضون أي بغير محرم، يؤسسون رأيهم بقول النبي صلى الله عليه و سلم للمرأة:" أنتِ أحق به ما لم تتزوجي" ، فقد جعل عليه الصلاة و السلام الحضانة حق للأم ما لم تتزوج،[6] كما

[1]- سهيلة بوحوية و فتيحة رشيدي، الحضانة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة،2015/2014، ص11

[2]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 43

[3]- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة واشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي،2015/2014، ص 23

[4]- سارة خريسي، مرجع سابق، ص 5

[5]- أمينة طغان، تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 20 اوث 1955، سكيكدة، جوان 2016، ص26

[6]- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 18

يجوز للأم المتزوجة بغير محرم حضانة ابنها في حالة عدم وجود من يحضن الصغير غير أمه، و أن لا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، و يبدأ حساب مدة الحضانة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة الكاملة وفقا لنص المادة 68 ق أ ج، و أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراضي، كما يشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم من المحضون أي من محارم الطفل كالأخت و الأم فلا حضانة لبنات العم و العمة، و بنات الخال و الخالة.[1]

- **الشروط الخاصة بالرجال:** أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى و مرد ذلك هو الخشية من الفتنة، و حدد الحنابلة و الحنفية سنها بسبع سنوات حذر الخلوة بها، كما يجب أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو عمة أو خالة ، فالمرأة لها القدرة على الصبر للتحمل و القيام بجميع أحوال الطفل على عكس الرجل فلا حضانة للرجل ما لم يكن عند من يحضن الطفل من النساء حسب رأي المالكية.[2]

و بناءا على ما سبق، و بالرجوع لنص المادة 64 ق أ ج التي نصت على:" الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"،[3] فالملاحظ أن الأم أولى بحضانة ولدها، حيث لا يثور أي إشكال إذا كانت الأم الأجنبية لا تزال مقيمة بالجزائر فيكون للأم الحق في الحضانة و الأب حق الزيارة و الرقابة على أبنائه،[4] إلا أن المشرع الجزائري عند حكمه للوالد بالحق في الزيارة دون رقابة و دون طلب لم يراعي مصلحة المحضون، فقد يتجاوز المحكوم له بحق الزيارة حدود اللياقة كاصطحاب الطفل المحضون إلى أماكن غير أخلاقية أو اختطافه، و هذا ما جاء عن عبد العزيز سعد كنقد لهذه المادة.[5] و بناءا على نص المادة 69 ق أ ج تسقط الحضانة عن الأم إذا أرادت الانتقال بالمحضون و الاستيطان به في بلد أجنبي(دولة غير

[1]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص47-48
[2]- أمينة طغان، مرجع سابق، ص 14
[3]- القانون رقم 84-11 السالف الذكر
[4]- أمينة طغان، مرجع سابق، ص47
[5]- أمنة أمحمدي بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، المجلد 3، العدد 5، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، مرجع سابق، ص 251

مسلمة)،[1] و سبب ذلك أن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه ، كما تثار إشكالية الحق في الزيارة المنصوص عليها في المادة 64 ق أ ج، حيث أن إسناد الحضانة مرتبط و مقيد بتربية الولد على دين أبيه، و قد صدرت في هذا الشأن العديد من الأحكام القضائية[2] .

ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى في 1989/1/2، وافق على القرار المطعون فيه رفض إعطاء صيغة تنفيذية لحكم أجنبي قضى بإسناد الحضانة للأم المقيمة في الخارج، مذكر بمبدأ مستقر عليه اجتهاده و هو في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخاصما على الأولاد في الجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة معتبرا وجود المحضون في الخارج يغير من اعتقاده و يبعده عن دينه و عادات قومه، و يحرم الأب من ممارسة حقه في الزيارة و رقابة ابنه، و قد اعتبر المجلس الأعلى هذه المسائل من النظام العام الذي يحول دون منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي[3] .

كما تسقط الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم، حسب ما جاء في نص المادة 66 ق أ ج، فقد جعل المشرع الجزائري قاعدة إسقاط الحضانة تارة قاعدة آمرة، و تارة أخرى قاعدة جوازية، عندما قضى بأن زواج الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة و يجب أن تخفف أمام متطلبات مصلحة المحضون التي يجب أن تقدم على كل اعتبار آخر،[4] فتزوج الحاضنة بغير قريب محرم لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة بقوة القانون بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي،[5] كما تسقط حسب نص المادة 67 ق أ ج إذا اختلت احدى الشروط المنصوص عليها في المادة 62،[6] و إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر و هذا ما جاء في نص المادة 68 من نفس القانون.[7]

[1]- فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 35

[2]- كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط2، دار هومه، 2007، ص 240

[3]- ملف رقم 52207، القرار الصادر بتاريخ 1990/01/28، الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص 27-30

[4]- أمنة أمحمدي بوزينة، ، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين و قرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية و الاقتصادية، المجلد 56، العدد 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشلف، ص 67

[5]- أمنة أمحمدي بوزينة، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص 258

[6]- القانون رقم 84-11 السالف الذكر

[7]- القانون رقم 84-11 السالف الذكر

المطلب الثاني: آثار الحضانة

رتبت الشريعة الإسلامية آثارا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين، و لما تتطلبه هذه الأخيرة من مجهود كبير في تربية المحضون و تنشئته تنشئة سوية فهي تتطلب أيضا توفير الحياة الملائمة و توفير كل ما يحتاجه المحضون لعيشه حياة كريمة، و ذلك بالإنفاق عليه و توفير مسكن ملائم، و قد نظم المشرع الجزائري ذلك ضمن أحكام قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: نفقة المحضون و أجرة الحضانة

عرفت النفقة بأنها" القيام بحاجة المنفق عليه التي لا غنى عنها فيدخل في ذلك الطعام و الشراب و الكسوة و السكن ونحوها من الحاجات الضرورية"،[1] فالنفقة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الفرد، لأنها تضمن قيام حياته و تلبية حاجياته الضرورية".[2]

و قد جاء في نص المادة 78ق أ ج :" تشمل النفقة الغداء و الكسوة و العلاج و السكن و اجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة"،[3] و هي واجب على الأب حسب حسب ما جاء في نص المادة 75ق أ ج التي نصت على:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[4]

من خلال استقراء المادة 75، يلاحظ أن نفقة المحضون سواء كانت غذاء أو لباس أو علاج إنما تجب من ماله الخاص، أما إذا لم يكن له مال، انتقلت النفقة إلى الأب و تستمر بالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول كما تنتهي بالاستغناء عنها بالكسب، و تقدير النفقة يعتبر مسألة موضوعية خاضعة لقاضي الموضوع،[5] أما إذا لم يكن الأب

[1]-نقلا عن سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 70
[2]-أمينة طغان، مرجع سابق، ص 27
[3]-القانون رقم 84-11 السالف الذكر
[4]-القانون رقم 84-11 السالف الذكر
[5]-سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، ص 153

موجودا أو عاجزا عن الكسب، تجب النفقة على الأم إن كانت قادرة طبقا لنص المادة 76، و في حالة عدم وجوده تجب النفقة على أصوله طبقا لأحكام المادة 77 ق أ ج، و قد عبر المشرع عن إعسار الأب بعبارة " عجز" و المقصود بها عدم القدرة التامة على الاسترزاق كإصابته بعاهة كالعمى، لا لكونه فقير أو متكاسلا، و ذلك ما سار عليه القضاء الجزائري، إذ أكدت المحكمة العليا في قرارا:

من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها و حق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي، إن قضاة الموضوع، بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة– الطاعنة– رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطئوا في تطبيق القانون.[1]

أما فيما يخص أجرة الحضانة و بالتمعن في نصوص المواد 75–76–77–78ق أ ج نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة، مما يستلزم العمل بنص المادة 222 التي تقضي بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، و بهذا الصدد فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة للقول بأن الحاضنة تستحق أجرة على محضونها الصغير، فإذا كانت الحاضنة في عصمة الأب فإنها لا تأخذ أجرة على حضانتها، فالأم المعتدة من طلاق رجعي لا تستحق أجرة على الحضانة وقت العدة عند الحنفية لأن لها النفقة على الزوج و المطلقة طلاقا بائنا لا تستحق أجرة على الحضانة لإستحقاقها النفقة زمن العدة، كما يروا أنها تستحق أجرة الحضانة لأنها بالنسبة للأب كالأجنبية،[2] أما المالكية يروا بأن الحاضنة لا أجرة لها على حضانتها سواءا كانت أما أو غير ذلك ، بغض النظر عن حالتها المادية، فإذا كانت فقيرة و لولدها المحضون مال أنفقت على نفسها منه، لكونها فقيرة و ليس لممارستها الحضانة.[3]

الفرع الثاني: سكن الحضانة

[1]- سامية بن قوية، مرجع سابق، ص 153-154
[2]-محمود علي السطاوي، مرجع سابق، ص 379
[3]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 75

تحتل الحضانة مكانة بارزة في المحيط الاجتماعي و الوسط القانوني لارتباط مصير مسكن الزوجية بها، لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة ثارت المشكلة حول توفير مسكن للحاضنة، حيث ازداد الأمر تعقيدا بأن العائلة لم تعد تتحمل ابنتهم المطلقة و اولادها، و أمام هذا الوضع تعددت النزاعات التي تشمل صراعا بين الزوجين بعد الطلاق.[1]

اختلف الفقهاء حول أحقية و عدم أحقية المحضون في السكن لهذا لا بد من التعرف على موقف كل منهم، حيث اتفق المالكية على أن السكن واجب على الأب فيما يخص المحضون و اختلفوا فيما يخص الحاضنة، و ورد مذهب المدونة أنها أيضا واجبة للحاضنة، و منهم من قال أن من المعسر بمعنى أن الحاضنة إذا أسرت دون الأب لم يكن على الأب سكنى، و إن أسر الأب دون الحاضنة لم يكن على الحاضنة شيء،[2] أما عند الحنفية فقد ورد في المتون و الشروح في المذهب الحنفي أن على الأب سكن الحاضنة و المحضون، و لكن اختلفوا فيهما يخص أجرة السكن، و تبين استقرار النصوص عندهم على وجوب دفع أجرة السكن و لو كانت الحاضنة تملك سكنا آخر تسكنه فعلا هي و المحضون ما دام السكن من النفقات الواجبة للوالد،[3] و بالنسبة للشافعية و الحنابلة اتفقوا على حق الصغير الفقير في أجرة السكن على أبيه إن كان موسرا، فكما تجب عليه أجرة الحضانة، تجب عليه أجرة المسكن أو اعداده إذا لم يكن للأم مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير، و هذه الأجرة تجب في حين قيام الحاضنة بها و تكون دينا في ذمة الأب لا يسقط إلا بالإبراء أو بالإداء، فالمقرر شرعا أن أجرة المسكن من أجرة الصغير.[4]

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري، فالمتعارف عليه أن الحضانة تسند للأم متى توافرت فيها الشروط المنصوص عليها في ق أ ج، لذا فهي بحاجة إلى بيت تمارس فيه حضانة الاولاد، و قد حسم المشرع الجزائري في مسألة السكن لممارسة الحضانة في ظروف ملائمة، و ذلك بموجب نص المادة 72ق أ ج التي تنص على :" في حالة الطلاق،

[1]-عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، ص 183

[2]-سهام كربال، الحضانة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2013/2012، ص59

[3]- سامية بن قوية، مرجع سابق، ص 148

[4]- ربيع بوقرة و مبروك زروقي، سكن المحضون في قانون الأسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2016، ص 21

يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".[1]

من خلال الفقرة الثانية من هذه المادة يلاحظ أن المشرع لم يكن موفقا بحصره الحاضنة في الأم المطلقة، إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون الحاضنة أما أو خالة أو أي حاضن آخر ممن ورد ذكرهم في المادة 64،[2] كما أن العمل بهذه المادة يؤدي إل تحليل ما حرمه الله لإبقاء المطلقة و المطلق في نفس البيت حتى و لو انتهت عدتها، و الجدير بالذكر أن وجود المطلق و المطلقة في نفس البيت سينتج عنه انشقاق و تناحر و صراع حاد داخل بيت المطلق، فتفقد الأسرة الاحترام الواجب تبادله بين الأبوين المطلقين أمام أطفالهما.[3]

و لتطبيق هذه المادة تطبيقا سليما و امكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بمسكن مناسب تقيم فيه هي و محضونها يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- ✓ أن تتوفر فيها شروط الحضانة
- ✓ أن يكون لها ولدا
- ✓ أن يكون الأبناء في سن ممارسة الحضانة
- ✓ أن لا يكون لها مسكن مستقل خاص بها

فإذا توافرت هذه الشروط اصبح حق المرأة الحاضنة أن يوفر لها المطلق سكنا، سواء كان طلاق المرأة قد حصل بإرادة الزوج المنفردة أو كان الطلاق بالتراضي أم كان تطليقا بناء على طلب الزوجة طبقا لما ينص عليه القانون لإن المبدأ العام حضانة الأولاد تكون للأم ما لم تحرم منها لسبب من الأسباب القانونية لذلك كأن تتنازل عنها صراحة.[4]

[1]- القانون رقم 84-11 السالف الذكر
[2]- سعاد يوبي، الحضانة ف القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 79
[3]- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004، ص 141
[4]- عيسى حداد ، مرجع سابق، ص 187

المبحث الثاني: الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

المطلب الأول:تحديد قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة

إن قواعد الإسناد هي تلك القواعد التي تشير للقانون الواجب تطبيقه على علاقة قانونية مشتملة بعنصر أجنبي، و هي قواعد وطنية يستأثر بها المشرع الوطني في كل دولة، لذا فهي تختلف من دولة لأخرى،[1] و قد اختلفت التشريعات بشأن قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة فالبعض خصها بقاعدة إسناد صريحة(الفرع الأول)، في حين سكت البعض الآخر بشأنها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: قاعدة الإسناد المنصوص عليها في بعض القوانين

- التشريع التونسي: حدد التشريع التونسي قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي تنص على أنه:" تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره و يطبق القاضي القانون الأفضل للطفل"،[2] فقد أخضع المشرع التونسي حضانة الطفل للقانون الأفضل له، و هو إما القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية في صورتي الطلاق و التفريق الجسدي بين الأبوين أو حالة إبطال عقد زواجهما و هذا القانون هو القانون الشخصي المشترك للأبوين أو قانون آخر مقر مشترك لهما أو قانون المحكمة عند عدم وجود قانون مشترك يجمع بينهما سواء على أساس اتحاد الجنسية أو وحدة المقر، أو قانون مقر الطفل، فالمشرع التونسي ترك الأمر بيد القضاة للأخذ بعين الاعتبار الحلول التي تحمي مصلحة المحضون.[3]

[1]-حسن محمد الهداوي و غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 87
[2]-مبروك بنموسى، مرجع سابق، ص441
[3]-المرجع نفسه، ص 442

إلا أن جانب من الفقه يرى أن في الأمر صعوبة على القاضي إذا كان أمام أطراف متنازعة مختلفة الجنسيات، ففي مرحلة أولى هو مطالب بالبحث و الدراسة و التحليل في عدة تشريعات، و في مرحلة ثانية يحدد القانون الأفضل للطفل و هذا يتطلب منه أن يكون على علم و دراية بكافة هذه القوانين المقارنة، فتعترضه صعوبة الإلمام بكل هذه القوانين.[1]

- التشريع الكويتي:يعد القانون الكويتي من التشريعات التي نصت صراحة على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة و ذلك من خلال نصها في المادة43 من القانون رقم 05 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها:" يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس و في الحضانة"،[2]و قد عالج و بصورة دقيقة و واضحة المسائل المتعلقة بالأبوة و البنوة و تصحيح النسب و التبني بموجب المواد 43،42،41، من نفس القانون و بالتالي فإن قانون جنسية الزوج هو القانون الواجب التطبيق على قضايا الحضانة.[3]
- التشريع العراقي: خص القانون العراقي المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية و الولاية و سائر الواجبات ما بين الآباء و الأبناء بقاعدة إسناد واحدة، و أخضعها لقانون جنسية الأب بموجب المادة 4/19 من القانون المدني، و بذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة،[4] و لهذا يمتد نطاق جنسية الأب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة و مدتها و سقوطها و أجرتها و مراتبها، إلا أن هذا القانون يتعطل إذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج بموجب المادة 5/19 من القانون المدني العراقي.[5]

الفرع الثاني: القوانين التي لم تخص الحضانة بقاعدة اسناد

[1]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 119
[2]-أمنة أمحمدي بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص 238
[3]-كحلة غالي، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مجلة القانون، العدد 9، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، ديسمبر 2017، ص164
[4]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 117
[5]- فراس كريم شيعان و حسين نماع نغميش، تنازع القوانين في الحضانة ،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص 165

من بين القوانين التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة نجد القانون الفرنسي، و القانون المصري:

- التشريع الفرنسي: من التشريعات التي جاءت خالية من أحكام خاصة بالحضانة، نجد التشريع الفرنسي الذي يكيفها على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، حيث اعتد في بعض أحكامه بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، لكن بعد الانتقادات الموجهة إليه من قبل الفقه قرر إتباع قانون جنسية الزوج وقت الزواج،[1] و قد سلم القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه في حكم أصدرته المحكمة المدنية في مدينة Lavale بتاريخ 1906/4/12 بصدد نزاع بشأن الحضانة عرض على المحكمة أثناء نظرها في مسألة إثبات بنوة شرعية، حيث أخضعت النزاع بشأن حضانة الابن الشرعي في هذا الحكم للقانون الإنجليزي باعتباره القانون الوطني المشترك للطرفين، و هو يخول للقاضي حتى أثناء استمرار علاقة الزواج أن يتعهد بالحفاظ على الأطفال و الأم، مع حفظ حق الأب في الزيارة و رؤية أطفاله إذا اقتضت مصالح الأطفال القصر اتخاذ مثل هذا الإجراء،[2] غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطليق،[3] فيطبق على الحضانة القانون الذي يحكم انحلال الزواج، و رغم تضارب الآراء في الفقه و القضاء الفرنسيين إلا أن الرأي الراجح ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة الطفل المحضون،[4] و كما جاء في اتفاقية لاهاي المنعقدة في 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، و ما اتجه إليه القضاء الانجليزي فتخضع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل على أساس أن ذلك المكان هو الذي ترتكز فيه حياة الطفل و علاقته بالغير.[5]

[1]-كحلة غالي، مرجع سابق، ص 166
[2]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 99
[3]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 34
[4]-أمنة أمحمدي بوزينة، محاضرات قواعد الاسناد في الأحوال الشخصية، القيت على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020/2019، ص 229
[5]-أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسية و القانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر ،سعيدة، جانفي 2011،ص 247

- التشريع المصري: إضافة إلى التشريع الفرنسي نجد أيضا التشريع المصري الذي لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة، كون هذا الأخير لم يستقر لفترة من الزمن على قانون واحد تخضع له الحضانة،[1] فقد اختلفت الآراء القضائية و الفقهية في مصر في ذلك فأخضعها لقانون الزوج وقت الزواج كون الحضانة تتعلق بالبنوة، و على هذا الأساس تم إدراجها ضمن الآثار الشخصية للزواج في تحديد القانون الواجب التطبيق،[2]و قد أكد القضاء المصري ذلك بعدة أحكام قضائية منها حكم صادر عن محكمة الإسكندرية الإبتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1952/02/26 منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي مجلد 8 لسنة 1952 ص 165،[3] وكان اتجاه آخر من الفقه قد كيف الحضانة على أنها ولاية على المال، فأخضعها لقانون الشخص الذي تجب حمايته إعمالا لنص المادة 16 من القانون المدني المصري التي نصت على أنه:" يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية و القوامة و غيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية و ناقصيها و الغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"[4]

غير أن غالبية الفقه المصري يجمع على أن الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج فيسري عليه القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية أي قانون جنسية الزوج وفقا لنص المادة 13 من القانون المدني المصري التي تنص على ما يلي:" أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق و يسري على التطليق و الانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".[5]

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الجزائري

على غرار التشريعات العربية و الأجنبية التي لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، نجد أيضا القانون الجزائري، و بالرجوع لنص المادة 09 ق م ج التي جاء في نصها:" يكون

[1]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 119-120
[2]-أمينة طغان، مرجع سابق، ص 51
[3]-أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 247
[4]-أمنة أمحمدي بوزينة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في اطار الزواج المختلط، مرجع سابق ،ص188
[5]-أمينة أمحمدي بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص239

القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"،[1] فطبقا لهذه المادة نرى أن تكييف العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي تخضع لقانون القاضي ، فإذا كان النزاع المتعلق بالحضانة معروض أمام القاضي الوطني فإن تكييفها يؤدي للقول بأنها من المسائل التي يختص بها ق أ ج التي نظمها المشرع في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول في المواد من 62 إلى 72 ق أ ج تحت عنوان آثار الطلاق.[2]

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

كيف المشرع الجزائري الحضانة على أنها أثر من آثار الطلاق فهي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 2/12 التي نصت على أنه:" يسري على إنحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"،[3] و مرد اختيار المشرع لقانون جنسية الزوج دون الزوجة يرجع لمركز الزوج داخل الأسرة مما يتمتع به من سلطات.[4]

غير أن المادة 2/12 وجهت لها العديد من الانتقادات منها أن اختيار المشرع للقانون الوطني للزوج يعتبر متعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين، كما أنه يمكن للزوج أن يغير جنسيته ما بين وقت الزواج و وقت رفع الدعوى مما يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بانعقاد الإختصاص إلى قانون لم تكن تتوقعه فيكون أكثر إضرارا بمصالحها.[5]

كما أن المشرع الجزائري أورد استثناءا في المادة 13 ق م ج بنصه:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"،[6] فقد استثنى المشرع الجزائري

[1]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم حسب أخر تعديل له بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية رقم 31 المؤرخة في 13 مايو 2007

[2]-احمد عبد النور، محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري، مرجع سابق، ص 53

[3]-الامر رقم 75-58 السالف الذكر

[4]-أمينة طغان، مرجع سابق، ص 44

[5]-كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص233

[6]-الأمر رقم 75-58 السالف الذكر

حالة ما إذا كان أحد أطراف العلاقة جزائري الجنسية و بذلك يخضع انحلال الرابطة الزوجية و آثارها للقانون الجزائري وقت انعقاد الزواج.

و بناءا على ذلك و طبقا لنص المادة 13 ق م ج، إذا ثار نزاع يتعلق بالحضانة و كان أحد أطراف العلاقة جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج فيطبق القانون الجزائري وحده، و ذلك ما يستوجب الرجوع لأحكام الحضانة الواردة في قانون الأسرة الجزائري في مواده 62 إلى 72.[1]

و قد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية و إيطالي،

أن المحكمة قد طبقت المادة 12 فقرة 2 من ق م ج، و التي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي و هو قانون الزوج، قدمت الزوجة طعنا طالبة بنقض الحكم الصادر في 1996/07/14 عن محكمة بئر مراد رايس، نظرا لمخافة تطبيق القانون من قبل المحكمة الإبتدائية، أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و 13 من القانون المدني.

جاء في حيثيات المحكمة العليا ما يأتي:

حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه، و لما كان ذلك أن آثار انحلال الزواج هي كذلك تخضع إلى القانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، و على هذا الأساس فإن الحضانة تخضع للقانون الجزائري.[2]

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

[1]-أمينة طغان، مرجع سابق، ص 46

[2]-ملف رقم 170082، القرار الصادر بتاريخ 1998/02/17، كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 238

من بين الجنسيات المتزاحمة فتطبق وحدها دون سواها، فهي تلعب دورا حاذفا مسبقا لكل إمكانية مفاضلة أو اختيار،[1] و هذا ما تبناه المشرع الجزائري كحل في المادة 2/22 ق م ج التي نصت:"... غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق، إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر، الجنسية الجزائرية، و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة"،[2] أما إذا لم تكن جنسية القاضي من بين الجنسيات التي يتمتع بها أحد أطراف النزاع فعلى القاضي أن يبحث عن الجنسية الفعلية،[3] فهو لا يملك الحق في ترجيح إحداها على الأخرى،[4] فنرى أن المشرع الجزائري اعتمد هذا الحل بنصه في المادة 1/22 ق م ج:" في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".[5]

أما في حالة انعدام الجنسية فهناك دول أعطت السلطة القدرية للقاضي المعروض أمامه النزاع في تحدي القانون الواجب تطبيقه، بينما قالت اخرى بتطبيق قانون آخر دولة ينتمي إليها الشخص أو قانون الجنسية البديلة التي تتمثل في جنسية الدولة التي ولد فيها إذا عرف مكان ميلاده،[6] و الرأي الراجح هو اسناد حضانة عديمي الجنسية لقانون الموطن أو محل الإقامة الحالي و هو ما أخذت به العديد من التشريعات بما فيها المشرع الجزائري الذي نص في الفقرة الثالثة من المادة 22 ق م ج على :" في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو محل الإقامة"،[7] أما فيما يسمى بالتنازع المتحرك(تغيير الجنسية)، اقترح الفقه اتجاهان أحدهما يقول بالاستبعاد المطلق للقانون الجديد استنادا على فكرة الحقوق المكتسبة، و اتجاه يقول بإعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، رغم أنه قد يتأتى حل مشكل التنازع المتحرك عن طريق المشرع مباشرة حيث يحدد سريان ضابط الإسناد زمنيا أي عن طريق ضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق، فقيد مسألة الحضانة التي تعتبر أثر من آثار الطلاق بوقت رفع الدعوى و هنا يكون كقاعدة عامة تحسم اشكالية المفاضلة بين قانونين متعاقبين،[8] وقد تبنى المشرع الجزائري الاستثناء الوارد

[1]-أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص20
[2]-الأمر رقم 75-58 السالف الذكر
[3]-أمنة أمحمدي بوزينة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في اطار الزواج المختلط، مرجع سابق، ص 182
[4]-كحلة غالي، مرجع سابق، ص169
[5]-الأمر رقم 75-58 السالف الذكر
[6]-أحمد عبد النور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص25
[7]- - أمينة رحاوي، مرجع سابق، ص 21
[8]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 159-160

في المادة 13 من ق م ج الذي يشوبه ثغرة قانونية قد يؤدي إلى حلول غير مجدية لأن الزوج قد يغير جنسيته بين وقت ابرام عقد الزواج وقت رفع الدعوى أمام القضاء،[1] و مثال ذلك تونسية تزوجت بمغربي توطنا في الجزائر، خلفت طفلا من هذا الزواج ثم تجنست الجنسية الجزائرية، و ثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق، و بذلك لن يطبق القانون الجزائري، لأن الأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولن يتم تطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج و كان من الأفضل وضع ضابط القانون الشخصي للطفل،[2] و قد تشير قاعدة تطبيق قانون الزوج اشكاليات اخرى في حالة تغيير ضابط الاسناد في الفترة بين ايداع عريضة الدعوى و صدور الحكم، أين يجد القاضي نفسه بين قاعدتي اسناد مختلفتين، فلو عملنا بقانون الأب وقت ميلاد الولد، فإنه قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الأبناء الذين قد تتغير جنسياتهم بتغيير الأب لجنسيته، إضافة إلى أن الأب قد يتوفى قبل ولادة الولد ، فأي القانونين أصلح ، قانون وقت وفاة الأب أو قانون جنسيته وقت الزواج، و إذا فضلنا قانون الأب جنسيته بهدف الإفادة من قانون دولة معينة لا علاقة له بالنسب.[3]

أما في حالة الإسناد لقانون بلد تتعدد فيه الشرائع الذي قد يكون تعددا إقليميا أو تعددا طائفيا، فالقول أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ليس حلا للمشكل المطروح إنما لابد من تحديد القانون المختص من بين القوانين الداخلية،[4] فإذا كان التعدد إقليميا فهنا يتولى التشريع الداخلي للدولة التي أسند الحكم إلى قانون جنسيتها حل هذه المشكلة فيحيل إلى القانون الواجب التطبيق و تسمى بالإحالة الداخلية أو التفويض،[5] أما إذا كان التعدد طائفيا أين يسمح بتطبيق شريعة خاصة لكل طائفة من الأشخاص، فتكمن الصعوبة هنا بمعرفة من هي الشريعة التي يجب تطبيقها على النزاع،[6] و قد رصد المشرع الجزائري بهذا الصدد حلولا يستعين بها القاضي لتطبيق القانون تطبيقا سليما، و ذلك ما نصت عليه المادة 23 ق م ج:" متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن

[1]-كحلة غالي ، مرجع سابق، ص170

[2]-أمنة أمحمدي بوزينة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين و قرارات المحكمة العليا بالجزائر، مرجع سابق ، ص 68

[3]-أمنة أمحمدي بوزينة، الإشكالات التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط، مرجع سابق، ص170

[4]-سعاد يوبي، الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة(الحضانة نموذج)، مجلة القانون و العلوم السياسية، السياسية، العدد الرابع، شعبان 1437-جوان 2016، ص 393

[5]-أمنة أمحمدي بوزينة، اشكالات تنازع القوانين حول الأطفال في اطار الزواج المختلط، مرجع سابق، ص185

[6]-أحمد عبد النور، محاضرات القانون الدولي الخاص الأسري، مرجع سابق، ص28

القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه"،[1] و قد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الغالب في القانون المقارن الذي ينادي بتطبيق القوانين الداخلية في قانون الدولة ذات النظام المتعدد الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة من بين الشرائع المتعددة.[2]

إن المرحلة الأخيرة لفض نزاع الحضانة المشتمل على عنصر أجنبي في تعيين القانون الواجب التطبيق إذا أشارت قواعد تنازع القوانين الجزائرية إلى تطبيق القانون الجزائري فليس هناك إشكال، أما إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي فالقاضي الوطني ملزم بتطبيقه مبدئيا،[3] مما يستدعي التعرف على مضمون ذلك القانون و تفسير أحكامه إذا شابها غموض حتى يتمكن القاضي من حل النزاع، و نظرا لاختلاف القوانين و مضامينها، ففكرة منح الإختصاص لقانون أجنبي ما من قبل القانون الوطني قد ينطوي على مخاطر أكيدة، تؤدي إلى المساس بالمفاهيم الأساسية للقانون الوطني لدولة القاضي.[4]

فإذا كان القانون الأجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام العام الجزائري، أو ثبت الإختصاص له بواسطة الغش نحو القانون، يستبعد القانون الأجنبي و يطبق القانون الجزائري محله و هذا ما جاء في نص المادة 1/24، ق م ج، بينما يجيز المشرع الجزائري للقاضي بتطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمامه عندما تشير قواعد الإسناد إلى اختصاصه شرط تماشي مضمونه مع النظام العام في الجزائر.[5]

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

اتجهت ارادتا الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الفرنسية إلى إبرام الإتفاقية المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق لـ 26 جويلية 1988 و الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988 ، و

[1]-فاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 57
[2]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، ص172
[3]-كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص 115
[4]-عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 220
[5]-سلمى غنام، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات و أبحاث، مجلد 12، العدد3، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2020/5/30، ص71

نظرا للأسباب التاريخية التي ربطت الجزائر بفرنسا و لكثرة الجالية الجزائرية بها ، ما نتج عنه من وقوع علاقات زواج بين الجزائريين و الفرنسيين التي آلت أغلبها إلى انفصال الزوجين حيث يترتب على هذا الانفصال آثار أهمها و أدقها "الحضانة".[1]

و قبل الخوض في إشكالية القانون الواجب التطبيق على الحضانة في هذه الإتفاقية لابد أن ننوه أن الإتفاقية جاءت أحكامها خاصة بالأطفال الشرعيين مستبعدة بذلك الأطفال الطبيعيين و الأطفال المتبنيين، فقانون الأسرة الجزائري يلحق النسب بالزواج الشرعي و قد نظمه ضمن أحكام ق أ ج في المواد من 40-46 ولا يعترف بما وراء ذلك من علاقات غير شرعية بين الطرفين بالرغم من أن مثل هذه العلاقات معترف بها في فرنسا،[2]و الملاحظ أن الإتفاقية لم تمنح الحماية للأطفال المتبنين و هذا تماشيا مع أحكام ق أ ج في المادة 46 التي تمنع التبني شرعا و قانونا، رغم أن القانون الفرنسي يعترف به حيث اعتبر عدم الإعتراف به خرقا لحقوق هؤلاء الأطفال، إلا أن المشرع الجزائري وضع الكفالة كنظام بديل للتبني ،[3] و تحمي هذه الإتفاقية الزوجين المختلطين الذي وقع بينهما انفصال و اللذين يكون أحدهما جزائريا و الآخر فرنسيا بمعنى أن الإتفاقية تستبعد من التطبيق في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا أو فرنسيا و الآخر من جنسية أخرى كما تستبعد أيضا إذا كان جزائريين مقيمين بفرنسا أو يكونا فرنسيين مقيمين في الجزائر.[4]

كما اوردت هذه الاتفاقية بصفة صريحة في بعض موادها كالمادة 6 و 1/12 و 15، بعض المبادئ التي اراد واضعي هذه الإتفاقية بموجبها حماية الطفل و تحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة، و زيارة المحضون و حرية تنقله بين البلدين،[5] و قد أكدت الاتفاقية على مصلحة الطفل و لو اقتضى الامر تجريم بعض الاعمال المرتكبة من طرف حاضنيه كجنحة اختطاف الطفل حسب ما ورد في المادة 7 منها كما اوجبت مراعاة مصلحة المحضون لضمان علاقة مستمرة و منتظمة بينه و بين والديه،[6] و بالرغم من معالجة

[1]- كحلة غالي، مرجع سابق، ص 149
[2]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 130-131
[3]- كحلة غالي، مرجع سابق، ص 152
[4]- المرجع نفسه، ص 153-154
[5]-تاسعديث مزروق و بوسحساح زهرة، الزاج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، 2019/5/30،ص 50
[6]-قاطمة زهرة جندولي، مرجع سابق، ص 39

الاتفاقية لمشكلة الزيارة في المادة 2 و الحلول التي طرحتها بشأنها في المادة 11 إلا أنها تطرح إشكالات أخرى في حالة ما إذا مارس أحد الزوجين حق الزيارة، ولم يرجع الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن ، و حتى إن قام الوالد الحاضن بعرض المسالة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير استعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الجبري، فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دولة أخرى و تنفيذها الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الانابة القضائية الدولية و بالتالي ضياع مصلحة الطفل المحضون.[1]

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة بالنظر لما جاء في هذه الاتفاقية من نصوص التي تنصب كلها حول حماية الطفل المحضون، لا نجد نص صريح يشير للقانون الواجب التطبيق على الحضانة، لكن بالرجوع لنص المادة 5 من الاتفاقية التي تشير للمحاكم المختصة بنظر نزاعات الحضانة ألا و هي الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان مسكن الزوجين، نجد إشارة ضمنية إلى القانون الواجب التطبيق على اعتبار أن أغلب الزيجات الجزائرية الفرنسية مقر إقامتها بفرنسا،[2] و بما أن مكان مسكن الزوجية بفرنسا فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي ، و عليه تطبيق قواعد الإسناد الفرنسية، و الملاحظ أن الاتفاقية تضمنت أحكام تمييزية لصالح الطرف الفرنسي على حساب الطرف الجزائري فالاختصاص القضائي يجلب الإختصاص التشريعي فيستبعد القانون الجزائري و يطبق الفرنسي، فالاتفاقية من هذا المنظور جاءت لا تخدم سوى مصلحة الأم الفرنسية التي غالبا ما تمنحها المحاكم الفرنسية حق الحضانة استنادا إلى قواعد القانون الفرنسي المتعلقة بتنازع القوانين.[3]

[1]- أمنة أمحمدي بوزينة، الاشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، مرجع سابق، ص 242
[2]- سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص131-132
[3]-سعاد يوبي، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 132-133

الخاتمة

من خلال الدراسة الماثلة و في نهاية هذا البحث، يتضح لنا أن موضوع الحضانة في الزواج المختلط، موضوع حساس و ذو أهمية كبيرة لما يثيره من إشكالات في المجال الداخلي و الدولي، لذا فهو من الدراسات التي هي بحاجة لقراءة مستفيضة و واسعة، لملاحظة الأصول التشريعية الخاصة به، و الوصول إلى حلول لبعض هذه الإشكالات التي يرتبها موضوع الحضانة لاسيما أن هناك طفل يجب النظر إلى مصلحته و حمايته فهو بحاجة لبيئة ملائمة ورعاية بقدر حاجته للغداء و الملبس، و قد نظم المشرع في قانون الأسرة الجزائري أحكام الحضانة التي تنصب أغلبها في مصلحة المحضون و التي تعتبر كمعيار لإسناد الحضانة، تاركا السلطة التقديرية للقاضي للبحث عن من هو الأقدر و الأنسب لتربية و رعاية الطفل المحضون.

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

كما يعد هذا الموضوع من المواضيع المهمة و البارزة في المجال الدولي الخاص إلا أنه لم يوفى حقه بالدراسة و التوضيح بالأخص من الناحية القانونية، نجد أن المشرع الجزائري نظمه في مادة واحدة ألا و هي المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري مما يوضح بأن هناك نقص و قصور في التشريع القضائي.

أما إشكالية الحضانة في المجال الدولي الخاص تثير عدة تساؤلات مهمة من خلال المواضيع التي تحتويها إشكالية الإختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية في مجال الحضانة.

و من أهم النتائج المتوصل إليها:

1) أن الحضانة حق من حقوق الطفل و هي من أهم آثار انحلال الرابطة الزوجية، لا سيما إن كانت هذه الأخيرة مشتملة على عنصر أجنبي.
2) أن الحضانة في الزواج المختلط تثير العديد من الإشكالات الحادة و المعقدة نظرا لاختلاف التشريعات في تكييفها.
3) عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في مختلف الدول مما أثار جدلا فقهيا و قضائيا.
4) أن المشرع الجزائري من بين الدول التي لم تخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة، و ترك المجال للقضاء الذي اعتمد قاعدة الاسناد المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية باعتماده ضابط الجنسية أي اخضاع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب نص المادة 2/12 ق م ج.
5) أن معظم الدول قامت بمواجهة بعض الإشكالات التي ترتبها الحضانة في الزواج المختلط بإبرام اتفاقيات بين الدول منها الإتفاقية الجزائرية الفرنسية.
6) أن الإتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين، هي أيضا لم تحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إنما ضبطت فقط اختصاص المحاكم بمقر مسكن الزوجية، و بما أن الاختصاص القضائي يجلب الإختصاص التشريعي فيحدد القانون الواجب التطبيق من خلاله.
7) يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حال مخالفته للنظام العام و الآداب العامة أو جاء متحايل على القانون.
8) أن المشرع لم يول عناية في تحديد اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في نزاعات الحضانة في الزواج المختلط و هو ما استوجب تمديد العمل بالنصوص القانونية الداخلية الوطنية الواردة في قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

لذا نقترح التوصيات الآتية:

- فيما يخص قاعدة الاسناد الخاصة بالحضانة على المشرع الجزائري إعادة النظر فيها، و ذلك وضع ضوابط خاصة بالحضانة للحد من المعضلات و الإشكالات التي تثيرها الحضانة في الزواج المختلط.

- على المشرع الجزائري أن يبحث عن حلول أكثر انسجاما وتوضيحا للمعضلات المطروحة و علاج المشكلات المختلفة.
- وضع قواعد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي.

قائمة المصادر

أولا: الاتفاقيات الدولية

-الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرسوم رئاسي رقم 88-144 مؤرخ في ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988

- الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص و الأسرة و بالتعاون القضائي بين المملكة المغربية و الجمهورية الفرنسية، الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981، ظهير شريف رقم 1.89.197 بتاريخ 11 ربيع الأول 1407 الموافق 14 نوفمبر 1986

- اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية و حالة الأشخاص بين المملكة المغربية و جمهورية مصر العربية، ظهير شريف رقم 1.99.9، الصادر في 10 ربيع الأول 1420 الموافق 24 يونيو 1999، الاتفاقيات الثنائية في الميدان القضائي بين المملكة المغربية و باقي دول العالم، يناير 2013

ثانيا: النصوص القانونية

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم حسب أخر تعديل له بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية رقم 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم حسب آخر تعديل له بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
3. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية.

قائمة المراجع

الكتب

1. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة 01 ،دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ
2. أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية، مصر،2003.
3. بلقاسم اعراب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة 8، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، 2016.
4. حامد زكي ،القانون الدولي الخاص المصري، ، الطبعة الأولى، مطبعة نور الهدى القاهرة، 1936.
5. حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنه، الطبعة الثانية ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان، 1997،
6. سائح سنقوقة، شرح قانون إجراءات المدنية و الإدارية، نصا- شرحا- تعليقا- تطبيقا، الجزء الأول، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011.
7. الطيب زروتي، إجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومه، الجزائر، دون تاريخ
8. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا الطبعة الأولى ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، جامعة الجزائر، 2010.

9. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دون طبعة، دار الثقافة العربية.
10. غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص،(الجنسية، المواطن، مركز الأجانب، و أحكام القانون العراقي)، الجزء الأول، دون طبعة، العراق.
11. كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين الجزء 01 ،الطبعة 02 ،دار هومة، 2007.
12. مبروك بنموسى، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص(شرح فقهي تأصيلي لمسائل أحكام المجلة معززة بنصوص التشريع المقارن و الأعمال التحضيرية، المغاربية للطباعة و النشر و الإشهار، الطبعة الأولى الشرقية، تونس، نوفمبر، 2003.
13. محمود علي السطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية طبعة الثالثة ،دار الفكر، 2010.
14. هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
15. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دراسة مقارنة ، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.

الرسائل والمذكرات

رسائل الدكتوراه و الماجستير

1. سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة ،اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2015.
2. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة،مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004

3. شريفة ولد الشيخ ، تنفيذ الأحكام الأجنبية في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية 28 جوان 2015.
4. شبورو نورية، الزواج المختلط و تأثيره على حالة الزوجين، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، السنة الجامعية2017/2016.
5. مجدوب كوثر، حماية المستهلك في عقد البيع الالكتروني الدولي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2019.
6. عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري (دراسة مقارنة) اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية،2015 /2016.
7. يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية، 2019/2018.
8. بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 ق م ج ، دراسة مقارنة مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الاعمال جامعة سطيف2 كلية الحقوق سنة 2014/2013.
9. جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية، 2015/2014.
10. سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و اشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص احوال شخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق، السنة الجامعية،2014 /2015.

11. عبد النور أحمد، اشكالية تنفي الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)،مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2010/2009.
12. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011/2010 .
13. معمري ايملن، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،2015/2014.

مذكرات الماستر

1. البشير اوريرو، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي كلية الحقوق السنة الجامعية 2017/2016.
2. ايت منصور صونية،، علوش وردية، تنازع القوانين في الزواج و انحلاله، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماستير في القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2018/2017.
3. خريسي سارة، دعاوى الحضانة واشكالاتها مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20اوت1955،سكيكدة، جوان 2016.
4. سهيلة بوحوية و فتيحة اشدي، الحضانة في التشريع الجزائري مدكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي، بونعامة، خميس مليانة 2015/2014.
5. طغان أمينة، تنازع القوانين في مسائل الحضانة مذكرة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية كلية الحقوق، جامعة 20اوت 1955،سكيكدة جوان 2016.
6. مقداد الزهرة، انحلال الزواج المختلط و اثره في ممارسة الحضانة، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، السنة الجامعية، 2017/2016.

7. مرزوق تاسعديث، بوسحساح زهرة، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، كلية الحقوق تاريخ المناقشة 2016/05/30.
8. نجاة دهأمنة، تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الأجنبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، كلية الحقوق، السنة الجامعية،2016/2015.
9. ربيع بوقرة و مبروك زروقي، سكن المحضون في قانون الاسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،2017/2016.
10. سهام كربال، الحضانة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2013/2012.

مقالات

1. دربة امين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة مجلة دفاتر السياسة و القانون العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة (الجزائر) جانفي 2011،
2. قريشي رزيقة، تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية، مجلة العلوم القانونية و السياسية العدد 17 جامعة الشهيد،حمه لخضر، الوادي، الجزائر،جانفي 2018.
3. عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية.
4. طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائية الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق، للعلوم الاقتصادية و القانونية المجلد 25 العدد الاول، جامعة جدارا المملكة الاردنية الهاشمية اربد ،2009،
5. م،م،عبد الرسول كريم ابو صبيع، اثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، مجلة الكوفة العدد 2، جامعة الكوفة،

6. زياد خليف العنزي، اختصاص القضاء الاماراتي بنظر المنازعات الالكترونية دات العنصر الاجنبي، مجلة جامعة الشارقة المجلد 15 العدد2 جامعة العين للعلوم و التكنولوجيا ابو ظبي، الامارات العربية المتحدة، ديسمبر 2018،
7. أمنة أمحمدي بوزينة ، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 3 العدد 5 المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر،2017/12/26،
8. فراس كريم شيعان و حسن نماع نغميش، تنازع القوانين في الحضانة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية العدد 1، السنة الخامسة،
9. غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط العدد09 كلية الحقوق جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، ديسمبر 2017،
10. أمنة أمحمدي بوزينة، اشكالات تنازع القوانين حول حضانة الاطفال في الزواج المختلط مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد18 العدد02 اكتوبر 2019،
11. محمد الحسن البغا، وقت الحضانه و رؤية الطفل (الارادة)مجلة جامعة دمشق المجلد18،العدد 01 جامعة دمشق كلية الشريعة 2002،
12. أمنة أمحمدي بوزينة، الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة على ضوء قواعد تنازع القوانين و قرارات المحكمة العليا بالجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية و الاقتصادية، المجلد 56، العدد2 كلية الحقوق جامعة الشلف .
13. عادل بن عبد الله ، الاعتبارات العلمية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
14. سلمى غنام، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات و ابحات، مجلد 12، العدد3، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2020/05/30.
15. سامية بن قوية،آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية.

المحاضرات

1. أمحمدي بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، سنة 2020/2019.
2. بن عصمان جمال ، محاضرات في مقياس في القانون الدولي الخاص، جامعة تلمسان
3. نورالدين زرقون، محاضرات في تنفيذ السندات الأجنبية تخصص العلاقات الدولية الخاصة، 2014/2013.
4. عبد النور أحمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص الأسري، مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون الأسرة، المركز الجامعي نور البشير بالبيض ، السنة الجامعية 2017/2016.
5. عزيز اطويان، محاضرات في القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين، السداسية الخامسة، قانون خاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية المحمدية السنة الجامعية، 2017/2016.

الإهداء

قائمة المختصرات

المقدمة.....01-03

الفصل الأول: المسائل المتعلقة بالإختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة

.....04

المبحث الأول: تنازع الإختصاص القضائي الدولي في مسائل الحضانة.....04

المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي.....04

الفرع الأول: تحديد طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي.....05

الفرع الثاني: الضوابط المعتمدة لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي في مجال الحضانة.....07

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بالفصل في دعاوي الحضانة.....11

الفرع الأول: المحكمة المختصة بنظر القانون الجزائري 11

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر بعض الاتفاقيات.....12

المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة امام الجهات القضائية الجزائرية 15

المطلب الأول: تحديد المقصود بالحكم الأجنبي القابل للتنفيذ و شروط منحه الصيغة التنفيذية في نزاعات الحضانة امام الجهات القضائية الجزائرية.....15

الفرع الأول: تعريف الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ.....15

الفرع الثاني: شروط تنفيذ الحكم الاجنبي امام الجهات القضائية الجزائرية.....17

المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ الحكم الاجنبي المتعلق بالحضانة في الجزائر والاثار المترتبة عنه.....21

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة و الوثائق الخاصة بدعوى طلب التنفيذ.....22

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تنفيد الاحكام الاجنبية امام الجهات القضائية الجزائرية.....24

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة.....29

المبحث الأول: مضمون الحضانة في قانون الاسرة الجزائري.....29

المطلب الأول: تعريف الحضانة و شروط استحقاقها.....29

الفرع الاول: تعريف الحضانة.....29

الفرع الثاني: شروط اسناد الحضانة.....31

المطلب الثاني: آثار الحضانة.....34

الفرع الاول: نفقة المحضون و أجرة الحضانة 35

الفرع الثاني: سكن المحضون.....36

المبحث الثاني: الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.....39

المطلب الاول. تحديد قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة.....39

الفرع الاول: قاعدة الإسناد المنصوص عليها في بعض القوانين.....39

الفرع الثاني: القوانين التي لم تخص الحضانة بقاعدة اسناد.....40

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الجزائري.....42

الفرع الاول: الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الجزائري.....43

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية...47

الخاتمة.....50

قائمة المراجع 53

الفهرس.....61