جامعة محمد الصديق بن يحي القطب الجامعي تاسوست –جيجل

كليـــــــــة الحقـــــــــوق والعلـــــوم السياسيـــــة

عنوان المذكرة:

انحلال الزواج المختلط وأثره على ممارسة الحضانة

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون أسرة

إعداد الطالبين:

❖ لعور نور الدين

❖ حرابي أحمد

تحت إشراف الأستاذة:

عنصل يمينة

لجنة المناقشة

- أ/ لغريب ليلى ..... رئيسا
- أ/ سطيحي نادية ..... ممتحنا
- د/ عنصل أمينة ..... مشرفا

2022/2021

إهداء

يسرني في هذا المقام العلمي أن أهدي هذا الجهد إلى:

- كل أفراد عائلتي اللذين كانوا دعما وسندا لي في السراء والضراء
- إلى أصدقاء وزملاء الدراسة وإلى كل طالب علم
- وإلى كل من تسعه ذاكرتي ولا تسعه مذكرتي.

قائمة المختصرات

<u>باللّغة العربية:</u>

ج.: الجزء

ج.ر.ج.ج.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ج.ر.ع.: جريدة رسمية عدد

د.ط.: دون طبعة

ص.: الصفحة

ص.ص.: من الصفحة إلى الصفحة

ط.: الطبعة

ق.أ.ج.: قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ف.: القانون المدني الفرنسي

<u>باللّغة الفرنسية</u>

Art. : Article

c.cv. fr.: code civile français

مقدمة

مقدمة

قال الله تعالى في الآية 13 من سورة الحجرات بسم الله الرحمان الرحيم "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا"، أي ليعرف بعضكم بعضا ولعل الناظر إلى عصرنا الحديث يجد أن هذا التعارف يضرب بجذوره عميقا خصوصا مع ما يشهده العالم من انفتاح، حيث أصبح العالم يشكل قرية صغيرة.

فمع التطورات الهائلة التي تشهدها وسائل الاتصال إضافة إلى حركة المواصلات وسهولة انتقال الأفراد من مكان إلى آخر، وبفضل التقنيات والتكنولوجيات الحديثة أدى كل هذا إلى دخول الأفراد في علاقات مختلفة عابرة للحدود الوطنية.

وإن العلاقات ذات العنصر الأجنبي ليست مقتصرة على مجال دون آخر، نجدها في الميدان السياسي والاقتصادي والاجتماعي ولعل أبرز العلاقات التي يكون طابعها اجتماعيا هي علاقة الزواج الذي إذا تباينت جنسيات أطرافه سمي ونعت بالزواج المختلط، فهو زواج واختلاط من دين مختلف أو عقائد مختلفة أو قومية مختلفة أو أي انتماء آخر بين الأزواج.

ونجد أن الدول العربية عموما عرفت الزواج المختلط، من بينها المملكة العربية السعودية، مصر، الأردن، الجزائر.....الخ، حيث دخلت فئة الشباب فيها ميدان الزواج المختلط.

زواج صاحبته انعكاسات عديدة، إذ ترتبت عنه الكثير من المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والأمنية، فظاهرة الزواج المختلط ليست جديدة إنما الجديد فيها هو اتساعها على نحو يعكس الحراك الذي أفرزته العولمة لتظهر حالات زواج –عابرة للحدود– حيث ارتفعت نسبتها فجأة، خصوصا في قارتي إفريقيا وآسيا. فتعداد حالات الزواج المختلط في الجزائر ارتفعت على نحو بين الجزائريين والفرنسيات منذ بداية الألفية، ما تبعه من إقرار فرنسا تسهيلات تتعلق بالقبول السريع للزواج المختلط.

ومسائل الزواج المختلط تعتبر معقدة بشكل ما لأن الزواج في حد ذاته غالبا ما يكون مستمدا من مرجعية دينية وعقائدية، لهذا قد تعترض العلاقة الزوجية عدة إشكالات قانونية إضافة إلى أن الزواج في حد ذاته كتعريف يختلف من قانون لآخر.

حيث تثير مسألة الزواج المختلط إشكالات قانونية معقدة قد يصعب حلها خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام، إلا أن هذه المسألة تزداد تشابكا وتعقيدا في حالة انحلال هذا الزواج. لاختلاف حالات انحلال الزواج خاصة بين الدول العربية والدول الغربية.

فما هو معروف أن هذا الانحلال للرباط الوثيق يؤدي إلى زعزعة كيان الأسرة، وتتناثر أشلائها بين أب وأم وأولاد، حيث يؤدي بدوره إلى ظهور نزاعات حادة بشأن الحضانة التي كانت ولا تزال مؤسسة تتشعب فيها القضايا وتتجاذبها عديد الأطراف لاعتبارات شتى، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يمس الآثار المترتبة على إسناد الحضانة لأحد الزوجين كحق الزيارة للطرف الآخر.

من هنا تظهر أهمية موضوع انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة، حيث تتجلى هذه الأهمية فيما يلي:

- كون أن انفصام العلاقة الزوجية التي تكتسي بعدا دوليا تشكل في الغالب إذنا لنزاعات متعددة بين أطراف الرابطة الزوجية،
- كون أن هذا الموضوع يتعلق بالحياة العملية ويعتبر من القضايا الراهنة.
- يعتبر الموضوع من بين الأبحاث التي تبقى بحاجة للدراسة والمناقشة نظرا لارتباطه بمشاكل قانونية واقعية،
- تنطوي الدراسة على تعقيدات كثيرة وتبرز إشكالية الحضانة كأثر لهذا الانحلال.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد كانت أولى الأسباب لاختيارنا دراسة هذا الموضوع الدوافع الذاتية والميول الشخصية، بحثا منا لتقصي ومعرفة هذا الجانب، وجاء ثانيا أن الموضوع في حد ذاته يصنف بأنه من المواضيع المهمة والحيوية من الناحية العلمية، لأنه يتناول انحلال الزواج المختلط وما يترتب عنه من إفرازات وانعكاسات ويكشف عن أمور واقعية كثيرة تعكس الإشكالات المرتبطة بممارسة الحضانة بعد انحلال رابطة الزواج.

صعوبات الدراسة:

لقد واجهتنا صعوبات كثيرة خلال إنجازنا لهذه الدراسة، بعضها يعود لنقص المادة العلمية المتمثلة في المراجع المتخصصة في الموضوع خاصة المراجع الخاصة بالجزائر، إضافة إلى تشابك الموضوع في بعض جوانبه القانونية.

مجال الدراسة:

القانون الجزائري

الدراسات السابقة:

اعتمدنا في إعداد هذه المذكرة على بعض الدراسات السابقة منها رسالة لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان تنازع القوانين في مسائل الزواج و الطلاق للطالب مسعودي يوسف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011.

وأطروحة لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان الحضانة في القانون الدولي الخاص للطالبة يوبي سعاد، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2019/2018.

إشكالية البحث:

تدور إشكالية البحث حول: **ما مدى نجاعة القانون الجزائري في تنظيم ممارسة الحضانة بعد انحلال الزواج المختلط ؟**

ويندرج تحت هذا التساؤل عدة تساؤلات فرعية وهي:

- ماذا نعني بانحلال الزواج المختلط؟
- ما هو النظام القانوني الذي يحكم في النزاعات المترتبة عن انحلال الزواج المشتمل على عنصر أجنبي؟
- كيف عالج المشرع الجزائري الإشكالات المتعلقة بانحلال الزواج المختلط؟
- كيف يؤثر الزواج المختلط على ممارسة الحضانة؟
- ما هو القانون الواجب التطبيق على حضانة أطفال الأزواج المختلطين بعد الانحلال؟
- ما هي الحلول التي توصلت إليها الجهود الدولية والوطنية لمعالجة الإشكالات التي يرتبها انحلال الزواج المختلط على الحضانة؟

المنهج المتبع:

وقد عمدنا في دراستنا لهذا الموضوع اللجوء إلى المنهج الوصفي باعتباره المنهج الأكثر مواءمة للجوانب النظرية منه، وكذلك اعتمدنا على أسلوب التحليل عند التعرض للنصوص القانونية وقد تمت الاستعانة بالمنهج المقارنة عندما تطلب الموضوع ذلك.

وقد اقتضت منهجية دراستنا لموضوع انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة تقسيمه إلى فصلين حيث خصصنا في الفصل الأول لانحلال الزواج المختلط وفق التشريع الجزائري وضوابطه وقسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول انحلال الزواج المختلط وصوره القانونية، أما المبحث الثاني فخصص لضوابط القانونية لانحلال الزواج

المختلط في التشريع الجزائري، أما الفصل الثاني فكان للإشكالات المتعلقة بممارسة الحضانة بعد الانحلال وقسم إلى مبحثين المبحث الأول إشكالات تنازع القوانين الخاصة بالحضانة في إطار الزواج المختلط، والمبحث الثاني الإشكالات المتعلقة بالمسائل التي تشملها الحضانة من حق الزيارة والسفر بالمحضون ونقله إلى الخارج والولاية والنفقة.

الفصل الأول

انحلال الزواج المختلط وفق التشريع الجزائري

تضاعفت نسبة الزواج المختلط في الآونة الأخيرة إلى أن أصبحت ظاهرة اجتماعية في معظم دول العالم، كونه يحقق مصالح سياسية واقتصادية واجتماعية للفرد بالرغم من مشاكله وخطورته المستقبلية على الأسرة حيث ينتهي في غالب الأحيان إلى الانحلال.

بالإضافة إلى ذلك يعتبر الزواج المختلط من أهم المواضيع القانونية والاجتماعية إثارة لمسألة تنازع القوانين، نظرا لاختلاف القوانين والأنظمة في نظرتها وتنظيمها للزواج وآثاره.

سنتطرق في هذا الفصل إلى تحديد مفهوم الزواج المختلط بتعريفه لغويا واصطلاحيا والحالات التي يكون عليها (المبحث الأول)، ثم نقوم بتحديد الضوابط القانونية التي تحكمه والتي قررها المشرع الجزائري في مجمل قوانينه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: انحلال الزواج المختلط وصوره القانونية

يشكل الزواج المختلط ظاهرة اجتماعية خطيرة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي نتيجة لما يرتبه من آثار وخيمة عند انحلاله، وعليه وجب تعريف انحلال الزواج المختلط (المطلب الأول)، ثم التعرّف على حالات انحلال الزواج المختلط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود من انحلال الزواج المختلط

يعد الزواج من أهم الروابط الاجتماعية التي تحقق لأفراد المجتمع التواصل الاجتماعي والثقافي والإنساني فيما بينهم، وهو ما قد يدفع الفرد إلى الاختلاط والتزاوج بفرد أجنبي، بينما قد ينتهي هذا الزواج إلى الانحلال خاصة إذا كان مبنيا على تحقيق مصالح خاصة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي لانحلال الزواج المختلط:

أ-**انحلال:** اسم مصدر انحل، انحل انحلال (ح، ل، ل) العقدة أو نحوها، انفكت.[1]

ب-**الزواج:** من الزوج بمعنى الشفع عكس الوتر أو الفرد، كما يأتي الزوج الصنف أو النوع من كل شيء[2]، كما في قوله تعالي "... وترى الأرض هامدة فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت وأنبتت من كل زوج بهيج "[3].

---

[1] جبران مسعود، **رائد الطلاب المصور (معجم لغوي عصري للطلاب وتبت مفرداته وفقا لحروفها الأولى، عربي عربي**، دار العلم للملايين، لبنان، 2007، ص. 134.

[2] عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة، بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010. ص.17.

[3] سورة الحج الآية (05).

والأفصح في لغة العرب أن يطلق الزوج على كل من الذكر والأنثى بصيغة واحدة وهي لغة أهل الحجاز، فتقول المرأة هذا زوجي، ويقول الرجل هذه زوجي[1]، وهي لغة القرآن الكريم: "وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين"[2].

ج-**المختلط:** اختلاط (خ، ل، ط) 1-مص اختلط، 2- امتزاج، 3-فساد العقل[3].

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لانحلال الزواج المختلط:

لقد عرّف أغلب الفقهاء الزواج بتعاريف متقاربة تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها مما جعل لها تعريفات مبهمة وأحيانا مانعة أو جامعة، ذلك أن الغرض الأسمى في الشريعة، وعند أهل الفكر والنظر كما يقول الإمام محمد أبو زهرة هو التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها قال الله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة[4].

وعلى هذا الأساس تنص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري[5]، على أن الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

---

(1) عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.17.

(2) سورة البقرة، الآية 35.

(3) جبران مسعود، المرجع السابق، ص. 29.

(4) سورة الروم، الآية 21.

(5) أمر رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24 صادر في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر ج ج عدد 15 صادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005

ويلاحظ في هذا التعريف القانوني أن المشرع صريح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية وذكر الغاية من عقد الزواج ومن هنا لم يتعرض القانون لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية، ولكنه ذكر غايته المتمثلة في أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ولعل عذر القانون في هذا الإغفال هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه[1].

أما المقصود بالزواج المختلط فهو العلاقة الزوجية التي تكون بين وطني وأجنبية أو وطنية وأجنبية، ويعتبر هذا النوع من الزواج وسيلة لاكتساب الجنسية، حيث أنه في حالة زواج وطني من وطنية لا يثور أي إشكال حول تأثير الزواج على الجنسية، إذ أنها جنسية موّحدة، فإشكالية تأثير الزواج على الجنسية تثور في حالتين حالة ما إذا تزوج وطني من أجنبية، أو زواج وطنية من أجنبي فهاتين الصورتين تؤديان ما يسمى بالزواج المختلط.[2]

والمقصود بانحلال الزواج المختلط هو انقضاء تلك الروابط الزوجية التي قامت صحيحة بين رجل وامرأة بسبب لاحق على نشوئها غير متصل بصحتها أو بطلانها، وانحلال الزواج يتميز عن البطلان والإبطال من ناحيتين الأولى أن يكون انحلال الزواج لسبب لاحق لنشوء الزواج، حيث يكون الزواج قد نشأ صحيحا أولا، ثم يحدث بعد ذلك ما

---

[1] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة (مقدم، خطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)**، ج1.، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 30.

[2]– عبد الكريم بلعيور، **محاضرات في قانون الجنسية على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في أمر 05-01 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الجنسية الجزائرية**، نسخة مصححة ومنقحة ومضاف إليها، مطبوعة كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية، 2009، ص. 86.

يؤدي إلى انحلاله كموت أحد الزوجين أو وقوع الطلاق أما البطلان أو الإبطال فإن سببه يكون معاصر لنشوء الزواج أو سابق عليه لهذا فقد يختلق أثر واقعة بحسب وقت حدوثه.

من ناحية أخرى إن انحلال الزواج يختلف عن بطلانه وإبطاله من حيث الأثر الذي يترتب على كل منهما فكلا منهما يفضي إلى انقضاء الرابطة الزوجية.[1]

المطلب الثاني: حالات انحلال الزواج المختلط

الزواج مثله مثل كل العقود والعلاقات القانونية يبدأ وينتهي، بحيث تختلف صور فك الرابطة الزوجية باختلاف المعتقدات الدينية لدى المجتمعات، لذلك نرى بأن التشريعات لا تجتمع على نفس المفهوم لمسألة انحلال الزواج بحيث نجد اختلاف حالات صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية (الفرع الأول) تختلف عن صور فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية

ترى الشريعة الإسلامية بأن الزواج ليس برابطة أبدية، وهذا لما به من قوانين مستمدة أنظمتها من الشريعة الإسلامية، لذلك يجوز إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة للزوج[2].

وهذا ما يسمى بالطلاق وقد أقرته الشريعة الإسلامية كحق للزوج لإيقاع الطلاق من دون تدخل أي سلطة أخرى لفك الرابطة الزوجية.[3] وتوجد صورة أخرى وهي الطلاق

---

[1] www facebook.com.student-777 postsL 58371501857

[2] أمين دربة، **قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة ،دفاتر السياسة والقانون**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007- 2008، ص.ص.40-41.

[3] باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجي على ضوء القانون والقضاء الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص.7.

بالتراضي، ويقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أصبحت من المستحيل لأي سبب من الأسباب أو لأي ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كلاهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.[1]

إلى جانب هاتين الصورتين المذكورتين يوجد ما يسمى بالتطليق فهو صورة من صور الطلاق فهو يعتبر الوسيلة التي تلجأ إليها الزوجة لفك الرابطة الزوجية، والتطليق يؤسس على الضرر المنصوص عليه في القانون الجزائري،[2] وذلك في نص المادة 58 ق.أ. ج. التي يجيز للزوجة طلب التطليق لعدة أسباب كعدم الإنفاق، والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والهجر في المضجع فوق أربعة شهور، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج...إلخ.

يجب التمييز بين حالات الزواج طلاقا وتطليقا، وبين إبطال الزواج، فدعوى الإبطال ترمي إلى إنهاء زواج ظاهر لكنه غير مستوفي لجميع شروط قيامه، أما الطلاق فهو إنهاء زواج صحيح، فنميز بين الطلاق والبطلان بأن الزواج له آثار قانونية مهمة لاسيما في موضوع الالتزامات التي تنشأ عن كل واحد منهما إذ في حالة الطلاق يمكن الحكم على الزوج بالنفقة على الزوجة، وهو غير ممكن في حالة الحكم ببطلان الزواج.[3]

وهناك صورة أخرى لإنهاء الزواج وهي طريقة طبيعية كوفاة أحد الطرفين الزوج أو الزوجة[4]، وتوجد صورة أخرى وهي الخلع فهو غير معروف في الأنظمة الغربية، فالخلع

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص. 24.

[2] المرجع نفسه، ص.24.

[3] دربة أمين، المرجع السابق، ص .ص.40-41.

[4] حسين الهداوي، **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**، دار الثقافة، عمان، 2005، ص.103.

يعتبر وسيلة في يد الزوجة لفك الرابطة الزوجية لكنه لا يكون بسبب أي ضرر من طرف الزوج لها إنما بمجرد بغضها له.[1]

لذلك فإن الأنظمة العربية تسمح حسبما جاءت به الشريعة الإسلامية، سواء بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق بالتراضي بين الزوجين أو الخلع أو عن طريق التطليق من طرف الزوجة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.[2]

حالات انحلال الزواج وفقا للقانون الجزائري:

إذا كان المشرع الجزائري أورد استثناء في نص المادة 13 من ق.أ.ج. مفاده تطبيق القانون الجزائري كلما كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، لذلك يتوجب على القاضي الجزائري في مثل هذه الحالة تطبيق الأحكام القانونية المنظمة لانحلال الزواج الواردة في المواد 47 إلى 55 من ق. أ. ج، إذا ثبت الاختصاص التشريعي له.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، يتضح من نص المادة 47 من ق. أ. ج.[3]، أن هناك سببين هامين لانحلال الرابطة الزوجية، الأول ليس لأي من الزوجين دخل فيه وهو الوفاة، إذ بالوفاة تنحل الرابطة الزوجية[4]، أما الثاني فلإرادة الطرفين دخل في إنهاء الرابطة الزوجية تتمثل حالات انحلال الزواج المنصوص عليها في المادة 48 من ق. أ. ج.[5]، التي من خلالها حدد المشرع الجزائري أربع حالات لانحلال الزواج وتشمل:

---

(1) باديس ذيابي، المرجع السابق، ص. 58.

(2) أمين درية، المرجع السابق، ص. 44.

(3) نصت المادة 47 من ق. أ. ج. على أنه " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

(4) رشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.171.

(5) المادة 48 من ق. أ. ج. تنص: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وهو الطلاق الذي يتبع من إرادة الزوج المنفردة، ودون اعتداد بإرادة الزوجة،
- التطليق الذي يكون بناءا على طلب الزوجة متى توافر سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 ق. أ. ج.،
- الخلع الذي بمقتضاه تتمكن الزوجة من مخالعة زوجها نظير مبلغ مالي ولها أن تحصل عليه رغم عدم موافقته،[1]
- إلى جانب ذلك يوجد الطلاق بالتراضي والذي لم ينظم المشرع الجزائري أحكامه إلا بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

في المواد من 427 إلى 435 والتي يتضح من خلال استقرائها أن الطلاق بالتراضي يعد إجراء يرمي من خلاله إلى فك الرابطة الزوجية، ويكون السبب القانوني للطلاق في مثل هذه الحالة هو الإرادة المشتركة للزوجين ولا يبقى للمحكمة في هذه الحالة سوى الحكم بالطلاق وفقا لما اتفق عليه الزوجان، إذا لم يكن في اتفاقهما ما يخالف النظام العام أو يمس بحقوق الآخرين.

إذ من بين المآخذ الموضوعية الموّجهة للمشرع الجزائري والمتعلقة بحالات انحلال الزواج مسألة الانفصال الجسماني، والذي هو عبارة عن مباعدة مادية بين أطراف العلاقة الزوجية تتقطع بسببه المعيشة المشتركة بينهما لأسباب معينة، فعلى الرغم من اعتباره نظاما دخيلا غير معترف به في الشريعة الإسلامية، إلا أن المشرع الجزائري نص في المادة 43 من ق. أ. ج: ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من

---

[1] المادة 54 من ق. أ. ج. تنص: "يجوز لزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"

[2] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 1429 موافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، 2008.

تاريخ الانفصال أو الوفاة، أمام هذا الخلط كان على المشرع تحديد المقصود بالانفصال الجسماني أهو طلاق أو مباعدة مادية بين الزوجين بسبب الشقاق والخصام.

الفرع الثاني: حالات فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية

ترى الطوائف المسيحية وخاصة الكاثوليكية بأن رابطة الزواج رابطة أبدية لا تحل إلا بالوفاة بحيث نجد في الأنظمة الغربية ما يسمى بالطلاق والتطليق بالإضافة إلى نوع آخر غير معروف لدى الشريعة الإسلامية فهو يسمى بالانفصال الجسماني أو التفريق البدني، فهو عبارة عن مباعدة مادية بين الزوجين دون حل رابطة الزواج في الحال، ولكنه قد يكون سببا للطلاق إذا استمر مدة معينة غير أن هذه الطريقة لا تؤدي دائما إلى حل الرابطة الزوجية،[1] فقد يعود الزوجان إلى ما كانا عليه من قبل إنهاء فترة التفريق الجسماني، وقد لا يعودان إلى ذلك ويتحول هذا الانفصال إلى انحلال بصفة نهائية عن طريق القضاء، وكيّفت بعض التشريعات مسألة الانفصال الجسماني، على أنه إجراء وحيد لتراخي الرابطة الزوجية تدريجيا، إلى أن تنقضي نهائيا بوفاة أحد الزوجين وهذا هو حكم التشريعات التي تحظر الطلاق ومنها ما تعتبره بمثابة إجراء وقائي، يقصد به محاولة الإبقاء على الرابطة الزوجية والتريّث في حكم بالتطليق.

حالات انحلال للزواج وفقا للقانون الفرنسي:

تنص المادة 229 من ق.م. ف.[2] على أربع حالات لانحلال الزواج وهي: الطلاق بالرضا المتبادل، مبدأ قبول انحلال الزواج، الطلاق بسبب الانقطاع النهائي للرابطة الزوجية، والطلاق بسبب الخطأ.

---

[1] أمين درية، المرجع السابق، ص.41.

[2] Art. 229 c ; civ ; fr dispose que : le divorce peut être prononcé en cas :
- soit de consentement mutuel
- soit d'acceptation du principe de la rupture de mariage
- soit d'accélération définitive du lien conjugale
- soit de faute.

فالطلاق بالتراضي حسب المشرع الفرنسي هو اتفاق الطرفين على انحلال الزواج، ويكون في شكل اتفاقية تختص بتنظيم الطلاق وآثاره وعلى القاضي قبل النطق بحكم الطلاق التأكد من إرادة الطرفين الحرة الحقيقية، ويتوجب عليه ألا ينطق به إذا كان في ذلك إضرار بمصلحة الأطفال أو أحد الزوجين وهو ما ورد في المواد من 230 إلى 232 ق.م. ف.

أما حالة مبدأ قبول انحلال الزواج، فقد نظمها بالمواد 233 إلى 234 ق.م. ف. وفي هذا النوع من الطلاق يقدم أحد الزوجين أو كلاهما طلب الطلاق ويتوجب على القاضي قبوله والنطق به وبالآثار المترتبة عنه دونما اعتداد بمسببات الانحلال.

إلى جانب الحالتين السابقتين، يحكم في فرنسا بالطلاق نتيجة انتهاء العيش المشترك بين الزوجين اللذين انفصلا عن بعضهما مدة سنتين قبل التأشير بالطلاق في حالة الانقطاع النهائي للرابطة الزوجية، وهو ما نظمه المشرع الفرنسي بالمادتين 237 و238 ق.م. ف.

كما يحكم بالطلاق للخطأ الذي يكون سببه الفرق والإخلال الفاضح بالواجبات الزوجية من طرف أحد الزوجين، وفي هذا النوع من الطلاق يجوز للقاضي الحكم بالرجوع المؤقت للحياة الزوجية لأول مرة، إلا أنه في حالة تقديم طلب آخر مؤسس على وقائع جديدة يترتب عليه النطق بحكم الطلاق وذلك ما نصت عليه المواد 242 إلى 246 ق.م.ف.

المبحث الثاني: الضوابط القانونية لانحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري

بما أن الزواج المختلط أمر شائع، ويعني وجود عنصر أجنبي في العلاقة، مما يثير تنازعا في القوانين في حالة اللجوء إلى القضاء، لذلك تهتم كل دولة في ضبط قواعد التنازع الخاصة بالزواج وآثاره وانحلاله، وسنتحدث في هذا المبحث عن معالجة التشريع الجزائري للإشكالات القانونية لانحلال الزواج المختلط.

المطلب الأول: قواعد التنازع لانحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري

خصص المشرع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من القانون المدني لقواعد الإسناد في مختلف المسائل القانونية وذلك بعدما بيّن في المادة 9 منه القاعدة في شأن القانون الذي يخضع له التكييف، وهو قانون القاضي، على غرار كافة التشريعات العربية،[1] ومن بينها قاعدة الإسناد التي تحكم انحلال الزواج المختلط في الفقرة الثانية من المادة 12 ثم نص على استثناء قاعدة الإسناد في المادة 13.

الفرع الأول: ضابط الإسناد لانحلال الزواج المختلط

مرت الأحكام المنظمة لقواعد الإسناد المتعلقة بانحلال الزواج بمرحلتين:

- **المرحلة الأولى:**

تتمثل في الحقبة الزمنية الممتدة من سنة 1962 إلى سنة 1975 وخلال تلك الفترة كانت الدولة الجزائرية حديثة الاستقلال، حيث كانت تسعى إلى تكوين الأطر القانونية لصنع القرار السياسي وصياغة النص التشريعي. فأمام مخاطر الفراغ التشريعي أصدرت قانون

---

[1] فتيحة يوسف عماري، **قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد2، سنة 1999، ص.98.

31/ 12/ 1962،[1] الذي قضى بالعمل بالنصوص القانونية الفرنسية باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية وفي هذه الفترة استمر العمل بالنصوص القانونية الفرنسية والاجتهادات القضائية التي كانت رائده في مسائل انحلال الزواج.[2]

والتي نص فيها القانون على حالتين مختلفتين وهما:

- **الحالة الأولى:** إذا كان الزوجان متحدي الجنسية فهما يخضعان لقانون جنسيتهما المشتركة؛
- **الحالة الثانية:** إذا كان الزوجان مختلفين الجنسية فيخضعان لقانون موطنهما المشترك.[3]

➢ **المرحلة الثانية:** وهي مرحلة ما بعد سنة 1975 والتي أصدر فيها المشرع الجزائري القانون المدني بموجب الأمر 58/75، حيث نظم بذلك مسألة انحلال الزواج المختلط بنص المادة 12 في الفقرة الثانية.[4]

قبل البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية يجب أن ننوه أن ضابط الإسناد المعمول به في الجزائر على غرار التشريعات اللاتينية والعربية هو قانون الجنسية بوصفه القانون الشخصي وقد عبر المشرع الجزائري عن ذلك باستعماله

---

[1] القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 الذي ينص على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي ما عدا مواده العنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة

[2] فاطمة الزهرة جندولي، **انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص.13.

[3] أمين دربة، المرجع السابق، ص.52

[4] الأمر رقم 75 /58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون المدني الجزائري** المعدل والمتمم ج. ر، عدد 78 لسنة 1975 بمقتضى الأمرين رقم 182-65 ورقم 70-53 المؤرخين على التوالي بـ 11 ربيع الأول عام 1385 الموافق 10 جويلية سنة 1965 و18 جمادى الأول عام 1390 الموافق 21 جويلية سنة 1970 **المتضمنين تأسيس الحكومة.**

لعبارة قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج في المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني.[1]

وقد نصت المادة 12 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على ما يلي "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".[2]

أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ،ولم يختلف بذلك عن حال بعض الدول العربية التي أخذت بهذا الحل مثل مصر وسوريا والعراق والأردن وليبيا والسودان، حيث يعود اختيار قانون جنسيه الزوج في هذه الدول إلى ما يتمتع به الزوج في مجتمعاتها من سلطات واسعة داخل الأسرة وإلى إمكانية إنهاء الزواج بإرادته المنفردة طبقا لما تقتضيه الشريعة الإسلامية.[3]

غير أن المشرع الجزائري لم يميّز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق الذي يتم بناء على طلب الزوجة، بينما ميّزت التشريعات العربية انحلال الزواج إلى حالتين:

- ✓ إحداهما خاصة بالطلاق وتخضع بذلك لقانون الزوج وقت الطلاق
- ✓ والثانية خاصة بالتطليق وتخضع لقانون جنسيه الزوج وقت رفع الدعوى[4]

حيث يرى البعض في هذا الصدد أنه بإسناد المشرع الجزائري الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يكون بذلك قد رفض الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة كما

---

[1] فتيحة يوسف عماري، المرجع السابق، ص.98.

[2] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى سنة 1426 الموافق لـ 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج .ر.ج.ج.، عدد 44 لسنة 2005.

[3] بلقاسم أعراب، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 256.

[4] فتيحة يوسف عماري، المرجع السابق، ص. 196.

تقضي بذلك الشريعة الإسلامية، حيث لا يمكن الاعتداد بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلا عن طريق حكم صادر عن المحكمة ويعتبر حكم المحكمة منشئا وليس كاشفا، في حين يرى الرأي الراجح بأن حكم المحكمة منشئ وليس كاشف وذلك حسب المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم".[1]

فالقانون المصري مثلا قدر إخضاع انحلال الزواج لقانون واحد خلافا لما فعله بالنسبة للانعقاد الزواج وامتد في هذا الصدد بقانون جنسية الزوج غير أنه فرق بين الطلاق وبين التطليق والتفريق الجسدي من حيث إعمال هذا القانون نظرا لأن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة بينما يتوقف كل من التطليق والتفرقة الجسدية على رفع دعوى أمام القضاء.[2]

كما انتقد العديد من الفقهاء اختيار قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فمن بين هذه الانتقادات يمكننا أن نذكر أن اختيار المشرع الجزائري يعتبر اختيارا تعسفيا ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد وما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين هو من الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر.[3]

كما قد يؤدي ذلك إلى مفاجئه الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه أثناء انعقاد الزواج فقد يسمح هذا القانون بانحلال الرابطة الزوجية لأسباب لم تكن في حسبانها.[4]

---

[1] أمين دربة، المرجع السابق، ص. 52 .

[2] صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية**، [د.ط.]، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 ، ص.257 .

[3] كمال عليوش قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 233.

[4] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص. 256.

كما قد يترتب على تطبيق هذه القاعدة خضوع انحلال الزواج لقانون ربما لم يكن معروفا للزوجين كليهما وقت انعقاد الزواج وغير متوقع لأي منهما.[1]

إضافة إلى ذلك فإنه يتعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين المكرس في المادتين 2 و16[2] للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تؤكده المادة 29[3]من الدستور الجزائري.[4]

ولعل أفضل قانون يمكن أن يخضع له انحلال الزواج هو القانون الذي تكون الزوجة على بصيرة به، أي قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهذا ما أخذ به القانون اليوناني في المادة 16 من القانون المدني التي نصت على أنه يسري على الطلاق والتفريق قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى، فإذا لم توجد هذه الجنسية المشتركة يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهذا ما أخذت به اتفاقيه لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في الطلاق والانفصال الجسماني، حيث نصت المادة الثامنة منها بأنه إذا لم يكن الزوجان من جنسيه واحده فيكون القانون المعتبر هو

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق ص. 253.

[2] نصت المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على "لكل إنسان حق التمتع بالحقوق المذكورة في الإعلان دون تمييز من أي نوع ولسيما التمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس...."

ونصت المادة 16 من الإعلان "للرجل والمرأة متى بلغا سن الرشد حق التزوج وتأسيس أسرة .....وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى إنحلاله".

[3] دستور الجزائر لسنة 1963، المؤرخ في 1963/09/10، الجريدة الرسمية رقم 64، لسنة 1963

[4] ناهد فتيحة ونوقي، **انحلال الزواج المختلط و أثره في ممارسة الحضانة، (دراسة للحالة الجزائرية الفرنسية)**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2013-2014، ص. 6.

قانون آخر جنسية مشتركة لهما وإن لم تكن هناك جنسية مشتركة يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.[1]

كما تعرض هذا الضابط لنقد آخر مفاده الغش نحو القانون من طرف الزوج بتغييره لجنسيته بعد الزواج بقصد الاستفادة من الشروط المخففة في قانونها بخصوص أحكام الطلاق أو اكتساب حقوق ومزايا لا يمنحها قانون جنسيته السابقة أو الإعفاء من التزامات يفرضها عليه قانون جنسيته السابقة.[2]

وفيما يتعلق بإجراءات انحلال الزواج سواء كان ذلك بسبب الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني فهي تخرج من فكرة الزواج برمتها، وبالتالي لا تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الانحلال، بل تخضع إلى قانون القاضي الناظر فيها، وفقا للرأي الراجح، وهو كذلك بالنسبة للإجراءات التحفظية، والإجراءات الوقتية ذات الطابع الإستعجالي، كتحديد مسكن تقيم فيه الزوجة، وتسليمها الأمتعة اللازمة للاستعمال اليومي أما النفقة الوقتية التي يحكم بها القاضي لصالح الزوجة المطلقة ريثما يفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطلاق، فتعتبر بمثابة إجراء يقوم به القاضي لصالح الزوجة، من أجل المحافظة على الحد الأدنى لمعيشتها، والقانون الذي يحكمها هو قانون القاضي.[3]

الفرع الثاني: استثناء ضابط الإسناد

لكل قاعدة عامه استثناء واستثناء ضبط الإسناد الخاص بانحلال الزواج المختلط جاء في نص المادة 13 من القانون المدني "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال

---

[1] فاطمة بوخاري، **القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن**، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، المجلد 2، العدد 2، 2005، ص. 68.

[2] المرجع نفسه، ص. 68.

[3] المرجع نفسه، ص. 69.

المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية".[1]

نصت هذه المادة صراحة على استثناء ضابط الإسناد في حاله إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ونجد نفس هذا الاستثناء في معظم قوانين الدول العربية.[2]

وبمقتضى هذا الاستثناء إذا كان الزوج أو الزوجة جزائريين عند انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يسري على انحلال هذه الرابطة الزوجية.[3]

وتعتبر قاعدة الإسناد في المادة 13 قاعدة أحاديه وهي قاعدة حمائية أكثر من كونها قاعدة إسناد باعتبارها تسعى لحماية الطرف الوطني الحامل للجنسية الجزائرية خاصة الزوجة، كما أن هدف المشرع الجزائري من ذلك هو حماية خصوصية الأحوال الشخصية في الجزائر ذات الطابع الديني كونها من النظام العام وكذلك تدارك الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الجزائريين في تحديد القانون الواجب التطبيق.[4]

رغم أن هذا النص ورد كاستثناء على المادتين 11 و12 من القانون المدني الجزائري إلا أنه أولى بالتطبيق كلما كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج ولو غيّر الطرف الجزائري جنسيته لاحقا وبالتالي العبرة في صحة وأثار انحلال الزواج بما يقضي به القانون الجزائري وحده إلا في ما يخص أهليه الزواج الذي يظل الطرف الأجنبي خاضعا

---

[1] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص. 258.

[3] فاطمة بوخاري، المرجع السابق، ص. 70.

[4] سلمى غنام، **معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط**، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر 1، المجلد 12، العدد 3، ص. 70.

لقانونه، ولا ينفرد بهذا الاستثناء القانون الجزائري وحده وإنما مقرر في جل القوانين الأخرى.[1]

فلو رُفعت دعوى طلاق بين جزائرية متزوجة بأجنبي أمام المحكمة الجزائرية فالقانون الذي يحكم هذا النزاع هو قانون جنسية الزوج أي القانون الأجنبي طبقا للمادة 12 فقرة 2 غير أن تطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 أصلح للزوجة الجزائرية، فقد يكون قانون الزوج مجحفا بحقوقها، لذا استثنى المشرع هذه الحالة من حكم المادة 12 وأخضعها لحكم المادة 13 من القانون المدني، وبما أن الزوجة كانت جزائرية يوم انعقاد الزواج فهذا يعني أنه لن يطبق قانون جنسية زوجها بل سيطبق القانون الجزائري، ذلك أن الهدف من تقرير هذا الاستثناء هو حماية الزوجة الوطنية، لأن الأمر لو تعلق بالزوج فإن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يطبق طبقا للقاعدة العامة.[2]

لقد تعرض هذا الاستثناء لعدة انتقادات لأنه إذا كان الغرض هو حماية الطرف الوطني المسلم فإن الأخذ بفكرة النظام العام ما يحقق نفس النتيجة، كما أن الاسترسال في الأخذ بهذا الاستثناء قد يؤدي إلى نتائج غريبة. فنجد القانون الجزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية وجزائري وقد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد انعقاد زواجهما في حين لا يطبق على انحلال الزواج بين أجنبيين قد اكتسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما.[3]

إضافة إلى عدم موضوعية ضابط الإسناد لأنه يأخذ على سبيل الحصر بجنسية أحد الزوجين إذا كان جزائريا وقت انعقاد الزواج بغض النظر عن جنسية الزوج الآخر

---

[1] فتيحة يوسف عماري، المرجع السابق، ص. 115.

[2] فاطمة بوخاري، المرجع السابق، ص. 70.

[3] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص. 258.

دون إيلاء أي اهتمام حول ملائمة القانون الجزائري للحكم في النزاع المطروح أمام القضاء.[1]

ويعتبر أهم انتقاد لهذا الاستثناء هو الصعوبة في تنفيذه خاصة على مسألة الانفصال الجسماني بين الجزائريين المقيمين في الخارج لأنه نظام غير معروف في قانون الأسرة الجزائري ولم ينظم أحكامه بتاتا.[2]

ومن تطبيقات هذا الاستثناء ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17/ 02 /1998 والتي قضت بـ "حيث إن الطاعنة لها جنسية جزائرية 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 وكما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه".[3]

المطلب الثاني: عوائق تطبيق القانون الوطني للزوج.

اعتمد المشرع الجزائري ضابط الجنسية في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي تشمل انحلال الزواج المختلط، غير أن إعمال هذا الضابط قد تعترضه صعوبات عملية، كما لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الجنسية، وتبين أن الأمر يتعلق بشخص متعدد الجنسية أو عديم الجنسية.

---

[1] سلمى غنام، المرجع السابق، ص.70.

[2] المرجع نفسه، ص. 70.

[3] قرار المحكمة العليا ملف رقم 170082، الصادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، 2000، العدد 1، ص. 167.

الفرع الأول: إشكالات تطبيق ضابط الإسناد لانحلال الزواج المختلط

من الإشكالات التي تعيق القانون في تطبيق قانون جنسية الزوج تمتع الزوج بجنسيات متعددة أو انعدام جنسيتهم ويشكل ذلك عائقا في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج.[1]

أولا: تعدد الجنسية: إذ أن من أهم المشاكل المترتبة على تعدد الجنسية والتي اهتم بها شراح القانون الدولي الخاص والقضاء الوطني والدولي هي مشكلة تحديد القانون الشخصي لمتعدد الجنسية، فإذا أثير نزاع أمام القضاء يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية لمتعدد الجنسية ويكون القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد هو قانون الجنسية، عندئذ يجد القاضي الوطني أنه أمام أكثر من جنسية وعليه اختيار إحداها كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، وفي هذا الصدد اختلفت أراء الفقهاء ما بين تفضيل الجنسية الأسبق في التاريخ أو الأحدث، وهذه أراء تحكيمية لا تقوم على مبرر مقبول.[2]

ومن الآراء السائدة في الفقه الأخذ بالجنسية الفعلية أي الاعتداد بالجنسية التي يمارسها الشخص فعلا وهو ما يستخلصه من الظروف والملابسات مثل اللغة والإقامة وغيرها.[3] وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

وقد جاء في نص المادة 22 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري "في حاله تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".[4]

---

[1] سلمى غنام، المرجع السابق، ص.70.

[2] ريمة شيكر، **التحديات القانونية للحد من ظاهرة تعدد الجنسيات في القانون الدولي الخاص**، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة المدية، العدد 5، 2018، ص.ص. 220-221.

[3] المرجع نفسه، ص. 221.

[4] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

يقصد بتعدد الجنسية لدى القانونيين الحالة التي ترى فيها قوانين الجنسية في دولتين أن شخصا ما ينتسب إليها، فازدواج الجنسية يتحقق إذا اعترفت دولتان لشخص واحد بجنسية كل منهما بمقتضى قوانين الجنسية السارية في الدولتين، كأن يكون للفرد جنسية دولتين في نفس الوقت.[1]

والجنسية الفعلية أو الجنسية الحقيقية هي التي يكون الشخص أكثر ارتباطا بها من غيره، ويستعين القاضي للكشف عن هذه الجنسية بعناصر موضوعية كموطن الشخص أو محل إقامته كما له الاستعانة بغير ذلك من الملابسات والمؤثرات المتعلقة بالشخص ذاته كمركز مصالحه التجارية، روابط عائلية، لغته، محل مزاولته حقوقه ووظائفه العامة، وتأديته للخدمة العسكرية.[2]

حيث جاء في نص المادة الخامسة من اتفاقيه لاهاي لسنة 1930: "يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أن تعامله على أنه متمتع بجنسية واحدة ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية أو جنسية الدولة التي يظهر من الملابسات تعلق الشخص بها فعلا.[3]

وأخذ المشرع الجزائري بضابط الجنسية الحقيقية تكريسا لمبدأ تساوي وتكافؤ سيادات الدول كما تبنى المبدأ الذي جاءت به المادة 3 من اتفاقيه لاهاي لسنه، 1930 الذي مفاده أنه إن كان الشخص يحمل جنسيتين أو أكثر فيجوز أن تعتبره كل دولة من الدول

---

[1] عبير قدادرة، **تنازع الجنسيات في القانون الدولي الخاص**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة الجامعية 2015-2016، ص. 7.

[2] نورية شبورو، **الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناءا على ضابط الجنسية**، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد الثاني،الجزائر، ص. 223.

[3] اتفاقية لاهاي لسنة 1930، المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في شأن الجنسية، الموقعة في 12 أفريل 1930.

التي يحمل جنسيتها تابعا لها أي من رعاياها وبناءا على ذلك فمتعدد الجنسيات يعتبر وطنيا في أي دولة يحمل جنسيتها.[1]

وقد نصت المادة 22 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دوله أجنبية أو عده دول جنسيه تلك الدول".[2]

مما يعني إذا كان للشخص المعني أكثر من جنسية واحده في نفس الوقت ومن ضمنها الجنسية الجزائرية، فيطبق القانون الجزائري وحده دون النظر إلى قوانين الجنسيات الأخرى.[3]

ثانيا: انعدام الجنسية: انعدام الجنسية هي حاله قانونية وسياسية تجعل الشخص غير مرتبط بأية دولة وهو في نظر كل الدول ليس من رعاياها، فمن ذات التعريف نستشف وضعيه عديم الجنسية وهو ذلك الشخص الذي يجد نفسه منذ الولادة أو بعد تاريخ لاحق عليه مجرد من حقه في حمل جنسية دولة ما.[4] كما يمكن تعريف عديمي الجنسية على أنهم أولئك الذين لم يحصلوا على الجنسية تلقائيا أو من خلال قرار فردي يحكم أعمال قوانين دولة، والأشخاص عديمو الجنسية بحكم الواقع هم أولئك الذين لا يستطيعون إثبات جنسيتهم.[5]

---

[1] سلمى غنام، المرجع السابق، . ص. 70-71.

[2] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3] الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا**، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. 14.

[4] بلحاج بلخير، عبد القادر لعيدي، **معالجة قانونية لوضعية عديمي الجنسية على ضوء الاتفاقات الدولية والتشريعات الداخلية (الطبيعة – حلول)**، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي علي كافي، المجلد 8، العدد 1، تيندوف، 2022، ص323.

[5] بشير الشريف يوسف، **نزع الجنسية بين الواقع والقانون**، دار البداية ناشرون وموّزعون، عمان، 2011، ص 17.

ويطلق العديد من الفقهاء على هذه الظاهرة التنازع السلبي للجنسيات، وهي تسميه خاطئة وغير دقيقة فنيا لأن انعدام الجنسية لا يثير تنازعا بين الجنسيات أصلا فكل الدول تتخلى عنهم وهي ظاهرة مؤلمة تلحق بالفرد أشد الأضرار.[1]

ومن ضمن الأسباب التي تؤدي إلى انعدام الجنسية الزواج المختلط، وبعض التشريعات تقوم بتغيير جنسية المرأة التي تتزوج شخصا من غير مواطنيها أجنبي وبشكل تلقائي الهدف من ذلك هو توحيد العائلة، لكن بالمقابل قد لا يمنح التشريع الآخر الجنسية للزوجة بشكل تلقائي الأمر الذي قد تصبح فيه عديمة الجنسية، أو إذا كان الزوج عديم الجنسية أصلا، أو قد تصبح الزوجة عديمة الجنسية إذا ما حدث انفصال في العلاقة الزوجية وفقدت جنسيتها التي اكتسبتها بالزواج ولم تسترد جنسيتها الأصلية.[2]

ومن المشاكل العويصة التي تعاني منها الدول والمجتمعات هي صعوبة تحديد القانون الذي يحكم تصرفات عديم الجنسية المتعلقة بأحواله الشخصية.[3]

لذلك تقوم التشريعات بسن قوانين لحل مشكلة عديم الجنسية والبحث عن وسائل وقائية وأخرى علاجيه لذلك.

وقد تعددت الحلول العلاجية بين الفقه والتشريع بالنسبة للقانون الذي يحكم الأحوال الشخصية لشخص ليست له أي جنسية من جنسية دول العالم، وذلك بالنسبة إلى تصرفاته المتعلقة بأحواله الشخصية، حيث يتجه الرأي الراجح في الفقه الحديث وتؤيده في ذلك بعض التشريعات الحديثة إلى الأخذ بقانون الدولة التي يرتبط بها عديم الجنسية من الناحية الفعلية والواقعية وذلك عن طريق معيار يشبه معيار الجنسية الفعلية المعمول بها

---

[1] عمر معمر خرشي، **وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية**، مجلة الحقوق والحريات، جامعة سعيدة، العدد5، 2018، ص. 196.

[2] بلحاج بلخير، عبد القادر لعيدي، المرجع السابق، ص. 325.

[3] عمر معمر خرشي، المرجع السابق، ص .211.

في مجال تعدد الجنسيات للشخص الواحد فهذا المعيار يمكن الاعتماد عليه لأنه يشبه في حاله انعدام الجنسية وذلك بالنظر إلى ارتباطه من الناحية الفعلية والواقعية لدولة من دول العالم أكثر من الدول الأخرى مما يجعل قانونها هو الذي يحكم أحواله الشخصية لأنه يكون هو القانون الملائم للتطبيق وعادة ما يتحدد هذا المعيار على أساس موطن عديم الجنسية فإن لم يكن له موطن على أساس الإقامة أو لم تكن له إقامة على أساس عوامل أخرى يلجأ إليها القاضي المعروضة عليه النزاع.[1]

نصت المادة 12 من اتفاقية نيويورك لعام 1954 في فقرتها الأولى بأن"حالة عديمي الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه أو بلد إقامته".[2]

فقد انتهجت العديد من الدول ما أتت به اتفاقيه نيويورك كضابط إسناد لحل نزاع عديم الجنسية مثل المشرع السويسري في نص المادة 24 من القانون المدني السويسري لسنة 1987 وكذلك المشرع الألماني في نص المادة الخامسة من القانون المدني الألماني لعام 1986 وكذلك المشرع الإيطالي في نص المادة 29 من القانون المدني الإيطالي لعام 1987، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بنفس الحل وأكد على ذلك في نص المادة 22 في الفقرة الثانية من القانون المدني، و يعتبر هذا الحل هو الأكثر إنصافا للحفاظ على حقوق الشخص المكتسبة.[3]

وقد نصت المادة 22 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري على ما يلي "وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون المواطن أو قانون محل الإقامة".[4]

---

[1] عمر معمر خرشي، المرجع السابق، ص. 218-219.

[2] اتفاقية نيويورك لسنة 1954 بشأن وضعية عديمي الجنسية، المعتمدة في 28 سبتمبر 1954، دخلت حيز النفاذ في 06 يونيو 1960.

[3] بلحاج بلخير، عبد القادر لعيدي، المرجع السابق، ص.ص. 326-327.

[4] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

حتى يسهل على القاضي الجزائري تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا عرض عليه نزاع من شخص عديم الجنسية نص المشرع على ترجيح قانون الموطن ومحل الإقامة.[1]

ومطابقة لمعاهدة نيويورك المتعلقة بمركز عديمي الجنسية والتي صادقت عليها الجزائر

كما أن ذلك النص لا يعني أنه يعطي الحرية للقاضي في اختيار القانون الذي يحكم عديم الجنسية في أحوال شخصية بل هو يفيد ارتباط هذا الشخص بدولة معينة من الناحية الفعلية.[2]

الفرع الثاني: استبعاد القانون الوطني للزوج

يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي حسب قواعد الإسناد المقررة في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني بتطبيق القانون الجزائري أو تطبيق القانون الأجنبي لكن في الحالة التي تعين فيها تطبيق قانون أجنبي معين بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي واتضح فيها للقاضي الجزائري أن تطبيق هذا القانون تتعارض أحكامه مع المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام العام الجزائري يستوجب عليه استبعاد تطبيق ذلك القانون.[3]

وتعتبر فكره النظام العام من أعقد الوسائل المهمة في الفكر القانوني لأنه لا يزال مفهومها مرنا والمشرع أعطى للقاضي السلطة التقديرية الواسعة لتحديد مقتضيات وأسس النظام العام. فبعد إشارة قاعدة التنازع إلى تحديد القانون الواجب التطبيق يتأكد القاضي من مدى ملائمة القانون الأجنبي المراد تطبيقه مع الأسس الجوهرية للدولة وعلى القاضي

---

[1] سلمى غنام، المرجع السابق، ص. 71.

[2] عمر معمر خرشي، المرجع السابق، ص. 219.

[3] سلمى غنام، المرجع السابق، ص. 71.

أن ينظر في ملائمة القانون الأجنبي للمجتمع الذي يعيش فيه وليس بمعياريه الشخصي.[1]

في الدول الإسلامية فإن تدخل النظام العام يكون خاصة في الحالات التي يؤدي فيها تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالحقوق المقررة من طرف الشريعة لمعتنقي الإسلام.[2] ومنه فقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي بتطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمامه والمشتمل على عنصر أجنبي عندما تشير قواعد الإسناد الجزائرية لاختصاصه بشرط أن يتماشى مضمونه مع النظام العام الجزائري وآدابه العامة، أما إذا اتضح للمشرع الجزائري عكس ذلك اضطر إلى استبعاده وتطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي بشكل استثنائي لأن القاعدة العامة هو تطبيق القانون الذي عينته قاعدة الإسناد سواء كان وطنيا أو أجنبيّا.[3]

تعتبر فكرة النظام العام استثناء عن تطبيق واحد للتنازل والتي قد تشير إما إلى تطبيق القانون الوطني أو تطبيق القانون الأجنبي، ويثار مشكل الدفع بالنظام العام بشدة بالنسبة للدول التي تسند مسائل الأحوال الشخصية لضبط الجنسية ولا يثار هذا الأخير بالنسبة للدول التي تأخذ بضابط الموطن قانون القاضي، في حين يشبه بعض الفقهاء الدفع بالنظام العام بمثابة صمام أمان انطلاقا من كونه يهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للمجتمع وهذا الهدف يرجع تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي وتستعمل فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي كوسيلة لعدم خروج اتفاق الأفراد على أحكام القواعد الآمرة.[4]

---

[1] أمين دربة، المرجع السابق، ص. 90،91.

[2] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص. 261.

[3] سلمى غنام، المرجع السابق، ص 71.

[4] أمين دربة، المرجع السابق، ص 92.

كما يعد النظام العام كحاجز يحمي المبادئ الأساسية للدولة وصيانة مصالحها الجوهرية.

النظام العام هو أداة استبعاد القانون من أجنبي تطبيق القانون الوطني بصفه استثنائية خروجا عن الأصل العام الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وطنيا كان أم أجنبيا.[1]

ثانيا: ثبوت الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون

قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني بهدف إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي وتتركب هذه القاعدة من عنصرين الفئة المسندة وضابط الإسناد، وهو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه وقد يعمد أطراف العلاقة إلى تغيير هذا الضابط، وبتغييره يتغير القانون الواجب التطبيق فقد يكون ضابط الجنسية بدلا هو ضابط الإسناد بالنسبة للأحوال الشخصية فيقوم بعض الأطراف بتغيير جنسيته ويتغير تبعا لذلك القانون الواجب التطبيق.[2] وذلك بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا بحكم النزاع[3] وقد كان هذا التحايل يقع كثيرا في السابق حينما كانت بعض الدول لا تسمح بالطلاق فيكتسب الشخص جنسية دولة أخرى تجيزه فيتمكن من الحصول عليه.[4]

---

[1] سلمى غنام، المرجع السابق، ص. 71.

[2] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص.186.

[3] علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، الطبعة 3، الديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 159.

[4] موسى عبود، **الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي**، المركز الثقافي العربي، 1994، ص 216.

أما بالنسبة للتشريع والقضاء الجزائري فلم يتعرضا لتعريف الغش نحو القانون، غير أنه أخذ باستبعاد القانون الأجنبي في حال ثبوت الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون[1]، حيث نصت المادة 24 من القانون المدني على"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة ....أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"[2]

وللتمسك بالدفع بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الواجب التطبيق يجب توفر شروط وهي:[3]

أولا: التغيير الإرادي لضوابط التنازع ويتوقف هذا الأمر على إرادة الأطراف بمعنى استعمال قاعدة التنازع بقصد نقل الاختصاص لقانون آخر غير مختص أصلا بحكم النزاع.[4]

ثانيا: التحايل على القانون بسوء نية وذلك للتهرب من إخضاع العلاقة القانونية للقانون الواجب التطبيق أصلا والهدف من ذلك هو تجنب الأحكام الآمرة في القانون المختص.[5] ويمكن التحقق في حالة التحايل على القانون إذا كان القانون الواجب التطبيق يعامل على أساس واقعة بالنسبة للدول التي تأخذ بهذا النظام فلا يثيره الأطراف عمدا بتطبيقه أمام القاضي وذلك قصد الحصول على مركز يكون محظورا في القانون المستبعد من طرفهم فتتحقق هذه الحالة لمجرد السكوت عن التمسك بالقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.[6]

---

(1) سلمى غنام، المرجع السابق، ص. 72.

(2) الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(3) أمين دربة، المرجع السابق، ص. 106.

(4) محمد كمال فهمي، **أصول القانون الدولي الخاص**، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 524.

(5) عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 6، 1986، ص.56 .

(6)– أمين دربة، المرجع السابق، ص. 107.

ملخص الفصل الأول:

وجدنا أن انحلال الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية تختلف عن حالات فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية، كونهما لا تجتمعان على مفهوم واحد لمسألة انحلال الزواج، في التشريع الجزائري هناك نصوص قانونية للحالات الأربعة إلى جانب الطلاق بالتراضي الذي لم ينظم المشرع الجزائري أحكامه إلا بمقتضى قانون الإجراءات المدنية أما الأنظمة الغربية فيوجد الطلاق والتطليق ونظاما آخر يسمى الانفصال الجسماني أو التفريق البدني وبالنسبة للدول التي تحرم الطلاق فهو مباعدة مادية بين الزوجيين.

وقد خصص المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تحكم انحلال الزواج المختلط وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (م2/12 ق.م.ج)، كما نص المشرع الجزائري على تطبيق القانون الجزائري في حالة كون أحد الزوجين جزائريا (م13 ق.م.ج) وعالج إشكالية تعدد الجنسيات و انعدام الجنسية(م22 ق.م.ج) بالاعتداد بالجنسية الفعلية وتطبيق قانون الموطن، مع النص على استبعاد القانون الأجنبي في حالة مخالفة النظام العام أو الآداب العامة أو في حالة ثبوت الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون(م24 ق.م.ج).

الفصل الثاني

الإشكالات المتعلقة بممارسة الحضانة بعد انحلال الزواج المختلط

يخلف انحلال الزواج آثارا وإشكالات بسبب تفكك الأسرة وتصدعها، ولعل أهم هذه الإشكالات هي التي تتعلق بأطفال الأزواج المنفصلين، كونهم الضحية الأولى لهذا الانفصال، وأول إشكالية تطرح بعد انحلال الزواج هي إشكالية إسناد الحضانة خاصة إذا كان هذا الزواج مختلط، فهذا يعني وجود تنازع للقوانين، لذلك سنطرق إلى ذكر الإشكالات المتعلقة بتنازع القوانين في الحضانة، وتحديد طبيعتها القانونية (تكييفها) ومعالجة التشريع الجزائري لضوابطها القانونية عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، والجهود الدولية لحماية العنصر المعني وهو المحضون عن طريق سن اتفاقيات دولية متعددة الأطراف وثنائية (المبحث الأول). ثم سنتطرق إلى أهم الإشكالات القانونية المتعلقة بالمسائل التي تخص الحضانة والتابعة لها وكيفية معالجتها وضبطها قانونيا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إشكالات تنازع القوانين الخاصة بالحضانة في إطار الزواج المختلط

يتكفل قانون الأسرة الخاص بأي دولة بمعالجة الأحكام والضوابط الخاصة بالحضانة لكن إذا كان الأمر يتعلق بالزواج المختلط فهذا يعني وجود عنصر أجنبي في العلاقة وهو ما يثير إشكالية تنازع القوانين وإشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق خاصة إذ لم يخص المشرع قاعدة إسناد تحدد ذلك، لذلك يجب تحديد الطبيعة القانونية مسألة الحضانة وهو ما يسمى بالتكييف ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وهذا ما سنناقشه في المطلب الأول

أما في المطلب الثاني فسنقوم بذكر الحلول على المستوى الدولي والتي كانت عبر سن اتفاقيات ومعاهدات ثنائية ومتعددة.

المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في إطار الزواج المختلط

لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة ما في الحالة التي لا يذكر فيها المشرع الوطني قاعدة إسناد صريحة تعالج الموضوع نمر عبر مرحلتين وهما تحديد الطبيعة القانونية للمسألة محل النزاع أي تكييفها قانونيا ثم بعد ذلك نحدد القانون الواجب التطبيق عليها بعد إدراجها ضمن فئة إسناد محددة.

الفرع الأول: التكييف القانوني للحضانة في علاقات الزواج المختلط

التكييف سواء في القانون الداخلي، أو في تنازع القوانين، يعني تحديد طبيعة المسألة القانونية محل النزاع، وهذا لا يعني تطابق فكرة التكييف في القانونين، وذلك لأن القاضي ومن خلال التكييف في القانون الداخلي، يسعى إلى تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق، فيما يسعى القاضي من خلال التكييف في تنازع القوانين إلى إدراج

المسألة محل النزاع ضمن طائفة من النظم القانونية المقررة في قانونه تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص. حيث ويقوم التكييف على ثلاثة عناصر أساسية وهي:

- ✓ تحديد طبيعة المسألة
- ✓ إدراج المسألة محل النزاع إلى فئة إسناد محدد
- ✓ ثم معرفة القانون الواجب التطبيق.[1]

غالبا أن لا تثار مشكلة الحضانة بين والدين وطنيين كانت تربطهما علاقة الزوجية وانحلت، إذ تكون المسؤولية مشتركة بين الوالدين إلا أن الحضانة قد تكون سببا للخلاف والتقاضي عند وقوع الطلاق أو الانفصال ما بين الأبوين، وتزداد المشكلة صعوبة إذا ما اختلفت مواطن الأطراف وجنسياتهم، إذا يلزم عندئذ الرجوع إلى قاعدة من قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق ولا يمكن تطبيق هذه القاعدة إلا بعد وصف هذه العلاقة التي تباينت حولها التكييفات.[2]

وهناك اختلاف فقهي وقانوني في مسألة تكييف الحضانة، فهناك من يعتبرها من آثار عقد الزواج بينما يعتبرها آخرون من آثار انحلال الرابطة الزوجية، كما يوجد من يرى بإخضاعها للقانون الذي يحكم النسب، أو لقانون الموطن الفعلي للطفل، وكذلك هناك من يرى بإخضاعها للقانون الأصلح لحماية الطفل وتأمينه.

---

[1] عبد الرحمان زناندة، **التكييف في تنازع القوانين**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، المجلد 7، العدد1، 2021، ص. 2241.

[2] سناء عماري، **التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي 2014-2015، ص. 144.

أولا: الحضانة أثر من آثار عقد الزواج:

يرى بعض الفقه وخاصة الفقه الفرنسي أن الحضانة أثر من آثار عقد الزواج على أساس أن الولد المعني بالحضانة ناتج عن علاقة زواج، وبذلك فهي تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون الموطن المشترك حسب القانون الفرنسي، أو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج حسب القانون الجزائري. كما اتبع هذا الاتجاه القضاء المصري في أحد أحكامه القضائية الصادرة في 26 فيفري 1952 عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية، على أساس أن الحضانة مسألة تتعلق بالبنوة. غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة مفادها عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق، وقد تم التراجع عن هذا التوّجه خاصة بعد التعديلات التي مست القانون الفرنسي والقانون المصري فيما يتعلق بالقانون المدني وقواعد التنازع الخاصة بالأحوال الشخصية بصفة خاصة.[1]

ثانيا:الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج:

اتجه أنصاره للقول بأن الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج الرابط بين الحضانة وآثار الطلاق والتطليق والانفصال على النحو الذي يبرر إخضاعها لقانون واحد هو القانون الشخصي للزوج، أي قانون الجنسية وقت رفع الدعوى، ويذهب اتجاه رائج في القضاء والفقه الفرنسي والمصري والإنجليزي والأمريكي إلى إخضاع الحضانة للقانون واجب التطبيق على آثار الطلاق باعتبار أن مشكلة الحضانة لا تثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية فهي أثر من آثار الطلاق.[2]

---

[1] عبد الكريم موكة، **القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط**، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، جامعة جيجل، المجلد 4، العدد 3، 2021، ص. 914.

[2] سناء عماري، المرجع السابق، ص. 145.

وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة خلافا لبعض التشريعات العربية. وبعبارة أخرى فإنه بموجب عملية التكييف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقا لنص المادة 9 من القانون المدني، تعد الحضانة من آثار الطلاق، وباستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري خاصة المواد 62 وما بعدها، نجد أن المشرع أخذ بالاتجاه الذي يعتبر أن الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية.[1]

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة:

لم يخص المشرع الجزائري مسألة الحضانة بأي قاعدة إسناد صريحة على عكس بعض التشريعات العربية المقارنة مثل القانون التونسي والقانون الكويتي والقانون القطري.

وقد نص القانون التونسي في الفصل 50 من القانون 1998/79 المتضمن المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القانون الأفضل للطفل" أي أن القانون التونسي جعل الحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج كما يمكن للقاضي تطبيق القانون الشخصي للطفل أو موطنه، مع منح القاضي المجال لتطبيق القانون الأفضل للطفل.[2]

تكرّس هذه القاعدة نمطا جديدا من أنماط قواعد التّنازل الذّي لم يسبق وأن تمّ تكريسه سابقا، وبذلك جعل الاختيار بأيدي القضاة، يختار أفضل حل يناسب الطفل بين الحلول الثلاثة إمّا:

---

[1] عبد الكريم موكة، المرجع السابق، ص 915.

[2] المرجع نفسه، ص. 918.

- ✓ القانون الذّي وقع بمقتضاه حل الرّبطة الزوجية
- ✓ أو القانون الشّخصي للطفل
- ✓ أو قانون مقرّه[1].

أمّا بالنسبة للقانون الكويتي فقد أخضع الحضانة بقاعدة إسناد خاصّة بها، بموجب المادة 43 من القانون رقم 61 – 05 بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، بقولها: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة" أي أخضعتها إلى جنسية الأب كما أخذ المشرّع القطري في المادة 20 من القانون المدني بنفس ما أخذ به المشرّع الكويتي في المادة 43 المذكورة سابقا.[2]

غير أن معظم التشريعات التي لم تنص على قاعدة إسناد تخص الحضانة ومنها التشريع الجزائري، فقد قامت بإلحاقها بالقانون الذي يحكم آثار انحلال الرابطة الزوجية، ومثال ذلك القانون المصري والقانون السوري والقانون العراقي والقانون الليبي، والذي هو قانون الزوج وقت رفع الدعوى.[3]

أما القانون الفرنسي فقد جاء خاليا من أحكام الحضانة، وكيّف القضاء الفرنسي الحضانة على أنه من آثار انحلال الزواج، فيسري عليه القانون الذي يحكم انحلال الزواج. ولكن الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون، بالإضافة إلى تطبيق قانون إقامة الطفل.[4]

---

[1] آمنة أمحمدي بوزينة، **إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 12، العدد 02، 2019، ص. 192.

[2] المرجع نفسه، ص. 192 .

[3] صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص. 97.

[4] عبد الكريم موكة، المرجع السابق، ص. 918.

وبالعودة للقانون الجزائري، فهو لم ينص على قاعدة إسناد صريحة تخص الحضانة وتوضح القانون الواجب التطبيق عليها، فبالنظر للمادة 09 من القانون المدني الجزائري والتي نصت بأن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، فإنّ الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، لأنّ المشرع الجزائري قد تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلّق بآثار الطلاق. وباعتبار الحضانة من آثار انحلال الزواج، فانّه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري. ويمكن سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وذلك حسب ما جاءت به المادة 13 من القانون المدني الجزائري.[1]

أي أنه في حالة وقوع الطلاق بين زوجين أحدهما جزائري وآخر أجنبي ولم تبرم الجزائر اتفاقية مع دولة هذا الأخير فيما يخص الحضانة والزيارة، ففي هذه الحالة عندما يحكم القاضي بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى أو وقت النطق بالطلاق إذا كان الطلاق بإرادة منفردة، وإذا كان جزائريا فيطبق قانون الأسرة الجزائري مع مراعاة مصلحة المحضون دائما، كما أن الاستثناء المذكور في المادة 13 من القانون المدني يقضي بتطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.[2]

لقد كرس القضاء الجزائري هذا التوّجه من خلال عديد القضايا التي فصل فيها، لاسيما تلك التي اجتهدت فيها المحكمة العليا من خلال تفعيل مضمون نص المادة 2/12 والمادة 13 من التقنين المدني، إلا أنه في بعض الحالات القضاء يخرج عن الوضع العام المقرر في قواعد التنازع من خلال إقرار القانون الجزائري خاصة عندما

---

[1] أمين دربة، المرجع السابق، ص.68 .

[2] آسيا طاهري، **تنازع القوانين في الحضانة**، مجلة الفكر، جامعة الجزائر 2، المجاد 4، العدد 2، 2020، ص.150.

يتعلق الأمر بحماية مصلحة المحضون، وهو ما تم إقراره في قضية الحال من طرف المحكمة العليا في الملف رقم 457038.[1]

ولقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلّق بطلاق جزائرية وإيطالي[2]، بحيث أنّ المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 12 الفقرة الثانية، أي لقانون جنسية الزوج، وطعنت الزوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأن مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية. وقررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض هذا الحكم، واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعلى هذا تخضع الحضانة للقانون الجزائري.[3]

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على دعوى الحضانة، فبالعودة إلى أحكام قواعد التنازع لاسيما المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تعتبر قاعدة إسناد فيما يتعلق الجانب الإجرائي لمختلف دعاوى التي يكون فيها طرفا أجنبيا، لذلك في موضوع الحضانة الناتجة عن انحلال الرابطة زوجية بأجنبي يستوجب تفعيل مضمون نص المادة 21 مكرر التي تنص على ما يلي: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". بالتالي إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري من الناحية الإجرائية إخضاع ذلك وفقا لما تقرره أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري خاصة فيما يتعلق بالاختصاص المحلي والنوعي. مع الأخذ بعين الاعتبار حالة وجود معاهدة نافدة أو نص

---

[1] عبد الكريم موكة، المرجع السابق، ص. 920.

[2] قرار المحكمة العليا ملف رقم 170082، المرجع السابق.

[3] أمين دربة، المرجع السابق، ص 54.

خاص يقضي غير ذلك وفقا لما تقرره أحكام المادة 154 من التعديل الدستور الجزائري لسنة 2020.[1]

المطلب الثاني: الحلول الدولية لإشكالية تنازع القوانين المتعلقة بالحضانة

نظرا للإشكالات القانونية التي يثيرها موضوع الحضانة خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها، لجأت العديد من الدول في سبيل حل إشكالية تنازع القوانين في موضوع الحضانة إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة، أما على مستوى التشريعات الداخلية للدول وفي سبيل الوصول إلى القانون على موضوع الحضانة، فمنها من خصها بقاعدة إسناد محددة ودقيقة ومنها من لم يفعل ذلك أين ترك المجال واسعا بإسنادها إلى قاعدة التنازع الخاصة بآثار انحلال الرابطة الزوجية وهو ما اتخذه المشرع الجزائري مما يثير صعوبة في تطبيق أحكامها.[2]

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف

الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف هي تلك الاتفاقيات التي انضمت إليها عدة دول، والتي تناولت فيها موضوع حل إشكالات تنازع القوانين في الحضانة.[3]

أولا: اتفاقيات لاهاي حول مشاكل الحضانة: وهي ثلاث اتفاقيات:

أ- **اتفاقية لاهاي حول حماية القصر لعام 1961:** والتي أخضعت الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل لاعتباره المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره[4].

---

[1] عبد الكريم موكة، المرجع السابق، ص. 919.

[2] المرجع نفسه، ص. 915.

[3] آمنة أمحمدي بوزينة، **تنازع القوانين في الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص)، 2020، ص. 576.

[4] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص. 40.

لأن فلسفة الاتفاقية جاءت لتعتني بشخص الطفل أكثر من الشخص الحاضن، ونجد القانون الإنجليزي أيضا تأثر بنفس الاتجاه، الذي أخذت به اتفاقية لاهاي وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل.[1]

ثانيا: اتفاقية لاهاي الخاصة بالاختطاف الدولي للأطفال لعام 1980:

دخلت حيز النفاذ في01 ديسمبر 1983 وقد تعرضت الاتفاقية للجوانب الخاصة بالاختطاف الدولي للمحضونين، وتمثل دور هذه الاتفاقية في تحقيق مصلحة الطفل في أمور الاختطاف المتعلقة بحضانتهم، والأطفال المعنيون بهذه الاتفاقية هم الذّين يسكنون بصورة معتادة على أراضي إحدى الدول المتعاقدة، ولم يتجاوز سنّهم 16 سنة.

وقد جاءت هذه الاتفاقية بآليات لمساعدة الحاضن المحروم من الحضانة والولي المحروم من الزيارة وذلك بتعاون السلطات المركزية فيما بينها لمساعدة الحاضن في استرجاع المحضون، لاعتبار إبعاد الطفل عن الحاضن أمر غير مشروع، حيث يقوم بتحديد مكانه عن طريق اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للتوصل إلى الإعادة الطوعية للطفل، مع توفير كل الترتيبات الإدارية التي قد تكون ضرورية ومناسبة وفعالة عند عدم نجاح الحلول الودية، فهنا تتدخل السلطة القضائية بالبث في الطلب على وجه الاستعجال.[2]

ثالثا: اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التنفيذ والاعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والتدابير لحماية الأطفال لعام 1996:

تختص هذه الاتفاقية بالقضايا المتعلقة بالحماية الدولية للطفل، بدءا من النزاعات الأبوية حول حضانة الطفل أو الاتصال بها حسب المادة03 منها، والتي نصت في الفقرة (ب) منها بـ "حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل وخاصة فيما يتعلق بتحديد

---

[1] آمنة أمحمدي بوزينة، **تنازع القوانين في الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة**، المرجع السابق، ص.577.

[2] المرجع نفسه، ص.ص. 577-578.

مكان إقامته، وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معينة إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية"، وبهذا كرست هذه الاتفاقية مبدأ المصلحة الفضلى للطفل الذي نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.[1]

كذلك بالنسبة للمادة 15 في الفقرة (ب) وذلك في سبيل توفير أكبر قدر من الحماية، حيث يجوز للقاضي وعلى سبيل الاستثناء أن يطبق قانونا آخر قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيما في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بجنسيتها أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته إذا كانا مختلفي الجنسية، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حمايته.[2]

وقد نصت المادة 15 في الفقرة (ب) من الاتفاقية على ما يلي: "غير أنه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصيته أو أمواله يجوز استثناء لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى التي لها اتصال متين بالوضعية".

وقد اعتدت هذه الاتفاقية بالاتجاه السائد في الدول الأنجلو أمريكية، في فكرتها باتخاذ الجهة التي تختص بإجراء الحماية بتطبيق قانونها، كذلك بإمكانية سلطات الدولة المختصة التنازل عن الاختصاص لصالح سلطات دولة أخرى، فيما يتناسب مع رعاية مصلحة القاصر وذلك طبقا للمادة (8) من الاتفاقية، مما يعني أن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون السلطات الجديدة.[3]

---

[1] فراس كريم شيعان، **تنازع القوانين في الحضانة – دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة**، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، السنة 05، العراق، 2013، ص. 161.

[2] آمنة أمحمدي بوزينة، **تنازع القوانين في الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة** ، المرجع السابق، ص. 578.

[3] فراس كريم شيعان، المرجع السابق، ص.169.

ثانيا: اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989:

تعد اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 أول وثيقة دولية تتناول حقوق الطفل على وجه الخصوص وبشكل منفرد، وقد دخلت حيز التنفيذ في 1990/09/02. والتي تعتبر بدون منازع، الاتفاقية الأكثر قبولا على مستوى هيئة الأمم المتحدة، فقد صادقت عليها 199دولة باستثناء الصومال التي تعرف اضطرابات داخلية.[1]

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية على: "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

واتفقت هذه الاتفاقية مع قانون الأسرة الجزائري فيما يخص النفقة على إلزام الوالدين بالإنفاق على أطفالهما من أجل تأمين احتياجاتهم.[2]

ثالثا: الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام 1990:

حمل الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام 1990 في طياته بعض الحقوق الخاصة بالطفل المحضون، وقد اعتمد الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل وبدأ نفاذه في 1999/11/29.

تضمنت هذه الاتفاقية على غرار الاتفاقيات الأخرى مصلحة الطفل، واعتبرت مصلحة الطفل الفضلى فوق كل الاعتبارات في جميع الإجراءات القضائية أو الإدارية أو المادية وخاصة عند انفصال الوالدين ووجوب سن أحكام من أجل الحماية الضرورية للطفل، واحتضانه والاتصال المباشر مع كلا الوالدين على نحو منظم، وعدم الاحتجاج بالعادات

---

[1] خليل فاروق، **الطفل العربي في ظل الاتفاقات الدولية الخاصة بحقوق الطفل**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص. 7.

[2] آمنة أمحمدي بوزينة، **تنازع القوانين في الحضانة بين الاتفاقيات الدولية و التشريعات العربية المقارنة**، المرجع السابق، ص. 578.

والتقاليد الثقافية أو الأعراف، وأوجبت الدول الأطراف في الاتفاقية في حالة اختطاف الطفل من قبل الآباء أو أي شخص، اتخاذ التدابير اللازمة لإرجاعه طبقا لنص المادة 29 من الاتفاقية.[1]

الفرع الثاني: الاتفاقات الدولية الثنائية

قد تعتري الزواج المختلط بعض المشاكل، خاصة بعد الانفصال فيكون الأطفال في هذه الحالة هم الضحايا، لذلك حرصت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكاليات التي تثار خاصة في مجال الحضانة وحق الزيارة.[2]

والاتفاقية الثنائية هي تلك الاتفاقية التي تبرم بين دولتين، من أجل وضع حلول مناسبة لموضوع معين يخدم كلا الدولتين، وقد اهتمت بعض الاتفاقيات الثنائية بإيجاد حلول للحضانة في مجال تنازع القوانين.[3]

وقد أبرمت فرنسا اتفاقيات ثنائية خاصة بالحضانة مع عدة دول عربية وهي:

- الاتفاقية المغربية الفرنسية لعام 1980.
- الاتفاقية التونسية الفرنسية لعام 1982.
- الاتفاقية المصرية الفرنسية لعام 1982.
- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988.

وسنتحدث فقط على الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 والتي تمت المصادقة عليها في 26 جويلية 1988.

---

[1] آمنة أمحمدي بوزينة، **تنازع القوانين في الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة**، المرجع السابق ص ص.579-580.

[2] ناهد فتيحة ونوقي، المرجع السابق ، ص. 42.

[3] آمنة أمحمدي بوزينة ، تنازع **القوانين في الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة**، المرجع السابق، ص.580.

كذلك توجد اتفاقيات أخرى خاصة بالحضانة مثل "الاتفاقية المغربية الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال لعام 1999"، وكذلك الاتفاقية المغربية البلجيكية لعام 2002، والاتفاقية المغربية التونسية لعام 2001.

الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بأطفال الزواج المختلط الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال لعام 1998: أدى تدفق المهاجرين الجزائريين على فرنسا بعد الاستقلال إلى زيادة عدد الزيجات المختلطة التي تتم بين أزواج الجزائريين خصوصا وزوجات فرنسيات، لم توفق الكثير منها بسبب اختلاف العادات والتقاليد وربما حتى الهدف من الزواج، وانتهت بالانفصال، مخلفة مشاكل عويصة على مستوى إسناد حضانة الأطفال الناجمين عن هذا الزواج. هذه الإشكالية ألقت بثقلها على العلاقات الدبلوماسية بين البلدين وانتهت بتوصل الجزائر وفرنسا لعقد اتفاقية ثنائية سنة 1988 حول الأطفال الناجمين عن هذه الزيجات المختلفة.[1]

جاءت هذه الاتفاقية الثنائية نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات، المتعلقة بحضانة الأولاد بعد الانفصال وبحق الزيارة للأبوين، وقد أراد واضعي هذه الاتفاقية أساسا حماية الطفل، وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر بالدرجة الأولى ، دون اهتمام لشروط الحاضن خلافا للقوانين الداخلية.[2]

---

[1] عبد الهادي بن زيطة، **تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، حوليات جامعة الجزائر**، جامعة أدرار، المجلد 35، العدد 02، 2021، ص. 267.

[2] مصطفى معوان، **الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر الجزء 41، العدد 1، 2005، ص.134.

كذلك تعد الصعوبات الناجمة عن ممارسة حق الزيارة للمحضون من طرف الآباء الجزائريين، وما تلاها من حالات اختطاف للأطفال، و التناول الإعلامي لها، من أهم أسباب عقد الاتفاقية (حيث عرفت باسم الباخرة نحو الجزائر).[1]

فالحكم القضائي الذي كان غالبا ما يمنح الحضانة للأم وهي غالبا ما تكون فرنسية لا يقرر حق الزيارة خارج الإقليم الفرنسي.وهو ما دفع ببعض الآباء الجزائريين إلى اختطاف أولادهم أو الإبقاء عليهم في الجزائر.[2]

وذلك بسبب غياب ضمانات عودة المحضون، كذلك التشدد في منح حق الزيارة للأب الجزائري و تقييدم بضرورة إقامة الأب في حدود التراب الفرنسي وإعلام السلطات الفرنسية بل حتى الوصول لسحب جواز سفره.[3]

استبعدت الاتفاقية الأطفال الغير شرعيين والأطفال المتبنيين وأخذت فقط بالأطفال الشرعيين، فالأطفال المزدادون من علاقة المعاشرة غير القائمة على زواج شرعي لا تنطبق عليهم الاتفاقية على الرغم من أن هذا النوع من العلاقة معترف به في القانون الفرنسي.[4]

فيما يؤكد التشريع الجزائري في قانون الأسرة في بثبوت النسب في علاقة الزواج الصحيح [5]، و منعه للتبني شرعا و قانونا رغم اعتراف القانون الفرنسي به.[6]

---

[1] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص. 267.

[2] مولود بوبكر، **الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا**،مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009/2008، ص. 69.

[3] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص.267.

[4] مولود بوبكر، المرجع السابق، ص.70.

[5] نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري "يثبت النسب بالزواج الصحيح..."

[6] نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري "يمنع التبني شرعا و قانونا ".

هذا بالنسبة للأطفال أما بالنسبة للزوجين، فإن الاتفاقية تخص وجود زوجين أحدهما جزائري و الآخر فرنسي، غير أنها لم تذكر حالة وجود مزدوجي الجنسية رغم وجود هذه الفرضية كأن يكونان الزوجان فرنسيان و في نفس الوقت جزائريان.[1]

وقد تضمنت هذه الاتفاقية على 14 مادة عالجت من خلالها الإشكالات المطروحة

حيث نصت المادة الأولى من الاتفاقية على تعيين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية ويكون تعاملها مباشرا ومجانا، فيما نصت المادة الثانية من الاتفاقية على اتخاذ أحد السلطتين المركزيتين بناءا على طلب من السلطة المركزية الأخرى الإجراءات الملائمة للبحث عن مكان وجود الطفل وتقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية وتسهيل إيجاد حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة وتسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدول الأخرى[2].

كما نصت المادة 06 من الاتفاقية على الالتزامات المتمثلة في ضمان حق الزيارة داخل حدود الدولتين وألزمت القضاء بإصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة وأن يمنح في نفس الوقت للوالد الآخر حق الزيارة مراعية مصلحة المحضون في ذلك، تأكيدا لنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

وقد نصت المادة 07 من الاتفاقية على "يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر، يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا

---

[1] ناهد فتيحة ونوقي، المرجع السابق، ص.45.

[2] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، صودق عليها بتاريخ 12ذي الحجة 1408/ الموافق لـ 26 جويلية 1988.

[3] آمنة امحمدي بوزينة، المرجع السابق، ص. 581.

بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة."[1] وبالتالي تجريم الأفعال المنصوص عليها في المادة 07.

المبحث الثاني: الإشكالات المتعلقة بالمسائل التي تشمل حكم الحضانة

إن الزواج بين الجزائريين والأجنبيات، غالبا ما تكون فرنسيات هو الذي انحلاله يؤدي إلى طرح الإشكاليات المتعلقة بالمسائل التي تشمل الحكم بالحضانة، لذا سنتناول مسألة زيارة المحضون ورؤيته في (الفرع الأول) والسفر بالمحضون ونقله إلى الخارج في (الفرع الثاني).

المطلب الأول: إشكالية زيارة ورؤية المحضون والسفر به ونقله إلى الخارج بعد انحلال الزواج المختلط

تعتبر زيارة المحضون ورؤيته و السفر به إلى بلد إقامة الزوج أحد أهم الإشكالات المترتبة على انحلال الزواج المختلط إن لم تكن أهمها.

الفرع الأول: زيارة المحضون ورؤيته

إن الحضانة تمنح للأم مبدئيا لكونها أولى بحضانة الطفل غير أنه إذا كانت الأم فرنسية وتقيم بفرنسا، فإن القاضي الجزائري يسحب منها الحضانة بسبب أن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه، كما يطرح في هذا الشأن الإشكالات المتعلقة بالزيارة.

أ. **الحكم بحق الزيارة:**

من خلال نص المادة 64 أنه حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وأسند حق الحضانة لأحدهما فإنه يتعين عليه أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر خلال العطل

[1] المادة 07 من المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 يوليو 1998، المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات في حال الانفصال.

الوطنية أو الأسبوعية على أن يكون الهدف من هذه الزيارة هو بقاء صلة الوصل قائمة بين المحضون ووالده أو والدته أو إحضانه إلى رقابته ورعاية شؤونه.[1]

وقد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن، بينت أن حق الحضانة الذي يرجع لأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه وله حق الزيارة.[2]

ومادام الطفل يقيم في الخارج، فإن المشاكل التي تسببت فيها الحضانة قد أدت بالدول إلى تنظيمها عن طريق المعاهدات الدولية. فأبرمت الجزائر معاهدة ثنائية مع فرنسا، بشأن المنازعات التي أثيرت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات، المتعلقة بحضانة الأولاد، وبحق الزيارة للأبوين.

وقد أراد واضعي هذه الاتفاقية أساسا حماية الطفل ذاته وتحديد ضمانات لممارسته حق الحضانة وزيارة المحضون، وحرية تنقله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر بالدرجة الأولى، دون اهتمام لشروط الحاضن خلاف للقوانين الداخلية.[3]

فالغاية المتوخاة هي وضع حد أو على الأقل التقليل من العراقيل الناجمة من افتراق طرفي الزواج المختلط قصد الحفاظ على مصلحة أطفال الزواج المختلط بالدرجة الأولى.

---

[1] عبد العزيز سعد، **إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية**، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. 182.

[2] كمال عليلوش قربوع، المرجع السابق، ص. 173

[3] مصطفى معوان، **الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ج .41، ع. رقم 01، 2000، ص. .139

فالحكم القضائي الذي كان غالبا ما يمنح الحضانة للأم وهي غالبا ما تكون فرنسية لا يقرر حق الزيارة خارج الإقليم الفرنسي وهو ما دفع ببعض الآباء الجزائريين إلى اختطاف أولادهم أو الإبقاء عليهم في الجزائر.[1]

فالمحاكم الفرنسية التي تقتصر ممارسة حق الزيارة على الإقليم الفرنسي يعتبر أن ضمانات إرجاع الطفل من الخارج غير كافية سواء من طرف أحد الوالدين أو من قبل سلطات البلد الأجنبي الذي يذهب بالطفل إليه وهذا في غياب وجود اتفاقية بين الطرفين.

وبسبب المشاكل جاءت المعاهدة الثنائية والموقعة بالجزائر يوم 1988/06/21 والمتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين، نصت المادة الثانية من الاتفاقية على ما يلي:

- يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناءا على طلب السلطة المركزية في دولة أخرى جميع الإجراءات الملائمة تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية المنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه،
- نصت المادة 06 من نفس الإتفاقية على أنه: يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في البلدين وفيما بين حدودهما،
- أكدت المادة 08 من الاتفاقية على أن يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى بلده الذي غادر منه بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما،[2]
- كما أوضحت المادة 09 من الاتفاقية على أنه تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة الخروج من التراب الوطني

[1] مولود بوبكر، المرجع السابق، ص. 69.

[2] كمال عليلوش قربوع، المرجع السابق، ص. 52.

- وبالتالي فقد وضعت هذه الاتفاقية فعلا نظام لتسهيل حق الزيارة وذلك لتفادي اختطاف الأطفال من قبل آبائهم أو أمهاتهم استجابة لرعايتهم وحمايتهم.[1]

ومراعاة لمصلحة الطفل ولتحقيق ذلك سعت الدولتين الجزائرية والفرنسية إلى تحقيق الإجراءات عن طريق تأسيس التعاون القضائي والإداري في هذا المجال فتضمنت الإشارة إلى:

ـ سلطتين مركزيتين يتم تعيينهما من طرف وزيري العدل سعيا لتطبيق هذه الاتفاقية، حيث نصت المادة الأولى من الاتفاقية على ما يلى:

"تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية، ولهذا تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة،وتكون تدخلاتهما مجانا،كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر.[2]

تنصيب لجنة متساوية الأعضاء لتسهيل تسوية الخلافات المعروضة من طرف الوالدين طبقا للمادة 12 من الإتفاقية والتي نصت بتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعي لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق، انطلاقا من أحكامها ومراعاة لمصلحة الطفل.[3]

وعلى الرغم من الجهود المبذولة من طرف البلدين، رغبة منهما في دعم التعاون القضائي وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين في حالة الانفصال، وحرية تنقلهم بين البلدين من خلال هذه الاتفاقية، إلا أنها لم تحقق الأغراض المنتظرة منها من الناحية العملية، إذا نستشف عيوبها من خلال تفضيل الأم الحاضنة التي تكون

---

(1) كمال عليلوش قربوع، المرجع السابق ، ص. 244.

(2) ناهد فتيحة ونوقي، المرجع السابق، ص.48.

(3) المرجع نفسه، ص.49.

من الجنسية الفرنسية مقيمة مع محضونها في فرنسا، إلى جانب استبعادها لبعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي وقانون الأسرة الجزائر، ولم تتطرق لبيان مكان ممارسة حق الزيارة في حين كان من الأولى أن تعمم حق الوالد في استعمال حقه في الزيارة ما بين الحدود بعيدا عن الحاضن، طالما أن هناك ضمانات قانونية منحتها الاتفاقية للحاضن لحماية حقه في الحضانة وعودة المحضون إليه بعد انتهاء الحضانة.[1]

الفرع الثاني: السفر بالمحضون ونقله إلى الخارج

عالج المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص صراحة على أنه " إذا أراد الشخص الموكل له بحق الحضانة أن يستوطن في البلد الأجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"

فمصلحة المحضون تقتضى تعليق انتقال الولد إلى البلد الأجنبي على إذن القاضي لأنه راعي المصلحة والمحافظة عليها بالإضافة إلى كون المادة 69 ق. أ. ج. قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي لأن الأمر يتعلق بمسألتين هما:

- التربية الدينية للطفل وخشية التّأثر بالوسط، العادات وتقاليد البلد الأجنبي،
- عدم التهرب من السلطة الأبوية.

والحكمة منه مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حاضنته بواسطة أمه وبين إشراف أبيه على التربية حتى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه ومما يلاحظ على المادة 69 ق. أ. ج. أيضا أن المشرع لم يحدد

[1] ناهد فتيحة ونوقي، المرجع السابق، ص.50.

المقصود بعبارة " البلد الأجنبي" هل قصد بها كل بلد غير الجزائر سواء كان مسلما أو غير مسلم لأن البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقا للتقسيم الحدودي.[1]

وتقدم المشرع الجزائري بالإجابة بطريقة غير مباشرة على هذا التساؤل في قرار المجلس الأعلى لسنة 1989 حيث جاء فيه من المقرر قضاء في المسألة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنه من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت غير مسلم فضلا عن أن المادة 1/62 ق. أ. ج. هي وثيقة الصلة بالمادة 69 من ذات القانون وهي تحرص على تربية الطفل على دين أبيه.[2]

وعليه فالرقابة التي لا يريد المشرع أن يفلت منها الولد هي تلك المنصة على الدين المحضون لا محالة وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/02/19 جاء فيه " من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في البلد الأجنبي بعيدا عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون.[3]

ومما يدلنا على أن شرط الإقامة بالجزائر لممارسة الحضانة ليس واجبا يلتزم القاضي بتطبيقه، فقد يرى القاضي بأن مصلحة المحضون في السفر به إلى الخارج فما على الحاضن إلا طلب الإذن من القاضي ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ

---

(1) إيمان معمري، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة** ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص " الأحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر–الوادي– كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص. 33.

(2) المرجع نفسه، ص.34.

(3) المرجع نفسه، ص.34

23/جوان 1993 الذي جاءت فيه "...غير أنه وفيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضيته الحكم المستأنف وأيده شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر أو إسقاطها عن الشخص الموكول له إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي يستدعى طلب ذلك عن الحاضن ومراعاة كمصلحة المحضون ذاته.[1]

بالتالي، فمن تأمل القرارات التي إستعرضها في القرار، نستنتج أن الإقامة في الجزائر تكون واجبة لممارسة الحضانة، إذا طلب من له مصلحة في ذلك وهو غالبا صاحب مصلحة الرقابة كان يقيم هذا الأخير بالجزائر مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي، وهذا ما أكدته أحكام القضاء فمثلا جاء في قرار المجلس الأعلى في قضية المدعو (ف. م) ضد المدعو (ص.ع) أنه من المقرر قضاء في مسألة الحضانة في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة.[2]

لكن الإستثناء يمكن في إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم وهذا ما تقرر من خلال حكم قضائي صدر عن المحكمة العليا في القضية رقم (426431) بتاريخ 2008/03/12 في قضية (أ .ك.) ضد (أ . ن.) طعن بطريق النقض بتاريخ 2006/10/18 القاضي يرفض المعارضة لعدم التأسيس والإبقاء على مضمون القرار 2005/05/03 والذي قضى بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة برج زمورة بتاريخ 2006/04/30 وتعديله بإسناد حضانة الأبناء (ل) و(ي) و(خ) و(ن) لأمهما المطعون ضدها (أ .ن) على نفقة أبيهم الطاعن على أساس 2000 دينار جزائري شهريا لكل واحد منهم تسري إبتداء من 2004/06/21

---

[1] إيمان معمري المرجع السابق، ص.34.

[2] – أمينة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص. 64.

وتستمر لغاية سقوطها شرعا وقانونا، حيث أن الطعن من الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة وذلك لصعوبة الحصول على تأشيرة الذهاب وعدم القدرة على توفير تكاليف السفر الباهظة.[1]

المطلب الثاني: إشكالية الولاية والنفقة على المحضون

إن عدم قدرة الطفل البدنية والفكرية على العناية بشخصه وإدارة أمواله، يجعله يخضع للنيابة الشرعية التي يسندها القانون أو الأم أو الأب أو القاضي إلى شخص أخر يتمتع بالأهلية القانونية فهذه النيابة تهدف أصلا إلى حماية القاصر من نفسه والحفاظ على أمواله إلى أن يصير قادرا على إدارتها وتسيرها.

فالأب يعتبر وليا شرعيا على ابنه القاصر بدون منازع، ويمارس الولاية من ولادة الطفل إلى بلوغه سن الرشد القانوني والمقدر بـ 18سنة أو إلى أن تنتهي سواء كان ذلك بوفاة القاصر أو بوفاة الأب نفسه.[2]

كما أن توفير العنصر المادي من مأكل وملبس ومسكن، وغير ذلك مما يحتاجه الطفل ملزمة للأب وبالتالي لا يمكن التملص منها ومن هنا فإن التساؤل الذي يثار هل الولاية والنفقة للمحضون ملزمة للأب في حالة إنحلال الزواج وهذا ما سنتطرق إليه.

---

[1] أمينة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص.65.

[2] "الولاية في مدونة الأسرة ـ قانون الأسرة Université life style .net1

الفرع الأول: الولاية على المحضون

أ. تعريف الولاية لغة:

الولاية بكسر الواو وفتحها مصدر، ولي الرجل إذا أعانه، ونضره أو قام بأمر وتولى شؤونه، وهي مأخوذة من الفعل الثلاثي (ولي يقال ولي الشيء –وولي عليه ولاية– بكسر الواو وفتحها، ووليه وليا: دنا منه.

قال بن فارس في هذا المعني "الواو واللام والياء: أصل صحيح يدل على القرب، من ذلك: الولي: القرب: يقال تباعد بعد ولي أي قرب، وجلس مما يلبي، أي يقاربني.

قال ابن الأثير "وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل من لم يجتمع له ذلك لم يطلق عليه اسم الوالي".[1]

ب. تعريف الولاية اصطلاحا:

ب. 1. تعريف الولاية في الاصطلاح الشرعي:

عرّف بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين الولاية بتعاريف عدة، عرّفها الشيخ محمد أبو زهرة أنها "سلطة شرعية تجعل لصاحبها التصرف في شؤون غيره جبرا عليه" بينما يعرّفها الشيخ مصطفى الزرقا بأنها "الولاية عبارة عن قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية" وقد أعطى الدكتور محمد بن عبد العزيز تعريفا جامعا مانعا، للولاية حاول فيه تلاقي الانتقادات حيث عرّفها بأنها "الولاية سلطة شرعية تجعل لمن يثبت له الحق النظر فيما فيه للمولى عليه كان ذلك في نفسه أو ماله أو فيها معا"[2].

---

[1] الولاية في القانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي Elearning-univ-bouira.dz1

[2] "الولاية في مدونة الأسرة ـ قانون الأسرة Université life style .net1

ب.2. تعريف الولاية في الاصطلاح القانوني:

هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر، وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، وقد تكون ولاية على النفس أو على المال "كما عرفت بأنها" السلطة التي يقرها القانون لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية، باسم ولحساب شخص غير كامل الأهلية.[1]

من خلال ملاحظتنا للتعريفات السالفة الذكر يتبين ضمنيا أن الولاية تقوم بين شخصين، فالأول منهما يقوم بمقتضى حق ثبت له شرعا بتدبير الشؤون الشخصية والمالية للشخص الثاني القاصر عن ذلك مع مراعاة الشارع في هذا الحق.

حق الولاية على المحضون:

لما كانت الولاية من الولايات الشرعية تخول سلطة على المحضون فإن السلطة (للولاية) حسب ما ورد في الشريعة الإسلامية تكون للعصبة من الرجال وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري.

ج.1. ولاية الأب:

تسند مدونة الأسرة الولاية إلى الأب الذي يمارسها على ابنه القاصر رغم انفصام الزوجية بطلاق وإسناد الحضانة إلى الأم ويبقى الأب دائما الولي الشرعي على أبنائه القاصرين يمارس هذه الولاية على نفس ومال المحضون.[2]

---

(1) "الولاية في مدونة الأسرة ـ قانون الأسرة Université life style .net1 .

(2) المرجع نفسه.

1. الولاية على النفس:

الولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، أو هي تختص بشؤون القاصر غير المالية.

والولاية على النفس تتمثل في أمرين:

- أما الأمر الأول فيتعلق بالتربية والحفظ أي في شؤون الرضاعة والحضانة والضم وما يتعلق بهما وهي ما أصطلح على تسميتها بالحضانة،
- أما الثاني فيخص التزويج.[1]

2. الولاية على مال المحضون:

ترد على التصرفات المتعلقة بأموال المولى عليه وتجعل لمن له الولاية القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال النافذة كولاية الموصى على الموصى عليه.[2]

ولقد نصت المادة 88/1 من قانون الأسرة على أن "الولي يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.[3]

---

[1] العيد إبراهامي، **التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ولاية الزواج والقصر نموذجا**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون جامعة وهران كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية 2009-2010 ص.24.

[2] مرطة حكيم، **ولاية الأم على أبناءها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري،دراسة مقارنة ببن الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** "مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر تخصص أحوال الشخصية ،جامعة زيان عشور بالجلفة ص.32.

[3] قانون الأسرة الجزائرية الصادر بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم ج. ر.ج.ج. عدد 15 سنة 2005، مرجع سابق .

الولاية على النفس والمال معا:

كولاية الأب على أولاده فاقدي الأهلية أو ناقصها فهو يمارس الولاية على النفس ممارسة الحضانة عليهم وكذلك يمارس الولاية على المال أيضا.[1]

وقف الولاية لتعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر

تنص المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو طلب له مصلحة.

انتقال الولاية إلى الأم:

يستثني من الترتيب (الأب، الأم) يكون فيها الحكم بشأن الولاية على النفس للقاضي

في حالة الطلاق إذ يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة حسب الفقرة 3 من المادة 87 من قانون الأسرة.[2]

يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة.[3]

أما فيما يخص الولاية على المال فبالرجوع إلى المادة 87 من ق.أ.ج. المذكورة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري جعل الولاية على المال القاصر للأب ثم الأم فلا ولاية للجد حسب المادة، وهذا فقد خالف المشرع الجزائري جميع المذاهب الإسلامية.

---

[1] حكيم مرطة، المرجع السابق، ص.32.

[2] المرجع نفسه، ص.47.

[3] قانون الأسرة الجزائرية الصادر بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم ج. ر.ج.ج. عدد 15 سنة 2005، مرجع سابق.

وما يؤكد ذلك أيضا قرار المحكمة العليا رقم 187692 الصادر بتاريخ: 2312 /1997.[1] الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قضية (ش ز ع) ضد (ب أ) جاء فيه أنه من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب له من خلاله مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون، ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس بما قضوا يمنع الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون، الأمر الذي تعين معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطرف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل طبقا للقانون.

إذن تبقي للأب حق السلطة الأبوية حتى في حالة الطلاق، إلا أن التشريع الجزائري بعد تعديله لقانون الأسرة حسب المادة 87 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر أخذ بخلاف هذا.

أي إذا آلت الحضانة إلى الأم باعتبارها الأولى بالحضانة تكون الولاية لها في كل الأمور التي تتعلق بالمحضون، وهو ما أكد عليه قرار صادر عن المحكمة العليا رقم (476515) بتاريخ: 2009/01/14 في قضية (س. ي) ضد (ع .م) حيث جاء فيه "إن الأم تقدمت إلى المحكمة بطلب حضانة ابنها ومنحها الحضانة والولاية عليها، إلا أن الحكم المستأنف رفض هذا الطلب، وجاء فيه نسبية أن الولاية تمنح للأم فقط عند وفاة الأب أو غيابه أو حصول مانع، وأن القرار المطعون فيه حذا حذو الحكم المستأنف، وجاء فيه أن الولاية تكون للأب مادام على قيد الحياة ولم يثبت حصول مانع وهذا مخالف

[1] حكيم مرطة، المرجع السابق، ص.47.

للمادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخير، الشيء الذي يجعل القرار المنتقد معرض للنقد والإبطال.[1]

النتائج: ما يمكننا استنتاجه في المقام الأول هو:

- قلة النصوص القانونية التي تعالج موضوع الولاية في القانون الجزائري، مما يترتب عنه ضعف حماية القاصر، مقارنة مع التشريعات الغربية الأخرى التي أسهبت في وضع النصوص الخاصة بالولاية بل وضعت قوانين مستقلة للولاية،
- مخالفة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية في العديد من أحكام الولاية،
- تأثر المشرع الجزائري بالقانون المدني الفرنسي في موضوع الولاية واضح،
- عدم النص على جزاء مخالفة ولي المال لسلطاته أو في حالة تصرفه في مال القاصر، دون الحصول على إذن القاصر في التصرفات التي تلزم،
- وقوع المشرع الجزائري في تناقض حول تصرفات القاصر بين النفع والضرر، باعتبارها موقوفة على إجازة الولي في قانون الأسرة واعتبارها قابلة للإبطال في القانون المدني،
- وقوع المشرع الجزائري في الخلط بين الأحكام بجعله الولاية للأب ثم الأم في المادة 87 في القانون الأسرة الجزائري ثم قدم ولاية الجد على الأم في المادة 92 من نفس القانون،
- إن الولي في عقد الزواج ركن أساسي هام لا يمكن إلغاؤه أو التقليل من حجمه ودوره مطلقا،
- إن نظام الولاية على المال شرعا وقانونا، يحقق مصلحة القاصر وحماية أمواله، ويكفل لها النماء،

[1] أمينة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص.65.

➢ المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري قد أعطى الولاية بعد الأب للأم ثم الجد ثم للوصى فالمقدم، وبذلك أقر بولاية الأم.[1]

➢ كما أن إشكالية الولاية في انحلال الزواج المختلط تكمن في أن الولاية الشرعية تكون للعصبة من الرجال حسب ما ورد في الشريعة الإسلامية غير أن القاضي يمنح الولاية لمن تمنح له الحضانة وتكون هي الأم في غالب الأحيان .

الفرع الثاني: النفقة على الطفل المحضون

إن الحضانة ونظرا لما تتطلب من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون حيث تعتبر النفقة من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل، وعلى هذا الأساس سنتناول الحديث عن نفقة المحضون كالتالي:

أولا: تعريف نفقة المحضون

أ. تعريف النفقة لغة:

النفقة في اللغة مأخوذة إما من النفوق، وهو الهلاك ونقول في هذا المعنى نفقت الدابة تنفق نفوقا أي بمعنى هلكت، وإما من النفاق، وهو الزواج ونقول في هذا المعنى نفقت السلعة تنفق نفاقا إذا راجت بين الناس، والنفقة ما نفقت وأستنفقت على العيال ونفسك ونفق الشيء أي فني، فيقال فيه نفقت نفقه القوم وأنفق الرجل افتقر أي ذهب ما عنده، ومنه قوله تعالى (قل لو انتم تملكون خزائن رحمة ربي إذا لأمسكتم حشية الإنفاق وكان الإنسان قتورا) الإسراء الآية 100.[2]

---

[1] **ولاية الأم على أبنائها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، http: //dis pace ،dgelfa.dz.8080//uni

[2] سورة الإسراء الأية 100

والنفقة اسم من الإنفاق وهو بذل المال في وجه من وجوه الخير وسميت بذلك لأنها مشتقة من النفوق وهو الهلاك يقال نفقت الدراهم أي نفذت ونفقت الدابة نفوقا أي ماتت ونفقت المرأة أي كثر خطابها، ونفق المال افتقر وذهب ماله، وأهل اللغة يستعملون كلمة النفقة اسما لعين المال الذي ينفقه الإنسان على عياله.[1]

ب- **تعريف النفقة اصطلاحا:**

وهي ما يصرف الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه،من طعام ومسككن وكسوة وكل ما يلزم المعيشة بحسب به المتعارف عليه، وحسب قدرة الزوج.

ج- التعريف الفقهي للنفقة:

1/ المذهب الحنفي: عرفها على أنها الطعام والكسوة والسكنى.

2/المذهب المالكي: عرفها على أنها ما به من قوام معتاد حال الآدمي دون إسراف.

3/المذهب الحنبلي: عرفها على أنها كفاية من يمونه خبزا واداما وكسوة ومسكنا.

وفي معاجم الفقهاء: ما يجب من المال لتأمين ضروريات للبقاء[2]

د. تعريف النفقة قانونا:

عرّف المشرع الجزائري النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة من خلال مشتملاتها فبين أنها (تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة).

---

[1] بلال نويوة، العنوان، أحكام النفقة في التشريع الجزائري مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة ، 2014 -2015 ص.6.

[2] بكدي بختة، مختاري ليلى. **النفقة في التشريع الجزائري**. مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم القانونية تخصص أحوال شخصية 2018/2017.

وهي بهذا المعنى كل ما يحتاجه المنفق عليه للمحافظة على حياته من غذاء وكسوة وعلاج، وسكن أو أجرته، وما يعد ضروريا، كمصاريف الكهرباء والغاز والمياه، وكذا أدوات النظافة من صابون ومواد تطهيرية، وكذا مصاريف التعليم والدراسة والأدوات المدرسية، وغير ذلك من الضروريات بحكم العادة والعرف، وكذا مستوى المعيشة الذي ألفه مستحقي النفقة سواء أكانت زوجة أم أولادا أم أقارب لأنها تجب بسبب الزوجية أو القرابة.[1]

نفقة الطفل المحضون عند إنحلال الزواج المختلط:

المقصود بالنفقة هنا وهي النفقة الواجبة بين الأقارب كنفقة الأب على أولاده القصر أن النص المادة 14 من قانون المدني ، وكان من المفروض على أن يكون مدينا مسبقا، إلا إذا قضي بذلك القانون المختص، أي قانون الجنسية هو الذي يحدد إذا كان مدينا بالنفقة أم لا.[2]

لكن المشرع أورد استثناء على قاعدة إخضاع النفقة لقانون الجنسية، وذلك بنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري. وبالتالي يستغني عن تطبيق جنسية المدين فيها فيما يخص تحصيل النفقة، فهي تخضع لإجراءات قانون المكانة المباشرة، ومنه إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق موضوعه بتحصيل النفقة للقاضي فإنه يخضع للّإجراءات المدنية والإدارية، وقد يتطلب ذلك طبقا لهذا القانون استبقاء إجراءات منح

---

[1] جمال الديب. **نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.** مجلة أفاق علمية، المجلد 11، العدد 01، 2019، رقم العدد التسلسلي 18، ص.ص. 20 -21

[2] أمينة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص.66.

الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بالنفقة إلا إذا وجدت اتفاقية ثنائية أو جماعية تنظم هذه المسألة، وانضمت إليها الدول المراد تحصيل النفقة فيها.[1]

وحسب قانون الأسرة الجزائري المادة 75" فإن النفقة واجبة على الأب " كما نصت المادة 76على "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك".[2]

[1] - أمينة محمدي بوزينة، المرجع السابق، ص.67.

[2]- قانون الأسرة الجزائرية الصادر بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم ج. ر.ج.ج. عدد 15 سنة 2005، مرجع سابق.

ملخص الفصل الثاني:

اعتبر القانون الجزائري الحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج، أي أن القواعد القانونية التي تحكم الحضانة هي نفس القواعد التي تحكم انحلال الزواج من حيث القانون الواجب التطبيق، وعلى غرار الدول الأخرى أبرمت الجزائر اتفاقية ثنائية مع نظيرتها الفرنسية لمعالجة الإشكالات المتعلقة بمسائل حضانة أطفال الأزواج الجزائريين الفرنسيين ،كما صادقت على اتفاقيات دولية تحمي مصلحة الأطفال المحضونين.

وبالنسبة للمسائل التابعة للحضانة والتي عالجتها الأحكام الداخلية المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري والتي كانت تهدف إلى حماية مصلحة الطفل الفضلى مع التأكيد على تربية الطفل على دين أبيه.

خاتمة

خاتمة

تبين لنا من خلال دراسة موضوع انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة على الحضانة، أن الزواج المختلط يكون بين وطني وأجنبية أو وطنية وأجنبي، وقد ينحل إما بطريقة طبيعية عن طريق وفاة أحد الزوجين أو بالطلاق سواء بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي بين الزوجين بإرادة متحدة أو بالتطليق بطلب من الزوجة مؤسس عن الضرر المنصوص عليه في القانون الجزائري، أو عن طريق الخلع الذي بمقتضاه تتمكن الزوجة من مخالعة زوجها نظير مبلغ مالي دون العودة لموافقة الزوج، كما اعترف القانون الجزائري بالانفصال الجسماني كصورة من صور انحلال الزواج رغم عدم تنظيم أحكامه.

بسبب تواجد العنصر الأجنبي في مسألة انحلال الزواج المختلط فلا يمكن تطبيق الأحكام الداخلية إلا بعد تبيان القانون الواجب التطبيق على المسألة، وقد عالج المشرع الجزائري ذلك بالنص صراحة على قاعدة الإسناد التي تحكم الزواج المختلط في نص الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون المدني، والذي حدده بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، امتدادا لمعيار ضابط الجنسية المأخوذ به في مسائل الأحوال الشخصية مع مراعاة سلطات الزوج الواسعة داخل الأسرة المأخوذة من الشريعة الإسلامية، واتبع المشرع ذلك بالنص على سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج كاستثناء لقاعدة الإسناد في نص المادة 13 من نفس القانون، بهدف حماية الطرف الوطني الحامل للجنسية الجزائرية، أما بالنسبة للإشكالات التي تعيق تطبيق قانون الجنسية المتمثلة في تعدد جنسيات المعني أو انعدامها فقد عالجها المشرع في نص المادة 22 من القانون المدني في فقراتها الثلاث، باتخاذ الجنسية الفعلية كحل لتعدد الجنسيات والأخذ بقانون الموطن أو محل الإقامة كحل لعديم الجنسية، مع استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون الجزائري محله في حالة مخالفة أحكامه للنظام العام والآداب العامة المتعارف عليها في الجزائر أو في حالة ثبوت الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون وذلك في نص المادة 24 من نفس القانون.

خاتمة

رغم سعي المشرع الوطني لمعالجة وضبط مسألة انحلال الزواج المختلط، إلا أن قواعده كانت محل انتقاد ومثيرة للجدل في بعض الأحيان، كاختياره لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى كقاعدة عامة والذي يعتبر قرار تعسفيا في حق الزوجة ومنافية لمبادئ المساواة بين الجنسين، كذلك بالنسبة للاستثناء الذي يقضي بتطبيق القانون الجزائري وحده في حالة كون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فالوقت الذي يعتد به في القاعدة العامة هو وقت رفع الدعوى وليس وقت انعقاد الزواج، كما أنه قد يؤدي إلى نتائج غريبة في بعض الأحيان.

أما بالنسبة للإشكالات التي يخلفها انحلال الزواج المختلط على الحضانة سواء من حيث تنازع القوانين خاصة وأن المشرع الجزائري لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد، غير أنه تم تكييف الحضانة واعتبارها كأثر من آثار انحلال الزواج كون المشرع تناولها في الفصل الثاني من قانون الأسرة المتعلق بآثار الطلاق، كما أكد القضاء الجزائري ذلك من خلال الفصل في العديد من القضايا، أو من حيث الإشكالات المتعلقة بالمسائل التي يشملها الحكم بالحضانة كرؤية المحضون وزيارته وهذه الإشكالية كانت أحد أسباب إبرام الجزائر الاتفاقية الثنائية مع فرنسا بسبب تفشي ظاهرة اختطاف الأبناء من طرف الآباء الجزائريين والإبقاء عليهم في الجزائر والتي عرفت باسم الباخرة نحو الجزائر، إلا أن هذه الاتفاقية لم تحقق الغرض المنشود منها عمليا كونها فضلت أن تكون الأم هي الحاضنة بالرغم من أنها غالبا ما تكون فرنسية، كذلك بالنسبة للسفر بالمحضون ونقله خارج الوطن فقد ترك المشرع الجزائري التقدير للقاضي في الحكم بالحضانة أو إسقاطها إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة الاستيطان في بلد أجنبي وذلك في نص المادة 69 من قانون الأسرة،

أما بالنسبة للولاية فهي تمنح من طرف القاضي تلقائيا للحاضن حتى وإن كانت الأم حسب نص الفقرة الثانية من المادة 87 مؤكدة بقرارات من المحكمة العليا.

وحددت قاعدة الإسناد في نص المادة 14 من القانون المدني بتطبيق قانون جنسية المدين بالنفقة، أي أن القانون الواجب التطبيق بالنسبة للنفقة على المحضون يكون قانون جنسية الملزم بدفع النفقة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1.أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)**، دار هومة، الجزائر، 2002.

2.بشير الشريف يوسف، **نزع الجنسية بين الواقع والقانون**، دار البداية ناشرون وموّزعون، عمان، 2011.

3. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة (مقدم، خطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)**، ج1.، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

4.بن شويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

5.جبران مسعود، **رائد الطلاب المصور (معجم لغوي عصري للطلاب وتبت مفرداته وفقا لحروفها الأولى، عربي عربي**، دار العلم للملايين، لبنان، 2007.

6.جمال الدين صلاح الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

7.جمال الدين صلاح الدين، **تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2001.

8. داودي عبد القادر، **أحكام الأسرة، بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، دار البصائر للنشر والتوزيع، 2010.

9.ذيابي باديس، **صور فك الرابطة الزوجي على ضوء القانون والقضاء الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، 2007.

10. زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا**، دار هومة، الجزائر، 2010.

11. سلامة أحمد عبد الكريم، **القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

12. عبد العزيز سعد، **إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية**، دار هومة، الجزائر، 2014.

13. عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 6، 1986

14. علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، الطبعة 3، الديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

15. عليوش كمال قربوع، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.

16. موسى عبود، **الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي**، المركز الثقافي العربي، 1994.

17. الهداوي حسين، **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**، دار الثقافة، عمان، 2005.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

1.إيمان معمري، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص" الأحوال الشخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر–الوادي– كلية الحقوق والعلوم السياسية.

2.بوبكر مولود، **الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة حالة ازدواج الجنسية بين الجزائر وفرنسا**، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون دولي وعلاقات دولية ،كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009/2008.

3.جندولي فاطمة الزهرة، **انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011.

4.دربة أمين، **قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة دفاتر السياسة والقانون**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007- 2008.

5.عماري سناء، **التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.

6.فاروق خليل، **الطفل العربي في ظل الاتفاقات الدولية الخاصة بحقوق الطفل**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.

7.بكدي بختة -مختاري ليلى-النفقة في التشريع الجزائري-مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم القانونية تخصص أحوال شخصية، 2018/2017.

8.قدادرة عبير، **تنازع الجنسيات في القانون الدولي الخاص**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2015-2016.

9.مرطة حكيم، **ولاية الأم على أبناءها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري،دراسة مقارنة ببن الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** "مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر تخصص أحوال الشخصية، جامعة زيان عشور بالجلفة 2016/2015.

10. نويوة بلال، **أحكام النفقة في التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة ، 2014 -2015

11. ونوقي ناهد فتيحة، **انحلال الزواج المختلط وأثره في ممارسة الحضانة، (دراسة للحالة الجزائرية الفرنسية)**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2013-2014.

رابعا: مقالات المجلات العلمية:

1.إبراهامي العيد، **التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ولاية الزواج والقصر نموذجا**،مجلة الحضارة الإسلامية ،جامعة وهران 2016. ص ص.323-344.

2.بلحاج بلخير، عبد القادر لعيدي، **معالجة قانونية لوضعية عديمي الجنسية على ضوء الاتفاقات الدولية والتشريعات الداخلية (الطبيعة – حلول)**، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي علي كافي، المجلد 8، العدد 1، تيندوف، 2022، ص ص.322-335.

3.بلعيور عبد الكريم، **محاضرات في قانون الجنسية على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في أمر 05-01 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الجنسية الجزائرية**، نسخة مصححة ومنقحة ومضاف إليها، مطبوعة كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية، 2009، ص ص.127-162.

4.بن زيطة عبد الهادي، **تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال**، حوليات جامعة الجزائر، جامعة أدرار، المجلد 35، العدد 02، 2021، ص ص.261-275.

5.بوخاري فاطمة، **القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن**، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، المجلد 2، العدد 2، 2005، ص ص.139-150.

6.بوزينة آمنة أمحمدي، **إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط (دراسة مقارنة)**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 12، العدد 02، 2019، ص ص.236-265

7.بوزينة آمنة أمحمدي، **تنازع القوانين في الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص)، 2020، ص ص.54-73.

8. خرشي عمر معمر، **وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية**، مجلة الحقوق والحريات، جامعة سعيدة، العدد5، 2018، ص ص. 192-224.

9.الديب جمال، **نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة أفاق علمية، المجلد 11، العدد 01، 2019، ص ص.13-37.

10. زناندة عبد الرحمان، **التكييف في تنازع القوانين**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، المجلد 7، العدد1، 202. ص ص.2237-2267.

11. شبورو نورية، **الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناءا على ضابط الجنسية**، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، العدد الثاني. ص ص.219-236.

12. شيعان فراس كريم ، **تنازع القوانين في الحضانة – دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة**، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، السنة 05، العراق، 2013. ص ص.153-184.

13. شيكر ريمة، **التحديات القانونية للحد من ظاهرة تعدد الجنسيات في القانون الدولي الخاص**، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة المدية، العدد 5، 2018. ص ص.409-429.

14. طاهري آسيا، **تنازع القوانين في الحضانة**، مجلة الفكر، جامعة الجزائر 2، المجلد4، العدد 2، 2020، ص ص.137-164.

15. غنام سلمى ، **معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط**، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر 1، المجلد 12، العدد 3. ص ص.81-90.

16. فتيحة يوسف عماري، **قواعد التنازع الدولي في بعض مسائل قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد2، سنة 1999. ص ص.97-124.

17. فهمي محمد كمال، **أصول القانون الدولي الخاص**، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2008. ص ص.153-167.

18. معوان مصطفى، **الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ج .41، ع. رقم 01، 2000. ص ص.133-142.

19. موكة عبد الكريم، **القانون الواجب التطبيق على الحضانة في علاقات الزواج المختلط**، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، جامعة جيجل، المجلد 4، العدد 3، 2021. ص ص.910-928.

خامسا: النصوص القانونية

أ.الدستور:

1.دستور الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية لسنة 1963، المؤرخ في 1963/09/10، الجريدة الرسمية رقم 64، لسنة 1963

ب.الاتفاقيات الدولية:

1.اتفاقية نيويورك لسنة 1954 بشأن وضعية عديمي الجنسية، المعتمدة في 28 سبتمبر 1954، دخلت حيز النفاذ في 06 يونيو 1960.

2.اتفاقية لاهاي لسنة 1930، المتعلقة ببعض مسائل تنازع القوانين في شأن الجنسية، الموقعة في 12 أفريل 1930

3.الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، صودق عليها بالمرسوم رقم 88/ 144 بتاريخ 12 ذي الحجة 1408/ الموافق لـ 26 جويلية 1988.

ج.النصوص القانونية الداخلية:

1.الأمر رقم 75 /58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون المدني الجزائري** المعدل والمتمم ج. ر، عدد 78 لسنة 1975

2.المرسوم رقم 144/88 المؤرخ في 26 يوليو 1998، المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات في حال الانفصال.

3.القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى سنة 1426 الموافق لـ 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج .ر.ج.ج.، عدد 44 لسنة 2005.

4. قانون الأسرة الجزائرية الصادر بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم ج. ر.ج.ج. عدد 15 سنة 2005.

5. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 1429 موافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، سنة 2008.

د.القرارات القضائية:

1.قرار المحكمة العليا ملف رقم 170082، الصادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية،2000، العدد 1، ص 167.

هـ. النصوص القانونية الأجنبية:

1. ordonnance n° 2005-759, du 4 Juillet 2005 relative aux C. CIV. Fr, journal officiel du 6 Juillet 2005.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
إهداء	
المقدمة.....	أ-ه
الفصل الأول: انحلال الزواج المختلط وفقا للتشريع الجزائري وضوابطه	
المبحث الأول: انحلال الزواج المختلط وصوره القانونية	8
المطلب الأول: المقصود من انحلال الزواج المختلط	8
الفرع الأول: التعريف اللغوي لانحلال الزواج المختلط.....	8
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لانحلال الزواج المختلط.....	9
المطلب الثاني: حالات انحلال الزواج المختلط.....	11
الفرع الأول: حالات فك الرابطة الزوجية في الأنظمة العربية.....	11
الفرع الثاني: حالات فك الرابطة الزوجية في الأنظمة الغربية.....	15
المبحث الثاني: الضوابط القانونية لانحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري..	17
المطلب الأول: قواعد التنازع لانحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري.....	17
الفرع الأول: ضابط الإسناد لانحلال الزواج المختلط.....	17
الفرع الثاني: استثناء ضابط الإسناد	22
المطلب الثاني: عوائق تطبيق القانون الوطني للزوج.....	25
الفرع الأول: إشكالات تطبيق ضابط الإسناد لانحلال الزواج المختلط.....	26
الفرع الثاني: استبعاد القانون الوطني للزوج.....	31
الفصل الثاني: الإشكالات المتعلقة بممارسة الحضانة بعد انحلال الزواج المختلط	
المبحث الأول: إشكالات تنازع القوانين الخاصة بالحضانة في إطار الزواج المختلط	38
المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق.....	38
الفرع الأول: التكييف القانوني للحضانة في علاقات الزواج المختلط.....	38
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة.....	41
المطلب الثاني: الحلول الدولية لإشكالية تنازع القوانين المتعلقة بالحضانة.....	45
الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف	45

فهرس المحتويات

الفرع الثاني: الاتفاقات الدولية الثنائية	49
المبحث الثاني: الإشكالات المتعلقة بالمسائل التي تشمل حكم الحضانة.....	53
المطلب الأول: إشكالية زيارة ورؤية المحضون والسفر به ونقله إلى الخارج بعد انحلال الزواج المختلط	53
الفرع الأول: زيارة المحضون ورؤيته.....	53
الفرع الثاني: السفر بالمحضون ونقله إلى الخارج.....	57
المطلب الثاني: إشكالية الولاية والنفقة على المحضون.....	60
الفرع الأول: الولاية على المحضون.....	61
الفرع الثاني: النفقة على الطفل المحضون	67
الخاتمة	73
قائمة المراجع	77
فهرس المحتويات	
ملخص	

ملخص:

يعد انحلال الزواج المختلط ظاهرة منتشرة في السنوات الأخيرة، وذلك بسبب اختلاف والعادات والتقاليد والأعراف بين الزوجين، والذي يؤدي إلى اختلافات فكرية وثقافية تنتهي بتفكك الرابطة الزوجية.

وتعتبر حضانة الأطفال من أهم الإشكالات المترتبة من جراء التفكك الأسري، وخاصة إذا كان الزوجان من بلدين يختلفان في الدين والمعتقد والثقافة، وتكمن الإشكالية في أولوية الأم بحضانة الأطفال التي تقرها مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري، والتي غالبا ما تكون أجنبية، مما يجعل الطفل يكبر ويتربى على غير ثقافة ومعتقد والده والذي هو أولى بتقرير مصير اعتقاد أولاده، وهذا ما حاول التشريع الجزائري معالجته سواء بالقوانين الداخلية أو عن طريق معاهدات واتفاقيات الدولية ولكن غالبا ما لم ينجح في ذلك .

Abstract:

The dissolution of mixed marriages is a widespread phenomenon in recent years due to the difference in customs, traditions and between the spouses, which leads to intellectual and cultural differences that end with the dissolution of the marital bond.

The problem lies in the priority of the mother in the custody of children, which is approved by various legislations, including the Algerian legislation, which is often foreign , which makes the child grow up and grow up without the culture and belief of his father, who is the first to decide the fate of the belief of his children, and This is what the Algerian legislation tried to address But he was often unsuccessful.