
La garde de l'enfant en cas de divorce issu d'un mariage mixtes

Benzaim Meriem

Maitre assistant classe B

Faculté de droit et de science politique

Université abbessé laghrour khenchela

Résumé :

La garde de l'enfant est une des conséquences les plus importantes du divorce, Le problème des restrictions des prérogatives des mères qui gardent les enfants se pose pour les couples mixtes au cas où la mère de nationalité non algérienne et résidant à l'étranger voudrait, pour une raison ou pour une autre, se déplacer avec ses enfants dans son pays. Il semble que cela soit impossible sans une autorisation et peu probable du reste par le père.

Le mariage mixte constitue une problématique aigue au sein des systèmes juridiques, c'est pourquoi les pays ont tenté de le résoudre par des règles juridiques régissant les litiges comprenant une partie étrangère ; et notamment le mariage et sa dissolution, et nous trouvons ainsi des avis divers concernant la loi applicable en pareille matière.

ملخص

حضانة الطفل هي واحدة من أهم آثار الطلاق و مشكلة بالنسبة للأمهات التي تقوم بحضانة ابنها ينشأ عن الزواج المختلط في حالة الأم الجنسية الجزائرية المقيمة في الخارج تريد لسبب أو آخر، إلى التنقل مع أبنائها إلى بلدها المقيمة به . ويبدو أن ذلك مستحيل دون ترخيص وليس مقبول من طرف الأب الذي له جنسية مختلفة.

الزواج المختلط يثير إشكالية كبيرة في النظم القانونية، وهذا هو السبب في أن البلدان تسعى إلى وجود حل له من القواعد القانونية التي تحكم النزاعات التي يكون طرفا فيها عنصر له جنسية أخرى ; ولا سيما الزواج و انحلاله ، و نحن هنا في دراستنا سوف نحاول إيجاد حل للمشكلة المطروحة .

Introduction :

La garde de l'enfant est une des conséquences les plus importantes du divorce, Le problème des restrictions des prérogatives des mères qui gardent les enfants se pose pour les couples mixtes au cas où la mère de nationalité non algérienne et résidant à l'étranger voudrait, pour une raison ou pour une autre, se déplacer avec ses enfants dans son pays. Il semble que cela soit impossible sans une autorisation et peu probable du reste par le père.

Il y a quelques années, des citoyennes françaises mariées à des Algériens ont été confrontées à un problème de ce genre et ont observé un sit-in devant l'ambassade de France, afin que celle-ci intervienne auprès des autorités algériennes pour débloquer leur situation. Leurs époux refusaient d'autoriser leurs enfants, venus en Algérie dans le cadre du droit de visite, à retourner en France. L'intervention des autorités judiciaires algériennes était très difficile à obtenir en raison des règles «impératives d'ordre public» contenues dans le code de la famille. La crise a eu, on s'en souvient, une solution beaucoup plus diplomatique que juridique. Doit-on déduire que l'étrangère mariée à un Algérien est obligée de vivre en Algérie, pour exercer son droit de garde et vivre avec ses enfants. La prééminence du droit du père se manifesterait encore quand il s'agira du droit d'éducation est ce que en va bien détailler dans cette intervention

Chapitre 1 : la loi applicable pour la garde des enfants dans le mariage mixte dans le droit comparatif

La garde de l'enfant est une des conséquences les plus importantes du divorce, et c'est au juge de statuer en pareil cas. Elle constitue également une étape de la tutelle.

De nombreux avis divergent sur ce sujet. Il y'a ceux qui pensent que la garde de l'enfant est une des conséquences du mariage et qu'elle est relative à la parenté. Et ce comme confirmé par la justice égyptienne par divers jugements, tel que celui rendu par le tribunal de première instance d'Alexandrie, en 1952, volume 8, année 1952, folio 165.

Contrairement à cela, d'autres la considèrent comme une conséquence de divorce ou de Kholâ'e (divorce par compensation).

Et en ce qui concerne le droit égyptien, le courant jurisprudentiel considère que la garde de l'enfant est une tutelle sur ses biens, et recommande de la soumettre à la loi qui régit la personne gardée, conformément aux dispositions de l'article 16 du code civil égyptien portant : « La loi de la personne protégée est applicable sur les questions objectives et relatives à la tutelle, la curatelle, le soutien et de tout autre système objectif visant la protection de l'interdit et de l'absent »(i).

Tandis que la jurisprudence égyptienne se concerte sur le fait que la garde en est une des conséquences de la dissolution du mariage, sur laquelle s'applique la loi de la dissolution du lien conjugal, c'est-à-dire, la loi de la nationalité de l'époux.

Le droit français n'a pas abordé les dispositions de la garde et l'a considérée comme une conséquence de la dissolution du lien conjugal sur laquelle s'applique également la loi de la dissolution du lien conjugal.

La justice française recommande de soumettre la garde de l'enfant au statut personnel de l'enfant, étant donné que ce dernier veille aux mieux aux intérêts de l'enfant gardé (ii).

Il est largement partagé dans la justice des tribunaux que les règles relatives à la paix et la police sont impératives et instantanées et qu'elles régissent toutes les relations juridiques nationales ou internationales, selon le premier alinéa de l'article 3 portant : « Les lois de la police et de la paix régissent tous ceux qui occupent le territoire ». (iii)

La justice française applique en outre la loi française relative aux questions de la garde entre les étrangers résidents en France. Tandis que les mesures conservatoires relatives à la garde sont soumises à la loi nationale contrairement aux procédures objectives qui sont soumises à la loi qui les régit. (iv)

Le code pénal, dont les textes protègent le droit à la garde et sanctionnent en cas d'enlèvement et non remise, est en outre applicable aux étrangers comme aux citoyens.

Les législations, koweïtienne et tunisienne, ont accordé à cette question une base d'attribution. Le droit Koweïtien l'a stipulée expressément dans l'article 43 de la loi N° 5 datée le 14 février 1961 relative à la relation juridique vis à vis des étrangers : « la loi qui régit la nationalité du père est applicable à la tutelle et à la garde ». (v)

La revue tunisienne du droit international privé a également abordé ce point dans le chapitre 50 : « La garde de l'enfant est soumise à la loi qui a régit la dissolution du lien conjugal ou bien le statut personnel de l'enfant ou la loi de sa résidence habituelle. Le juge applique la loi qui veille au mieux aux intérêts de l'enfant ».

La garde de l'enfant, d'après la revue tunisienne du droit international privé, est une conséquence de la dissolution du lien conjugal, c'est pourquoi on l'a soumise à la loi régissant la dissolution du mariage, tout en considérant cette solution comme étant une base d'attribution.(vi) Et faute de cela, le juge applique le statut personnel de l'enfant ou la loi relative à son territoire, tout en conférant à celui-ci le choix d'appliquer la loi qui veille au mieux à l'intérêt de l'enfant.

Chapitre 2 : La loi applicable dans le droit algérien

Tandis que le droit algérien n'a pas prévu à la garde de l'enfant cette base d'attribution d'une façon expresse. Etant donné que la qualification de cette loi obéit au droit algérien conformément à l'article 9 du code civil algérien, la garde de l'enfant est considérée ainsi comme étant une question relative au statut personnel. Et obéit alors aux règles d'attribution stipulées notamment à l'alinéa N°1 de l'article 12, et au deuxième alinéa de l'article 13, tel que prévu par le législateur algérien dans le deuxième chapitre du code de la famille relatif aux effets du divorce. L'article 12 du code civil algérien stipule que :

« L'application de la garde en tant que conséquence de la dissolution du mariage est régit par la loi nationale du mari au moment d'intenter l'action », tandis qu'il est possible d'appliquer seulement le droit algérien si l'une des parties avait la nationalité algérienne au moment de la conclusion du mariage, et cela conformément à l'article 13 du code civil algérien.

De son côté, la cour suprême a statué dans une affaire de divorce d'une algérienne avec un italien et ce, suite à un jugement rendu par le tribunal de première instance de Médéa, conférant la garde de l'enfant au père obéissant ainsi à la loi italienne, et selon l'alinéa 2 de l'article 12 c'est-à-dire au vue de la loi nationale de l'époux ^(vii)

A la suite de cela, l'épouse a formulé un recours auprès de la cour suprême au motif que cette dernière jouissait de la nationalité algérienne au moment de la conclusion du mariage et qu'aucun décret de dénaturalisation n'a été prononcé à son encontre après qu'elle ait acquise la nationalité italienne. Suite à ce recours, la cours suprême a infirmé le jugement rendu par le tribunal de première instance de Médéa, estimant que la garde de l'enfant est une des conséquence de la dissolution du mariage, et ce en application au droit algérien, si l'un des époux avait la nationalité algérienne au moment de la conclusion du mariage.

En conclusion, la garde de l'enfant obéit au droit algérien conformément à l'article 13 du code civil algérien. ^(viii)

Chapitre 3 : La loi applicable pour la garde des enfants dans le mariage mixte dans les conventions internationales

Au vu des difficultés découlant de la garde de l'enfant, les Etats ont conclu des conventions internationales,^{ix} telle que celle de La Haye, tenue en date du 5 octobre 1961 portant protection des mineurs et qui a vu son application à compter du 4 février 1969.

La convention de La Haye portant protection des mineurs, recommande de soumettre la loi de la garde de l'enfant à la loi de sa résidence habituelle, étant donné que la philosophie de cette convention accorde plus d'importance au mineur qu'au tuteur. La loi anglaise s'est également inspirée du même courant pris par la convention de La Haye et qui soumet la garde de l'enfant à la loi qui régit l'Etat de sa résidence habituelle.

A cela, viennent s'ajouter les conventions bilatérales telle que conclue entre l'Algérie et la France en date du 21 juin 1988 relative aux enfants issus des mariages mixtes en cas de divorce. ^(x)

Cette convention bilatérale fait suite aux difficultés entre les parents algériens et les mères étrangères portant garde des enfants et droits de visite.

Cette convention vise essentiellement la protection de l'enfant même et définit l'exercice de la garde, de visite et le droit de voyage entre les deux pays.

Cet accord tend à veiller à l'intérêt et à la protection du mineur en premier lieu sans pour autant tenir compte de la personne exerçant la garde contrairement aux lois internes.

Et parmi les teneurs découlant de cette convention :

Droit de visite réglementé l'article 2, cette convention a mis en outre un système facilitant le droit de visite pour éviter l'enlèvement des enfants par leurs parents et leur protection.

Conclusion :

On constate dans cet humble exposé que les bases de litiges ont une grande importance pour résoudre les conflits internationaux privés.

Le mariage mixte constitue une problématique aigue au sein des systèmes juridiques, c'est pourquoi les pays ont tenté de le résoudre par des règles juridiques régissant les litiges comprenant une partie étrangère ; et notamment le mariage et sa dissolution, et nous trouvons ainsi des avis divers concernant la loi applicable en pareille matière.

Les législations arabes, telles que égyptienne et syrienne ont séparé entre le divorce prononcé par la volonté du mari, le soumettant à la loi nationale de l'époux au moment de la conclusion du divorce. Tandis que les autres cas ont été soumis à la loi nationale de l'époux au moment d'intenter l'action.

Le problème de la garde découle de la dissolution du mariage, de nombreuses législations telle que koweitienne ont recommandé de soumettre la garde de l'enfant à la loi nationale du père.

De son côté, le droit français a prévu de la soumettre au statut personnel de l'enfant au statut personnel de celui-ci en vue de sa protection. Les problèmes de la garde sont fréquents en matière de mariages mixtes et se trouvent soumis devant la justice algérienne, cette dernière applique la loi de la dissolution du mariage conformément à l'alinéa 2 de l'article 12 du code civil algérien modifié, c'est-à-dire à la loi nationale de l'époux au moment d'intenter l'action, étant considéré par le législateur parmi les conséquences de la dissolution du lien conjugal dans le chapitre 2 du code de la famille.

Cette question n'est soulevée que par la dissolution du mariage. Ce manque aurait du être comblé par le législateur en mettant les règles de rattachement définissant la loi applicable à la question de la garde.

On devait prendre en considération les dispositions de l'article 13 du code civil pour mettre en exécution les conflits de loi précités en matière de mariage (conditions, effets, dissolutions et ses effets), cet article porte sur l'application de la loi algérienne si l'un des époux est algérien au moment de la conclusion du mariage en vue de faciliter la tâche du juge algérien en matière d'application de la loi nationale et notamment aux intérêts nationaux.

قائمة الإحالات و التهميش

- ⁱ- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997
- ⁱⁱ- Trib.Civ. La Sienne, 31 mars 1952, v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre :., p.371
- ⁱⁱⁱ - Art.03 Al.01 du C.Civ.Fr. qui dispose : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».
- ^{iv}- 1 - Art. 311-14 du C.Civ.Fr. (Ordonnance N° 2005-59 du 4 Juillet 2005) qui dispose : "La filiation est régie par la loi personnelle de la mère en cas n'est pas connue par la loi personnelle de l'enfant".
- ^v- Trib.Civ.Sienne, 29/11/1904.Trib.Toulon,05/08/1980. v. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre : Op.Cit., p. 406.
- ^{vi}- Rizkallah Nouhad : "Droit international privé", M.A.J.D, Beyrouth, 1ère édition 1985 p. 85
- ^{vii} - المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 17/02/1998، المجلة القضائية، العدد 01، ص 167-170
- ^{viii} - علي علي سليمان " : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري "ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992 ، ص 193 .
- ^{ix} - Art. 01 du convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs qui dispose : « Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve des dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente Convention, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. »
- ^x - معوان مصطفى " : الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 " ، المجلة الجزائرية 2000 ، ص 134 ، للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، الجزء 41 انظر المرسوم 88- 144 المؤرخ في 26 جويلية 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، ج.ر. رقم 30 ، الصادرة بتاريخ 27/07/1988