الإشكالات التي يُثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة؛
(دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر)

Problems raised by conflict of laws in matters of custody;
(Comparative study in the light of the Arab legislation and jurisprudence in Algeria)

د. امحمدي بوزينة أمنة، أستاذة محاضرة قسم (أ)،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر.

تاريخ الإيداع: 2017/11/15 تاريخ المراجعة: 2017/12/26

ملخص:

على اعتبار أن مسؤولية الأولاد تقع على عاتق الأبوين خلال أو بعد حل العلاقة الزوجية ولاستحالة تواجد الطرفين في مكان واحد للاهتمام بالطفل، وفي ظل الأنانية الموجودة بين الزوجين لذا وجب على المشرع الحفاظ على مصالح الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية، وهنا تكون مهمة القاضي صعبة حتى وإن وضع المشرع الجزائري نصوص قانونية تساعده في دوره المهم والفعال على الصعيد الداخلي، وتزداد صعوبة الوضع إذا كان هناك طرف أجنبي في النزاع ولكل من الطرفين قانون يجب تطبيقه وكلا الطرفين يتمسك بقانونه، إلا أنه تبقى هناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، وتثبت نسبهم وتثبت رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم حتى يبلغوا أشدهم، وما هي إلا أحكام حمائية تحفظ عقيدة الطفل من الضياع خاصة إذا كان أبوه مسلما وذلك وفقا لما قررته المادة 3/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تعتبر تفعيلا للأحكام الواردة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، ومعظم تشريعات الدول الإسلامية وهي أحكام أكد عليها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

الكلمات المفتاحية:

الحضانة، تنازع القوانين، مصلحة الطفل، أحكام حمائية للصغير.

Abstract

On the grounds that the responsibility of children falls on the parents during or after the dissolution of the marital relationship and the impossibility of the presence of the parties in one place to care for the child, and the selfishness between the spouses so the legislator must maintain the interests of children after the disengagement of marriage, The Algerian legislator has drafted legal provisions to assist him in his important and effective role at the internal level. The situation becomes even more difficult if there is a foreign party in the conflict. Both parties have a law that must be enforced. Both parties adhere to its law. However, there are legal provisions that protect children's rights and ensure their care since birth. As well as the provisions of the provisions of Article 26.3 of the Universal Declaration of Human Rights, which are considered to be in compliance with the provisions of the Universal Declaration of Human Rights, Article 62 of the Algerian Family Code, and most of the legislation of the Islamic countries, which are confirmed by the jurisprudence of the Supreme Court., conflict of laws, the child's interest, protectionist provisions for small.

Keywords:

custody, conflict of laws, child welfare, protectionist provisions for the minor.

مقدمة

لطالما كانت الأسرة الخلية الأساسية وأهم ركائز المجتمع والمؤثر الأول على حياة الطفل، باعتباره ينشأ وينمو في ظلها في أول مراحل عمره، لذلك يحرص الرجل على أن يختار الزوجة الصالحة والمنبت الحسن لها، من هنا، فإن العناية بتقوية الأسرة تعد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون رعايتها وأخذ الطريق إليها، ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة تضمن بقاءها ونموها وتقديس أصلها المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية اجتماعية بالغة باعتباره يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة، ويهدف إلى صيانة المجتمع

والفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات، ويصونه من عواقب هذه الأمراض الاجتماعية، وذلك مصداقا لقوله تعالى في الآية 72 من سورة النحل:" والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون".

وعلى اعتبار أن مسؤولية الأولاد تقع على عاتق الأبوين خلال أو بعد حل العلاقة الزوجية نفس المسؤولية ولاستحالة تواجد الطرفين في مكان واحد للاهتمام بالطفل، وفي ظل الأنانية الموجودة بين الزوجين وجب على المشرع الحفاظ على مصالح الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية، وأن مهمة القاضي تكون صعبة كونه يعتد في حكمه على مصلحة المحضون وهي معيار نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، فإن مهمة القاضي تكون صعبة حتى وإن وضع المشرع الجزائري مواد قانونية تساعده في دوره المهم والفعال على الصعيد الداخلي، فما بالكم إذا كان هناك طرف أجنبي في النزاع ولكل من الطرفين قانون يجب تطبيقه وكلا الطرفين يتمسك بقانونه، فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث اتخذها القوانين أساسا لوضع نصوص تشريعية، تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم، وما هي إلا أحكام حمائية للصغير من الضياع.

ونظرا للانفتاح الذي يشهده العالم في الوقت الحالي، فإن مسألة البحث عن الآثار التي يرتبها الزواج المختلط وكيفية التعامل مع المسائل التي يثيرها مثل هذا الزواج هي مسائل تفرض نفسها في الواقع، في ضوء محاولة الوقوف على أي أساس يتخذ القاضي قراره وما هو المعيار المناسب لتقدير مصلحة المحضون نتيجة انحلال الزواج بين شخصين مختلفي جنسية وخاصة إذا كانت أحدهما يريد السفر بذلك الطفل إلى بلد تختلف عاداته وتقاليده عن مجتمع الطفل الأصلي، وبذلك فإن موضوع الحضانة في إطار تنازع القوانين يفرض نفسه واقعيا نظرا لعدم وجود نصوص قانونية خاصة بها في القانون الجزائري؛ بل يتم تطبيق قاعدة انحلال الرابطة الزوجية على نزاعاتها، من هذا المنطلق تظهر أهمية دراستنا، في كونها تتمحور حول البحث في كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة عند تنازع القوانين على الصعيد الدولي ومعرفة القانون الواجب والجدير بالتطبيق في حالة ما إذا كان النزاع أجنبي باعتباره أنسب القوانين لحكم العلاقة محل التنازع.

وقد حرص المشرع الجزائري في تعديله لأحكام قانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 المؤرخ بتاريخ 2005/02/27، بأن يدخل جملة من التغييرات بموجب عدة مواد متشعبة على تنظيم الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية، واستتبع ذلك تنظيم الآثار الناجمة عن انحلال هذه الرابطة بما في ذلك الحضانة، وقد جاء بأحكام جديدة من حيث التنظيم القانوني للحضانة والتي سعى المشرع من خلالها أن يجعل كلا من الزوجين في مركز متعادل بعد أن ثار خلاف بشأنها قبل تعديل قانون الأسرة، وقد تناول المشرع الجزائري أحكام الحضانة (من المادة 62 إلى المادة 72)، أما السكن وأجرته فقد نص عليه ضمن موضوع الحضانة باعتباره مرتبطا بها وذلك من خلال المادة (72).

فالحماية القانونية للطفل في تشريع الأسرة الجزائري تندرج ضمن معيار واحد يتناول كل أوجه الحماية ويعالجها، والمتمثل في مصلحة الطفل، فباعتبار الطفل كائن صغير، فهو لا يعرف مصلحته، فمراعاتها هي من واجب ومهمة الآباء، إلا أنه قد تتعارض مصلحة هؤلاء بمصلحة الطفل، فتخول إلى أشخاص آخرين، ورغم ذلك فإن التشريعات المعاصرة لا تجمع حول مفهوم لها ولا حول مقاييسها، وهنا يتدخل القاضي في تقدير هذه المصلحة، والتي تتغير بحسب كل حالة على حدى، فمفهوم المصلحة نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان والحالات الخاصة.

وإن دراستنا، وإن كانت لن تقدم الحل النهائي في مسألة الحضانة، إلا أنه أردنا أن نسلط الضوء على النقص الفادح والثغرات الموجودة في القوانين، وإلزام المشرع الجزائري بضرورة وضع ضابط إسناد للحضانة يراعي من خلاله مصلحة المحضون في منازعات الزواج المختلط، فقد سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعترض القاضي عند محاولة

الفصل في مسألة الحضانة لما تكون متعلقة بالزاج المختلط، من خلال محاولة التشريعات العربية المقارنة حماية الأطفال الناتجين عن علاقة تتنازع القوانين حول إسناد الحضانة لأحد الأبوين بعد الانفصال.

من خلال ما سبق ذكره، نطرح الإشكال التالي: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضمان حماية المحضون من خلال الموازنة بين مركز الأبوين في حق الحضانة المتنازع فيها بين في إطار حل زواج مختلط؟، وإذا حدث انفصال بين زوجين يحملان جنسيتين مختلفتين، فما هي الإشكالات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق وتأثيرها على المحضون؟.

للوقوف على سبب الإشكالات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة في الزواج المختلط، فقد استعنا بعدة مناهج، فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي، بحيث قمنا بتحليل النصوص القانونية، وكذلك استعنا بالمنهج المقارن لمقارنة القواعد الجزائرية ببعض التشريعات العربية وكذا الاجتهاد القضائي للوصول إلى النقاط المشتركة بينها والنقائص التي تشوب القانون الجزائري.

للإجابة على هذا التساؤل وحل الإشكال المطروح، نقدم تحليلا يقوم على النقاط التالية: القانون الواجب التطبيق على تنازع القوانين في مسائل الحضانة (مبحث أول)، نطاق القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة (مبحث ثاني).

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على تنازع القوانين في مسائل الحضانة

إنّه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنّه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها[1]، خاصة إذا كان الزواج مختلطا، لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المعضلات التي تعتري الزواج المختلط خاصة بعد الانفصال والآثار التي يترتب عن هذا الأخير على حضانة الأولاد، والمسائل الموضوعية المتعلقة بالحضانة مثل تحديد لمن تثبت وانقطاعها وسقوطها واسترجاعها وتحديد أوقات الزيارة ومدتها[2].

المطلب الأول: موقف التشريعات العربية من تنازع القوانين في مسائل الحضانة

نظرا لاختلاف الدول في تحديد طبيعة حق الحضانة ومعيار تقدير مصلحة المحضون؛ فقد برزت أيضا إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعاتها، كما أن هناك دول وضعت قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وهناك من لم تخصها بقاعدة إسناد خاصة؛ بل ألحقتها بقاعدة الإسناد التي تحكم انحلال الزواج باعتبارها آثرا من أثاره.

ومن التشريعات التي خصت الحضانة بقاعدة إسناد، نجد التشريع الكويتي والقطري والتونسي، فالقانون الكويتي نص على ذلك صراحة من خلال نص المادة 43 من القانون رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، بقولها: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"، وهو نفس مضمون نص المادة 20 من القانون المدني القطري[3].

وقد بينت المذكرة الإيضاحية للمادة 43 من القانون الكويتي؛ الأسباب التي دعت إلى الأخذ بقاعدة الإسناد التي تضمنتها، فنصت على أنه: "ولما كانت الولاية على النفس فرعا من البنوة، فإن القانون الذي يسري في شأنها هو قانون جنسية الأب، فيحدد هذا القانون ولاية الأب على ابنه الصغير، وما يملك عليه من حق التأديب، وما يقع على عاتقه من واجب التربية وغير ذلك؛ مما يتعلق بالولاية على النفس، ولما كانت الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، لذلك وجب أن تخضع للقانون الذي تخضع له الولاية وهو قانون جنسية الأب، فيتوحد بذلك القانون الذي يسري على البنوة الشرعية والولاية على النفس والحضانة، وهي مسائل يتصل بعضها

---

(1) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 127.

(2) بوشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أبو بكر بلقايد– تلمسان، 2011، ص 72.

(3) عماد إشوي، "تنازع القوانين في الحضانة (دراسة مقارنة)"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و24 أفريل 2014، ص 210.

ببعض اتصالا وثيقا[1]".وجاء في الفصل 50 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، ما مفاده: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".

يُفهم مما جاء في الفصل 50 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، أن الحضانة هي من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج؛ ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي، وفي حالة عدمه، يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل[2].

ومن الدول التي لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة دولة الإمارات العربية المتحدة؛ وإنما نصت المادة 16 من القانون رقم (5) لعام 1985 على الولاية فقط، بقولها: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"، ومن ثم، فلا مناص من الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق في مسائل الحضانة تطبيقا لحكم المادة 23 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، التي تنص على أنه: "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين". وتقضي مبادئ القانون الدولي الخاص في هذا الصدد بإعطاء الحضانة حكم الولاية؛ ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الطفل الصغير[3].

أما بالنسبة للقانون المصري، كان اتجاه من الفقه يكيف الحضانة على أنها ولاية على المال، وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشخص الذي تجب حمايته، إعمالا لنص المادة 16 من القانون المدني المصري، والتي مفادها: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته". غير أن غالبية الفقه المصري، يجمع على أن الحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج، يسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية أي قانون جنسية الزوج، وفقا لنص المادة 13 من القانون المدني المصري التي نصت على ما يلي: "أما الطلاق، فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

كما قد جاء القانون الفرنسي خاليا من أحكام الحضانة، إذ كيف القضاء الفرنسي الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج، ولكن الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون، ولكن الإشكال الذي يواجهه القضاء في حالة الزواج بين مسلم وغير مسلم فرنسي هو أن فرنسا تعتبر ابن الفرنسية مسيحي يجب أن يربى على الديانة المسيحية، وأن فك الرابطة الزوجية بإرادة منفردة من زوج مسلم في مواجهة زوجة غير مسلمة مسألة مخالفة للنظام العام الفرنسي الذي يشترط لصحة فك الرابطة الزوجية التوافق بين الطرفين، انطلاقا من مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في فك الرابطة الزوجية وهو الأمر الذي يختلف مضمونه مع انحلال الزواج بإرادة منفردة من قبل الزوج دون اشتراط موافقة الزوجة وفقا لقوانين الدول الإسلامية، وهو ما يؤدي إلى تأخر النظر وتعطيل الحكم في مسألة إسناد الحضانة لوجود مثل هذا الإشكال[4].

---

[1] حبيب الملا، "القانون الواجب التطبيق على الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية"، أبحاث ندوة، حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة–، يومي 25 و26 رجب 1415هـ/ 27 و28 ديسمبر 1994م، ص681 .

[2] دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة" ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي2011 ، ص 54.

[3]حبيب الملا، المرجع السابق، ص679 – 680.

[4] نقلا عن: عماد اشوي، المرجع السابق، ص 212. أنظر أيضا: دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 247.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، ونظرا لخلو التشريع من نص خاص يحكم تنازع القوانين في مسائل الحضانة، ولأنها تعد أثرا لانحلال الزواج، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة (2/12) من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة (13) من القانون المدني[1]، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون[2]، وهو حل مستقر في القانون المقارن والأحكام القضائية[3].

ونظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن الاجتهاد القضائي في الجزائر، مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي أو إذا تزوجت بغير محرم [4]، ففي قرار صادر عن المحكمة العليا في القضية رقم (341320) بتاريخ 2005/07/13 في قضية (ع.ب) ضد (هـ.ب) أنه إذا كان القانون قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة، غير أن القانون نفسه قد نص أيضا على إسقاط هذا الحق؛ إذا تم زواجها بغير قريب محرم، وقد ثبت لقضاة الموضوع أن الأم التي تطالب بالحضانة؛ قد تزوجت فعلا بغير محرم، وأن ذلك يسقط حقها في الحضانة وأن قضاة الموضوع لما قضوا بالصورة المبينة أعلاه يكونوا بذلك قد طبقوا القانون لاسيما المادة 66 منه، وأقاموا قضاءهم على أساس صحيح من الواقع القانوني وجعلوا قرارهم غير مستهدف للنقض والإبطال[5].

وتراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهو ما قررته المحكمة العليا بموجب القرار رقم (613469) بتاريخ 2011/03/10 في قضية (م.ي) ضد (ع.ز)، حيث جاء فيه، أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة، وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقضي بقائها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001، وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقا سليما، مما يجعل الوجه غير سديد يستوجب الرفض[6].

كما أنه يمكن للقاضي أن يرى أن تقدير مصلحة المحضون تتحدد بعد أن يعين مرشدة اجتماعية، وهو ما ثبت بموجب قرار المحكمة العليا رقم (337176) بتاريخ 2005/11/16 في قضية (ع.خ) ضد (م.د): "حيث أن قضاة المجلس ذهبوا في حيثياتهم إلى القول أن النزاع الذي يدور حول حضانة الولد الذي توفيت أمه يسلم لأبيه تلقائيا لكونه الولي الشرعي، إلا أنه لا يستشف ذلك من مقتضيات المادة 47 من قانون الأسرة التي تقول بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، وأن الحضانة تستحق بعد وقوع إحدى الحالتين للأشخاص الواردة بالمادة 64 من قانون الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى للقاضي الأول أن يتعرض لموضوع الدعوى ويبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل المخولة له قانونا من ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية تقوم بزيارة بين الطرفين، لكي يتسنى لها تحديد أين تكمن مصلحة المحضون طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة، الأمر الذي خلى منه القرار المنتقد وجعله منعدم الأساس القانوني، مما يعرضه للنقض والإبطال، حيث أن من يخسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية[7].

---

(1) إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 533.

(2) عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 231.

(3) المحكمة العليا بتاريخ 29 ماي 1969 الذي حكم بأن الحاضنة لم تكن أهلا للحضانة بغيابها الطويل عن البيت وانشغالها بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير.

(4) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 185.

(5) القرار رقم (341320) بتاريخ 2005/07/13 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 62، 2008، ص 385.

(6) القرار رقم (613469) الصادر بتاريخ 2011/03/10 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص 285.

(7) جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 1528.

وفي قرار أخر صادر عن المحكمة العليا رقم (564787) بتاريخ 2010/07/15 في قضية (ب.ب) ضد (ر.ز.ز) بحضور النيابة العامة حول إمكانية إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون، جاء فيه:"حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة، وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س)، إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، لكن حيث أن الحضانة، وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 السالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، الأمر الذي يجعل هذا الفرع هو الأخير غير مؤسس ويتعين عدم الاعتداد به والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن"[1].

المطلب الثاني: حلول تنازع القوانين في مسائل الحضانة أمام القضاء الجزائري

إن الاتفاقيات تلعب دورا هاما في معرفة القانون الواجب التطبيق، ولكن الأمر الذي يثير تساؤلنا: ما هو القانون الواجب التطبيق في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر؟، وما محل القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود اتفاقية؟.

لمعالجة إشكالية حل مسائل تنازع القوانين في الحضانة أمام القضاء الجزائري تم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكالية، ومن أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر بتاريخ 21 جوان 1988، غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر معاهدة؛ ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري، هذا ما سنتعرض له تباعا فيما يلي:

الفرع الأول: إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط عند وجود اتفاقية مع الجزائر

إن أغلبية المهاجرين الجزائريين توجهوا إلى فرنسا، وذلك لأسباب عدة من بينها أسباب تاريخية التي تمثلت في هجرة بعض الجزائريين بعد الاستقلال إلى فرنسا والاستقرار هناك، مما نتج عن ذلك قيام علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين، إلا أن بعض هذه العلاقات الزوجية باءت بالفشل، ولم تثمر كلها ونتج عنها الانفصال، وحتى تحافظ كل من الدولتين على مصلحة الأبناء نتيجة الزواج المختلط، تم إبرام اتفاقية في 21 جوان 1988م المتعلقة بوضع أطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة فك الرابطة الزوجية[2]؛ قصد تحقيق أحسن حماية لهم وكذلك لتسهيل عملية التنقل بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى[3].

كما ألزمت الاتفاقية القاضي، عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة، ولمن تؤول، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، التي نصت على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[4].

---

[1] القرار رقم (564787) بتاريخ 2010/07/15، المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2010، ص 262.

[2] اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، المصادق عليها بالمرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 جوان 1988، منشورة في الجريدة الرسمية العدد 30، بتاريخ 27 يوليو 1988، خاصة بحل بعض الصعوبات التي يلاقيها الأولاد المولودون من زواج مختلط بين جزائريين وفرنسيات بعد انحلال الزواج أو انفصال الزوجين.

[3] خالد داودي، الحضانة، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 114.أيضا: لعسيري عبابسة، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، منشورات دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2006، ص 7.

[4] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مطبعة طالب، الجزائر، 2008/2007، ص. 164.

غير أن معظم هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية، قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، لاختلاف مضمون فكرة النظام العام بين الدولتين، ومن بين المشاكل التي قد نصادفها هي إسناد الحضانة من طرف القاضي الفرنسي إلى الأم لكونها أولى بحضانة الطفل من الغير، وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار مفاده هو: هل يمكن للأم الفرنسية ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا بتربية الولد على دين أبيه خاصة إذا كانت غير مسلمة؟.

يتضح لنا عند تصفحنا لبنود الاتفاقية[1]، أنه لا يوجد فيها نصوص للإجابة على هذه الإشكالية، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

وعند حكم القاضي بالحضانة لأحد الأبوين يمنح الحق في الزيارة للطرف الآخر، ومما جاء في الاتفاقية أنه في حالة عدم الامتثال لنص هذه المادة، هناك عقوبات، سوف نتطرق إليها على التوالي:

1- إذا لم يتم رد الطفل الذي أخذ إلى البلد الآخر إلى الوالي الحاضن عند إنهاء فترة الزيارة فيما بين البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة، حسب المادة 08 من الاتفاقية.

2- لا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل.

3- تطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، إذا تم نقل الطفل خارج الفترات التي حددتها السلطة القضائية المختصة.

نلاحظ أنه رغم معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة، إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة، فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة؛ فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، ورغم ما نوهت إليه الاتفاقية في المادة 11 منها من حلول إلا أنها تبقى قاصرة لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري؛ فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا لشيء، إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وهو الأمر الذي يودي إلى عدم تنفيذ الإنابة القضائية الدولية[2] وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون [3]. كذلك، إن بنود الاتفاقية لم تعالج مسألة مراجعة الحضانة بخصوص الفترة الزمنية للمطالبة بها في حالة إذا ما ظهر دافع لمراجعة الحكم، حتى لو أنها أشارت إلى بعض الحالات التي تمس مصلحة المحضون في المادة 05 من الاتفاقية، فقد جاء فيها ما يلي: "إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرّض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيّف ظرف ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل".

من ثمّة، يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، وهذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه، مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري والمادة 3/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948؟. واستنادا إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص: "أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[4]، دون أن ننسى بالإضافة إلى ما أكدته المواثيق الدولية،

---

[1] المادة 7 من اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وقعت عليها الجزائر في 21 جوان 1988.

[2] خالد داودي، المرجع السابق، ص 115- 116.

[3] نصت على ما يلي: "يعرض الوالد الحاضن للطفل المساءلة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي يمارس فيه الحضانة عادة من أجل تطبيق المادة 8 التي جاء في مضمونها ما يلي: "يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد إنهاء الزيارة فيما بين حدودهما".

[4] غني قري، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط.1، منشورات دار طليطلة، دون سنة نشر، ص. 147.

نظرا لاهتمامها الخاص بحماية مصلحة الفرد وبالأخص الأطفال، ومن أبرز الإعلانات التي أبدت اهتمامها الكبير بمصلحة الطفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 من خلال المادة 3/26 التي تنص، على ما يلي: "للآباء الحق الأول في اختيار نوع تربية أولادهم"[1].

بعد الإجابة على الإشكالية المطروحة سابقا، نجد أنفسنا أمام سؤال جديد وهو: هل يحكم لصالح الأب استنادا للمادة 3/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ؟. يتضح لنا أن هذه الإشكالية تطرح نفسها بنفسها دون حل، وفي رأيي طبعا لا لأن مسالة تربية الطفل على دين أبيه المسلم تتناقض مع تربية الطفل على دين أمه غير المسلمة، وعليه يمكن القول أن هذه الإشكاليات ترجع إلى عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية[2]، ولهذا ظلت النزاعات المتعلقة بمسألة الحضانة بالنسبة للزواج المختلط تخضع لقانون الأسرة الجزائري وللاعتبارات النظام العام الجزائري من ثم يحكم فيها في حالة ما تم عرض النزاع على القاضي الجزائري وكان أحد الأطراف جزائري الجنسية طبقا لما تمليه النصوص السابقة وخصوصا نص المادتين 62 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 26 /3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 بمعنى يراعى فيها تربية الابن على دين أبيه المسلم ومن ثم إسناد الحضانة لمن يحقق هذه الاعتبارات، والعكس صحيح، إن تم عرض القضية على القضاء الفرنسي، وهو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها، نذكر من بينها القرار رقم (91671) الصادر بتاريخ 1993/06/23[3]، وهنا قد نجد أنفسنا أمام حكمين قضائيين مختلفين، وكل حكم يناقض الآخر. يتبين لنا على كل ما سبق، أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من طرف الدولتين يؤدي بالرجوع إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص في النصوص المذكورة بالقانون المدني الجزائري، في حالة عدم وجود اتفاقية.

الفرع الثاني: إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط عند عدم وجود اتفاقية مع الجزائر

بعد أن تعرضنا إلى المسائل التي تعالج مشكلة الحضانة في حالة ما كان هناك اتفاقية مبرمة بين دولتي الزوجين، تم إثارة التساؤل التالي: ما القانون الواجب التطبيق على إسناد الحضانة في حالة وقوع تنازع بين القانونين ولا وجود لاتفاقية فيما بين الدولتين؟، وأي القانونين يجب تطبيقه هل القانون الوطني أم الأجنبي؟، وما منطوق الحكم إذا عرض أمام قضاء دولتين مختلفتين؟. نجد اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، تنادي بإخضاع منازعات الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بالغير لأن فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت تعتني بشخص الطفل أكثر من شخص الحاضن.

وقد تأثر القانون الإنجليزي أيضا بنفس الاتجاه الذي أخذت به اتفاقية لاهاي، وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل لحل التنازع القائم بين الدولتين من حيث المكان، وتكييف النزاع وإسناد حكمه إلى قانون من القوانين المتنازعة[4]. وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، نجده قد وضع نصوص تحكم كل المسائل المتعلقة بالإشكالات التي تثيرها منازعات الحضانة أمام القضاء وخصوصا المواد 9 و12 و13 و21 و24 من القانون المدني الجزائري بصفة عامة، وخص القانون الواجب التطبيق على الحضانة بصفة خاصة بالمادتين 2/12 و13 من نفس القانون[5].

أما فيما يتعلق بحضانة الأولاد، والمسائل المتعلقة بالحضانة مثل تحديد من هو الحاضن تحديد أوقات الزيارة ومدتها،لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق على الحضانة، مع الإشارة أن تكييفها يخضع القانون دولة القاضي طبقا لما

---

(1) المادة 3/26، من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10.

(2) حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 67.

(3) المحكمة العليا (غ.أ.ش)، القرار رقم: (91671)، بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية، 1994، ص 72.

(4) دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي 2011، ص 247.

(5) الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. 126، 135.

نصت عليه المادة 09 من القانون المدني الجزائري، على ما يلي: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكيفها العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه[1]. وعلى اعتبار أن الحضانة تعتبر من أعقد المشاكل الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب، لذا سنحاول الوقوف عند غالبية المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام القاضي المختص بفض تنازع القوانين في مسائل الحضانة في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر حول إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط سواء بالنسبة للزوجين الوطنيين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي أو مختلفي الجنسية، وذلك وفقا لما يلي:

1. الزوجين الوطنيين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي

نظرا لخلو القانون الجزائري من نص خاص بالحضانة، ولأنها تعد أثرا لانحلال الزواج، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج المادة (2/12) من القانون المدني الجزائري[2]، والمادة (13) من نفس القانون[3]، وهو حل مستقر في القانون المقارن والأحكام القضائية.

وتجب الإشارة أنه، من مسقطات الحضانة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، تطبيقا لنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه تكون الحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه حماية لمصلحته تطبيقا لنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، كل إخلال بما ورد في هذه المواد يؤدي إلى إسقاط الحضانة تطبيقا لنص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك ما أكد عليه المجلس الأعلى في القرار المبدئي الصادر بتاريخ 9 مارس 1987 الذي قضى أنه: "في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما يكون أحق بها، ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا إذا كان كل الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه".

كما أكد على ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 1989/01/02، إذ جاء فيه: "أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، إقامة الأم بفرنسا وإقامة الأب بالجزائر، الأمر الذي يتعذر معه إشراف الأب على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة، وذلك خوفا عليهم من التأثر بدين غير الإسلام، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر قصد تربية الولد على دين أبيه". [4]. أي هنا تمّ مراعاة مصلحة المحضون أولا بالرغم أن الأم هي الأولى بالحضانة، في حين أن هذه السيدة متى رجعت إلى أرض الوطن فلها الحق بالمطالبة بالحضانة على بناتها، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة أبناء الوالد المسلم إلى أم غير مسلمة ومقيمة في بلد أجنبي[5].

وفي المقابل صدر قرار عن المحكمة العليا في القضية رقم (282033) بتاريخ 2002/05/08 في قضية (ب.س) ضد (ب.ك)، جاء فيه أنه: "لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"[6].

لكن استثناء يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم 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) حيث أن

---

(1) المحمدي بوزينة أمنة، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، محاضرات في القانون الدولي الخاص، لطلبة السنة الثالثة تخصص إدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف الجزائر، السنة الدراسية: 2016/2015، ص 118.

(2) نصت عليه المادة 2/12 من ق.م.ج. التي جاء فيها ما يلي: "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

(3) إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 533.

(4) أنظر: المحكمة العليا، غ.أ.ش .م، 21 نوفمبر1995، ملف رقم (111048)، نشرة القضاة، العدد 52، ص 102، مقتبس عن: زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 119.

(5) المحكمة العليا، غ.ا.ش، قضية رقم (45681)، بتاريخ 1989/03/09، المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1993، ص. 952.

(6) القرار رقم (282033) بتاريخ 08/05/ 2002 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004، ص 363. وكذلك: سايس جمال، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 1255.

الطاعن (أ.ك) طعن بطريق النقض بتاريخ 2006/02/18 بواسطة عريضة قدمها محاميه ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء برج بوعريريج بتاريخ 2005/10/18 القاضي برفض المعارضة لعدم التأسيس والإبقاء على قرار 2005/03/33، 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 شهري لكل واحد منهم تسري ابتداء من 2004/6/21 وتستمر لغاية سقوطها شرعا وقانونا، حيث أن الطعن جاء فيه أن إسناد الحضانة للأم التي تقيم بفرنسا لا يحقق الغرض من الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة ولاسيما في الجانب الديني والخلقي، كما يحرم الأب الطاعن من حق الزيارة المقررة قانونا طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة، وذلك لصعوبة الحصول على تأشيرة الذهاب وعدم القدرة على توفير تكاليف السفر الباهضة.

لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الأم أولى بحضانة أبنائها وأن مصلحتهم تقتضي بقاءهم عندها بفرنسا لأنهم يدرسون هناك، كما هو ثابت من الشهادات المدرسية، وحيث أن فضلا عن ذلك وبالرجوع إلى أوراق الملف وخاصة الحكم المستأنف، فإن الطاعن نفسه لم ينكر أن الأبناء انتقلوا إلى فرنسا على أمل أن يلتحق بهم بعد تسوية وثائقه الإدارية، إلا أنه عند استحالة ذلك طلب من المطعون ضدها الرجوع لمحل الزوجية إلا أنها رفضت، مما يدل على أن وجود الأبناء بفرنسا كان بموافقة الطاعن نفسه، وبالتالي فإن قضاة المجلس لما راعوا مصلحة المحضونين لم يخطئوا في تطبيق القانون"[1].

ولا يكون الأب ملزما بتوفير السكن وبدل الإيجار؛ متى كانت الحاضنة مقيمة خارج التراب الوطني[2]، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم (622754) بتاريخ 2011/05/12 في قضية بين (م.ع) ضد (ق.ن)، والحال وأن الأب إذا كان ملزما بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وفقا لنص المادتين 72 و78 من قانون الأسرة الجزائري، فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر لا في الخارج؛ ومتى كانت الحضانة تمارس بفرنسا، فإن الأب لا يكون ملزما لا بتوفير السكن ولا ببدل الإيجار؛ مما يجعل الوجه سديد في هذا الشق ويجاب له فيه، حيث أنه لما كان الحكم المستأنف قد رفض طلب الحاضنة الخاص بتوفير السكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار كونها تقيم في بيت الزوجية بفرنسا مطبقا بذلك صحيح القانون، فإنه لم يترك بذلك من النزاع ما يتطلب الفصل فيه ويكون بذلك النقض دون إحالة[3].

كما لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي، وهذا ما قررته المحكمة العليا في قرارها رقم (457038) الصادر بتاريخ 2008/09/10 في قضية (م.ع) ضد (ب.ف)، حيث جاء فيه أنه متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية، ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي، فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفقا للمادة 64 من قانون الأسرة، حيث لما قضى الموضوع بإسناد حضانة الأبناء الخمسة لأمهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب القول بأن الوجه المثار غير مؤسس يتعين القضاء برفضه[4].

انطلاقا من هذه الأحكام، يتضح أن المقصود بالتوطن في البلد الأجنبي هو الإقامة المستمرة والدائمة في بلد أجنبي بنية الاستقرار، وعليه، فإن السفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلة أو لممارسة التجارة لا يخضع لذات الأحكام، كما أن حالة التوطن ببلد أجنبي

---

(1) جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 1448.

(2) راجع أحكام المادتين 72 و78 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) القرار رقم (622754) بتاريخ 2011/05/12 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص 304.

(4) القرار رقم (457038) الصادر بتاريخ 2008/09/10 في قضية (م.ع) ضد (ب.ف)، المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008، ص 313.

لا تشمل البلدان العربية التي تدين بالإسلام والتي لا يخشى فيها على ديانة وعادات وتقاليد المحضون، وإن كانت هذه المسألة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون[1].

2. حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط مع الأجنبيات

يثير الزواج المختلط بين الجزائريين والأجنبيات عند انحلاله مشاكل عديدة خاصة بالحضانة، فإذا كانت الحضانة كأصل عام تمنح للأم حسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري إلا أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى إلى العودة لبلدها، الأمر الذي يؤدي إلى تنشئة الطفل تنشئة غير دينية، وهذا ما يستوجب إسقاط الحضانة عنها، لاسيما إذا تأكد عدم توفرها على الشروط الشرعية لممارسة الحضانة وفي مقدمتها تربيتهم على ديانة الإسلام وما يتعلق بالأمانة والاستقامة.

وفي ذلك يستشهد الدكتور "**صلاح الدين جمال الدين**" بإحدى القرارات التي رفضت فيها حضانة الجدة المسيحية لأن الطفل مسلم، كما رفض القضاء طلب الزوجة اليهودية ضم ابنها إليها مخافة أن يألف دين غير دين الإسلام وأن يتغذى بالمحرم ويدرج على عادات اليهود، هذا لأن الطفل مرآة عاكسة تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه، وعليه قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه الذي منح للأم المسيحية حضانة الأولاد، بعدما ثبت له من ملف الدعوى حسب سجل الكنيسة وشهادات التمسيح أن الأم المسيحية عمدت إلى تمسيح الأولاد، كما أسند المجلس في قراره الصادر بتاريخ 12/25/ 1989 الحضانة للأب وأسقطها عن الأم الأجنبية، واعتمد في تبريره على فكرة النظام العام.

أي أنه في حالة ما إذا كان هناك فك للرابطة الزوجية بين زوجين من جنسية مختلفة، فإن الزوج الآخر الذي لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد الجزائرية، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للمادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي، إذا كان الزوج جزائري، فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري، كما يطبق القاضي ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري، التي جاء فيها ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحدة في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج"[2].

فهنا يتضح لنا، أن المادة 13 من القانون المدني الجزائري جاءت كاستثناء على المادة 2/12 من نفس القانون، فبالنسبة للآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية تارة تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج وتارة تخضع للقانون الشخصي للمطلقين كالعدة وحضانة الأولاد فقد يخضعها غالبية الفقه إلى قانون القاضي بدل القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام، وهذا ما يؤكده القرار الصادر في القضية بين (هـ. م. ز. ج.) ضد (ر.ح.)، تحت رقم (84513) الصادر بتاريخ 1992/06/02، حيث قام التنازع حول دعوى الطلاق وإمكانية تطبيق قانون دولة الزوج في حين أن الزوجين أتما الزوجية بفرنسا وطالبت الزوجة بتطبيق اتفاقية لاهاي لعام 1961، حيث جاء في القرار أنه من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر المسكن الزوجي، ومن المقرر أيضا أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج[3].

كما تقتضي بذلك المادة 2/12، وكذلك إذا كان الزوج جزائريا عند إبرام الزواج، ثم فقد بعد ذلك الجنسية الجزائرية لأي سبب من أسباب الفقد ولو كانت زوجته أجنبية، إلا أن انحلال زواجه يبقى يحكمه القانون الجزائري تأسيسا على ضابط الإسناد الاستثنائي

---

[1] نقلا عن: عماد اشوي، المرجع السابق، ص 214.

[2] أما في فرنسا، فقد يخضع التطليق والانفصال لقانون جنسية الزوجين، فإذا اختلفنا طبق التطبيق الموزع كما حدث في قضية (Ferrari)، وقد عاد القضاء الفرنسي قبل 1975 يخضع إلى قانون الموطن المشترك للزوجين، وفي حالة ما لم يكن لهما موطن موحد فيخضع إلى قانون القاضي، وهذا الأخير أخذت به كل من الولايات المتحدة الأمريكية والدول الأنجلو سكسونية.

[3] قرار رقم (84513)، بتاريخ 1992/06/02، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، 1992، ص. 91. وأنظر كذلك: الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، المرجع السابق، ص 55، 66.

الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري[1]، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي بتاريخ 1998/02/17، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية، أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 2/12، أي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وطعنت بالنقض الزوجة في حكم المحكمة على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج ولم يصدر بشأنها مرسوم ينزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، ونظرا لذلك قررت المحكمة العليا نقض الحكم على أساس نص المادة 13 واعتبار الحضانة من أثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، وعلى هذا تخضع الحضانة للقانون الجزائري[2].

كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يقيم بالجزائر أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها[3]، وهذا ما قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 9مارس 1987 بالملف رقم (45186)، جاء فيه: "حيث أن السيدة تقييم بمونبلييه بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تمنح للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي، فمتى رجعت إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها"، استنادا لهذا القرار، رفض المجلس منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المسند بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا، ذلك أن بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك فالأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم، النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول[4]، ومن ثم، قرر المجلس أن الحضانة لابد أن تمنح للوالد المتواجد في البلد المسلم ولو كان غير مسلم، وبهذا نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي[5].

من القرارات ذات الصلة أيضا، القرار رقم (52207) الصادر بتاريخ 1989/01/02 من أطرف النزاع (ف.م) ضد (م.ع)، حيث قامت الطاعنة بالمطالبة بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيان الصادران من محاكم فرساي بفرنسا التي قضت بالطلاق وإسناد حضانة البنتين لها، مع العلم أن الحضانة تمارسها خارج الجزائر، بحيث جاء فيه أنه : "من المقرر قضاء أنه في مسألة الحضانة وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر؛ فإن من يوجد بالجزائر يكون أحق بحضانة الأولاد [6]... ومن المقرر قانونا أن الإحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، على هذا الأساس فقد قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية رفض الطعن"[7].

كما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا في قضية (ن. أ) ضد (ف. ب) بتاريخ 1990/02/19، أنه متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم، فإن القضاء بإسناد حضانة

---

(1) الطيب زروتي، الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 17.

(2) قرار رقم (170082)، بتاريخ 1498/02/17، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد (01)، 2000، ص 167،170.

(3) خالد داودي، المرجع السابق، ص 119.

(4) سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص 112.

(5) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 185.

(6) قرار المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (52207) بتاريخ 1989/01/02.

(7) قرار رقم (52207) الصادر ب1989/01/02، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد (4)، 1990، ص75-76. نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا، من سنة 1982 إلى 2014، دار هرمة، 2014، ص 236.

الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، وفي بلاد تختلف عن أخلاقنا وديننا ولغتنا ومبادئنا، وهذا من دون شك يعرض تربية الأولاد للخطر، كما هو حاصل في قضية الحال مما يعد قضاء مخالفا للشريعة والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

وقد أكد على ذلك قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، بتاريخ 21 نوفمبر 1995، إذ قضت أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم، فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب؛ كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشريعة والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

وأعيد التأكيد على ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا فقد صدر مثلا في قضية (س.ف) ضد (س.خ) بتاريخ 2001/12/26 إسقاط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر[3]. وفي نفس الإطار جاء في حكم بالقضية رقم (334543) صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/12 في قضية (ب.ع) ضد (ي.ف) أنه: "من المقرر قانونا شرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون لوحده، وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 62 من قانون الأسرة والاجتهاد القضائي وبفصل قضاة الموضوع كما فعلوا، يكونون فعلا قد أخطئوا في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة"[4]، وهذا في حالة ما تم عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، لكن في حالة ما تم عرضه على القاضي الأجنبي، فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف القاضي الأجنبي خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة.

إن الواقع العملي، يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق، خاصة أن قاعدة استئثار قانون القاضي بحكم العلاقة كلما كان أحد مواطنيه طرفا فيها مقررة في جل التشريعات، وعليه برز اتجاه حديث يطالب بتكريس فكرة الحل الوظيفي لتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة المحضون، وإن كان هذا المصطلح واسعا وفضفاضا يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر كما ويختلف من محضون لآخر، فما قد يعتبره القاضي الفرنسي يقرر مصلحة المحضون، لا يعتبره القاضي الجزائري من مصلحته، فالأسس التي تتحدد وفقا لها مصلحة المحضون مختلفة في الدولتين، إذ بينما يعتد القاضي الفرنسي بالمصلحة المادية، يعتد القاضي الجزائري في الوضع الغالب بالمصلحة الروحية[5].

وعليه فإن تضارب الآراء حول المقصود بمصلحة المحضون، دفع بعض الفقه الغربي إلى إقرار حق الاستماع للطفل وأخذ رأيه، بينما أكد البعض الآخر على وجوب إبقاء الطفل بعيدا عن الجهات القضائية، لاسيما أنه لا يمكن له أن يفرض إرادته على الحاضنين القانونيين ولا على القاضي، وكحل وسط اتجه الرأي الثالث إلى وجوب الاستماع للطفل في بحث اجتماعي بمعرفة أخصائيين كالطبيب النفسي والمرشدة الاجتماعية، على أن يبقى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بما يقرره البحث، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 425من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وهذا ما طبقه القضاء التونسي[6].

3. حالة كون جميع أطراف النزاع أجانب في تنازع القوانين حول إسناد الحضانة

---

(1) الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، المرجع السابق، ص 37.

(2) أنظر محكمة عليا، غ.أ.ش 1990/02/19، ملف رقم (59013)، المجلة القضائية، العدد (4)، 1991، ص 116.

(3) نفس المرجع، ص 127.

(4) القرار رقم (334543) بتاريخ 2005/10/12 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 62، 2008، ص 381.

(5) جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الدراسية: 2010-2011، ص 37-38.

(6) نقلا عن: عماد إشوي، المرجع السابق، ص 215.

إن عدم وجود قاعدة إسناد موحدة في مسألة الحضانة أحدث اختلافا في تكييفها، وبذلك معرفة القانون الواجب التطبيق وكيفية نظر القضاء إلى الدعوى المرفوعة أمامه، وفي هذا ظهرت عدة اتجاهات والتي ربطت ربطا لا ينفك بين التكييف والقانون الواجب التطبيق على الحاضن، وعليه سوف نتطرق إلى كل اتجاه على حدى فيما يلي:

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه الحضانة كأثر من أثار الزواج، وبذلك فإن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وبإمعان النظر في مسألة أثار الزواج، نجد أنها تشمل ما يترتب على الزواج من أثار تتعلق بالأشخاص أو الأموال ومنها التزام الزوج بحسن المعاشرة والنفقة والنظام المالي للزوجين، والتزامات الزوجية، وهذا التكييف يركز على الحضانة في مرحلة قيام العلاقة الزوجية وبذلك فهي تتعلق بالبنوة[1].

وأكدّ القضاء المصري ذلك بعدة أحكام قضائية منها حكم صادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية، الذي اعتبر الحضانة من أثار الزواج وهذا الاتجاه يعمل به غالبا القضاء المصري[2]، ومع ذلك لا يسعنا التسليم بهذا الرأي الذي يركز على الحضانة خلال العلاقة الزوجية؛ في حين أن جل مشاكل الحضانة تظهر في حالة تنازع الزوجين عند انحلال الزواج[3].

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون الذي يطبق على أثار انحلال عقد الزواج سواء كان بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، ووفقا لهذا التكييف تخضع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق إذا كان الأمر متعلق به وقت رفع الدعوى، وإذا تعلق الأمر بالتطليق أو الانفصال الجسماني فلا تخضع لهذا القانون، وإنما تخضع لقانون القاضي. وهذا ما أخذ به المشرع المصري من خلال نص المادة 2/13 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال الجسماني قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[4]. ويرى مؤيدي هذا الاتجاه أن مسألة الحضانة لا تثار إلا بمناسبة انحلال الزوجية، وهذا ما ذهب إليه التشريع الكويتي والتونسي وخص القانون الكويتي هذه المسألة بقاعدة إسناد في نص المادة 43 بقولها: "تسند للأب الولاية على النفس والحضانة". ونصت المجلة التونسية في الفصل 50، بقولها "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية... ".

يفهم من هذا أن الحضانة هي من أثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزاج ويعتبر هذا الحل ضابط إسناد أصلي[5]. أما فيما يخص القانون الفرنسي، فقد جاء خاليا من أحكام الحضانة، إذ كيّف القضاء الفرنسي الحضانة على أنها أثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج، ووسّع القضاء الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي بشأن مشكلات الحضانة بين الأجانب المقيمين في فرنسا والتدابير التحفظية فقد أخضعها لقانون القاضي.

الاتجاه الثالث: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحضانة تخضع للقانون المطبق على ولاية مال الصغير، وبالتالي تخضع لقانون جنسية الصغير، وقد ذهبت بعض أحكام القضاء إلى منح الحضانة حكم الولاية على المال وأخضعتها لقانون جنسية الصغير[6]، وهذا ما ذهبت إليه المجلة التونسية على أساس أن الحضانة هي من أثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، ويعتبر هذا كضابط إسناد

---

(1) عزت محمد علي البحيري، "القانون الواجب التطبيق على الحضانة"، مجلة كلية الشريعة والدراسات القانونية، مجلة علمية محكمة، جامعة قطر، العدد 25، 2007، ص 461.

(2) حكم صادر عن المجلة الإسكندرية الابتدائي الأحوال الشخصي، منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، العدد 08 لسنة 1952، بتاريخ 1952/02/26، ص 165.

(3) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، الطبعة التاسعة، 1987، ص. 234، 240.

(4) عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص. 462.

(5) دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، المرجع السابق، ص 247، 248.

(6) عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص. 465.

أصلي، وفي حالة عدمه، يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه، مع منح القاضي مجالات لتطبيق القانون الأفضل للطفل[1]. وهذا ما ذهب إليه أيضا القانون المصري، فكان اتجاه من الفقه يكيّف الحضانة على أنها ولاية على المال وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشخص الذي يجب حمايته إعمالا لنص المادة 16 من القانون المدني المصري والتي مفادها: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون جنسية الشخص التي تجب حمايته"[2].

الاتجاه الرابع: يرى هذا الاتجاه أن القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون المطبق على أثار النسب باعتبار الحضانة أحد هذه الآثار وقانون جنسية الأب هو الذي يحكم ثبوت النسب وإنكاره، وبالتالي يطبق عليها قانون جنسية الأب، وباعتبار أن أثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والابن بما فيها الولاية على النفس[3].

وهذا يعيدنا إلى الاتجاه الأول، الذي يرى أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو قانون جنسية الزوج، لكن هل الوقت الذي يعتّد به بجنسية الأب وقت الولاية على اعتبار أن النسب يثبت بالولادة أم بوقت الزواج[4]، ذلك أن إسناد الحضانة للقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج على قضية الطفلة "إماهار" الإنجليزية رفضت العودة إلى أبويها وطاعتهما، وثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق[5]، وبذلك قد برز ضعف هذا الاتجاه، حيث أنه يجعلنا دائما في حيرة ولا يعطي لنا الحل النهائي.

الاتجاه الخامس: يرى هذا الاتجاه أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو الموطن الفعلي ومكان الإقامة المعتاد للطفل أي المكان الذي تتركز فيه حياته وعلاقاته، ويستند هذا الاتجاه إلى أن الحضانة توثر على الحالة الشخصية للمحضون، وأن المعتاد أن تخضع المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لقانون المكان الذي يتوطن فيه الشخص، وقد أخذ بهذا الاتجاه كل من القانون الانجليزي والمادة 77 من قانون الأهلية والحضانة رقم (5722) الصادر بإسرائيل عام 1962، وهو ما أخذت به الدول التابعة للنظام الأنجلو-أمريكي، وإن هذا الاتجاه يستند إلى أن تطبيق قواعد معينة من قانون معين بشكل تلقائي لا يتفق مع طبيعة النزاع على الحضانة ويغلبون حق الطفل المحضون على حق الحاضن في هذا النزاع وجب تطبيق أفضل قانون لمصلحة الطفل لأنه العنصر الضعيف لذا يجب حمايته بخلاف الزوجين وأيهما أحق بالحضانة[6]. ونأخذ كمثال هنا، قضية تتلخص وقائعها أن مواطن فلسطيني تزوج من مواطنة أمريكية بغزة وأقاما بها وأنجبا طفلا، ثم انتقلت الأسرة للإقامة في الولايات المتحدة الأمريكية، وحدث بين الزوجين انفصال الأمر الذي دعا الزوج الفلسطيني للعودة إلى غزة ورفع دعوة أمام المحكمة الشرعية بغزة، وحصل على حكم منها بحقه في حضانة الطفل، وفي نفس الوقت لجأت الزوجة إلى محكمة نيوجرسي بالولايات المتحدة الأمريكية مطالبة بحقها في الحضانة، حيث لا يقوم اختصاصها على أساس موطن الوالدين؛ وإنما على أساس تحقيق أفضل حماية لمصلحة الطفل؛ وإن ذلك متفق عليه في الفقه الأمريكي، وقد رفضت المحكمة تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الشرعية بغزة الذي ينص بإسناد الحضانة للأب ذلك على أساس تحكيم محكمة غزة هو أحسن وهو يخالف قانون ولاية نيوجرسي الذي يؤسس الحضانة على تحقيق أفضل مصلحة للطفل، وإن هذا الأساس هو الذي يحقق للطفل الأمن والسعادة والعيش الطيب والتقارب النفسي، وانتهت المحاكم إلى القانون الذي طبقته محكمة غزة بخلاف النظام العام فالقانون المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية[7]، وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر التي تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون الموطن المعتاد للطفل على أساس أن ذلك المكان هو الذي

---

(1) دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، المرجع السابق، ص 248.

(2) صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 32.

(3) عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص 466.

(4) دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، المرجع السابق، ص 267.

(5) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 94.

(6) دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، المرجع السابق، ص 267.

(7) عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص. 248.

تتركز في حياة الطفل وعلاقته بالغير لأن فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت تعتني بشخص الطفل أكثر من الشخص الحاضن[1]. وهو ما طبقته محكمة شرق برلين الابتدائية في قضية (Jesef jundeff) بولندي الجنسية ضد مطلقته (Sara) إسرائيلية الجنسية وأيدته محكمة الاستئناف (Kammergericht) في ديسمبر 1973 بشأن إلزام مطلقة المدعي برد طفليهما إلى ألمانيا بعد أن هربت بهما إلى إسرائيل حفاظا على مصلحة الأولاد في أن يكونوا في رعاية أبيهم وحق الأب في روية ورعاية أبنائه تطبيقا للقانون الألماني الشرقي باعتباره قانون الموطن المألوف والعادي الذي ولد وعاش الأطفال فيه[2].

المبحث الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة

عند قيام القاضي بفض التنازع في مسائل الحضانة تبرز بمجرد الحكم بذلك العديد من المسائل الإشكالات، وعليه عند الحكم بالحضانة يجب على القاضي النظر إلى كل المعطيات والمسائل التي تدخل في نطاق حكم الحضانة والمرتبطة به، وتحديد أين تكمن مصلحة المحضون في ذلك، وهو ما سنتوقف عليه فيما يلي:

المطلب الأول: مضمون المسائل التي يشملها الحكم بالحضانة

سوف نتطرق فيما يلي إلى بعض الإشكالات العملية كالحق في الزيارة أو المدة، وإمكانية السفر بالمحضون ونقلة إلى بلد أخر، وغيرها من المسائل التي يثيرها نطاق إعمال قاعدة الإسناد في منازعات الحضانة التي تعرض على القضاء الجزائري.

1. رؤية المحضون وزيارته

لقد سبقت الشريعة الإسلامية التشريع في تقدير الحق في الزيارة الذي جعله من باب صلة الرحم لقوله تعالى: «وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله"[3]. وعن عائشة رضي الله عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الرحم متعلقة بالعرش"، وتقول "من وصلني وصله الله وقطعني قطعه الله"[4].

أما المشرع الجزائري، فقد تطرق إلى الحق في الزيارة في الفقرة الأخيرة من المادة 64 المعدلة من قانون الأسرة القائلة: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، والقاضي بذلك له الحرية تصرف واسعة في المجال الزيارة في الحكم واحد يقضي بإسناد الحضانة للأهل بها، ويخضع للطرف الآخر المتنازع حق الزيارة المحضون وذلك من تلقاء نفسه إلا وعرض حكمة للالتماس إعادة النظر"[5]. وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري، فقد ثار الجدل المادة 64 من القانون الأسرة، حيث يرى عبد العزيز سعد، معاتبا واضعي قانون الأسرة، أن ما صاغه المشرع في هذا النص فيه عواقب سيئة ومضرة بالمحضون، إذ يقول أن المشرع الجزائري حينما ألزم القاضي بأن يقضي بحقه الزيارة دون طلب ودون رقابة مسبقة من القاضي، يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة ومضرة بالمحضون، وذلك عندما يتجاوز الوالد المحكوم له بالزيارة حدود اللياقة وبصر على أخذ المحضون معه واصطحابه إلى أماكن غير أخلاقية[6]. ومن ذلك يتجلى لنا، بوضوح أنه لم يشر إطلاقا إلى مصلحة المحضون عند منح حق موضوع الزيارة لصاحبه، فالقاضي الجزائري عليه أن يبذل جهدا كبيرا في موضوع

---

(1) دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، المرجع السابق، ص 247.

(2) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 102-103.

(3) سورة الأنفال، الآية 75.

(4) رواه البخاري ومسلم، عن سعد التجاني، اللأئي والدرر في الآداب والمحاسن الغرر، مطبعة المنار، تونس، ص. 24.

(5) تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 1999، ص 215.

(6) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الجزائري، دار البعث، قسنطينة، 1988، ص 297.

الزيارة ليقف على مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة في حالة تنازع القوانين، ولكن قد نرى بالنظرة الموسعة التي بموجبها يكشف عن الأصلح والأفضل للمحضون.

ولا ينحصر دور القاضي على النطق بحق الزيارة فقط، بل وجب عليه تحديد مدتها فقد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل، وذلك وفق قرارها الصادر تحت رقم (54784) عندما ذكرت أنه: "متى وجبت أحكام المادة 64 من قانون لأسرة، على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغير؛ فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم، فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة مرتين في الشهر يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه"[1].

وفي هذا الصدد، جعل القضاء الجزائري، الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق زيارة أحفادهم، وقضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/04/21 بما يلي: "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2]. ولما كان حق الزيارة من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، يطبق بشأنها المادة (12) من القانون المدني الجزائري، بمعنى قانون جنسية الزوج، مع خضوع القاعدة العامة إلى الاستثناء في حالة أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة (13) من القانون المدني الجزائري.

يطرح في هذا الشأن الإشكال المتعلق بالزيارة، ما دام الطفل يقيم في الخارج مع أمه نصت على الحق في الزيارة المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". وقد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن، تبين هذه الأحكام أن حق الحضانة الذي يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة، عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، فإن المجلس الأعلى أخذ بمبدأ في الحضانة مفاده: "أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا"[3].

إذا كان الأبوان يقيمان في بلاد أجنبية معا، فذلك لا يطرح إشكالا بالنسبة للرقابة والزيارة وتربية الأولاد على دين أبيهم، فقد جاء في حيثيات إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى ،ما يأتي: «ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر، فالمجلس الأعلى أخذ بمبدأ في الحضانة وقرر أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا والحال أنهما يسكنان معا بفرنسا فتطبق في القضية القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة وتكون حيث يقيمان بفرنسا أو غيرها من الدول الأجنبية"[4]. وقد تم تأكيد هذا الموقف في قرار آخر، جاء فيه: "ما دام الوالدان يقيمان معا بفرنسا..... وما دامت الحاضنة قد طالبت الإقامة بالمحضون في فرنسا، وما دام الأب لم يعارض في إقامة ابنه خارج الجزائر لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، فإن ذلك يتطلب تقدير مكان الحضانة وتحديد مبالغ النفقة طبقا لطلبات الأطراف وظروف المعاش بالبلد الذي تمارس فيه وحالة الطرفين، الشيء الذي كان

---

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم (59784)، بتاريخ 1990/04/16، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد (04)، 1991، ص. 126.

(2) غرفة الأحوال الشخصية، محكمة عليا، ملف رقم (189181) المؤرخ في 1998/4/21، منشور في المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 192.

(3) المجلس الأعلى، ملف رقم (56597)، صادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد الثالث،1991 ، ص61 -64.

(4) أنظر، المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ25 /1989/12، سبق ذكره.

على القضاة مراعاته قبل أي شرط، فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يلتزم قضاءه بأحكام المواد: 96 و77 و78 و79 من قانون الأسرة فاستحق النقض الجزئي[1]".

على ذلك يطرح الإشكال عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، أي أن أحدهما يقيم ببلد أجنبي، جاء في حيثيات المجلس الأعلى ما يأتي: وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر قرارات في مسألة الحضانة واتخذ مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما بها، يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه".

وعليه، فإن ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب، فإبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعن عادات قومهما، ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول" [2]. زيادة على أن الأولاد يجب أن يربوا على دين أبيهم، فإن الحضانة تسقط من الأم بسبب البعد وذلك أن الأب مقرر له حق الزيارة، جاء التأكيد على ذلك في قرار صدر عن المحكمة العليا: "وحيث أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، ويعود إلى أن الأم تقيم بفرنسا والأب مقيم بالجزائر ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة"[3].

وبسبب المشاكل التي تثيرها المسائل المرتبطة بالحضانة، عمدت الدول إلى تنظيم معاهدات دولية، فنصت المادة 10 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على ما يلي: "للطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلي والديه إلا في ظروف استثنائية"[4]. إلى جانب ذلك، أبرمت معاهدات [5] ثنائية بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر يوم 21 جوان 1988، وقد جاءت هذه الاتفاقية نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات المتعلقة بحضانة الأولاد وبحق زيارة الأبوين[6].

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 القصر دون اهتمام لشروط الحاضن التي جاءت بها القوانين الداخلية. ومن المبادئ التي أقرتها الاتفاقية، نذكر:

---

[1] أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم (91671)، قرار صادر بتاريخ 1993/6/23، المجلة القضائية، العدد الأول 1994، ص 72-76.

[2] المجلس الأعلى، ملف رقم (52207)، قرار صادر بتاريخ 1990/1/28، المجلة القضائية، العدد4 ، 1990، ص 74-76.

[3] المحكمة العليا ملف رقم (11048)، قرار صادر بتاريخ 1995/11/21، نشرة القضاة، العدد (52)، ص 102-104.

[4] عماد إشوي، المرجع السابق، ص 228.

[5] قررت المادة 150 من القانون رقم16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437هـ/الموافق 6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري الجزائري سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، حيث جاء فيها: "المعاهدات الّتي يصادق عليها رئيس الجمهوريّة حسب الشّروط المنصوص عليها في الدّستور تسمو على القانون".

[6] أنظر أحكام: اتفاقية ثنائية جزائرية فرنسية المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، المصدق عليها بالمرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 جوان 1988، منشورة في الجريدة الرسمية العدد 30، بتاريخ 27 يوليو 1988، خاصة بحل بعض الصعوبات التي يلاقيها الأولاد المولودون من زواج مختلط بين جزائريين وفرنسيات بعد انحلال الزواج أو انفصال الزوجين.

وضعت الاتفاقية أساسا من أجل تنظيم حق الزيارة من طرف البلدين حتى تتم المحافظة على علاقة الطفل بوالديه، حيث نصت المادة الثانية من الاتفاقية على ما يأتي: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في دولة أخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي: "تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه." كما أوضحت المادة 9 من الاتفاقية على أنه: "تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني[1]. نصت المادة 6 من نفس الاتفاقية على أنه: "يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودها".

✓ وضع نظام فعال لتسهيل حق الزيارة، وتفادي مشكلة اختطاف الأطفال من قبل أبائهم وأمهاتهم استجابة لرعايتهم وحمايتهم، حيث أكدت المادة 8 من الاتفاقية على أن: "يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودها".

✓ وضعت هذه الاتفاقية فعلا نظاما لتسهيل حق الزيارة، وذلك لتفادي اختطاف الأطفال من قبل أبائهم أو أمهاتهم، استجابة لرعايتهم وحمايتهم [2].

2. السفر بالمحضون ونقله إلى الخارج

عالجه المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة، التي تنص صراحة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في أثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". من خلال نص المادة، يظهر أن السفر بالمحضون هو الانتقال به من دولة إلى أخرى[3]، فمصلحة المحضون تقتضي بتوقيف انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي وبذلك تحويل للحضانة منح هذه الرخصة من عدمها[4]، ولم يفرق بين الرجل والمرأة فقد ساوي في منح التصريح الأصحاب الحق في الحضانة فكلا هما يخضع لرقابة القاضي، لأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل جنسية تأثره بدين في بلد لأجنبي وعاداته وتقاليده هذا التصريح يتمثل في انتقال للإقامة الدائمة والمستمرة بغية الاستقرار[5]، فإن السفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل مدة معينة لا يخضع الحكم المادة 69 من القانون الأسرة وهناك استفسار يتبادر إلى الأذهان، هل البلد الأجنبي يقصد به البلد الغير مسلم أم خارج التراب الوطني؟. وقد تقدم المشرع الجزائري على الإجابة بطريقة غير مباشرة للإجابة على هذا التساؤل في قرار للمجلس الأعلى لسنة 1989، حيث قضى بمقتضاه بأنه "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة[6]، أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة تسقط عنه

---

(1) المحكمة العليا، ملف رقم (84513)، قرار صادر بتاريخ 1992/01/02، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1993، ص 91-98.

(2) عليوش قربوع كمال، "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و24 أفريل 2014، ص 151-152.

(3) في مسألة السفر بالمحضون أورد مجمع الأزهر الشريف قرارا مفاده: " ليس للحاضنة غير الأم نقل المحضون إلا بإذن أبيه".

أنظر: فتاوى الأزهر، الموسوعة الشاملة:

www.isslamport.com

(4) الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ب.ط.، ب. سنة النشر، ص. 411.

(5) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1987، ص. 232، 233.

(6) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52207، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 04، ص. 74.

الحضانة ومع ذلك فإن هذا التفسير غير الصائب لنص المادة لم يدم طويلا فقد جدت الظروف دفعت القضاء الجزائري إلى أن يتراجع عن موقفه ويحل محله موقف أخر من مقتضاه جعل إسناد الحضانة في هذه الحالة مرهون يطلب من له مصلحة في ذلك مع التأكيد على أن شرط الإقامة في الجزائر لا يقرره القاضي تلقائيا.

مما يدلنا على أن شرط الإقامة بالجزائر لممارسة الحضانة ليس واجب 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 23 جوان 1993 الذي جاءت فيه "... غير أنه وفيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الذي قضيبه الحكم المستأنف وأيده القرار المحضون فيه لم يراع فيه قضاء الموضوع أحكام المادة 69 من القانون الأسرة...، ذلك أن 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 استعرضاها في القرار، نستنتج أن الإقامة في الجزائر تكون واجبة لممارسة الحضانة، إذ طلب من له مصلحة في ذلك وهو غالبا صاحب سلطة الرقابة، كان يقيم هذا الأخير بالجزائر والخاصة غير مسلمة، لكن نظرا لكون الأولاد غالبا ما يحملون جنسيتين، فإن القضاء الجزائري مستقر على أن الحق في الحضانة يعود للأب إذا كانت الأم تقيم في بلد أجنبي[2]، وهذا ما أكدته أحكام القضاء فمثلا جاء في قرار المجلس الأعلى في قضية (ف. م) ضد (ص.ع) أنه من المقرر قضاء في مسألة الحضانة وفي 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[3].

كما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا في قضية (ن. أ) ضد (ف. ب) بتاريخ 1990/02/19، أنه متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، وفي بلاد تختلف عن أخلاقنا وديننا ولغتنا ومبادئنا، وهذا من دون شك يعرض تربية الأولاد للخطر، كما هو حاصل في قضية الحال مما يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وأعيد التأكيد على ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا فقد صدر مثلا في قضية (س.ف) ضد (س.خ) بتاريخ 2001/12/26 إسقاط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر[4].

في نفس الإطار جاء بحكم صادر عن المحكمة العليا في القضية رقم (334543) بتاريخ 2005/10/12 في قضية (ب.ع) ضد (ي.ف) أنه من المقرر قانونا شرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون لوحده وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 62 من قانون الأسرة والاجتهاد القضائي وبفصل قضاة الموضوع كما فعلوا، يكونون فعلا قد أخطئوا في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة[5].

---

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 91671، بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية 1994، العدد 01، ص. 77، 78.

(2) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 185.

(3) قرار المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02.

(4) امحمدي بوزينة أمنة، تطبيقات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، لطلبة المستوى أولى ماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، للسنة الدراسية 2016/2015، ص 156-157.

(5) القرار رقم (334543) بتاريخ 2005/10/12، المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 62، 2008، ص 381.

لكن استثناء يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم 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) حيث أن الطاعن (أ.ك) طعن بطريق النقض بتاريخ 2006/02/18 بواسطة عريضة قدمها محاميه ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء برج بوعريريج بتاريخ 2005/10/18 القاضي برفض المعارضة لعدم التأسيس والإبقاء على قرار 2005/03/33، 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 شهري لكل واحد منهم تسري ابتداء من 2004/6/21، وتستمر لغاية سقوطها شرعا وقانونا حيث أن الطعن جاء فيه أن إسناد الحضانة للأم التي تقيم بفرنسا لا يحقق الغرض من الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة ولاسيما في الجانب الديني والخلقي كما يحرم الأب الطاعن من حق الزيارة المقررة قانونا طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة، وذلك لصعوبة الحصول على تأشيرة الذهاب وعدم القدرة على توفير تكاليف السفر الباهضة.

لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الأم أولى بحضانة أبنائها وأن مصلحتهم تقتضي بقاءهم عندها بفرنسا لأنهم يدرسون هناك، كما هو ثابت من الشهادات المدرسية، وحيث أن فضلا عن ذلك وبالرجوع إلى أوراق الملف وخاصة الحكم المستأنف فإن الطاعن نفسه لم ينكر أن الأبناء انتقلوا إلى فرنسا على أمل أن يلتحق بهم بعد تسوية وثائقه الإدارية، إلا أنه عند استحالة ذلك طلب من المطعون ضدها الرجوع لمحل الزوجية إلا أنها رفضت مما يدل على أن وجود الأبناء بفرنسا كان بموافقة الطاعن نفسه، وبالتالي، فإن قضاة المجلس لما راعوا مصلحة المحضونين لم يخطئوا في تطبيق القانون"[1].

3. اختطاف الأطفال

يمكن أن تثير مسألة الحضانة في إطار الزواج المختلط إشكاليات متعددة منها إشكالية اختطاف القصر، فقضية إبعاد الطفل المحضون عن حاضنه الشرعي جريمة في الشريعة الإسلامية ذلك أن الخاطف (الأب) قد عطل حقا شرعيا، فالحضانة حق أقرته الشريعة للأم وأكدته القوانين الوضعية[2]. وتنفيذا لحقوق المحضون وحماية لمصالحه، خصص قانون العقوبات مواد عالجت فيها حالة عدم تسليم الطفل، إذ جرمت هذا الفعل وعاقبت مرتكبه، حيث نصت المادة 327 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: «كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم حق في المطالبة به ،يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات".

وجاء في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري ما يلي : "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو حكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه الحضانة أو من الأماكن التي وضعه فيها، أو أبعده عنه أو تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى لو وقع ذلك بغير تحالف أو عنف، وترفع عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني". والفرق بين المادتين السابقتين، أن الأولى تنطبق على كل شخص وُضع الطفل تحت رعايته وامتنع عن

---

[1] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 1448.

[2] فلاحي إسماعيل، الاجتهاد القضائي في قضايا الحضانة من الزواج المختلط بين المقررات الفقهية والقوانين الأوروبية، مذكرة ماستر في الأحوال الشخصية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران 1، 2016/2015، ص 95..

تسليمه، أما المادة الثانية تطبق فقط على الأبوين والأقرباء الذين لهم حق الحضانة شرعا في حالة امتناعهم عن التسليم، لكن مع ضرورة استصدار حكم يقضي بمنح الحضانة للمطالب بها على العكس في الحالة الأولى التي لا يشترط فيها ذلك[1]. والاختطاف في الجزائر يشكل جريمة يحكمها القانون العام الجزائري الداخلي الذي لا يقبل المزاحمة من أي قانون آخر، فهو إقليمي، وعلى هذا الأساس القاضي يطبق القانون الوطني الجزائري. ولأن هذه الظاهرة تضخمت خاصة في الزواج المختلط[2]، صدرت اتفاقية لاهاي خاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المؤرخة في 25 أكتوبر1980 والتي لم تصادق عليها الجزائر، تلزم في المادة 16 السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي نقل إليها الطفل أو احتجز فيها عدم إصدار قرار حول الجوانب القانونية لحقوق الحضانة، حتى يتم اتخاذ قرار يقضي بإعادة الطفل. نصت المادة 06 من نفس الاتفاقية على إنشاء في كل دولة موقعة سلطة مركزية تضمن الإعادة الفورية للأطفال، غير أنه يحق للسلطة القضائية أو الإدارية المقدم إليها الطلب رفض النظر في طلب إعادة الطفل إذا ترتب عن ذلك مخاطر جسيمة تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي[3].

بناء على هذه الأحكام، رفضت محكمة النقض الفرنسية[4]رجوع طفلين لبيت الزوجية بالولايات المتحدة الأمريكية، أخذا بصفة غير مشروعة من أمهما لأن ذلك يترتب عليه مخاطر جسيمة وأذى نفسي خاصة أنهما يقيمان بفرنسا مدة أربعة (4) سنوات برفقة أمهما ولا يفقهان اللغة الانجليزية وليس لديهما أي علاقة مع فروع الأب. وتجدر الإشارة، أن تطبيق القانون الدولي الخاص شهد إشكاليات في معالجة النقل غير المشروع للطفل بسبب تطبيق مبدأ السيادة، واتجاه الجهات القضائية المختصة الاعتراض على الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة باسم النظام العام الذي يحمي مصلحة الطفل[5].

4. إسقاط الحضانة ومخالفة الترتيب في حالة تنازع القوانين

كانت النصوص القانونية والشرعية تنص في الأصل بإسقاط الحضانة بسبب زواج الحاضنة فإن التساؤل عن الوقت الذي تسقط فيه الحضانة[6]، وهل العبرة بتاريخ إبرام عقد الزواج؟، وهل يقصد بذلك الزواج الرسمي أو العرفي؟.

وفي هذا الجانب، ينبغي التوضيح في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد جعل إسقاط الحضانة بمجرد العقد، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة مخالفين في ذلك المذهب المالكي اللذين علقوا سقوط الحضانة بالدخول[7]، وبذلك إن إسقاط الحضانة من وقت بداية

---

[1] عماد إشوي، المرجع السابق، ص 229.

[2] حيث يقوم هؤلاء بنقل وتهريب أطفالهم دون وجه حق فمثلا نذكر تقرير القنصليات الفرنسية حول هذه الظاهرة، جاء فيه "كل عام وقنصليات فرنسا في الخارج ومكتب حماية القصر والأسرة ووزارة الشؤون الخارجية والتنمية الدولية ما معدله 400 حالة نقل غير مشروع للأطفال في مئة دولة مختلفة وتشمل هذه الحالات من 400 إلى 600 طفل يفصل فيها بين الطفل والوالد الأخر".
أنظر: فلاحي إسماعيل، المرجع السابق، ص 111.

[3] راجع المادة 13 من اتفاقية لاهاي لعام 1980 الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي.

[4] Ridha Boukhari, la protection de l'enfant en droit international privé tunisien: l'exemple de la Hadana, Revue québécoise du droit international , N°23, p 1.

[5] عماد إشوي، المرجع السابق، ص 230.

[6] المقصود بتاريخ إسقاط الحضانة، أي التاريخ الذي يمكن فيه الشخص مستحق الحضانة أن يرفع دعواه أمام القضاء.

[7] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.3، ط.2، دار الكتاب المصري، بدون سنة الطبع، ص. 166.

انشغال الحاضنة بزوجها وهذا لا يحدث إلا في وقت الدخول والمدة قد تطول بين إبرام العقد والدخول، مما يسمح للطفل أن يبقى مع الحاضنة أقصى مدة ممكنة.

أما التساؤل عن الزواج العرفي يجب على القاضي، قبل النطق بالإسقاط أن يتأكد من وجود فعلي للزواج، وعليه فإن من يرفع دعوى إسقاط الحضانة يقع عليه عبئ إثبات الزواج العرفي، وذلك ليس بالأمر السهل بالنسبة إليها[1]. والمعمول به شرعا هو أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم يعتبر تنازلا منها على حضانتها وسببا مسقطا للحضانة، وهذا ما تبناه كذلك المشرع المغربي، وذلك في المادة 66 من مدونة الأسرة التي تنص على أن: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم.."، والمادة 173 الفقرة 04 من المدونة، والفصل 58 من المجلة اللذين كرسا هذه القاعدة أيضا. فالمشرع الجزائري، فتح المجال واسعا للقاضي في استخدام السلطة التقديرية وتكريس مبدأ مصلحة المحضون، والقاضي الجزائري، ليس عليه إلا يحكم بإسقاط الحضانة متى تأكد تزوج الحاضنة بغير قريب محرم، وإن تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي، بأن يتقدم صاحب الحق فيها بعد احترام المادة 68 من قانون الأسرة وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 62 من ذات القانون والإتيان بترتيب المادة 64 من نفس القانون، ومتى توافرت الشروط لا يجتهد القاضي ولا يمكن أن يؤول النص أكثر مما يطيقه، وإنما يتوجب عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري، لم يحدد موقفه في هذه الأخيرة، حيث أنه تارة جعل من قاعدة إسقاط الحضانة بسبب تزوجها بغير قريب محرم آمرة[2]، وتارة أخرى جعل منها قاعدة جوازية، عندما قضى أن زواج الحاضنة الذي يسقط حقها في الحضانة لا يعتبر قاعدة مطلقة ويجب أن تخفف أمام متطلبات مصلحة الطفل التي يجب أن تقدم على كل اعتبار آخر[3]. وقد نجد أن المحضون يسكن مع زوجة الأب وتعامله معاملة سيئة وهذا أمر يعرفه العام والخاص في الواقع الاجتماعي، والعكس صحيح قد نجد أن زوج الأم يحن على الطفل ويقدم له الرعاية.

وبهذا لم يصب المشرع الجزائري في نص المادة 68 من قانون الأسرة، بإقراره أن الحضانة تسقط عنها بمجرد زواجها بغير قريب محرم، وكان من الأفضل لو كان النص على النحو التالي: " يجوز إسقاط الحضانة عن الحاضنة بالزواج إذا دخل بها زوجها، ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون[4]. وإذا كان القانون قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة غير أن القانون نفسه قد نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم، وهو ما ثبت من خلال قرار صادر عن المحكمة العليا في القضية رقم (341320) بتاريخ 2005/07/13 في قضية (ع.ب) ضد (هـ.ب) أنه: "قد ثبت لقضاة الموضوع أن الأم التي تطالب بالحضانة قد تزوجت فعلا بغير محرم، وأن ذلك يسقط حقها في الحضانة وأن قضاة الموضوع لما قضوا

---

(1) المادة 22، فقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري.

(2) الجزائر، غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية، 1919/05/31، مجمع نوراس، رقم 137، 1988/07/23، مجمع نوراس، رقم 451، مقتبس عن: تشوا حميدوا زكية، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 1999، ص.575.

(3) أنظر: محكمة استئناف الجزائر، غرفة مراجع الأحكام الإسلامية، العدد رقم 145، الصادر 1965/05/07، 1957/05/27، ملف رقم، 128، رقم 67، الصادر 1960/11/16.

(4) تشوار حميدو زكية، المرجع السابق ص.594.

بالصورة المبينة أعلاه يكونون بذلك قد طبقوا القانون لاسيما المادة 66 منه وأقاموا قضاءهم على أساس صحيح من الواقع القانوني وجعلوا قرارهم غير مستهدف للنقض والأبطال[1].

وتراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهو ما قررته المحكمة العليا بموجب القرار رقم 613469 بتاريخ 2011/03/10 في قضية (م.ي) ضد (ع.ز)، حيث جاء فيه، أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقضي بقاءها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001 وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقا سليما مما يجعل الوجه غير سديد يستوجب الرفض[2].

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا في القضية رقم (282033) بتاريخ 2002/05/08 في قضية (ب.س) ضد (ب.ك)، جاء فيه أنه: "لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"[3]. كما أنه في إطار تقدير القاضي أين تكمن مصلحة المحضون له أن يعين مرشدة اجتماعية وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا بموجب القرار رقم 337176 بتاريخ 2005/11/16 في قضية (ع.خ) ضد (م.د): "حيث أن قضاة المجلس ذهبوا في حيثياتهم إلى القول أن النزاع الذي يدور حول حضانة الولد الذي توفيت أمه يسلم لأبيه تلقائيا لكونه الولي الشرعي إلا أنه لا يستشف ذلك من مقتضيات المادة 47 من قانون الأسرة التي تقول بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة وأن الحضانة تستحق بعد وقوع أحد ى الحالتين للأشخاص الواردة بالمادة 64 من قانون الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى القاضي الأول أن يتعرض لموضوع الدعوى ويبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل المخولة له قانونا من ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية تقوم بزيارة بيت الطرفين، لكي يتسنى له تحديد أين تكمن مصلحة المحضون طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة، الأمر الذي خلا منه القرار المنتقد وجعله منعدم الأساس القانوني مما يعرضه للنقض والأبطال، حيث أن من يخسر الدعوى يحمل بالمصاريف القضائية[4].

كما رفض المجلس منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي الذي منح حضانة بنتين لامهما المقيمة بفرنسا ذلك أن بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك، فالأب له حق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النهي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول وبعبارة أخرى قرر المجلس أن الحضانة لابد أن تفتح للوالد المتواجد في البلد المسلم ولو كان غير مسلم[5]. وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها إذ قضت أنه: "من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة لإقامة ألام بفرنسا وإقامة الأب

---

(1) القرار رقم (341320) بتاريخ 2005/07/13 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 62، 2008، ص 385.

(2) القرار رقم (613469) الصادر بتاريخ 2011/03/10 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص 285.

(3) القرار رقم (282033) بتاريخ 05/08/ 2002 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004، ص 363. وكذلك: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 1255.

(4) جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 1528.

(5) امحمدي بوزينة أمنة، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) لطلبة المستوى الثالث ليسانس تخصص إدارة عامة، دروس على الخط، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، للسنة الدراسية 2015-2016، ص 119.

بالجزائر، الأمر الذي يتعذر معه إشراف الأب على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة"[1]. وقد تم تحديد هذه المسافة، حيث جاء في حيثيات قرار المجلس الأعلى أنه: " من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر ستة من البرود"[2].

5. القانون الذي يحكم إجراءات دعوى إسناد الحضانة

إن القانون الذي يحكم إجراءات إسناد الحضانة فهي تخرج من نطاق هذا القانون وتخضع لقانون القاضي، وذلك وفقا لما قررته المادة (21) مكرر من القانون المدني الجزائري، بأن نصت صراحة على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، إلا أن التأشير بها في سجلات الحالة المدنية يقتضي اختصاص قانون محل إبرام الزواج بوصفه يخص تنظيم الحالة المدنية[3]. كما تخرج أيضا من نطاقه الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى إسناد الحضانة للمحافظة على مصالح كل الزوجين والأولاد، فهذه الإجراءات كلها تخضع لقانون القاضي وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي، وقد أنتقد بعض الفقه هذا القضاء ويقول بإخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الذي يحكم إسناد الحضانة مع قبول بصفة استثنائية إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي المختص، ويكون ذلك باسم النظام العام أو باسم حالة الاستعجال[4].

6.نفقة المحضون

لم يعرف المشرع النفقة؛ وإنما اكتفى بتحديد مشتملاتها الواردة في نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المتمثلة في الطعام والملبس والعلاج والمسكن وهي واجبة على الأب حسب مقتضيات نص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري[5]. وفي مجال تنازع القوانين أخضعها المشرع الجزائري لقانون جنسية المدين بالنفقة طبقا لأحكام المادة 14 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها أنه: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها". والمقصود بالنفقة هنا، هي النفقة الواجبة بين الأصول والفروع كنفقة الأب على أولاده القصر[6]، غير أن نص المادة 14 من القانون المدني الجزائري لم يكن دقيقا في الصياغة حيث حدد القانون المختص بها بقانون المدين بها، والمفروض ألا يكون مدينا مسبقا إلا إذا قضى بذلك القانون المختص أي قانون جنسية هو الذي يحدد إذا كان الشخص مدين بالنفقة أم لا، وقد تفادى المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة هذا العيب في الصياغة باستعمال لفظ المكلف بها بدل المدين[7]. أما المادة 1/4 من اتفاقية لاهاي المبرمة في 2 أكتوبر 1973 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة، أخضعت النفقة إلى قانون محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة أو قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بالنفقة عند الاستحالة الحصول على النفقة وفقا لقانون محل الإقامة.

---

(1) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 111048 بتاريخ 21 نوفمبر 1995، نشرة القضاء، العدد 52، ص 102.

(2) قرار المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 59013، المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص 116.

(3) جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 35-36.

(4) Loussouarn et Bourel, Droit international privé, Droit international privé, 03ème édition , paris, Dalloz, 1988, p .333.

(5) بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، دروس لطلبة السنة الرابعة ليسانس حقوق الجزائر، 2012، ص 109.

(6) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 78.

(7) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 195.

وقد تثور إشكالات فيما يتعلق بتحصيل مبالغ النفقة في البلاد الأجنبية، لكن تمت معالجة هذه الإشكالية بوضع اتفاقية خاصة بتحصيل مبالغ النفقة في البلاد الأجنبية الموقع عليها بتاريخ 20 يونيو 1956 والتي أنظمت لها الجزائر بتاريخ 1969، حيث أكدت المادة الأولى من الاتفاقية على انه في حالة وجود من تجب عليه نفقة الطفل خارج الأراضي الجزائرية وطبقا لمبادئ الاتفاقية، فإن الأحكام حول نفقة الطفل تكون نافذة في الدول الأطراف دون الحاجة لإعطائها الصيغة التنفيذية[1].

المطلب الثاني: الإشكالات العملية التي تواجه تطبيق قواعد التنازع في مسائل الحضانة

يواجه القاضي عند محاولة تطبيق قواعد الإسناد الخاصة بالحضانة على القضايا فالمعروضة عليه عدة صعوبات ومشاكل تتعلق معظمها بحماية النظام العام والآداب العامة، نبرزها فيما يلي:

الفرع الأول: صعوبات إعمال قواعد التنازع الخاصة بالحضانة

أخضع المشرع الجزائري قواعد التنازع الخاصة بالحضانة لا لقانون الموطن، كما يظهر من قراءة النصوص الخاصة بحل تنازع القوانين، نجد أنه تطبيق هذه النصوص قد تعترض القاضي صعوبة تحديد قانون جنسية شخص من الأشخاص، بسبب تعدد الجنسيات أو انعدامها أو بسبب تغييره لجنسيته، مما يتطلب بحث هذه المسائل فيما يلي:

1- الثغرات القانونية التي تشوب تطبيق المادتين 12 و13 من القانون المدني

إذ تجب الإشارة أن تبني المشرع الجزائري الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري يشوبه ثغرة قانونية، لأن العلاقة الدولية الخاصة قد لا يطبق بشأنها القانون الجزائري لا حسب الأصل العام الوارد في المادة 12 من القانون المدني الجزائري، ولا حسب الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، مثال ذلك تونسية تزوجت بمغربي توطنا في الجزائر، خلفت طفلا من هذا الزواج ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق، وبذلك لن يطبق القانون الجزائري، لأن الأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولن يتم تطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج، وكان من الأفضل وضع ضابط القانون الشخصي للطفل لأنه يكتسب الجنسية الجزائرية من الأم ويعتبر جزائريا بحكم المادة 17 من قانون الجنسية الجزائري.

2-حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك)

القاعدة العامة خضوع الحضانة لقانون جنسية الزوج، تثير إشكاليات متعددة في حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك) في الفترة المتراوحة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، القاضي يجد نفسه بين قاعدتي إسناد، لكن يمكن الاستناد على اجتهاد قضائي لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 1966/03/21 الذي اعتبر الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية لا يقوم على الحقوق الناشئة عن التنازع، لكن على جنسية الأطراف[2].

3- محدودية قاعدة القانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة

كذلك قد يواجه تطبيق قاعدة قانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة تعرف محدودية، فعلى سبيل المثال : أب أجنبي طلب طبقا لقانونه الشخصي مساعدة تربوية لأن سلوك القاصر مضرا بمستقبله وأخلاقه عرضة للخطر، الإجراءات المتبعة لإخضاع الطفل إلى

---

[1] زهية رايطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الدراسية : 2008/2007، ص 86-87.

[2] نقلا عن: عماد إشوي، المرجع السابق، ص 225.

المساعدة التربوية يطبق بشأنها قانون القاضي، كما يجوز للقاضي اتخاذ فيما يخص القاصر بعض التدابير تحت الحراسة المؤقتة[1]. ومراعاة لمصلحة القاصر، يمكن للقاضي الجزائري أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية على النفس، ولو كانت العلاقة تتضمن أطراف أجنبية، كما يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر بموجب أمر استعجالي لأحد الأبوين[2]. ولافتقار القضاء الجزائري لإجتهاد في هذه المسألة، عثرنا على اجتهاد محكمة النقض الفرنسية في باريس مؤرخ في 20 فيفري 1964 يتعلق بمطالبة أب جزائري بحضانة إبنته القاصر من نفس الجنسية، عُهدت حضانتها مؤقتا للزوجين طبقا للمادة 375 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، المتعلقة بتدابير المساعدة التربوية الخاصة بالأطفال القصر الأجانب الموجودين في فرنسا، وتمسك الأب باختصاص القانون الجزائري فيما يخص السلطة الأبوية، وبالتبعية الأحكام السالف ذكرها غير مختصة.

وفي هذا الصدد، محكمة النقض الفرنسية قضت بما يلي: "على افتراض إثبات الجنسية الجزائرية للمستأنف وابنته القاصر، القانون الجزائري هو الذي يحكم الحالة الشخصية (ف.ب)، خاصة فيما يتعلق بمنح ومضمون السلطة الأبوية، وذلك طبقا لقواعد تنازع القوانين الفرنسية، لكن أحكام القانون الفرنسي هي التي تطبق لأسباب النظام العام الفرنسي المتمثلة في حماية القاصر الموجود بفرنسا من الخطر الجسدي أو الأدبي[3]".

وتضيف محكمة النقض الفرنسية: "التدابير المتخذة طبقا للقانون الفرنسي مؤقتة، والمساس بسلطة الأب لا يمكنها الدوام، إلا لوقت الضرورة ومراعاة لمصلحة ابنته"[4]. غير أن الحضانة ليست وحدها التي تثير تنازعا في القوانين،بل المسائل المرتبطة بها هي الأخرى تثير تنازعا، فكيف يتصدى إليها القاضي الوطني، وهل تخضع لنفس القاعدة التي تخضع لها الحضانة[5].

الفرع الثاني: النظام العام والقانون الذي يحكم منازعات الحضانة

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول فبعضها تعتبره رابطة مؤبدة لا تنحل إلا بوفاة أحد الزوجين وبعضها الأخر لا تقبل انحلاله، وتختلف فيما بينها حول أسبابه وطرقه ويؤدي هذا الاختلاف إلى الإكثار من فرص تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بحكم انحلال الزواج، وفي الدول الإسلامية، فإن تدخل النظام العام يكون خاصة في الحالات التي تؤدي فيها تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالحقوق المقررة من طرف الشريعة لمعتنقي الإسلام، وعليه، فإن القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الرابطة الزوجية في حالة تغير الدين ينبغي أن يستبعد إذا كان الزوج هو الذي غير ديانته بأن اعتنق الإسلام، بينما ظلت زوجته كتابية، وبالتالي فإنهاء الزواج هنا يعد مخالفا للشريعة الإسلامية التي تتيح للمسلم الزواج بالكتابية. ويبقى تطبيق القانون الأجنبي المختص مقيدا بعدم تعارضه مع

---

(1) راجع الأمر رقم 03/72 المؤرخ في 03 /02/ 1972 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة.

(2) راجع المادة 460 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(3) La Cour d'appel de paris à énoncé <<qu'en supposant admise la preuve de la nationalité algérienne de l'appelant et de sa fille mineure , la loi algérienne de l'appelant serait effectivement seule appelée à régir le statut personnel de Fettah Belaid et spécialement l'attribution , le contenu et le fonctionnement de la puissance paternelle à son égard, conformément à la règle française du conflit de lois ; que , cependant les disposition de la loi française , notamment les article 375 et suivant du code civil , sont application malgré les disposition de la loi nationale pour une raison d'ordre public français , lorsqu'elles ont pour but d'assurer la protection du mineur en danger physique ou moral résident en France ."

(4)La Cour d'appel de paris à précisé " que les mesures prises conformément à la loi interne française étaient provisoires et que l'atteinte grave aux prérogative du père ne pouvaient se perpétuer au de la du temps ou elle demeurait strictement nécessaire à l'intérêt de sa fille ."

(5) نقلا عن: عماد إشوي، المرجع السابق، ص 226.

النظام العام في دولة القاضي، وإلاّ فيتم استبعاده متى تبين للقاضي أنّ تطبيقه يمس بمصلحة المحضون، ولما كانت هذه المصلحة ذات مفهوم نسبي يختلف باختلاف الدول وكذلك من طفل لآخر حسب سنه، جنسه وظروفه بشكل عام.

كذلك، يستبعد القانون الأجنبي الذي يسند الحضانة في حالة الردة، فإذا اعتنقت الزوجة الحاضنة الإسلام بينما بقي زوجها على كفره على ديانته، وباعتبار الشريعة تمنع استمرار الزوجية في حالة اعتناق الزوجة الإسلام [1]. كذلك، أنّ السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي يتعارض مع النظام العام في الدول العربية متى كان هذا البلد غير إسلامي، ففي هذه الحالة سيحرم الأب من حقّه في زيارة ومراقبة ابنه، كما أنه سيخشى على الطفل المحضون من تأثّره بدين الدولة التي يترعرع فيها لهذا تسند الحضانة للطرف المقيم ببلد إسلامي ولو كان غير مسلم.

فالقانون الجزائري لم يشترط أن تكون الحاضنة مسلمة، كما أنّ القانون التونسي وإن كان قد اشترط أن يكون الحاضن من دين أب المحضون، إلاّ أنه نص صراحة على أنّ هذا الشرط لا ينطبق إذا كانت الحاضنة هي أم المحضون[2]، فلا مانع في تونس أو الجزائر من منح الحضانة للأم غير المسلمة طالما لم تقرر السفر بإبنها لبلد أجنبي غير مسلم، أما إذا انتقلت به إلى دولة غير إسلامية، فإنها تفقد حقها في الحضانة ولو كانت مسلمة، وهذا ما صرح به القضاء التونسي في القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 09 نوفمبر 1982، حيث قضى أنّ: "الزوجة التونسية المفارقة وهي تعيش بالخارج وامتنعت من الرجوع لتونس أين يقيم مفارقها التونسي تفقد حقّها في حضانة الأولاد ويحكم بها لوالدهم دون حرمانها من حق زيارتهم، وبذلك فإن الحكم الذي قضى بذلك لا يطعن فيه".

يستنتج من القرارات السابقة، أنّ إقامة أحد الوالدين في بلد غير إسلامي وتوطن الطرف الآخر في دولة إسلامية هو السبب في إسقاط الحضانة عن الأم التي كانت في معظم الحالات السابقة تقيم ببلد غير إسلامي، فلضمان تربية المحضون على دين أبيه أسندت الحضانة لمن يستقر في دولة إسلامية، أما إذا كان كلا الوالدين يقيمان بالخارج، فمن غير المعقول أن تتقرر الحضانة في الجزائر ما دام كلا الأبوين يعيشان في بلد أجنبي، وقد تمّ التأكيد على هذا الموقف من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 ديسمبر 1989[3].

كذلك إن السلوك المشين للحاضن من مسببات إسقاط الحضانة لأنه يتنافى مع مقتضيات النظام العام في الجزائر لأن حماية مصلحة المحضون تتمثل في حفظه صحيا وخلقيا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم (171684) في قضية (ب.س.ج) ضد (ز.ق)، جاء فيه: " حيث أن المسمى (ب.س.ج) قد طلب نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران القاضي بإسناد الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية وتعليم والسهر على حمايته وحفظ صحته وخلقه، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه

---

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثامنة، دار هومة، 2006، ص 237، 239.

[2] طبقا للفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " إذا كانت الحاضنة على غير دين المحضون وتجاوز هذا الأخير سن الخامسة، فإن الحضانة تسقط عنها ما لم تكن الحاضنة أما للمحضون"، وقد أورد المشرع التونسي هذا الاستثناء لحماية مصلحة المحضون، فالأم تبقى هي الأشفق والأحن على ابنها ولو كانت غير مسلمة، ولكن في نفس الوقت لا يعني هذا أنه يمكن لها أن تربي ابنها على دينها. أنظر: عزوز بن تمسك، إسقاط الحضانة في القانون التونسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد رقم (03)، جامعة تلمسان، 2005، ص97 .

[3] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون)، الطبعة الأولى، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، مصر، 2006، ص 391.

العناصر سابقة الذكر، ...حيث أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه وعليه فالوجه مؤسس"[1].

خاتمة

من خلال ما سبق التعرض له، توصلنا إلى أن القضاء الجزائري أعطى أهمية كبيرة في معالجة تنازع القوانين في مسائل الحضانة على المستوى الداخلي من خلال الحلول المستقرة في مجال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا التي حاولت أن تراعي خصوصية المجتمع الجزائري والحكم بالحضانة وفقا للقاعدة التي تقرر وجوب الحرص على مصلحة المحضون وتربيته على دين آبيه، لكن في المقابل لم يولي الجانب التشريعي نفس الأهمية في من خلال أهمية وضع نصوص قانونية تتضمن حلول في حالة تنازع القوانين في مسائل الحضانة في إطار الزواج المختلط، واكتفى بإدراجها كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية من خلال نص المادة 12 فقرة الثانية من القانون المدني الجزائري، وقد وضع استثناء على تطبيق نص المادة 12 من خلال نص المادة 13 من نفس القانون وذلك بتطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية، وما هذا إلا حماية لمصلحة الطرف الجزائري منذ إبرام عقد الزواج، إلا أن هذه الإجراءات لم تكن كافية، من هنا كان على المشرع الجزائري وضع ضابط إسناد يضبط مسألة الحضانة ليس لشيء إلا لضمان مصلحة المحضون، تلك المصلحة التي تبرز أهميتها بالنسبة للطفل المحضون باعتبار الحضانة حق له ويجب أن تراعي الحلول التشريعية تلك المصلحة وذلك الحق من خلال وضع قواعد قابلة للتطبيق على تنازع القوانين في قضايا الحضانة، كما أنه ورغم محاولة المشرع وضع اتفاقية ثنائية مع السلطات الفرنسية إلا أنه ولاختلاف مضمون فكرة النظام العام بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، ترتب عنه عدم فعالية نصوص الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية لعام 1988.

من هنا يتوجب على المشرع أن يعمل على وضع قواعد مادية مباشرة تحكم منازعات الحضانة في إطار الزواج المختلط على غرار القواعد التي وضعها المشرع التونسي والكويتي والقطري وغيرها من التشريعات التي نظمت الحضانة في نصوص قانونية مستقلة تتناسب ضوابطها مع طبيعة وحساسية موضوع الحضانة بالنسبة للطفل نتيجة الزواج المختلط. وهذا ما يتأكد من خلال النتائج التالية:

- إذا كان أحد أطراف النزاع جزائري الجنسية يطبق القانون الجزائري لكن هذا الأمر يبقى مطبق فقط على مستوى الجزائر ولو كان النزاع أما القاضي غير جزائري لكان الحكم مخالف تماما.
- أن معظم القواعد المستند عليها في حل إشكالات التي تثيرها الحضانة هي مؤسسة على الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

وبالنظر للنقائص التي شابت التشريع الجزائري في تنظيم مسألة تنازع القوانين في الحضانة، نتقدم بالاقتراحات والتوصيات التالية:

- ضرورة الرجوع في حل إشكالات الحضانة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لأنها كفلت مصلحة المحضون خلال مرحلة ما بعد انحلال الزواج وخاصة من خلال حرصها على كيفية تربيته وضرورة الحفاظ على ديانته.
- وضع ضوابط ومعايير تضبط مفهوم مصلحة المحضون، يستدل بها القاضي عند حل تنازع القوانين في مسائل الحضانة كونها تتغير بتغير المكان والزمان وبذلك لا يمكن أن نضع معيار لمصلحة المحضون يتقيد به القاضي علي وجه الإطلاق.
- إدراج نصوص قانونية تضبط القانون الواجب التطبيق في مسائل الحضانة بحالات الزواج المختلط.

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم (171684) بتاريخ 30 سبتمبر 1997، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 169-171.

- السعي الدولي لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص الخاصة بالأحوال الشخصية بين تشريعات الدول العربية باعتبار أن معظم قواعد الأحوال الشخصية في تلك الدول مستقاة من الشريعة الإسلامية ومثل هذا التوحيد يكفل عدم التناقض في الأحكام بين محاكم الدول العربية ومن ثم يضمن تنفيذ تلك الأحكام في الدول المراد فيها وذلك لتجنب وقوع تضارب في القوانين ومعرفة القانون الواجب التطبيق.

وأخيرا، يبقى مستقبل الطفل المحضون ومصلحته مرتبطان بتدخل المشرع الجزائري لوضع ضمانات كافية لحمايته وضمان تكريس مصلحته بمسألة إسناد الحضانة في مجال تنازع القوانين في حالة الزواج المختلط، فهنا يجب التأكد من ضمان مصلحته.