تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة

امحمدي بوزينة آمنة(1)

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، 02000 الشلف، الجزائر.

البريد الإلكتروني: amna_bouzina@yahoo.fr

الملخص:

تعتبر الحضانة من آثار فك الرابطة الزوجية يترتب على قيامها السهر على تربية الطفل ورعايته وصيانته من كل انحراف وحفظه من كل إهمال، وهذا الأمر لا يثير أي إشكال عندما يكون طرفا العلاقة ينتميان لنفس الجنسية أو يقيمان بنفس الموطن ويخضعان لنفس النظام القانوني، لكن عند إنحلال الزواج في الزواج المختلط يخلق التنازع حولها مجموعة من المشاكل، من قبيل القانون الواجب التطبيق على الحضانة وأي القوانين تحكمها.

في هذا الإطار، سعت الدول إلى وضع قواعد اتفاقية سواء متعددة الأطراف أو ثنائية من أجل وضع وإيجاد الحلول المناسبة لمنازعات الحضانة، التي تعرض على القاضي في مجال تنازع القوانين في إطار الزواج المختلط، في المقابل سعت بعض التشريعات إلى وضع قاعدة إسناد خاصة بها وربطتها بضوابط إسناد تتناسب مع مصلحة الطفل محل منازعات الحضانة.

الكلمات المفتاحية:

الزواج المختلط؛ الحضانة؛ تنازع القوانين؛ مصلحة الطفل؛ التشريعات العربية المقارنة.

تاريخ إرسال المقال:2019/08/29، **تاريخ قبول المقال:** 2020/04/17، **تاريخ نشر المقال:** 2020/08/31

لتهميش المقال: امحمدي بوزينة آمنة، " تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص) 2020، ص ص.573-598.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المرسل: امحمدي بوزينة آمنة، amna_bouzina@yahoo.fr

The laws Conflict in Custody Matters between International Conventions and Comparative Arab Legislation

Abstract:

Custody is one of the effects of breaking up the marital bond, which entails ensuring the upbringing, care and maintenance of the child from any deviation and preservation from all negligence. In mixed marriages, conflict creates a range of problems such as the law applicable to custody and any laws governing it.

In this context, States have sought to establish rules of convention, whether multilateral or bilateral, in order to develop and find appropriate solutions to custody disputes submitted to the judge in the field of conflict of laws in the context of mixed marriages, in contrast to some legislation sought to establish a base of its own and linked to the attribution of commensurate With the interest of the child replaced custody disputes.

Keywords:

Mixed marriage, custody, conflict of laws, child interest, Comparative Arab Legislation.

Conflit de lois en matière de garde d'enfant (hadana), entre conventions internationales et législations arabes comparées

Résumé :

La garde est l'un des effets de la rupture du lien conjugal, qui implique que l'enfant soit bien éduqué, entretenu et le préserver contre tout danger. Dans ce contexte, le problème de la loi applicable est écartée. Toutefois, dans les mariages mixtes, les conflits créent une série de problèmes tels que la loi applicable à la garde et ses conséquences.

A ce sujet, les États ont cherché d'établir des règles conventionnelles, qu'elles soient multilatérales ou bilatérales, afin d'élaborer et de trouver les solutions appropriées aux différends relatifs à la garde, soumis au juge dans le domaine des conflits de lois. Certaines législations ont établi une règle de rattachement spécifique qui a pour objet de garder l'intérêt suprême de l'enfant.

Mots clés :

Mariage mixte, garde, conflit de lois, intérêt de l'enfant, législations arabe comparées.

مقدمة

الحضانة من المسائل الحيوية والهامّة في مسائل الأسرة، لاسيما بعد انحلال الزواج، باعتبارها تقرّرت لحماية الطفل الذّي يتطلّب سنّه رعايته وتربيته وصيانته من كلّ انحراف وحفظه من كلّ إهمال، حتّى ينشأ نشأة سليمة وصحيحة، ويتربى تربية تسمح له بمواجهة ضغوط المجتمع وتسمح له بالتّكيّف مع المحيط الدّاخلي والخارجي، لكن عند إنحلال الزواج المختلط يخلق التنازع حولها مجموعة من المشاكل، من قبيل القانون الواجب التطبيق على الحضانة وأي القوانين تحكمها.

ولغرض حل الاشكالات المتعلقة بالأطفال ومنها الحضانة، عقدت اتفاقية لاهاي لعام 1996، أما بالرجوع إلى التشريعات، فإنّنا نجد أنّه لم يحظ موضوع تنازع القوانين في الحضانة بالأهمية التي نالتها بقية مواضيع الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع، باعتباره يحاول حل إشكال تنازع القوانين إسناد حضانة الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط أمام القضاء، ممّا يستوجب اختيار القانون الأنسب من بين القوانين المتزاحمة، لذلك حرص المشرع الجزائري في تعديله لأحكام قانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27[1]، بأن يدخل جملة من التغييرات بموجب عدة مواد لتنظيم الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية، واستتبع ذلك تنظيم الآثار الناجمة عن انحلال هذه الرابطة بما في ذلك الحضانة[2].

ويرجع سبب تركيزنا على بعض تشريعات الدول المقارنة، إلى أنّ الاتجاهات في مجال وضع قواعد الإسناد بين التشريعات العربية اختلفت في مواقفها، ولذلك حاولنا أن نأخذ من كل اتجاه عيّنتين أو ثلاث طبقا لما توافر لنا من مادة علمية ذات صلة بالموضوع، وذلك من منطلق أنّ الدول العربية قد انقسمت تشريعاتها في ذلك إلى ثلاثة أقسام هي: القسم الأول منها لم يضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة تاركاً ذلك للاجتهاد القضائي، مما أدى إلى اختلاف الأحكام القضائية في الدولة الواحدة إضافة إلى الاختلاف بين دولة وأخرى، أما القسم الثاني منها فخصّها بقاعدة إسناد خاصة مع مراعاة مصلحة المحضون على غرار المشرع التونسي والقطري والكويتي، في حين أنّ القسم الثالث أدرج حكمها ضمن القانون الذي يحكم أثار انحلال الزواج وطبق عليها نفس القانون الذي يحكم الانحلال، باعتبارها أثر من أثار انحلال الزواج كما هو الحال في التشريع السوري والليبي والجزائري والمصري.

وعليه، استنادا إلى الموضوع محل البحث وقصد معالجته والوقوف على كافة جوانبه، اعتمدنا على المنهج التّحليلي لتحليل نصوص القانون وآراء الفقه والوقوف على مضمون الحلول التي قدمها القضاء، كما اعتمدنا

---

[1] القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد رقم 24 الصادر بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية: العدد رقم 15 الصادر في27 فبراير 2005.

[2] القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية: العدد رقم 44 الصادر بتاريخ 2005/06/26.

على المنهج الاستقرائي، لأنّ بحثنا انصبّ أساسا على استقراء وتحليل النّصوص القانونية والاجتهادات القضائية لاستخلاص النّتائج المرجوّة والمأمولة والحلول المناسبة، وكذلك استعنّا بالمنهج المقارن لمقارنة القواعد الجزائرية ببعض التشريعات، وكذا الاجتهاد القضائي للوصول إلى النقاط المشتركة بينها والنقائص التي تشوب القانون الجزائري.

من خلال كل ما سبق، ونظرا للأهمّية التّي احتلتها الحضانة، وقصد إزالة اللبس عنها تتحدّد معالم إشكالية الموضوع كما يلي: ما مدى تكريس الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة لحلول إشكالات تنازع القوانين بمسائل حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط؟

للإجابة على هذا التساؤل وحل الإشكال المطروح، نقدم تحليلا يقوم على النقطتين التاليتين:

المبحث الأول: دور الاتفاقيات الدولية في حل إشكالات تنازع القوانين في مسائل الحضانة.

المبحث الثاني: موقف التشريعات العربية من تنازع القوانين في مسائل الحضانة.

ختمنا دراستنا بمجموعة من النتائج والملاحظات، حاولنا من خلالها الوقوف على عمق الإشكاليّة ومختلف الأسباب التي أدت إلى قيامها.

المبحث الأول: دور الاتفاقيات الدولية في حل إشكالات تنازع القوانين مسائل الحضانة

تعرف الاتفاقية بأنّها اتّفاق بين دولتين أو أكثر من أجل إيجاد حل لمسألة معيّنة، كما تعتبر أهم مصدر للقانون الدولي الخاص، ويظهر دورها في كونها تهدف إلى وضع حل للصعوبات النّاتجة عن الاختلاف في قوانين الدول[3]، فهي تكون إما ثنائية أو متعددة الأطراف؛ حيث عقدت عدة دول اتفاقيات في مجالات عديدة وخاصة الاتفاقيات التي تحمي حقوق الأطفال، ومن بين هذه الحقوق الحق في الحضانة.

وعليه، سنتعرض للاتفاقيات التي عالجت هذا حق الحضانة في مجال تنازع القوانين، من خلال التطرق إلى حلول إشكالات تنازع القوانين في الحضانة بموجب الاتفاقيات متعددة الأطراف في المطلب الأول، ثم نتعرض إلى حلول إشكالات تنازع القوانين في الحضانة بموجب الاتفاقيات الثنائية من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: حلول إشكالات تنازع القوانين في الحضانة بموجب الاتفاقيات المتعددة الأطراف

الاتفاقية متعددة الأطراف هي تلك الاتفاقيات التي انضمت إليها عدة دول، والتي تناولت موضوع حل إشكالات تنازع القوانين في الحضانة، نذكر منها: اتّفاقيات لاهاي للسنوات 1961، 1980 و1996، وكذا

[3] جمال بن عصمان، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص، ألقيت على الطلبة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 05.

اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، بالإضافة إلى الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام 1990، وعليه سنتعرّض للحلول التي قدمتها كل اتفاقية من هذه الاتفاقيات بالتّفصيل في النقاط الموالية:

الفرع الأول: اتفاقيات لاهاي حول مشاكل الحضانة

تعرضت اتفاقيات لاهاي إلى ثلاثة أنواع من القضايا التي تثار في مجال تنازع القوانين بمسائل الحضانة والخلافات التّي تؤدي إلى الخطف، والحضانة في الوضعيات التّي تغيب فيها الخلافات بين الوالدين، إذ لكل من هذه الحالات مشكل يستوجب حلولا خاصة، وهو ما سنفصله فيما يلي:

أولا: اتفاقية لاهاي حول حماية القصر لعام 1961[4]: أخضعت اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 حول حماية القصر منازعات الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، باعتباره المكان الذّي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره[5]، لأنّ فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت تهتم 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[6].

ثانيا: اتفاقية لاهاي الخاصة بالاختطاف الدولي للأطفال لعام 1980: تعرّضت الاتفاقية الخاصة بالجوانب الخاصة بالاختطاف الدولي للأطفال لسنة 1980، التي دخلت حيز النفاذ في 01 ديسمبر 1983 للحضانة، وتمثّل دور هذه الاتفاقية في تحقيق مصلحة الطفل في أمور الاختطاف المتعلّقة بحضانتهم، والأطفال المعنيون بهذه الاتفاقية هم الذّين يسكنون بصورة معتادة على أراضي إحدى الدول المتعاقدة، ولم يتجاوز سنهم 16 عاما.

أمّا الآليات التّي جاءت بها الاتفاقية من أجل مساعدة الحاضن المحروم من الحضانة والولي المحروم من زيارته، هي:

– تعاون السلطات المركزية فيما بينها لمساعدة الحاضن في استرجاع المحضون، لاعتبار إبعاد الطفل عن الحاضن أمر غير مشروع، حيث تقوم بتحديد مكانه عن طريق اتخاذ كافة الإجراءات الملائمة للتوصل إلى

---

(4)أنظر: بيار ميار، فانسان موزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، ط 04، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2008، ص 495.

(5) فاطمة زهرة جندولي، انحلال الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الدراسية: 2010–2011، ص 40.

(6) دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، تصدر عن جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد الرابع، جانفي 2011، ص 247.

الإعادة الطوعية للطفل، مع توفير كل الترتيبات الإدارية التي قد تكون ضرورية ومناسبة وفعالة عند عدم نجاح الحلول الودية، فهنا تتدخل السلطة القضائية بالبتّ في الطلب على وجه الاستعجال.

ثالثا: اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التنفيذ والاعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والتدابير لحماية الأطفال لعام 1996: تختصّ هذه الاتفاقية بالقضايا المتعلقة بالحماية الدولية للطفل، بدءً من النزاعات الأبوية حول حضانة الطفل أو الاتصال بها حسب المادة 03 منها، حيث جاء في الفقرة (ب) منها: "حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل وخاصة فيما يتعلق بتحديد مكان إقامته، وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معينة إلى مكان غير مكان إقامته وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معيّنة إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية"، وبذلك تعكس هذه الاتفاقية مبدأ المصلحة الفضلى للطفل الذي نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 [7].

وحرصاً من هذه الاتفاقية على توفير أكبر قدر من الحماية للطفل، وقد وسّعت من نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (ب) من المادة (15) على أنّ: "غير أنّه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصية أو أمواله يجوز استثناء لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى التي لها اتصال متين بالوضعية".

يؤكد هذا النص، أنّ الاتفاقية وفي سبيل توفير أكبر قدر من الحماية، يجوز للقاضي وعلى سبيل الاستثناء، أن يطبق قانونا آخر قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيما في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بها بجنسيته أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته إذا كانا مختلفي الجنسية، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حمايته[8].

والملاحظ على نصوص هذه الاتفاقية، ما يلي:

1. أنّها اعتدت بالاتجاه السائد في الدولة الأنجلو أمريكية، بأن تقوم الجهة التي تختص باتخاذ إجراء الحماية بتطبيق قانونها.

2. أنّ هذه الاتفاقية وتطبيقاً للنظام المعروف في الدول الأنجلو أمريكية، من أنّه يمكن لسلطات الدولة المختصة بأن تتنازل عن الاختصاص لصالح سلطات دولة أخرى، تكون أقدر على رعاية مصلحة القاصر طبقا لما قررته المادة (8) منها، وهذا يعني أنّ القانون الواجب التطبيق سيكون قانون السلطات الجديدة[9].

---

[7] فراس كريم شيعان، "تنازع القوانين في الحضانة –دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة"، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، السنة 05، العراق، 2013، ص 161.

[8] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 2010، ص67.

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

الفرع الثاني: اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989

تمّ اعتماد اتفاقية حقوق الطفل بتاريخ 1989/11/20 من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة[10]، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل على أنّه: "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى"[11].

وتضمن الاتفاقية للطفل حق الزيارة واستقرار علاقة الطفل بوالديه حتّى بعد انفصالهما عن بعضهما إذا اقتضت المصلحة ذلك، وسمحت المادة 11 في فقرتها الأخيرة، للدول الأطراف باتّخاذ تدابير لمكافحة نقل الطفل إلى الخارج، وعودته بصورة غير مشروعة[12].

واتّفقت هذه الاتفاقية مع قانون الأسرة الجزائري فيما يخص النفقة على إلزام الوالدين بالإنفاق على أطفالهما من أجل تأمين احتياجاتهم[13].

الفرع الثالث: الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام 1990

حمل الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل لعام 1990في طياته بعض الحقوق الخاصّة بالطفل المحضون، وقد اعتمد الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل في عام 1990(14)، وبدأ نفاذه في 1999/11/29(15).

ضمنت هذه الاتفاقية أيضا كباقي الاتفاقيات مصلحة الطفل؛ أي أن يكون الاعتبار الأول هو مصلحة الطفل في جميع الإجراءات سواء كانت قضائية أو إدارية أو مادية، وخاصة عند انفصال الوالدين ووجوب سن أحكام من أجل الحماية الضرورية للطفل، واحتضانه والاتصال المباشر مع كلا الوالدين على نحو منتظم، وعدم

---

(10) خليل فاروق، الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الطفل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، السنة الدراسية: 2006-2007، ص ص09-10.

(11)أشرف وفا محمد، "حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي"، المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، القاهرة، 2002، ص 298.

(12)صدرت هذه الاتفاقية بقرار الجمعة العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 بتاريخ 1989/11/20، دخلت حيز النّفاذ اعتبارا من 1990/06/02، تضمّنت ديباجة و54 مادة.

(13) عباس لعري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، د. ط، دار الهدى، د. ب. ن، 2000، ص 224.

(14)Bankol. Thompson, Arnicas chatter on children's rights a normative. Break. Cultural tradditionnais in I.C.L.April. 1993, volume 41, part 02, p. 432.

(15) يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق –دراسة مقارنة–، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011-2012، ص 285.

الاحتجاج بالعادات والتقاليد الثقافية أو الأعراف، وأوجب على الدول الأطراف في الاتفاقية في حالة اختطاف الطفل من قبل الآباء أو أي شخص، اتخاذ التدابير اللازمة لإرجاعه، طبقا لما قررته المادة 29[16].

المطلب الثاني: حلول إشكالات تنازع القوانين في الحضانة بموجب الاتفاقيات الثنائية

الاتفاقية الثنائية هي تلك الاتفاقية التّي تبرم بين دولتين، من أجل وضع حلول مناسبة لموضوع معيّن يخدم كلا الدولتين، وقد اهتمت بعض الاتفاقيات الثنائية بإيجاد حلول للحضانة في مجال تنازع القوانين وهو ما سنبرزه فيما يلي:

الفرع الأول: الاتفاقيات الثنائية بين بعض الدول العربية والدولة الفرنسية

من أهمّ الاتفاقيات الثّنائية الخاصة بالحضانة، الاتفاقيات التّي أبرمتها الدول العربية مع فرنسا، نظرا لأسباب تاريخية، والتّي نذكر من بينها ما يلي:

1- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المتعلّقة بأطفال الزواج المختلط الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال لعام 1988م: حاولت الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المتعلّقة بأطفال الزواج المختلط الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال لعام 1988م والتي تمّت المصادقة عليها بتاريخ 12 ذي الحجّة 1408هـ/الموافق لـ 26 جويلية 1988م[17]، حل مشكلات الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والفرنسيين[18]، وقد وضعت هذه الاتفاقية نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبيات المتعلقة بحضانة الأولاد وبحق زيارة الأبوين[19].

وقد أراد واضعوا هذه الاتفاقية أساسا حماية الطفل، ووضع ضمانات لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين الدولتين، واعتمدوا في ذلك على معيار فكرة مصلحة المحضون وحماية القصر دون الاهتمام لشروط الحاضن التي جاءت بها القوانين الداخلية.

---

[16] خليل فاروق، المرجع السابق، ص ص 26-28.

[17] عماد أشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصية، المنعقدة بكلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23 و24 أفريل 2004، ص 204.

[18] فتيحة يوسف، "مدى الحماية القانونية الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 03، تلمسان، الجزائر، 2005، ص 196.

[19] 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، المصادق عليها بالمرسوم رقم 144/88 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 إنحلال الزواج أو انفصال الزوجين.

أمّا المادة02 من الاتفاقية، فقد حددت دور السلطة المركزية[20]، وفقا لما يلي: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتّخذ بناء على بناء السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة كما يأتي:

أ. البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

ب. تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

ج. تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بالزيارة.

د. تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارستها فعلا.

هـ. ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنع تنفيذ الحكم.

و. إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة، والنّتائج المخصصة لها.

ز. تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه(21).

وقد حددت المادة 06 من هذه الاتفاقية الالتزامات المتمثلة في ضمان حق الزيارة داخل حدود الدولتين: "يتعهّد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا، للأزواج الذين هم في حالة انفصال داخل حدود البلدين وفيما بين حدودها".

كما ألزمت القضاء بإصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة وأن يمنح في نفس الوقت للوالد الآخر حق الزيارة مراعية مصلحة المحضون في ذلك، وهذا ما أكدت عليه المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أيضا.

أمّا المادة 08 من ذات الاتفاقية، فنصت على أن: "يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودها".

وأشارت المادة 11 منها إلى أنّه إذا لم يتم إعادة الطفل عند انتهاء مدة الزيارة، فهنا يتدخّل وكيل الجمهورية بعد إخطار من طرف الحاضن؛ بحيث يقوم وكيل الجمهورية باستعمال القوّة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري[22].

---

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

[21] المادة 02 من المرسوم رقم 144/88 المؤرّخ في 26 يوليو 1988، المتضمّن المصادقة على الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسيةالمتعلّقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات في حالة الانفصال.

[22] نصت المادة 11 من الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلّقة بأطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات لعام 1988، على أنّه: "يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرتها على وكيل الجمهورية، الذّي يتبعه المكان الذّي تمارس فيه الحضانة عادة من أجل تطبيق المادة 08 من الاتفاقية الفرنسية الجزائرية، يلتمس وكيل الجمهورية

إلاّ أنّ ما يلاحظ على هذه الاتفاقية هو أنّ الاختصاص القضائي غالبا ما ينعقد للقضاء الفرنسي، استنادا إلى موطن الزوجية المشتركة[23]، بعد ذلك يسند القضاء الفرنسي الحضانة للأم التّي تكون في معظم الأحوال ذات جنسية فرنسية، وهنا يطرح إشكال، فمثلا: الأم فرنسية والأب جزائري مسلم: أسندت الحضانة إلى الأم الفرنسية التّي تعيش مع المحضون في فرنسا، وربما هذه الأم ليس لديها أي فكرة على الدين الإسلامي أو لديها فكرة مختلفة عن حقيقة الإسلام، فهل يمكن تربية الابن في هذه الحالة على دين أبيه حسب نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري؟، وهل يمكن للأب المطالبة بإعادة النّظر في مسألة إسناد الحضانة من أجل تربية إبنه على دينه؟.

إذا كانت تربية الابن على دين أبيه يعتبرها القاضي الفرنسي من الظروف الاستثنائية حسب ما ورد في المادة 01 من الاتفاقية، فنقول هنا أنّه يمكن إعادة النّظر في هذا الحكم وتعديله، أمّا إذا كان العكس فلا تحقيق لتربية الابن على دين أبيه.

وعليه، فإنّ سلبيات هذه الاتفاقية أكثر من إيجابياتها لكثرة عيوبها، لأنّها مخالفة لبعض المبادئ العامة المستقرة في قانون الأسرة الجزائري، سواء ما يتعلق بالقواعد الشكلية والموضوعية المتعلقة بممارسة الحضانة، فهي لم توضح ما يشير لحالة الطفل القانونية لتحديد جنسيته على الرغم من أهميتها ولا مكان ممارسة الزيارة.

2-الاتفاقية المغربية الفرنسية لعام 1980: في إطار الحماية التّي أولتها المملكة المغربية للطفل، بادرت هذه الأخيرة إلى إبرام اتفاقية مع السلطات الفرنسية بتاريخ 10 أوت 1980، وتتعلق هذه الاتفاقية بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي، وجاءت لتسهيل وتنظيم الإجراءات الخاصة بالحضانة، إذ حاولت هذه الاتفاقية تقريب وجهات نظر الدولتين وتبسيط الإجراءات المتعلقة بحماية الطفل، وهذا ما سطرته ديباجتها حرصا منها على تدعيم علاقات التعاون القضائي بين الدولتين، للسهر بصورة جدية على حماية الأطفال[24].

كما اشتملت أيضا على بعض الأحكام التفصيلية المتعلقة بالحضانة، وحق الزيارة[25]، حيث جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل(25) فيما يخص الحضانة: "تأخذ السلطات القضائية بعين الاعتبار المعلومات المدلى بها من طرف السلطة المركزية لدولة الإقامة (الاعتيادية) العادية للطفل وخاصة فيما يتعلق بالحالة الاجتماعية والمقتضيات التشريعية المتعلقة بحق الحضانة في هذه الدولة"[26].

المختصّ بدون تأخير استعمال القوّة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التّراب الذي غادره "الاتفاقية الجزائرية الفرنسية".

[23] فتيحة يوسف، المرجع السابق، ص 197.

[24] جليلة دريسي، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، ط 1، د. د. ن، المملكة المغربية، 2012، صص 94-95.

[25] عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص221.

[26] إكرام كتان، إشكالية حكم العلاقات الشّخصية في القانون الدولي الخاص المغربي، نشر في 2018/05/30 وتم الاطلاع في2019/06/23، منشور على الموقع التالي:

https ://www.lejuriste.ma

وقرر الفصل التاسع عشر، أنّه تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمن فوق ترابها وتحت مراقبة سلطاتها القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقيد بمصلحته، دون أي اعتبار آخر، وكذا بحرية ممارسة حق الزيارة[27].

أما بخصوص المحكمة المختصة في حل النزاع، فقد اعتمدت الاتفاقية على قاعدة الموطن المشترك أو أخر موطن مشترك للزوجين كمعيار لتحديد المحكمة المختصة.

وينص الفصل العاشر على أنّه: "تطبّق على الآثار المتعلّقة بحضانة الأطفال والنفقة المستحقة، مقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية"[28].

وغالبا ما يترتّب على حق الزيارة اختطاف الطفل من قبل من أسند له هذا الحق، غير أنّ الاتفاقية عالجت هذا الأمر، من خلال تأسيس التعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية، وذلك من أجل الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع لأحد أبويه المخول له حق الحضانة، وعند فشل السلطات المركزية في تحقيق أهدافها، فإنّها ترفع طلبها في أقصر الآجال إلى السلطة القضائية المختصة، عن طريق النيابة العامة لدى هذه المحاكم، للبتّ في تسليم الطفل داخل أجل ستة أسابيع ابتداءً من تاريخ الإحالة(29).

3-الاتفاقية التونسية الفرنسية لعام 1982: تم توقيع الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في مواد الحضانة والزيارة والنفقة بباريس في 08 مارس 1982، وتمت المصادقة عليها بتونس بموجب القانون رقم 82/87 المؤرخ في 1984/12/02[30]، حيث جاءت هذه الاتفاقية بمجموعة من الآليات القضائية، نذكر منها:

1- ضمان حرية ممارسة حق الحضانة وحق زيارة القصر فوق تراب كل من البلدين وتحت مراقبة سلطتها القضائية، وخصوصا التعهّد بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في إقليم كلّ واحد منهما على تراب الآخر.

2- التعاون بين السلطتين المركزيتين في صورة عدم التسليم الإداري، على تسهيل تنفيذ أحكام الزيارة إذا كانت قابلة للتنفيذ في الدولة الطالبة[31]، كما يتمثل دورها في البحث فوق ترابها وتحديد مكان إقامة الأطفال الذين وقع نقلهم إليها، بسبب النزاع في حق الحضانة، باتخاذ كل التدابير التّي من شأنها أن تساعد على التسليم الإداري للأطفال أو إيجاد حل بالتراضي[32].

---

[27] عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص 221.

[28] يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 296.

[29] جليلة دريسي، المرجع السابق، ص ص95–96.

[30] مصطفى صخري، الاتفاقيات القضائية الدولية وأحكامها ونصوصها، د. ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 198.

[31] واصف خليل، أثار القرارات الأجنبية بالبلاد التونسية، الملتقى الجهوي حول مصلحة الطفل الفضلى في القانون والقضاء وآثار القرارات الأجنبية بالبلاد التونسية، الكاف – تونس، يوم 12 مارس 2004، ص ص 12–13.

[32] مصطفى صخري، المرجع السابق، ص 199.

وخلافا لأحكام القانون العام، فقد مكّنت الاتفاقية محاكم كل دولة من الدولتين المتعاقدتين من القيام بطلب منح الأحكام الصادرة في مادة الحضانة والزيارة الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم المختصة، أو طلب البتّ في دعاوى تسليم الطفل وفي دعاوى تحديد حق الزيارة أو حمايته أو إيواء الطفل في إحدى الدولتين لفائدة الأب الذي لم تسند له الحضانة[33]، وحدد البت في الطلبات الموجهة لإحدى السلطتين القضائيتين بستة أسابيع وبصفة استعجالية[34].

أمّا الفصلين 13 و14 من الاتفاقية، فخصصا للنفقة: "يمكن للسلطات المركزية أن تحيل عند الاقتضاء مباشرة بصفة استعجالية الطلبات، وإضفاء الصيغة التنفيذية على الأحكام الصادرة في مادة النفقة دون المساس بالمهام المخولة للسلطات المرسلة للمؤسسات الوسيطة، بمقتضى اتفاقية نيويورك المؤرخة في 20 يونيو 1956، المتعلقة باستيفاء النفقة بالخارج والتّي صادقت عليها كل من تونس وفرنسا[35].

ولا يحق لإحدى الدولتين في مادة النفقة حسب مفهوم مقتضيات الفصلين 15 و16 من الاتفاقية، أن ترفض إقرار وتنفيذ حكم صادر عن الدولة الأخرى.

4- الاتفاقية المصرية الفرنسية لعام 1982: تم توقيعها بباريس في 15 مارس 1982، حيث تمثل دور السلطة المركزية لكل من البلدين فيما يلي:

- تبادل المعلومات المتعلقة والتدابير المتخذة لحضانة الصغار.
- تبادل البحث على إقليمها عن الصغار المنقولين دون سند من القانون.
- اتخاذ التدابير الملائمة أو العمل على اتخاذها، سواء لكفالة التسليم الطوعي للصغير أو لتيسير الوصول إلى حل ودّي.
- التّعاون من أجل تنظيم حق الرؤية، وتدبير الإيواء لصالح القريب غير الحاضن، ومن أجل تذليل كل عقبة قانونية تعترض الاتفاقية والإجراءات التّي نصت عليها كل من المادتين 36 و37 من الاتفاقية، حيث نصت على أن تفصل السلطات القضائية في الأمر المرفوع إليها وعلى وجه السرعة، وإذا لم تفصل هذه السلطات في أجل غايته ستة أسابيع من تاريخ رفع الأمر إليها، يكون على السلطة المركزية في الدولة المطلوب إليها، أن تحيط السلطة المركزية في الدولة الطالبة علما بذلك مع إفادته بأسبابه.

---

[33] واصف خليل، المرجع السابق، ص 13.

[34] مصطفى الصّخري، المرجع السابق، ص 199.

[35] الاتفاقية التونسية الفرنسية المتعلقة بالتعاون القضائي في مواد الحضانة والزيارة والنفقة، تمّت المصادقة عليها في باريس يوم 08 مارس 1982، وفي تونس بموجب قانون 82/87 المؤرّخ في 1984/12/02.

وأنّه إذا حدث انتقال الصغير بالمخالفة لحكم قضائي واجب النفاذ صادر عن المحكمة المختصة بالحضانة بالمعنى الوارد في المادة 08/26 من الاتفاقية، تأمر السلطة القضائية في دولة الملجأ بصفة احتياطية، بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الانتقال وبالعودة الفورية للصغير(36).

الفرع الثاني: الاتفاقيات الثنائية الأخرى الخاصة بحل تنازع القوانين في الحضانة

بالإضافة إلى الاتفاقيات الثّنائية سالفة الذكر، توجد اتفاقيات ثنائية أخرى لتنظيم مسائل الحضانة وآثارها (زيارة، نفقة)، نذكر على سبيل المثال:

1.الاتفاقية المغربية الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادّة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال لعام 1999[37]: وضعت هاتان الدولتان سلطتين مركزيتين لتطبيق الالتزامات المنصوص عليها بالاتفاقية المتعلّقة بحقوق الطفل الذي يحمل جنسية إحدى الدولتين(38).

ولأجل تحقيق هذا المبتغى، جاءت الاتفاقية بمجموعة من المبادئ[39]، أهمها:

أ. ضمان رجوع الأطفال المنقولين أو المحتفظ بهم بصفة غير قانونية في إحدى الدولتين المتعاقدتين.

ب. الحصول على الاعتراف بالمقررات القضائية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة الصادرة فوق تراب إحدى الدولتين المتعاقدتين، وتنفيذها فوق تراب الدولة الأخرى.

ج.تسهيل حرية ممارسة حق الزيارة فوق تراب الدولتين.

د. تحديد مدة إرجاع الطفل الذي نقل بصفة غير مشروعة بـ 06 أشهر، تطبّق هذه الاتفاقية على كل طفل قاصر يقل عمره عن ستّة عشرة سنة ويحمل جنسية أحد البلدين.

إلاّ أنّ هذه الاتفاقية شابها قصور وخرق في نفس الوقت ممّا يجعلها صعبة التّطبيق، مثل: قصور نص المادة 20 في تحديد فلسفة دعوى الإرجاع الفوري، بالإضافة إلى المادة 07 التّي تتضمن شروطا قد تحول دون تحقيق أهداف هذه الاتفاقية، وهذا الشرط تضمّنه البند (أ) مفاده أنّه: "إذا وقع النقل خرقا لمقرّر قضائي صدر حضوريا وأصبح قابلا للتنّفيذ فوق تراب الدولة الطالبة".

---

(36) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، ط 02، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص ص384–385.

(37) عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص 219.

(38) ظهير شريف، رقم 113–99 الصّادر في 26 محرم 1420هـ/الموافق لـ 13 ماي 1999م، ينشر الاتفاقية الموقعّة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية، بشأن التّعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية، في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال. الجريدة الرّسمية، العدد 4700، 03 ربيع الأول 1420هـ/ الموافق لـ 17 يونيو 1999م.

(39) جليلة دريسي، المرجع السابق، ص 161.

2-الاتفاقية المصرية المغربية لعام 1998: لم تسلم حتّى الدول العربية فيما بينها من مشكلة الحضانة، ولجأت إلى الاتفاقيات الثنائية، وعلى ذلك أبرمت مصر اتفاقية مع المملكة المغربية بتاريخ 27 ماي 1998 خاصّة بالتعاون القضائي في مجال الأحوال الشّخصية وحالة الأشخاص[40]، ونصّت المادة 16 من هذه الاتفاقية على بعض الحلول لمعالجة مشاكل الحضانة؛ حيث جاء فيها ما يلي:

– البحث عن الأطفال (الصغار) الذين ينتقلون إلى داخل حدود أي منهما بسبب النّزاع الناشئ عن حضانتهم.

– تزويد الطرف المتعاقد الآخر بالمعلومات التّي يطلبها، والمتعلقة بالحالة المادية والمعنوية لهؤلاء الأطفال (الصغار).

– اتّخاذ التدابير اللازمة لتسليم الطفل (الصغير) لمن له الحق في حضانته، وضمان حق زيارته (رؤيته) لأي من ذويه أو الذين يملكون هذا الحق، طبقا للقانون أو الأحكام قابلة التنفيذ الصادر عن محاكم الطرف المتعاقد الآخر.

– أخذ ما يلزم من إجراءات أمام السلطة القضائية لتسوية ما ينشأ من نزاع حول الحضانة وحق الزيارة (الرؤية)[41].

3- الاتفاقية المغربية البلجيكية لعام 2002: عقدت اتفاقية بين المملكة المغربية وبلجيكا بتاريخ 26 جوان 2002 حول حق الحضانة والزيارة والالتزام بالنفقة.

تهدف هذه الاتفاقية إلى تسهيل الاعتراف وتنفيذ قرارات الحضانة في الحالات التّي لا توجد فيها اختلافات بين الطرفين، كما تهدف من جهة إلى ضمان رجوع الأطفال الذّين وقع خطفهم أو إبقاؤهم بدولة أخرى خلافا للقانون، وذلك يرفع مطالب الاعتراف وتنفيذ القرار الأجنبي من جهة، ومن جهة أخرى تهدف هذه الاتفاقية إلى تنظيم وحماية العلاقات الشخصية[42].

4-الاتفاقية المغربية التونسية عام 2001: أبرمت المملكة المغربية اتفاقية مع تونس خاصة بالتّعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعّة في05 أكتوبر 2001، وضع الباب الثاني من هذه الاتفاقية حلول بعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهذا ما نصّت عليه المادة 05 من هذا الباب: "تبذل السلطات المختصة في كل من الدولتين المتعاقدتين أقصى درجات التّعاون القضائي في مجال حقوق الحضانة والزيارة والنفقة وعليها في سبيل ذلك وفيما لا يخالف النظام العام الالتزام، بما يلي:

---

(40) صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 26.

(41) يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص ص 246–247.

(42) أحمد طالب، رسالة القضاء الإخبارية منشور مؤتمر لاهاي، القانون الدولي الخاص، سجل خاص بمؤتمر مالطا بشأن المسائل العبر حدودية، المتعلقة بقانون الأسرة في الدول المنتمية إلى اتفاقية وغير المنتمية إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1980، العدد 08، خريف 2004، ص 9.

أ) تبادل المعلومات والبحوث المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية المعروضة أمام محاكم أي منهما.

ب) تبادل تسليم المستندات المتعلقة بقضايا معروضة أمام محاكم أي منهما بدون مصاريف.

ج)تبادل المعلومات بشأن التشريعات والتنظيم القضائي في كل من الدولتين.

د)تقديم المعلومات الكافية عن أماكن إقامة الأطفال الذين تم نقلهم إلى أراضيها بسبب الحضانة وحالتهم المادية والمعنوية.

هـ) اتّخاذ التدابير اللازمة التّي تساعد على التّسليم الإرادي للأطفال وإيجاد حلول لمشاكلهم.

و) في حالة الاستعجال يكون لكل دولة اتّخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة، تكفل حماية الطفل أو ذوي الشأن من الأضرار التي يمكن توقيفها باللّجوء إلى القضاء.

ز)اتّخاذ التدابير اللازمة لتنظيم وتسهيل ممارسة حق الزيارة والحضانة"[43].

المبحث الثاني: موقف التشريعات العربية من تنازع القوانين في مسائل الحضانة

تنوعت أحكام الحضانة بين تشريعات الدول العربية، إلا أنّ بعض الدول العربية قد وضعت قاعدة إسناد خاصّة بالحضانة، كما هو الحال في التشريع التّونسي والعراقي والكويتي، كما أنّها عالجت مشكل الحضانة لكن ليس بشكل نهائي، ويبقى للقاضي الدور المتمثل في اختيار الأنسب لمصلحة الطفل، في حين أغفلت بعض التشريعات العربية وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وكان الاتجاه الثالث قد أسند حكمها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها آثر من أثاره، فمعظم الدول العربية لم تخص الحضانة في تنازع القوانين بقاعدة إسناد، تاركة ذلك للقضاء وآراء الفقهاء، وهذا ما سنفصل فيه فيما يلي:

المطلب الأول: حلول تنازع القوانين في مسائل الحضانة على ضوء التشريعات العربية

نظرا لاختلاف الدول في تحديد طبيعة الحضانة، فقد اختلف اختلفت أيضا في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها[44]، كما أنّ هناك دول خصت الحضانة بقاعدة إسناد، وهناك من لم تخصص لها قاعدة إسناد، وهذا ما سنتعرض له فيما يلي:

---

[43] ظهير شريف، ينشر الاتفاقية الموقعة في 07 رجب 1422هـ/ الموافق لـ 05 أكتوبر 2001 بالرباط بين المملكة المغربية والجمهورية التّونسية بشأن التعاون القضائي في مجال الأحوال الشّخصية وحالة الأشخاص.

[44] عماد إشوي، المرجع السابق، ص 210.

الفرع الأول: التشريعات العربية التّي لم تكرّس قاعدة إسناد للحضانة

نظرا لاختلا فالدول في تحديد طبيعة حق الحضانة ومعيار مصلحة المحضون؛ فقد برزت أيضا إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعاتها، ممّا أدى إلى تعدّد اتّجاهاتها، والتي سنبرزها تباعا فيما يلي:

الاتجاه الأول: إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم أثار الزواج: إنّ القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الذي يطبق على أثار الزواج؛ ممّا يترتب عليه خضوعها لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، وبإمعان النظر في مسألة أثار الزواج، نجد أنّها تشمل ما يترتب على الزواج من أثار تتعلق بالأشخاص أو الأموال، ومنها إلتزام الزوج بحسن المعاشرة والنفقة والنظام المالي، وهذا التكييف يركّز على الحضانة في مرحلة قيام العلاقة الزوجية وبذلك فهي تتعلق بالبنوة[45].

فقد جاء القانون الفرنسي خاليا من أحكام الحضانة، إذ كيّف القضاء الفرنسي الحضانة على أنّها من أثار 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 أنّ فرنسا تعتبر إبن الفرنسية مسيحي يجب أن يربى على الديانة المسيحية، وأنّ 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 [46].

وحقيقة أنّ القول بأنّ الحضانة من أثار الزواج قول منتقد، إذ لا يمكننا أن نتكلم عن أثار عقد الزواج بعد انتهاء الزواج، كما أنّه لا يبرر إلزام غير الزوجين بالحضانة في حالة عدم وجودها أو عدم أهليتهما[47].

الاتجاه الثاني: إخضاع الحضانة للقانون الذّي يحكم أثار انحلال الزواج: يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون المطبق على أثار انحلال عقد الزواج سواء بالطلاق (Repudiation) أو بالتّطليق(Divorce) أو بالانفصال الجسماني (Separationprombed and board) ؛ أي تخضع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق إذا كان الأمر متعلقا به وقت رفع الدعوى، وإذا تعلق الأمر بالتطليق أو الانفصال الجسماني؛ فلا تخضع لهذا القانون؛ وإنّما تخضع لقانون القاضي، وهذا ما أخذ به القانون المدني المصري من خلال المادة 2/13، والمادة 2/14 من القانون المدني السوري، والمادة 3/19 من القانون

---

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

(46)نقلا عن: عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 212.

(47) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، المرجع السابق، ص 292.

المدني العراقي، والمادة 2/13 من القانون المدني الليبي[48]، والإنجليزي والأمريكي[49]، والفقه والقضاء الأوروبي متأثّرا بالديانة المسيحية.

أما فيما يخص القانون الفرنسي، فقد جاء خاليا من أحكام الحضانة، إذ كيّف القضاء الفرنسي الحضانة على أنّها من أثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكمه، ووسّع القضاء الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي بشأن مشكلات الحضانة بين الأجانب المقيمين بفرنسا والتدابير التحفظية فأخضعها لقانون القاضي[50]، وهذا ما أكّد عليه الحكم القضائي الصادر عن محكمة الإسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية[51]، حيث جاء فيه: "متى كان من الثابت أنّ المدعى عليه فلسطيني بينما المدعية مصرية، ومن ثمة، فإنّ القانون الوطني هو الواجب التطبيق عملا بنصي المادتين 13 و14 من القانون المدني المصري: "إذا كان الثابت أنّ ابنته المدعية كانت مصرية وقت الزواج"[52].

وكذلك قضيّة زوج بريطاني الجنسية رفع دعوى أمام القضاء المصري ضدّ زوجته بريطانية الجنسية، طلب فيها ضمّ ولديه إلى حضانته، فقضت المحكمة بتطبيق القانون البريطاني على الحضانة، باعتباره القانون الذي يحكم أثار الزواج وآثار التّطليق، سواء فيما بين الزوجين أو في العلاقة بينهما وبين الأولاد[53].

أما بالنسبة للقانون الجزائري، ونظرا لخلو التشريع من نص خاص يحكم تنازع القوانين في مسائل الحضانة، ولأنّها تعدّ أثرا لانحلال الزواج، فإنّها 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 الجزائري[54].

وعليه، يرجع إلى قانون الأسرة تحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون[55]، وهو حل مستقر في القانون المقارن[56].

---

[48] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص 97.

[49] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشهيد حمة لخضر – الوادي، الجزائر، السنة الدراسية: 2015/2014، ص 145.

[50] فراس كريم شيعان، المرجع السابق، ص 168.

[51] أمين دربة، قواعد التّنازع المتعلّقة بالزواج وانحلاله –دراسة مقارنة–، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007–2008، ص 52.

[52] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، المرجع السابق، ص 344.

[53] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص 98.

[54] إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 533.

[55] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 231.

الاتجاه الثالث: يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الحضانة تخضع للقانون المطبق على الولاية على مال الصغير، وبالتالي، تخضع لقانون جنسية الصغير، وقد ذهبت بعض أحكام القضاء إلى منح الحضانة حكم الولاية على المال وأخضعتها لقانون جنسية الصغير[57]، وهذا ما ذهبت إليه المجلة التونسية على أساس أنّ الحضانة هي من أثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج كضابط إسناد أصلي، وفي حالة عدمه، يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه، مع منح القاضي مجالات لتطبيق القانون الأفضل للطفل[58]، وهذا ما ذهب إليه أيضا القانون المصري[59].

الاتجاه الرابع: يرى هذا الاتجاه أنّ 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 أنّ أثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والابن بما فيها الولاية على النفس.

الاتجاه الخامس: إخضاع الحضانة للقانون الأصلح للطفل (المصلحة الفضلى): يستند هذا الاتجاه إلى أنّ تطبيق قواعد معيّنة من قانون معيّن بشكل تلقائي لا يتفق مع طبيعة النزاع على الحضانة، ويغلّبون حق الطفل المحضون على حق الحاضن في هذا النزاع وجب تطبيق أفضل قانون لمصلحة الطفل لأنّه العنصر الضعيف؛ لذا يجب حمايته بخلاف الزوجين وأيهما أحق بالحضانة[60].

وقد سار القضاء الأمريكي هذا المنهج في الأحكام الخاصة بمنازعات الحضانة ذات العنصر الأجنبي، وخاصة في قوانين الولايات المتحدة الأمريكية التي تؤسس الحق في الحضانة بناءً على تحقيق أفضل مصلحة للطفل[61].

---

[56] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 185.

[57] عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص 465.

[58] دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، المرجع السابق، ص 248.

[59] صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 32.

[60] دربة أمين، "تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، المرجع السابق، ص 267.

[61] تتلخص وقائع قضية شهيرة تلخص هذا الاتجاه، أنّ مواطنا فلسطينيا تزوج مواطنة أمريكية، وكان ذلك بغزة عام 1983 واستمرّت الإقامة بها حتّى عام 1991، وفي تلك الفترة أنجبا طفلا، ثمّ انتقلت الأسرة للإقامة في الولايات المتحدة الأمريكية، ولكن حدث بين الزوجين انفصال، الأمر الذّي أدى بالزوج الفلسطيني بالعودة لغزة ورفع دعوى أمام المحكمة الشرعية بغزة، وحصل على حكم بحقه في حضانة الطفل. وفي نفس الوقت لجأت الزوجة إلى محكمة نيوجرسي بالولايات المتحدة الأمريكية مطالبة بالحضانة؛ حيث لا يقوم اختصاصها على أساس موطن الوالدين وإنّما على أساس تحقيق أفضل حماية لمصالح الطفل، وأنّ ذلك متّفق عليه في الفقه الأمريكي دار (Common Low) وأكدته السوابق القضائية، هذا الحكم الصادر بحضانة الزوج للطفل، واستندت إلى عدة أسباب منها ما هو إجرائي، أمّا ما يتعلق بالنّاحية الموضوعية فقد وجدت المحكمة الأمريكية أنّ القانون الذّي طبقته المحكمة

وهو الرأي الرّاجح لدى القضاء الفرنسي، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشّخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون[62]، وهذا ما اعتمده القانون المدني الفرنسي، في قرار تمّ التّأكيد في إحدى حيثياته على أنّ إسناد الحضانة بعد الطّلاق اعتمادا على معايير محدّدة مسبقا.

وهذا فعلا ما ذهبت إليه محكمة إمستردام في حكم لها، والذي أعطت فيه الحضانة للأم بناءً على ضابط الإقامة الاعتيادية للطفل[63]، ولكن في رأينا حتّى الدول العربية تطرّقت إلى مصلحة المحضون ليس كقاعدة إسناد؛ وإنّما في قوانينها الدّاخلية.

الفرع الثاني: التشريعات العربية التي خصّت الحضانة بقاعدة إسناد في الوقت الذي أكثر التشريعات العربية عن إخضاع الحضانة بقاعدة إسناد

نجد هناك بعض التشريعات التي خصّتها بقاعد إسناد مثل تونس، الكويت، قطر، سنبرزها فيما يلي: نص الفصل 50 من القانون التونسي رقم 1998/97 المتضمن من القانون الدولي الخاص التونسي[64]، بأنّه: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل[65].

نفهم مما جاء في الفصل 50 من المجلة التونسية، أنّ الحضانة هي من أثار 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[66].

الشّرعية بغزة، والذّي يؤسس الحق في الحضانة على أساس السّن الذّي اعتبرته أساسا تحكميا أو أساسا تلقائيا، أنّه يخالف قانون ولاية نيوجرسي الذّي يؤسّس الحضانة على تحقيق أفضل مصلحة للطفل، وأنّ هذا الأساس هو الذّي يحقق للطفل الأمن والسعادة والعيش الطّيّب والتّقارب النّفسي، وانتهت المحكمة إلى أنّ القانون الذّي طبّقته محكمة غزة يخالف النّظام العام وفق ما هو معمول به في الولاية، وانتهت المحاكم إلى القانون الذي طبقته محكمة غزة بخلاف النظام العام فالقانون المعمول به في الولاية، وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية القصر. أنظر: صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب"دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 46. وأيضا: جليلة دريسي، المرجع السابق، ص ص35-36. وكذلك: عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص248.

[62] أمين دربة، "تنازعالقوانينفيمجالالزواجوانحلالهبينالقانونالجزائريوالقوانينالمقارنة"، المرجع السابق، ص 247.

[63]عزّت محمد على البحيري، المرجع السابق، ص ص467-468.

[64] الطيب زروتي، الاجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 34.

[65] سناء عماري، المرجع السابق، ص 147.

[66] دربة أمين، "تنازعالقوانينفيمجالالزواجوانحلالهبينالقانونالجزائريوالقوانينالمقارنة"، المرجع السابق، ص 54.

تكرّس هذه القاعدة نمطا جديدا من أنماط قواعد التّنازع الذّي لم يسبق وأن تمّ تكريسه سابقا[67]، وبذلك جعل الاختيار بيد القاضي، ليختار أفضل حل يناسب الطفل بين الحلول الثلاثة: إمّا القانون الذي وقع بمقتضاه حلّ الرابطة الزوجية أو القانون الشّخصي للطفل أو قانون مقرّه.

أمّا القانون الكويتي[68]، فقد خص الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، بموجب المادة 43 من القانون رقم 05-61 الأجنبي، بقولها: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"[69].

أي أخضع الحضانة إلى جنسية الأب، لكن لم يحدّد الجنسية محل الاعتبار، هل جنسية الأب أثناء رفع الدعوى أو أثناء عقد الزواج؟

ربما يكون المشرع الكويتي قد منح حق الاختيار بينهما إلى القضاء، ولقد بيّنت المذكرة الإيضاحية للمادة 43 من القانون الكويتي؛ الأسباب الت يدعت إلى الأخذ بقاعدة الإسناد التي تضمنتها، فنصت على أنّه: "ولما كانت الولاية على النفس فرعا من البنوة، فإنّ 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[70]".

كما أخذ المشرع القطري في المادة 20 من القانون المدني[71] بنفس ما أخذ به المشرّع الكويتي في المادة 43 المذكورة سابقا.

وكان للقانون العراقي موقف متميز، وذلك بجمعه المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية ووسائل الواجبات ما بين الآباء والأولاد، بقاعدة إسناد واحدة وإخضاعها لقانون جنسية الأب بموجب المادة 04/19 من القانون المدني العراقي[72]، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة.

وقد كرّس القضاء العراقي هذا المبدأ في إسناد العلاقة الخاصّة بالحضانة إلى قانون جنسية الأب في قضية تتعلق بزوجين مصريين مسيحيين يعملان في العراق، رفعت الزوجة أمام المحكمة الشرعية في الموصل دعوى تفريق ضد زوجها، وأثناء نظر القاضي في الدعوى أشهرت الزوجة إسلامها أمام القاضي وصرّحت

---

(67) نور الدين قارة، القانون المنطبق على الحقوق العائلية، دورة دراسية حول الحقوق العائلية في مجلة القانون الدولي الخاص، المعهد الأعلى للقضاء، الخميس 26 فيفري 2004، الجزائر، ص 10.

(68) القانون رقم 61/05 المؤرخ في 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

(69) الطيّب زروتي، الاجتهاد القضائي الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، المرجع السابق، ص 33.

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

(71) القانون رقم 22المؤرخ فيعام 2004 المتضمن القانون المدني القطري.

(72) القانون رقم 40المؤرخ فيعام 1951 المتضمن القانون المدني العراقي.

به[73]، وأسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون المصري، وعرضت المحكمة الإسلام على زوجها فأبى ولم يقبل الدخول في الإسلام، وحكمت المحكمة لصالح الزوجة بحضانة الأطفال ميز الزوج الحكم أمام محكمة التمييز، والتّي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في الموصل[74].

نخلص بعد التعرض لموقف التشريعات العربية المقارنة، أنّها قد تباينت في مواقفها وإن اجتمعت في معظمها في وضع ضابطي قانون جنسية الطفل أو الأب كأفضل الحلول التي تتناسب مع خصوصية الحضانة ونسجل موقف المشرعين العراقي والتونسي، فالتونسي أخضعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج؛ كضابط إسناد أصلي، وفي حالة عدمه، يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه مع منح القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل، أما المشرع العراقي فاكتفى بقاعدة إسناد واحدة بإخضاعها لقانون جنسية الأب، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة، وفي هذا الإطار نتمنى من المشرع الجزائري أن يتبع نفس النهج، وإن كنا نرى أنّه من الأفضل توحيد ضوابط الإسناد في مسائل الحضانة بين التشريعات العربية، وذلك لوجود روابط بين مواطني هذه الدول نتجت عنها منازعات في مسائل الحضانة وأن اختلافها يضرّ بالطفل، وفي هذا المجال يعتبر ضابط قانون جنسية الطفل في مسائل الحضانة أنسب ضابط في رأينا، لأنّه يضمن تطبيق مصلحة الطفل والتي تختلف حسب الحالة المعروضة على القضاء.

المطلب الثاني: حلول تنازع القوانين في مسائل الحضانة على ضوء التشريع والقضاء الجزائري

بالرجوع 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 الحضانة بالمادتين 2/12 و13 من نفس القانون[75]، لذا سنحاول الوقوف عند غالبية المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام القاضي المختص بفض تنازع القوانين في مسائل الحضانة حول إشكالية إسناد الحضانة في الزواج المختلط، سواء بالنسبة للزوجين الوطنيين اللّذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي أو مختلفي الجنسية، وذلك وفقا لما يلي:

---

[73] الحجة الشّرعية المرقمة ب 1042، سجل 576 بتاريخ 1978/10/28.

[74] عماد إشوي، تنازع القوانين في الحضانة –دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص ص210–211.

[75] الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، المرجع السابق، صص 126، 135.

الفرع الأول: إقامة أحد الأبوين في بلد أجنبي

نظرا لخلو القانون الجزائري من نص خاص بالحضانة، ولأنّها تعدّ أثرا لانحلال الزواج، فإنّها تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج المادة (2/12) من القانون المدني الجزائري، والمادة (13) من نفس القانون[76]، وهو حل مستقر في القانون المقارن والأحكام القضائية.

وتجب الإشارة أنّه، من مسقطات الحضانة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، تطبيق النص المادة69 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك ما أكّد عليه المجلس الأعلى في القرار المبدئي الذي قضى أنّه: "في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنّ من يوجد منهما يكون أحق بها ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد كل هذا إذا كان كل الأبوين مسلمين، وكلحكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بين هو بين تنفيذه".

أي هنا، تمّ مراعاة مصلحة المحضون أولا بالرغم أن الأم هي الأولى بالحضانة، في حين أنّ هذه السيدة متى رجعت إلى أرض الوطن فلها الحق بالمطالبة بالحضانة على بناتها، مع العلم أنّ المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنّه لا يجوز أن تسند الحضانة أبناء الوالد مسلم إلى أم غير مسلمة ومقيمة في بلد أجنبي[77].

وفي المقابل، صدر قرار عن المحكمة العليا في القضية رقم (282033) بتاريخ 2002/05/08 في قضية (ب.س) ضد (ب.ك)، جاء فيه أنّه: "لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"[78].

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 أنّ 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

---

[76] إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 533.

[77] المحكمة العليا، غ.أ.ش، قضية رقم 45681، بتاريخ 1989/03/09، المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر، سنة 1993، ص 952.

[78] القرار رقم (282033) بتاريخ 2002/05/08، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، الجزائر، 2004، ص 363.

قانونا طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة، وذلك لصعوبة الحصول على تأشيرة الذهاب وعدم القدرة على توفير تكاليف السفر الباهضة"[79].

كما لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردّتها 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 أنّه متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية، ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي، فإنّ 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 بأنّ الوجه المثار غير مؤسس يتعيّن القضاء برفضه[80].

الفرع الثاني: 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 أنّ الأم الأجنبية غالبا ما تسعى للعودة إلى بلدها؛ 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 قرارات المجلس الأعلى الذي رفض فيها حضانة الجدة المسيحية لأنّ الطفل مسلم، كما رفض القضاء طلب الزوجة اليهودية ضم إبنها إليها مخافة أن يألف دينا غير دين الإسلام ويتدرج على عادات اليهود، 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 أنّ الأم المسيحية عمدت إلى تمسيح الأولاد، كما أسند المجلس في قراره الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1989 الحضانة للأب وأسقطها عن الأم الأجنبية، واعتمد في تبريره على فكرة النظام العام.

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

---

[79] جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات كليك، 2013، الجزائر، ص ص 1255، 1448.

[80] القرار رقم (457038) الصادر بتاريخ 2008/09/10 في قضية (م.ع) ضد (ب.ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، الجزائر، 2008، ص 313.

الاستثنائي الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري[81]، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي، بحيث أنّ 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 أنّها 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[82].

خاتمة

من خلال ما سبق التعرض له، توصلنا إلى أنّه نظرا لاختلاف التشريعات وتضارب آرائهم، عقدت اتفاقيات ثنائية وجماعية للتقليل من هذا المشكل، وتسهيل الحل على الدول المنتمية إليها؛ حيث أكّدت هذه الاتفاقيات على تحقيق مصلحة الطفل قبل كل شيء، كما تنوّعت أحكام الحضانة بين الدول العربية بين تشريعات وضعت قاعدة إسناد خاصّة بالحضانة، وأخرى لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في حالة الزواج المختلط، بل اكتفت بإدراجها ضمن قاعدة الإسناد الخاصة بآثار فك الرابطة الزوجية، وهذا ما يتأكد من خلال الإطلاع على النتائج التالية:

1. وضعت بعض التشريعات العربية قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، كما هو الحال بالتشريع العراقي بموجب المادة (4/19) من القانون المدني العراقي، والمادة (43) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي، واللتان نصتا على خضوعها لقانون جنسية الأب دون تحديد وقت معيّن، هل هو وقت انعقاد الزواج أو وقت ميلاد الولد أو وقت رفع الدعوى.
2. اعتبر التشريع التونسي الحضانة من أثار 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.
3. كان للقانون العراقي موقف متميز، وذلك بجمعه المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية ووسائل الواجبات ما بين الآباء والأولاد، بقاعدة إسناد واحدة وإخضاعها لقانون جنسية الأب بموجب المادة 04/19 من القانون المدني العراقي، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة.

---

[81] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 17.

[82] قرار رقم (170082)، بتاريخ 1498/02/17، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد01، 2000، صص 167، 170.

4. الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلّقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيات في حالة الانفصال، لم تحقق أيّ نفع بسبب اختلاف النّظام العام في كلّ من الدولتين، وكذلك الاتفاقيات الدولية لم تجعل قاعدة إسناد خاصّة بالحضانة، بل اكتفت بإسناد اختصاص لمحل الإقامة المعتاد للطفل، إلاّ أنّ هذا يمكن أن يكون من مصلحة الطفل أو العكس لأنّه ونظرا لمصلحة هذا الطفل يجب أن تكون حالية ومستقبلية في نفس الوقت.

5. إنّ معظم القواعد المستند عليها في حل الإشكالات التي تثيرها منازعات الحضانة في مجال القانون الدولي الخاص هي مؤسسة على الإجتهاد القضائي للقضاء في الدول التي لم تضع قواعد إسناد خاصة بالحضانة، ونلاحظ أنّ معظم الحلول التي طبقها القضاء الجزائري هي اجتهادات سابقة في قضايا تتضمن نفس الحالات، وهذا يؤكد لنا نقص تشريعي عند المشرع الجزائري الذي لم تواكب تعديلاته المسائل التي فرضت نفسها على القضاء لتطور الروابط الاجتماعية بين الوطنيين والأجانب في مسائل الزواج المختلط وأثاره.

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

1. ضرورة الرجوع في مسألة الحضانة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لأنّها كفلت مصلحة المحضون خلال مرحلة ما بعد انحلال الزواج، وخاصة من خلال حرصها على كيفية تربيته وضرورة الحفاظ على ديانته.

2. باعتبار الاتفاقية تعلو على التشريع، من ثم يجب على المشرع أن يعدل تشريعه الداخلي بما يتناسب مع التزامات دولته التي صادقت على مضمون الاتفاقية التي نظمت تنازع القوانين في الحضانة ضمن التشريعات الداخلية للدول العربية، لتغطية النقائص التي اعترت التشريع الداخلي وخاصة بعد المصادقة على الاتفاقيات.

3. 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 يتقيّد به القاضي على وجه الإطلاق.

4. يجب على القضاء في الدول العربية مراعاة مصلحة المحضون، بأن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الأسرة وسلطة الآباء على أولادهم؛ أي لا يجعل مصلحة الطفل غاية في حدّ ذاتها، وإنّما يجعلها من الاعتبارات التي يأخذ بها دون أن يهمل مصلحة المجموعة.

5. نرى أنّه بالنسبة للتشريعات التي لم تضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة أن تأخذ بالتشريع التونسي في مسائل تنظيم الحضانة، باعتباره أكثر تشريع اهتم بمصلحة المحضون وكرس قاعدة إسناد تحكم منازعات الحضانة بضوابط متعددة، فقد أخضعها بداية 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.

6. من أجل تحقيق نوع من التوائم بين التشريعات العربية، نقترح العمل على توحيد القانون الواجب التطبيق على الحضانة عن طريق اتفاقية تجمع الدول العربية على غرار اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1982،

باعتبار أنّ 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.

7. إنّ المشرع العراقي قدم أفضل الحلول التي تتناسب مع خصوصية الحضانة، حيث أخضعها لقانون جنسية الأب بموجب المادة 04/19 من القانون المدني العراقي، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة.

8. يتوجب على المشرع الجزائري 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.

9. من الأفضل توحيد ضوابط الإسناد في مسائل الحضانة بين التشريعات العربية، وذلك لوجود روابط بين وعلاقات أسرية في إطار الزواج المختلط بين مواطني الدول التي تم التعرض لتشريعاتها نتجت عنها منازعات في مسائل الحضانة وأنّ اختلافها يضر بالطفل، وفي هذا المجال يعتبر في رأينا ضابط قانون جنسية الطفل في مسائل الحضانة أنسب ضابط لأنّه يضمن تطبيق مصلحة الطفل، والتي تختلف حسب الحالة المعروضة على القضاء.