الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

تاريخ الإرسال: 2018-05-06
تاريخ القبول: 2018-07-20
تاريخ النشر: 2018-08-03

د. غالي كحلة، أستاذة محاضرة صنف"ب"
عضو بمخبر حقوق الطفل
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 - محمد بن أحمد

ملخص:

تثير مسألة الزواج المختلط عدة إشكالات قانونية معقدة قد يصعب حلها خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام، ويزداد الأمر تعقيدا في حالة طلاق الزوجين بعد إنجابهما للأطفال، ولعل أهم مشكلة يتعرضان لها هي مسألة حضانة الأطفال وما ينجر عنها من ممارسة حق الزيارة والرقابة.

لذلك سعت أغلب التشريعات إلى إبرام الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من اجل وضع الحلول المناسبة التي تعتري انفصال الزوجين في الزواج المختلط وأوردت أحكاما خاصة لحماية الأطفال بعد انفصال أبويهم، والجزائر على غرار باقي الدول فقد أبرمت اتفاقية الزواج المختلط مع فرنسا. فهل حققت هذه الاتفاقية الأهداف المرجوة منها؟ وما هو الحل في حالة عدم وجود مثل هذه الاتفاقيات؟

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط ; الطلاق ; الحضانة ; الفقه ; القانون ; القضاء.

Résumé:

Le mariage mixte engendre beaucoup de conflits juridiques difficiles à résoudre, notamment d'ordre public ; d'autant plus, que la dissolution du mariage, génère des conséquences complexes, en matière de garde des enfants, de droit de visite et de contrôle.

A fin de remédier à ceci, plusieurs pays, ont choisi de conclure des accords internationaux bilatéraux et multilatéraux, indiquant ainsi des dispositions appropriées, prévoyants la protection des enfants issus des mariages mixtes.

A l'instar des autres pays, l'Algérie a conclue une convention internationale bilatérale, Algéro-Française. Toutefois, cette convention a-t-elle atteint les objectifs souhaités ?ceci d'un coté, d'un autre coté, quelles sont les solutions appliquées en l'absence de tels accords ?

Mots clés: *Mariage mixte ; le divorce ; garde des enfants ; la doctrine ;la loi ; la juridiction.*

مقدمة:

إن فكرة الأحوال الشخصية تتصل في أغلب صورها بالنظام العام، لأن الكثير من روابطها يحقق مصلحة عامة للأفراد والمجتمع على حد سواء و يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد – فيما عدا الحقوق المالية- الاتفاق على ما يخالف أحكام القانون لأنها مستمدة غالبا من قواعد الشريعة الإسلامية. و على هذا الأساس نجد أن الشريعة الاسلامية هي الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، في حالة اختلاف دياناتهم أو ملتهم أو طوائفهم، و نظرا أيضا لخلو الديانات الأخرى غير الاسلامية من تنظيم خاص للمسائل التي عالجتها التشريعات الموحدة كالميراث و الوصية والولاية على المال والنفس والنفقة[1].

بالإضافة إلى ما تثيره مسألة اختلاف الدين من مشاكل في مسائل الأحوال الشخصية، نجد مسألة اختلاف الجنسيات التي تطرح عدة اشكالات قانونية و قضائية، فإن كان من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا تيسر توحيد موطن الأسرة، فإنه من العسير توحيد جنسية أفرادها[2] وفي بعض الأحيان تتوحد الجنسية بين الزوجين لكن قد يلجأ أحدهما إلى تطبيق قانون جنسيته الأصلية التي تختلف عن جنسية الزوج الآخر.

لذلك نجد أن مسألة الزواج المختلط تثير عدة إشكالات قانونية معقدة قد يصعب حلها خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام وتعتبر حضانة الأطفال المولودين نتاج زواج مختلط إحدى المسائل التي لا تخلو من التعقيد من الناحية القانونية و العملية، فالقانون الواجب التطبيق يختلف بحسب اختلاف جنسية الأطراف، وهنا قد تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي على المنازعة بشرط أن لا تكون أحكامه مخالفة للنظام العام[3] والآداب، سيما ما يترتب عنها من ضمان تسليم الطفل للطلب عندما يطلب تنفيذ حكم أجنبي و تمكين الطرف الآخر من حق الزيارة وممارسة الرقابة.

---

[1] البشري الشوربجي، مشكلات الزواج المختلط و معالجتها تشريعيا، ص 3، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:
http://www.eastlaws.com

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، ط 2004، ص 127.

[3] إن فكرة النظام العام في القانون الداخلي تختلف في هدفها عن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص فبينما تهدف الأولى إلى استبعاد تطبيق اتفاقات الأفراد المخالفة للنصوص الآمرة، فإن الثانية تهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها القانون الوطني.للتوضيح أكثر راجع في هذا الشأن: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، ط 11، 2009، ص ص 174، 175.

وصولا إلى تحقيق ذلك، قد تتعقد الأمور أكثر فيعمد أحد الوالدين إلى اختطاف الطفل المحضون والانتقال به بطرق غير مشروعة، وهنا تتحول المسألة إلى جريمة دولية تلعب فيها السلطات المركزية المعنية دورا هاما في الإرجاع الفوري للطفل.

لذلك سعت أغلب التشريعات إلى إبرام الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من اجل وضع الحلول المناسبة لحل بعض المشاكل التي تعتري انفصال الزوجين في الزواج المختلط وأوردت أحكاما خاصة لحماية الأطفال بعد انفصال أبويهم، والجزائر على غرار باقي الدول ونظرا لكثرة الجالية الجزائرية بفرنسا بحكم العلاقات التاريخية بين البلدين، فقد أبرمت اتفاقية الزواج المختلط مع فرنسا.

إلا أنه من الناحية العملية تثار عدة نزاعات تتعلق بحضانة أطفال مولودين من جزائريين وأجانب من جنسيات مختلفة لا تربط دولهم بالجزائر أية اتفاقية، وهنا يجب الرجوع إلى قواعد الإسناد التي تضمنها القانون الدولي الخاص الجزائري.

من خلال ما تقدمنا به يمكننا طرح الإشكالية الآتية: **ما هي المشاكل التي تثيرها مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط؟ و كيف عالجها كل من المشرع والقضاء الجزائريين؟**

حاولنا الإجابة على هذه الأسئلة من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط في إطار الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط

المبحث الأول: حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط في إطار الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

لقد سادت بعض الظروف التي دفعت بالدولتين إلى إبرام الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين في حالة الانفصال[1] محاولتين إيجاد الحلول المناسبة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة بين الزوجين المختلطين، ألا و هو الطفل الذي يجد نفسه في وضعية مختلفة حرجة وغير طبيعية بعد طلاق والديه. لذلك حاولنا تسليط الضوء على هذه الاتفاقية من خلال الإلمام بظروف وضعها وأهدافها(المطلب الأول)، ثم مجال تطبيقها و النقائص التي تشوبها(المطلب الثاني).

[1] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، ج ر العدد30 المؤرخة في 27 جويلية 1988.

المطلب الأول: أسباب و أهداف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

سنتعرض في هذا المطلب لذكر الأسباب التي دفعت الجزائر وفرنسا لإبرام هذه الاتفاقية(الفرع الأول) ثم إلى أهدافها(الفرع الثاني)، تباعًا.

الفرع الأول: أسباب إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

نظرا للأسباب التاريخية التي ربطت الجزائر بفرنسا، و نظرا لكثرة الجالية الجزائرية بها، و ما نتج عنه من وقوع علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين، التي آلت في أغلبها إلى انفصال الزوجين لسبب أو آخر، والحكم القضائي الذي غالبا ما يمنح حق الحضانة للأم و التي تكون غالبا فرنسية الجنسية، لا يقرر حق الزيارة خارج الإقليم الفرنسي، لاعتبار أن ضمانات إرجاع الطفل من الخارج غير كافية سواء من طرف أحد الوالدين أو من قبل سلطات البلد الأجنبي الذي يُذهَب بالطفل إليه.

هذه الاتفاقية التي لم تظهر إلى الوجود إلا نتاج ثمان سنوات من المفاوضات وتبادل الرسائل بين الجزائر وفرنسا منذ 18 سبتمبر 1980 بشأن التعاون والمساعدة القضائية المتعلقة بحضانة الأطفال، بالرغم من أن النص لسنة 1980 جاء عامًا وشاملا لكل الأطفال، فمن أسباب وضع الاتفاقية وان تكن فعلا أسباب عائلية محضة، فإن لكل اتفاقية دولية أيضا أسباب سياسية أو اقتصادية...،كما أن الأحداث التي جرت سنة 1984 إثر تشكيل "سفينة أمهات الجزائر" "bateau des mères d'Alger" [1] اللائي قمن بنشاطات مختلفة منها الإضراب عن الطعام الذي دام أيامًا بالسفارة الفرنسية بالجزائر، [2] وذلك نتيجة لتصرفات بعض الآباء الجزائريين الذين دفعتهم -قرارات

[1] un échange de lettres entre l'Algérie et la France du 18 septembre 1980 relatif à la coopération et à l'entraide judiciaire en matière de garde des enfants (J.O. Fr du 3 octobre 1980, p. 2295). Voir. Françoise MONEGER, "Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur", Bulletin du Barreau, Numéro Spécial, Septembre 2001. "La part du Droit dans les relations familiales franco-algériennes", Actes du Colloque organisé par L'Ordre des Avocats du Barreau de la Seine-Saint-Denis – France, L'Ordre des Avocats du Barreau d'Oran – Algérie dans le cadre de leur protocole de jumelage, Vendredi 1er juin 2001, Chambre de Commerce et d'Industrie de Seine-Saint-Denis, p 7.

[2] قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 3 فيفري 1982 منشور في RCDIP لسنة 1982، ص 558. نقلا عن: بوبكر مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة ازدواج الجنسية بين الجزائر و فرنسا، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية: 2008- 2009، ص 69. و راجع أيضا:

المحاكم الفرنسية بحرمانهم من حضانة أولادهم- إلى اختطافهم و الإبقاء عليهم في الجزائر، و حرمان الأمهات الفرنسيات من لقاء أطفالهن[1].

الفرع الثاني: أهداف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

لقد حظرت اتفاقية حقوق الطفل[2] في مادتها الثانية كافة أشكال التمييز بين الأطفال، وأكدت في مادتها الثالثة على إيلاء الاعتبار لمصلحة الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق من كافة الجهات، وتتخذ تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة[3].

بناء على ذلك، فإن الهدف الرئيس من إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية هو حماية الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى التي تقتضي استقـــرار نفسيته، وهذا لن يتم إلا بوجوده قرب والديه وعدم فصله عنهما، أي أن تكون حياته قائمة على علاقة شخصية مستمرة، منتظمة وعلى اتصال مباشر بـــوالديه، إلا إذا قررت السلطات المختصة فصله عن والديه ويكون هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى، وهذا ما أكدته المادة 9 في فقرتها الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل، وكذا الفقرة الثانية من المادة 10 من نفس الاتفاقية[4].

لتحقيق ذلك، فإن الدولتين الجزائرية والفرنسية سارعتا إلى إيجاد الحلول من أجل الحفاظ على حقوق الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط، وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لهم وحرية تنقلهم بين البلدين حتى يحافظ هؤلاء الأطفال على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديهم المنفصلين وتمكين الأبوين من ممارسة حق الزيارة مع مراعاة مصلحة الأطفال بالدرجة الأولى، فقد تمَ إبرام

Françoise MONEGER, "Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur", Op-Cit, p 7.

[1] بوبكر مولود، نفس المرجع، ص 69.

[2] اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة و المصدق عليها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44-25 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، ج ر العدد 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.

[3] كارم محمود نشوان و خليل عبد الكريم مقداد، حضانة الأطفال في قطاع غزة، دراسة تحليلية تطبيقية، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، غزة، 2010، ص 31.

[4] تنص المادة 3/9 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه :" تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى". و تنص المادة 2/10 على أن:"للطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا في ظروف استثنائية".

اتفاقية ثنائية بينهما هي من أبرز الاتفاقيات الدولية الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 جوان 1988[1].

المطلب الثاني: مجال تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية و النقائص التي تشوبها

سنتناول في هذا المطلب، مجال تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (الفرع الأول)، والنقائص التي تشوب تطبيق الاتفاقية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجال تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

نخص بالذكر هنا تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية من حيث الأشخاص، أي من هم الأطفال والآباء الذين تعنيهم الاتفاقية دون غيرهم من الأشخاص.

أولا_الأطفال المعنيين بتطبيق الاتفاقية:

إنّ بعض الاتفاقيات الدولية تسعى لتحقيق حماية أفضل للحياة الأسرية للأزواج بينما علاقات المعاشرة (concubinage)لا يتمتع أفرادها بنفس الحماية، والاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 21 جوان 1988 هي من بين الاتفاقيات الثنائية التي تتعلق بحماية الأطفال الشرعيين الناتجين عن علاقة زواج مختلط شرعي لا غير[2]، وبالتالي تستبعد الأطفال الطبيعيين المولودين نتاج علاقة غير شرعية، ونتيجة لذلك لا يمكن للخليلة الفرنسية (la concubine française) الدفع بهذه الاتفاقية من أجل استعادة طفلها الطبيعي الذي يبقى أبوه الطبيعي الجزائري على حضانته بطريقة غير شرعية بالجزائر[3].كما أن القاضي الفرنسي من جهته رفض تطبيق أحكام هذه الاتفاقية

[1] كما أن فرنسا كانت قد أبرمت اتفاقية في نفس المجال مع المغرب بتاريخ 10 أوت 1981 المتعلقة بالطلاق والنقل غير المشروع للأطفال، المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 83-435 المؤرخ في 27 ماي 1983. و اتفاقية مع تونس بتاريخ 18 مارس 1982 و المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة، راجع: يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 3، 2005، ص 196.

[2] « Elle ne concerne que les enfants légitimes. Les enfants naturels sont donc exclus. Dès lors, la jurisprudence française (qui a été à l'origine de cette convention) a continué à poser pour ces enfants naturels certaines exigences de protection en l'absence de convention: elle exige notamment que le père algérien, venant rendre visite à ses enfants sur le territoire français, remette ses documents de voyage pour faire en sorte qu'il ne puisse pas repartir avec eux. La convention ne concerne pas non= =plus les enfants adoptés ; vous savez que l'adoption n'est pas permise par le Code de la Famille algérien, et cela a été répété lors des travaux préparatoires. On peut même dire que le titre même de la convention (“les enfants issus de parents franco-algériens”) conduit à écarter les enfants adoptés ». Françoise MONEGER, "Règles de conflit…", Op-Cit, p 7.

[3] Hélène GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", Recueil des cours, publié par Académie de droit international de la Haye, 1991-I, p.170. et voir aussi: Ali

على الأطفال الطبيعيين المولودين من أمهات فرنسيات وأباء جزائريين، ولم يحكم لهم بممارسة حق الزيارة والجزائر منذ سنة 1985 سهلت عودة حوالي 50 طفل غير شرعي إلى فرنسا مولود من أمهات فرنسيات[1].

من جهة أخرى، فإن الأطفال المتبنون هم أيضا مقصون من الحماية التي تفرضها هذه الاتفاقية، وهذا تماشيا مع أحكام قانون الأسرة الجزائري[2] لاسيما المادة 46 منه التي تنص على أنه:" تمنع التبني شرعا وقانونا"، بالرغم من أن التبني معترف به في القانون الفرنسي حيث اعتبر الطرف الفرنسي عدم اعتراف قانون الأسرة لسنة 1984 بالتبني يعتبر خرقًا لحقوق هؤلاء الأطفال ومن شأنه خلق عدة مشاكل مستعصية الحل، وهو ما يتنافى مع أسباب وضع الاتفاقية[3]. إلا أن قانون الأسرة الجزائري قد وضع نظاما بديلا للتبني، بموجب المادة 116 منه[4] ألا وهو الكفالة التي تعتبر التزامًا على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر، لكن هذه الكفالة لا تأثير لها على النسب طبقا لأحكام المادتين 119 و 120 من نفس القانون[5]. كما أن كفالة الطفل سواء كان معروف أو مجهول النسب تتم بموجب عقد رسمي لصالح الكافل الذي يتحمل مسؤولية الطفل المكفول، وطبقا للمادة 125 من قانون الأسرة[6] فإن التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، وبالتالي فإن الزوج الجزائري المتزوج من زوجة فرنسية والذي كفل طفلا أمام القضاء الجزائري وأراد حضانة هذا الطفل بعد طلاقه بفرنسا، وبالمقابل تحاول زوجته هي الأخرى الاحتفاظ بهذا الطفل وحضانته.

MEBROUKINE, " La convention Algéro-Française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien ", Revue critique de DIP, janv. mars 1991. p. 1.

[1] Nadia AIT-ZAI, "Les droits de l'enfant en Algérie", Rapport Alternatif, (40ème pré-session du Comité des Droits de l'Enfant, 08 juin 2005), Nations-Unies Genève, CIDDEF, Alger, Juin 2005, p 27.

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر العدد 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

[3] Alcide DARRAS, Albert GEOUFFRE DE LAPRADELLE, Jean Paulin NIBOYET, Henri BATIFFOL, Revue critique de DIP, 1991. p.p 2 et 4.

[4] والتي نصت على أن:" الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي ".

[5] تنص المادة 119 من قانون الأسرة على أنه:"الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب". أما المادة 120 فتنص على أنه:"يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وان كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

[6] والتي تنص على أن:" التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك ، والا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".

وهنا نجد أن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الجزائرية في ميدان الكفالة تثير عدة تساؤلات حول ما إذا كانت أحكام الاتفاقية تشمل الطفل المكفول.

من جهة أخرى يرى بعض الفقهاء الفرنسيين[1] أن الموقف الجزائري المتبني بخصوص الأطفال الطبيعيين أو المتبنين غير معقول لكونه يقلص من مجال تطبيق الاتفاقية.

أما السيد "علي مبروكين" فيرى بأن هذه المسألة تنازلاً فرنسيا للطرف الجزائري، لكن حالات الأولاد الطبيعيين والمتبنين ضئيلة إذا ما قورنت بالاختلال الذي أحدثته المادة 5 من الاتفاقية التي تنص على أن "الاختصاص منعقد للجهة القضائية الواقع بدائرتها موطن الزوجية"، وطبقا لذلك فإن القاضي المختص هو بالطبع وفي جميع الحالات القاضي الفرنسي[2].

ثانيا_الآباء المعنيين بتطبيق الاتفاقية:

هذه الاتفاقية لا تطبق إلا على الأطفال الناتجين عن زواج شرعي مختلط جزائري فرنسي، أي لا يمكن تطبيقها على الأزواج الجزائريين المقيمين بفرنسا، وهنا يمكن استحضار عدة حالات أين أقبل الآباء الجزائريين على ترحيل أطفالهم إلى الجزائر بعد طلاق أمهاتهم الجزائريات المقيمات بفرنسا اللاتي رفضن العودة إلى أرض الوطن. وعليه فإن هذه الاتفاقية لا تجد لها مجالا للتطبيق إلا على الأمهات الفرنسيات بأزواج جزائريين أو الزوج الفرنسي لزوجة جزائرية[3].

كما أن هذه الاتفاقية تستبعد من التطبيق حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا أو فرنسيا والزوج الآخر من جنسية أخرى أو إذا كانا الزوجين فرنسيين مقيمان بالجزائر أو جزائريين مقيمان بفرنسا، كما سبق وأن أشرنا فهؤلاء يبقون خاضعين للاتفاقية القضائية المبرمة في سنة 1964 التي تنص على إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية، وهذا ما ينطبق في حالة ما إذا كان الأطفال مزدوجي الجنسية (نسبا ومكان ميلاد).

فالجزائرية التي تتزوج بفرنسي يعتبر زواجها مختلطا، لكن هذه العلاقة تطرح إشكالا في القانون الوضعي الجزائري. كما أنه طبقا للمادة 6 من قانون الجنسية الجزائري فالأم الجزائرية لا تمنح

---

[1] Françoise MONEGER, La convention relative aux couples mixtes séparés. JDI, 1989, p 45.

[2] بوبكر مولود، المرجع السابق، ص 71. و راجع أيضا:

Françoise MONEGER, "Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur", Op-Cit, p 8.

[3] la convention de 1988, puisque cette convention ne concerne **que la mère française ou l'époux français**. Il faut que ce soit un couple mixte, les résidents ne sont pas concernés. Voir. Françoise MONEGER, "Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur", Op-Cit, p 7.

جنسيتها لأطفالها إلا في حـالة ما إذا كان الأب عديم الجنسية أو مجهـولا[1] إضافة إلى أن الجزائرية المسلمة زواجـها بغير مسلم ممنـوع شرعـا و قانونا طبقا لنص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري[2].

نصت المادة 31 من قانون الأسرة على أن:"يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية". كما نصت المادة 34 من نفس القانون على أن:"كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء". فمن خلال استقراء هاتين المادتين نجد عمليًا حالات زواج الجزائرية المسلمة بفرنسي غير مسلم وينتج عنه أطفال، وفي حالة الطلاق الذي يقابله الفسخ بعد الدخول، يمكن استفادة هؤلاء الأطفال في الجزائر من تطبيق الاتفاقية.

كما ترى السيدة Françoise MONEGER أنه لابد من تطبيق الاتفاقية تطبيقا عاديا وأن يكون مجال تطبيقها واسعا، وتقترح على القاضي الفرنسي في حالة ما إذا كان الأب مزدوج الجنسية-جزائري فرنسي- و الأم فرنسية ألا يأخذ في الاعتبار سوى الجنسية الجزائرية حتى يتسنى وصف زواج الطرفين بالمختلط، وحتى لا تحرم الأمهات الفرنسيات من امتيازات الاتفاقية. وهذا خلافا لما نصت عليه المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي[3] التي تجعل القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق في مسائل الحالة والأهلية، حتى بالنسبة للفرنسي المقيم في الخارج، وأن الجنسية الفرنسية هي المرجحة في حالة ما إذا كان للشخص عدة جنسيات مختلفة[4].

هناك حالة أخرى، تثيرها هذه الاتفاقية هو مدى إمكانية تطبيقها على الحالة التي يكون فيها كلا والدي الطفل متمتعا بجنسيتين جزائرية وفرنسية في نفس الوقت، وهنا نكون أمام حلين اثنين إما أن نطبق الاتفاقية على اعتبار أن الأب يحمل جنسية أصلية جزائرية والأم من جنسية أصلية فرنسية بغض النظر عن الجنسية الأخرى المكتسبة. أو لا نطبق الاتفاقية في هذه الحالة باعتبار الزوجين من جنسية فرنسية.

---

[1] Nadia AIT-ZAI, Op-Cit, p 12.

[2] تنص المادة 30 من قانون الأسرة على أنه:" يحرم من النساء مؤقتا:...زواج المسلمة مع غير المسلم". راجع أيضا: بوبكر مولود، المرجع السابق، ص 71.

[3] تنص المادة 3 ف 3 من القانون المدني الفرنسي على أن:" القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم تحكم الفرنسيين حتى و لو كانوا مقيمين في الخارج".

[4] بوبكر مولود، المرجع السابق، ص 72.

الفرع الثاني: النقائص التي تشوب تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

تطبيقًا لهذه الاتفاقية فقد نصت المادة الأولى منها على تعيين وزارتي العدل لكلا البلدين سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية، تتعامل السلطتان المركزيتان بصورة مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجانًا، وتتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر. كما نصت المادة الثانية من الاتفاقية على أنه:"يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، أن تتخذ جميع الإجراءات الملائمة من أجل:

- البحث عن مكان وجود الطفل المحضون. وتقديم المعلومات المتعلقة بحالته الاجتماعية أو بأي إجراء قضائي يخصه، والعمل على إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

- تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة الوالد الذي لم تتقرر الحضانة في حقهأي تمكين الطفل من زيارة الوالد، من جهة، ومن جهة أخرى تمكين هذا الأخير(الأب أو الأم التي لم تتقرر له الحضانة)من الممارسة الفعلية لحق الزيارة والعمل على تنظيمها، كتسهيل طالب الزيارة بإجـــراء التأشيرة للدخول والخروج من الدولة.

- ضمان تسليم الطفل للطالب الحاضن الذي تقررت الحضانة لصالحه بموجب حكم أجنبي يطلب تنفيذه في الدولة الأخرى.

- اطلاع السلطة المركزية الملتمسة أي المقدمة للطلب على التدابير المتخذة والنتائج المتوصل إليها.

- كما يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود البلدين وفيما بين حدودهما طبقا للفقرة الأولى من المادة 06 من الاتفاقية.

- كما ألزمت الاتفاقية في الفقرة الثانية من المادة 6[1]، القضاة عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، وهو الأمر الذي تبناه المشرع

[1] تنص المادة 6 في فقرتها الثانية على أن:"كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين و ينص على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين". فمن خلال هذه المادة نستشف أن المحكمة التي تنظر في النزاع المتعلقة بحضانة الطفل ليست دائما المحاكم الفرنسية باعتبارها مكان الحياة العائلية المشتركة كما أشارت إلى ذلك المادة 5 من الاتفاقية، و عليه يمكن للأب الجزائري أن يرفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية بشأن حضانة أطفاله و تسند إليه الحضانة و يمنح للأم الفرنسية حق الزيارة.

الجزائري بموجب نص المادة 64 من قانون الأسرة[1].

رغم محاولة الدولتين لإيجاد حلول توافقية بينهما تصب في مصلحة الأطفال المولودين من زواج مختلط بعد انفصال والديهم، إلا أنه من الناحية العملية لا تخلوا من صعوبات في التطبيق، فهي تثير عدة إشكالات لابد من الوقوف عندها، لأنها تبقى مجالا للتحفظ وخاصة فيما يتعلق بقاعدة الاختصاص القضائي الذي غالبا ما يُمنَح للقضاء الفرنسي على أساس مسكن الزوجية المشتركة[2].

كما قد تتعارض أحكام هذه الاتفاقية مع النظام العام الجزائري، لأن هذه الأحكام القضائية عند صدورها سواء من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية تتصادم مع الواقع إذ تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، خاصة في حالة إسناد الحضانة إلى الأم الفرنسية، لكونها أولى بحضانة الطفل، وتمارس الحضانة في فرنسا نظرا لتمسك القاضي الفرنسي بتطبيق قواعد قانونه الخاص تبعا لجنسية المدعية.

كما تطرح مسألة الحضانة مشكل آخر يتعلق بممارسة الأب لحقه في الزيارة والرقابة، نظرا لبعد المسافة بينه وبين الطفل المحضون، وهي مسألة لم تعالجها أيضا هذه الاتفاقية، هذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري. وهكذا يكون القاضي الجزائري قد خالف أحكام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، ويكون بذلك قد خالف القاعدة الدستورية التي نصت عليها المادة 150 من دستور 2016[3]، والتي جاء فيها أن: "المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"، وهذا مشكل آخر يدعو لإعادة النظر في أحكام هذه الاتفاقية.

عند حكم القاضي بالحضانة لأحد الأبوين يمنح للطرف الآخر الحق في الزيارة، وطبقا للمادة 7 من الاتفاقية السالفة الذكر، فقد يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال المنصوص عليها في قوانين كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما، ويباشر وكيل الجمهورية المختص اقليميا بمجرد تسلمه شكوى طالب

[1] إذ تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم...، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[2] يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 197.

[3] القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر العدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

الزيارة المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة[1].كما اكدت المادة 8 من الاتفاقية على تعهد الطرفين المتعاقدين بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة، إذا لم يرد الطفل إلى البلد الممارس فيه حق الحضانة، ونتيجة ذلك يحرم مخالف هذا الحكم بممارسة حقه في الزيارة حتى ولو صدر حكم يمنحه حق ممارسة الحضانة أو قدم دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل. كما تطبق نفس الجزاءات في حالة ممارسة حق الزيارة خارج الفترات المحددة من طرف السلطة القضائية المختصة.

إلا أنه في بعض الأحيان قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين لحقه في الزيارة، فلا يُرَدُّ الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن ورغم ما أشارت إليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة، لأنه حتى وان 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 لتنفيذ إجباري لإرجاع الطفل إلى البلد الذي غادره، إلا أنه من الناحية العملية لا تستجيب سلطات الدولة الأخرى بسبب عدم قبول تلقي وتنفيذ الأوامر من دولة أخرى، كما أن تدخل القناصلة في مثل هذه الحالات خاصة عندما يكون الطفل أو والده مزدوج الجنسية غير مجد وغير مقبول، لأن الموقف الجزائري –مثلما هو الحال في كثير من الدول- متصلب[2]، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية، وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة النفقة ولا مراجعة حكم الحضانة، أو طلب إسقاطها عن الأم كما لو تزوجت بأجنبي غير محرم... فلا يمكن للأب الجزائري أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر بفرنسا الذي أسند الحضانة إلى الأم الفرنسية، أمام القاضي الفرنسي حتى يتمكن من تربية أطفاله على دينه، مستندا في ذلك على أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، وكذلك المادة 26 فقرة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر1948[3]. كما لا نتصور أن يحكم القاضي الفرنسي لصالح الأب الجزائري. و هذا ما يدعو لإعادة النظر في بنود هذه الاتفاقية وإيجاد

[1] بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008-2009، ص 162.

[2] بوبكر مولود، المرجع السابق، ص 46.

[3] تنص المادة 26 ف3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن:"للآباء الحق الأول في اختيار نوع تربية أولادهم". راجع أيضا: بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 163.

حلول أكثر جدية و واقعية تحقق مصالح الأطراف دون إهمال المصلحة الفضلى للطفل والأخذ بعين الاعتبار قواعد الشريعة الإسلامية الغراء.

من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص، أي في حالة ما إذا لم يكن أحد الزوجين فرنسيا، وذلك ما يتم التطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط

عندما ينشأ النزاع وتقام الدعوى أمام القاضي الجزائري بين زوجين جزائريين حول مسائل الزواج والطلاق وآثارهما، لا يكون هناك أي نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق، لأن قانون بلدهما المشترك هو القانون الواجب التطبيق. لكن الأمر يختلف عندما يكون أحد طرفي الدعوى أو كلاهما أجنبيا، ويثار النزاع أمام القاضي الجزائري، فليس من العدل تطبيق القانون الجزائري على الأجانب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية التي ينظمها قانون بلادهم، والتي غالبا ما يحيل عليها القانون المدني الجزائري وفقا لقاعدة الإسناد[1].

تمتد الآثار لتشمل علاقة الوالدين بأبنائهم رغم طلاقهما، وعلى الرغم من أهمية هذه الآثار فإن التشريعات -بما فيها المشرع الجزائري -لم تحدد قاعدة إسناد خاصة بآثار انحلال الرابطة الزوجية وخاصة الحضانة، ونظرا لتحيز كل قاضي لتطبيق قانونه الوطني رغم وجود اتفاقية بين البلدين كالاتفاقية الجزائرية الفرنسية. وأمام الجدل الفقهي الصاخب، كان علينا تحديد القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال باعتبارها أثر هام من الآثار الشخصية لانحلال الرابطة الزوجية.

لذلك سنحاول استعراض بعض المواقف الفقهية والتشريعية من هذه المسألة في المطلب الأول، ثم نتعرض للصعوبات التي تواجه القاضي في تطبيق قانون جنسية الزوج والحلول البديلة له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التكييف الفقهي والتشريعي للحضانة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها

تعتبر الحضانة المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس والتي يحتاج فيها الطفل إلى

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، ط4، 2010، ص 176.

رعاية واهتمام[1]، وان كانت لا تثير مشاكل إذا كان المطلقين من جنسية واحدة ويعيشون في بلدهم الأصلي، فهي تثير العديد من الإشكالات في حالة اختلاف جنسيتهم وإقامتهم في دولتين مختلفتين، مما تبرز مسألة تنازع القوانين و مشكلة التكييف القانوني للحضانة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

سنتناول في هذا المطلب، الاختلاف الفقهي والتشريعي لمسألة تكييف حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط(الفرع الأول)، ونبين الصعوبات التي تواجه القاضي في تطبيق قانون جنسية الزوج والحلول البديلة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي والتشريعي لمسألة تكييف الحضانة

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن، بمعنى الضم إلى الجنب. وشرعا هي تربية الولد لمن له حق الحضانة. وتعني تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل والكبير المجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله.... وأما صاحب الحق في الحضانة فمختلف فيه بين الفقهاء، كما اختلف أيضا في تحديد طبيعتها القانونية.

أولا- صاحب الحق في الحضانة:

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن في الحضانة حقوق ثلاثة، فهناك من يعتبرها حق للحاضن أي للأم أو للأب، لأن له أن يسقط حقه ولو بغير عوض. والحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، وإذا بلغ الطفل سنًا معينة كان الأب أحق بها لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء. وهناك من يعتبرها حق للمحضون، فلو أسقطها هو لسقطت[2].

يذهب البعض من الفقه[3] إلى القول بأن الحضانة حق للصغير على أمه وليس حقًا للأم فيه، ويترتب على ذلك أن الأم تجبر على حضانته ولا خيار لها في التنازل أو الامتناع عن ذلك بينما ذهب فريق آخر من الفقه[4] إلى أن الحضانة حق للأم ويترتب على هذا، أنها لا تجبر على حضانة

[1] كمال درع، "مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، العدد الأول، سنة 2001، ص 44.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 718/7. وعبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له،دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 356.

[3] شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السابع، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1938، ص274 .

[4] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، بولاق، مصر، 1974، ص620 .

الصغير ولها أن تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها، ويرى فريق آخر[1] إلى أنها حقًا للأم والصغير فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وحق الصغير فيها أقوى[2]. وان التوفيق بين هذه الحقوق واجب إذا أمكن، أما إذا تعذر ذلك وتعارضت الحقوق، قدّم حق المحضون. وهو ما يعبر عنه بمصلحة المحضون.

ثانيا:الطبيعة القانونية للحضانة:

إذا كان هناك اتفاق حول المقصود بالحضانة، فإن الفقه والقضاء اختلف في تحديد الطبيعة القانونية لها، وعليه فقد برزت عدة اتجاهات فقهية، فقد اتجه معظم الفقهاء الفرنسيين " Batiffol ، Mayer "وبعض الفقهاء المصريين[3] إلى اعتبارها أثر من آثار الزواج كون أنها تتعلق ببنوة الولد الناتج عن العلاقة الزوجية[4]، وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج، إلا أن هذا الاتجاه تعرّض للنقد بحجة أن عقد الزواج تم انتهائه بالطلاق أو التطليق وبالتالي لا مجال للحديث عن آثار الزواج.

لذلك أدرجها البعض الآخر ضمن آثار النسب، خاصة أنها تعد التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه، ورغم ذلك انتقد هذا الرأي كون أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة له برعايتهم.

أما الفقيه"Bartin" فقد أدرجها ضمن مسائل الولاية على المال، ورغم ذلك انتقد لأن المقصود بالولاية على المال، حفظ مال الصغير وإنماؤه، وليس تربية الطفل ورعايته. وقد تبنى القضاء المصري في بعض أحكامه هذا الاتجاه، حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة القاهرة رقم 89 المؤرخ في 2 فيفري1954 ما يلي: "حيث أن واقع الأمر وأنه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينه بالنسبة للحضانة ومن أجل ذلك فإن المحكمة ترى أن تأخذ في شأنها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير الذي يجب حمايته، قياسًا في ذلك، على ما هو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القانون المدني المصري من أنه: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"،

---

[1] محمد جواد مغنيه، فقه الإمام الصادق، ج5، دار العلم للملايين، بيروت، ط1978،2، ص 382 .

[2] فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، "تنازع القوانين في الحضانة(دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، العراق، ص 158.

[3] أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص228.

[4] 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 الجامعية:2010-2011، ص ص 33، 34.

وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون الإنكليزي هي الواجبة التطبيق في شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبار أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتهما إلى المدعية هما إنجليزيان متبعًا لوالدهما المدعى الإنجليزي الجنسية"[1].

إلا أن الرأي الغالب وهو الراجح والذي أخذت به أغلب التشريعات فيما بعد، فقد اعتبرها أثراً من آثار الطلاق، لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية. تطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض المصرية على انه: "متى ما كان الحكم بالتطليق لم يصدر لمصلحة الزوجة ولا بناء على خطأ الزوج وحده وانما صدر لخطأ الزوجين معًا، فانه طبقًا للقانون المدني الفرنسي- الزوج أحق بحضانة ابنه، وانه لا مصلحه للزوجة في التمسك بالقاعدة العامة الواردة في صدور المادة 302 من ذلك القانون والتي تقضي- بأن تكون كفالة الأولاد حقًا للزوج الذي حُكم له بالطلاق، بمقولة أنه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقًا لهذا النص"[2].

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية والأجنبية من تنازع القوانين حول الحضانة

تنادي اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، بإخضاع مسألة 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 الشخص الحاضن. فهناك بعض التشريعات من تبنت هذا الاتجاه بحكم أن موطن إقامة الطفل يتماشى مع تحقيق المصلحة الفضلى للطفل. وهناك تشريعات أخرى طبقت قانون الزوج وقت انعقاد الزواج. إلا أن هذه التشريعات منها من أوجد قاعدة إسناد خاصة

بالحضانة، وهناك من سكت عن ذلك، وألقى على عاتق الفقه والقضاء تولي هذه المهمة.

أولا-موقف بعض التشريعات العربية:

1-التشريعات العربية التي سكتت عن إيجاد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة:

إن المشرع الجزائري، وبخلاف بعض المشرعين العرب، فقد تطرق في المواد من: 10 إلى

[1] أشار إليه: فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، المرجع السابق، ص 163.

[2] القرار رقم 38 سنة 26 ق، أحوال الشخصية، بتاريخ 27 مارس 1958، منشور في مجله المحاماة ، الصادرة عن نقابه المحامين المصريين، العدد الثاني، السنة التاسعة والثلاثون، أكتوبر 1958، ص ص 141، 144. نقلا عن: فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، المرجع السابق، ص 163.

16 من القانون المدني، إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية[1]. ولم يخص حضانة الأطفال والمسائل المتعلقة بها مثل تحديد من هو الحاضن أو أوقات الزيارة ومدتها بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، لأن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، فقد ساير المشرع الجزائري الرأي الفقهي الأخير حيث اعتبرهاأثراً من آثار انحلال الزواج، إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإن تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقا لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري[2]. وهي بذلك تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج طبقا للمادتين 2/12 و 13 من القانون المدني الجزائري[3]، وهو حل استقر عليه في القانون المقارن والقضاء الجزائري.

عند الرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 2/12 التي تنص على:"أنه يسري على انحلال الـــزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة، وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الجزائر، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. بالتالي إذا كان الزوج جزائريا وقت رفع الدعوى فإنه يرجع إلى قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 69 منه، لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة، كتحديد من له الحق في الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة الطفل أو الأطفال المحضونين.

لقد أقرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وايطالي، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 12 فقرة 2، أي لقانون جنسية الزوج، وطعنت الزوجة في هذا الحكم لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، ط 2000، ص 126.

[2] تنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري على أنه:"يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" وراجع دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد الرابع، جانفي 2011، ص 247، 248.

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

بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية. فقررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض هذا الحكم، واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج[1].

أما الفقرة الثانية من نص المادة 12 من القانون المدني الجزائري فقد أخضعت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى. إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني التي تنص على أنه:"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج..."، من هنا نجد أن القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام العقد، وبالتالي فالقاضي الجزائري هو وحده المختص لحل هذا النزاع. لكن لو طُرح أمام جهة قضائية أجنبية فإنه -حتما- لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي. وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيلاً من طرف قاضي أجنبي، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه،كما نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، كما أشرنا سلفًا.

حول تمسك القاضي الأجنبي بتطبيق قانونه الوطني بخصوص هذه المسألة نضرب مثلا الحكم القضائي المؤرخ في 28 نوفمبر 1995 تحت رقم RC III/95 الصادر عن محكمة ليبورك ببولونيا- قسم العائلات والأطفال- الذي أسند حضانة الطفلة المولودة من أب جزائري و أم بولونية إلى الأم ومنحها السلطة الأبوية وألزم الأب بدفع النفقة الغذائية. ثم قامت بمراجعة النفقة بموجب حكم قضائي صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 04 أفريل 2002 تحت رقم III RC/35-01 . و في حكم آخر صادر عن محكمة سولنا الابتدائية(السويدية) المؤرخ في 02 ديسمبر 2011 القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوج الجزائري و الزوجة السويدية و أسند حضانة البنتين إلى الأم السويدية، وطالبت الزوجة بإمهار هذا الحكم بالصيغة التنفيذية أمام محكمة وهران، فحكمت هذه الأخيرة بذلك بموجب حكم صادر بتاريخ 01 أفريل 2012 تحت رقم 12/1510. وهكذا نجد أن محكمة وهران قد أمهرت الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية وتكون بذلك قد خالفت الاجتهادات

[1] دربة أمين، المرجع السابق، ص 248.

القضائية التي استقرت عليها المحكمة العليا.

سكت **القانون المدني المصري** الساري المفعول، هو الآخر عن وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وترك ذلك على عاتق الفقه والقضاء لتولي هذه المهمة. فذهب البعض من الفقه، إلى أنها أثر من آثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج، وساير القضاء المصري هذا الاتجاه في بعض أحكامه[1].

تطبيقًا للمادة 16 من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"، فقد كيّف جانب آخر من القضاء المصري الحضانة على أنها ولاية على المال، وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشخص الواجب حمايته. غير أنه لا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال، بهذا تعتبر الحضانة المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، وما دامت كذلك فقدأجمع غالبية الفقه المصري على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، أي لقانون جنسية الأب[2]، وهو الاتجاه الفقهي الراجح حاليًا في مصر، وهو الرأي الذي تبنته معظم التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري، كما رأينا سلفًا.

2-التشريعات العربية التي أقرت صراحة قاعدة إسناد خاصة بالحضانة:

نص بعض المشرعين العرب صراحة على قاعدة إسناد في هذا الشأن كالمشرع العراقي، التونسي والكويتي[3] وحسنًا فعل المشرع الكويتي، الذي أخضع الحضانة إلى قاعدة إسناد صريحة خاصة بها، بموجب المادة 43 من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961 الساري المفعول، والتي تنص على أنه:"يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس و في الحضانة". كما عالج وبصورة دقيقة وواضحة المسائل المتعلقة بالأبوة والبنوة وتصحيح النسب والتبني

[1] منها حكم محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) الصادر في ماي 1951 في القضية رقم 75 لسنة 1950، وفي 12جوان 1951 في القضية رقم 121 لسنة 1950 ، وفي 15 يناير 1952 في القضية رقم 79 لسنة 1951 ، وفي 4 مارس 1952 في القضية رقم 57 لسنة 1951 . وكذلك حكم محكمة الإسكندرية الصادر في 3 نوفمبر 1952 في القضية رقم 43 لسنة 1951، منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن، السنة 1952، ص165. نقلا عن:فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، المرجع السابق، ص 164. في الهامش رقم (31).

[2] دربة آمين، المرجع السابق، ص 247.

[3] يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 193. فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، المرجع السابق، ص 164.

بموجب المواد 41، 42 و 43 من نفس القانون. وبالتالي فإن قانون جنسية الزوج هو الواجب التطبيق على قضايا الحضانة.

تنص المادة 50 من القانون الدولي الخاص التونسي[1] على أنه:" تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره. و يطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".أي أن المشرع التونسي وضع قاعدة إسناد أصلية وأخرى احتياطية، تتمثل الأولى في إعمال قانون مكان حل الرابطة الزوجية، وإن لم تتحقق يطبق القاضي قانون جنسية الطفل، والا طُبق قانون موطن الطفل أي مكان إقامته المعتاد.

كان موقف القانون العراقيموقفا متميزاً ، حيث أنه لم يورد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة إلا أنه جمع كل المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مابين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحدة وأخضعها لقانون جنسية الزوج(الأب)، بموجب المادة 4/19 من القانون المدني التي تنص على أن: "المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مابين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب". وعلى هذا يمتد نطاق قانون جنسية الأب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها وأجرتها ومراتبها، إلا أن هذا القانون يتعطل إذا كان أحد الزوجين عراقيًا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 5/19 من نفس القانون، وتطبيقًا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية على أن: "الجدة لأب أولى بحضانة الصغيرة من الأم الأجنبية غير المقيمة في العراق"[2].

وحسب نص المادة 32 من القانون المدني العراقي كذلك يتعطل تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي. حيث اعتبر القضاء العراقي أن الإسلام هو أشرف الأديان وكرس هذا المبدأ في العديد من أحكامه. أي إسناد العلاقة الخاصة 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 الدعوى أشهرت الزوجة إسلامها أمامه وصدرت بإسلامها الحجة الشرعية المرقمة 1042 سجل 576 بتاريخ 1978/10/28، أسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون المصري، وعرضت المحكمة الإسلام على زوجها فأبى ولم يقبل الدخول في الإسلام وحكمت المحكمة لصالح الزوجة بحضانة الأطفال، فنقض الزوج الحكم أمام محكمة النقض والتي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في

[1] القانون رقم 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

[2] القرار رقم 1990 /شرعية/1970 الصادر بتاريخ 1970/11/30، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الأولى، ص23 .

الموصل، وقضت بأن: "الأولاد الصغار بموجب الشريعة الإسلامية، يتبعون من أسلم من الزوجين، لهذا يصح الحكم المميز الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين وتسليم الأولاد إلى أمهم"[1].

ثانيا-موقف بعض التشريعات الأجنبية:

نجد معظم القوانين الأوروبية اعتبرت الحضانة أثراً من آثار الطلاق متأثرة بالديانة المسيحية التي تعطي الحق للحضانة للأم إن لم تتسبب في الطلاق، **كالقانون الفرنسي**- الذي جاء خاليًا من أحكام خاصة بالحضانة، حيث كان القضاء الفرنسي-يكيف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، حيث اعتد في بعض أحكامه بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. لكن بعد الانتقادات الموجهة إليه من قبل الفقه قرر إتباع قانون جنسية الزوج وقت الزواج، والذي هو نفس القانون المتبع على آثار الطلاق. ولكن الرأي الراجح لدى الفقه الفرنسي-، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون.

وسّع القضاء الفرنسي- بتطبيق القانون الفرنسي- بشأن مشكلات الحضانة بين الأجانب المقيمين بفرنسا. وأخضع التدابير التحفظية لقانون القاضي، أما الإجراءات الموضوعية الخاصة بالحضانة تخضع دائمًا للقانون الذي يسري عليها. كما يطبق قانون العقوبات الفرنسي الذي يحمي بنصوصه الحق في الحضانة على الأجانب، ويعاقب على جرائم خطف الطفل المحضون وعدم تسليمه[2].

أما **القانون الإنجليزي** لم يورد أحكامًا خاصة للحضانة، بل أخضعها للسلطة التقديرية للقاضي، يعهد بها لمن يراه مناسبا وأقدر على رعاية الطفل، وتسترشد المحكمة فيها بالمصلحة الفضلى للطفل، إلا أن القضاء الإنجليزي فقدتأثر بنفس الاتجاه الّذي أخذت به اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، وأخضع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل. وفي هذا الصدد يقول بعض الفقه الانجليزي[3]: "أن القانون الانجليزي غير واضح في بعض المسائل التي تعرض على المحاكم وتنشأ في مكان أو آخر ويتزاحم فيها أو لحكمها أكثر من قانون كقانون موطن الأب وقانون موطن الطفل أي قانون مكان الإقامة المعتاد للطفل".

---

[1] القرار رقم 20/ هيئة عامة / 1979 بتاريخ 1979/4/7 ، مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العددان الثالث والرابع ، السنة الرابعة والثلاثون، 1979، ص207. نقلا عن: فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، المرجع السابق، ص 167. في الهامش رقم (46).

[2] دربة آمين، المرجع السابق، ص ص 247، 248.

[3] Martin wolf, Private international law, second edition, Oxford, London,1950, p. 389, 390. Dicey and Morris, The Conflict of Law, 9ed., Butterworth's, London, 1974, p. 348.

إن قانون الطفل لسنة 1989 الذي بين واجبات الوالدين تجاه الأولاد، والذي احتفظ بالصبغة المسيحية التي تعطي حق حضانة الطفل للأم إذا لم تتسبب في الطلاق، وتميل المحاكم الانجليزية بصورة عامة إلى إعطاء حق الرعاية إلى الأم عندما يكون الطفل رضيعًا، أما بعد الفصام تنتقل الحضانة إلى الأب إذا كانت الأم متسببة في الطلاق. وتظهر الصعوبة في المراحل المتأخرة من الطفولة والتي قد يحصل فيها الطفل على موطن مستقل به، فيبدو أن المحكمة تفضل تطبيق قانون موطن الأب باعتبار الأب أصل الطفل[1].

المطلب الثاني: الصعوبات التي تواجه القاضي في تطبيق قانون جنسية الزوج على الحضانة والحلول البديلة له

يثير ضابط الإسناد الخاص بحضانة الطفل المتعلق بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى العديد من الإشكالات القانونية والعملية، وهو ما يؤثر سلبا على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي. وهو الضابط المنصوص عليه في المادتين 12و 13 من القانون المدني الجزائري، فهذه المادة الأخيرة أثارت الكثير من التساؤلات وأسالت الكثير من حبر الفقهاء، الذين وجهوا لها عدة انتقادات. ونحن من خلال هذا المطلب سنحاول تبيان تلك الانتقادات في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنتناول بعض الاقتراحات لإيجاد الحل الملائم.

الفرع الأول: الانتقادات الموجهة لتطبيق قانون جنسية الزوج على الحضانة

إن أغلبية الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني ومنها فرنسا وألمانيا وايطاليا، وجميع الدول العربية ومنها الجزائر-كما رأينا سابقا- التي تخضع علاقات الأحوال الشخصية ومنها مسائل الحضانة **لقانون الجنسية**، ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها أن قانون الجنسية قانون الوسط الاجتماعي للشخص الذي يعكس أخلاقه وعاداته وثقافته وقيمه، لأنه القانون الأقرب للشخص من أي قانون آخر، فضلا عن أن الشخص واحد لا يتعدد ولا يتغير ولا ينعدم. مما يعني أن حالة الشخص لا تتغير بتغير مكان إقامته أو موطنه. إضافة إلى أن الجنسية رابطة تمتاز بالاستقرار نظرا لصعوبة تغييرها، وسهولة إثباتها لأنها تقوم على وثائق مادية[2].

إلا أن هذه الاعتبارات والمبررات لم تسلم من الانتقادات، لأن قاضي النزاع قد يواجه

[1] فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، المرجع السابق، ص ص 161، 168.

[2] حسين نوارة، " الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية" المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص ص 39، 40.

عدة صعوبات بخصوص تطبيق قانون الجنسية، وهي تتمثل بتعدد الجنسية، انعدامها وتغيرها. إضافة لكون أن اختيار قانون الزوج وقت رفع الدعوى يمس بمبدأ المساواة بين الزوجين.

أولا- المساس بمبدأ المساواة بين الجنسين(الزوجين):

إذا اعتبر البعض[1] أن المادة 13 من القانون المدني قد ساوت بين الرجل والمرأة الجزائريين في تحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، عكس ما نجده في المادة 12 التي أحالت إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقد اعتبر البعض أن اختيار المشرع الجزائري لهذا الضابط يُعدُّ تعسفيا-في حق الطرف الآخر الأجنبي- مادام قانون الزوج ليس قانونا محايداً خاصة إذا كان الزوجين من جنسيتين مختلفتين[2]، مما يجعله مخلا بمبدأ المساواة بين الجنسين(الزوجة والزوج) -الذي حمته مختلف التشريعات الدولية والوطنية لا سيما الدساتير الجزائرية-نظراً لتفضيل جنسية الزوج على جنسية الزوجة في المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري. فإخضاع انحلال الزواج وآثاره لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى يعني تطبيق قانون تجهله الزوجة وقت إبرام الزواج، وهذا ما يؤدي إلى مفاجئتها وتأثر مركزها وتضرر مصالحها. هذا من جهة. ومن جهة أخرى، قد ينجر على إعمال ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى خضوع انحلال الزواج لقانون قد يكون مجهولا لكلا الزوجين وقت انعقاد الزواج، فقد يغير الزوجين جنسيتهما بعد إبرام عقد الزواج ويسمح له القانون الجديد إجراء الطلاق بينما القانون الجنسية السابق كان لا يسمح بفك الرابطة الزوجية[3]، أو العكس.

من جهة أخرى نجد أن القاضي الجزائري عند تحيزه في إسناد الحضانة لأحد الأبوين الذي يقيم بالجزائر وغالبا ما يكون الأب يخالف الترتيب الذي جاءت به المادة 64 من قانون الأسرة، و يعمل على تطبيق قواعد النظام العام مراعاة لمصلحة المحضون.

---

[1] عثماني بلال، "دراسة نص المادة 13 من القانون المدني"،المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص 188.

[2] عليوش قربوع، "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري"،المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص 160.

[3] موري سفيان، إشكالية الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق،المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص ص 27، 28.

ثانيا- في حالة تعدد الجنسية أو انعدامـها:

هنا نكون أمام حالتين، الحالة الأولى التي يطرح فيها النزاع أمام قاضي جزائري ويكون أحد طرفي النزاع يحمل جنسيات متعددة منها الجنسية الجزائرية، فالقاضي يطبق قانونه الوطني على مسائل الأحوال الشخصية بما فيها الحضانة، طبقا للمادة 2/22 من القانون المدني[1]. تتحقق الحالة الثانية إذا لم تكن جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتعددة بالنسبة لأحد طرفي الدعوى في مسائل الحضانة، فهنا وتطبيقا لمبدأ تكافؤ السيادات، فإن القاضي لا يملك حق ترجيح جنسيته، ولا مجال لتطبيق قانونه الوطني. كما لا يملك ترجيح إحداها على الأخرى، إلا إذا كانت تلك الجنسية يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، وتشير الوقائع والظروف إلى هذا الارتباط، كزواجه في دولتها أو اشتراكه في الانتخابات فيها أو قيامه ببعض أعمال التجارة أو الوظائف وأداء الضرائب...وهي ما تعرف بالجنسية الفعلية أو الواقعية.

يدعو بعض الفقهاء إلى اعتماد"قانون الجنسية الفعلية" حتى في ظل الحالة الأولى، نظرا لما يحققه من فوائد عملية أهمها تحقيق العدالة والكشف عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة والملائم لها، كما يحقق حل عالمي، وهو الحل الذي تبنته معظم التشريعات العربية منها التشريع الجزائري بموجب المادة 1/22 من القانون المدني، وكذا المادة 1/33 من القانون العراقي[2].

نفس المبدأ(الجنسية الفعلية) تبنته أغلب الدول باعتباره مبدأ تمليه المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعًا، في حالة انعدام الجنسية، مما يستوجب على المحكمة إعمال سلطتها في تعيين القانون الواجب التطبيق، وهذا يعني أن كل شخص سواء في ظل تعدد الجنسية أو انعدامها تفترض له جنسية واحدة هي إما جنسية قاضي النزاع، أو الجنسية الفعلية، أو الجنسية المفترضة حسب كل حالة سبق ذكرها[3].

ثالثا- في حالة تغيير جنسية الشخص:

تبني المشرع الجزائري الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني يشوبه ثغرة قانونية

---

[1] تنص المادة2/22 من القانون المدني الجزائري على أنه:"في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

[2] تنص المادة 1/33 من القانون المدني العراقي على أنه:"تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" و أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه:"في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة للدول أجنبية جنسية تلك الدول فالمحكمة تطبق القانون العراقي وحده".

[3] حسين نوارة، المرجع السابق، ص 45.

وقد يؤدي إلى حلول غير مجدية لأن الزوج قد يغير جنسيته بين وقت إبرام عقد الزواج ووقت رفع الدعوى أمام القضاء، فمثلا لو افترضنا أن تونسية تزوجت بمغربي وتوطنا بالجزائر، وأنجبت طفلا ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق، فلا نطبق القانون الجزائري، لأن القاضي لا يستطيع تطبيق لا المادة 2/12 التي تدعوه لتطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى، ولا المادة 13 التي تدعوه لتطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج.

من جهة أخرى، تثير قاعدة تطبيق قانون الزوج إشكاليات أخرى في حالة تغيير ضابط الإسناد الذي يصطلح عليه بالتنازع المتحرك في الفترة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، أين يجد القاضي نفسه بين قاعدتي إسناد مختلفتين. ولو عملنا بقانون الأب وقت ميلاد الولد، فانه قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الأبناء الذين قد تتغير جنسياتهم بتغيير الأب لجنسيته. إضافة إلى أن الأب قد يتوفى قبل ولادة الولد، فأي القانونين أصلح، قانون وفاة الأب أو قانون جنسيته وقت الزواج، وإذا فضلنا قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى، فإنه قد يحصل تحايل على القانون، وذلك بتغيير الأب جنسيته بهدف الإفادة من قانون دولة معينه لا علاقة له بالنسب[1].

الفرع الثاني: الحلول البديلة لتجاوز الصعوبات العملية وموقف القاضي الجزائري منها

بسبب المشاكل التي تثيرها الحضانة، فقد عمدت الدول إلى تنظيم معاهدات دولية، مثل اتفاقية لاهاي الموقعة في 24 أكتوبر 1956 الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة تجاه الطفل. ومعاهدة لاهاي الموقعة في 15 أفريل 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ الأحكام المتعلقة بالالتزام بالنفقة تجاه الطفل. وهما المعاهدتين التوأمتين الخاصة بنفقة الأولاد. ومعاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 04 فيفري 1969. و اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980، التي عرفت نجاحا كبيرا، حيث بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1980 حوالي 49 دولة[2]. واتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال والتي أجمعت كلها على إخضاع الحضانة **لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل** كضابط

[1] فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، المرجع السابق، ص 165.

[2] يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 195.

للإسناد لاعتباره المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره.

إن المادة الخامسة(5) من اتفاقية لاهاي لعام 1996 عقدت الاختصاص باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية الطفل في شخصه وأمواله إلى السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل. وحسب نص الفقرة (أ) من المادة 15 منها سمحت لهذه السلطات بتطبيق قانونها عند ممارستها للاختصاص المكون إليها. وحرصًا من هذه الاتفاقية على توفير اكبر قدر من الحماية للطفل، وسعت من نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (ب) من المادة 15 على أن: "غير انه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصه أو أمواله يجوز استثناء لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى التي لها اتصال متين بالوضعية"، حيث يلاحظ من هذا النص أن الاتفاقية وفي سبيل توفير أكبر قدر من الحماية، يجوز لها وعلى سبيل الاستثناء أن تطبيق قانون آخر قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيمفي دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بها بجنسيته، أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته إذا كانت جنسيتهما مختلفتين، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حمايته[1] وهو الطفل المحضون.

وهنا نلاحظ أن هذه المادة أعطت للقاضي تطبيق القانون الأصلح والذي يحقق المصلحة الفضلى للطفل، وهو الاتجاه الذي تبنته اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، التي تضمنت العديد من المواد المتعلقة بحضانة الطفل، وأهمها المواد 9 إلى 12، حيث حددت المادة 12 النضج العقلي وسن الطفل اللذان يؤهلانه لتكوين أرائه الخاصة والتعبير عنها في كل ما قد يتخذ من إجراءات قضائية أو إدارية تمسه مباشرة، كما أن المادة 11 في فقرتها الأخيرة، سمحت للدول الأطراف باتخاذ تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعودتهم بصورة غير مشروعة، في حين أن المادة التاسعة(9) قضت بعدم الترخيص للطفل المنفصل عن والديه بالاتصال بهما إذ اقتضت مصلحته ذلك[2].

كما أن الاتجاه الحديث في أوروبا يتجه نحو الأخذ بالموطن كضابط للإسناد وهو أمر ثابت في اتفاقيات لاهاي السالفة الذكر إذ تمثل الأقلية من الدول التي تأخذ بالنظام الأنجلوساكسوني ومنها بريطانيا وأمريكا وايرلندا والدنمرك وبعض دول أمريكا اللاتينية، التي تقرر الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية **"لقانون الموطن"** أي قانون الدولة التي يتخذها الشخص موطنا له وهو

[1] فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغيمش، المرجع السابق، ص 169.

[2] جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 41.

مقر الأعمال ومقر الإقامة، وهذا تقديسا لعلاقة الإنسان بالأرض، والموطن يجعل للإنسان الصلة الأقوى بلدولة من أي صلة أخرى، إضافة إلى أن تطبيق قانون الموطن فيه مصلحة للفرد والغير والدولة[1].

إلا أن الجزائر لم تنضم إلى هذه المعاهدات مما لا يلزمها بتطبيق أحكامها، و هنا يجب الرجوع دائما إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص الجزائري، كما رأينا سابقا. لكنها انضمت إلى الاتفاقية المتعلقة بتحصيل مبالغ النفقة في البلاد الأجنبية والموقع عليها في 20 جوان 1956 بنيويورك، بموجب الأمر رقم 69- 29[2]. أما بخصوص مسألة الاختطاف الدولي للأطفال الذي ينجر غالبا عن تنفيذ الأحكام الأجنبية وممارسة حق الزيارة، فقد صدرت معاهدة لاهاي الموقعة في 25 أكتوبر 1980 الخاصة بالآثار المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، إلا أن الجزائر لم تصادق على هذه الاتفاقية أيضا، إلا أنها صادقت على اتفاقية حقوق الطفل التي تنادي بتحقيق المصلحة الفضلى للطفل.

وتحقيقا للمصلحة الفضلى للطفل، فإذا كانت الحضانة كأصل عام تمنح للأم حسب نص المادة 64 ق.أ، إلا أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى إلى العودة لبلدها، وتنشئ الطفل تنشئة غير دينية، وهذا ما يستوجب إسقاط الحضانة عنها لاسيما إذا تأكد عدم توفرها على الشروط الشرعية لممارسة الحضانة، وفي ذلك قضت المحكمة العليا برفضها حضانة الجدة المسيحية لأن الطفل مسلم، كما رفض القضاء طلب الزوجة اليهودية ضم ابنها إليها مخافة أن يألف غير دين الإسلام وأن يتغذى بالمحرم ويدرج على عادات اليهود، هذا لأن الطفل مرآة عاكسة لما يتطبع به، 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[3].

كما أن المجلس الأعلى في قراره الصادر في25 ديسمبر 1989[4]، أخذ مبدأ في الحضانة

[1] حسين نوارة، المرجع السابق، ص ص 39، 40.

[2] الأمر 69-29 المؤرخ في 22 ماي 1969، ج ر العدد 53 المؤرخة في 17 جوان 1969.

[3] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 19287 المؤرخ في 16 أفريل 1979، المجلة القضائية، الفصل الثاني، لسنة 1981، ص 108، 110.

[4] قرار المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 56597 المؤرخ في 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1991، ص 61، 64.

مفاده"أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أمًا أو أبًا"، أما إذا كانا الأبوان مقيمان في بلاد أجنبية معا، فذلك لا يطرح إشكال بالنسبة للرقابة وحق الزيارة وتربية الأولاد على دين أبيهم.

لكن استثناء ومراعاة لمصلحة المحضون، يمكن إسناد حضانة الأولاد للأم المقيمة خارج الإقليم الجزائري، وهذا ما قررته المحكمة العليا في إحدى قراراتها[1] الذي جاء فيه:"...لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الأم أولى بحضانة أبنائها وأن مصلحتهم تقتضي بقائهم 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 مع أمهم 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".

إن 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 ومرنا، يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر، كما يختلف حسب وضعية المحضون، فما قد يعتبره القاضي الجزائري يحقق مصلحة المحضون، قد يراه القاضي الأجنبي لا يصب في مصلحته، فالقاضي الفرنسي مثلا يعتد بالمصلحة المادية، أما القاضي الجزائري يعتد غالبا بالمصلحة الروحية[2]. لذلك منح المشرع الجزائري في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي نصت على أنه:" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة...ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..." لتحديد مصلحة المحضون.

نظرا للانتقادات الموجهة لتطبيق ضابط جنسية الزوج، فقد رأى جانب من الفقه، أنه كان

[1] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 426431 المؤرخ في 12 مارس 2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 1 لسنة 2008، ص 271. راجع جمال سايس، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 1447، 1449.

[2] جندولي فاطمة زهراء، المرجع السابق، ص 38.

من الأفضل تطبيق القانون الشخصي للطفل لأنه يكتسب الجنسية الجزائرية طبقا للمادة 17 من قانون الجنسية[1] من الأم التي اكتسبت الجنسية الجزائرية بعد الزواج وقبل طلاقها من زوج أجنبي لا يحمل الجنسية الجزائرية. وبالتالي يمكنه الاستفادة من القانون الجزائري[2].

وهناك رأي آخر من الفقه، يرى أنه مادام أن مسألة الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية، فإن القانون الدولي الخاص يميل في الآونة الأخيرة إلى ترك مجال أكبر للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق، ما لم يكن القانون المختار من طرفهم مخالفا للنظام العام والآداب العامة[3].

خاتمـــة:

لقد استخلصنا من دراستنا لموضوع حضانة الأطفال الناتجين عن زواج مختلط أنه بالرغم من وجود اتفاقيات ثنائية بين البلدين(الجزائر و فرنسا)، فإن هذه الاتفاقية و إن كانت حسب الدكتور علي مبروكين قد حلت الكثير من المسائل العالقة، إلا أنها لم تعالج كل المواضيع التي تبقى دون حل يذكر وهي بحاجة إلى إعادة النظر والبحث عن حلول حقيقية وموضوعية.

من جهة أخرى رأينا بأنه سواء في حالة وجود اتفاقية من عدمه، تبقى إشكالات التطبيق قائمة لأن كل قاضي يتمسك بتطبيق قانونه الوطني ويعتبرها مسألة سيادية. وهنا القاضي الجزائري يحاول قدر الإمكان تطبيق قواعد القانون الجزائري في مسألة الحضانة تحت ستار مصلحة المحضون وتطبيق النظام العام الجزائري بخصوص حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط.

بالرغم من أن كل التشريعات الحديثة سواء على الصعيد الدولي أو الوطني وحتى الإقليمي تسعى إلى ضمان حقوق الطفل ومنحت القاضي السلطة التقديرية لحماية الطفل المحضون ورعاية مصالحه الفضلى في موضوع الحضانة، وبالرغم من وجود اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف، فإن القاضي الجزائـــري تمسـك وربط مصلحة الطفل بتربيته على دين أبيه واعتبر ذلك من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

---

[1] تنص المادة17 من قانون الجنسية الجزائري على أنه:"يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 9 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت مع والدهم".

[2] خوادجية سميحة حنان، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص 236.

[3] عثماني بلال، المرجع السابق، ص 189.

كما لاحظنا أن هناك عدة اختلافات في تحديد ضابط إسناد واحد بين الدول، فبعضها يطبق قانون جنسية الزوج، أو قانون جنسية الطفل، أو قانون الجنسية المشتركة، والبعض الأخر يطبق قانون الموطن، وهناك من وضع ضابطا أصليا وأخرى احتياطية يلجأ إليها القاضي عند تعطل ضابط الإسناد الأصلي، خاصة في حالة انعدام الجنسية أو تعددها أو تغييرها، ونحن نرى أن هذا الرأي الأخير قد طبق عين الصواب، وبالتالي ندعو المشرع الجزائري لوضع ضوابط اختيارية تطبق القانون المختار من طرف الزوجين أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أو قانون جنسية الطفل وقت رفع الدعوى، أو قانون موطنه المعتاد مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل. كما فعل المشرع التونسي بموجب المادة 50 من قانونه الدولي الخاص.

كما ندعو المشرع الجزائري لتعديل المادة 13 من القانون المدني، التي يطبقها القاضي الجزائري في الدعوى المعروضة أمامه متى كان أحد الأطراف جزائريا دون تحديد فترة انعقاد الزواج.